

Das Bankkonto

Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz

Susan Emmenegger (Hrsg.)

Institut für Bankrecht, Universität Bern

SBT 2013 – Schweizerische Bankrechtstagung 2013

Das Bankkonto

Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von

David Hartnett

Michael Ambühl

Thomas Koller

Sandro Abegglen/Thomas Coendet/Dominique Gross

Susan Emmenegger

Kurt Affolter-Fringeli

Alexandra Rumo-Jungo

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Die Druckvorlagen wurden von der Herausgeberin reprofertig geliefert.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (graphisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3430-0

© 2013 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Vorwort

Im Fokus der diesjährigen Bankrechtstagung stand das Bankkonto. Alle haben eines. Die Emotionen, die es auslöst, sind aber durchaus unterschiedlich. Ein massgeblicher Emotionsfaktor ist natürlich der Kontostand. Darüber hinaus ist aber gerade das Schweizer Bankkonto Mythos, Stein des Anstosses für ausländische Regierungen und Herausforderung für die schweizerische Aussenpolitik. Die ersten beiden Beiträge reflektieren diese unterschiedlichen Perspektiven. DAVID HARTNETT, ehemaliger Chef der britischen Steuerbehörde HMRC und Leiter der britischen Verhandlungsdelegation beim Steuerabkommen mit der Schweiz, gibt dazu seine Einschätzung. Über die Entwicklungen in der Schweiz und über die weiteren Herausforderungen, die auf uns zukommen (Stand 6. Mai 2013), berichtet der Leiter der Schweizer Verhandlungsdelegation, Staatssekretär MICHAEL AMBÜHL, der im kommenden Herbst in die Wissenschaft zurückkehrt.

Die internationale Dimension bildet auch den Rahmen für die nächsten zwei Beiträge über die Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG. Die schweizerische Regelung orientiert sich an der europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, sie ist aber gleichzeitig in die Rechtsordnung eines Landes eingebettet, das nicht Mitglied der EU ist. THOMAS KOLLER nimmt in seinem Beitrag eine Auslegeordnung für Art. 8 UWG vor. Sein Beitrag dürfte ihm kaum Gutachteraufträge seitens der Banken beschern – die Beratungspraxis beantwortet jedenfalls gewisse Fragen dezidiert anders, wie dies der gemeinsam verfasste Beitrag von SANDRO ABEGGLEN, THOMAS COENDET und DOMINIQUE GROSS zeigt. Der in der Tagung begonnene Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis setzt sich im Tagungsband auf eine erfreuliche Art und Weise fort. An dieser Stelle sei auch den Teilnehmenden an der Paneldiskussion zu Art. 8 UWG gedankt: MARTIN LANZ, JÖRG SCHMID UND WOLFGANG WIEGAND (Leitung).

Der dritte Teil der Tagung war schliesslich den Entwicklungen in der Schweiz gewidmet, nämlich dem neuen Erwachsenenschutzrecht und seiner Bedeutung für die Banken. SUSAN EMMENEGGER berichtet über die neue Meldepflicht der Beauftragten gemäss Art. 397a OR, namentlich über die Voraussetzungen dieser Meldung. KURT AFFOLTER-FRINGELI beleuchtet in seinem Beitrag die Neuordnung der behördlichen Schutzmassnahmen und deren Auswirkungen auf das kundenbezogene Bankgeschäft. Bankenspezifische Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Vorsorgeauftrag behandelt ALEXANDRA RUMO-JUNGO. Dieses neue Institut wird die Banken künftig

stark herausfordern; ihr Beitrag gibt Antworten auf eine Vielzahl praktischer Fragen für den Umgang mit Vorsorgeaufträgen und Vorsorgebeauftragten.

Es ist schon fast zur Tradition geworden, dass die schweizerische Bankrechtstagung einen weiten Bogen spannt, der von den Policy-Fragen bis zur privatrechtlichen Dogmatik reicht. Die Breite reflektiert nicht zuletzt das Umfeld, in dem sich das Bankrecht heute bewegt. Den Referentinnen und Referenten sei an dieser Stelle herzlich gedankt für ihre Bereitschaft, am Dialog zwischen Politik und Recht sowie zwischen Wissenschaft und Praxis mitzuwirken.

Dank gebührt weiter dem Team des Instituts für Bankrecht für das Vordenken und Mitdenken bei der Organisation dieser Tagung. Ihr habt an alles Mögliche, ja selbst an das Unmögliche gedacht – dafür und für die überobligatorische Unterstützung ganz herzlichen Dank! Besonders möchte ich danken Herrn BLaw SEBASTIAN MÜLLER und Frau RA REGULA KURZBEIN für die Federführung bei der Organisation der Tagung. Danken möchte ich weiter Herrn MLaw STEFAN BINDSCHEDLER, der für die Erstellung des Tagungsbandes verantwortlich zeichnet, sowie Frau BLaw SLADJANA RMANDIC und Herrn BLaw SEBASTIAN MÜLLER, die ihn dabei unterstützt haben.

Bern, im Juni 2013

Susan Emmenegger

Inhaltsübersicht

Swiss Bank Accounts: An external View	1
DAVID HARTNETT HMRC Permanent Secretary for Tax a.D.	
Schweizer Bankkonten – Eine Innensicht	9
Dr. MICHAEL AMBÜHL Staatssekretär, Leiter Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF)	
Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung	17
Prof. Dr. THOMAS KOLLER Professor an der Universität Bern	
Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich. Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG	83
PD Dr. SANDRO ABEGGLEN Fürsprecher, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich Dr. THOMAS COENDET Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich Dr. DOMINIQUE GROSS Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich	
Erwachsenenschutzrecht und Meldepflicht der Bank (Art. 397a OR).....	111
Prof. Dr. SUSAN EMMENEGGER Professorin an der Universität Bern	
Erwachsenenschutzrecht: Behördliche Schutzmassnahmen und der Verkehr mit den Banken.....	167
KURT AFFOLTER-FRINGELI Fürsprecher und Notar, Ligerz	
Private Schutzmassnahme – Der Vorsorgeauftrag.....	217
Prof. Dr. ALEXANDRA RUMO-JUNGO Professorin an der Universität Freiburg	

Swiss Bank Accounts: An external View

David Hartnett, London*

It is a great pleasure and privilege for me to be back in Switzerland – to address an audience largely made up of bankers and academics about Swiss bank accounts from an external and policy perspective. I am also delighted to be sharing a platform with Michael Ambuehl. How do I come to be here? Susan Emmenegger invited me and then regularly sent me chocolate for my wife and daughter so they would coax me to come. They put me on a plane in the hope of getting still more chocolate. And what happened when I arrived? Susan delivered again. Something is going on here. On World Women's Day, we should celebrate their love of chocolate but I also want to say that the tax administration that I led had women on its board and they were present in numbers at the next level down.

Since I last spoke in Switzerland I have retired from my post as Permanent Secretary for Tax in the United Kingdom so the views I express today are entirely my own and I no longer represent the UK government. I should just add that feeling far too young to do nothing with my life, I have started several new things and in one new role I have become a banker, well at least an independent adviser on global tax risk to the Chairman of a very large bank that has an operation in Switzerland. As in the past, I have to apologise for my inability to speak German and to marvel at the ability of all of you to speak English. I know just three words of German – nicht hinhauslehnen, learnt travelling by train across Europe as a student and grundlich, a word taught to me by Michael Ambuehl who assured me it could not be translated into English. It must mean something good because Michael used it of himself and his colleagues all the time.

* David Hartnett, HMRC Permanent Secretary for Tax a.D. The text reproduces a presentation from March 8th with slight changes and additions.

When in late 2009 I wrote to officials of the Swiss Banking Association asking for a meeting to discuss the services offered by Swiss banks and various issues arising from tax investigations in the UK. I hoped that it would be possible to set up a tax disclosure regime here, I didn't realise that meeting would be a catalyst for something that would be much bigger than that and that it would indirectly bring us all together here today. Once the UK winter snow had subsided in 2009 – you need to remember that 5mm of snow can bring the whole of the UK to a halt – the meeting with the SBA took place and I was quite overwhelmed by surprise when their representatives suggested that Switzerland might want to find a way of becoming more open on tax issues and had a preference to explore the way forward with the UK, though there were some very clear red lines for both sides. There was a palpable sense that a wind of change might be blowing over Swiss banking. Very soon afterwards, the Swiss government in the form of Michael Ambuehl became involved. And a little later, Patrick Odier and other of his colleagues in the SBA, as well as Ambassadors became heavily involved.

My memories of being a tax administrator dealing with Swiss bank accounts go back a long way into the last century. I remember a UK accountant who drove a Rolls Royce and hid money in Switzerland for clients by secret- ing it in an additional petrol tank under his car. He was able to open Swiss bank accounts for them and operate them with impunity. He was apprehended by UK customs officers and spent 3 years in prison. His clients had to pay huge amounts of tax, interest and penalties to the UK tax administration. One would hope that today bankers would be in the front line of operating the money laundering guidelines to prevent behaviour like this.

Two other memories will help you understand how bank accounts held in Switzerland by UK residents have my country's thinking about Swiss banking. The first involved some UK retailers who felt they were paying far too much tax on the profits of their successful business. They persuaded their bank manager to send money electronically to their Swiss bank account through the international banking system. I'm sure that it goes without saying that they paid no tax on the money that went to Switzerland. They got into trouble when their UK bank's internal auditors spotted numerous breaches of the bank's money laundering rules as they should have applied to the retailers' accounts.

The third example is more recent and therefore altogether more worrying. A UK resident walked into his Swiss bank not far from here and asked

how he could get £300k from his account in cash in London three days later. He was offered various options:

- He could take the cash there and then, and carry it back to London himself
- £300k could be transferred from his account in Switzerland to London and he could draw cash from a bank branch there
- Cash could be couriered to a London bank branch for him.

There were then some sub-options. I shall never forget one of them: did he want his cash wrapped securely so that he could carry it away safely or did he want to be able to count it.

Let me be clear about one thing – this story pre-dates discussions between the UK and Switzerland about a tax agreement but it involves a number of breaches of money laundering rules which were clearly never reported. That colours external thinking about Swiss bank accounts and it is worrying that in the past the Swiss and UK branches' internal controls didn't spot anything. A so called whistle blower provided the information. I think there is a big lesson for all of us here – if we deplore the activities of those who sell confidential information from banks – as I do – banks' internal systems have to be effective in applying money laundering rules and the like. Have things improved? I am sure they have but there are still adverts on the internet which should worry us all. Here is one. It starts with an image of the Swiss flag:

Opening a personal bank account

Our professional experience spans 30 years and our close relations with Swiss banks allows us to recommend not only the most suitable banks for our clients but also to provide them with a carefully pre-screened contact person.

Our services

To simplify things for our clients we offer two types of services:

- ***Advice/opening of a bank account with a traditional/commercial Swiss bank***
The formula is best suited to individuals seeking to use the services of large, well established banks; online banking, payment methods, large branch networks
- ***Advice/opening of a bank account with private Swiss banks (numbers bank account with possibility of using an assumed name)***
This formula is best suited to individuals who require the highest degree of confidentiality and quality of service. This type of bank account is useful for investment purposes.

I mention these examples not to criticise Swiss banks or their regulation but to illustrate what has led to perceptions and concerns for other countries. But in fairness to Switzerland and to show what was happening elsewhere let me tell you a story from the Isle of Man. I have a vivid recollection of the announcement made some years ago to passengers on the Shorts 360 plane which made the flight from Liverpool to Douglas. Before take-off passengers were told that, for a small fee, the airline could produce a strongbox to hold anything precious – such as cash or bonds – during the flight. In the unlikely event of a crash (the cabin crew put it more daintily than that) the box was much more likely than the owner to survive. Oh dear!

I want to turn now to how most UK residents used their Swiss bank accounts in the past and then to the different philosophies in Switzerland and the UK in relation to taxation and banking confidentiality.

Over the last 4 or 5 years I have seen statements for very many Swiss bank accounts held by UK residents. In the main the accounts involved the accumulation of cash, relatively low amounts of interest, some investment in bonds and equities and currency gains. Not a great deal for the investor or the banker to think about. But it is important to bear in mind here that the real return for the UK investor came from placing untaxed money in an off-shore bank account and receiving investment income untaxed. How great was the incentive – not paying tax on deposits at up to 83% years ago, 40% more recently, depending when the money was invested and not paying tax at up to 98% years ago, 40% more recently, on investment income, again depending when it arose. Traditional investment banking skills, like searching out property investment opportunities and the chance to buy shares in an exciting start up were of less interest to UK investors but with a white money strategy going forward both UK investors and bankers in Switzerland are going to be working harder to maximise returns.

Let's turn to philosophies. For years it was a puzzle to me why I could write to bankers all over the world with letters of authority from clients instructing a bank to send me details of their secret accounts and I received what I asked for. But I never got an answer from Switzerland. Quite simply, I didn't understand that it would have broken Swiss law for a bank to respond.

One of the most significant challenges in negotiating the Swiss/UK tax agreement was to bridge two completely different philosophies towards taxation and banking confidentiality. For several years, the UK and other OECD countries had wanted to open up jurisdictions with tax secrecy provi-

sions in order to find the hidden wealth of their own residents. The UK, for example, had a strong sense that for many years, its residents had been putting their money in Swiss bank accounts of which the UK tax administration had no knowledge. What was difficult for this Englishman, coming as he does from the country with the mother of all parliaments and a real pride in freedom and democracy, was a Swiss belief in freedom of the individual and liberal society that made it unthinkable for government to meddle in bankers' business, particularly where no Swiss taxation was involved. But for Switzerland banking secrecy is of fundamental importance and it was clear that any solution which enabled the UK to recover unpaid taxes had to respect this aspect of Swiss society.

I had some personal difficulty in reconciling these different positions but then I remembered, and some of you may have heard me say this before, that when I was a student, one of my flatmates and closest friends was a Spanish Jesuit priest who smoked heavily. At the start of each term, he brought back from Madrid thousands of cigarettes more than our customs rules permitted. He saw nothing wrong with this –the customs rule was merely penal and not God made. I thought customs rules were there to be obeyed. It was a difference in philosophy but it hasn't stopped us being friends for the last 42 years.

Exchange of information about bank accounts was always going to be a tough issue between Switzerland and the UK but I was optimistic that reasonable people working together would solve the issue and so it turned out. The steps taken in the Swiss/UK agreement and protocols to improve exchange of information were a big step forward for Switzerland and presaged the further steps to come.

It was also important to recognise as a challenge from the outset, that any agreement had to be fair to all parties involved. The UK team, for example, had to understand that a tax agreement between the UK and Switzerland had to be much more than just a means for taking money from your country to help an impoverished UK. Principles had to be respected and logic had to determine the decisions made. All of this underlined the importance of growing trust between the respective negotiating teams and I am pleased that this has been a challenge to which we rose.

Turning to broader political issues, the general mass of citizens in the UK, and probably some Members of Parliament too, have gained their knowledge of Swiss bank accounts, such as it is, from the author Dan Brown and newspaper headlines. Although banking secrecy was a political red line

for Switzerland, the demands that the UK's austerity programme made on the lives of ordinary people at home dramatically increased the general lack of tolerance for UK residents hiding their money abroad. Tax became a very significant political issue and there has been a rising antipathy both inside and outside our Parliament, and particularly in our media, towards tax dodgers. It was never going to be politically acceptable in the UK to negotiate with Switzerland anything which could be construed as a tax amnesty. But actually, things became rather more extreme than we had ever seen before. Tax became an issue in street protests in the UK and, something I never thought I would see in my country, we had rioting outside the headquarters of the tax administration, burning police cars and rocks thrown through windows as people protested about large corporates and the rich not paying enough tax. It became important to demonstrate to a sceptical British public that notwithstanding banking secrecy, Switzerland would deliver on an agreement. I never doubted it. But it was one thing for the Head of Tax in the UK to say and think that and something different for the nation at large to believe it. In many ways, this was the most difficult thing that had to be done. I think it does great credit to the Swiss government, Swiss bankers and Finance Ministry officials that this was achieved in a measured way.

In this context, I know there will be some here who were not entirely happy that the Swiss-UK agreement provided for an upfront payment of CHF 500m which has now been paid. That was an important proposal for the Swiss Banking Association to make and it has been significantly instrumental in getting UK commentators to believe in the good faith of the agreement thereby preventing a more aggressive response to the perceived damage that some saw coming from Swiss bank accounts. Nobody should underestimate the determination of the UK government to bear down on its citizens who continued to hide money abroad. This can be seen in the increase in tax penalties – up to a doubling of the maximum exigible – for those hiding their wealth in jurisdictions without spontaneous exchange of information.

Although the UK/Swiss agreement has been ground breaking and set the standard for more agreements both now in place and to come, there have been other initiatives that have impacted significantly on Swiss bank accounts, particularly initiatives coming from countries that are aggressive in trying to secure tax compliance. FATCA is a good example of this. Born of a perception in the USA that it was all too easy for their citizens to hide their wealth abroad, FATCA started life by appearing to be impossibly expensive

to implement for banks across the globe, incredibly intrusive particularly for countries that prized banking confidentiality and disruptive of business operations. What started out as forced disclosure has become more manageable as the US authorities have listened to representations from banks and others.

In coming to a close, I want to touch on two issues which have been more difficult. First, the intervention of the European Commission to look at the issue of whether the Swiss-UK and the Swiss-German agreements were compatible with the EUSA – the EU/Swiss agreement. This determined intervention came as something of a surprise to me because the Swiss and UK negotiating teams had thought very hard about the EU dimension. There were moments where the difficulties about competence proved frustrating but we managed to resolve them in the protocol.

Market access was even more frustrating for Switzerland but I am afraid you asked for more than the UK could deliver. Swiss banks understood that market access is an EU competence but that didn't help you accept easily the tricky issues that gave rise to. I look back, however, on that chapter of the negotiations and recall how hard we worked together despite the frustrations. The guidance we produced on the provision of cross-border financial services in the United Kingdom by firms from Switzerland is a unique document which stretches significantly the UK's interpretation of the rules as we had understood them before we worked on them together. I hope the guidance works well.

I want to close with some personal views about changes in the last few years.

- *First*, the Swiss/UK agreement has been a significant game-changer for the reputation of Swiss banks who can no longer be legitimately associated with tax evasion in the minds of British citizens.
- *Second*, the British government will receive the tax it is legitimately owed by British residents without causing any serious difficulty for principles important to Switzerland. We have also been able to agree a measured approach to exchange of information that goes beyond the basic OECD standard. That does Switzerland great credit.
- *Third*, law-abiding clients of Swiss banks will be able to regularise their affairs in a way which preserves their privacy and should provide peace of mind.

- *Fourth*, the UK and Switzerland will in future be able to work more constructively in combating tax evasion which is a real problem for all of us.
- *Finally*, although we were not able to increase significantly market access for financial services in the UK, we were able to clarify issues about which there was some confusion and provide a clear explanation of what business it is possible to conduct.

Schweizer Bankkonten – Eine Innensicht

Michael Ambühl, Bern*

Inhaltsverzeichnis

I.	Grundsätzliche Überlegungen.....	10
II.	Aktuelle Herausforderungen.....	12
	1. Unternehmensbesteuerung.....	12
	2. Umsetzung der internationalen Standards.....	13
	3. Bereinigung der Vergangenheit.....	14
III.	Fazit.....	15

* Dipl. Ing.; Dr. sc. techn. ETH, Staatssekretär, Leiter des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen SIF im Eidgenössischen Finanzdepartement EFD. Ab 1. September 2013: Professor für Verhandlungsführung und Konfliktmanagement an der ETH Zürich. Die Drucklegung des Beitrags erfolgte während der Amtszeit von Dr. Ambühl im EFD.

I. Grundsätzliche Überlegungen

Diskretion im Schweizer Bankenwesen hat ihren Ursprung in der Zeit der Einwanderung der Hugenotten, die vor den französischen Behörden flohen. Sie brachten Know-How im Bankenwesen vor allem in die protestantischen Orte der Westschweiz, aber auch wesentliche Vermögenswerte, die sie aufgrund ihrer besonderen Situation als Flüchtlinge schützen wollten.

Gesetzlich verankert wurde das Bankgeheimnis erst 1934¹. Direkter Auslöser war die Rettung der Schweizerischen Volksbank – dafür wurden 100 Mio. Franken Bundesgelder aufgeworfen, etwa ein Fünftel des damaligen BIP der Schweiz. Weitere Faktoren waren die zunehmende Spionagetätigkeit in der Schweiz und die erhöhte politische Instabilität der Nachbarstaaten ab 1920, die das Bedürfnis nach gesicherter Privatsphäre erhöhten. Der Schutz des Bankgeheimnisses ab 1934 kam nicht zuletzt den vor und während des Zweiten Weltkriegs Verfolgten zugute.²

Zugute kam das Bankgeheimnis zweifelsohne auch der Schweiz selbst. Im internationalen Vergleich weisen jene Finanzplätze, die ein Bankgeheimnis in irgendeiner Art kennen, einen stärkeren Anteil am Gesamt-BIP auf. Dies lässt vermuten, dass das Bankgeheimnis einen gewissen Wettbewerbsvorteil bringt. Dennoch wäre es verfehlt, den langfristigen Erfolg des Finanzplatzes Schweiz ausschliesslich auf das Bankgeheimnis zurückzuführen. Andere Fakten spielen eine ebenso wichtige Rolle:

- Rechtssicherheit sowie politische und wirtschaftliche Stabilität der Schweiz,
- qualifizierte Fachleute mit langer Erfahrung und viel Knowhow im internationalen Bankgeschäft,
- eine stabile Währung.

Bis vor einigen Jahren überwog die positive Wahrnehmung des Bankgeheimnisses. 2008 jedoch war eine Art Wendepunkt, nicht zuletzt im Zusammenhang mit der Finanzkrise: Die Akzeptanz des Bankgeheimnisses fiel vor allem im Ausland ins Negative. Als Folge entstand ein Reputationsscha-

¹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG), SR 952.0.

² Zu den historischen Hintergründen für die gesetzliche Verankerung des Bankgeheimnisses vergleiche etwa: VOGLER, ROBERT U., Das Schweizer Bankgeheimnis: Entstehung, Bedeutung, Mythos, Beiträge zur Finanzgeschichte, Heft 7, Zürich 2005, abrufbar unter: <<http://www.swissbanking.org/vogler-definitiv-deutsch.pdf>>.

den für den Finanzplatz Schweiz, der den bisherigen Wettbewerbsvorteil des Bankgeheimnisses zu schwächen droht. Die Herausforderung für den Finanzplatz Schweiz besteht heute auch darin, dass er immer stärker auf das Bankgeheimnis reduziert wurde und dass der einst positiv gesehene Schutz der Privatsphäre gegenüber dem Staat zunehmend als Mittel zum Zweck des Eigennutzes auf Kosten des Allgemeinwohls bewertet wird.³

Bedeutet dies nun, dass wir das Bankgeheimnis abschaffen sollten? Das wäre wohl das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Der Schutz der Privatsphäre gilt in der Schweiz auch für die finanziellen Verhältnisse und ist im Grundsatz nicht bestritten. Nicht umsonst wird er durch Art. 13 BV⁴ garantiert:

¹ Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

² Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

Datenschutz ist wichtig und wird in unserer IT-Welt zunehmend wichtiger. Das Problem mit dem Bankgeheimnis ist «lediglich»: Es wurde oft missbraucht, um die Steuerpflicht zu umgehen. Das ist nicht akzeptabel.

Daraus folgt: Das Bankgeheimnis im Sinne des Schutzes vor einem unbefugten Staatszugriff dürfte auch weiterhin sinnvoll sein. Allerdings muss es kombiniert sein mit Instrumenten, die seinen Missbrauch verhindern.

Mit unserem Modell der Quellenbesteuerung präsentieren wir eine Lösung, die sowohl den Schutz der Privatsphäre sicherstellt als auch den Missbrauch dieses Schutzes für die Steuerhinterziehung verhindert. Nun müssen wir mit den beiden Abkommen mit Grossbritannien und Österreich zeigen, dass unser Modell auch in der Praxis funktioniert. Die nächsten Monate werden darüber Aufschluss geben. Natürlich ist es sinnvoll, gleichzeitig die Entwicklungen anderer Modelle genauso zu verfolgen, auch wenn – wie beim automatischen Informationsaustausch – heute nicht absehbar ist, wann und inwiefern daraus ein globaler Standard wird.

Grundsätzlich sollten an jedes andere Modell die gleichen Anforderungen gestellt werden wie an das Quellensteuermodell: Nämlich, dass es sich nicht nur in der Theorie und auf Papier bewährt. Es ist nicht erwiesen, ob

³ Vergleiche: NEUE ZÜRCHER ZEITUNG, Bankgeheimnis wird zum Reputationsproblem, Ausgabe vom 4.10.2012, S. 27.

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

ein anderes Modell wirklich einfacher ist in der Handhabung durch die Steuerverwaltungen, effizienter bei der Steuereintreibung und zielführender für eine gerechte flächendeckende Besteuerung.

II. Aktuelle Herausforderungen

1. Unternehmensbesteuerung

Der Bereich der Unternehmensbesteuerung ist eine der grossen Herausforderungen, mit denen sich die Schweiz zurzeit konfrontiert sieht. Er hat zwar nicht direkt mit dem steuerlichen Bankgeheimnis zu tun, ist aber für den Wirtschaftsstandort Schweiz von grosser Bedeutung.

Die Schweiz fühlt sich dem Prinzip der fairen Steuerpraktiken zwischen Staaten verpflichtet und begrüsst Initiativen, die dieses Prinzip weiterentwickeln. Mit der EU führen wir einen Dialog über die Unternehmensbesteuerung. In der OECD beteiligen wir uns aktiv in den Arbeitsgruppen, die das Thema behandeln. Und bei der G20, die das Thema ebenfalls auf der Agenda hat, sind wir dieses Jahr auf Einladung der russischen Präsidentschaft bei den Finanzministertreffen sowie den Arbeitsgruppen des so genannten «Finance Track» mit dabei. Unsere Hauptanliegen sind:

- Erstens sind wir der Meinung, dass für alle Beteiligten gleich lange Spiesse gelten müssen. Die Regeln sollen also nicht nur für kleine und wettbewerbsfähige Länder gelten, sondern auch für die grossen Staaten.
- Zweitens sollen Standards das Prinzip des internationalen Steuerwettbewerbs zwischen Staaten aufrechterhalten. Wir sind überzeugt, dass Steuerwettbewerb die Effizienz im öffentlichen Sektor steigert.
- Drittens sollte das Vorgehen ganzheitlich sein, indem nebst den steuerlichen Aspekten auch Themen wie die direkte Staatshilfen oder andere Anreize für Unternehmen berücksichtigt werden. Solche Zahlungen und andere Hilfen verzerren den Wettbewerb und führen zu ineffizienten Wirtschaftsstrukturen.

Wir werden selbstverständlich auch unsere Hausaufgaben im Innern machen. So sind wir bereit, das sogenannte Ring fencing abzuschaffen, also die unterschiedliche Besteuerung von in- und ausländischen Gewinnen, und generell bei der Unternehmensbesteuerung Anpassungen vorzunehmen. Gemeinsam mit den Kantonen und im Dialog mit der EU soll eine Lösung gefunden werden, welche uns verbindlich vor ausländischen Druckversuchen schützt.

2. Umsetzung der internationalen Standards

Eine zweite Herausforderung ist die Umsetzung der aktuellen internationalen Standards im Finanz- und Steuerbereich. Schon 2009 hat sich die Schweiz grundsätzlich zur Übernahme internationaler Standards im Steuerbereich bereit erklärt.⁵ Seither hat der Bundesrat diese Absicht mehrmals bekräftigt.

Das im Steuerbereich massgebende internationale Gremium ist die Organisation for Economic Co-operation and Development OECD. Die Schweiz als Mitglied ist grundsätzlich gehalten, die diesbezüglichen Standards bei der Steueramtshilfe zu übernehmen. Vorrangig ist die rasche Implementierung von drei noch nicht umgesetzten Empfehlungen des Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, nämlich:

- Einführung einer Ausnahmeregelung bezüglich der Notifikation bei steuerlichen Amtshilfefällen.
- Erhöhung der Anzahl der standardkonformen Doppelbesteuerungsabkommen.
- Erhöhung der Transparenz bei den Inhaberaktien. Hierzu enthält die Vernehmlassungsvorlage⁶ zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27. Februar 2013 entsprechende Bestimmungen.

Im Geldwäschereibereich hat die Groupe d'Action financière GAFI neue Empfehlungen⁷ herausgegeben. Mit der soeben erwähnten Vorlage will die Schweiz diese umsetzen. Insbesondere:

- Erhöhung der Transparenz und der Sorgfaltspflichten gegenüber Firmen und politisch exponierten Personen.
- Vereinfachung der Verfahren.
- Einführung des Tatbestands des qualifizierten Steuerbetrugs im Bereich der direkten Steuern als Vortat zur Geldwäscherei. Er gilt für Taten, die mit Urkundenfälschung oder Arglist begangen wurden und Beträge über 600'000 Franken umfassen.

⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 13. März 2009, abrufbar unter: <<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=25863>>.

⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 27. Februar 2013, abrufbar unter: <<http://www.sif.admin.ch/00488/index.html?lang=de&msg-id=47934>>.

⁷ Vgl. FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF/GAFI, abrufbar unter: <<http://www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/>>.

Die Schweiz hat also ihre Anstrengungen zur Umsetzung der internationalen Standards verstärkt. Es ist wichtig, dass wir die bestehenden Standards, die wir grundsätzlich für richtig halten, rasch umsetzen. Zugleich sollte sich die Schweiz aktiv in der Gestaltung und Weiterentwicklung der Standards einbringen.

3. Bereinigung der Vergangenheit

Unsere dritte Herausforderung ist die Bereinigung der steuerlichen Vergangenheit. Mit der ebenfalls am 27. Februar 2013 verabschiedeten Vernehmlassungsvorlage zur Erhöhung der steuerlichen Sorgfaltspflichten⁸ setzt der Bundesrat die Weissgeldstrategie für den Finanzplatz weiter um. Die Zeiten von un versteuerten Vermögenswerten auf Schweizer Bankkonten sind vorbei.

Aus der Vergangenheit resultieren aber immer noch Altlasten. Damit die «Weissgeldzukunft» auf einem stabilen Fundament steht und zur «Weissgeldrealität» wird, sollte eine nachhaltige Lösung für die Vergangenheit gefunden werden.

Die Quellensteuerabkommen mit Grossbritannien und Österreich sind seit Anfang Jahr in Kraft. Wir sind bereit, mit weiteren Staaten ähnliche Abkommen abzuschliessen. Der Bundesrat hat Verhandlungsmandate für Italien und Griechenland erteilt. Mit Frankreich wollen wir einen so genannten «Dialogue structuré» über verschiedene offene Steuerfragen führen.

Priorität im Bereich der Vergangenheitsbewältigung hat eine Regelung mit den USA. Es ist entscheidend, dass wir eine nachhaltige Globallösung für alle Schweizer Banken finden, denn die USA haben die Möglichkeiten, durch entsprechende Massnahmen gegen Schweizer Banken im Extremfall den gesamten Schweizer Finanzplatz zu destabilisieren. Dies gilt es natürlich zu verhindern – ohne dabei die Grundsätze der Schweizer Rechtsordnung und Souveränität Preis zu geben. Da es sich um laufende Verhandlungen handelt, können wir dazu nicht mehr sagen, auch nicht bezüglich des Zeithorizontes. Immerhin kann man erwähnen, dass die zuständigen US-

⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 27. Februar 2013, abrufbar unter: <http://www.sif.admin.ch/00488/index.html?lang=de&msg-id=47934>.

Behörden den erfolgreichen Abschluss der FATCA-Verhandlungen⁹ vom 14. Februar 2013 als positives Signal anerkennen.

III. Fazit

Die Tatsache, dass die Schweiz wegen Missbräuchen des Bankgeheimnisses unter Druck geriet, hat dazu geführt, dass das Bankgeheimnis als Ganzes in Frage gestellt wird. Aus meiner Sicht gibt es dazu Folgendes festzuhalten:

- Der Schutz der Privatsphäre ist ein wichtiges und berechtigtes Bürgeranliegen. Aber er darf nicht für Steuerhinterziehung missbraucht werden. Das Modell der Quellenbesteuerung verhindert dies.
- Ebenso so wichtig wie die Frage rund ums Bankgeheimnis ist es, dass der Finanzplatz Schweiz wettbewerbsfähig und integer ist. In seiner Finanzplatz-Strategie vom 19. Dezember 2012¹⁰ hat der Bundesrat die Rahmenbedingungen gesetzt: Qualität, Stabilität und Integrität.
- Der Staat und die Politik können mit guten und international akzeptierten Rahmenbedingungen einen Beitrag leisten. Aber der Finanzindustrie obliegt es, diese Rahmenbedingungen auch zu nutzen.

⁹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 14. Februar 2013, abrufbar unter: <<http://www.sif.admin.ch/dokumentation/00513/00772/index.html?lang=de&msgid=47779>>.

¹⁰ EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT EFD, Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes, 19. Dezember 2012, abrufbar unter: <<http://www.sif.admin.ch/themen/00827/index.html?lang=de>>.

Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung

Thomas Koller, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	19
Materialien.....	21
I. Einleitung.....	22
1. AGB und Banken: Die siamesischen Zwillinge.....	22
2. Die Mühe der Banken und der Wirtschaftsjuristen im Umgang mit AGB.....	23
3. Die Beschränkung des Themas dieses Beitrages	25
II. Der revidierte Art. 8 UWG im Überblick.....	26
1. Das Fehlen einer wirksamen offenen Inhaltskontrolle im bisherigen Recht.....	26
2. Die Stossrichtung der Revision von Art. 8 UWG.....	28
3. Der neue Art. 8 UWG im internationalen Vergleich.....	29
III. Der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG.....	31
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	32
2. Was sind Konsumentinnen und Konsumenten?.....	33
a) In der herrschenden Lehre anerkannte Elemente des Konsumentenvertrages.....	34

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern.
Ich danke unserer Hilfsassistentin Frau Sladjana Rmandic, BLaw, für die Mithilfe bei den Recherchen und bei der Vorbereitung des Vortrages sowie meiner Assistentin Frau lic.iur. Eylem Demir, meiner Assistentin Frau lic.iur. Esther Scheitlin, Rechtsanwältin, und meinem Assistenten Herrn David Jost, MLaw, Rechtsanwalt, für die kritische Durchsicht des Textes. Das Manuskript wurde am 22. Mai 2013 abgeschlossen; der Basler Kommentar zum UWG, dessen Erscheinen auf Sommer 2013 angekündigt war, ist daher in diesem Beitrag nicht berücksichtigt.

b)	Das umstrittene Element der «Leistungen des üblichen Verbrauchs»	36
c)	Beispiele aus dem Bankrecht	37
IV.	Der Tatbestand von Art. 8 UWG.....	38
1.	Das Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien.....	40
2.	Die Erheblichkeit des Missverhältnisses	43
3.	Das «ungerechtfertigte» Missverhältnis	45
4.	In Treu und Glauben verletzender Weise.....	46
a)	Der Grundsatz der Fairness als Beurteilungsmaßstab	46
b)	Die treuhandähnliche Obliegenheit der AGB-Verwenderin zur Wahrung der Interessen der Gegenseite.....	47
c)	Einzelfallbezogene oder generalisierende Betrachtungsweise?	49
d)	Konkretisierung anhand von Fallgruppen?.....	51
5.	Beispiele aus der Bankpraxis	52
a)	Risikotragung bei Legitimationsmängeln	52
b)	Genehmigungsklauseln.....	55
c)	Änderungsvorbehalte.....	58
d)	Vorzeitige Kündigung einer Festhypothek.....	61
e)	Fazit	63
V.	Die Rechtsfolgen bei einem Verstoss gegen Art. 8 UWG.....	64
1.	Vertragsrechtliche Rechtsfolgen	64
2.	Lauterkeitsrechtliche Rechtsfolgen	68
a)	Die UWG-Klagen im Allgemeinen.....	68
b)	Das Klagerecht der Konsumentenschutzorganisationen und des Bundes im Besondern.....	69
c)	Die Tragweite dieser abstrakten AGB-Kontrolle bzw. Generalkontrolle.....	71
d)	Ausblick.....	75
3.	Aufsichtsrechtliche Rechtsfolgen.....	76
4.	Strafrechtliche Rechtsfolgen	77
VI.	Übergangsrecht	78
VII.	Schluss.....	80

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 22. Mai 2013.

- BAHAR RASHID, *Conditions générales: A Time for Change*, in: Luc Thévenoz et Christian Bovet (éd.), *Journée 2011 de droit bancaire et financier*, Zürich 2012, S. 99 ff.
- BASEDOW JÜRGEN, Kommentierung der §§ 305 und 310 BGB, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. München 2012 (zit. *MK-BASEDOW*).
- BIERI LAURENT, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in: François Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, S. 47 ff.
- BOPP LUKAS/BESSENIH BALTHASAR, Art. 89 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Teil 1, 2. Aufl., Zürich 2013.
- BRUNNER ALEXANDER, Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der *Verbandsklage*, in: Stephan Fuhrer/Stephan Weber (Hrsg.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?*, Zürich 2011, S. 141 ff.
- BUCHER EUGEN, *Wer haftet wem?*, Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen (Urteilsanmerkung zu BGE 108 II 315 und 109 II 116), in: *recht* 1984, S. 97 ff.
- BÜHLER GREGOR/STÄUBER RICHARD, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – *Anmerkungen zum intertemporalen Recht*, in: *recht* 2012, S. 86 ff.
- BÜYÜKSAGIS ERDEM, *La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales «soi-disant» négociées ?*, in: *AJP* 2012, S. 1393 ff.
- DUPONT ANNE-SYLVIE, *Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in: François Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, S. 99 ff.
- FORNAGE ANNE-CHRISTINE, *La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant, Étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand*, Berne u. a. 2011.
- FURRER ANDREAS, *Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?*, in: *HAVE – Haftung und Versicherung* 2011, S. 324 ff.
- GAUCH PETER, *Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Bankhaftungsrecht*, Schweizerische Bankrechtstagung 2006, Basel 2006, S. 195 ff.
- *Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG*, *BR* 1987, S. 51 ff.
- HAHN ANNE-CATHERINE, Art. 89 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Bern 2010.
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, *AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung*, in: *AJP* 2012, S. 1188 ff.

- HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Artikel 8 – das *Kuckucksei* im UWG, in: Jusletter vom 20. Februar 2012.
- HÜNERWADEL ANDREAS/HOFBAUER SIMONE, *Erhöhte Anforderungen an AGB mit Konsumenten*, in: Wenger & Vieli Rechtsanwälte, Spotlight Mai 2012.
- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE, Art. 10 UWG, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bern 2010.
- KLETT KATHRIN/HURNI CHRISTOPH, *Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle*, in: recht 2012, S. 80 ff.
- KOLLER THOMAS, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer *Deckungsausschlussklausel* in der Betriebshaftpflichtversicherung, in: recht 1999, S. 43 ff.
- Einmal mehr: das Bundesgericht und seine *verdeckte AGB-Inhaltskontrolle*, in: AJP 2008, S. 943 ff.
- KOLLER-TUMLER MARLIS, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, Zur Entstehung eines neuen Rechtsbegriffs, Bern 1995.
- Einführung in die *Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes*, SPR Band X, Basel 2008.
- KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die *UWG-Revision* vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter vom 20. Februar 2012.
- MARCHAND SYLVAIN, *Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries*, in: HAVE – Haftung und Versicherung 2011, S. 328 ff.
- MARTIN CÉLINE A., *Die AGB der Schweizer Banken*, in: Matti Hauer u.a. (Hrsg.), *Macht im Zivilrecht*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2012, Stuttgart 2013 (erscheint demnächst).
- OBERHAMMER PAUL, Art. 89 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel 2010.
- PICHONNAZ PASCAL, *Clauses abusives et pratiques déloyales: une meilleure réglementation de la concurrence*, in: plaidoyer 5/11, S. 34 ff.
- *Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences*, in: BR 2012, S. 140 ff.
- PICHONNAZ PASCAL/FORNAGE ANNE-CHRISTINE, *Le projet de révision de l’art. 8 LCD, Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, in: SJZ 2010, S. 285 ff.
- RÜETSCHI DAVID, *Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge*, Ein kasuistischer Lösungsansatz, in: recht 2013, S. 101 ff.
- RUSCH ARNOLD F., *Schadenabwälzungsklauseln* in der Inhaltskontrolle, in: SZW 2012, S. 439 ff.
- *Bankgebühren* vor der Inhaltskontrolle, in: recht 2011, S. 170 ff.
- RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, *Einseitige Änderungsrechte* in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, in: SZW 2008, S. 37 ff.
- SCHMID JÖRG, Die *Inhaltskontrolle* Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in: ZBJV 2012, S. 1 ff.
- *Grundpfandrechte* und der neue Art. 8 UWG, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Immobilienfinanzierung*, Schweizerische Bankrechtstagung 2012, Basel 2012, S. 71 ff.

- SCHOTT ANSGAR, *Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle*, in: Der Schweizer Treuhänder 2/12, S. 78 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Bern 2012.
- STAUDINGER JULIUS VON/COESTER MICHAEL, Kommentierung des § 307 BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin Neubearbeitung 2006, Kommentierung des § 307 BGB (zit. *STAUDINGER/COESTER*).
- STAUDINGER JULIUS VON/SCHLOSSER PETER, Kommentierung der §§ 305, 306 und 310 AGB sowie des UKlaG, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin Neubearbeitung 2006, Kommentierung der §§ 305, 306 und 310 AGB sowie des UKlaG (zit. *STAUDINGER/SCHLOSSER*).
- STÖCKLI HUBERT, *Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle*, in: BR 2011, S. 184 ff.
- UWG 8 – *neues Recht gegen unfaire Verträge*, in: Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2013, S. 171 ff.
- SUTTER GUIDO/LÖRTSCHER FLORIAN, *Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB*, in: recht 2012, S. 93 ff.
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur *Strukturierung* eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter vom 29. Oktober 2012.
- VON BAR CHRISTIAN/CLIVE ERIC (editors), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (*DCFR*), Full Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), München 2009.
- WURMNEST WOLFGANG, Kommentierung der §§ 307 bis 309 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. München 2012 (zit. *MK-WURMNEST*).

Materialien

- BOTSCHAFT zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6151 ff.
- BUNDESRÄTLICHER ENTWURF für ein revidiertes Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6193 ff.
- STÄNDERAT, Beratung der Vorlage am 29. September 2010, AB 2010 S 929 ff.
- NATIONALRAT, Beratung der Vorlage am 8. März 2011, AB 2011 N 220 ff.
- STÄNDERAT, Beratung der Vorlage am 17. März 2011, AB 2011 S 304 f.
- NATIONALRAT, Beratung der Vorlage am 31. Mai 2011, AB 2011 N 799 ff.

STÄNDERAT, Beratung der Vorlage am 8. Juni 2011, AB 2011 S 493 f.

NATIONALRAT, Beratung der Vorlage am 14. Juni 2011, AB 2011 N 1081 f.

STÄNDERAT, Beschluss vom 16. Juni 2011 gemäss Antrag der Einigungskonferenz, AB 2011 S 635.

NATIONALRAT, Beschluss vom 16. Juni 2011 gemäss Antrag der Einigungskonferenz, AB 2011 N 1226 f.

STÄNDERAT, Annahme in der Schlussabstimmung vom 17. Juni 2011, AB 2011 S 705.

NATIONALRAT, Annahme in der Schlussabstimmung vom 17. Juni 2011, AB 2011 N 1287.

AMTLICHE SAMMLUNG, Publikation der Änderungen vom 17. Juni 2011 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, AS 2011, S. 4909.

Zum Vergleich:

RICHTLINIE 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 095 vom 21. April 1993, S. 29 ff., deutsche Fassung.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Outline Edition, Munich 2009 (abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf>).

I. Einleitung

1. AGB und Banken: Die siamesischen Zwillinge

AGB und Banken, ein uraltes Thema! Als gewöhnlicher Bankkunde kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen und Banken ähnlich miteinander verbunden sind wie siamesische Zwillinge, bei denen nicht alle lebenswichtigen Organe doppelt vorhanden sind. Wenn man sie trennen wollte, würde ein Zwilling geopfert werden müssen. Und will man die Flut an Literatur, die in den letzten Monaten über den neuen Art. 8 UWG¹ geschrieben worden ist, ernst nehmen, so müsste man als Vertragsrechtler unweigerlich zum Schluss kommen, dass es die armen Banken sind, denen man die Lebensgrundlage entzieht, wenn sie nicht mehr nach Lust und Laune ihre AGB formulieren können.

Banken hatten schon immer Mühe im Umgang mit AGB. Unvergessen ist die grossartige Analyse Allgemeiner Vertragsbedingungen (AVB) der

¹ SR 241.

Banken von PETER GAUCH in seinem Referat an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2006, die ihn zu den Schlüssen führte, « ... die Schweiz [ist] ein archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AVB»² und «Die Schweizer Banken mögen die besten der Welt sein, ihre derzeitigen Vertragsbedingungen aber sind es nicht»³. Was ihn zu diesen Schlussfolgerungen veranlasste, sei hier nur anhand folgender Worte illustriert: «Ich muss gestehen, dass ich vom Ausmass der [Haftungs]Einschränkung überrascht war, liess ich mich doch bis anhin von den Hochglanzprospekten der Banken und von den Bankhäusern verleiten, die den Eindruck gediegener Kundenfreundlichkeit vermitteln.»⁴

Ob die Schweizer Banken immer noch die besten der Welt sind, wollen wir heute lieber nicht prüfen. Das wäre derzeit viel zu riskant ... ! Prüfwert ist aber, wie sich sieben Jahre nach PETER GAUCHS Vortrag und ein paar Monate nach dem Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG die AGB-rechtliche Lage der Banken präsentiert. Vielleicht hat sich ja seit seinen mahnenden Worten rechtlich und tatsächlich doch etwas zum Besseren verändert.

2. Die Mühe der Banken und der Wirtschaftsjuristen im Umgang mit AGB

Einleitend gestatte ich mir dazu die folgende Hypothese: Schweizer Banken haben nach wie vor Mühe im Umgang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Vielleicht sind es allerdings nicht so sehr die Banken selber, sondern die vermeintlich in ihrem Sinn schreibenden Wirtschaftsjuristen, welche grösste Mühe haben. *Denn seitdem der Gesetzgeber den revidierten Art. 8 UWG erlassen hat, verzeichnen wir in der schweizerischen juristischen Literatur etliche verwenderfreundliche Beiträge, in denen der Tendenz nach versucht wird, die Tragweite dieser neuen Bestimmung kleinzureden.* Zum Teil ist gar davon die Rede, die Formulierung des neuen Art. 8 UWG lasse den Spielraum für eine offene Inhaltskontrolle deutlich schrumpfen und sei als Aufforderung an die Rechtsanwender zu verstehen, nur mit Zurückhaltung und unter Berück-

² GAUCH, Vertragshaftung, S. 214.

³ GAUCH, Vertragshaftung, S. 225.

⁴ GAUCH, Vertragshaftung, S. 198.

sichtigung sämtlicher Umstände ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis von Rechten und Pflichten zu bejahen.⁵

Diese in einem Teil der wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Literatur feststellbare Strömung ist nicht unbedenklich. Dass sie nicht kundenfreundlich ist, kann man noch verstehen. Wirtschaftsjuristen (und ganz besonders Bankjuristen) sehen ihre Aufgabe in der Regel ja nicht darin, in wissenschaftlichen Publikationen kundenfreundliche Thesen zu vertreten. Das ist die Aufgabe von Juristinnen und Juristen an den Universitäten, die nicht darauf aus sind, von Banken oder anderen Unternehmen Gutachteraufträge zu erhalten.⁶ Problematisch, ja vielleicht sogar gefährlich ist diese Strömung aber, weil sie die Banken und andere AGB-Verwenderinnen möglicherweise in falscher Sicherheit wiegt. Offenbar hat die wirtschaftsrechtlich ausgerichtete Literatur aus dem Desaster bei den Retrozessionen nichts gelernt. Auch dort hat man nach dem ersten Urteil des Bundesgerichts im Jahr 2006⁷ mit allen Mitteln versucht, die Bedeutung des Entscheids kleinzureden und bankenkritische Stimmen zu übertönen oder gar nicht erst zu Wort kommen zu lassen. Jahrelang scheinen die Banken selber an das geglaubt zu haben, was für sie geschrieben wurde. Die Folgen waren, wie wir heute⁸ wissen, verheerend. Es würde mich nicht wundern, wenn die Banken in nächster Zeit voraussichtlich teuer für diese Fehleinschätzung werden bezahlen müssen. Es wird sich weisen, ob sich künftig bei den AGB mit dem neuen Art. 8 UWG eine ähnliche Entwicklung anbahnt. Zwar werden die finanziellen Folgen verlorener AGB-Prozesse für die Banken wesentlich weniger gravierend sein als die Fehleinschätzung der ganzen Branche in Bezug auf die Retrozessionen. Aber die Reputationsrisiken sollten zumindest nicht unterschätzt werden.

Nach meinem Dafürhalten wäre es endlich an der Zeit, dass bei den Banken und den Wirtschaftsjuristen ein *Mentalitätswandel* in Sachen AGB vollzogen würde. Warum geben die besten Banken der Welt und ihre Rechtsberater ihre Abwehrhaltung nicht auf? Sie haben sie doch gar nicht

⁵ So etwa KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 124 f. Ähnlich SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80 («Insofern stellt Art. 8 revUWG sogar erhöhte Anforderungen an die AGB-Kontrolle.»).

⁶ Denen im Gegenzug allerdings etwa vorgehalten wird, sie würden Banken-AGB mit Misstrauen («avec méfiance») begegnen, und Banken-AGB hätten bei ihnen eine schlechte Presse («mauvaise presse»; so BAHAR, A Time for Change, S. 99).

⁷ BGE 132 III 460.

⁸ Nach BGE 137 III 393 und 138 III 755.

nötig. Denn für die Banken – nicht aber für deren Kunden – sind AGB-Probleme im Vergleich zu den Problemen mit dem Schwarzgeld, mit den Libor-Verfälschungen, mit betrügerischen Investmentbankern, mit Retrozessionen etc. doch Kleinigkeiten.

Immerhin: Vielleicht lässt sich die einleitende Hypothese mit der Zeit zumindest teilweise falsifizieren. Eine diagonale Durchsicht der allerneuesten Banken-AGB lässt diesbezüglich eine gewisse Hoffnung aufkommen! Darauf wird weiter unten zurückzukommen sein.⁹ Möglicherweise sind die Banken doch nicht (mehr) ganz so schlimm wie die für sie schreibenden Juristen.

3. Die Beschränkung des Themas dieses Beitrages

In den folgenden Ausführungen steht, wie vom Titel des Vortrages vorgegeben, der neue Art. 8 UWG im Zentrum des Interesses. Dabei gilt es zu analysieren, inwieweit sich diese Bestimmung für eine *AGB-Inhaltskontrolle* eignet, die diesen Namen verdient. Nicht Gegenstand dieses Beitrages bilden demgegenüber die anderen Instrumente der AGB-Kontrolle, d.h. die *Konsens- oder Geltungskontrolle* und die *Auslegungskontrolle* sowie die *Inhaltskontrolle, soweit sie sich nicht auf Art. 8 UWG stützt*.¹⁰ Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG (d.h. bei der Verwendung von AGB ausserhalb des Verbraucherrechts¹¹) kommt diesem klassischen Kontrollinstrumentarium weiterhin seine volle Bedeutung zu. Wie weit seine Tragweite dagegen bei Konsumentenverträgen in Zukunft durch den revidierten Art. 8 UWG zurückgedrängt wird, wird sich zeigen müssen. Sollten die Gerichte – wie von Konsumentenseite erhofft – die neue Bestimmung für eine effiziente

⁹ Vgl. unten Ziff. IV.5.

¹⁰ Zum klassischen AGB-Kontrollinstrumentarium besteht eine beinahe unüberblickbare Literatur. In allen gängigen Lehrbüchern zum schweizerischen Obligationenrecht finden sich gute Darstellungen im Überblick. Detaillierter dazu etwa TH. KOLLER, Deckungsausschlussklausel.

An höchstrichterlicher Rechtsprechung sei auf die Klassiker BGE 109 II 452 («Hühnerstall-Fall»; Ungewöhnlichkeitsregel) und BGE 115 II 264 («Feuersbrunst-Fall»; Unklarheitsregel) sowie auf die für die neuere Zeit wegleitenden BGE 135 III 1 («Prämienänderungs-Fall»; Ungewöhnlichkeitsregel) und BGE 138 III 411 («Taggeldversicherungs-Fall»; Ungewöhnlichkeitsregel) verwiesen.

Einen Überblick über die Entwicklung in neuerer Zeit und Analysen bieten z.B. KLETT/HURNI, Eckpunkte, und TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle.

¹¹ Zum Anwendungsbereich von Art. 8 UWG siehe unten Ziff. III.

und eher strikte Inhaltskontrolle fruchtbar machen, so wird der Bedarf nach einer Geltungskontrolle und zum Teil wohl auch nach einer ausgedehnten Auslegungskontrolle¹² sinken. Andernfalls würde das klassische Kontrollinstrumentarium weiterhin auch im Verbraucherrecht von grosser Relevanz bleiben.

II. Der revidierte Art. 8 UWG im Überblick

1. Das Fehlen einer wirksamen offenen Inhaltskontrolle im bisherigen Recht

Das von PETER GAUCH 2006 so treffend geschilderte Malaise bei den Banken-AGB kommt nicht von ungefähr. *Im schweizerischen Recht fehlte bis anhin eine wirksame offene AGB-Inhaltskontrolle.* Anders als praktisch sämtliche andern europäischen Länder verfügte (und verfügt) die Schweiz nicht über eine umfassende gesetzliche Regelung der AGB-Problematik. Das OR¹³ und das VVG¹⁴ kennen nur ganz wenige Sondernormen, die punktuell Fragen im Zusammenhang mit AGB regeln.¹⁵ Das allgemeine schuldrechtliche Instrumentarium zum Schutz einer Vertragspartei gegen unangemessene Benachteiligung durch die Gegenseite, wie z.B. die Willensmängelregeln, Art. 21 OR, Art. 27 ZGB¹⁶ etc., konnte für eine effektive AGB-Inhaltskontrolle nicht fruchtbar gemacht werden.¹⁷ Der in der Lehre seit langem diskutierte Vorschlag, das Kriterium der «öffentlichen Ordnung» in Art. 19 Abs. 2 OR für die AGB-Inhaltskontrolle zu verwenden,¹⁸ fand in der Rechtsprechung keinen Niederschlag.

In der Rechtsprechung wurde das Fehlen einer offenen Inhaltskontrolle bisher zum Teil durch eine sogenannte «*verdeckte*» *Inhaltskontrolle unter dem*

¹² Zum Verhältnis zwischen Auslegungskontrolle und Inhaltskontrolle vgl. unten Ziff. IV.5.a), b) und d) sowie Ziff. V.1., je in fine.

¹³ SR 220.

¹⁴ SR 221.229.1.

¹⁵ Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR; Art. 33 VVG (siehe zu letzterer Bestimmung etwa BGE 115 II 264 [«Feuersbrunst-Fall»] sowie TH. KOLLER, Deckungsausschlussklausel, S. 53).

¹⁶ SR 210.

¹⁷ Gl.M. BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1397 und S. 1399 f. (mit Hinweis auf die Willensmängelregeln und auf Art. 21 OR).

¹⁸ Dazu etwa TH. KOLLER, Deckungsausschlussklausel, S. 58 ff., m.Nw.

*Deckmantel der zur Geltungskontrolle gehörenden Ungewöhnlichkeitsregel kassiert.*¹⁹ Den Gerichten, allen voran dem Bundesgericht, fiel es offenbar (methodologisch) leichter, einer AGB-Klausel die Wirksamkeit zu versagen, weil ihr der Gegner des Verwenders nach den Regeln der Konsenslehre nicht hinreichend zugestimmt hatte, als sie – weil gegen rechtliche Schranken verstossend – nicht anzuwenden, obwohl eine (formal) gültige Zustimmung vorlag. Über Jahrzehnte hinweg bot diese verdeckte AGB-Inhaltskontrolle allerdings keinen grossen Schutz, legte doch das Bundesgericht lange Zeit einen strengen Massstab an die Ungewöhnlichkeitsregel insgesamt und an das Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit im Besonderen an.²⁰ Eine sachte Wende zeichnete sich erst ab dem Jahr 2008 ab. Seit dem Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 («Betriebshaftpflichtversicherungs-Fall»)²¹ lässt sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel eine etwas «kundenfreundlichere» Tendenz feststellen.²² Wie dauerhaft und wirksam diese Tendenz sein wird, lässt sich allerdings aufgrund der wenigen Urteile noch nicht verlässlich abschätzen. Zudem ist die verdeckte ABG-Inhaltskontrolle über die Ungewöhnlichkeitsregel nicht nur methodologisch fragwürdig, sondern sie weist auch praktisch eine klare Schwäche auf, weil die Tragweite des Kriteriums der subjektiven Ungewöhnlichkeit im Einzelfall Schwierigkeiten bieten kann.²³ Eine offene Inhaltskontrolle, die diesen Namen verdient, wäre daher längst überfällig gewesen.

An sich hätte Art. 8 UWG in der Fassung vom 19. Dezember 1986 (altArt. 8 UWG) eine Basis für eine solche offene AGB-Inhaltskontrolle bieten können. Diese Bestimmung hatte den folgenden Wortlaut:

«Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder;

¹⁹ Ausführlich dazu etwa TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, m.Nw.

²⁰ Nachweise dazu bei TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, S. 951 f.

²¹ Zu diesem Urteil einlässlich TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle; kursorisch auch KLETT/HURNI, Eckpunkte, S. 84.

²² So ganz deutlich etwa in BGE 135 III 1; ähnlich auch 135 III 225.

²³ Vgl. dazu TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, S. 952.

b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.»

Die Erfahrung hat indessen gezeigt, dass das Kriterium «in irreführender Weise» im Ingress dieser Norm eine effiziente AGB-Inhaltskontrolle verhinderte.²⁴ AltArt. 8 UWG erwies sich daher als «zahnloser Tiger» im Kampf gegen inhaltlich unangemessene AGB-Klauseln. Insbesondere hatte diese Bestimmung im Verhältnis zur Ungewöhnlichkeitsregel kaum eigenständige Bedeutung. Höchststrichterliche Urteile zu altArt. 8 UWG gibt es denn auch nur wenige.²⁵

2. Die Stossrichtung der Revision von Art. 8 UWG

Mit der Revision von Art. 8 UWG gedachte der Bundesrat, den Schutz von Schweizer Kundinnen und Kunden gegen unangemessene AGB-Klauseln zu verbessern. Missbräuchliche AGB seien EU-weit geregelt und unterlägen einer gerichtlichen Überprüfung. Exportierende Schweizer Unternehmen oder im EU-Raum ansässige Schweizer Firmen seien also gehalten, dort AGB zu verwenden, die einer (abstrakten) Inhaltskontrolle offen stünden. Der Bundesrat erachtete es als wünschenswert, dass Schweizer Kundinnen und Kunden in diesem Bereich nicht weiterhin diskriminiert würden.²⁶ *Daher sollte insbesondere durch Streichen des Tatbestandsmerkmals der Irreführung der Weg für eine offene Inhaltskontrolle bereitet werden.*²⁷ Der Schutzbereich sollte sich dabei auf sämtliche Abnehmer erstrecken, und nicht bloss auf Konsumentinnen und Konsumenten.²⁸ Demgemäss sah der bundesrätliche Ent-

²⁴ Vgl. dazu etwa BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6178.

So treffend auch das Bundesgericht unter Berufung auf die Lehre im Urteil 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 («Leasing-Fall») E. 5.6.3.2.1: «... namentlich das - selten erfüllte - Merkmal der Irreführung...».

²⁵ Siehe als illustratives Beispiel BGE 119 II 443; daneben sodann 117 II 332 und 122 III 373 sowie das Urteil des Bundesgerichts 5C.53/2002 vom 6. Juni 2002 und das Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 («Leasing-Fall»).

²⁶ BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6169.

²⁷ BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6178.

Daneben schlug der Bundesrat dem Parlament weitere Umformulierungen von Art. 8 UWG vor, auf die hier indessen nicht eingegangen wird. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Neufassung von Art. 8 UWG findet sich in BBl 2009, S. 6193 f.

²⁸ BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6169.

wurf eines revidierten Art. 8 UWG keine Beschränkung des Anwendungsbereichs dieser Norm auf Verbraucherverträge vor.

Bereits in der Vernehmlassung waren die Stellungnahmen zur Verschärfung von Art. 8 UWG kontrovers ausgefallen.²⁹ Auch in den parlamentarischen Beratungen war die vorgeschlagene Revision ausserordentlich umstritten.³⁰ Insbesondere im Nationalrat war der Widerstand gegen eine Änderung von Art. 8 UWG sehr stark. Symptomatisch dafür sind etwa die plakative Aussagen von Nationalrat KURT FLURI: «Wir wollen gar nicht etwas anderes! Unserer Meinung nach genügt das geltende Recht eben. Das neue Recht, wie es der Bundesrat vorgeschlagen hat, wollen wir nicht; wir wollen nach wie vor keine Änderung des geltenden Artikels 8.»³¹ Besonders starke Bedenken hatten viele Parlamentarier gegen die Erweiterung der abstrakten Normenkontrolle.³²

Am Ende obsiegte in den Beratungen ein Kompromissvorschlag des Ständerates. Die wichtigste Änderung gegenüber dem bundesrätlichen Vorschlag bestand darin, dass der neue Art. 8 UWG nur noch auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten angewandt werden soll. Die definitiv verabschiedete und seit 1. Juli 2012 geltende Fassung von Art. 8 UWG lautet:

«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.»

3. Der neue Art. 8 UWG im internationalen Vergleich

Auf den ersten Blick scheint der revidierte Art. 8 UWG relativ wortgetreu dem EU-Recht nachgebildet zu sein. In der Tat ist die Ähnlichkeit zwischen dieser Norm und Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU³³ scheinbar sehr

²⁹ BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6169.

³⁰ Auf die Einzelheiten der parlamentarischen Beratungen ist hier nicht einzugehen. Diese Beratungen können in den oben bei den Materialien aufgeführten Amtlichen Bulletins des Ständerats und des Nationalrats (AB S und AB N) nachgelesen werden. Die Entwicklungsgeschichte des neuen Art. 8 UWG wird ausführlich nachgezeichnet bei HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1190 ff.

³¹ AB 2011 N 800, Sitzung vom 31. Mai 2011.

³² Zur abstrakten Normenkontrolle unten Ziff. V.2.

³³ Siehe zu dieser Richtlinie den Hinweis oben bei den Materialien.

gross.³⁴ Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU in der deutschen Fassung lautet:

«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.»

Dieser erste Eindruck indessen täuscht, wie ein Blick in die englische Fassung zeigt:

«A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.»³⁵

In dieser Fassung – und soweit ersichtlich auch in allen andern Fassungen³⁶ von Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU ausser der deutschen – *ist nur von einem erheblichen, nicht aber zusätzlich auch von einem ungerechtfertigten Missverhältnis die Rede*. Bezeichnenderweise hat denn auch der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung in das nationale Recht das Kriterium «ungerechtfertigt» nicht übernommen.³⁷

Auch ein Blick in die neuere Entwicklung des europäischen Vertragsrechts zeigt, dass bei der AGB-Inhaltskontrolle eine erhebliche Benachteiligung der Konsumentinnen genügt und das Fehlen einer Rechtfertigung nicht erforderlich ist. So lautet z.B. Art. II. – 9:403 DCFR wie folgt:

«In a contract between a business and a consumer, a term (which has not been individually negotiated) is unfair for the purpose of this Section, if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing.»³⁸

³⁴ Ebenso auch HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1192.

³⁵ Siehe <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:HTML>>.

³⁶ THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 50.

³⁷ Gemäss § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben *unangemessen benachteiligen* (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁸ Vgl. dazu ausführlich VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:403, S. 634 ff.

Bei dieser Sachlage wird man auch ohne vertiefte wissenschaftliche Untersuchung die Aussage wagen dürfen, dass die deutsche Fassung von Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU den Sinn und Geist der Bestimmung nicht treffend wiedergibt. Unser Parlament hat dies übersehen und sich bei der Neufassung von Art. 8 UWG offenkundig (nur) von der deutschen Fassung inspirieren lassen. Die freiwillige («autonome») Übernahme ausländischen, insbesondere europäischen Rechts in das schweizerische Recht stösst in unserer Politik in der Regel auf wenig Gegenliebe. Umso störender ist es, wenn ausgerechnet dann, wenn der Gesetzgeber eine Ausnahme macht,³⁹ dies auf derart unbefriedigende Weise geschieht. Rechtsvergleichung ist offenkundig keine Stärke des schweizerischen Gesetzgebers.

Auf die Tragweite des Kriteriums des «ungerechtfertigten» Missverhältnisses wird noch zurückzukommen sein.⁴⁰

III. Der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG

Der neue Art. 8 UWG findet, anders als im bundesrätlichen Entwurf vorgesehen, nur auf *Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten* Anwendung.⁴¹ Zudem setzt er voraus, dass *Allgemeine Geschäftsbedingungen* verwendet werden. Diese beiden Voraussetzungen sind näher zu prüfen.

³⁹ Kritisch demgegenüber HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1193, denen zufolge bei der Auslegung von Art. 8 UWG nur sehr begrenzt auf die AGB-Richtlinie der EU abgestellt werden könne. Diese Aussage impliziert, dass im Zusammenhang mit dem neuen Art. 8 UWG nur beschränkt von einem autonomen Nachvollzug europäischen Rechts die Rede sein kann. Ähnlich zurückhaltend BAHAR, A Time for Change, S. 133, sowie KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 127.

⁴⁰ Siehe unten Ziff. IV.3.

⁴¹ A.M. HOLLIGER-HAGMANN, Kuckucksei, Rz. 25, der zufolge die Konsumenteneigenschaft keineswegs als Bedingung für die Anwendung von Art. 8 UWG als solchem vorgegeben sei. Der Zusatz «insbesondere» im Ingress von Art. 8 UWG lasse erkennen, dass noch andere Definitionen für missbräuchliche AGB denkbar seien, und zwar ohne Beschränkung auf Konsumenten. Ob Gerichte dieser Auffassung folgen werden, darf im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG klar auf Verbraucherverträge beschränken wollte, bezweifelt werden. Zutreffend ist allerdings, dass die Verwendung missbräuchlicher AGB ausserhalb von Verbraucherverträgen gegebenenfalls (zumindest theoretisch) gegen die Generalklausel von Art. 2 UWG verstossen könnte (so HOLLIGER-HAGMANN, Kuckucksei, passim).

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden gemäss herrschender Lehre *vorformulierte Vertragsbestimmungen* verstanden, die für die *Verwendung bei einer Vielzahl von Verträgen bestimmt sind und von einer Partei einseitig gestellt bzw. unter den Parteien nicht ausgehandelt werden.*

Die Handhabung dieser Kriterien ist in der Regel einfach. Probleme bieten kann je nach den Umständen allerdings die Frage, wann von einer Partei vorgeschlagene (also vorformulierte) Vertragsklauseln als «ausgehandelt» gelten. Insbesondere kann man sich fragen, ob von einer Partei vorformulierte Bestimmungen ihren (ursprünglichen) AGB-Charakter verlieren, *wenn sie von den Parteien vor Vertragsschluss besprochen, aber nicht abgeändert werden.* Bei Banken-AGB wird sich dieses Problem bei «gewöhnlichen» Bankkundinnen in der Regel nicht stellen, weil diese Kundinnen im Allgemeinen die Banken-AGB diskussionslos (und meist wohl auch ungelesen) akzeptieren und weil zudem die Banken selber bzw. ihre Angestellten vor allem im Massengeschäft wenig Lust haben dürften, mit ihren Kundinnen ihre AGB zu besprechen. Ausnahmen sind aber denkbar, so etwa bei besonders kritischen («querulatorischen») Alltagskunden am Bankschalter oder vor allem bei sehr vermögenden Kundinnen, welche vom Kundenberater im Rahmen von umfassenden Gesprächen über alle möglichen Aspekte der Bank-Kunden-Beziehung orientiert werden.⁴²

*Richtigerweise kann mit dem blossen Besprechen von vorformulierten Vertragsklauseln allein diesen der Charakter von AGB noch nicht genommen werden.*⁴³ Denn sonst hätten es AGB-Verwenderinnen in der Hand, mit wenig Aufwand den mit Art. 8 UWG angestrebten Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten auszuhebeln. Banken etwa bräuchten bloss die Kundinnen auf zwei oder drei besonders kritische AGB-Klauseln aufmerksam zu machen, um diese Klauseln gegen Art. 8 UWG zu immunisieren. Bei der Ungewöhnlichkeitsregel würde ein solches Vorgehen (zumindest theoretisch) funktionieren, weil jeder AGB-Klausel mit einer hinreichenden Aufklärung

⁴² Bei Kunden dieser Art wird die Frage, ob eine bestimmte Vertragsbestimmung noch eine AGB-Klausel ist oder nicht, zum Teil offen gelassen werden können, weil möglicherweise das zweite Anwendungskriterium, das Vorliegen eines Konsumentenvertrages (dazu sogleich im Text), nicht erfüllt ist.

⁴³ Vgl. dazu auch VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 1:110, S. 162: «In general, such negotiation not only requires a simple conversation about the term but must offer a real chance to influence it.»

der Vertragspartnerin vor Vertragsschluss der Überrumpelungseffekt genommen und damit das Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit «zerstört» werden kann. Für eine Kontrollnorm wie Art. 8 UWG dagegen, die nicht auf der Konsensebene angesiedelt ist, sondern der Zulässigkeit von bestimmten Vertragsklauseln eine inhaltliche Schranke entgegensetzen will, passt dies nicht.

«Unter den Parteien nicht ausgehandelt» muss mehr bedeuten. Nur *wenn der Gegnerin der AGB-Verwenderin eine ernsthafte Möglichkeit offenstand, eine diskutierte Klausel zu ändern oder zu streichen*, wofür die Verwenderin beweisbelastet wäre,⁴⁴ könnte nicht mehr von einer AGB-Klausel gesprochen werden.⁴⁵ Im Bankenalltag dürfte das bei «gewöhnlichen» Bankkundinnen in aller Regel nicht zutreffen. Ebenso wenig wird man annehmen können, Vertragsbedingungen seien ausgehandelt, bloss weil einer Kundin im Umgang mit der Bank eine externe Beraterin zur Seite stand.⁴⁶

2. Was sind Konsumentinnen und Konsumenten?

Art. 8 UWG definiert den Begriff der «Konsumentinnen und Konsumenten» nicht. Daher muss durch Auslegung ermittelt werden, was unter diesem Begriff im Rahmen dieser Norm zu verstehen ist.

Im schweizerischen Recht hat sich in den letzten Jahrzehnten – wie in andern Rechtsordnungen auch – der Begriff des «Konsumentenvertrages»

⁴⁴ BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1402; vgl. dazu für das EU-Recht Art. 3 Abs. 2 para 3 der AGB-Richtlinie der EU sowie Art. II – 1:110 (4) DCFR.

Unhaltbar wäre es daher anzunehmen, eine Klausel sei ausgehandelt, wenn sich der Kunde bewusst dafür entschlossen habe, den Vertrag nicht zu verhandeln (so aber etwa BAHAR, A Time for Change, S. 133 Fn. 162, m.Nw.).

⁴⁵ So auch das EU-Recht (Art. 3 Abs. 2 para 1 in fine der AGB-Richtlinie der EU). Vgl. ebenso Art. II – 1:110 (1) DCFR: « ... if the other party has not been able to influence its content, in particular because it has been drafted in advance ... » (dazu etwa VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II – 1:110, S. 161 f.).

A.M. offenbar BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1402, dem zufolge es genügen soll, wenn der Kunde auf eine bestimmte Klausel vor Vertragsschluss aufmerksam gemacht wird.

Zum deutschen Recht vgl. etwa STAUDINGER/SCHLOSSER, § 305 BGB Rz. 36, unter Hinweis auf BGHZ 143, 103 («Aushandeln ... bedeutet mehr als verhandeln.»); ebenso MK-BASEDOW, § 305 BGB Rz. 35 («Dabei muss der Verhandlungspartner zumindest die reale Möglichkeit erhalten, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen beeinflussen zu können.»).

⁴⁶ So aber SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 79.

bzw. «Verbrauchervertrages» etabliert,⁴⁷ und zwar im Anschluss an die Verankerung des Ziels des Konsumentenschutzes in der Bundesverfassung im Jahr 1981.⁴⁸ Allerdings liessen sich die Konturen dieser Rechtsfigur nicht scharf herausbilden. Das hat seinen Grund darin, dass Verbraucherverträge in zahlreichen Gesetzesbestimmungen eine Rolle spielen,⁴⁹ die Umschreibungen des Begriffes aber in diesen Normen nicht einheitlich sind. Der Konsument ist – wie es HOLLIGER-HAGMANN ausdrückt – «... trotz Verfassungswürde und mehr als dreissigjähriger Existenz in unserer Rechtsordnung immer noch ein schillernder Begriff.»⁵⁰

a) In der herrschenden Lehre anerkannte Elemente des Konsumentenvertrages

Weitgehend Übereinstimmung herrscht in der Lehre darüber, dass für einen Konsumentenvertrag im Allgemeinen mindestens folgende Merkmale erfüllt sein müssen⁵¹: Der Vertrag muss geschlossen werden zwischen einer *gewerbmässigen Anbieterin von Waren oder Dienstleistungen* einerseits⁵² und einer *natürlichen Person*⁵³ andererseits, *die nicht zu beruflichen oder gewerblichen,*

⁴⁷ Einlässlich dazu etwa KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, und DIES., Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, S. 1 ff. (mit ausführlichem Literaturverzeichnis), sowie FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 12 ff. Rz. 42 ff.

⁴⁸ Art. 31^{sexies} altBV i.d.F. vom 14. Juni 1981; heute Art. 97 BV.

⁴⁹ So etwa Art. 40a Abs. 1 OR, Art. 210 Abs. 4 OR (i.d.F. vom 16. März 2012, i.K. seit 1. Januar 2013), Art. 2 f. KKG, Art. 114 und Art. 120 IPRG, Art. 15 revLugÜ, Art. 2 lit. a CISG, Art. 32 Abs. 2 ZPO.

⁵⁰ HOLLIGER-HAGMANN, Kuckucksei, Rz. 10; ähnlich SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 8, und DERS., Grundpfandrechte, S. 93.

⁵¹ Vgl. dazu für das deutsche Recht ausführlich etwa MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 42 ff.; STAUDINGER/SCHLOSSER, § 310 BGB Rz. 47 f.

⁵² Siehe etwa Art. 40a Abs. 1 lit. a OR, Art. 210 Abs. 4 lit. c OR, Art. 2 KKG, Art. 32 Abs. 2 ZPO. Vgl. auch Art. 2 lit. c der AGB-Richtlinie der EU und Art. I. – 1:105 (2) DCFR sowie § 14 BGB.

Nicht massgebend ist die Eigenschaft des Verkäufers dagegen bei Art. 2 lit. a CISG. Das UN-Kaufrecht findet auch dann keine Anwendung, wenn es sich bei beiden Vertragsparteien um Privatpersonen handelt.

A.M. als hier THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 20, dem zufolge Art. 8 UWG auch zur Anwendung kommen könne, wenn der AGB-Verwender nicht im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

⁵³ SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 8 f.; THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 18; vgl. auch Art. 2 lit. b der AGB-Richtlinie der EU und Art. I. – 1:105 (1) DCFR sowie § 13 BGB; für das Verbraucherrecht generell FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 20 Rz. 75.

sondern zu *privaten bzw. familiären Zwecken*⁵⁴ handelt. Dies gilt auch für den Verbrauchervertrag i.S.v. Art. 8 UWG. Gewerbetreibende als Vertragsgegner einer AGB-Verwenderin kommen damit (soweit sie nicht im privaten Bereich handeln) nicht in den Genuss des Schutzes von Art. 8 UWG.⁵⁵ Problematisch ist dies insbesondere bei KMU, welche mit starken Gegnern Verträge schliessen und deren AGB akzeptieren müssen. Die Schutzbedürftigkeit dieser KMU wäre wohl in vielen Fällen gegeben. Dass unser Gesetzgeber, der sich sonst immer um das Wohl der KMU zu kümmern vorgibt, gerade solche Unternehmen vom Anwendungsbereich von Art. 8 UWG ausgeschlossen hat, ist höchst fragwürdig.⁵⁶

Verträge zwischen Banken und *Geschäftskundinnen* (Kreditverträge, Kontoverträge etc.) unterliegen somit nicht der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (sondern bloss dem übrigen AGB-Kontrollinstrumentarium).⁵⁷ Ob dies dazu führen wird, dass die Banken künftig für Privatkundinnen und Geschäftskundinnen unterschiedliche AGB verwenden werden⁵⁸, wird sich weisen.

A.M. PICHONNAZ, *Clauses abusives*, S. 36 f., dem zufolge Art. 8 UWG auch anwendbar sein soll, wenn eine *juristische Person* einen Vertrag geschlossen hat, der keinen Bezug zu ihrer Geschäftstätigkeit hat. Ebenso DERS., *Le nouvel article 8 LCD*, S. 141.

⁵⁴ In den verschiedenen Normen findet sich z.T. die «positive» Umschreibung (privat oder familiär [Art. 40a Abs. 1 OR; Art. 210 Abs. 4 lit. b OR; Art. 2 lit. a CISG; Art. 32 Abs. 2 ZPO]), zum Teil die negative (nicht für berufliche oder gewerbliche Zwecke [Art. 3 KKG; Art. 15 revLugÜ; Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978, SR 942.211; vgl. auch Art. 2 lit. b der AGB-Richtlinie der EU und Art. I. – 1:105 (2) DCFR]) und zum Teil eine Kombination beider Elemente (Art. 114 und Art. 120 IPRG).

⁵⁵ A.M. HOLLIGER-HAGMANN, *Kuckucksei*, Rz. 25 (vgl. oben Fn. 41).

⁵⁶ G.L.M. SCHMID, *Inhaltskontrolle*, S. 7 f.; DERS., *Grundpfandrechte*, S. 93; STÖCKLI, *Der neue Art. 8 UWG*, S. 185; DERS., *Neues Recht gegen unfaire Verträge*, S. 176 f.; ebenso wohl auch HOLLIGER-HAGMANN, *Kuckucksei*.

⁵⁷ Vgl. oben Ziff. I.3.

⁵⁸ Siehe dazu den generellen Hinweis für Unternehmer, separate AGB für Konsumenten zu schaffen, bei HÜNERWADEL/HOFBAUER, *Erhöhte Anforderungen an AGB*, S. 2. Zweifelnd demgegenüber FURRER, *AGB-Inhaltskontrolle*, S. 327, der vermutet, dass sich viele Unternehmen aus Effizienzgründen dazu durchringen werden, in ihren (einheitlichen) AGB den Standard von Art. 8 UWG einzuhalten.

b) Das umstrittene Element der «Leistungen des üblichen Verbrauchs»

Umstritten ist demgegenüber ein anderer Punkt. Gemäss Art. 32 Abs. 2 ZPO sowie Art. 114 und Art. 120 IPRG liegt ein Konsumentenvertrag nur vor, wenn der *Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs* geschlossen wurde. Mit diesem zusätzlichen Element, das die andern gesetzlichen Bestimmungen über Verbraucherverträge nicht enthalten, wird der Begriff des Konsumentenvertrages massiv eingeschränkt. Dies wirft die (in der Lehre umstrittene) Frage auf, ob Art. 8 UWG dieser enge Konsumentenvertragsbegriff zugrunde liegt oder der weitere Begriff, wie er sich etwa aus Art. 40a Abs. 1 OR, Art. 210 Abs. 4 lit. b OR, Art. 3 KKG, Art. 15 revLugÜ und Art. 2 lit. a CISG ergibt.⁵⁹

Sachgerecht kann hier nur der weite Begriff des Konsumentenvertrages sein; andernfalls würde Art. 8 UWG weitgehend leerlaufen.⁶⁰ Unter den engen Verbrauchervertragsbegriff fallen praktisch nur Alltagsgeschäfte, und solche werden – von Ausnahmen abgesehen⁶¹ – eher selten unter Verwendung von AGB abgeschlossen. Der schweizerische Gesetzgeber selber hat in Art. 210 Abs. 4 lit. b OR (erlassen am 16. März 2012) sehr schön zum Ausdruck gebracht, dass er in neuerer Zeit von einem weiten Verständnis des Konsumentenvertrages ausgeht. Denn in dieser Bestimmung, die anders als Art. 8 UWG den Konsumentenbegriff klar umschreibt, ist nur vom «persönlichen oder familiären Gebrauch», nicht aber von den «Leistungen des üblichen Verbrauchs» die Rede. Man wird vernünftigerweise nicht davon ausgehen können, *dass der Gesetzgeber mit einem Abstand von bloss rund neun Mo-*

⁵⁹ Für das weitere Verständnis des Konsumentenvertragsbegriffs: BIERI, *Le contrôle judiciaire*, S. 53 Rz. 16; DUPONT, *Le nouvel article 8 LCD*, S. 115 f. Rz. 31 ff.; HÜNERWADEL/HOFBAUER, *Erhöhte Anforderungen an AGB*, S. 2 (zumindest implizit); SCHMID, *Inhaltskontrolle*, S. 9; DERS., *Grundpfandrechte*, S. 93 ff.; STÖCKLI, *Der neue Art. 8 UWG*, S. 186; DERS., *Neues Recht gegen unfaire Verträge*, S. 177; SUTTER/LÖRTSCHER, *Klagerecht des Bundes*, S. 100; THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 19. Für das engere Verständnis demgegenüber: FURRER, *AGB-Inhaltskontrolle*, S. 326; HESS/RUCKSTUHL, *AGB-Kontrolle*, S. 1195; KUT/STAUBER, *UWG-Revision*, Rz. 115; MARCHAND, *Art. 8 LCD*, S. 330; SCHOTT, *Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 79.

Generell kritisch zum Tatbestandselement der «Leistungen des üblichen Verbrauchs» in Art. 120 IPRG und im Prozessrecht FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 305 ff. Rz. 1326 ff. und S. 325 ff. Rz. 1405 ff.

⁶⁰ Ähnlich auch THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 19.

⁶¹ Dazu sogleich unter Ziff. III.2.c).

naten zwei Verbraucherschutznormen mit einem unterschiedlichen Verständnis des Verbraucherbegriffs verabschieden wollte.

Ein Blick über die Grenzen bestätigt dieses Ergebnis. Weder das EU-Recht noch der DCFR kennen beim Konsumentenvertrag die Einschränkung auf «Leistungen des üblichen Verbrauchs».⁶² Dass der schweizerische Gesetzgeber in Art. 8 UWG von dem somit weitherum anerkannten Begriff des Verbrauchervertrages abweichen wollte, ohne dies – wie in Art. 32 Abs. 2 ZPO – ausdrücklich zu sagen, ist nicht leichthin anzunehmen.

c) Beispiele aus dem Bankrecht

Welche Tragweite den skizzierten Elementen im Bankrecht zukommt, lässt sich anhand eines einfachen Beispiels illustrieren. Ein Vertrag zwischen einer Bank und einer Kundin über ein Lohnkonto stellt auf jeden Fall einen Konsumentenvertrag dar: Lohnkonten sind sehr weit verbreitet und damit üblich; zudem dienen sie offenkundig dem Verbrauch.⁶³ Ein Sparkonto einer Privatperson dagegen wäre nur nach dem weiteren⁶⁴, nicht aber nach dem engeren Verständnis ein Konsumentenvertrag: Zwar ist ein solches Konto ebenfalls üblich, aber es dient nicht dem Verbrauch (sondern eben im Gegenteil dem Sparen). Eine Kundin, welche bei ein und derselben Bank sowohl ein Lohn- als auch ein Sparkonto unterhält, für das die gleichen AGB gelten, würde somit für das eine Konto den Schutz von Art. 8 UWG in Anspruch nehmen können, für das andere aber nicht. Das wäre schlicht absurd.

Zugegeben: Auch bei einem weiteren Verständnis des Konsumentenbegriffs können sich absurd anmutende Differenzierungen ergeben. Nutzt eine Bankkundin eine Kreditkarte für private Zwecke, so ist Art. 8 UWG anwendbar (und dies sogar bei einem engen Verständnis des Konsumentenbegriffs, da Kreditkarten dem Verbrauch dienen und heute üblich sind). Bei einer Nutzung für berufliche oder gewerbliche Zwecke dagegen entfällt der Schutz von Art. 8 UWG. Bucht also z.B. jemand mit der Kreditkarte gleichzeitig eine Ferienreise und eine Geschäftsreise, so kann er sich gegenüber dem Kartenunternehmen für die eine Zahlung auf Art. 8 UWG berufen und

⁶² Art. 2 lit. a der AGB-Richtlinie der EU; Art. I. – 1:105 (1) DCFR.

⁶³ Ebenso BAHAR, A Time for Change, S. 131.

⁶⁴ So für das deutsche Recht ausdrücklich MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 51 («Wer spart und sein Vermögen anlegt, konsumiert zwar gerade nicht, schliesst den Vertrag aber zu privaten Zwecken und ist damit Verbraucher ...»).

für die andere nicht. Die Absurdität dieser Unterscheidung aber hat der Gesetzgeber zu verantworten ...

Legt man – wie hier vertreten – Art. 8 UWG das weitere Verständnis des Konsumentenvertrages zugrunde, so hat dies für Banken erhebliche Auswirkungen.⁶⁵ Auch Verträge über die *Finanzierung von Liegenschaften* (Hypotheken), *Anlageberatungsverträge*, *Vermögensverwaltungsverträge* etc. fallen in den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG, sofern die Kundin nicht im beruflichen oder gewerblichen, sondern im privaten bzw. familiären Bereich handelt.⁶⁶ Abweichendes mag gelten, wenn z.B. eine Vermögensanlage « ... im Rahmen einer planmässigen Strategie und mit einer organisatorischen Ausstattung betrieben (wird), die der eines Gewerbes mit einer selbständigen Berufstätigkeit gleichkommt»⁶⁷. Eine solche «Berufstätigkeit» im Zusammenhang mit Anlagegeschäften darf aber nicht leichthin angenommen werden.

IV. Der Tatbestand von Art. 8 UWG

Der Tatbestand des neuen Art. 8 UWG ist ausserordentlich offen formuliert und daher in hohem Masse *konkretisierungsbedürftig*. THOUVENIN hat diesen Umstand treffend so umschrieben: Der Tatbestand erscheine zunächst weitgehend *strukturlos* und daher müsse der Versuch unternommen werden, ihm eine Struktur zu entnehmen, die eine objektiv nachvollziehbare Anwendung durch die Gerichte erlaube.⁶⁸ Die ist umso mehr erforderlich, als es der schweizerische Gesetzgeber unterlassen hat, diese *Generalklausel* mit einer «grauen» oder gar «schwarzen» Liste von *Beispielen von AGB-Klauseln* zu ergänzen, die – bei einer grauen Liste mit und bei einer schwarzen Liste ohne *Wertungsmöglichkeit*⁶⁹ – als missbräuchlich zu betrachten wären. Mit sol-

⁶⁵ Ebenso BAHAR, A Time for Change, S. 131.

⁶⁶ Gl.M. SCHMID, Grundpfandrechte, S. 95, sowie HÜNERWADEL/HOFBAUER, Erhöhte Anforderungen an AGB, S. 2 (für Hypothekarkredite).

A.M. SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 79, aufgrund seines engeren Verständnisses des Konsumentenbegriffs.

Differenzierend wohl BAHAR, A Time for Change, S. 132 (speziell für komplexere Vermögensverwaltungen).

⁶⁷ So für das deutsche Recht MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 51.

⁶⁸ THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 1 in fine.

⁶⁹ Vgl. dazu als Beispiele etwas die §§ 308 und 309 BGB.

chen (nicht abschliessenden⁷⁰) Beispielen hätte verdeutlicht werden können, welche Massstäbe nach Auffassung des Gesetzgebers an eine AGB-Inhaltskontrolle zu legen sind.

Im Folgenden sollen die einzelnen Tatbestandselemente von Art. 8 UWG näher analysiert und so der Versuch unternommen werden, diese Generalklausel zu konkretisieren. Dabei darf indessen nicht vergessen werden, dass die Frage, ob eine bestimmte AGB-Klausel missbräuchlich ist oder nicht, nur aufgrund einer *Gesamtwürdigung* aller dieser Elemente beurteilt werden kann. Hilfreich bei dieser Konkretisierung kann gelegentlich ein Blick über die Grenzen sein. Wie dargelegt, hat sich der schweizerische Gesetzgeber bei der Neuformulierung von Art. 8 UWG im Wesentlichen an die AGB-Richtlinie der EU angelehnt. Daher ist es sachgerecht, sich bei der Konkretisierung dieser Generalklausel (auch) an dieser Richtlinie⁷¹ und – pars pro toto – an deren Umsetzung im deutschen Recht zu orientieren. Im Weiteren kann auch ein gelegentlicher Blick in den DCFR von Nutzen sein. Im Anschluss an diese Analyse sollen zur Verdeutlichung ein paar Beispiele von AGB-Klauseln aus Bankverträgen näher betrachtet werden.

Auch die AGB-Richtlinie der EU enthält (im Anhang) Beispiele von AGB-Klauseln, welche als missbräuchlich zu werten sind.

Zu den Ausdrücken «graue» und «schwarze» Listen («liste grise/liste noire») BÜYÜKSAGIS, *La bonne foi dans l'article 8 LCD*, S. 1398.

⁷⁰ So etwa Art. 3 Abs. 3 der AGB-Richtlinie der EU, der klar festhält, dass die im Anhang der Richtlinie aufgeführten Klauseln *eine nicht erschöpfende Liste darstellen und bloss als Hinweise dienen*.

⁷¹ FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 232 f. Rz. 1008 und Rz. 1010; THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 2; SCHMID, *Grundpfandrechte*, S. 100.

Ähnlich SUTTER/LÖRTSCHER, *Klagerecht des Bundes*, S. 101, die ausführen, es sei davon auszugehen, dass der Klauselkatalog der AGB-Richtlinie der EU den Schweizer Gerichten zumindest als Orientierungshilfe bei der Anwendung von Art. 8 UWG dienen werde, sowie HÜNERWADEL/HOFBAUER, *Erhöhte Anforderungen an AGB*, S. 2.

Grundsätzlich a.M. HESS/RUCKSTUHL, *AGB-Kontrolle*, S. 1193, denen zufolge nur sehr begrenzt auf diese Richtlinie abgestellt werden könne; zurückhaltend auch BAHAR, *A Time for Change*, S. 133.

1. Das Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien

Ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten setzt ein *Ungleichgewicht zu Lasten der Kundin* voraus. Ob eine ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten vorliegt, kann nur aufgrund einer Wertung entschieden werden, die stets den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten hat.⁷² Daher kommen hier nicht bloss *formelle Ungleichverteilungen* von Rechten und Pflichten – wie z.B. unterschiedliche Kündigungsfristen, unterschiedliche Rücktrittsregeln für die Parteien – in Betracht, sondern auch *materielle Ungleichverteilungen*. Solche materiellen Missverhältnisse stehen zur Diskussion, wenn Rechte und Pflichten zwar formal gleich verteilt sind, diese sich faktisch aber für die Parteien unterschiedlich auswirken.⁷³ Ebenso kann ein solches «materielles» Missverhältnis in Frage stehen, wenn die Unternehmerin der Kundin als «Kompensation» für eine ungünstige AGB-Klausel ein Recht einräumt, das der Kundin kaum Vorteile bringt bzw. von dieser faktisch nicht oder nicht ohne Nachteil genutzt werden kann (so z.B. wenn eine Bank sich bei einer Festhypothek das Recht zur einseitigen Zinssatzerhöhung unter bestimmten Voraussetzungen vorbehält und der Kundin dafür im Gegenzug ein Recht zur vorzeitigen Kündigung der Festhypothek einräumt⁷⁴).

An welchem *Referenzmassstab* das Ungleichgewicht zu messen ist, sagt Art. 8 UWG nicht. In Frage kommen hier das *dispositive Gesetzesrecht* und, wo dieses fehlt, die *Vertragsnatur*,⁷⁵ ja letztlich gar alle dem geschriebenen und ungeschriebenen Recht *immanenten Rechtsprinzipien*.⁷⁶

⁷² THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 33. Siehe zum Kriterium von Treu und Glauben auch unten Ziff. IV.4.

⁷³ THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 36 f.

⁷⁴ Vgl. zu diesem Beispiel auch unten Ziff. IV.5.c) in fine.

⁷⁵ RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 442; SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 11 f.; DERS., Grundpfandrechte, S. 97 f.; ähnlich FURRER, AGB-Inhaltskontrolle, S. 326 f.

Ähnlich für das europäische Recht VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:403, S. 635, und für das Recht der EU das Urteil des EuGH vom 14. März 2013, Mohamed Aziz v. Catalunyaacaixa, C-415/11, Rn. 68.

A.M. BAHAR, A Time for Change, S. 134; HESS/RUCKSTUHL, AGB-Inhaltskontrolle, S. 1197; ebenso wohl auch SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 100, und MARCHAND, Art. 8 LCD, S. 330.

Undeutlich diesbezüglich KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 120.

⁷⁶ So für das deutsche Recht STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 119.

Ein zentrales Problem bei der Beurteilung des Missverhältnisses von Rechten und Pflichten ist die Frage der *Kompensation*, d.h. die Frage, ob eine umstrittene AGB-Klausel für sich allein zu betrachten oder in Relation zur gesamten Verteilung von Rechten und Pflichten im Vertrag zu setzen ist. Auf jeden Fall wird man eine AGB-Klausel, welche die Kundin belastet, mit andern AGB-Klauseln in eine Gesamtbetrachtung einbeziehen müssen, die der Kundin Rechte einräumen, welche *in einem sachlichen Zusammenhang mit der umstrittenen Klausel stehen*. Eine Betrachtung der AGB als Ganzes dagegen, d.h. eine Berücksichtigung auch von Klauseln, die keinen sachlichen Zusammenhang mit der fraglichen Klausel haben, wäre nicht sachgerecht.⁷⁷ So wäre z.B. nicht einzusehen, weshalb in einem Bankvertrag eine kundenunfreundliche Risikotragungsregel im Fall von Legitimationsmängeln durch eine kundenfreundliche Klausel über die Pflicht zur Remonstration bei «Unrichtigkeit» eines Bankauszuges ausgeglichen werden könnte.⁷⁸ Das wäre völlig intransparent.

Besonders umstritten ist in der Lehre die Frage, ob eine AGB-Verwenderin einwenden könne, eine kundenunfreundliche AGB-Klausel werde durch einen *günstigen Preis* aufgewogen. Diese Frage mag insbesondere für Banken wichtig sein, die etwa versucht sein könnten geltend zu machen, ungünstige AGB-Klauseln in ihren Verträgen – z.B. Risikotragungsklauseln zu Lasten von Kunden – würden durch niedrige Gebühren für den Zahlungsverkehr oder für die Vermögensverwaltung ausgeglichen.⁷⁹ Eine

Siehe zu solchen für die AGB-Inhaltskontrolle herbeizuziehenden Prinzipien (wie das *Transparenzgebot* oder den Gesichtspunkt der *Risikobeherrschung*) auch etwa TH. KOLLER, Deckungsausschlussklausel, S. 49 und S. 59 f.

⁷⁷ Gl.M. THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 40.

Für das deutsche Recht STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 125 ff., sowie MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 36.

Für das europäische Recht VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:407, S. 650.

A.M. (d.h. für eine Betrachtung des Vertrages als Ganzes) BAHAR, A Time for Change, S. 133; HESS/RUCKSTUHL, AGB-Inhaltskontrolle, S. 1196 f.; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 119; PICHONNAZ/FORNAGE, Le projet de révision, S. 289; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.

⁷⁸ Das Gegenteil hingegen könnte möglich sein. Eine Bank, welche Risiken aus Legitimationsmängeln in weitem Umfang übernimmt, kann unter Umständen ein legitimes Interesse daran haben, dass der Kunde einen Bankauszug rasch beanstandet, wenn aufgrund eines Legitimationsmangels eine Fehlzahlung erfolgt ist. Denn so lässt sich möglicherweise der Schaden der Bank in Grenzen halten oder verkleinern.

⁷⁹ So waren Banken in den letzten Jahren etwa geneigt, gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Retrozessionen mit dem Argument anzukämpfen, dem Ver-

solche Kompensation zwischen einer kundenunfreundlichen AGB-Klausel und dem Preis wäre indessen ebenfalls völlig intransparent und ist daher abzulehnen.⁸⁰ Eine Ausnahme wäre – wenn überhaupt – höchstens vorstellbar, wenn die Anbieterin ihren Kundinnen zwei Vertragsvarianten zur Auswahl stellt, und zwar die eine Variante mit kundenunfreundlichen AGB und einem tieferen Preis sowie die andere Variante mit kundenfreundlichen AGB und einem höheren Preis. Dann müsste allerdings von der AGB-Verwenderin verlangt werden, dass sie die Kunden vor Vertragsschluss klar und deutlich über die Nachteile der ungünstigen AGB-Klauseln aufklärt.⁸¹ An eine solche Aufklärung müssten aber nach meinem Dafürhalten sehr hohe Anforderungen gestellt werden; andernfalls besteht ein grosses Risiko, dass die Anbieter in ihren AGB ein aus der Sicht der Inhaltskontrolle unerwünschtes *race to the bottom* veranstalten könnten.⁸²

zucht des Kunden auf Retrozessionen stünden günstige Tarife für die Vermögensverwaltung gegenüber. Das Bundesgericht ist dieser Sichtweise zu Recht nicht gefolgt (so zumindest implizit BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398).

⁸⁰ G.L.M. THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 39.

Für das deutsche Recht STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 129 ff., und MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 43 f.

Zum europäischen Recht etwa VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:403, S. 634: «The term ‚significant imbalance‘ has been replaced by the phrase ‚significantly disadvantages‘ in order to avoid the possible misunderstanding that the price-performance ratio of the contract could be a measure to determine unfairness.»; siehe ebenso DIES., DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:407, S. 650.

A.M. BAHAR, A Time for Change, S. 133; BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 54 Rz. 19; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 119 in fine; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 37.

⁸¹ THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 41.

Differenzierter für das deutsche Recht STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 138.

⁸² Zur Problematik des *race to the bottom* THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 39; STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 132, m.Nw. Vgl. dazu auch die Überlegungen zur rechtsökonomischen Begründung der AGB-Inhaltskontrolle bei MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 40 ff., m.Nw.

Die Problematik des *race to the bottom* wird etwa übersehen von BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 55 Rz. 23.

2. Die Erheblichkeit des Missverhältnisses

Eine AGB-Klausel ist nicht schon dann missbräuchlich, wenn sie zu einem Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten zu Lasten der Kundin führt. Dieses Missverhältnis muss zudem *erheblich* sein; Geringfügigkeit genügt nicht.⁸³

Die Tragweite dieses Tatbestandselements von Art. 8 UWG ist – wie die Tragweite aller andern Tatbestandselemente auch – in der Literatur umstritten. Genügt es, dass das Missverhältnis bloss «fühlbar»⁸⁴ bzw. «spürbar»⁸⁵ ist oder muss es «offenbar»⁸⁶ sein? Ist auf Billigkeitserwägungen⁸⁷ abzustellen oder soll demgegenüber eine Beurteilung der Äquivalenzstörung nach den für Art. 21 OR (Übervorteilung) geltenden Regeln⁸⁸ erfolgen?

Letzteres wäre offenkundig zu streng und würde eine AGB-Inhaltskontrolle, die diesen Namen verdient, verunmöglichen. Sachgerechter ist nach meinem Dafürhalten ein anderer Ansatz, der von THOUVENIN vertreten wird: Erforderlich ist eine qualitative und quantitative «Gesamtbeurteilung», die darauf abstellt, wie zentral die in Frage stehenden Rechte und Pflichten der Parteien im Kontext des Vertrages sind. *Je zentraler ein konkretes Recht des AGB-Verwenders bzw. eine konkrete Pflicht des Kunden ist, desto eher genügt eine Abweichung von der Referenzgrösse, um erheblich zu sein.*⁸⁹ Wie bei allen andern Tatbestandselementen von Art. 8 UWG ist somit auch beim Kriterium der Erheblichkeit eine *Wertung* gefragt.⁹⁰ Erforderlich ist dabei

⁸³ KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 119.

⁸⁴ SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 11.

⁸⁵ HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1201.

⁸⁶ Ablehnend SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 10; DERS., Grundpfandrechte, S. 96.

⁸⁷ BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6179; BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 53 Rz. 17; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 37; SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 100. Ablehnend SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 11.

⁸⁸ SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 79 f.; BAHAR, A Time for Change, S. 134; zumindest ansatzweise auch DUPONT, Le nouvel article 8 LCD, S. 119 Rz. 40.

Deutlich ablehnend SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 10; DERS., Grundpfandrechte, S. 96.

⁸⁹ THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 49.

Ähnlich für das europäische Recht VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:403, S. 635: «The more significant the disadvantage, the better the justification must be.»

⁹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang für das deutsche Recht zum Kriterium der «unangemessenen Benachteiligung» gemäss § 307 Abs. 1 BGB sehr plastisch STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 96: «Darüber hinaus enthält das Merkmal der ‚unangemessenen Benachteiligung‘ jedoch keine sachliche oder gar subsumtionsfähige

eine sachgerechte *Interessenabwägung*: Dem Interesse der Verwenderin an der Wirksamkeit der Klausel ist das Interesse der Kundin am Wegfall der Klausel entgegenzusetzen.⁹¹ Dem Interesse der Kundin am Wegfall einer strittigen AGB-Klausel ist bei dieser Abwägung ein umso höheres Gewicht einzuräumen, je zentraler die Stellung der betroffenen Rechte und Pflichten im Gesamtkontext des Vertrages ist.

Dies lässt sich anhand von zwei Beispielen aus der Bankpraxis sehr schön illustrieren:

a) Gewisse Banken sehen in den AGB zu ihren Festhypotheken vor, dass die Bank zur (einseitigen) Anhebung des Zinssatzes befugt ist, wenn die Refinanzierungskosten aufgrund behördlicher Massnahmen steigen (z.B. wenn die Nationalbank die Anforderungen an die Eigenmittelunterlegung verschärft⁹²). Die Fixierung des Zinssatzes für die ganze Laufdauer ist bei einer Festhypothek *das* zentrale Element; die Festhypothek wird ja gerade durch die Unveränderbarkeit des Zinssatzes charakterisiert. In Frage steht somit bei der hier diskutierten AGB-Klausel der wichtigste Punkt des Vertrages. Die Abweichung von der Referenzgrösse ist daher auf jeden Fall als erheblich zu qualifizieren, und zwar selbst dann, wenn die Zinssatzerhöhung bescheiden ausfallen sollte.

b) Eine AGB-Klausel, welche für den Fall von Legitimationsmängeln (wie z.B. Unterschriftenfälschungen) praktisch sämtliche Risiken – ausser bei grobem Verschulden der Bank – auf die Kundin abwälzt⁹³, greift ausserordentlich stark in die Rechtsstellung der Kundin ein. Plastisch gesprochen (und vereinfacht ausgedrückt) *verspricht die Bank so nicht mehr, Zahlungsaufträge der Kundin auszuführen, sondern Zahlungsaufträge, die so aussehen, als würden sie von der Kundin stammen*. Mit einer solchen Bestimmung würde, wenn sie wirksam sein sollte, die Natur der Bankbeziehung grundlegend geändert. Das Risiko, Opfer von zufälligen Vermögensverlusten zu werden, wäre derart gross, dass sich im Grunde niemand mehr ein Bankkonto leisten könnte. Da eine solche Risikotragungsklausel den Kern des Vertrages be-

Aussage, sondern formuliert nur die Wertungsaufgabe für den Rechtsanwender im Einzelfall (...).»

⁹¹ So für das deutsche Recht MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 33; STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 96.

⁹² Siehe zu diesem Beispiel auch unten Ziff. IV.5.c) in fine.

⁹³ Siehe zu diesem Beispiel auch unten Ziff. IV.5.a).

trifft, ist die Abweichung von der Referenzgrösse (Tragung des Risikos durch die Bank, ausser die Kundin treffe ein Verschulden⁹⁴) erheblich.⁹⁵

3. Das «ungerechtfertigte» Missverhältnis

Gemäss Wortlaut von Art. 8 UWG muss das Missverhältnis der Rechte und Pflichten nicht bloss erheblich, sondern darüber hinaus auch *ungerechtfertigt* sein.

Wie bereits erwähnt, stimmt der neue Art. 8 UWG in diesem Punkt mit der deutschen Fassung von Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU überein, während die andern Sprachfassungen von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie das Tatbestandsmerkmal «ungerechtfertigt» nicht kennen.⁹⁶ Es bestehen gute Gründe für die Annahme, dass der deutsche Wortlaut dieser Norm deren Sinn und Geist nicht treffend wiedergibt.⁹⁷ Schon aus diesem Grund wäre es besser gewesen, wenn der schweizerische Gesetzgeber auf dieses Tatbestandsmerkmal verzichtet hätte.

Darüber hinaus macht es aber auch in der Sache selbst Schwierigkeiten, die Tragweite dieses Kriteriums zu erfassen. Im Grunde ist es bereits sprachlich ein Unding, von einem «ungerechtfertigten Missverhältnis» zu sprechen. Denn das würde an sich voraussetzen, dass ein Missverhältnis auch gerechtfertigt sein könnte. Ein «gerechtfertigtes Missverhältnis» aber wäre ein Widerspruch in sich selbst.⁹⁸ Sprachlich «korrigieren» lässt sich der Tatbestand von Art. 8 UWG nur, wenn man (gedanklich) «Missverhältnis» z.B. durch «Ungleichverteilung» ersetzt und annimmt, grundsätzlich könne eine (erhebliche) Ungleichverteilung von Rechten und Pflichten aufgrund bestimmter Umstände gerechtfertigt sein. Eine selbständige Bedeutung käme dann aber diesem Tatbestandsmerkmal gar nicht zu, denn diese Umstände sind ja schon bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, die bei der

⁹⁴ Dazu RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 439 f., unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

⁹⁵ Gl.M. RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 442.

In diesem Sinne zutreffend vor beinahe dreissig Jahren auch schon BUCHER, Wer haftet wem?, S. 101 f., dort mit dem plakativen Titel «Eine konsequente Zufallshaftung des Bankkunden wäre sachlich inakzeptabel».

Vgl. dazu auch unten Ziff. IV.5.a).

⁹⁶ THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 50.

⁹⁷ Vorn Ziff. II.3.

⁹⁸ So auch THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 50.

Prüfung der Erheblichkeit des Missverhältnisses vorgenommen werden muss.⁹⁹

Die hier diskutierten Tatbestandsmerkmale von Art. 8 UWG dürfen nicht losgelöst vom Kriterium von Treu und Glauben (dazu sogleich unten Ziff. IV.4) gesehen werden. Das gilt in ganz besonderem Masse für das Tatbestandsmerkmal «ungerechtfertigt». In der Literatur wird denn auch überwiegend geltend gemacht, die Frage, ob ein erhebliches Missverhältnis ungerechtfertigt sei, müsse nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung geprüft werden.¹⁰⁰ Deutlicher liesse sich nicht zum Ausdruck bringen, dass diesem Tatbestandsmerkmal keine eigenständige Bedeutung zukommt (und dass es somit überflüssig ist).¹⁰¹

4. In Treu und Glauben verletzender Weise

a) Der Grundsatz der Fairness als Beurteilungsmassstab

Nach herrschender Lehre handelt es sich beim Kriterium von Treu und Glauben in Art. 8 UWG *nicht um ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal, sondern vielmehr um einen Beurteilungsmassstab.*¹⁰² Die bei der Anwendung von Art. 8

⁹⁹ Ähnlich THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 50, der allerdings ausführt, der Begriff «ungerechtfertigt» sei bereits im Begriff «Missverhältnis» enthalten.

Ähnlich auch KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 121.

¹⁰⁰ HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1201 f.; MARTIN, Die AGB der Schweizer Banken, Ziff. C.III.2.; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 38; SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 14; DERS., Grundpfandrechte, S. 98 ff.

Ähnlich auch FURRER, AGB-Inhaltskontrolle, S. 327.

¹⁰¹ G.L.M. DUPONT, Le nouvel article 8 LCD, S. 124 Rz. 49 («manifestement superflue»); HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1201 f.; STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG, S. 184.

A.M., aber ohne nähere Erklärung, SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 79.

¹⁰² BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1408; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 125; RUSCH, Bankgebühren, S. 172; SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 100; THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 23 f.

Ähnlich SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 13 f. (unter Hinweis auf die deutsche Lehre), sowie STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG, S. 184, und HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1204.

Siehe für das deutsche Recht etwa STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 97.

Kritisch zu diesem Beurteilungsmassstab (wegen der fehlenden Klarheit) MARCHAND, Art. 8 LCD, S. 330.

UWG erforderliche umfassende Interessenabwägung¹⁰³ hat – dies ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit¹⁰⁴ – nach dem *Grundsatz der Fairness* zu erfolgen.¹⁰⁵ In seiner Botschaft hat der Bundesrat diesen Gedanken wie folgt ausgedrückt: «Das Kriterium von Treu und Glauben erlaubt eine differenzierte Bewertung in Bezug auf das Kräfteverhältnis zwischen dem Verwender der AGB und dem Vertragspartner.»¹⁰⁶ Zu prüfen ist, ob die erhebliche Ungleichverteilung von Rechten und Pflichten (zu Lasten der Konsumentin) aus der Sicht einer loyalen Person als sachgerecht erscheint.¹⁰⁷ Bei einem erheblichen Missverhältnis in der Verteilung von Rechten und Pflichten in AGB ist dies nicht leichthin anzunehmen. Daher kann man – wie dies in der Lehre zum Teil vertreten wird¹⁰⁸ – durchaus von *einer (natürlichen) Vermutung für einen Verstoss gegen Treu und Glauben ausgehen, wenn das Tatbestandselement des erheblichen Missverhältnisses erfüllt ist*. Es ist dann Sache der Verwenderin, Umstände darzulegen, aus denen geschlossen werden kann, dass die strittige AGB-Klausel doch dem Fairnessprinzip entspricht.

b) Die treuhandähnliche Obliegenheit der AGB-Verwenderin zur Wahrung der Interessen der Gegenseite

Im Grunde könnte man sich fragen, ob die Erwähnung dieses Beurteilungsmassstabes in Art. 8 UWG überhaupt erforderlich ist. Denn gemäss Art. 2 ZGB hat ja jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln, d.h. Treu und Glauben ist von allen Rechtssubjekten, mithin auch von AGB-Verwendern, stets zu

A.M. wohl BIERI, *Le contrôle judiciaire*, S. 56 Rz. 24, dem zufolge es sich hier um «une condition supplémentaire» handelt. Ähnlich auch FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 234 Rz. 1019 («le caractère cumulatif des critères»).

¹⁰³ Dazu schon vorn Ziff. IV.2.

¹⁰⁴ SUTTER/LÖRTSCHER, *Klagerecht des Bundes*, S. 100.

¹⁰⁵ FURRER, *AGB-Inhaltskontrolle*, S. 327; HESS/RUCKSTUHL, *AGB-Kontrolle*, S. 1204; RUSCH, *Bankgebühren*, S. 172; STÖCKLI, *Der neue Art. 8 UWG*, S. 184 («Sicherung eines Mindestmasses inhaltlicher Vertragsfairness»).

¹⁰⁶ BOTSCHAFT, *BBl* 2009, S. 6179.

¹⁰⁷ SCHMID, *Inhaltskontrolle*, S. 14; DERS., *Grundpfandrechte*, S. 99.

¹⁰⁸ DUPONT, *Le nouvel article 8 LCD*, S. 126 Rz. 52; SCHMID, *Inhaltskontrolle*, S. 15; DERS., *Grundpfandrechte*, S. 100.

Tendenziell a.M. wohl BOTSCHAFT, *BBl* 2009, S. 6178 («AGB, die vom dispositiven Recht abweichen, sollen nicht unter dem Generalverdacht stehen, unlauter zu sein, weil sie von der gesetzlichen Ordnung [erheblich] abweichen.») und dem folgend FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 235 f. Rz. 1024.

berücksichtigen.¹⁰⁹ Bei richtiger Betrachtungsweise muss man aber dem Grundsatz von Treu und Glauben in Art. 8 UWG eine weitergehende Bedeutung zumessen. Der Fairnessgrundsatz verpflichtet den AGB-Verwender, « ... bei der Formulierung seiner AGB *den berechtigten Interessen des Konsumenten Rechnung (zu) tragen ...*»¹¹⁰ bzw. – wie es im Ingress der AGB-Richtlinie der EU heisst – «Dem Gebot von Treu und Glauben kann durch den Gewerbetreibenden Genüge getan werden, indem er sich gegenüber der andern Partei, *deren berechtigten Interessen er Rechnung tragen muss*, loyal und billig verhält.»¹¹¹ Der AGB-Verwenderin obliegt somit gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben i.S.v. Art. 8 UWG eine eigentliche *Interessenwahrungspflicht gegenüber der Kundin*, die darauf beruht, dass AGB anders als gewöhnliche Vertragsklauseln nicht ausgehandelt werden, sondern das Resultat faktisch einseitiger Gestaltungsmacht der Verwenderin sind und daher der Korrektur durch eine solche Interessenwahrung bedürfen.¹¹²

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so ist eines klar: *Der Massstab von Treu und Glauben erhöht* – anders als in der Literatur zum Teil geltend gemacht wird¹¹³ – *die Schwelle zur Bejahung der Unlauterkeit nicht und lässt den Spielraum für eine offene Inhaltskontrolle nicht schrumpfen*. Der Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet vielmehr zur loyalen Beachtung der Interessen der Gegenseite und kann so zu einer wirksamen Inhaltskontrolle beitragen. Das impliziert gerade keine Zurückhaltung in der Bejahung eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses¹¹⁴, im Gegenteil. Denn nur so kann – wie es THOUVENIN treffend ausdrückt – « ... dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Vertragspartner auf den Inhalt der AGB keinen Einfluss hatte und der Rechtsmissbrauch nicht allein im Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten, *sondern auch – und gerade –*

¹⁰⁹ Ansatzweise (für das deutsche Recht) in diesem Sinne auch STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 97.

¹¹⁰ THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 30 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹¹ AGB-Richtlinie der EU, Erwägung 16 (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. auch SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 100.

¹¹² Sinngemäss ebenso THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 31, der ausführt, als Grundsatz müsse gelten, dass die Schwelle für das Eingreifen wegen Rechtsmissbrauchs tiefer anzusetzen sei als bei einem Vertrag, dessen Inhalt von den Parteien ausgehandelt worden sein.

¹¹³ KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 124.

¹¹⁴ So aber KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 125, und ähnlich auch SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.

*in der Ausnützung der Gestaltungsmacht durch den AGB-Verwender begründet ist.»*¹¹⁵ Noch deutlicher in diesem Sinne äussert sich (für das deutsche Recht) COESTER: «Dem Verwender, der faktisch die Vertragsgestaltung einseitig okkupiert, wird mittelbar die *treuhandähnliche Obliegenheit* zugewiesen, dabei auch die Interessen der Gegenseite angemessen zu berücksichtigen (...).»^{116, 117} In diesem Sinne erhöht der Beurteilungsmassstab von Treu und Glauben gemäss Art. 8 UWG das Pflichtenprogramm der Verwenderin und senkt damit die Schwelle zur Bejahung der Unlauterkeit.

c) **Einzelfallbezogene oder generalisierende Betrachtungsweise?**

Ein Problem ist damit noch nicht geklärt: Hat die an Treu und Glauben gemessene Interessenabwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu erfolgen oder ist eine generalisierende (typisierende) Betrachtung erforderlich?

In der Literatur wird vereinzelt sehr stark betont, dass (jedenfalls bei der Individualkontrolle von AGB) auf den Einzelfall abzustellen sei, so ganz besonders plastisch etwa von BÜYÜKSAGIS: «En effet, ce qui pourrait être un déséquilibre notable et injustifié pour un individu ne le sera pas nécessairement pour un autre.»¹¹⁸ HESS/RUCKSTUHL vertreten die Auffassung, die geforderte Verletzung von Treu und Glauben bilde ein Kriterium, welches eine starke Einzelfallbezogenheit aufweise (weshalb gar eine abstrakt als miss-

¹¹⁵ THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 31 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹⁶ STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 97, m.Nw. (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹⁷ BAHAR, A Time for Change, S. 106 ff., sieht das Problem von AGB *nicht in der einseitigen Gestaltungsmacht des Verwenders, sondern in der mangelnden Transparenz von AGB* (vgl. spez. S. 111: « ... le problème des conditions générales n'est donc pas la standardisation de l'offre et l'absence de négociation en tant que telles. [...] Le problème des conditions générales résulte bien plus d'un manque de transparence quant au contenu de la prestation [...]»). M.E. liesse sich aber auch mit diesem Ansatz die treuhandähnliche Obliegenheit der Verwenderin, die Interessen der Gegenseite angemessen zu berücksichtigen, begründen.

¹¹⁸ BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1408.

Andeutungsweise wohl ebenfalls für die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 56 Rz. 26 ff. (mit Ausführungen, welche eher zur Ungewöhnlichkeitsregel passen würden); SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 15; DERS., Grundpfandrechte, S. 99; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.

bräuchlich festgestellte Klausel im Einzelfall nicht missbräuchlich zu sein brauche).¹¹⁹ Auch die BOTSCHAFT scheint in diese Richtung zu deuten:

«Wenn AGB auf die Vereinbarkeit mit dem Prinzip von Treu und Glauben überprüft werden, können im Falle der Individualkontrolle auch die konkreten Umstände des Vertragsverhältnisses mitberücksichtigt werden. Dagegen drängt sich bei einer abstrakten Inhaltskontrolle zwangsläufig eine typisierende, am durchschnittlichen Vertragspartner orientierte Betrachtungsweise auf.»¹²⁰

Nicht eindeutig ist in diesem Zusammenhang die Stellungnahme von THOUVENIN. Zwar ermöglicht ihm zufolge Art. 8 UWG auch im Rahmen einer Individualkontrolle einzig eine abstrakte Prüfung; die konkreten Umstände des Vertragsschlusses könnten also nicht in die Beurteilung miteinbezogen werden.¹²¹ Im Gegenzug meint aber auch er (unter anderem unter Berufung auf die AGB-Richtlinie der EU), dass die vertragsrechtliche AGB-Kontrolle immer Individualkontrolle sei und unter Einschluss der Umstände des Einzelfalles zu erfolgen habe.¹²²

Im Übrigen äussert sich die schweizerische Lehre soweit ersichtlich kaum bzw. nicht ausdrücklich zu dieser Problematik. Der Tendenz nach scheinen gewisse Autoren eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise bei der Individualkontrolle zu befürworten.¹²³

Sachgerecht ist nach meinem Dafürhalten nur eine Betrachtungsweise, die sich auch bei der Individualkontrolle von den konkreten Umständen des Einzelfalles (wie z.B. die Geschäftserfahrenheit der Kundin, die Aufklärung der Kundin über die Tragweite bestimmter Klauseln durch den AGB-Verwender etc.) löst. Solche konkreten Umstände des Einzelfalles sind im Rahmen der Einbezugskontrolle (dort insbesondere im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel) und der Auslegungskontrolle zu berücksichtigen, nicht aber bei der Inhaltskontrolle.¹²⁴ Massgebend sein muss daher auch

¹¹⁹ HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1208 f.

¹²⁰ BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6179.

¹²¹ THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 6 in fine.

¹²² THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 5.

¹²³ Siehe etwa SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 15; ähnlich, wenn auch undeutlich BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 56 Rz. 27 (spez. unter Berücksichtigung der Fn. 31), sowie BAHAR, A Time for Change, S. 134.

¹²⁴ So auch für das deutsche Recht ausserhalb von Verbraucherverträgen STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 109.

bei der Individualkontrolle eine generalisierende, typisierende Betrachtungsweise (die durchaus gruppentypische Differenzierungen zulässt), wie dies etwa im deutschen Recht – allerdings nur ausserhalb des Verbraucherrechts – gilt.¹²⁵ Denn eine einzelfallbezogene Beurteilung von AGB-Klauseln bei der Individualkontrolle könnte eine wirksame AGB-Inhaltskontrolle wesentlich erschweren. Zudem würde dadurch die Generalkontrolle von AGB gestützt auf Verbandsklagen oder Klagen des Bundes gemäss Art. 9 f. UWG weitgehend ihres Sinnes beraubt. Darauf wird einlässlich zurückzukommen sein.¹²⁶

d) Konkretisierung anhand von Fallgruppen?

In der Literatur werden zur Veranschaulichung und Konkretisierung dessen, was gegen Treu und Glauben i.S.v. Art. 8 UWG verstossen könnte, eine Fülle von (beispielhaften) Fallgruppen genannt und diskutiert, so etwa das *Fehlen eines schutzwürdigen Interesses* und die *nutzlose Rechtsausübung*, das *krasse Missverhältnis der Interessen*, *widersprüchliches Verhalten* und *zweckwidrige Rechtsausübung*¹²⁷ oder *Risikosphäre und Risikobeherrschung*, der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit*, die *Berücksichtigung der Art der Güter und Dienstleistungen* sowie die *Berücksichtigung des Preis-/Leistungsverhältnisses*.¹²⁸

Die Zukunft wird weisen müssen, ob und inwieweit sich der Beurteilungsmassstab der Fairness i.S.v. Art. 8 UWG mit Hilfe dieser (und allenfalls weiterer) Fallgruppen konkretisieren lässt. Wichtig und brauchbar sind sicher Überlegungen zur Risikobeherrschung, zur Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit sowie zur Art der Güter und Dienstleistungen, während etwa die Berücksichtigung des Preis-/Leistungsverhältnisses wegen Intransparenz abzulehnen ist.¹²⁹ *Wesentlich ist aber ohnehin, dass die Beurteilung stets aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände erfolgt und dass dabei der oben geschilderten treuhandähnlichen Obliegenheit der AGB-Verwenderin zur Wahrung der Interessen der Gegenseite Rechnung getragen wird.* Diese Schwelle dürfte

Abweichendes gilt im deutschen Recht aber für Verbraucherverträge (dazu unten Ziff. V.2.c).

¹²⁵ Dazu einlässlich STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 109 ff.

¹²⁶ Siehe unten Ziff. V.2.c).

¹²⁷ Dazu ausführlich THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 31.

¹²⁸ Dazu ausführlich HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1205 f.

¹²⁹ Dazu vorn Ziff. IV.1.

allemaal schon deutlich unterhalb der Schwelle einiger der erwähnten Fallgruppen (wie etwa der nutzlosen Rechtsausübung oder des krassen Missverhältnisses der Interessen) erreicht sein. Daher sollten gewisse Fallgruppen nur mit der gebotenen Zurückhaltung als «Vergleichsgrössen» herangezogen werden.

Nützlicher können allenfalls die in der Literatur in Anlehnung an das Votum von Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN im Nationalrat als mögliche Beispiele für missbräuchliche AGB-Klauseln aufgeführten Klauselgruppen sein, so etwa *Freizeichnungsklauseln*, Klauseln, welche dem Verwender ein *einseitiges Änderungsrecht* einräumen, *Abreden über Konventionalstrafen*, *Verrechnungsverbote*, *Verwirkungs- und Schriftformklauseln*, *Verlängerungsklauseln*, *Einwilligungsklauseln*, *Auslegungs- und Beweislastklauseln* oder *Rechtswahl-, Gerichtsstand- und Schiedsgerichtsklauseln*.¹³⁰ Diese (nicht abschliessend zu verstehenden) Klauselgruppen illustrieren sehr schön, was der Tendenz nach als unlauter i.S.v. Art. 8 UWG qualifiziert werden könnte. Ebenso hilfreich können aber auch die Klauseln der «grauen Liste» im Anhang der AGB-Richtlinie der EU sein¹³¹ (die teilweise mit den vorstehend aufgeführten Klauselgruppen übereinstimmen).

5. Beispiele aus der Bankpraxis

a) Risikotragung bei Legitimationsmängeln¹³²

Risikotragungsklauseln bei Legitimationsmängeln haben in Banken-AGB eine grosse praktische Bedeutung. Ohne anderweitige vertragliche Abrede könnten Banken das Konto einer Kundin nur belasten, wenn sie Zahlungsaufträge ausgeführt haben, die von der Kundin stammen. Stammt ein Zahlungsauftrag nicht von der Kundin, sondern von jemandem anderem (der z.B. die Unterschrift gefälscht hat oder sonst wie verfälschend – z.B. durch Veränderung von Ziffern oder durch den Austausch von Zahlungsbelegen – eingegriffen hat), ohne dass die Bank dies merkt, so führt sie eine *Putativweisung* aus. Die Befolgung einer Putativweisung aber stellt keine korrekte Auftrags-

¹³⁰ Dazu statt aller etwa SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 12 f. (unter Hinweis auf das Votum von Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN im Nationalrat, AB 2011 N 229).

Ähnlich auch SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 101.

¹³¹ So auch etwa SCHMID, Grundpfandrechte, S. 100, und SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 101.

¹³² Siehe zu diesem Beispiel bereits schon vorn Ziff. IV.2.

ausführung i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR dar und verschafft der Bank daher keinen Anspruch auf Verwendungsersatz.¹³³ Mit Risikotragungsklauseln in ihren AGB versuchen die Banken, dem entgegenzuwirken und sich ein *Recht auf Schadloshaltung zu Lasten der Kundin* zu sichern, wenn sie Opfer einer entsprechenden Fälschung werden.

In Banken-AGB fanden sich in diesem Zusammenhang früher etwa Klauseln wie die folgende:

«Die Bank prüft die Legitimation durch Vergleich der Unterschriften mit den bei ihr deponierten Unterschriften. Zu einer weitergehenden Legitimationsprüfung ist die Bank nicht verpflichtet, aber berechtigt. Aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern der Bank kein grobes Verschulden nachgewiesen werden kann.»

Wie bereits erwähnt¹³⁴, ist eine solche Risikotragungsklausel nicht sachgerecht. Hier wird in *ganz erheblicher Weise* zu Lasten der Kundin von dem abgewichen, was ohne die AGB-Klausel gelten würde. Mit einer solchen Klausel, die das ganze Zufallsrisiko der Kundin zuweist, könnte sich – würde sie wirklich ernst genommen – niemand ein Bankkonto leisten. Sie verstösst zudem in geradezu eklatanter Weise *gegen den Grundsatz der besseren Risikoherrschaft*. Denn die Banken haben es in der Hand, über die Erhöhung von Sicherheitsstandards die Folgen von Legitimationsmängeln zu reduzieren. Erhöhte Sicherheitsstandards aber sind mit Kosten verbunden, und für entsprechende Investitionen besteht überhaupt kein Anreiz, wenn nicht die Bank die Risiken aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln zu tragen hat, sondern die Kundin. Eine solche Risikoabwälzung, welche die legitimen Interessen der Kundin in keiner Weise wahrt, *verstösst damit gegen Treu und Glauben*. Vor Art. 8 UWG kann eine solche Klausel keinen Bestand haben.¹³⁵

¹³³ BGE 94 II 37 E. 5 S. 40 (« ... denn der blosse Putativauftrag ist kein Auftrag [...]»)
Siehe zur «Rechtsslage ohne AGB» auch RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 439 f., m.Nw., und aus der neueren Rechtsprechung etwa BGE 132 III 449 E. 2 S. 451 f.

¹³⁴ Vgl. vorn Ziff. IV.2.

¹³⁵ Gl.M. RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 442 f., mit den treffenden Ausführungen: «Der Bankkunde muss ein nicht steuerbares Risiko tragen, das sein ganzes Bankguthaben auffressen kann. (...) Die Bank hingegen hat das Risiko besser im Griff. Sie kann es durch die notwendige Sorgfalt bei der Legitimationsprüfung erkennen, aufgrund der Grösse und Vielzahl von Kundenbeziehungen besser tragen und auch versichern.»

In neuerer Zeit haben nun aber etliche Banken ihre entsprechenden AGB-Klauseln geändert. Eine neuere Version lautet z.B.:

«Der Kunde hat seine Bankunterlagen sorgfältig aufzubewahren, damit Unbefugte nicht auf die darin enthaltenen Informationen zugreifen können. Erteilt er Zahlungsaufträge, so beachtet er alle Vorsichtsmassnahmen, welche das Risiko von Betrügereien vermindern. Codes hält er geheim, um Missbräuche zu verhindern. Schäden, die auf einer Verletzung dieser Sorgfaltspflichten beruhen, trägt der Kunde. XXX (= die Bank) trifft angemessene Massnahmen, um Betrügereien zu erkennen und zu verhindern. Verletzt sie dabei die geschäftsübliche Sorgfalt, übernimmt sie den eingetretenen Schaden. Tritt ein Schaden ein, ohne dass XXX oder der Kunde ihre Sorgfalt verletzt haben, so trägt ihn diejenige Partei, deren Einflussbereich er zuzurechnen ist.»

Diese Klausel ist wesentlich kundenfreundlicher. Die Schadenüberwälzung auf die Kundin für den Fall, dass sie Sorgfaltspflichten verletzt, entspricht im Wesentlichen der Schadenersatzregelung gemäss Art. 402 Abs. 2 OR. Der Kundin Sorgfaltspflichten im Umgang mit ihren Bankunterlagen zuzuweisen, ist für sich genommen durchaus sinnvoll. Auslegungs- bzw. konkretisierungsbedürftig ist allerdings der Umfang dieser Pflichten. Muss die Kundin ihre Kontoinformationen zu Hause in einem Tresor aufbewahren oder reicht es, wenn sie sie in einen Ordner ablegt, den ein Einbrecher ohne weiteres behändigen kann? Darf sie ein Couvert mit Zahlungsaufträgen in einen Postbriefkasten im Quartier werfen oder muss sie das Couvert zur Bank bringen? Legt man hier einen hohen Massstab an die Sorgfaltspflichten an, denen die Kundin zu genügen hat, so wird das Bankkonto der Kundin rasch einmal mehr Last als Freude bringen. Je nach den Umständen wäre dann mit der Klausel wiederum ein erheblicher Nachteil für die Kundin verbunden, der mit einer legitimen Interessenwahrungspflicht, die der Bank der Kundin gegenüber obliegt, nicht vereinbar wäre.

Noch grössere Probleme bei einer Inhaltskontrolle bietet der letzte Satz der neu formulierten AGB-Klausel. Grundsätzlich liegt das Risiko von Schäden, die ohne die Verletzung von Sorgfaltspflichten einer Partei eintreten, wie erwähnt bei der Bank. Mit dem letzten Satz der AGB-Klausel wird dieses *Zufallsrisiko* teilweise zur Kundin hin verschoben, d.h. die Kundin wird benachteiligt. Ob diese Benachteiligung erheblich und treuwidrig ist, hängt davon ab, wie der Einflussbereich der Kundin abgrenzt wird. Nach meinem

Dafürhalten dürfte die fragliche AGB-Klausel insoweit vor Art. 8 UWG nur Bestand haben, wenn dieser Einflussbereich relativ eng aufgefasst wird.¹³⁶

Dieses Beispiel illustriert ein weiteres Problem sehr eindrücklich: *Oft lässt sich eine AGB-Inhaltskontrolle nicht losgelöst von der Auslegungskontrolle durchführen.* Je kundenfreundlicher die Auslegung, desto geringer ist die Gefahr, dass eine AGB-Klausel gegen Art. 8 UWG verstößt. Die Zukunft wird weisen müssen, wie die Gerichte und die AGB-Verwender mit diesem Zusammenspiel von zwei verschiedenen AGB-Kontrollebenen umgehen werden.¹³⁷ Besonders spannend könnte dieses Zusammenspiel werden, wenn sich eine AGB-Verwenderin im Rahmen einer Generalkontrolle zur Abwehr einer Verbands- oder Bundesklage darauf beruft, die umstrittene Klausel sei zu ihren Lasten kundenfreundlich auszulegen und halte daher vor der Inhaltskontrolle stand. Soll die abstrakte Inhaltskontrolle durch Verbands- oder Bundesklagen nicht ihres Sinnes beraubt werden, wird man jedenfalls der AGB-Verwenderin in einem solchen Prozess nicht leichtthin ein solches Argument abnehmen dürfen. *Insbesondere wird man es der Verwenderin versagen müssen, im Rahmen einer Verbands- oder Bundesklage die Unklarheitsregel anzurufen.*¹³⁸ Die Unklarheitsregel dient dem Schutz der Kundin, nicht der Verwenderin; deren Anrufung durch die Verwenderin wäre daher rechtsmissbräuchlich.¹³⁹

b) Genehmigungsklauseln

Banken-AGB enthalten wohl durchwegs Klauseln, welche die Frage regeln, was gelten soll, wenn der Kundin Banktransaktionen gemeldet oder Kontoauszüge zugestellt werden und diese bei allfälligen Fehlern nicht bzw. nicht umgehend reagiert. Eine früher verwendete entsprechende Klausel hatte z.B. den folgenden Wortlaut:

¹³⁶ Wahrscheinlich noch enger RUSCH, Schadenabwältungsklauseln, S. 443, der andeutet, dass aus seiner Sicht bloss eine Klausel gültig sei, welche eine Abwälzung nur *im Ausmass eines allfälligen Kundenverschuldens* vorsehe (Hervorhebung bereits im Original).

¹³⁷ Vgl. zum Zusammenspiel zwischen Inhaltskontrolle und Auslegungskontrolle – und dabei insbesondere zur hier vertretenen Ablehnung einer geltungserhaltenden Auslegung – unten Ziff. V.1. und dort insbesondere Fn. 174.

¹³⁸ A.M. offenbar BAHAR, A Time for Change, S. 135.
Siehe zur Verbands- und zur Bundesklage unten Ziff. V.2.b).

¹³⁹ Vgl. dazu auch unten Ziff. IV.5. b) und d) sowie Ziff. V.1., je am Schluss.

«Alle Einwendungen oder Beschwerden betreffend die Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art, betreffend Konto- oder Depot- bzw. Vermögensauszüge oder die Bewertung von Guthaben oder andere Mitteilungen der Bank sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, in jedem Fall innerhalb eines Monats seit Zustellung anzubringen; unterbleibt eine solche Beanstandung, so gelten die Ausführung oder Nichtausführung des Auftrags sowie die entsprechende Mitteilung als genehmigt.»

Diese Klausel beinhaltet eine *Genehmigungsfiktion* zu Lasten der Kundin. Von ihrem Wortlaut her soll sie auch gelten, wenn die Bank einen schweren Fehler gemacht hat (obwohl sich die Bank in einem solchen Fall gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen könnte, sofern die Genehmigungsfiktion zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt¹⁴⁰). Unklar ist sodann, was unter «sofort nach Empfang» zu verstehen ist. Gemeint sein muss damit jedenfalls von der Sprachlogik her weniger als ein Monat, sonst wäre dieser Satzteil überflüssig. Daher riskiert jede Kundin, die für eine oder zwei Wochen abwesend ist (z.B. in den Ferien) und daher nicht «sofort» einen Bankauszug beanstanden kann, Opfer der Genehmigungsfiktion zu werden. Die Klausel läuft letztlich auf eine sehr kurze Verwirkung von Ansprüchen der Kundin hinaus und ist zudem – soweit schwere Fehler der Bank in Frage stehen – «überschiessend» formuliert. Das Bundesgericht hat zwar solche Genehmigungsfiktionen in seiner bisherigen Rechtsprechung in gewissen Grenzen akzeptiert.¹⁴¹ Die hier diskutierte Klausel benachteiligt aber die Kundin ganz erheblich und trägt ihren Interessen nicht angemessen Rechnung. Vor dem neuen Art. 8 UWG dürfte sie daher nicht (mehr) standhalten.

In letzter Zeit haben die Banken ihre entsprechenden AGB-Klauseln zum Teil modifiziert. Neu mag eine solche Klausel z.B. wie folgt lauten:

«Will der Kunde geltend machen, dass Aufträge mangelhaft oder nicht ausgeführt wurden, oder Konto/Depotauszüge oder andere Mitteilungen

¹⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3, m.Nw.

Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2006 vom 4. August 2006 E. 2.1, dem zufolge Stillschweigen nur insoweit als Zustimmung zu werten ist, als die Bank nicht weiss oder nach den Umständen wissen muss, dass dem Bankkunden der Genehmigungswille fehlt.

¹⁴¹ Siehe dazu etwa das Urteil des Bundesgerichts 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.2, m.Nw.; vgl. zudem auch BAHAR, A Time for Change, S. 118. Zu den Grenzen siehe oben Fn. 140.

von XXX (= die Bank) beanstanden, muss er dies sofort nach Empfang der entsprechenden Anzeige, spätestens aber innert einer von XXX allenfalls angesetzten Frist vorbringen. Vom Kunden nicht rechtzeitig erfolgte Beanstandungen können dazu führen, dass er die ihm obliegende Schadenminderungspflicht verletzt und er für den hieraus entstehenden Schaden einzustehen hat.»

Diese Klausel ist wesentlich kundenfreundlicher formuliert. Sie beinhaltet keine Genehmigungsfiktion mehr, sondern bloss noch eine *Schadenersatzregelung*. Reagiert die Kundin auf Fehler nicht, so schliesst dies eine spätere Korrektur (anders als bei einer Genehmigungsfiktion) nicht mehr aus. Die Klausel bezweckt nur noch, die Bank vor Schaden aus weiteren Fehlbuchungen etc. zu bewahren, die sich bei einer Reklamation durch die Kundin hätten vermeiden lassen, bzw. der Bank zu ermöglichen, sich rechtzeitig an Dritte zu wenden, welche von Fehlbuchungen profitiert haben. Eine solche Schadenminderungspflicht der Kundin ist für sich genommen durchaus sachgerecht.¹⁴² Insoweit wird man von einem Verstoss gegen Art. 8 UWG nicht sprechen können.

Problematisch ist aber wiederum die Frage, was unter «sofort nach Empfang» zu verstehen ist.¹⁴³ Eine Frist von weniger als einem Monat wäre nach meinem Dafürhalten heikel, da Kunden aus beruflichen oder privaten Gründen (z.B. Ferien) ohne weiteres mehrere Wochen ortsabwesend sein können und daher zu einer kurzfristigen Remonstration aus legitimen Gründen nicht in der Lage sind. Bei einer rigorosen Auslegung dieser Klausel dürfte sie daher gegen Art. 8 UWG verstossen. Da eine rigorose Auslegung vom Wortlaut der Klausel her nicht ausgeschlossen ist und sich die Bank im Rahmen einer Generalkontrolle nicht auf eine kundenfreundliche Interpretation berufen kann¹⁴⁴, wird die neue AGB-Klausel jedenfalls bei ei-

¹⁴² Vorausgesetzt allerdings, dass die Anforderungen an die Art und Weise der Remonstration nicht zu hoch angesetzt werden (höchst problematisch diesbezüglich das Urteil des Bundesgerichts 4C.194/2005 vom 28. September 2005, wo eine telefonische Reaktion an den Kundenberater als nicht hinreichend erachtet wurde).

¹⁴³ Siehe in diesem Zusammenhang auch etwa § 308 Ziff. 5 BGB, wonach dem Kunden eine «angemessene Frist» einzuräumen ist (lit. a) und der AGB-Verwender zudem den Kunden bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen hat (lit. b).

¹⁴⁴ Vgl. dazu auch vorn Ziff. IV.5. a) sowie hinten Ziff. IV.5.d) und Ziff. V.1, je am Schluss. Zur Ablehnung einer geltungserhaltenden Auslegung insbesondere Fn. 174.

ner abstrakten Inhaltskontrolle vor Art. 8 UWG möglicherweise nicht standhalten.

c) Änderungsvorbehalte¹⁴⁵

Die meisten (wenn nicht gar alle) Banken-AGB enthalten *Änderungsvorbehaltsklauseln*. Eine solche Klausel kann z.B. wie folgt lauten:

«Die Bank kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit ändern. Der Kunde wird vorgängig schriftlich oder auf andere geeignete Weise informiert.»

Eine solche Klausel ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 UWG ausserordentlich problematisch. *Letztlich liefert sie die Kundin vorbehaltlos der Willkür der Bank aus*, soll doch so die Bank die Möglichkeit haben, ihre AGB jederzeit einseitig zu ändern.¹⁴⁶ Eine Zustimmung der Kundin zur Vertragsänderung erachtet die Bank offenkundig nicht mehr als erforderlich. Damit entfernt sich die Bank weit vom klassischen vertragsrechtlichen Denken.¹⁴⁷ Zutreffend haben RUSCH/HUGUENIN solche in AGB versteckten Klauseln als «trojanisches Pferd im Vertrag» bezeichnet.¹⁴⁸

Mit einer solchen Klausel sind zahlreiche Fragen verbunden. Offen bleibt z.B., ob die Kundin gegen die Änderung remonstrieren kann. Sollte eine Remonstration grundsätzlich ausgeschlossen sein, so würde die Klausel ganz offenkundig gegen Art. 8 UWG verstossen. Unklar ist aber auch, was bei einer allfälligen Remonstration geschieht. Akzeptiert die Bank die Remonstration *tel quel* (womit die bisherigen AGB weitergelten) oder kündigt

¹⁴⁵ Siehe zu Änderungsvorbehaltsklauseln einlässlich (mehrere Jahre vor Inkrafttreten des neuen Art. 8 UWG) bereits RUSCH/HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte.

¹⁴⁶ Besonders belastend sind für Bankkunden die Änderung von Bankgebühren, und dabei *insbesondere die Einführung neuer Gebühren* (z.B. für die Kontosaldierung, für die Auslieferung von Wertpapieren oder für die Umbuchung von Wertpapieren aus dem Depot auf das Depot bei einer andern Bank).

Bankgebühren bieten aber nicht nur bei einer Änderung, sondern ganz allgemein Probleme im Zusammenhang mit Art. 8 UWG (dazu einlässlich etwa RUSCH, Bankgebühren, S. 170 ff.).

¹⁴⁷ Treffend zu solchen Klauseln RUSCH/HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte, S. 54: «Das Grundverständnis, dass Verträge ausgehandelt werden und auf einem Konsens beruhen, ist in diversen Branchen gänzlich verloren gegangen. Stattdessen verhalten sich einige Unternehmungen wie Gesetzgeber, die über den Inhalt der Vertragsbeziehung zu ihren Kunden auch nach Vertragsschluss einseitig entscheiden.»

¹⁴⁸ RUSCH/HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte, S. 37.

sie die Bankbeziehung? Da die Bank dies in ihrer Klausel nicht ausschliesst, wird die Kundin mit einer solchen Reaktion rechnen müssen. Da die Kündigung der Bankbeziehung für die Kundin ausserordentlich belastend ist, müsste man wohl auch aus diesem Grund von einem Verstoss gegen Art. 8 UWG sprechen.¹⁴⁹

Eine ganz besondere Sachlage kann beim E-Banking entstehen. Bisweilen haben Banken in den letzten Jahren beim E-Banking ein elektronisches Akzept der geänderten AGB verlangt, bevor weitere E-Banking-Vorgänge möglich waren, d.h. die Kundin konnte weitere E-Banking-Transaktionen erst vornehmen, nachdem sie die neuen AGB akzeptiert hatte. Da die meisten Kunden (z.B. für die Abwicklung von Zahlungen) darauf angewiesen sind, ihre E-Banking-Transaktionen rasch erledigen zu können, in der Regel also mit solchen Transaktionen nicht warten können, bis sie bei einer andern Bank ein Konto mit E-Banking eingerichtet haben, besteht hier ein faktischer Zwang, die neuen AGB sofort zu akzeptieren. *Darin liegt ein ganz krasser Verstoss gegen Art. 8 UWG.* Entschärft wird die Situation, wenn die Kunden noch während einer Überlegungsfrist von ein paar Wochen die Möglichkeit zum E-Banking haben, bis sie sich zum Akzept der neuen AGB entschliessen müssen. Aber auch dann gilt, was oben gesagt wurde: Zwingt man die Kundin – wenn auch nach einer Überlegungsfrist – dazu, entweder geänderte AGB zu akzeptieren oder auf das E-Banking zu verzichten, so ist dies für sie in aller Regel ausserordentlich belastend. Selbst dies dürfte somit vor Art. 8 UWG nicht standhalten.

Entschärft werden könnte die Frage, ob eine solche Änderungsvorbehaltsklausel gegen Art. 8 UWG verstösst, in Zukunft durch eine insgesamt griffige AGB-Inhaltskontrolle. Denn wenn die Kundin generell sehr gut gegen die Verwenderin geschützt wird, sind einseitig geänderte AGB für sie von nicht allzu grossem Nachteil. Es bleibt dann «nur» noch das (allerdings nicht zu unterschätzende) Prognoserisiko, wenn sie sich die Frage stellt, ob sie die geänderten AGB stillschweigend akzeptieren soll, weil die heiklen neuen Klauseln ja wegen eines Verstosses gegen Art. 8 UWG ohnehin nicht gültig sind.

¹⁴⁹ Siehe für das europäische Recht zu den Änderungsvorbehalten in AGB auch Ziff. 1 lit. j des Anhangs der AGB-Richtlinie der EU (allerdings mit «Gegenausnahmen» in Ziff. 2 lit. b).

Zu Recht haben bereits im Jahr 2008 RUSCH/HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte, S. 54, die Notwendigkeit einer offenen Inhaltskontrolle (und dabei insbesondere einer vom Einzelfall losgelösten Generalkontrolle) betont.

Hier kann nur eine mehrjährige konstant kundenfreundliche höchstrichterliche Rechtsprechung zu Art. 8 UWG helfen. Ob (und bis wann) die kommen wird, steht zurzeit jedoch in den Sternen.

Kurz: Hält eine Änderungsvorbehaltsklausel, wie sie hier diskutiert wird, vor Art. 8 UWG nicht stand, so kann sich die Bank einer Kundin gegenüber nicht auf die neuen AGB berufen, wenn diese auf die Zustellung der neuen AGB nicht ablehnend reagiert hat.¹⁵⁰ *Aus dem Stillschweigen der Kundin kann dann nicht auf ein Akzept der neuen AGB geschlossen werden.*

In Banken-AGB gibt es neben allgemeinen (die AGB als Ganzes betreffenden) zum Teil auch *spezielle Änderungsvorbehaltsklauseln*. So findet man z.B. in Verträgen über *Festhypotheken* die folgende Klausel¹⁵¹:

«Die Zinssätze bzw. Zinsmargen der unter dem Rahmenkreditvertrag benutzten Produkte (...) werden angepasst, sofern der Bank bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus diesem Vertrag aufgrund staatlicher Anordnungen (Änderungen der gesetzlichen Eigenmittelunterlegungssätze, Mindestreserven u.ä.) Mehrkosten entstehen.»

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wäre eine solche Änderungsvorbehaltsklausel *zumindest ungewöhnlich*, wenn der Kundin im Gegenzug nicht ein Kündigungsrecht im Falle einer Zinserhöhung eingeräumt wird.¹⁵² Darüber hinaus wird sie aber auch gegen Art. 8 UWG verstossen, und zwar selbst dann, wenn die Kundin die Festhypothek bei einer Zinserhöhung kündigen dürfte. *Das Recht der Bank zur einseitigen Zinserhöhung widerspricht dem Gedanken der Festhypothek, die sich ja gerade durch einen festen Zinssatz über die ganze Laufzeit des Kreditverhältnisses charakterisiert, fundamental.* Die der Kundin aufgebürdete Benachteiligung würde durch ein ihr allenfalls eingeräumtes Kündigungsrecht nicht aufgewogen. Denn die Kündigung der Festhypothek würde der Kundin in dieser Situation kaum nützen, da sie sich nicht anderweitig einen günstigeren Kredit verschaffen können. Banken müssen bei Festhypotheken mit dem Risiko leben, dass Eigenmittelunterlegungsvorschriften ändern. Die Abwälzung dieses typischerweise in ihrem Sphärenbereich liegenden Risikos auf die Kundin trägt deren Interes-

¹⁵⁰ Auf einem ganz andern Blatt steht die Frage, ob die Bank die Zustellung der neuen AGB (die ja in aller Regel mit gewöhnlicher Post versandt werden) beweisen kann. Damit riskiert die Bank, sich schon aus beweisrechtlichen Gründen nicht auf die geänderten AGB berufen zu können.

¹⁵¹ Siehe zu diesem Beispiel bereits schon vorn Ziff. IV.1. und 2.

¹⁵² BGE 135 III 1 (betreffend Prämienerrhöhung bei einer Elementarschadenversicherung).

senlage in keiner Weise Rechnung und verstösst daher klar gegen Treu und Glauben.¹⁵³

d) Vorzeitige Kündigung einer Festhypothek

Festhypotheken zeichnen sich durch eine vertraglich genau fixierte Dauer des Kreditverhältnisses aus. Dennoch enthalten die entsprechenden Verträge in den AGB in aller Regel Klauseln, welche der Bank unter gewissen Voraussetzungen eine vorzeitige Kündigung der Festhypothek erlauben. Solche Regelungen sind insoweit verständlich und im Wesentlichen unbedenklich, als sie die Bank berechtigen, z.B. im Falle eines Konkurses des Schuldners oder bei einem Verzug des Schuldners mit der Zahlung des Hypothekarzinses das Kreditverhältnis vorzeitig aufzulösen.

Darüber hinaus finden sich in den Verträgen über Festhypotheken aber oft auch weitere Bestimmungen über das Recht der Bank zur vorzeitigen Vertragsbeendigung. Als Beispiel sei etwa die folgende AGB-Klausel erwähnt:

«Die Bank kann diesen Vertrag mit sofortiger Wirkung ganz oder teilweise kündigen und (...) die Rückzahlung verlangen, falls eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- (...);
- die Bonität des Schuldners hat sich wesentlich verschlechtert;

¹⁵³ Bankjuristen werden geneigt sein, die hier diskutierte Klausel als Vertragsanpassungsklausel zu charakterisieren, welche eine bestimmte Fallkonstellation vertraglich regeln will, die sonst unter dem Gesichtspunkt der *clausula rebus sic stantibus* beurteilt werden müsste. Eine solche vertragliche Regelung müsse möglich sein.

Das mag für Kreditkunden im gewerblichen Bereich vielleicht zutreffen. Gewerbliche Kunden werden in vielen Bereichen ihrer Geschäftstätigkeit mit vertraglichen «Hardship-Regeln» konfrontiert sein und solche Regeln bis zu einem gewissen Grad akzeptieren müssen (wobei dies bei der hier diskutierten Klausel im Hinblick auf deren inhaltliche Unbestimmtheit fraglich ist [vgl. zu dieser Problematik BGE 135 III 1 E. 2.5 S. 10]). Für den Privatbereich (d.h. für Konsumentinnen und Konsumenten) darf die Rechtsordnung aber die Zulässigkeit einer vertraglichen Zuweisung des «Veränderungsrisikos» an den Kunden nur mit grösster Zurückhaltung akzeptieren.

Die hier diskutierte AGB-Klausel ist im Übrigen noch aus einem andern Grund problematisch. Verschärfungen von Eigenmittelunterlegungssätzen sind oft die Folge einer übermässigen Aufblähung des Kreditvolumens durch die Banken. Es geht nicht an, dass die Banken die Folgen ihres eigenen (Fehl)Verhaltens auf die Kunden abwälzen dürfen.

- (...);
- die als Sicherheit dienenden Grundstücke werden nach Ansicht der Bank einzeln oder gesamthaft in ihrem Wert vermindert oder bieten ihr sonst nicht mehr genügend Deckung;
- (...).»

Mit einer solchen AGB-Klausel würde sich die Kundin über weite Strecken der Willkür der Bank ausliefern. Die Bank hätte es in der Hand, nach ihrem Ermessen zu bestimmen, ob sich die Bonität der Schuldnerin wesentlich verschlechtert oder ob das als Sicherheit dienende Grundstück sich in seinem Wert vermindert hat. Darin liegt eine ganz erhebliche Benachteiligung der Kundin. *Bei der ersten Fallvariante* (Bonitätsverschlechterung der Schuldnerin) ist zudem nicht einmal ersichtlich, welches schützenswerte Interesse die Bank an einer vorzeitigen Kündigung hat, da kein Schuldnerverzug vorliegt und ihr ein vollwertiges Grundstück als Sicherheit zur Verfügung steht. Insoweit liegt ein krasses Interessenmissverhältnis und damit ein Verstoss gegen Treu und Glauben geradezu offenkundig auf der Hand. Bei der zweiten Fallvariante (Wertverminderung des als Sicherheit dienenden Grundstücks) ist ein schützenswertes Interesse der Bank an einer vorzeitigen Vertragsauflösung eher ersichtlich. Denn ist ein weiterer Wertezzerfall zu befürchten, so könnte die Bank mit einer vorzeitigen Vertragsauflösung (die bei Unfähigkeit der Schuldnerin zur Kreditrückzahlung zur Verwertung des verpfändeten Grundstücks führt) ihr Ausfallrisiko verkleinern. Höchst problematisch ist aber auch bei dieser Fallvariante, dass sich die Kundin praktisch völlig der Willkür der Bank ausliefert, da gemäss Wortlaut der AGB-Klausel ihre «Ansicht», also ihr Ermessen, massgebend dafür ist, ob eine hinreichende Wertverminderung eingetreten ist oder nicht. So hätte es z.B. eine Bank in der Hand, Festhypotheken in ganzen Quartieren und Dörfern in Flughafennähe vorzeitig zu kündigen, wenn sie zur Auffassung gelangt, dass ein geändertes Anflugregime die Liegenschaften in der hohen Lärmimmissionen ausgesetzten neuen Anflugschneise signifikant entwertet hat. Allein die Vorstellung, dass wegen einer solchen AGB-Klausel von einem Tag auf den andern plötzlich massenhaft «Südschneisler» ohne Dach über dem Kopf auf der Strasse stehen könnten, ist schwer erträglich. Was braucht es mehr, um die Unfairness einer solchen Klausel zu belegen?

Auch hier zeigt sich aber einmal mehr, wie eng die AGB-Inhaltskontrolle mit der Auslegungskontrolle zusammenhängt. Was heisst bei der ersten Fallvariante «wesentlich verschlechtert», wie weit gestattet die zweite Fallvariante der Bank eine Ermessensausübung? Legt man die hier diskutierte

Klausel sehr eng aus, gewährt man also der Bank nur in ausserordentlichen Extremfällen ein Recht zur vorzeitigen Kündigung, so liesse es sich vielleicht vertreten, nicht mehr von einem gegen Treu und Glauben verstossenden erheblichen Missverhältnis von Rechten und Pflichten zu sprechen. Im Einzelfall mag so der Hypothekarschuldnerin über eine kundenfreundliche Auslegung geholfen werden, soweit die Kundin selber eine solche Auslegung geltend macht. Fest steht indessen, dass sich die Bank auch hier – wie generell¹⁵⁴ – zur Abwehr einer Verbands- oder Bundesklage im Rahmen einer Generalkontrolle nicht auf eine kundenfreundliche Auslegung oder gar auf die Unklarheitsregel berufen darf.¹⁵⁵ Diese Klausel lässt sich vom Wortlaut her kundenunfreundlich auslegen, und darauf ist die Bank im Rahmen einer abstrakten (ebenso aber auch bei einer konkreten¹⁵⁶) Inhaltskontrolle zu behaften.¹⁵⁷

e) Fazit

Die (willkürlich ausgewählten) Beispiele von AGB-Klauseln in Bankverträgen haben verschiedenes gezeigt. Zum einen lässt sich in gewissen (wenn auch nicht in allen) Bereichen ein erfreulicher Trend hin zu kundenfreundlicheren Regelungen feststellen. Den Anstoss dazu dürfte wohl der neue Art. 8 UWG geboten haben. Die Banken haben offenbar nicht allein darauf vertraut, dass die Gerichte die revidierte Bestimmung so restriktiv anwenden werden, wie von etlichen Wirtschaftsjuristen in zahlreichen Publikationen postuliert. Zum andern hat sich aber auch gezeigt, dass viele (alte und neue) AGB-Klauseln einen sehr grossen Spielraum bei der Auslegung zulassen und dass diese Klauseln je nach Auslegung vor Art. 8 UWG standhalten könnten oder nicht. Für die Banken sind damit erhebliche Risiken verbunden: *Denn versagt man ihnen – wie hier vertreten – die Möglichkeit, sich selber im*

¹⁵⁴ Siehe dazu schon vorn Ziff. IV.5.a) und b) sowie hinten Ziff. V.1., je am Schluss.
Zur Ablehnung einer geltungserhaltenden Auslegung insbesondere Fn. 174.

¹⁵⁵ A.M. offenbar BAHAR, A Time for Change, S. 135.

¹⁵⁶ Vgl. dazu unten Ziff. V.1. in fine und speziell Fn. 174.

¹⁵⁷ Ebenso wenig kann die Bank zu ihren Gunsten geltend machen, sie mache von dieser Klausel in der Praxis überhaupt nicht oder nur mit grösster Zurückhaltung Gebrauch. Das mag – wenn es überhaupt zutreffen sollte – ausserrechtliche Gründe haben, so etwa dass die Bank um ihr Ansehen fürchtet, dass sie Angst davor hat, mit einer Massenkündigung von Festhypotheken bei den Grundstückspreisen eine Abwärtsspirale in Ganz zu setzen, oder dass – weil ein besonders vornehmes Quartier betroffen ist – auch viele Bankkaderleute Opfer der Kündigungswelle werden könnten.

Individualprozess oder im Rahmen einer Generalkontrolle auf eine kundenfreundliche Interpretation zu berufen, so ist die strittige Klausel unrettbar verloren: Im Individualprozess, weil eine geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen ist,¹⁵⁸ bei der abstrakten Kontrolle im Rahmen einer Verbands- oder Bundesklage, weil die Klausel generell als missbräuchlich erklärt werden kann.¹⁵⁹

V. Die Rechtsfolgen bei einem Verstoss gegen Art. 8 UWG

1. Vertragsrechtliche Rechtsfolgen

Von der systematischen Stellung her handelt es sich bei Art. 8 UWG um eine lauterkeitsrechtliche Bestimmung. Dies hat kurz nach Inkrafttreten des neuen UWG gegen Ende der achtziger Jahre eine Kontroverse zur Frage ausgelöst, ob dieser Norm auch vertragsrechtliche Wirkung zukommt oder nicht. Diese Kontroverse ist heute entschieden. Nach herrschender, wenn nicht gar einhelliger Lehre ist Art. 8 UWG nicht bloss wettbewerbsrechtlich, sondern auch vertragsrechtlich von Bedeutung; *er bildet nicht nur eine lauterkeitsrechtliche (und damit deliktische) AGB-Inhaltskontrollnorm,¹⁶⁰ sondern auch eine vertragsrechtliche.*

Eine AGB-Klausel, welche gegen Art. 8 UWG verstösst, ist *nichtig*. Die Kundin (nicht aber die Verwenderin¹⁶¹) kann sich im vertragsrechtlichen Streit auf diese Nichtigkeit berufen.¹⁶² Die Nichtigkeit einer solchen Klausel hat jedoch nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge. *Von der Nichtigkeit betroffen ist bloss die betreffende Klausel selbst; der Rest des Vertrages bleibt bestehen.* Es handelt sich somit um eine Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20

¹⁵⁸ Dazu unten Ziff. V.1. in fine.

¹⁵⁹ Dazu unten Ziff. V.2.

¹⁶⁰ Dazu sogleich in Ziff. V.2.

¹⁶¹ So zutreffend auch STÖCKLI, Neues Recht gegen unfaire Verträge, S. 177.

¹⁶² Nicht erforderlich ist, dass der Kunde im Prozess ausdrücklich die Nichtigkeit geltend macht. *Das Gericht kann und muss die Nichtigkeit einer AGB-Klausel von Amtes wegen vorfrageweise feststellen*, wenn und soweit es zur Stützung der von Kunden geltend gemachten Anträge dient (SCHMID, Grundpfandrechte, S. 101).

Auch im europäischen Recht haben die Gerichte die Missbräuchlichkeit von AGB-Klauseln (und damit deren Unverbindlichkeit für den Kunden gemäss Art. 6 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU) *von Amtes wegen* zu prüfen (Urteil des EuGH vom 14. März 2013, Mohamed Aziz v. CatalunyaCaixa, C-415/11, Rn. 46; Urteil des EuGH vom 14. Juni 2012, Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino, C-618/10, Rn. 42, je m.Nw.).

Abs. 2 OR.¹⁶³ Unbeachtlich wäre eine allfällige Einwendung der Verwenderin, sie hätte den Vertrag ohne die umstrittene AGB-Klausel nicht geschlossen, weshalb – wenn schon – der ganze Vertrag nichtig sein müsse.¹⁶⁴

Schwieriger zu beantworten ist eine andere Frage: *Entfällt eine als missbräuchlich qualifizierte AGB-Klausel ersatzlos*, mit der Folge, dass an ihrer Stelle dispositives Gesetzesrecht zur Anwendung kommt¹⁶⁵ bzw. dass – soweit dispositives Gesetzesrecht fehlt – das Gericht lückenfüllend tätig werden muss? Oder kann sich die AGB-Verwenderin auf eine *geltungserhaltende Reduktion* berufen, mit der Folge, dass die strittige Klausel in dem Umfang aufrechterhalten wird, in welchem sie gerade noch zulässig (d.h. nicht missbräuchlich) ist?

Von einem Teil der neueren schweizerischen Lehre wird – in Anlehnung an die Rechtsprechung des deutschen BGH – zu Art. 20 Abs. 2 OR die Auffassung vertreten, gegen die geltungserhaltende Reduktion bestünden *erhebliche rechtspolitische Bedenken*, wenn die Nichtigkeit darauf zurückzuführen sei, *dass gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Norm zum Schutze der sozial*

¹⁶³ BAHAR, A Time for Change, S. 135; BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 57 Rz. 29 f.; DUPONT, Le nouvel article 8 LCD, S. 135 Rz. 70; HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1209 ff.; HÜNERWADEL/HOFBAUER, Erhöhte Anforderungen an AGB, S. 2; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 130 f. (mit gewissen Zweifeln); MARTIN, Die AGB der Schweizer Banken, Ziff. C.III.4.; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 38; DERS., Le nouvel article 8 LCD, S. 143 f.; SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 16; DERS., Grundpfandrechte, S. 101; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80; STÖCKLI, Neues Recht gegen unfaire Verträge, S. 177 f.; DERS., Der neue Art. 8 UWG, 185; SUTTER/LÖRTSCHER, Klage-recht des Bundes, S. 101.

Vgl. auch BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6180.

Zum europäischen Recht siehe Art. 6 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU. Da Art. 8 dieser Richtlinie den Mitgliedstaaten erlaubt, strengere Bestimmungen zu erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten, kann das nationale Recht der Mitgliedstaaten eine Regelung vorsehen, *wonach der Vertrag als Ganzes nichtig ist, wenn dadurch ein besserer Schutz des Konsumenten erreicht wird* (Urteil des EuGH vom 15. März 2012, Jana Perenicová und Vladislav Perenic v. SOS financ spol. s.r.o., C-453/10, Rn.35.). Die Totalnichtigkeit im Interesse des Kunden wäre in besonderen Fällen wohl auch im schweizerischen Recht eine mögliche sachgerechte Lösung.

¹⁶⁴ STÖCKLI, Neues Recht gegen unfaire Verträge, S. 178.

Das deutsche Recht sieht vor, dass ein Vertrag insgesamt unwirksam ist, wenn das Festhalten an ihm eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde (§ 306 Abs. 3 BGB). Bei dieser Bestimmung handelt es sich indessen um eine Ausnahmeregel, die nur unter restriktiven Voraussetzungen zugunsten des Verwenders zur Anwendung kommt (STAUDINGER/SCHLOSSER, § 306 BGB Rz. 31).

¹⁶⁵ Vgl. für das deutsche Recht § 306 Abs. 2 BGB.

schwächeren Vertragspartei verstossen werde. Die geltungserhaltende Reduktion liefere hier geradezu einen Anreiz, Übermässiges zu vereinbaren. Unter dem Gesichtspunkt der *Prävention* müsse daher in diesen Fällen die geltungserhaltende Reduktion abgelehnt werden (wenn sich die sozial stärkere Partei darauf berufe).¹⁶⁶ Das Bundesgericht ist dieser Auffassung im berühmtem «Leasing-Fall» gefolgt.¹⁶⁷

Dieser Ansatz lässt sich ohne weiteres auf AGB-Klauseln übertragen, die vor einer Inhaltskontrolle nicht standhalten.¹⁶⁸ Das Bundesgericht hat dazu überzeugend ausgeführt:

«... 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 (...).»¹⁶⁹

Die Verwenderin kann daher nicht geltend machen, wenn die umstrittene AGB-Klausel gegen Art. 8 UWG verstosse, sei sie trotzdem noch anwendbar, wenn auch bloss in reduziertem, d.h. gerade noch erlaubtem Umfang. Eine solche AGB-Klausel ist vielmehr vollumfänglich unwirksam, wenn sich die Kundin auf die Nichtigkeit beruft.¹⁷⁰ Möglich ist dagegen eine geltungserhal-

¹⁶⁶ SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Rz. 32.45, m.Nw.; weitere Nachweise im Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1 («Leasing-Fall»).

¹⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 («Leasing-Fall»).

¹⁶⁸ So bereits schon SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Rz. 32.45.

¹⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1 («Leasing-Fall»).

Für das europäische Recht ähnlich der EuGH: «Diese Befugnis trüge nämlich dazu bei, den Abschreckungseffekt zu beseitigen, der für die Gewerbetreibenden darin besteht, dass solche missbräuchliche Klauseln gegenüber dem Verbraucher schlicht unangewendet bleiben (...).» (Urteil des EuGH vom 14. Juni 2012, Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino, C-618/10, Rn. 69).

¹⁷⁰ G.L.M. BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 57 Rz. 30; HÜNERWADEL/HOFBAUER, Erhöhte Anforderungen an AGB, S. 2 (zumindest implizite); KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 131; MARTIN, Die AGB der Schweizer Banken, Ziff. C.III.4.; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 38; DERS., Le nouvel article 8 LCD, S. 144; PICHONNAZ/FORNAGE, Le projet de révision, S. 290; RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 443 f.; SCHMID, Inhaltskon-

tende Reduktion, wenn die Kundin eine solche beansprucht, weil sie für sie günstiger ist als die Anwendung dispositiven Gesetzesrechts.¹⁷¹ Die gegen eine geltungserhaltende Reduktion geltend gemachten rechtspolitischen Bedenken kommen diesfalls nicht zum Tragen.

Für AGB-Verwenderinnen (und die sie kautelarjuristisch beratenden Anwälte) sind damit – aus generalpräventiven Gründen durchaus gewollt – hohe Risiken verbunden. Wer versucht, bei der Formulierung von AGB-Klauseln den Spielraum etwas zu stark zu seinen Gunsten auszunutzen, muss damit rechnen, dass die Klausel als Ganzes entfällt und dass er damit schlechter dasteht, als wenn er die Klausel etwas zurückhaltender formuliert hätte.

Dieses Risiko ist für AGB-Verwenderinnen nicht unbeträchtlich. Die vorn¹⁷² als Beispiele diskutierten AGB-Klauseln sind z.T. offen und gar «überschiessend» formuliert, d.h. sie liessen vom Wortlaut her nebst sachlich vertretbaren Auslegungs- bzw. Fallvarianten auch solche Anwendungsvarianten zu, welche vor Art. 8 UWG nicht standhalten. Bei konsequenter Anwendung der hier vertretenen Auffassung, wonach eine geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen ist, müsste dies zur Folge haben, dass die entsprechenden Klauseln insgesamt (also auch bei sachlich vertretbaren Auslegungs- bzw. Fallvarianten) keine Anwendung finden. *Auf eine kundenfreundliche Auslegung wird sich die Bank selber (anders als die Kundin) im Individualprozess – genauso wie bei der Generalkontrolle¹⁷³ – nicht berufen können, um*

trolle, S. 16 (jedenfalls implizite: «An die Stelle der nichtigen Klausel tritt grundsätzlich das dispositive Gesetzesrecht.»); DERS., Grundpfandrechte, S. 101.

Differenzierend HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1211 («Eine geltungserhaltende Reduktion einer Klausel ist im Einzelfall abzulehnen, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der AGB-Verwender bewusst mit dieser Rechtsfolge spekuliert, wenn es also nahe liegt, dass versucht werden soll, eine Schutznorm zu unterlaufen. Eine solche Annahme darf jedoch nicht leichthin angenommen werden.»).

Offen gelassen bei BAHAR, A Time for Change, S. 135; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.

Vgl. auch den Hinweis in der BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6180.

Auch im europäischen Recht ist gemäss Art. 6 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU eine geltungserhaltende Reduktion einer missbräuchlichen AGB-Klausel ausgeschlossen (Urteil des EuGH vom 14. Juni 2012, Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino, C-618/10, Rn. 65 ff.).

¹⁷¹ KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 131; ansatzweise ebenso MARCHAND, Art. 8 LCD, S. 331.

¹⁷² Ziff. IV.5.

¹⁷³ Vgl. dazu vorn Ziff. IV.5.a), b) und d), je am Schluss, sowie unten Fn. 191.

ihre AGB-Klausel *wenigstens teilweise inhaltlich zu retten*.¹⁷⁴ Banken-AGB könnten so über weite Strecken gegenstandslos werden.

2. Lauterkeitsrechtliche Rechtsfolgen

Lauterkeitsrecht ist (zivilrechtliches) *Deliktsrecht*. Wer gegen Art. 8 UWG verstösst, verhält sich widerrechtlich.¹⁷⁵ Die zivilrechtlichen Folgen eines solchen Verhaltens sind in Art. 9 ff. UWG geregelt.

a) Die UWG-Klagen im Allgemeinen

Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann dem Richter beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten (*Unterlassungsklage*), eine bestehende Verletzung zu beseitigen (*Beseitigungsklage*) oder die Widerrechtlichkeit festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (*Feststellungsklage*).¹⁷⁶ Zudem kann er nach Massgabe des Obligationenrechts – d.h. des ausservertraglichen Haftpflichtrechts – auf *Schadenersatz* und *Genugtuung* sowie entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf *Herausgabe des Gewinns* klagen.¹⁷⁷ Für die Verwenderinnen missbräuchlicher AGB besteht somit (theoretisch) das Risiko, von Konkur-

¹⁷⁴ Die Frage, ob und inwieweit AGB-Klauseln künftig durch eine einschränkende Auslegung vor dem Filter der Inhaltskontrolle gerettet werden können, dürfte von grosser Bedeutung werden. Die Zukunft wird weisen müssen, wie die Gerichte damit umgehen. In Deutschland wird der Problembereich der *geltungserhaltenden Auslegung* einlässlich diskutiert (vgl. dazu etwa STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 27 ff.; weniger deutlich MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 37).

Im europäischen Recht dürfte ausserhalb des AGB-Rechts an sich der Grundsatz der geltungserhaltenden Auslegung gelten. So lautet etwa Art. II. – 8:106 DCFR mit der Überschrift «Preference for interpretation which gives terms effect» wie folgt: «An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not.» *Für die AGB-Generalkontrolle gilt dieser Grundsatz indessen nicht* (VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 8:106, S. 570 Ziff. 2.). Nach meinem Dafürhalten darf dieses Prinzip aber auch bei der individuellen AGB-Inhaltskontrolle nicht angewandt werden.

¹⁷⁵ Vgl. dazu die Generalklausel von Art. 2 UWG.

¹⁷⁶ Art. 9 Abs. 1 UWG.

¹⁷⁷ Art. 9 Abs. 3 UWG.

rentinnen oder Kundinnen¹⁷⁸ in einen entsprechenden Zivilprozess verwickelt zu werden. Wie hoch dieses Risiko in der Praxis ist, ist allerdings schwer abzuschätzen. Für Kundinnen und Kunden bestehen kaum Anreize zu einer UWG-Klage, da ihnen ja die vertragsrechtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, die ihnen mehr bringen.¹⁷⁹ Das Risiko von Konkurrentenklagen (vor allem auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung¹⁸⁰) mag je nach Branche höher sein. Bei Banken aber dürfte kaum je ein Interesse vorhanden sein, gegen eine Konkurrentin wegen Verletzung von Art. 8 UWG lauterkeitsrechtlich vorzugehen. Das Risiko einer Retorsionsklage (welche Bank kann schon sicher sein, dass alle ihre AGB-Klauseln vor Art. 8 UWG standhalten?) wäre viel zu hoch. Und der mögliche Gewinn wäre wohl im Verhältnis zum Reputationsverlust, den die klagende Bank erleiden würde, weil sie eine Konkurrentin «anschwärzt», viel zu gering.

b) Das Klagerecht der Konsumentenschutzorganisationen und des Bundes im Besondern

Wesentlich gewichtiger sind die Klagemöglichkeiten der Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen (*Konsumentenschutzorganisationen*),¹⁸¹ und des *Bundes*.¹⁸² Konsumentenschutzorganisationen und der Bund

¹⁷⁸ Zur Klagelegitimation der Kunden vgl. Art. 10 Abs. 1 UWG. Siehe auch PICHONNAZ/FORNAGE, *Le projet de révision*, S. 290 f.

¹⁷⁹ Dazu oben Ziff. V.1.

Immerhin sind – vor allem etwa bei Versicherungsverträgen – Konstellationen denkbar, bei denen der Kunde ein Interesse z.B. an der Feststellung der Missbräuchlichkeit einer AGB-Klausel hat, bevor um konkrete Leistungen bzw. Pflichten gestritten wird (DUPONT, *Le nouvel article 8 LDC*, S. 131 ff. Rz. 66 f.).

¹⁸⁰ Schadenersatzklagen dürften extrem selten sein, weil der Kläger einen Schaden, verursacht durch die Verwendung missbräuchlicher AGB durch einen Konkurrenten, kaum nachweisen können und das Prozessrisiko daher in der Regel zu hoch wäre.

¹⁸¹ Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG.

Klagen von Berufs- und Wirtschaftsverbänden gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG können hier vernachlässigt werden. Zwar ist die Vorstellung, dass z.B. die *Schweizerische Bankiervereinigung* gegen eine Bank wegen eines Verstosses gegen Art. 8 UWG lauterkeitsrechtlich vorgeht, reizvoll. In der Realität ist indessen mit einer solchen Klage nicht zu rechnen.

¹⁸² Art. 10 Abs. 3 UWG.

Zum mit der UWG-Revision wesentlich ausgeweiteten Klagerecht des Bundes einlässlich SUTTER/LÖRTSCHER, *Klagerecht des Bundes*.

können zwar nicht auf Schadenersatz, sondern nur auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung klagen. Aber eine scharfe Waffe im Kampf gegen missbräuchliche AGB können solche Klagen doch sein, zumal mit der Klage auch verlangt werden kann, dass *das Urteil Dritten mitgeteilt oder* – noch wichtiger – *gar veröffentlicht* wird.¹⁸³ Nicht nur der Zwang, die gerichtlich als missbräuchlich festgestellten AGB-Klauseln künftig nicht (mehr) zu verwenden («präventives Verwendungsverbot»¹⁸⁴) und schon verwendete Klauseln (zugunsten der am Prozess nicht beteiligten Kundinnen) aus den Verträgen zu entfernen¹⁸⁵, dürfte für das betroffene Unternehmen schmerzhaft sein. Vor allem für Banken wird der mit einer allfälligen Prozessniederlage verbundene *Reputationsverlust* wohl noch mehr ins Gewicht fallen.¹⁸⁶

Besondere Bedeutung dürfte bei Banken das Klagerecht der Konsumentenschutzorganisationen und des Bundes erlangen, weil bei den einzelnen Verträgen für die Kundin oft nur ein geringes finanzielles Interesse im Spiel ist, eine Individualklage sich also für sie kaum lohnen wird, während für die Bank im Massengeschäft höhere Beträge in Frage stehen. Hier kann diese UWG-Klagemöglichkeit im Ergebnis eine ähnliche Wirkung erzielen wie eine im schweizerischen Recht nicht vorgesehene «class action».¹⁸⁷

Offen bleiben kann an dieser Stelle, ob Konsumentenschutzorganisationen ihre Klageberechtigung zusätzlich auch auf Art. 89 ZPO abstützen könnten. In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, die Verwen-

¹⁸³ Art. 9 Abs. 2 UWG.

¹⁸⁴ Ausdruck nach STÖCKLI, Neues Recht gegen unfaire Verträge, S. 178; siehe auch BRUNNER, Verbandsklage, S. 151.

¹⁸⁵ BRUNNER, Verbandsklage, S. 152; a.M. GAUCH, Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen», S. 60, dem zufolge Verbände nicht legitimiert sind, in für sie «fremde» Verträge einzugreifen und auf richterliche Ungültigerklärung entsprechender AGB in den einzelnen Verträgen zu klagen.

Im deutschen Recht (das bei der Verbandsklage keinen ausdrücklichen Beseitigungsanspruch vorsieht) ist offenbar umstritten, ob im Unterlassungsanspruch bezüglich AGB-Klauseln auch ein Beseitigungsanspruch enthalten ist (STAUDINGER/SCHLOSSER, § 1 UKlaG Rz. 23). Indessen erstreckt sich die Unterlassungsverpflichtung auch darauf, sich bei einer Vertragsabwicklung nicht auf eine Klausel zu berufen (STAUDINGER/SCHLOSSER, § 1 UKlaG Rz. 19 und § 11 UKlaG Rz. 6). Im Ergebnis kommt dies einer Beseitigungsverpflichtung gleich.

Zur Rechtskrafterstreckung eines im Verbandsklageverfahren erwirkten Unterlassungsurteils auf die Kunden des Verwenders («Urteilswirkung zugunsten Dritter») im deutschen Recht vgl. STAUDINGER/SCHLOSSER, § 11 UKlaG Rz. 1 ff.

¹⁸⁶ Ebenso DUPONT, Le nouvel article 8 LCD, S. 136 Rz. 73, betreffend Versicherungen.

¹⁸⁷ Im gleichen Sinn BAHAR, A Time for Change, S. 136.

dung missbräuchlicher AGB im Massengeschäft bilde i.S.v. Art. 89 ZPO eine Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen der Personengruppe «Konsumenten», deren Interessen durch Konsumentenschutzorganisationen gewahrt werden.¹⁸⁸ Diesfalls wären diese Organisationen auch gestützt auf Art. 89 ZPO zur Verbandsklage legitimiert.

c) Die Tragweite dieser abstrakten AGB-Kontrolle bzw. Generalkontrolle

In der Debatte um die Revision von Art. 8 UWG bildeten das schon bestehende Klagerecht der Konsumentenschutzorganisationen und das wesentlich erweiterte Klagerecht des Bundes Gegenstand heftiger Diskussionen. Denn diese Klagen ermöglichen eine Kontrolle von AGB ausserhalb eines konkreten Anwendungsfalles (*abstrakte AGB-Inhaltskontrolle* bzw. treffender *Generalkontrolle*¹⁸⁹) durch am Vertrag nicht beteiligte Dritte, was von Gegnern der Vorlage als Verletzung der Vertragsfreiheit kritisiert wurde.¹⁹⁰ Dies ändert indessen nichts daran, dass die Klagemöglichkeit formal besteht. Fraglich mag allenfalls sein, nach welchem *materiellen Massstab* Gerichte abstrakte AGB-Inhaltskontrollklagen beurteilen werden.¹⁹¹ In der Literatur ist z.B. umstritten, ob bei einer *Individualkontrolle* der AGB die konkreten Umstände des Vertragsverhältnisses mitzuberücksichtigen sind, während bei einer Generalkontrolle (zwangsläufig) nur eine typisierende Betrachtungsweise möglich ist,¹⁹² oder ob eine Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG stets –

¹⁸⁸ BRUNNER, Verbandsklage, S. 151.

¹⁸⁹ Begriff nach THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 4 f., als Gegensatz zur *Individualkontrolle* (d.h. der Prüfung von AGB im Rahmen eines konkreten Vertrages).

¹⁹⁰ Siehe etwa BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6169; AB 2011 N 222 (Votum NR PIRMIN SCHWANDER: «Wir wollen in jedem Fall keine abstrakte Normenkontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das greift unseres Erachtens zu sehr in die Vertragsfreiheit ein, damit wird die Vertragsfreiheit total eingeschränkt.»); AB 2011 N 228 (Votum NR KURT FLURI); AB 2011 N 800 (Votum NR PIRMIN SCHWANDER).

¹⁹¹ Unter anderem wird sich dabei auch die Frage stellen, wie die abstrakte Inhaltskontrolle und die Auslegungskontrolle zusammenspielen. Von Interesse ist hier vor allem, ob und inwieweit sich ein AGB-Verwender bei einer Verbands- oder Bundesklage im Rahmen seiner Abwehrstrategie auf eine kundenfreundliche (d.h. zu seinen Lasten gehende) Auslegung berufen kann, um im lauterkeitsrechtlichen Verfahren zu obsiegen (dazu vorn Ziff. IV.5.a), b) und d). Zum Verhältnis zwischen Auslegungs- und Inhaltskontrolle in einem vertragsrechtlichen Verfahren siehe vorn Ziff. V.1. in fine sowie speziell Fn. 174.

¹⁹² So etwa SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 15.

also auch im Rahmen einer Individualkontrolle – ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Vertragsschlusses zu erfolgen hat.¹⁹³

HESS/RUCKSTUHL vertreten in diesem Zusammenhang die These, das vom Gesetzgeber in Art. 8 UWG eingefügte Kriterium der Verletzung von Treu und Glauben weise eine starke Einzelfallbezogenheit auf. Eine individuelle AGB-Kontrolle und eine abstrakte AGB-Kontrolle könnten somit unterschiedliche Resultate hervorbringen. *Eine abstrakt als missbräuchlich festgestellte Klausel könne daher in einer individuellen Überprüfung als nicht mehr missbräuchlich erscheinen.* Daher müsse eine solche Klausel konkret auch weiterhin verwendet werden können. *Im Rahmen eines Verfahrens von Konsumentenschutzorganisationen sei es daher nicht möglich, eine Nichtigkeit von AGB-Klauseln mit Wirkung auch für individuell-konkrete Verträge verbindlich festzustellen.* Die abstrakte Normenkontrolle werde so im Endeffekt ad absurdum geführt.¹⁹⁴

In der Tat würde auf diese Weise die abstrakte Normenkontrolle bzw. Generalkontrolle von AGB, wie sie im UWG vorgesehen ist, ad absurdum geführt. Nun war aber die Verstärkung des Schutzes der Konsumentinnen gegen missbräuchliche AGB über den Ausbau dieser abstrakten Normenkontrolle ein wichtiges Anliegen der UWG-Revision. Eindringlich belegt wird dies durch den Ausbau des Klagerechts des Bundes, ebenso aber auch durch den Umstand, dass die einzige generelle AGB-Inhaltskontrollnorm, die das schweizerische Recht kennt, im UWG belassen und nicht in das OR überführt wurde. Zwar stiess dieses Anliegen in den parlamentarischen Beratungen im Nationalrat auf grossen Widerstand¹⁹⁵, aber am Ende blieb dieser Widerstand ohne Erfolg. Unter diesen Umständen macht es keinen Sinn anzunehmen, eine im Rahmen einer Generalkontrolle als missbräuchlich qualifizierte AGB-Klausel könne im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Vertrages als nicht missbräuchlich eingestuft werden. *Die vom Gesetzgeber angestrebte wirksame abstrakte AGB-Inhaltskontrolle ist nur möglich, wenn für die Individualkontrolle kein strengerer Prüfungsmassstab gilt als für die Generalkontrolle, bei der Individualkontrolle also konkrete Umstände*

¹⁹³ So THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 6.

Siehe zu dieser Kontroverse bereits auch vorn Ziff. IV.4.c).

¹⁹⁴ HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1208 f. (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁹⁵ So am Schluss der Debatte deutlich etwa die Voten der Nationalräte PIRMIN SCHWANDER und KURT FLURI, AB 2011 N 1227. Siehe auch die weiteren Nachweise in Fn. 190.

*des Vertragsschlusses nicht zu Gunsten der Verwenderin berücksichtigt werden dürfen.*¹⁹⁶

Im deutschen Recht wird diese Frage einlässlich diskutiert. Dies hat seinen Grund darin, dass gemäss § 310 Abs. 3 Ziff. 3 BGB *bei Verbraucherverträgen bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind*. Diese Norm bezweckt die Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU.¹⁹⁷ Nach wohl herrschender, wenn auch nicht unumstrittener Lehre soll sich aus dieser Bestimmung ergeben, dass die individuell-konkrete Betrachtung im Individualprozess nicht anstelle der zwangsläufig generalisierenden Betrachtungsweise im Verbandsklageverfahren treten, *diese aber ergänzen und korrigieren soll, und zwar in beide Richtungen.*¹⁹⁸ Allerdings wird in der Lehre im gleichen Atemzug die praktische Bedeutung dieser Aussage relativiert. Das Massengeschäft sei aus der Natur der Sache durch eine starke Gleichförmigkeit der Vertragsabschlüsse gekennzeichnet. Der wirtschaftliche Vorteil von AGB liege primär darin, dass sich Vertragsverhandlungen erübrigen würden. Kein AGB-Verwender werde nur deshalb in Einzelverhandlungen über sein Bedingungswerk eintreten, weil er für den Konfliktfall mit der Anlegung eines individuell-konkreten Prüfungsmassstabes rechnen könne.¹⁹⁹ Es ist daher schwer vorstellbar, dass in der Praxis AGB-Klauseln bei einer Individualkontrolle als nicht missbräuchlich eingestuft werden, die bei einer Generalkontrolle als gegen Art. 8 UWG verstossend qualifiziert werden (während es durchaus denkbar ist, dass einer Generalkontrolle standhaltende AGB-Klauseln im Rahmen einer Individualkontrolle je nach den Umständen als missbräuchlich erachtet werden können). Unter diesen Umständen macht es kaum Sinn, die abstrakte AGB-Kontrolle mit der Begründung praktisch leer laufen zu lassen, eine AGB-

¹⁹⁶ So treffend THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 6; a.M. BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6179.

¹⁹⁷ MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 76; STAUDINGER/SCHLOSSER, § 310 BGB Rz. 69.

Obwohl Art. 4 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU für alle EU-Mitgliedstaaten gilt, scheint offenbar in den andern Mitgliedstaaten (ausser in Deutschland) in der Rechtswissenschaft kaum eine Diskussion über unterschiedliche Prüfungsmassstäbe bei der Generalkontrolle einerseits und der Individualkontrolle andererseits stattzufinden (so jedenfalls MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 79, sowie STAUDINGER/SCHLOSSER, § 310 BGB Rz. 70). Ob dies zutrifft, entzieht sich meiner Kenntnis.

¹⁹⁸ MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 76 ff., spez. Rz. 81; STAUDINGER/SCHLOSSER, § 310 BGB Rz. 69 ff., spez. Rz. 70; STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 116 ff., spez. Rz. 118.

¹⁹⁹ MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 80.

Verwenderin könne (theoretisch) im Individualprozess immer noch darlegen, dass die umstrittene AGB-Klausel aufgrund der besonderen Umstände doch nicht missbräuchlich sei.

Die in der offenbar herrschenden deutschen Lehre vertretene Auffassung ist zudem kaum mit § 11 UKlaG²⁰⁰ vereinbar. Nach dieser Bestimmung kann sich die betroffene Vertragspartei auf die Wirkung eines im Verbandsklageverfahren ergangenen Unterlassungsurteils berufen, wenn der Verwender gegen das Unterlassungsgebot verstösst. Diese «einseitige Rechtskrafterstreckung»²⁰¹ verträgt sich letztlich nicht mit der Vorstellung, dass eine abstrakt als missbräuchlich eingestufte AGB-Klausel im Einzelfall doch nicht missbräuchlich sein könnte.

Für das schweizerische Recht muss bei einer Würdigung aller Umstände gelten, was oben gesagt wurde: Erweist sich eine AGB-Klausel im Rahmen einer Generalkontrolle als missbräuchlich, so ist ihre Verwendung losgelöst vom Einzelfall in allen Verträgen missbräuchlich. Stellt ein Gericht im Rahmen einer Klage des Bundes oder einer Konsumentenschutzorganisation fest, dass eine AGB-Klausel gegen Art. 8 UWG verstösst, *so hat dies mithin die Nichtigkeit der Klausel in allen bestehenden Verträgen zur Folge*, und jede Kundin kann sich in einem Prozess mit der Verwenderin auf diese Nichtigkeit berufen («erga-omnes-Wirkung» der Generalkontrolle).²⁰² Das Gegenteil indessen trifft nicht zu: Wie bereits dargelegt, kann eine AGB-Klausel im Einzelfall je nach den Umständen durchaus missbräuchlich i.S.v. Art. 8 UWG sein, auch wenn sie die Prüfung im Rahmen einer Generalkontrolle bestanden hat. Obsiegt also die AGB-Verwenderin in einem Klageverfahren des Bundes oder einer Konsumentenschutzorganisation, so mag dies für sie in einem (vertragsrechtlichen) Prozess mit einer Kundin faktisch von Vorteil sein; einen Persilschein hat sie damit aber nicht. *Ein Urteil in einem Klagever-*

²⁰⁰ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und andern Verstössen (Unterlassungsklagengesetz) vom 26. November 2001.

²⁰¹ STAUDINGER/SCHLOSSER, § 11 UKlaG Rz. 4.

²⁰² MARTIN, Die AGB der Schweizer Banken, Ziff. C.III.4.; PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, S. 145; grundsätzlich a.M. HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, 1209.

Für das deutsche Recht dazu STAUDINGER/SCHLOSSER, § 11 UKlaG Rz. 1 ff.

In Art. 209/B Abs. 1 des ungarischen Zivilgesetzbuches ist eine solche erga-omnes-Wirkung ausdrücklich vorgesehen (siehe dazu das Urteil des EuGH vom 26. April 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt*, C-472-10, Rn. 14, in welchem sich der EuGH grundsätzlich positiv zur erga-omnes-Wirkung von Verbandsklageurteilen im Zusammenhang mit missbräuchlichen AGB äussert).

*fahren des Bundes oder einer Konsumentenschutzorganisation kann nur zugunsten, nicht aber zulasten der am Prozess nicht beteiligten Kundin wirken.*²⁰³ Man kann dies – in Anlehnung an das deutsche Recht²⁰⁴ – als *einseitige Rechtskrafterstreckung* bezeichnen.²⁰⁵

d) Ausblick

Ob und in welchem Umfang Konsumentenschutzorganisationen oder der Bund künftig von den Klagemöglichkeiten gemäss Art. 10 UWG im Zusammenhang mit AGB effektiv Gebrauch machen werden, wird sich weisen müssen. Der Bund will sich offenbar eine gewisse Zurückhaltung auferlegen und den Kampf gegen missbräuchliche AGB primär den Konsumentenschutzorganisationen überlassen. Anders soll es sich aber verhalten, wenn eine missbräuchliche AGB-Klausel branchenweit verwendet wird; dann könne sich – so SUTTER/LÖRTSCHER – der Bund seiner Verantwortung nicht entziehen.²⁰⁶ Das könnte bei gewissen Klauseln in Banken-AGB oder in AGB von Kreditkartenunternehmen durchaus der Fall sein.

²⁰³ Vgl. dazu für das deutsche Recht § 11 UKlaG: Handelt der Verwender einem in einem Verbandsklageverfahren ergangenen Unterlassungsgebot zuwider, so kann sich der Kunde auf das Unterlassungsurteil berufen. Es handelt sich hier um eine *einseitige Rechtskrafterstreckung zugunsten des Dritten* (STAUDINGER/SCHLOSSER, § 11 UKlaG Rz. 2 und Rz. 4).

²⁰⁴ Siehe dazu vorstehend Fn. 203.

²⁰⁵ Die Zukunft wird weisen müssen, ob sich diese Rechtsfigur im schweizerischen Recht durchsetzen wird. Die herrschende Lehre äussert sich bei der Verbandsklage nach Art. 89 ZPO gegen eine solche Rechtskrafterstreckung (BOPP/ BESSENIH, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 89 ZPO N. 6; HAHN, Stämpflis Handkommentar, Art. 89 ZPO N. 15; OBERHAMMER, Basler Kommentar, Art. 89 ZPO N. 20. Ähnlich JUNG/SPITZ, Stämpflis Handkommentar, Art. 10 UWG Rz. 34 («Mit der Beseitigungsklage können zudem die von den Konsumenten geschlossenen Verträge nicht aufgelöst bzw. rückgängig gemacht werden ([...]»), sowie GAUCH, Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen», S. 60.

²⁰⁶ SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 99; vgl. auch SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 17; DERS., Grundpfandrechte, S. 102; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 148; PICHONNAZ/FORNAGE, Le projet de révision, S. 292.

3. Aufsichtsrechtliche Rechtsfolgen

Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG²⁰⁷ haben die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen *Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung* zu bieten. Das wirft die Frage auf, ob eine Bank die erforderliche Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bietet, wenn sie mit der Verwendung missbräuchlicher AGB gegen Art. 8 UWG verstösst.²⁰⁸ Wird dies bejaht, so kann und muss die FINMA gegen die betreffende Bank aufsichtsrechtlich einschreiten.

Die FINMA hat (ebenso wie früher die Eidgenössische Bankenkommission) bisher soweit ersichtlich noch nie aufsichtsrechtliche Schritte gegen Banken wegen Verwendung missbräuchlicher AGB eingeleitet.²⁰⁹ Jahrelang haben Vertreter der FINMA in mündlichen Diskussionen diese Haltung damit begründet, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen *zivilrechtliche Fragen* betreffen würden und somit aufsichtsrechtlich nicht relevant seien. Überzeugend ist dies indessen nicht. Ein Verstoss gegen Art. 8 UWG ist *nicht nur vertragsrechtlich* von Bedeutung, sondern auch *louterkeitsrechtlich* und stellt damit ein (wenn auch nur zivilrechtliches²¹⁰) *Delikt* dar. Zudem beschränkt sich eine Verletzung von Art. 8 UWG naturgemäss nicht auf Einzelfälle, sondern bildet – da Tausende oder Zehntausende von Kunden betroffen sind – ein *Massenphänomen*. Daher steht nach meinem Dafürhalten *auch das korrekte Geschäftsgebaren einer Bank zur Diskussion*, wenn sie missbräuchliche AGB verwendet. Aufsichtsrechtliche Massnahmen gegen eine fehlbare Bank sind somit je nach den Umständen durchaus angezeigt.²¹¹

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick in das Versicherungsaufsichtsrecht. Gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG²¹² hat die FINMA die Versi-

²⁰⁷ SR 952.0.

²⁰⁸ Siehe dazu auch BAHAR, A Time for Change, S. 139 ff.

²⁰⁹ Treffend dazu BAHAR, A Time for Change, S. 141: « ... l'appétit de la FINMA de se faire l'avocate des épargnants et des investisseurs en matière de conditions générales semble limité.»

²¹⁰ Zu den fehlenden strafrechtlichen Rechtsfolgen sogleich unten Ziff. V.4.

²¹¹ Zumindest ansatzweise wohl ähnlich BAHAR, A Time for Change, S. 146, der dieses Problem im grösseren Zusammenhang sieht: Es sei die Frage zu stellen, ob die FINMA ein generelles Mandat habe sicherzustellen, dass die beaufsichtigten Banken die Interessen von Sparern und Investoren nicht verletzen würden. *Eine Bejahung dieser Frage würde seiner Ansicht nach allerdings zu einer wahren kopernikanischen Revolution im schweizerischen Bankrecht führen.*

²¹² SR 961.01.

cherten *gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen* sowie der Versicherungsvermittler und Versicherungsvermittlerinnen zu schützen. Als Missbrauch im Sinne dieser Bestimmung gelten Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten, *namentlich die Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.*²¹³ Gegen Versicherungsunternehmen, welche missbräuchliche AGB verwenden, hat die FINMA somit aufsichtsrechtlich vorzugehen. Warum dasselbe nicht auch für von der FINMA beaufsichtigte Banken gelten soll, wäre nicht einzusehen.

4. Strafrechtliche Rechtsfolgen

Vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen bestimmte UWG-Tatbestände sind auch mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrt.²¹⁴ Art. 8 UWG ist indessen in den Strafbestimmungen des UWG nicht aufgeführt. Wer missbräuchliche AGB verwendet, hat allein aus diesem Grund somit noch keine Strafverfolgung zu gewärtigen,²¹⁵ und dies selbst dann nicht, wenn er – was in der Praxis wohl nicht selten sein dürfte – seinen Verträgen mit Konsumentinnen und Konsumenten AGB zugrunde legt, bei denen er zumindest billigend in Kauf nimmt, dass sie gegen Art. 8 UWG verstossen könnten.

Eine Strafverfolgung ist allerdings möglich, wenn im konkreten Fall bei der Verwendung von AGB nicht nur der Tatbestand von Art. 8 UWG erfüllt ist, sondern zugleich auch einer der mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrten UWG-Tatbestände. Bei Banken wäre in diesem Zusammenhang z.B. eine gleichzeitige Verletzung von Art. 8 und Art. 3 lit. m UWG denkbar.²¹⁶

²¹³ Art. 117 Abs. 1 lit. c der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung; AVO; SR 961.011).

²¹⁴ Art. 23 ff. UWG.

²¹⁵ SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 99.

²¹⁶ Art. 3 UWG ist in Art. 23 UWG im Katalog der strafbewehrten UWG-Tatbestände aufgeführt.

Ebenso ist es z.B. denkbar, dass missbräuchliche AGB zugleich auch gegen Art. 3 lit. i UWG verstossen (Bsp. nach HOLLIGER-HAGMANN, Kuckucksei, Rz. 29).

VI. Übergangsrecht

Die Frage, auf welche unter Verwendung von AGB geschlossenen Verträge der neue Art. 8 UWG in zeitlicher Hinsicht Anwendung findet, ist für alle Verwender von grosser Bedeutung, welche – wie z.B. Banken²¹⁷ und Versicherungen – Verträge von einer gewissen Dauer abschliessen.

Das UWG selber enthält keine Übergangsbestimmungen. Zur Beantwortung der Frage muss daher auf die allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln zurückgegriffen werden, die sich im Schlusstitel des ZGB finden. Gemäss Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB unterliegen die vor dem Inkrafttreten neuen Rechts vorgenommenen Handlungen in Bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen (*Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Rechts*). Eine Ausnahme von diesem Prinzip sieht Art. 2 SchlT ZGB vor: Bestimmungen des neuen Rechts, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind, finden mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat.²¹⁸ Demgemäss finden Vorschriften des bisherigen Rechts, die nach der Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr.²¹⁹

Offenkundig und unbestritten ist, dass der neue Art. 8 UWG auf alle Verträge Anwendung findet, die ab 1. Juli 2012 (d.h. ab Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG) abgeschlossen wurden. Ebenfalls unbestritten ist, dass Art. 8 UWG bei altrechtlichen Verträgen auf AGB-Klauseln anzuwenden ist, die nach dem 30. Juni 2012 abgeändert worden sind. Umstritten ist demgegenüber, ob der neue Art. 8 UWG bei altrechtlichen Verträgen für die ganzen AGB massgebend ist, wenn nach dem 30. Juni 2012 nur einzelne Klauseln geändert wurden, ob also die Modifikation einzelner Klauseln dazu führt, dass auch die unverändert gebliebenen Klauseln nach neuem Recht beurteilt werden.²²⁰

²¹⁷ BÜHLER/STÄUBER, Anmerkungen zum intertemporalen Recht, S. 86 (Hypothekerverträge).

²¹⁸ Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB.

²¹⁹ Art. 2 Abs. 2 SchlT ZGB.

²²⁰ Für die Anwendung des neuen Art. 8 UWG auf die ganzen AGB RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 444, und THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 53.

Für die Anwendung bloss auf die geänderten Klauseln HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1211; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.

Heftig diskutiert wird in der Lehre die Frage, ob der neue Art. 8 UWG auch auf unverändert gebliebene altrechtliche Verträge Anwendung findet. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, *beim revidierten Art. 8 UWG handle es sich um eine Norm, die um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt worden sei; er müsse daher gestützt auf Art. 2 SchlT ZGB auch auf altrechtliche Verträge angewandt werden.*²²¹ Ein anderer Teil der Lehre ist demgegenüber der Meinung, Art 8 UWG sei zwar (selbstverständlich) zwingendes Recht, gehöre aber nicht zum schweizerischen *ordre public* und sei daher auf unverändert gebliebene altrechtliche Verträge nicht anwendbar.²²²

Sachgerecht ist es nach meinem Dafürhalten, den neuen Art. 8 UWG auch auf unverändert gebliebene altrechtliche Verträge anzuwenden. Die von RÜETSCHI vorgenommene einlässliche Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 2 SchlT ZGB zeigt dies eindrücklich: *Dort, wo aus sozialpolitischen Gründen eine Norm zum Schutz der schwächeren Partei eingeführt worden war, wurde eine Anwendung von Art. 2 SchlT ZGB bejaht, dies jedenfalls dann, wenn es nicht um die Gültigkeit des ganzen Vertrages, sondern bloss um einzelne Vertragsklauseln ging, wo also nicht das Vertrauen der einen Partei in den Bestand des ganzen (seinerzeit gültig abgeschlossenen) Vertrages zu Debatte stand.*²²³ Das lässt sich ohne weiteres auf den revidierten Art. 8 UWG übertragen, mit dem der Gesetzgeber eine wesentliche Verbesserung der AGB-Inhaltskontrolle zum Schutze der Konsumentinnen und Konsumenten bezweckte. Hinzu kommt, wie RÜETSCHI treffend ausführt, dass ein AGB-Verwender letztlich schon vor dem 1. Juli 2012 kein schützenswertes Vertrauen in den Bestand von AGB-Klauseln aufbauen konnte, die den Vorwurf der Missbräuchlichkeit in sich tragen. Dass solche Klauseln mög-

Nicht eindeutig PICHONNAZ, *Le nouvel article 8 LCD*, S. 143.

²²¹ Einlässlich dazu RÜETSCHI, *Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge*, S.103 f.; ebenso PICHONNAZ, *Le nouvel article 8 LCD*, S. 143; SCHMID, *Grundpfandrechte*, S. 104.

²²² Einlässlich dazu BÜHLER/STÄUBER, *Anmerkungen zum intertemporalen Recht*, S. 86 ff.; ebenso BIERI, *Le contrôle judiciaire*, S. 60 Rz. 42; HESS/RUCKSTUHL, *AGB-Kontrolle*, S. 1211; RUSCH, *Schadenabwälzungsklauseln*, S. 444; SCHOTT, *Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 80; THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 59.

Zur Hauptsache wird von diesem Teil der Lehre geltend gemacht, dass die Neufassung von Art. 8 UWG im Parlament heftig umstritten war. Dies spreche gegen die Qualifikation dieser Norm als Grundprinzip der Rechtsordnung bzw. als Verkörperung grundlegender gesellschaftspolitischer und ethischer Anschauungen (so deutlich statt aller etwa THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 57).

²²³ RÜETSCHI, *Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge*, S. 107.

licherweise nicht gegen den früher geltenden Art. 8 UWG verstossen haben, ändert daran nichts; denn der Vorwurf, bei der Verwendung von AGB die Verhandlungsmacht zu missbrauchen, stand schon seit Jahren im Raum.²²⁴

Neben diesen (wichtigen) rechtstheoretischen Überlegungen sprechen aber auch praktische Aspekte für die Anwendung des neuen Art. 8 UWG auch auf vor dem 1. Juli 2012 geschlossene Verträge. Es besteht ein öffentliches Interesse daran, Neuordnungen (jedenfalls soweit zwingendes Recht vorliegt) möglichst bald zu verwirklichen.²²⁵ Dieses Bedürfnis ist vor allem bei lange dauernden Verträgen von Bedeutung. Unter praktischen Gesichtspunkten ist es schwer vorstellbar, dass bei langjährigen Verträgen auch Jahrzehnte nach Inkrafttreten des neuen Rechts noch altes Recht (das dann viele Juristen gar nicht mehr kennen werden) angewandt werden soll.

Die Zukunft wird zeigen, welcher der skizzierten Auffassungen die Rechtsprechung folgen wird. Für die Banken mag diese Frage bis dann vielleicht nicht mehr von grosser praktischer Bedeutung sein, weil diese ihre AGB (jedenfalls bei Kontoverträgen) erfahrungsgemäss sehr häufig ändern. Wendet man auf solche Verträge für die ganzen AGB (also auch für die unverändert gebliebenen Teile) den neuen Art. 8 UWG an²²⁶, so braucht Art. 2 SchlT ZGB nicht mehr geprüft zu werden.

VII. Schluss

Die Auslegeordnung zu Art. 8 UWG hat gezeigt: Auf die Banken und ihre Juristen, aber auch auf die Bankkundinnen kommen spannende Zeiten zu. Ob bzw. in welchem Umfang die Banken ihre alten und/oder neuen AGB vor Art. 8 UWG werden retten können, wird sich weisen müssen. Allfällige Verbands- und Bundesklagen einerseits sowie von prozessfreudigen Bankkundinnen geführte Individualklagen andererseits werden erste Meilenstei-

²²⁴ RÜETSCHI, Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge, S. 108.
A.M. BÜHLER/STÄUBER, Anmerkungen zum intertemporalen Recht, S. 89, welche die Auffassung vertreten, Verwender dürften darauf vertrauen, dass vor dem 1. Juli 2012 vereinbarte AGB gemäss der bisherigen Fassung von Art. 8 UWG beurteilt werden.

²²⁵ RÜETSCHI, Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge, S. 103.

²²⁶ Was sich schon aus praktischen Gründen empfiehlt, denn den revidierten Art. 8 UWG nur auf seit dem 1. Juli 2012 geänderte AGB-Klauseln anzuwenden, würde zu einer im Einzelfall völlig unübersichtlichen Lage führen. Eine «gespaltene» AGB-Kontrolle wäre vor allem nach mehreren zeitlich aufeinanderfolgenden AGB-Änderungen kaum noch sinnvoll möglich.

ne bei der Konkretisierung der neuen AGB-Inhaltskontrollnorm setzen. Interessant wird aber vor allem sein, wie die Gerichte – allen voran das Bundesgericht – mit dieser Bestimmung umgehen werden. Ihnen kommt bei der Realisierung einer griffigen Inhaltskontrolle, wie sie mit dem revidierten Art. 8 UWG angestrebt wird, die Hauptrolle zu.

Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich

Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG

Sandro Abegglen, Thomas Coendet, Dominique Gross, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	84
Materialien.....	88
I. Einleitung.....	88
II. «Refresher» zur AGB-Dogmatik.....	90
1. Der Begriff der AGB.....	91
a) Vertragsbestimmungen.....	91
b) Vielzahl von Vertragsabschlüssen.....	92
c) Vorformulierung.....	93
d) Fehlende Verhandlung.....	93
2. Die Verwendung von AGB.....	94
3. Prüfschritte der AGB-Kontrolle.....	94
a) Übernahmekontrolle.....	95
b) Auslegungskontrolle.....	95
c) Ungewöhnlichkeitskontrolle.....	96
d) Inhaltskontrolle.....	97

* PD Dr. iur. Sandro Abegglen, LL.M., Dr. iur. Thomas Coendet und Dr. iur. Dominique Gross sind Rechtsanwälte in Zürich. Der Beitrag ist eine schriftliche Fassung des vom erstgenannten Autor an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2013 gehaltenen Vortrags. Wir danken unserem Kollegen Dr. iur. Bertrand Schott, LL.M., herzlich für wertvolle Anregungen und Edi Bollinger, BLaw, für die redaktionelle Unterstützung.

III.	Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG	98
1.	Entstehungsgeschichte des Art. 8 UWG.....	98
2.	Aspekte des neuen Tatbestandes von Art. 8 UWG.....	100
a)	Art. 8 UWG als Bestimmung zum Konsumentenschutz	100
b)	Das «treuwidrige Missverhältnis» in Art. 8 UWG.....	103
3.	Aspekte der Rechtsfolgen von Art. 8 UWG	107
4.	Hinweise zum Übergangsrecht	108
IV.	Fazit.....	109

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 19. Juni 2013.

AMBÜHL MICHAEL, Schweizer Bankkonten – Eine Innensicht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto. Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 9-15.

BAUDENBACHER CARL, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im Schweizerischen Recht, in: Carl Baudenbacher et al. (Hrsg.), AGB – Eine Zwischenbilanz, St. Gallen 1991, S. 20-62.

– Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001.

BODMER DANIEL/KLEINER BEAT/LUTZ BENNO, Art. 47 BankG, in: Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, Zürich 2013.

BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Roland von Büren et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band X: Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, S. 111-196.

BUCHER EUGEN, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984, S. 97-104.

– Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.

– Art. 27 ZGB, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband: Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993.

– Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankverkehr? – Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken, recht 1997, S. 41-56.

– Art. 1 OR, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5. Aufl., Basel 2011.

BÜHLER GREGOR/STÄUBER RICHARD, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht 2012, S. 86-89.

- BÜYÜKSAGIS ERDEM, La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales «soi-disant» négociées?, *AJP* 2012, S. 1393-1411.
- COESTER MICHAEL, § 307 BGB, in: Michael Martinek (Redaktor), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310. UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), München 2006.
- DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht. UWG, KG, Grundsätze der Lauterkeitskommission und weitere wettbewerbsrechtliche Vorschriften, 5. Aufl., Bern 2012.
- EHLE BERND/BRUNSCHWEILER ANDRÉ, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, *RIW* 2012, S. 262-271.
- FUHRER STEPHAN, Art. 33 VVG, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Anton K. Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001.
- FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, *HAVE* 2011, S. 324-328.
- GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, *recht* 2006, S. 77-91.
- Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, in: *NZZ* vom 30. August 2011, S. 21.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich 2008.
- GIGER HANS, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983.
- HARTNETT DAVID, Swiss Bank Accounts: An external View, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Das Bankkonto. Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz*, Basel 2013, S. 1-8.
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, *AJP* 2012, S. 1188-1212.
- HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, *Jusletter* 20. Februar 2012, S. 1-7.
- HUGUENIN CLAIRE, Art. 19/20 OR, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 5. Aufl., Basel 2011.
- Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012.
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER, Art. 18 OR, in: Wilhelm Schönenberger, Peter Gauch (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*, Teilband V 1b, Zürich 1980.
- JUNG PETER, Einleitung und Art. 1 UWG, in: Peter Jung, Philippe Spitz (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bern 2010.
- KLETT KATHRIN/HURNI CHRISTOPH, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, *recht* 2012, S. 80-85.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.

- KOLLER THOMAS, Bemerkungen zu BGE 109 II 452 ff. und 115 II 264 ff., in: Thomas Koller, Ivo Schwander (Hrsg.), Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, St. Gallen 2004, S. 162-169.
- Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, S. 943-953.
 - Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto. Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 17-81.
- KRAMER ERNST A., Art. 1 OR, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.
- Art. 19-20 OR, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages. Artikel 19-22 OR, Bern 1991.
- KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick. Mit Berücksichtigung der Änderungen der Preisbekanntgabeverordnung, Jusletter 20. Februar 2012, S. 1-27.
- MAISSEN EVA, Die automatische Vertragsverlängerung: unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Zürich 2012.
- MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries, HAVE 2011, S. 328-331.
- MERZ HANS, Massenvertrag und allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Rolf Bär, Eugen Bucher, Max Kummer (Hrsg.), Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht. Festschrift zum 70. Geburtstag des Verfassers, Bern 1977, S. 313-342.
- Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992.
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010.
- PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Basel 2011.
- PICHONNAZ PASCAL, Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse?, in: Peter Gauch, Franz Werro, Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf 2008, S. 377-396.
- Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR 2012, S. 140-145.
- PROBST THOMAS, Art. 8 UWG, in: Peter Jung, Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010.
- RUSCH ARNOLD F., Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 2011, S. 170-174.
- Schadenabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012, S. 439-444.
- RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, S. 1-11.
- SCHMID JÖRG, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: Bernd Stauder (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, S. 49-82.

- Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, S. 1-22.
 - Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Immobilienfinanzierung, Basel 2012, S. 71-138.
- SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Art. 1 OR, in: Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 1a, Zürich 1973.
- SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, ST 2012, S. 78-82.
- SCHWENZER INGEORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.
- STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, S. 184-188.
- Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance?, HAVE 2012, S. 199-205.
- STRATENWERTH GÜNTER, Art. 47 BankG, in: Rolf Watter, Nedim Peter Vogt, Thomas Bauer, Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar. Bankengesetz, Basel 2005.
- SUTTER GUIDO/LÖRTSCHER FLORIAN, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, S. 91-101.
- TAUFER MARTIN, Einbezug von Dritten im UWG, Zürich 1997.
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter 29. Oktober 2012, S. 1-16.
- VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, S. 177-188.
- WEBER PHILIPPE/KRONAUER MARKUS/HUBER ANDREA, Die Börsenzulassung in der Schweiz in ihrem rechtlichen und steuerlichen Umfeld, in: Mathias Habersack, Peter O. Mülbart, Michael Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 3. Aufl., Köln 2013, S. 1492-1549.
- WEBER ROLF H., Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz?, sic! 2012, S. 231-237.
- WETZEL THOMAS/GRIMM MICHAEL/MOSIMANN PETER, Die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf AGB in Mietverträgen, MRA 2013, S. 3-13.
- WIEGAND WOLFGANG, Die Rechtsbeziehung Bank – Kunde in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP 1993), Bern 1994, S. 129-158.
- WILDHABER ISABELLE, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 2011, S. 537-545.

Materialien

Amtliches Bulletin des Nationalrats, Sommersession 2011, Geschäft 09.069: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Änderung. 31. Mai und 17. Juni 2011, 799-801; 1286 (zit. AB 2011 N).

Amtliches Bulletin des Ständerats, Frühjahrssession und Sommersession 2011, Geschäft 09.069: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Änderung. 17. März und 17. Juni 2011, 304-305; 705 (zit. AB 2011 S).

Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983, S. 1009-1101 (zit. BOTSCHAFT-UWG [1983]).

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6151-6192 (zit. BOTSCHAFT-UWG [2009]).

Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Bericht.pdf> (zit. ERLÄUTERNDER BERICHT).

I. Einleitung

Der Prospekt der Schweizerischen Bankrechtstagung 2013 und die Referate von *David Hartnett* und *Michael Ambühl* legen den Fokus auf das Bankkonto des *Private Banking*. Auch der diesem Beitrag zugrunde liegende Vortrag konzentriert sich auf das Anlagegeschäft, wenn beispielhafte Ausführungen gemacht werden. Abgesehen davon, dass die Verfasser dieses Gebiet besonders interessant finden, lässt sich dieser Fokus mit der überragenden Bedeutung des *Wealth Management* für den Bankenplatz Schweiz gut rechtfertigen. Aus rechtstatsächlicher Sicht kann zur Bedeutung von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im Bankgeschäft Folgendes festgehalten werden:

Ein Grossteil, aber lange nicht alle Vereinbarungen über Finanzdienstleistungen, sind durch AGB im Rechtssinne geregelt. Im *Private Banking* mit sehr vermögenden Kunden und selbstverständlich im *Asset Management* und im *Investment Banking* sowie im *Kommerzgeschäft* werden Verträge in der Regel individuell ausgehandelt. Aber ebenfalls im übrigen *Privatkundengeschäft* sowie beispielsweise im *Hypothekarkreditgeschäft* ist es mittlerweile nicht selten, dass Kunden die Vertragsdokumentation ihrer Bank nicht diskussionslos akzeptieren. Im *Retail Banking* sowie im Bereich des *Zahlungsverkehrs* ist hingegen die nicht ausgehandelte Vereinbarung an der Tagesordnung; dies namentlich deshalb, weil hier die Kosten der Vertragsverhandlung vergli-

chen mit dem «Transaktionswert» unverhältnismässig hoch wären.¹ Wichtig scheint sodann bereits einleitend der Hinweis, dass die Bedingungen von durch ihre Fungibilität definierten Anlageprodukten wie etwa von kollektiven Kapitalanlagen, strukturierten Produkten sowie Aktien- und Obligationenanleihen nicht als AGB zu qualifizieren sind.²

Der Referierende befasste sich bereits im Jahr 1993 mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, anlässlich einer von Professor *Wolfgang Wiegand* organisierten Veranstaltung im Rahmen der Berner Tage für die juristische Praxis, aus welcher Tagung, nebenbei bemerkt, der Vorgänger dieser Tagung, nämlich der Berner Bankrechtstag, erwuchs.³ Das damalige schweizerische *Private Banking* war verglichen mit den heutigen Herausforderungen⁴ eine geradezu *heile Welt*, derweil die AGB der Banken teilweise Anlass zum *Stirnrunzeln* gaben.⁵ Der Umstand, dass heute zweifellos nicht die AGB oder Art. 8 UWG zu den grössten oder grossen Sorgen der Schweizer Banken zählen, sondern Themen wie die enorme Geschwindigkeit und Intensität der Regulierung, *Cross-border*-Risiken, Weissgeldstrategie etc., ist auch der Rechtsprechung und der Aufarbeitung von AGB durch die Lehre zu verdanken. Auch dank deren Anregungen und Kritik befinden sich die heutigen AGB vieler Banken auf einem qualitativ hohen bis sehr hohen Niveau. Dies alles soll aber nicht heissen, dass man den AGB der Banken und ihrer rechtlichen Behandlung fortan keine Aufmerksamkeit mehr schenken sollte, was indessen angesichts des neuen Art. 8 UWG auch nicht zu befürchten ist. So widmen sich bereits mehrere Publikationen den Auswirkungen des neuen Art. 8 UWG auf Banken-AGB.⁶

Die Qualität der heutigen AGB beruht jedoch sicher auch darauf, dass jede seriöse Bank grossen Wert auf die Verwendung rechtlich einwandfreier AGB und anderer, will heissen *aller* Vertragsdokumente legt, da sich nur so die für das Bankgeschäft zentrale *Rechts- und Vertragssicherheit* (bestmöglich) erreichen und Risiken minimieren lassen. Darin liegt im Übrigen auch ein Grund, warum einige zu Art. 8 UWG geführte Diskussionen, wie etwa die

¹ Zur ökonomischen Analyse von AGB unlängst BÜYÜKSAGIS, AJP 2012, S. 1395 f., mit Nachweisen.

² SCHOTT, ST 2012, S. 79, sowie näher unten in Ziff. II.1.a.

³ Siehe WIEGAND, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde.

⁴ Siehe dazu nur HARTNETT, Swiss Bank Accounts; AMBÜHL, Schweizer Bankkonten.

⁵ Dazu WIEGAND, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde, S. 147 ff.

⁶ SCHMID, Grundpfandrechte, S. 105 ff.; RUSCH, recht 2011; DERS., SZW 2012; SCHOTT, ST 2012; TH. KOLLER, Art. 8 UWG.

Frage, was ein Konsument sei, von beschränkter praktischer Relevanz sein dürften.

Der nachfolgend näher zu betrachtende, revidierte Art. 8 UWG, welcher am 1. Juli 2012 in Kraft getreten ist, steht unter der Marginalie «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» und lautet wie folgt:

«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.»

Bereits die unbestimmten Rechtsbegriffe im *Wortlaut* des Art. 8 UWG zeigen, dass diese Bestimmung in Sachen Auslegungsschwierigkeiten der Vorgängernorm in nichts nachsteht. Nachdem das Merkmal der «Irreführung» im neuen Tatbestand nicht mehr vorausgesetzt ist, darf man zudem nicht mehr (a priori) davon ausgehen, dass dieser wie sein Vorgänger «*toter Buchstabe*» bleiben wird.⁷ Entsprechend will der vorliegende Beitrag versuchen, auf einige auch für die Bankpraxis wichtige Fragen der AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG eine Antwort zu geben. Vorab folgt jedoch ein kurzer «*Refresher*» zur *AGB-Dogmatik*, in der einzelne Aspekte der UWG-Revision bereits mitberücksichtigt sind.

II. «*Refresher*» zur *AGB-Dogmatik*

Die Revision des Art. 8 UWG lässt einen grossen Teil der Lehre und Rechtsprechung zu den AGB unberührt: *Unverändert* bleiben namentlich die von Art. 8 UWG erwähnten Begriffe der «*AGB*» und deren «*Verwendung*» sowie die schuldrechtlichen *Prüfschritte der AGB-Kontrolle*. Diese drei Elemente (AGB-Begriff, Verwendung, Prüfschritte) werden nachfolgend – angereichert mit einigen bankspezifischen Hinweisen – kurz rekapituliert (nachfolgend Ziff. 1-3). Die AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG ist systematisch beim letzten Prüfschritt, der sogenannten Inhaltskontrolle, angesiedelt; diese Darstellung der Prüfschritte schlägt deshalb die Brücke zur anschliessenden Auseinandersetzung mit Art. 8 UWG (nachfolgend Ziff. III).

⁷ Zur praktischen Wirkungslosigkeit des alten Art. 8 UWG siehe nur BAUDENBACHER, Kommentar UWG, N. 32 zu Art. 8 UWG; PROBST, Stämpflis Handkommentar, N. 71 zu Art. 8 UWG, mit weiteren Nachweisen.

1. Der Begriff der AGB

In der Rechtsprechung und Lehre versteht man unter AGB (1) *Vertragsbestimmungen*, die (2) im Hinblick auf eine *Vielzahl von Vertragsabschlüssen* (3) *vorformuliert* und (4) *nicht ausgehandelt* sind.⁸ Der Gesetzgeber hat auch unter dem neuen Recht den AGB-Begriff nicht gesetzlich definiert. Namentlich aufgrund von entsprechenden Hinweisen in der Botschaft und mangels anderer Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass auch beim *revidierten Art. 8 UWG* auf die soeben aufgeführte *Definition* abzustellen ist.⁹

a) Vertragsbestimmungen

Banken verfügen üblicherweise über ein standardisiertes Dokument, das sie ausdrücklich als ihre «*Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB*» oder, seltener, «*Allgemeine Vertragsbedingungen – AVB*» bezeichnen.¹⁰ Entsprechend der vorstehenden Definition fallen als AGB aber selbstverständlich noch *zahlreiche andere Vertragsdokumente* wie beispielsweise Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsverträge oder Kredit- und Sicherheitenverträge unter den AGB-Begriff.¹¹ *Keine AGB* sind dagegen Broschüren, Prospekte und Unterlagen für Kundengespräche, soweit sie blossen Informationszwecken dienen; sie regeln keine vertraglichen Rechte und Pflichten, sind mithin keine Vertragsbestimmungen. Wie bereits erwähnt, stellen schliesslich auch die Bedingungen von durch ihre *Fungibilität definierten Anlageprodukten* wie etwa von kollektiven Kapitalanlagen, strukturierten Produkten sowie Aktien- und Obligationenanleihen keine AGB dar. Deren Inhalt ergibt sich aus dem Gesetz,¹² womit das Mass des Anlegerschutzes bereits spezifisch vorgegeben

⁸ Vgl. nur PROBST, Stämpflis Handkommentar, N. 33 zu Art. 8 UWG; A. KOLLER, OR AT, § 23 N. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, § 9 N. 1118; EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, S. 263 f.; siehe auch BGer Urteil 4P.135/2002, E. 3.1 sowie BGer Urteil 4C.282/2003, E. 3.1.

⁹ BOTSCHAFT-UWG (2009), S. 6177.

¹⁰ Die bisherige Lehre befasste sich bei den Untersuchungen von Banken-AGB vor allem mit diesen «Allgemeinen Geschäftsbedingungen». Siehe beispielsweise BUCHER, recht 1984; DERS., recht 1997; WIEGAND, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde, S. 147 ff.; GAUCH, recht 2006, der von «Allgemeinen Vertragsbedingungen» spricht.

¹¹ Für eine ebenfalls weite Auslegung dieses Begriffs implizit BUCHER, Basler Kommentar, N. 48 zu Art. 1 OR sowie explizit für den versicherungsrechtlichen Bereich FUHRER, Kommentar VVG, N. 28 f. zu Art. 33 VVG.

¹² Zum Inhalt des Kollektivanlagevertrages siehe Art. 26 KAG und Art. 35a KKV; für strukturierte Produkte Art. 5 KAG; für Aktienanleihen Art. 652a OR; für Obligationen-

ist; Art. 8 UWG bietet keine gesetzliche Grundlage, diese spezialgesetzlichen Anlegerschutzbestimmungen abzuändern.¹³

b) Vielzahl von Vertragsabschlüssen

In der Lehre wird dargelegt, dass zur Qualifikation eines Vertragsdokuments als AGB dessen erstmalige oder einmalige Verwendung hinreichend ist, soweit die *mehrfache* Benutzung (zumindest) *beabsichtigt* war und das Vertragsdokument damit – entsprechend der oben erwähnten Definition – im Hinblick darauf verfasst wurde, einer Vielzahl von Vertragsabschlüssen zu dienen.¹⁴

Teilweise wird in der Lehre argumentiert, dass eine AGB-Kontrolle auch dann greifen solle, wenn es um *nur für einen Einzelfall* vorformulierte Vertragsformulare geht.¹⁵ Übertrüge man diese Ansicht auf Art. 8 UWG, würde dessen Anwendungsbereich bedeutsam ausgeweitet. Konsequenz wäre diese Ausweitung, sofern man die Kontrolle vorformulierter Vertragsbestimmungen damit begründete, dass diese nicht ausgehandelt, sondern einseitig gestellt sind.¹⁶ Indessen stünde eine solche Ausweitung in einem Spannungsverhältnis zum Umstand, dass das UWG auch eine abstrakte AGB-Kontrolle ermöglicht: So erscheint doch eine abstrakte AGB-Kontrolle nur sinnvoll, wenn potentiell eine Vielzahl von Verträgen und nicht bloss ein Vertrag betroffen sind. Möglich wäre zwar, nicht bei der abstrakten, sondern nur bei einer konkreten AGB-Kontrolle auf das Merkmal der «Vielzahl» zu verzichten. Dafür findet sich im Gesetz aber keine Grundlage. Es ist deshalb überzeugender, das Merkmal der «Vielzahl» im oben erwähnten Sinne beizubehalten.

anleihen Art. 1156 OR. Neben diesen gesetzlichen Vorschriften sind bei einer Kotierung zudem zahlreiche Bestimmungen der börsenrechtlichen Selbstregulierung zu beachten (siehe dazu WEBER/KRONAUER/HUBER, Börsenzulassung in der Schweiz).

¹³ Ebenso SCHOTT, ST 2012, S. 79.

¹⁴ So PROBST, Stämpflis Handkommentar, Fn. 99 zu Art. 8 UWG; siehe auch PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, S. 13 f.; ferner BAUDENBACHER, Kommentar UWG, N. 39 zu Art. 8 UWG.

¹⁵ So KRAMER, Berner Kommentar, N. 275 zu Art. 19-20 OR, der «AGB» entsprechend in Anführungszeichen setzt; BAUDENBACHER, Kommentar UWG, N. 40 zu Art. 8 UWG; dazu nur scheinbar im Widerspruch BUCHER, Basler Kommentar, N. 49 zu Art. 1 OR.

¹⁶ Siehe zum Aushandeln als Kontrollkriterium BRUNNER, AGB, S. 122; KRAMER, Berner Kommentar, N. 275 zu Art. 19-20 OR; SCHWENZER, OR AT, § 44 N. 1.

c) Vorformulierung

Das übliche Verständnis, dass AGB vorformuliert sein müssen, widerspiegelt sich neu dadurch im Gesetz, dass die Legislative bei der Revision des Art. 8 UWG den pleonastischen Begriff der «vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen» auf «allgemeine Geschäftsbedingungen» reduzierte.¹⁷ Dabei kommt es nicht darauf an, ob die AGB vom Verwender oder einem Dritten vorformuliert sind. Durch Branchenverbände entworfene Musterverträge und -bedingungen kommen dementsprechend als AGB ebenfalls in Frage.¹⁸

d) Fehlende Verhandlung

Im Merkmal, dass AGB einseitig gestellt und nicht verhandelt sind, liegt der eigentliche *normative Kern einer AGB-Inhaltskontrolle*: Die faktisch ungleich verteilte Möglichkeit, solche Vertragsbestimmungen inhaltlich zu beeinflussen, soll durch die richterliche Inhaltskontrolle ausgeglichen werden.¹⁹

Sofern und soweit (auch) über standardisierte Bankdokumente mit dem Kunden *verhandelt* wird, liegen keine AGB vor; vielmehr handelt es sich in diesem Fall um Individualabreden, womit die AGB-Kontrolle entfällt.²⁰ Bei vermögenden Privatkunden mag das etwa bei Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsverträgen ziemlich häufig vorkommen, zuweilen sogar für «Allgemeine Geschäfts- oder Depotbedingungen».

Durch das *blasse Erläutern* von AGB werden diese noch nicht zu Individualvereinbarungen.²¹ Umgekehrt bedeutet aber der Umstand, dass ein Kunde, der vor Abschluss der notwendigen Verträge mit der Bank umfassende Verhandlungen geführt hat und in deren Verlauf bei bestimmten Verträgen von Änderungen absah, grundsätzlich nicht, dass nun nicht verhandelte AGB vorliegen. Als ein in der Praxis immer häufiger anzutreffendes

¹⁷ Kritisch zum alten Recht bereits PROBST, Stämpflis Handkommentar, N. 84 und Fn. 100 zu Art. 8 UWG; PICHONNAZ, *Vers un contrôle amélioré?*, S. 382; A. KOLLER, OR AT, § 23 N. 3; PERRIG, *Die AGB-Zugänglichkeitsregel*, S. 12 f.

¹⁸ KRAMER, *Berner Kommentar*, N. 181 zu Art. 1 OR; SCHWENZER, OR AT, § 44 N. 1; PROBST, *Stämpflis Handkommentar*, Fn. 98 zu Art. 8 UWG.

¹⁹ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 16 sowie WIEGAND, *Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde*, S. 136 – dort mit weiteren Nachweisen in Fn. 25.

²⁰ Zum Vorrang der Individualabrede gegenüber AGB BGE 125 III 263 E. 4b.bb, S. 266 f.; BGE 123 III 35 E. 2c.bb, S. 44, je mit Hinweisen.

²¹ KRAMER, *Berner Kommentar*, N. 182 zu Art. 1 OR.

Beispiel sei der sehr vermögende, ausländische Privatkunde genannt, der sich beim Abschluss eines Depots- und Vermögensverwaltungsvertrages mit der Bank anwaltlich beraten lässt und dem es in den Verhandlungen gelingt, einzelne Bestimmungen des Vermögensverwaltungsvertrages zu ändern oder zu ergänzen, nicht aber der allgemeinen Konto- und Depotbedingungen.²²

2. Die Verwendung von AGB

Wie erwähnt, setzt Art. 8 UWG neben dem Begriff der AGB auch jenen der *Verwendung* im neuen Recht fort. Der Begriff der Verwendung verlangt einen *tatsächlichen* Einsatz der AGB bei Vertragsabschluss bzw. – zeitlich vorangestellt respektive umfassender – im Geschäftsverkehr. Im Bankgeschäft ist damit auch die Verwendung im Rahmen eines bloss informativen Kundengesprächs erfasst. Im Einzelfall kann insbesondere auch das Publizieren von AGB im Hinblick auf den Abschluss zukünftiger Verträge eine relevante Verwendung darstellen.²³ Im Übrigen knüpft die Verwendung weder daran an, wer die AGB verfasst hat, noch berücksichtigt sie, aus welchen Motiven oder in welcher Form AGB eingesetzt werden.²⁴

3. Prüfschritte der AGB-Kontrolle

Die Prüfschritte der AGB-Kontrolle bestehen aus einer Reihe von Grundsätzen, die Lehre und Rechtsprechung im Wesentlichen aus vertragsrechtlichen Prinzipien herausgearbeitet haben:²⁵ Demnach ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob AGB gültig in den Vertrag übernommen wurden (*Übernahmekontrolle*; dazu nachstehend lit. a). In einem zweiten Schritt sind unklare AGB-Bestimmungen auszulegen (*Auslegungskontrolle*; lit. b). Daran kann im Falle einer sogenannten Globalübernahme eine Prüfung anhand der Ungewöhnlichkeitsregel anschliessen (*Ungewöhnlichkeitskontrolle*; lit. c). Diese ersten drei Schritte bezeichnet man üblicherweise als Geltungs- oder Konsenskon-

²² Siehe auch WILDHABER, SJZ 2011, S. 543.

²³ Vgl. SCHMID, ZBJV 2012, S. 6; BÜHLER/STÄUBER, recht 2012, S. 88.

²⁴ Vgl. PROBST, Stämpflis Handkommentar, N. 35, 37 zu Art. 8 UWG.

²⁵ Das ergibt sich daraus, dass AGB bekanntlich vertragliche Abreden sind; dies war in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung nie wirklich bestritten, während in Deutschland zeitweise die sogenannte Normentheorie eine Rolle spielte (KRAMER, Berner Kommentar, N. 184 zu Art. 1 OR; MERZ, Massenvertrag, S. 321).

trolle. Die eigentliche Kontrolle des AGB-Inhalts findet dagegen erst in einem vierten Schritt statt (*Inhaltskontrolle*; lit. d).²⁶ Dieser vierte Prüfschritt der AGB-Kontrolle – und nur dieser – hat mit der Revision des Art. 8 UWG Änderungen erfahren (dazu unten Ziff. III).²⁷

a) **Übernahmekontrolle**

AGB gelten nur, wenn die Parteien sie gültig in den Vertrag übernommen haben. Dabei kann sich die Übernahme aus Sicht der übernehmenden Partei grundlegend auf zwei Arten abspielen: Entweder nimmt sie die AGB inhaltlich zur Kenntnis (*Vollübernahme*), oder sie stimmt ihnen bloss global zu, ohne sie im Einzelnen durchgesehen, verstanden oder bedacht zu haben (*Globalübernahme*).²⁸ Das Prinzip, dass AGB auch ungelesen gültig übernommen werden können, stützt sich auf das *Vertrauensprinzip* und damit auf das Argument, dass derjenige, der eine Erklärung abgibt, indem er ein nicht gelesenes Schriftstück unterzeichnet, diese gegen sich gelten lassen muss, sofern ihr Empfänger vernünftigerweise davon ausgehen durfte, dass der Erklärungsinhalt gewollt war.²⁹ Davon kann bezogen auf AGB natürlich nur ausgegangen werden, wenn die übernehmende Partei bei Vertragsschluss über die zumutbare Möglichkeit verfügte, die AGB zur Kenntnis zu nehmen. Daran fehlt es etwa, wenn die AGB unleserlich sind oder der Partei erst nach Vertragsschluss ausgehändigt werden.³⁰

b) **Auslegungskontrolle**

Sofern bezüglich des AGB-Inhaltes kein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien nachzuweisen ist, was im Falle einer Globalübernahme von AGB regelmässig der Fall ist, *ist der AGB-Inhalt aufgrund des Vertrauensprinzips zu bestimmen*. Dabei folgt die Auslegung der AGB *allgemeinen vertrags-*

²⁶ Die Zahl der Prüfschritte bzw. ihre Bezeichnung werden in der Lehre im Einzelnen nicht einheitlich gehandhabt (vgl. TH. KOLLER, Bemerkungen, S. 163 f.; BAUDENBACHER, Ansätze zur AGB-Kontrolle, S. 33 ff.; SCHWENZER, OR AT, § 44 N. 4).

²⁷ Die Besonderheiten der abstrakten AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG werden nachfolgend ausgeklammert.

²⁸ HUGUENIN, OR AT, § 6 N. 618, mit Nachweisen.

²⁹ Siehe zur Entwicklung dieser Rechtsprechung KLETT/HURNI, recht 2012, S. 81 f.

³⁰ SCHWENZER, OR AT, § 45 N. 2; zur Übernahmekontrolle im Einzelnen SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N. 440 ff. zu Art. 1 OR; KRAMER, Berner Kommentar, N. 187 ff. zu Art. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, § 9 N. 1128 ff.

rechtlichen Grundsätzen:³¹ AGB sind demnach individuell und unter Berücksichtigung des gesamten Formularvertrages (inklusive der individuell ausgehandelten Bestimmungen) sowie der weiteren Umstände des Einzelfalls auszulegen.³²

Wenn die Auslegung der AGB kein eindeutiges Resultat ergibt, sind mehrdeutige Bestimmungen nach der *Unklarheitenregel* gegen den Verfasser des Vertrages bzw. gegen den AGB-Verwender auszulegen,³³ da er es in der Hand gehabt hätte, durch eine klare Formulierung die Ungewissheit zu vermeiden.³⁴ – Ergibt die Auslegungskontrolle einen die (global) übernehmende Partei belastenden Sinn der AGB-Klausel, ist diese anschliessend anhand der sogenannten *Ungewöhnlichkeitsregel* zu überprüfen.

c) Ungewöhnlichkeitskontrolle

Aufgrund des Vertrauensprinzips darf ein AGB-Verwender grundsätzlich darauf vertrauen, dass sich die *global* zustimmende Partei dem Inhalt der AGB unterwirft. Schützenswert ist sein Vertrauen aber nur bezüglich AGB-Inhalten, bei denen er nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgehen durfte, dass ihnen die übernehmende Partei auch bei tatsächlicher Kenntnis ihres Inhaltes zugestimmt hätte. Davon kann nicht ausgegangen werden, wenn eine *schwächere oder unerfahrene Vertragspartei* einer AGB-Klausel zustimmt, die für einen Vertrag wie den abgeschlossenen zu ihrem Nachteil ungewöhnlich, das heisst *geschäftsfremd*, ist (*Ungewöhnlichkeitsregel*).³⁵ Da das Bundesgericht die Geschäftsfremdheit des AGB-Inhaltes auch nach Billigkeitsüberlegungen beurteilt,³⁶ sieht die Lehre in der Unge-

³¹ KRAMER, Berner Kommentar, N. 218 zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N. 489 f. zu Art. 1 OR; JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N. 466 f. zu Art. 18 OR.

³² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, § 9 N. 1158; A. KOLLER, OR AT, § 23 N. 68; mit Blick auf Art. 8 UWG siehe SCHMID, ZBJV 2012, S. 10, 14 f.

³³ BGE 112 III 118 E. 2d, S. 124; KLETT/HURNI, recht 2012, S. 83, mit Hinweisen.

³⁴ Vgl. SCHWENZER, OR AT, § 45 N. 10; HUGUENIN, OR AT, § 6 N. 629; SCHMID, ZBJV 2012, S. 2 f.

³⁵ Erforderlich ist eine subjektive und objektive Geschäftsfremdheit. Siehe grundlegend zu dieser Rechtsprechung BGE 109 II 452 und zuletzt BGE 138 III 411 E. 3.1, S. 412 f. Aus der Literatur: KRAMER, Berner Kommentar, N. 201 ff. zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N. 498 f. zu Art. 1 OR; BUCHER, Basler Kommentar, N. 60 zu Art. 1 OR; SCHWENZER, OR AT, § 45 N. 7.

³⁶ Schon im Leitentscheid zur Ungewöhnlichkeitsregel, BGE 109 II 452 E. 4, S. 457, stellte das Bundesgericht fest: «Inhaltliche Gesichtspunkte können dabei insofern eine Rolle

wöhnlichkeitsregel schon seit langem eine «verdeckte» Inhaltskontrolle von AGB.³⁷

d) Inhaltskontrolle

In die Inhaltskontrolle gelangen AGB-Klauseln somit *erst*, wenn die AGB Vertragsbestandteil wurden und die (gegebenenfalls zugunsten der übernehmenden Partei ausgelegten) Klauseln (im Falle der Globalübernahme) *keinen ungewöhnlichen, doch die übernehmende Partei belastenden Inhalt* aufweisen.

Die Inhaltskontrolle findet zunächst über die *allgemeinen Inhaltsschranken* von Art. 19-20 OR sowie Art. 27 Abs. 2 ZGB statt; denn was nach diesen Regeln in einem Individualvertrag nicht zulässig ist, ist selbstverständlich auch in AGB nicht gültig zu vereinbaren.³⁸

Ein Teil der Lehre postuliert sodann eine *AGB-spezifische Inhaltskontrolle* über Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2 OR: So sollen AGB nicht gelten, die «krass unbillig» sind und deshalb einen «unredlichen Rechtserwerb» nach dem Rechtsmissbrauchsverbot darstellen³⁹ bzw. die massenhaft verwendet werden und einseitig vom dispositiven Recht abweichen und deshalb gegen die in Art. 19 Abs. 2 OR genannte öffentliche Ordnung verstossen.⁴⁰ Die Tragfähigkeit dieser Ansätze wird jedoch *zu Recht bezweifelt*.⁴¹ Folgt man dieser zurückhaltenden Ansicht, bleibt für die allgemeine Inhalts-

spielen, als eine Anwendung dieser Regel um so eher berechtigt ist, je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt.»

³⁷ Eingehend dazu TH. KOLLER, AJP 2008, S. 950 ff. Die Lehre kritisiert zum einen diese Rechtsprechung, da sie Konsens- und Inhaltskontrolle nicht klar auseinanderhält (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, § 9 N. 1142), und weist zum anderen auf den begrenzten Schutz der Ungewöhnlichkeitsregel hin, da diese bei spezifischen Hinweisen auf problematische AGB-Klauseln versagt (SCHWENZER, OR AT, § 45 N. 12; KRAMER, Berner Kommentar, N. 208 zu Art. 1 OR).

³⁸ Zu diesen Inhaltsschranken KRAMER, Berner Kommentar, N. 123 ff. zu Art. 19-20 OR; BUCHER, Berner Kommentar, N. 90 ff. zu Art. 27 ZGB.

³⁹ Für diesen Ansatz vor allem GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 102 ff.

⁴⁰ Der Verstoss gegen die öffentliche Ordnung wird in einem Institutsmisbrauch der Vertragsfreiheit gesehen; dazu KRAMER, Berner Kommentar, N. 158, 232 zu Art. 19-20 OR; HUGUENIN, Basler Kommentar, N. 28 zu Art. 19/20 OR; BUCHER, OR AT, S. 158.

⁴¹ MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, § 2 N. 96.

kontrolle von AGB⁴² somit nur noch Art. 8 UWG übrig, auf den nun näher eingegangen wird.

III. Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG

Ausgehend von der Entstehungsgeschichte des Art. 8 UWG (dazu nachstehend Ziff. 1) soll nachfolgend die Inhaltskontrolle nach dem neuen Recht skizziert werden. Dazu werden zunächst einige Aspekte des neuen Tatbestandes diskutiert (Ziff. 2): Angesprochen werden zum einen die Beschränkung des *persönlichen Schutzbereichs* auf Konsumenten (lit. a), zum anderen das *«treuwidrige Missverhältnis»* zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten (lit. b).⁴³ Danach wird kurz auf die *Rechtsfolgen* des Art. 8 UWG eingegangen (Ziff. 3). Abschliessend erfolgen einige Hinweise zum *Übergangsrecht* (Ziff. 4).

1. Entstehungsgeschichte des Art. 8 UWG

Nach dem *alten* Art. 8 UWG handelte unlauter, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendete, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei a) von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abwichen oder b) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsahen. In der Praxis verhinderte bekanntlich das einschränkende Tatbestandselement der Irreführung,⁴⁴ dass diese Bestimmung die Funktion, eine (zumindest «offenere») Inhaltskontrolle von AGB zu ermöglichen, wahrnehmen konnte.⁴⁵

Vor diesem Hintergrund und aufgrund von Bestrebungen auf politischer Ebene beauftragte der Bundesrat am 2. Juni 2008 das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement, ein Vernehmlassungsverfahren zur Revision des

⁴² Spezifische Normen der AGB-Inhaltskontrolle sind dagegen etwa Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR (siehe TH. KOLLER, Bemerkungen, S. 163).

⁴³ Zu den Tatbestandsmerkmalen des AGB-Begriffs und ihrer Verwendung bereits vorne Ziff. II.1. und II.2.

⁴⁴ Dieses Tatbestandselement war erst im Verlaufe der parlamentarischen Debatte in den Gesetzestext aufgenommen worden, um den Bezug zur Generalklausel von Art. 2 UWG zu verdeutlichen (PROBST, Stämpflis Handkommentar, N. 30 zu Art. 8 UWG, mit Hinweisen).

⁴⁵ PROBST, Stämpflis Handkommentar, N. 29 f. zu Art. 8 UWG, mit Hinweisen.

UWG und insbesondere zu dessen Art. 8 durchzuführen. Der entsprechende *Vernehmlassungsentwurf* sah vor, dass unlauter insbesondere handelt, «wer vorformulierte Geschäftsbedingungen verwendet, die: a) in gegen Treu und Glauben verstossender Weise von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen, oder b) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen».⁴⁶ Die mit dieser Bestimmung entworfene Inhaltskontrolle wurde jedoch im Vernehmlassungsverfahren als Verletzung der Vertragsfreiheit kritisiert.⁴⁷

In der Absicht, die in der Vernehmlassung geäusserten Bedenken zu berücksichtigen und den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG präziser zu begrenzen, wurde deshalb im Entwurf des Bundesrates die *Verletzung von Treu und Glauben* in den Einleitungssatz gestellt; überdies wurde die Tatbestandsvariante von lit. b dem Wortlaut der Richtlinie 93/13/EWG weitgehend angeglichen.⁴⁸ Gemäss dem Entwurf des Bundesrates handelte damit unlauter «insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise: a) von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen; oder b) ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen».⁴⁹

Diese *Neufassung* des Art. 8 UWG wurde vom *Nationalrat* jedoch *verworfen*. Daraufhin entschied sich die Kommission des *Ständerates*, einen *Kompromissvorschlag* einzubringen: Nach diesem Vorschlag wurde darauf verzichtet, die erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung als Indiz für die Missbräuchlichkeit einer Klausel aufzuführen;⁵⁰ zudem wurde der persönliche Anwendungsbereich des Art. 8 UWG auf Verträge mit Konsumenten beschränkt. Der Kompromissvorschlag des *Ständerates* wurde schliesslich in der Schlussabstimmung vom 17. Juni 2011 von beiden Räten angenommen.⁵¹ Unlauter im Sinne des revidierten Art. 8 UWG ist damit die

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen BOTSCHAFT-UWG (2009), S. 6159, 6167. Siehe den Vernehmlassungsentwurf unter <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Vorlage.pdf>.

⁴⁷ Vgl. BOTSCHAFT-UWG (2009), S. 6169, 6178.

⁴⁸ Vgl. BOTSCHAFT-UWG (2009), S. 6178 f.

⁴⁹ Siehe für den bundesrätlichen Entwurf: BBl 2009, S. 6193 f.

⁵⁰ Es sollte vermieden werden, «dass bei einer erheblichen Abweichung vom dispositiven Recht automatisch der Verdacht auf eine missbräuchliche Klausel entstehen könne», vgl. Votum Schneider-Amman, AB 2011 S 305.

⁵¹ Vgl. AB 2011 S 705; AB 2011 N 1286.

Verwendung von AGB (lediglich) dann, wenn diese in *Treu und Glauben verletzender Weise* zum Nachteil der *Konsumenten* ein *erhebliches* und gleichzeitig *ungerechtfertigtes Missverhältnis* zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen.

Da Art. 8 UWG unter grossem Zeitdruck und erst aufgrund des Kompromissvorschlages des Ständerates zustande gekommen war, erweisen sich die Materialien insgesamt als mässig ergiebig. Der parlamentarischen Beratung ist aber immerhin zu entnehmen, dass der Anwendungsbereich dieser Norm – im Einklang mit der Marginalie («Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen») – auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt sein und keine umfassende Inhaltskontrolle ermöglichen soll.⁵²

2. Aspekte des neuen Tatbestandes von Art. 8 UWG

a) Art. 8 UWG als Bestimmung zum Konsumentenschutz

Gemäss dem Vernehmlassungsentwurf sollte Art. 8 UWG für das Verhältnis zwischen Anbietern und Abnehmern aller Stufen Anwendung finden; dies im Einklang mit dem alten Art. 8 UWG und entgegen der Richtlinie 93/13/EWG, die den persönlichen Anwendungsbereich auf Konsumenten beschränkt.⁵³ Begründet wurde der weite Schutzbereich damit, dass gerade KMU im Zusammenhang mit AGB oftmals die schwächere Vertragspartei seien, die sich dann in einer vergleichbaren Situation wie Konsumenten befänden.⁵⁴ Obwohl sich in der Vernehmlassung bereits Widerstand gegen diese Definition des persönlichen Schutzbereichs ankündigte, blieb dieser auch im der Botschaft zugrunde liegenden Gesetzesentwurf des Bundesrates erhalten.⁵⁵ Wie oben aufgezeigt, erfolgte die Einschränkung auf Verträge mit Konsumenten – im Einklang mit der Richtlinie 93/13/EWG – erst aufgrund des ständerätlichen Kompromissvorschlages.

Die Beschränkung des persönlichen Schutzbereichs von Art. 8 UWG auf Konsumenten stellt im Vergleich zum alten Art. 8 UWG eine elementare

⁵² Vgl. insbesondere Votum Jositsch, AB 2011 N 800; Votum Leutenegger Oberholzer, AB 2011 N 799.

⁵³ Wobei es jedoch den Mitgliedstaaten offen steht, weitergehende Regelungen vorzusehen (siehe dazu WILDHABER, SJZ 2011, S. 540; WETZEL/GRIMM/MOSIMANN, MRA 2013, S. 6; ferner STÖCKLI, BR 2011, S. 186).

⁵⁴ ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 15.

⁵⁵ Vgl. BOTSCHAFT-UWG (2009), S. 6180.

Einschränkung des Anwendungsbereichs dar, die in der Lehre mehrheitlich bedauert wird.⁵⁶ Zudem erweist sich Art. 8 UWG im Rahmen des UWG aufgrund seiner einseitigen Ausrichtung auf Konsumenten als Fremdkörper: So bezweckt doch das UWG gemäss dessen Art. 1, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Die genuine Funktion des UWG ist mithin nicht die Gewährung eines subjektiven Rechts, sondern der Schutz des Wettbewerbs als *Institution*.⁵⁷ Dieser Schutz ist gemäss der Zweckbestimmung «im Interesse *aller Beteiligten*» zu gewährleisten. Diese umfassende Definition des Schutzsubjektes verdeutlicht – wie auch die Botschaft zum UWG ausdrücklich festhält – die Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts, das heisst die Gleichwertigkeit der Interessen von Wirtschaft, Verbrauchern und Allgemeinheit.⁵⁸ Mit der Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf Konsumenten entfernt sich der Gesetzgeber somit vom Zweck des UWG, den Wettbewerb als *Institution* im Interesse *aller Beteiligten* zu gewährleisten. Er rückt ab von der Gleichwertigkeit der Interessen aller Beteiligten und stellt *einseitig* die subjektiven Interessen der Konsumenten in den Vordergrund. Schliesslich entfernt sich der Gesetzgeber damit auch vom Konsumentenleitbild des UWG, das sich am eigenverantwortlich handelnden, verständigen Bürger orientiert, und stellt stattdessen auf einen «schwächeren» und unkritischen Konsumenten ab.⁵⁹ Im Ergebnis erweist sich damit die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf Konsumenten aus gesetzessys-

⁵⁶ GAUCH, NZZ 30. August 2011, S. 21; WILDHABER, SJZ 2011, S. 541; ebenso wohl STÖCKLI, BR 2011, S. 185; SCHMID, ZBJV 2012, S. 8; anderer Ansicht jedoch MARCHAND, HAVE 2011, S. 330, der diese Beschränkung als erheblichen Vorteil erachtet.

⁵⁷ Siehe JUNG, Stämpflis Handkommentar, N. 2 zu Art. 1 UWG, mit Hinweisen; WEBER, sic! 2012, S. 232.

⁵⁸ Siehe BOTSCHAFT-UWG (1983), S. 1058; weiter BOTSCHAFT-UWG (2009), S. 6180, wonach die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf Konsumenten eine Durchbrechung des grundsätzlichen Anwendungsbereichs des UWG auf alle Abnehmerstufen wäre. Siehe ferner auch TAUFER, Einbezug von Dritten im UWG, S. 61 f. Für eine historische Einordnung des anlässlich der UWG-Totalrevision von 1986 erweiterten Schutzbereichs des UWG siehe DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N. 5 und N. 1 ff.

⁵⁹ WEBER, sic! 2012, S. 233; zum Konsumentenleitbild im UWG siehe BAUDENBACHER, Kommentar UWG, N. 61 ff. zu Art. 1 UWG.

tematischer Sicht als ein Fehlentscheid, der indessen aufgrund des insoweit klaren Willens des Gesetzgebers *de lege lata* hinzunehmen ist.⁶⁰

In der Lehre ist *umstritten, wie der Begriff des Konsumenten* gemäss Art. 8 UWG *auszulegen* ist. Teilweise wird argumentiert, dass – um einen Gleichlauf der verfahrens- und materiellrechtlichen Vorschriften zu schaffen – für den Konsumentenbegriff in Art. 8 UWG auf die Definition von Art. 32 Abs. 2 ZPO abzustellen sei; entsprechend werden Konsumentenverträge definiert als Verträge über Leistungen des *üblichen Verbrauchs*, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden.⁶¹ Gegen diese Argumentation spricht, dass der Begriff des Konsumenten im schweizerischen Recht vielseitig und nicht einheitlich verwendet wird;⁶² zudem wird geltend gemacht, dass diese Auslegung dem Schutzzweck von Art. 8 UWG widerspreche, da das Missbrauchspotential von AGB, welches diese Norm verhindern soll, auch bei Verträgen des nicht üblichen Verbrauchs bestehe.⁶³

Ein weiterer Teil der Lehre argumentiert, dass – aufgrund der engen und bewussten Anlehnung des Gesetzgebers an die Richtlinie 93/13/EWG – als Konsument entsprechend dem Art. 2 lit. b der Richtlinie 93/13/EWG eine

⁶⁰ Kritisch zur Entwicklung des UWG als Konsumentenschutzgesetz insbesondere JUNG, Stämpflis Handkommentar, N. 95 der Einleitung; WEBER, sic! 2012, S. 233, 236; BUCHER, Basler Kommentar, N. 55 zu Art. 1 OR. Nach HOLLIGER-HAGMANN, Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 25, sind gemäss dem Wortlaut von Art. 8 UWG auch Sachverhalte aus dem Nicht-Konsumenten Bereich denkbar, auf die Art. 8 UWG anwendbar sei. Das aber erscheint aufgrund der Position des Wortes «insbesondere», das sich auf Art. 2 UWG bezieht, und der Entstehungsgeschichte des Art. 8 UWG als nicht tragbar. Zu weitgehend wohl auch MAISSEN, Die automatische Vertragsverlängerung, N. 309 f.

⁶¹ Siehe FURRER, HAVE 2011, S. 326; SCHWENZER, OR AT, § 46 N. 4; wohl auch MARCHAND, HAVE 2011, S. 330; KUT/STAUBER, Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 115; HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1194 ff.; SCHOTT, ST 2012, S. 79.

⁶² Siehe etwa Art. 3 KKG, wonach als Konsument jede natürliche Person gilt, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann; Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Pauschalreisen (PRG), wonach als Konsument insbesondere jede Person gilt, welche eine Pauschalreise bucht oder zu buchen sich verpflichtet. Und in Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 des Bundesgesetzes über die Produktesicherheit (PrSG) wird der Begriff des Konsumenten schliesslich verwendet, aber nicht definiert.

⁶³ THOUVENIN, Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 19. Dieses Argument trifft jedoch – weitergehend – auch zu für die grundsätzliche Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs auf Verträge mit Konsumenten.

natürliche Person gilt, die einen Vertrag zu einem Zweck eingeht, welcher nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.⁶⁴ Im Ergebnis verdient unseres Erachtens diese zweite Ansicht den Vorzug. Allerdings erachten wir es als fraglich, ob durch Art. 8 UWG auch Verträge im Luxusbereich erfasst sein sollen, wie beispielsweise der Kauf einer teuren Yacht durch eine natürliche Person zu privaten Zwecken, oder ob hier der Konsumentenbegriff im Sinne einer teleologischen Auslegung, wonach Art. 8 UWG den Schutz des «normalen» Konsumenten mit entsprechenden «normalen» (wenn auch nicht zwingend «üblichen») Bedürfnissen bezweckt, einzuschränken wäre.⁶⁵ Letztlich wird es an der Rechtsprechung sein, diesbezüglich Klärung zu schaffen.

b) Das «treuwidrige Missverhältnis» in Art. 8 UWG

Die Verwendung von AGB ist nach Art. 8 UWG nur unlauter, wenn diese in *Treu und Glauben verletzender Weise ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis* zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen.

Zwar hat der Gesetzgeber wie erwähnt darauf verzichtet, die erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung als Indiz für die Missbräuchlichkeit einer Klausel ausdrücklich im Gesetz aufzuführen. Bereits begrifflich muss jedoch für die Prüfung des Missverhältnisses in quantitativer Hinsicht («erhebliches Missverhältnis») auf einen Referenzmassstab zurückgegriffen werden. Da es sich beim dispositiven Recht um eine normative Ordnung handelt, die möglichst ausgeglichen und «fair» ausgestaltet wurde, da als Alternative ein Abgleiten in blosse Billigkeitsüberlegungen droht, und da schliesslich (auch) der revidierte Wortlaut des Art. 8 UWG einem entsprechenden Vorgehen nicht entgegen steht, sollte man sich unseres Erachtens für die Prüfung der Erheblichkeit des Missverhältnisses am dispositiven Recht orientieren.⁶⁶

⁶⁴ STÖCKLI, BR 2011, S. 186; DERS., HAVE 2012, S. 202; SCHMID, ZBJV 2012, S. 9; wohl auch PICHONNAZ, BR 2012, S. 141; THOUVENIN, Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 15 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu auch MARCHAND, HAVE 2011, S. 330; siehe ferner die Präambel der Richtlinie 93/13/EWG, wonach die Verbraucher im Allgemeinen die Rechtsvorschriften in anderen Mitgliedstaaten nicht kennen, und diese Unkenntnis sie davon abhalten kann, entsprechende Waren und Dienstleistungen zu ordern. Dies dürfte für den erwähnten Luxusbereich (unter anderem aufgrund des Einbezugs von Beratern) regelmässig gerade nicht der Fall sein.

⁶⁶ Siehe SCHMID, ZBJV 2012, S. 10 ff.; FURRER, HAVE 2011, S. 326 f., der festhält, dass im Ergebnis die Streichung der gesetzlichen Ordnung als Referenzmassstab wenig Sinn

Dabei bringen sowohl die Entstehungsgeschichte als auch der Wortlaut des Art. 8 UWG zum Ausdruck, dass das Missverhältnis in quantitativer Hinsicht bedeutsam bzw. folgenswer sein muss. So verdeutlicht auch die im Anhang zur Richtlinie 93/13/EWG enthaltene Liste von Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können und die im Rahmen von Art. 8 UWG als Auslegungshilfe beigezogen werden kann,⁶⁷ die hohe Eingriffsschwelle. Gemäss dieser Liste können beispielsweise Klauseln für missbräuchlich erklärt werden, welche darauf abzielen oder zur Folge haben: dass dem Konsumenten, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ein unverhältnismässig hoher Entschädigungsbetrag auferlegt wird (lit. e); dass dem Gewerbetreibenden das Recht eingeräumt ist, zu bestimmen, ob die gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung den Vertragsbestimmungen entspricht, oder ihm das ausschliessliche Recht zugestanden wird, die Auslegung einer Vertragsklausel vorzunehmen (lit. m); dass der Konsument allen seinen Verpflichtungen nachkommen muss, obwohl der Gewerbetreibende seine Verpflichtungen nicht erfüllt (lit. n).⁶⁸ Jedenfalls nicht ausreichend ist demnach eine bloss fühlbare Abweichung vom dispositiven Recht.⁶⁹

Sofern ein erhebliches Missverhältnis vorliegt, ist nach der hier vertretenen Auffassung in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob dieses Missverhältnis zugleich eine Verletzung von Treu und Glauben darstellt oder ob es gerecht-

make; ferner RUSCH/MAISSEN, Jusletter 12. Dezember 2011, Rz. 21. A.A. insbesondere: SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012, S. 100; EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, S. 268. HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1201, führen aus, dass durch die Streichung dieses Referenzmassstabs im Gesetzgebungsprozess die Feststellung des erheblichen Missverhältnisses stark erschwert werde. Siehe ferner SCHOTT, ST 2012, S. 79 f., der die Regeln von Art. 21 OR zur Übervorteilung heranziehen will.

⁶⁷ So auch PICHONNAZ, BR 2012, S. 141; SCHMID, ZBJV 2012, S. 15 f.; THOUVENIN, Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 2; SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012, S. 101. Zurückhaltend dagegen KUT/STAUBER, Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 127. Siehe zum alten Recht SCHMID, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht.

⁶⁸ Vgl. ferner zur Einschränkung der Tragweite bestimmter «Listentatbestände» für den Bereich der Finanzdienstleistungen Anhang zur Richtlinie 93/13/EWG, Ziff. 2.

⁶⁹ So aber SCHMID, ZBJV 2012, S. 11. Dass bei Art. 8 UWG eine erhöhte Eingriffsschwelle gilt, zeigt auch das Tatbestandselement der Treuwidrigkeit. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang eine Äusserung zum deutschen Recht: Denn obwohl das deutsche Recht eine – entgegen der vom schweizerischen Gesetzgeber angestrebten Missbrauchskontrolle – weitergehende Inhaltskontrolle zulässt, liest man zu dieser, dass eine Treuwidrigkeit erst gegeben sei, wenn «der [AGB-]Verwender die Gelegenheit der Regelaufstellung zur *einseitigen, rücksichtslosen Interessenverfolgung* nutzt» (COESTER, Staudingers Kommentar zum BGB, N. 97 zu § 307 BGB).

fertigt ist.⁷⁰ Hierbei sind grundsätzlich auch andere AGB-Klauseln und die nicht in die AGB eingebundenen Vertragsbestimmungen zu berücksichtigen; eine ungünstige AGB-Klausel kann sich demnach auch aufgrund einer sehr vorteilhaften Klausel in einem anderen Bereich, beispielsweise durch einen günstigen Preis, als gerechtfertigt erweisen.⁷¹

Insbesondere ist damit im Rahmen dieses zweiten Prüfschritts zu untersuchen, ob eine bestimmte Klausel – unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der geschäftstypischen Interessenlage – im Vergleich zu der sich aus dem dispositiven Recht ergebenden Rechtsposition erhebliche Nachteile auferlegt, ohne dass diese Nachteile für die Erreichung eines – berechtigten – Klauselzwecks (i) geeignet, (ii) erforderlich und (iii) zumutbar wären.⁷² Eine knappe Betrachtung zweier AGB-Klauseln, die für den Bereich des *Private Bankings* typisch sind, soll das Vorgehen einer so strukturierten Inhaltskontrolle verdeutlichen:⁷³

(1) *Banklagernde Post*: Bei Kunden, mit denen die Bank die Zustellung von Mitteilungen per banklagernder Post vereinbart hat, sehen die Banken-AGB typischerweise vor, dass die Mitteilungen dem Kunden mit Ablage in des-

⁷⁰ Siehe zu diesem Vorgehen SCHMID, ZBJV 2012, S. 13 f. In der Lehre ist umstritten, ob es sich beim Element des ungerechtfertigten Missverhältnisses und dem (systematisch übergeordneten) Element der Verletzung von Treu und Glauben um zwei separate Tatbestandselemente handelt. Unseres Erachtens dürfte dies zu verneinen sein. Siehe HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1201 f., mit Hinweisen; FURRER, HAVE 2011, S. 327; SCHMID, ZBJV 2012, S. 13 ff.; ähnlich auch RUSCH, recht 2011, S. 172; SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012, S. 100. Etwas weitergehend STÖCKLI, BR 2011, S. 184, und DERS., HAVE 2012, S. 205, wonach jedes erhebliche Missverhältnis ungerechtfertigt sei und Treu und Glauben verletze. Anders VISCHER, SJZ 2012, S. 181, nach dem der Gesetzgeber ernst zu nehmen sei und bei den Erfordernissen der Verletzung von Treu und Glauben und des erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses von selbständig nebeneinander stehenden Prüfungsmaßstäben auszugehen sei.

⁷¹ Siehe KUT/STAUBER, Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 119; SCHMID, ZBJV 2012, S. 14 f.; differenzierend THOUVENIN, Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 38 ff.

⁷² Hinweise auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung auch bei HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1205.

⁷³ Für weitere Einschätzungen zu spezifischen AGB-Klauseln unter dem geltenden Art. 8 UWG siehe für den Bankenbereich SCHMID, Grundpfandrechte, S. 105 ff.; RUSCH, recht 2011; DERS., SZW 2012; SCHOTT, ST 2012; TH. KOLLER, Art. 8 UWG. Für andere Rechtsgebiete siehe VISCHER, SJZ 2012 (Grundstückkauf); RUSCH/MAISSEN, Jusletter 12. Dezember 2011, Rz. 20 ff. (Kaufrecht); STÖCKLI, BR 2011, S. 186 f. (Baurecht) sowie allgemein SCHMID, ZBJV 2012, S. 12 f.; THOUVENIN, Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 31 und SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012, S. 101.

sen banklagernde Post als zugestellt gelten. In Verbindung mit der «Genehmigungsfiktionsklausel», nach der eine Mitteilung – etwa ein Kontoauszug – vom Kunden inhaltlich als genehmigt gilt, wenn der Kunde nicht innert angemessener Frist widerspricht,⁷⁴ kann diese Zustellungsfiktion dazu führen, dass ein Kunde eine Mitteilung «genehmigt», die er tatsächlich nicht zur Kenntnis genommen hat. Solche Zustellungs- und Genehmigungsfiktionen sollen klare Verhältnisse schaffen bzw. Rechtssicherheit für die Bank herstellen; dies gerade auch im Fall, in dem ein Kunde von der Bank verlangt, dass ihm Mitteilungen nicht wie an sich üblich tatsächlich zugestellt, sondern für ihn bis zur Postabholung aufbewahrt werden. Der genannte Zweck der Klausel – Schaffung klarer Verhältnisse und Rechtssicherheit – ist offensichtlich berechtigt. Die Klausel ist erforderlich, da sich dieser Zweck nur so, aber nicht auf andere Weise, in der beschriebenen Konstellation erreichen lässt, und dem Kunden, der diese Mitteilungsform wünscht, ist das Tragen der sich daraus ergebenden Risiken zumutbar; für die Zumutbarkeit spricht unter anderem, dass der Kunde diese Risiken selbst steuern kann, weil er über die Häufigkeit der tatsächlichen Postabholung – allenfalls durch einen Vertreter – entscheiden kann.

(2) *Verzicht auf das Bankkundengeheimnis*: Das in Art. 47 BankG verankerte Bankkundengeheimnis galt und gilt nicht absolut, sondern enthielt schon immer eine Anzahl von Ausnahme- und Offenlegungstatbeständen.⁷⁵ Soweit solche Tatbestände auch in AGB erwähnt sind, kommt ihnen bloss deklaratorische Bedeutung zu; sie sind von der AGB-Kontrolle von vornherein nicht erfasst. Seit mehreren Jahren sehen Banken in ihren AGB jedoch zuweilen vor, dass Kunden sie auch in anderen Konstellationen vom Bankkundengeheimnis entbinden, und führen in ihren AGB entsprechende Zusatzausnahmen auf. Eine bekannte Zusatzausnahme betrifft die Situation, in der bankgeheimnisrechtlich relevante Daten bei Transaktionen in ausländischen Effekten an ausländische Emittenten und/oder Behörden übermittelt werden. Diese Zusatzausnahme ist insbesondere aufgrund von börsenrechtlichen Offenlegungsvorschriften bestimmter Länder notwendig, damit Banken für

⁷⁴ Solche Zustellungs- und Genehmigungsfiktionen werden von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geschützt, solange kein Rechtsmissbrauch vorliegt (siehe nur BGer Urteil 4C.81/2002, E. 4.3; BGer Urteil 4C.378/2004, E. 2.2; BGer Urteil 4A_262/2008, E. 2.3).

⁷⁵ Dazu STRATENWERTH, Basler Kommentar, N. 25 ff. zu Art. 47 BankG; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 16 N. 7, 12 ff.; BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar BankG, N. 10 ff. zu Art. 47 BankG.

ihre Kunden an den betreffenden ausländischen Märkten Anlagen tätigen können. Für Kunden führt sie zwar zu einer Benachteiligung, doch ist ihr Regelungsinhalt zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich. Sofern der Kunde zudem um diese Klausel weiss oder wissen müsste und trotzdem in ausländische Märkte investieren will, ist sie ihm unseres Erachtens auch zumutbar. Eine entsprechende Klausel hält somit vor Art. 8 UWG grundsätzlich stand.

3. Aspekte der Rechtsfolgen von Art. 8 UWG

Liegt ein unlauteres Verhalten im Sinne von Art. 8 UWG vor, so erweisen sich die betroffenen AGB-Bestimmungen nach der Rechtsprechung und der inzwischen wohl herrschenden Lehre aufgrund von Art. 2 UWG in Verbindung mit Art. 20 OR als nichtig. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten. Betrifft der Mangel nur einzelne Bestimmungen, sind nach Art. 20 Abs. 2 OR nur diese nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne diese nichtigen Klauseln überhaupt nicht geschlossen worden wäre; allerdings soll sich zum Schutz der schwächeren Vertragspartei der Verwender der AGB nicht darauf berufen können, dass er den (gesamten) Vertrag im Wissen um die Nichtigkeit der umstrittenen Klauseln nicht abgeschlossen hätte.⁷⁶

Fraglich ist, ob die gegen Art. 8 UWG verstossenden Klauseln (aber wie erwähnt nur diese) insgesamt nichtig sind, oder ob sie im Sinne einer *geltungserhaltenden Reduktion* auf das zulässige Mass reduziert werden. In einem neueren, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil legte das Bundesgericht dar, dass die geltungserhaltende Reduktion abzulehnen sei, wenn der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoss gegen eine *zwingende Norm* zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in 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*.⁷⁷ Eine geltungserhaltende Reduktion ist demnach nach Auffassung des Bundesgerichts *dann* ab-

⁷⁶ Siehe zum Ganzen nur PROBST, Stämpflis Handkommentar, N. 68 zu Art. 8 UWG; SCHMID, ZBJV 2012, S. 16 f.; WETZEL/GRIMM/MOSIMANN, MRA 2013, S. 11 f.; BOTSCHAFT-UWG (2009), S. 6152, 6179.

⁷⁷ BGer Urteil 4A_404/2008, E. 5.6.3.2.1. Siehe hierzu kurz EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, S. 269; KUT/STAUBER, Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 131; SCHOTT, ST 2012, S. 80.

zulehnen, wenn die AGB einen Verstoss gegen zwingendes Recht begründen und zu vermuten ist, dass der Verwender gezielt mit der Rechtsfolge der geltungserhaltenden Reduktion spekuliert.⁷⁸

An die Stelle der nichtigen AGB-Bestimmungen tritt gegebenenfalls das dispositiven Recht, beziehungsweise gilt es, die Vertragslücken durch richterliche Vertragsergänzung zu füllen.⁷⁹

Mit Blick auf Art. 8 UWG klageberechtigt sind aufgrund von Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG namentlich auch Konsumentenschutzorganisationen, das heisst Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen. Solche Klagen von Konsumentenschutzorganisationen ermöglichen somit eine abstrakte Kontrolle von AGB. Eine Klageberechtigung steht nach Art. 10 Abs. 3 UWG auch dem Bund zu, sofern er eine Klage zum Schutz des öffentlichen Interesses als notwendig erachtet.⁸⁰

Eine Verletzung von Art. 8 UWG zieht, da diese Bestimmung in den entsprechenden Strafbestimmungen des UWG nicht aufgeführt ist (siehe Art. 23 Abs. 1 UWG), keine strafrechtlichen Sanktionen nach sich.⁸¹

4. Hinweise zum Übergangsrecht

Der Gesetzgeber hat auf eine spezifische Übergangsregelung für den neuen Art. 8 UWG verzichtet. Das Übergangsrecht richtet sich deshalb nach den für Privatrechtsverhältnisse allgemein geltenden intertemporalen Regeln in Art. 1-4 SchlT ZGB.⁸² Als Grundsatz sieht Art. 1 SchlT ZGB vor, dass bereits eingetretene Rechtswirkungen von einer Gesetzesänderung unberührt bleiben. Dieser Grundsatz der Nichtrückwirkung gilt auch dann, wenn das in Frage stehende Rechtsverhältnis im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes schon besteht, weshalb Dauerverträge grundsätzlich nach demjenigen Recht zu beurteilen sind, das bei Vertragsschluss gegolten hat. Ent-

⁷⁸ Zu diesem Urteil HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1210 f.; WETZEL/GRIMM/MOSIMANN, MRA 2013, S. 12. Siehe auch BOTSCHAFT-UWG (2009), S. 6180, wonach die Frage der geltungserhaltenden Reduktion in der Praxis und Lehre umstritten sei.

⁷⁹ EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, S. 269, mit Hinweisen.

⁸⁰ Zum Klagerecht des Bundes ausführlich SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012; siehe auch PICHONNAZ, BR 2012, S. 144 f.; SCHMID, ZBJV 2012, S. 16 f.

⁸¹ Siehe dazu PROBST, Stämpflis Handkommentar, N. 69 zu Art. 8 UWG.

⁸² THOUVENIN, Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 54, mit Nachweisen.

sprechend gilt für AGB diese Regel, soweit jene Bestandteil eines konkreten Dauervertrages geworden sind.⁸³

Der Grundsatz der Nicht-Rückwirkung gemäss Art. 1 SchlT ZGB greift unter anderem dann nicht, wenn eine neue Gesetzesbestimmung als Ausdruck des *ordre public* gilt, also «um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen» erlassen wurde (Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB). Der Eingriff des *ordre public* in den fundamentalen Rechtsgrundsatz des Verbots der Rückwirkung setzt voraus, dass «die weitere Anwendung des alten Rechts auf altrechtliche Tatbestände [...] mit der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit unvereinbar» ist.⁸⁴ Diese Voraussetzung für die Anwendbarkeit des *ordre public* ist unseres Erachtens nicht erfüllt, handelt es sich doch bei der Einführung des neuen Art. 8 UWG nur um eine graduelle Weiterentwicklung des bisherigen Rechts und nicht um eine rechtliche Zäsur, wie sie Art. 2 SchlT ZGB im Auge hat.⁸⁵

Zusammenfassend ergibt sich somit für die übergangsrechtlichen Fragen zu Art. 8 UWG, dass auf Verträge (mit inkorporierten AGB), die nach dem Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG am 1. Juli 2012 abgeschlossen oder geändert wurden, das neue Recht anzuwenden ist.⁸⁶ Dagegen gilt für Verträge (mit inkorporierten AGB), die vor diesem Datum abgeschlossen wurden und seither unverändert geblieben sind, weiterhin das alte Recht.

IV. Fazit

Es stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit mit dem Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG die in der Lehre mehrheitlich geforderte, in der Politik jedoch kontrovers diskutierte und deshalb im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens «zurückbuchstabierte» Inhaltskontrolle von AGB realisiert wurde. Insbesondere die im Gesetzeswortlaut der Bestimmung kumulierten Tatbestandselemente der Verletzung von Treu und Glauben und des erheb-

⁸³ BÜHLER/STÄUBER, recht 2012, S. 88, mit Nachweisen.

⁸⁴ BGE 119 II 46 E. 1.b, S. 50; vgl. auch BÜHLER/STÄUBER, recht 2012, S. 89.

⁸⁵ Im Ergebnis ebenso: RUSCH/MAISSEN, Jusletter 12. Dezember 2011, Rz. 24; THOUVENIN, Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 59; BÜHLER/STÄUBER, recht 2012, S. 89; SCHOTT, ST 2012, S. 80; HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1211; abweichend PICHONNAZ, BR 2012, S. 143; SCHMID, Grundpfandrechte, S. 104.

⁸⁶ Zur Frage, was gilt, wenn die AGB eines vor dem 1. Juli 2012 geschlossenen Vertrages nach diesem Datum punktuell geändert werden RUSCH, SZW 2012, S. 444; SCHOTT, ST 2012, S. 80.

lichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten sowie die Entstehungsgeschichte der Norm zeigen unseres Erachtens, dass deren Anwendungsbereich auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt bleibt. Es handelt sich beim neuen Art. 8 UWG deshalb eher um eine graduelle Weiterentwicklung denn um eine grundlegende Revision des AGB-Rechts. Es wird letztlich an der Rechtsprechung sein, die Grenzen der Missbräuchlichkeit zu definieren, wobei die Erarbeitung von Fallgruppen zu begrüßen wäre.

Erwachsenenschutzrecht und Meldepflicht der Bank (Art. 397a OR)

Susan Emmenegger, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	113
Materialien.....	118
I. Einführung.....	119
II. Entwicklungen im Normsetzungsverfahren.....	121
1. Kontext: Umstrittene Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln (Art. 35, 405 OR).....	122
2. Expertenkommission: Wirksamkeit bei gleichzeitiger Meldepflicht.	124
a) Weitgehende Neufassung von Art. 35, 405 OR.....	124
b) Einführung einer allgemeinen Meldepflicht.....	125
3. Vorentwurf und Gesetzesfassung.....	125
a) Sprachliches Rückkommen in Art. 35 und Art. 405 OR.....	126
b) Gleichbleibende gesetzliche Verankerung der Meldepflicht.....	126
4. Ergebnis.....	127
a) Missratene Klarstellung in Art. 35, 405 OR.....	127
b) Neue Meldepflicht zum Schutz der Hilfsbedürftigen.....	127

* Prof. Dr. iur. LL.M., Rechtsanwältin (ZH/NY), Direktorin des Instituts für Bankrecht an der Universität Bern. Ich danke Frau MLaw Regula Kurzbein, Rechtsanwältin, für die substantielle Unterstützung bei den Recherchen zu diesem Beitrag und zu den weiterführenden Diskussionen über zahlreiche Einzelfragen. Herrn MLaw Stefan Bindschedler, Frau BLaw Sladjana Rmandic und Herrn BLaw Sebastian Müller danke ich für die Mithilfe bei den Recherchen und die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts.

III.	Anwendungsbereich.....	128
1.	Sachlicher Anwendungsbereich.....	128
a)	Allgemein: Auftragsverhältnisse.....	128
b)	Anlageberatung und Vermögensverwaltung.....	129
c)	Execution Only.....	130
d)	Andere kundenbezogene Bankverträge.....	131
2.	Persönlicher Anwendungsbereich.....	133
3.	Sonderfrage: Kunden mit Wohnsitz im Ausland.....	134
IV.	Der zwingende Charakter der Meldepflicht.....	134
1.	Wortlaut.....	135
2.	Teleologie.....	135
3.	Historie.....	136
4.	Systematik.....	137
5.	Auslegungsergebnis.....	138
V.	Die Voraussetzungen der Meldepflicht.....	139
1.	Voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit.....	140
a)	Bereits eingetretene Urteilsunfähigkeit.....	140
b)	Dauernde Urteilsunfähigkeit.....	142
aa)	Urteilsunfähigkeit: Einzelfallbezogen.....	143
bb)	Dauernde Urteilsunfähigkeit: Bezogen auf ein Handlungsspektrum.....	143
cc)	Konsequenzen für die Meldepflicht.....	144
c)	Dauerhaftigkeit aus Sicht des Beauftragten.....	146
d)	Fazit.....	147
2.	Urteilsunfähigkeit im Bereich des Leistungsauftrags.....	147
a)	Sektorialität von Auftragsverhältnissen.....	147
b)	Meldepflicht nur im einschlägigen Bereich.....	148
c)	Fazit.....	150
3.	Kenntnis des Beauftragten.....	150
a)	Keine periodische Überprüfungspflicht.....	150
b)	Unmittelbare Kenntnis.....	151
c)	Mittelbare Kenntnis.....	151
4.	Meldung zur Interessenwahrung angezeigt.....	152
a)	Interessengefährdung als Regelfall.....	152
b)	Genügende Interessenwahrung als Ausnahme.....	155
5.	Fazit.....	156

VI. Die Legitimationsfunktion der Meldepflicht.....	157
1. Rechtliche Einordnung der «Demenz-Meldung».....	157
a) Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB).....	157
b) Verletzung des Datenschutzgesetzes.....	158
c) Positive Vertragsverletzung (Art. 97 OR).....	158
d) Strafrechtliche Geheimnisverletzung.....	159
2. Die Meldepflicht als Rechtfertigungstatbestand.....	160
a) Zivilrecht.....	160
b) Strafrecht.....	160
VII. Das Verhältnis zur Meldeerlaubnis (Art. 443 Abs. 1 ZGB).....	161
1. Allgemeine Verhältnisbestimmung.....	161
2. Verhältnis im Rahmen der Legitimationsfunktion.....	162
a) Rechtliche Einordnung der «Bedürftigkeits-Meldung».....	162
b) Die Meldeerlaubnis als Rechtfertigungstatbestand.....	162
c) Die Einschränkung der Rechtfertigung.....	163
d) Fazit: Unterschiedliche Legitimationsfunktion der Meldeerlaubnis.....	164
VIII. Schlussbemerkungen.....	164

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 27. Mai 2013.

ABEGG ANDREAS, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Zürich 2004.

ABEGG PHILIPP/GEISSBÜHLER ALEX/HAEFELI KURT/HUGGENBRGER ERIC, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, Zürich u.a. 2012.

ABEGGLEN SANDRO, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, in: SZW 2007 (Sonderdruck), S. 122–134.

– Vermögensverwaltung durch die Bank – konfliktträchtige Bereiche und ihre Bewältigung, unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktorders, in: SZW 2001, S. 179–189.

AEBI-MÜLLER REGINA, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005.

- AFFOLTER-FRINGELI KURT, Erwachsenenschutzrecht: Behördliche Schutzmassnahmen und der Verkehr mit den Banken, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Das Bankkonto. Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz*, Basel 2013, S. 167–216.
- AMSTUTZ MARC/MORIN ARIANE/SCHLUEP WALTER, Einl. Vor Art. 184 ff. OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR*, 5. Aufl., Basel 2011.
- AUER CHRISTOPH/MARTI MICHÈLE, Art. 443 ZGB, in: Thomas Geiser/Ruth E. Reusser (Hrsg.), *Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB*, Basel 2012.
- BERTSCHINGER URS, *Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen*, Diss. Zürich 1991.
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Art. 16 ZGB, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 4. Aufl., Basel u.a. 2010.
- BIZZOZERO ALESSANDRO, *Le contrat de gérance de fortune*, Diss. Fribourg, 1992.
- BREITSCHMID PETER, Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR, in: *SJZ* 2013, S. 251–253.
- BRUNNER HANS-ULRICH, *Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung*, Freiburg 1991.
- BUCHER EUGEN, Art. 16 ZGB, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 1. Teilband: Kommentar zu den Art. 11–26 ZGB*, Bern 1976.
- Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Zürich 1956.
- CHAPPUIS CHRISTINE, Art. 35 CO, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO*, 2. Aufl., Basel 2012.
- EGGEN MIRJAM, *Finanzprodukte – Auftrag oder Kauf?*, in: *SZW* 2011, S. 625–638.
- ENGEL, PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2. Aufl., Berne 1997.
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAUS RETO (Hrsg.), *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7. Aufl., Zürich 2011.
- EMMENEGGER SUSAN, *Haftungsrisiken bei Immobiliarkrediten*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Immobilienfinanzierung*, Basel 2012, S. 39–69.
- *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Anlagerecht*, Basel 2007, S. 59–127.
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, Art. 1 ZGB, in: Hans Peter Walter/Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB*, Bern 2012.
- EMMENEGGER SUSAN/ZBINDEN ANDREA, *Die Standards zur Aufhebung des Bankheimnisses*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Cross-Border Banking*, Basel 2009, S. 193–282.
- ETTER LAURENT, *Le contrat de compte courant*, Zürich 1994.

- FELLMANN WALTER, Art. 394, Art. 398 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394–406 OR, Bern 1992.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl., Zürich u.a. 2008.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl., Zürich u.a. 2003.
- GAUTSCHI GEORG, Art. 405 OR, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394–406 OR, Bern 1971.
- GEISER THOMAS, Behördenzusammenarbeit im Erwachsenenschutzrecht, in: AJP 2012, S. 1688–1700.
- GUGGENHEIM DANIEL, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4. Aufl., Genf 2000.
- GUHL THEO/MERZ HANS/KUMMER MAX, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972.
- GUTZWILLER P. CHRISTOPH, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich u.a. 2008.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012.
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Art. 185 ZGB, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften Art.181–195a ZGB. Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Art. 196–220 ZGB, Bern 1992.
- HEGNAUER CYRIL, Art. 264b ZGB, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 1. Teilband: Die Entstehung des Kindesverhältnisses Art. 252–269c ZGB, 4. Aufl., Bern 1984.
- HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, OR – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel 2000.
- Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, OR – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1979.
- HOPT KLAUS J., Rechtsprobleme der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: Rudolf v. Graffenried (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, S. 135–159.
- JÖHRI YVONNE, Art. 3 Bst. f DSGVO, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich u.a. 2008.
- KLEINER BEAT, Bankkonto – Giro- und Kontokorrentvertrag, in: Peter Forstmoser u.a. (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60 Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, S. 273–284.

- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, Bern 2009.
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010.
- LANGENEGGER ERNST, Art. 360 ZGB, in: Daniel Rosch u.a. (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Bern u.a. 2001.
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich u.a. 2008.
- MEIER PHILIPPE, Perte de discernement et planification du patrimoine – droit actuel et droit futur, in: Margareta Baddeley/Bénédict Foëx (Hrsg.), La planification du patrimoine, journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher, Genève u.a. 2009, S. 39–74.
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM, Art. 35 OR, in: August Egger u.a. (Hrsg.), Zürcher Kommentar, erster Halbband, Obligationenrecht, Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929.
- PLOTKE JON SAMUEL, Weitergeltung einer Vollmacht trotz Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers? Urteilsbesprechung zu BGE 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, in: recht 2005, S. 151–152.
- REUSSER RUTH E., Art. 374 ZGB, in: Thomas Geiser/Ruth E. Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012.
- ROSCH DANIEL, Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten, Amtshilfe: Die Zusammenarbeit mit der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: FamPra 2012, S. 1020–1050.
- ROSENTHAL DAVID, Art. 10a DSG, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich u.a. 2008.
- ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Art. 2 DSG, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich u.a. 2008.
- ROTH MONIKA, Delikten Tür und Tor geöffnet, in: Schweizer Bank 2/2012, S. 49.
- Das Dreiecksverhältnis Kunde - Bank - Vermögensverwalter : Treue- und Sorgfaltspflichten in Anlageberatung und Vermögensverwaltung unter besonderer Berücksichtigung von Retrozessionen, Finder's Fees und andern Vorteilen, Zürich 2007.
- ROTH URS P., Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 1–39.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Private Schutzmassnahme – Der Vorsorgeauftrag, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto. Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 217–245.
- SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, Separatdruck aus: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, OR – Besondere Vertragsverhältnisse, Zweiter Halbband, Basel 1979.
- SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz. Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010.

- SCHMID JÖRG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007, in: ZBJV 2010, S. 554–631.
- Persönlichkeitsschutz bei der Bearbeitung von Personendaten durch Private, in: ZBJV 131 (1995), S. 809–831.
- SCHWANDER IVO, Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv? Eine Skizze, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel u.a. 2004, S. 399–410.
- SEELMANN KURT, Art. 14 StGB, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, 3. Aufl., Basel 2012.
- SETHE ROLF, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, Köln 2005.
- SPÄLTI DIETER, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin (unter Berücksichtigung der Anlageberatung), Diss. Zürich 1989.
- STEINAUER, PAUL-HENRI, Die Verletzung durch private Datenbearbeitung und die allfällige Rechtfertigung einer Verletzung: Einzelheiten der gesetzlichen Regelung, in: Rainer Schweizer (Hrsg.), Das neue Datenschutzgesetz des Bundes, Referate der Tagung der Hochschule St. Gallen vom 15. Oktober und 13. November 1992, Zürich 1993, S. 43–53.
- STETTLER MARTIN, La sauvegarde des intérêts des personnes incapables de discernement dans le nouveau droit de la protection de l'adulte, in: ZVW 2003, S. 258–268.
- L'impact du principe de la proportionnalité sur la gradation et le champ d'application des mesures tutélaires, in: ZVW 1984, S. 41–53.
 - Les limites juridiques de l'aide extratutélaire apportée aux personnes âgées, in: ZVW 1983, S. 1–15.
- STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011.
- THALMANN CHRISTIAN, Von der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Bank zur börsengesetzlichen Informationspflicht des Effekthändlers, in: Rainer J. Schweizer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 971–992.
- Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, in: ZSR 113 (1994), S. 115–248.
- TRECHSEL STEFAN/GETH CHRISTOPHER, Art. 14 StGB, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommenar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972.
- WANNER PHILIPPE, Die wirtschaftliche Situation von Personen im Ruhestand: neue Daten, neue Prioritäten, in: Soziale Sicherheit CHSS 3/2008, S. 137–142.
- WATTER ROLF, Art. 35 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Zürich u.a. 2010.
- WOLF STEPHAN/SETZ ANNA LEA, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das neue Erwach-

senenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, INR Band 13, Bern 2012, S. 23–64.

ZÄCH ROGER, Art. 35 OR, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32–40 OR, Bern 1990.

ZIMMERMANN SALOME, Die Haftung der Bank aus Verwaltungsauftrag, in: SJZ 1985, S. 137–143.

Materialien

SCHWEIZERISCHE ALZHEIMERVEREINIGUNG, 107'000 Menschen mit Demenz in der Schweiz, 2010, abrufbar unter: <www.alz.ch>, Gesellschaft & Politik\Zahlen zur Demenz.

BFS – Bundesamt für Statistik, Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2010-2060, in: Statistik der Schweiz, Neuchâtel 2010, abrufbar unter: <www.bfs.admin.ch>, 01 – Bevölkerung\Zukünftige Bevölkerungsentwicklung\ Daten, Indikatoren – Schweiz Szenarien.

– Häufigste Todesursachen nach Altersklassen 2010 (Todesursachenstatistik 2010), abrufbar unter: <www.bfs.admin.ch>, 14 – Gesundheit\Sterblichkeit, Todesursachen\Daten, Indikatoren.

– Häufigste Diagnosen bei betagten Personen in Institutionen, Statistik abrufbar unter: <www.bfs.admin.ch>, 14 – Gesundheit, Gesundheitszustand und Krankheiten\Gesundheit im Alter\Diagnosen in Heimen.

BSV – Bundesamt für Sozialversicherungen, Statistiken zur sozialen Sicherheit, IV-Statistik 2011, Tabellenteil, abrufbar unter: <www.bsv.admin.ch>, Dokumentation\ Zahlen und Fakten\Statistiken\IV.

– Die wirtschaftliche Situation von Erwerbstätigen und Personen im Ruhestand, Forschungsbericht Nr. 1/08, in: Beiträge zur sozialen Sicherheit, Genf 2008, abrufbar unter: <www.bsv.admin.ch>, Praxis\Forschung\Forschungspublikationen.

BOTSCHAFT zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff.

EJPD – Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Begleitbericht zur Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV), Mai 2012.

ENTWURF zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006 7139 ff.

EXPERTENKOMMISSION für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts

– Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000.

– Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom Juni 2003.

- Protokoll der 14. Sitzung vom 19./20. Oktober 2000.
 - Protokoll der 31. Sitzung vom 11. November 2002.
- OBSAN – Schweizerisches Gesundheitsobservatorium, Psychische Gesundheit in der Schweiz, Monitoring 2012, Bericht 52, abrufbar unter: <www.obsan.admin.ch> Publikationen\Psychische Gesundheit.
- VERORDNUNG über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV, noch keine SR-Nr.)
- VORENTWURF zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom Juni 2003.

I. Einführung

Im Jahr 2010 betrug der Anteil der «Generation 65-Plus» rund siebzehn Prozent der Gesamtbevölkerung. In den nächsten fünfzig Jahren soll dieses Alterssegment um rund neunzig Prozent wachsen. Der Anteil wird dann knapp dreissig Prozent der Gesamtbevölkerung betragen.¹ Die Banken werden also in zunehmendem Masse eine ältere Kundschaft bedienen. Diese Kundschaft ist zudem vergleichsweise vermögend: In der Schweiz liegt im Zeitpunkt der Pensionierung der Vermögensstand der Steuerpflichtigen häufig auf dem höchsten Punkt, zudem gibt es unter den Pensionierten mehr als doppelt so viele Millionäre wie unter den Erwerbstätigen.² Die Banken sind durch diese Entwicklung besonders gefordert, denn gerade bei betagten Menschen besteht ein erhöhtes Risiko, dass sie wegen verminderter Geisteskraft oder übermässiger Beeinflussbarkeit die Tragweite von finanzia-

¹ BFS, Bevölkerungsentwicklung 2010, S. 21 f. (Referenzszenario): Anstieg von 17% auf 28% der Gesamtbevölkerung, Zuwachs von 89%. Demgegenüber nimmt der Anteil der Personen im erwerbsfähigen Alter (20-64 Jahre) von 62% auf 53% ab. Lediglich leicht vermindert sich indessen der Anteil der unter 20-jährigen (Abnahme von 21% auf 18% der Gesamtbevölkerung). Diese Entwicklungsprognose beruht unter anderem auf der Annahme, dass sich die Lebenserwartung bei der Geburt bis ins Jahr 2060 um weitere sechs Lebensjahre erhöhen wird (BFS, Bevölkerungsentwicklung 2010, S. 10, 12).

² BSV, Wirtschaftliche Situation 2008, S. 47 ff.; WANNER, Wirtschaftliche Situation, S. 140 f. Im Einzelnen: Das Bruttovermögen der 65-69-Jährigen Steuerpflichtigen beträgt CHF 375'000 und sinkt bei den 85-89-Jährigen Steuerpflichtigen auf CHF 229'000. Anteil Millionäre nach Bruttovermögen: Rentner 13%, Erwerbstätige 6%. Überdies ist die Verschuldungsquote der Rentner bedeutend tiefer als diejenige der Erwerbstätigen.

ellen Entscheidungen nicht mehr vollumfänglich überschauen.³ Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass aufgrund der demographischen Entwicklung die Demenz als typische Alterskrankheit häufiger auftreten wird. Bereits heute leiden in der Schweiz rund 120'000 Menschen an Demenz.⁴ Sie zählt zu den häufigsten Todesursachen von betagten Menschen, in den Alters- und Pflegeheimen ist sie die dritthäufigste Krankheitsdiagnose.⁵

Von einer Beeinträchtigung der Urteilskraft betroffen sind aber nicht nur betagte Menschen. Psychische Krankheiten, insbesondere Psychopathien und Schizophrenien, stellen heute die häufigste Invaliditätsursache dar, betroffen sind insbesondere die Zwanzig- bis Fünfzigjährigen.⁶

Wenn Menschen die Fähigkeit verlieren, die Tragweite ihrer Entscheidungen zu erkennen, so ergreift die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) *idealerweise* früh genug die geeigneten Massnahmen. Das setzt voraus, dass sie von diesen Fällen Kenntnis hat. Um den Kenntnisstand der Behörde und damit den Schutz von hilfsbedürftigen Personen zu stärken, hat das revidierte Erwachsenenschutzrecht⁷ eine Reihe von Melderechten und Meldepflichten eingeführt, die das bisherige System präzisieren oder

³ Siehe dazu BIGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar, N. 22 zu Art. 16 ZGB. Siehe auch ROTH, Schweizer Bank 2/2012, S. 49 (mit Fokus auf Bankgeschäfte).

⁴ OBSAN, Psychische Gesundheit 2012, S. 30; SCHWEIZERISCHE ALZHEIMERVEREINIGUNG, Demenz.

⁵ Demenz als Todesursache: BFS, Todesursachenstatistik 2010. Die Anzahl der durch Demenz verursachten Todesfälle hat sich seit dem Jahr 2000 fast verdoppelt (siehe dazu die Tabellen zur Todesursachenstatistik). Die Anzahl Todesfälle aufgrund von Demenz dürfte in den nächsten 50 Jahren noch erheblich ansteigen, da sich der Anteil der über 80-Jährigen an der Gesamtbevölkerung voraussichtlich mehr als verdoppeln wird (von 5% (2010) auf 12% (2060); BFS, Bevölkerungsentwicklung 2010, S. 28). Für den Anteil an den Krankheitsdiagnosen siehe: BFS, Betagte Personen.

⁶ OBSAN, Psychische Gesundheit 2012, S. 65 ff., basierend auf den Daten des Bundesamtes für Sozialversicherungen BSV; BSV, IV-Statistik 2011, Tabellenteil, S. 47, 49. Im Einzelnen: Im Jahre 2011 wurden über 40% aller Invalidenrenten aufgrund psychischer Krankheiten ausgerichtet. Psychopathien machen 55.5% der neuberenteten psychisch bedingten Krankheitsfälle seit dem Jahr 2000 aus, Schizophrenien 11.7%, andere Psychosen 15%, Suchterkrankungen 3.1%, übrige geistige/charakterliche Störungen 14.6%. Im Jahr 2011 bezogen in der Schweiz rund 102'000 Personen IV-Renten wegen psychischer Krankheit, das sind 2 % der versicherten Bevölkerung (oder rund 1.28 % der Gesamtbevölkerung von 2011: 7'954'662 Personen).

⁷ AS 2011, 725 ff.

ergänzen.⁸ Im Fokus des vorliegenden Beitrags stehen zwei Regeln: Die Meldeerlaubnis gemäss Art. 443 Abs. 1 ZGB und die Meldepflicht gemäss Art. 397a OR. Nach Art. 443 Abs. 1 ZGB kann jede Person der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Vorbehalten bleiben allerdings die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis. Ohne diese Einschränkung gilt dagegen die Meldepflicht nach Art. 397a OR. Sie verpflichtet den Beauftragten zur Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde, wenn der Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig wird und eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint.

Banken sind Geheimnisträger, die in ihrer Beziehung zum Kunden oder zur Kundin regelmässig dem Auftragsrecht unterstehen. Für sie ist daher Art. 397a OR von praktischer Relevanz. Der vorliegende Beitrag untersucht die neue Meldepflicht, insbesondere deren Anwendungsbereich, die Voraussetzungen der Meldepflicht und die Legitimationsfunktion von Art. 397a OR.

II. Entwicklungen im Normsetzungsverfahren

Die Bestimmung in Art. 397a OR lautet wie folgt:

1^{bis} Meldepflicht [Marginalie]

«Wird der Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig, so muss der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers benachrichtigen, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint.»

Eingeordnet ist Art. 397a OR bei den Verpflichtungen des Beauftragten, zwischen der Pflicht zur vorschriftsgemässen Ausführung des Auftrags (Art. 397 OR) und den beiden Bestimmungen über die Haftung für getreue Ausführung (Art. 398, 399 OR). Inhaltlich ist er eng mit Art. 398 Abs. 2 OR verknüpft; die Pflicht des Beauftragten, im Falle der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers eine Meldung an die zuständige Behörde zu erstatten, galt bereits vor ihrer ausdrücklichen Verankerung im Gesetz als Ausfluss der

⁸ Für einen Überblick über die zahlreichen Melderechte und -pflichten siehe ROSCH, FamPra 2012, S. 1021.

auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht.⁹ Ihre Einführung geht auf das Bestreben des historischen Gesetzgebers zurück, die damals umstrittene Frage, ob für den Fall der Urteilsunfähigkeit die Weitergeltung einer Vollmacht bzw. eines Auftragsverhältnisses wirksam angeordnet werden kann, zugunsten der Weitergeltung zu klären. In diesem Sinne bildete die Meldepflicht eine flankierende Massnahme im Rahmen der Weitergeltung von Vollmachten und Aufträgen. Sie war aber ab dem ersten Textentwurf als allgemeine Pflicht formuliert und ging somit von Beginn weg über den eigentlichen Diskussionskontext hinaus.

1. Kontext: Umstrittene Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln (Art. 35, 405 OR)

Als in den Jahren 1999 bis 2003 die Expertenkommission für die Revision des Vormundschaftsrechts den Vorentwurf für die Änderung des Zivilgesetzbuches erarbeitete,¹⁰ standen alte und neue Modelle der privaten Vorsorge für den Fall des Verlusts der eigenen Handlungsfähigkeit nebeneinander. Als neues Rechtsinstitut wurde der Vorsorgeauftrag vorgeschlagen. Dieser sollte es einer Person erlauben, Vorkehrungen zu treffen, die erst bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit ihre Wirkung entfalten sollten. Gleichzeitig stand die bestehende obligationenrechtliche Rahmenordnung im Raum. Diese erlaubte vom Wortlaut her die Weitergeltung von Vollmachten und Auftragsverhältnissen trotz Eintritts der Handlungsunfähigkeit, sofern dies so vereinbart war oder sich aus der Natur des Geschäfts ergab (Art. 35 Abs. 1 OR, Art. 405 Abs. 1 OR).¹¹

⁹ Früh und für die gesetzgeberische Entwicklung grundlegend: STETTLER, ZVW 1983, S. 8; DERS., ZVW 1984, S. 48. STETTLER war später Mitglied der Expertenkommission für das neue Erwachsenenschutzrecht. Zustimmend bezüglich des Zusammenhangs mit der allgemeinen Sorgfaltspflicht MEIER, *Perte du discernement*, S. 50; WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit*, S. 74.

¹⁰ Zu den Arbeiten der verschiedenen Expertenkommissionen siehe etwa SCHMID, *Erwachsenenschutz*, Allgemeine Einleitung, N. 13 ff. Allgemein zur Revision siehe AFFOLTER-FRINGELI, *Erwachsenenschutzrecht*, S. 174 ff. (in diesem Band).

¹¹ Beide Bestimmungen wurden dem neuen Erwachsenenschutzrecht angepasst. Statt vom Verlust der Handlungsfähigkeit spricht das Gesetz neu vom Verlust der «entsprechenden» Handlungsfähigkeit. Ansonsten blieben die Bestimmungen aber unverändert.

Die Meldepflicht nach Art. 397a OR wurde mit Blick auf die bestehende Regelung im Obligationenrecht in die Diskussion eingebracht. Trotz des an sich klaren Wortlauts des Gesetzes war nämlich in der damaligen Lehre die Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln für den Fall des Eintritts der Handlungsunfähigkeit umstritten.¹² Namentlich in den Kommentaren wurde die Auffassung vertreten, dass sowohl Vollmacht als auch Auftragsverhältnis mit dem Verlust der Handlungsunfähigkeit zwingend erlöschen. Anderslautende Anordnungen seien unwirksam.¹³

Andere Lehrmeinungen bejahten die Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln.¹⁴ Dabei wies namentlich STETTLER darauf hin, dass auch bei einer Weitergeltung von Mandatsverhältnissen dem Schutz des Urteilsunfähigen Rechnung getragen werde. Die auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten würden es nämlich erfordern, dass der Beauftragte jedenfalls bei einer dauernden Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers eine entsprechende Meldung an die Vormundschaftsbehörde erstatte. Die Vormundschaftsbehörde werde dann überprüfen, ob die Weiterführung des Auftrags im Interesse des Auftraggebers liege. Komme sie zum gegenteiligen Schluss, könne sie ihm das Mandat entziehen.¹⁵

¹² Anzumerken ist, dass mittlerweile das Bundesgericht in BGE 132 III 222 vom 23. Mai 2005 die Gültigkeit von Weitergeltungsklauseln im Falle der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers bejaht hat. Der Entscheid fiel allerdings nach den Diskussionen in der Expertenkommission und der Veröffentlichung des Vorentwurfs, der vom Juni 2003 stammt.

¹³ Siehe insbesondere OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 35 OR; ZÄCH, Berner Kommentar, N. 16, 83 zu Art. 35 OR; GAUTSCHI, Berner Kommentar, N. 10a zu Art. 405 OR. Siehe zudem ENGEL, *Traité des obligations*, S. 399.

¹⁴ HOFSTETTER, SPR VII/2 (1979), S. 56; DERS., SPR VII/6 (2000), S. 74. Die neuere Lehre spricht sich – namentlich auch im Anschluss an BGE 132 III 222 – für die Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln aus. Siehe etwa CHAPPUIS, *Commentaire Romand*, N. 11 zu Art. 35 OR (so bereits vor BGE 132 III 222 in der 1. Aufl., 2003); WATTER, *Basler Kommentar*, N. 4 zu Art. 35 OR (so bereits vor BGE 132 III 222 in der 3. Aufl. 2003, N. 4 zu Art. 35 OR); PLOTKE, *recht* 2005, S. 152; SCHMID, *ZBJV* 2010, S. 566; WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit*, S. 74 f.

¹⁵ STETTLER, *ZVW* 1983, S. 8. Zustimmend MEIER, *Perte du discernement*, S. 49 f., der in seinem Aufsatz den Entscheid des Bundesgerichts über die Gültigkeit von Weitergeltungsklauseln für den Fall der Urteilsunfähigkeit (BGE 132 III 222) bereits berücksichtigt. Zustimmend auch WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit*, S. 74.

2. Expertenkommission: Wirksamkeit bei gleichzeitiger Meldepflicht

Vom Modell der Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln bei gleichzeitiger Meldepflicht ging auch die Expertenkommission (1999 - 2003) aus. Zu diesem Zweck sollten einerseits die Art. 35 Abs. 1 und Art. 405 Abs. 1 OR entsprechend revidiert und andererseits die auftragsrechtliche Meldepflicht gesetzlich verankert werden.

Die Verbindung zwischen den Weitergeltungsklauseln und der Meldepflicht zeigt sich, wenn man die Entwurfsfassungen der Expertenkommission konsultiert. Zusammen mit den Neufassungen von Art. 35 und 405 OR bildete sie unter dem Titel «*Weitergeltung bestehender Ermächtigungen und Aufträge*» den Vorschlag der zuständigen Arbeitsgruppe an die Kommission.¹⁶

a) Weitgehende Neufassung von Art. 35, 405 OR

In der Erstfassung der Arbeitsgruppe lautete Art. 35 Abs. 1 OR wie folgt: «Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt mit der behördlichen Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft für alle Angelegenheiten sowie, sofern nicht das Gegenteil angeordnet ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem voraussichtlich dauernden Verlust der Urteilsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.»¹⁷ Ähnlich lautete auch der Entwurf für den revidierten Art. 405 Abs. 1 OR.¹⁸ Damit war klargestellt, dass zwar die Anordnung einer umfassenden Beistandschaft die Vollmacht bzw. den Auftrag zum Erlöschen bringt, in den übrigen Fällen aber eine Weitergeltung angeordnet bzw. vereinbart werden kann.

¹⁶ EXPERTENKOMMISSION, Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000, S. 11.

¹⁷ EXPERTENKOMMISSION, Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000, S. 11. Identisch auch der Vorentwurf vom 4. Mai 2000, S. 38 (Anhang).

¹⁸ Im Wortlaut: «Der Auftrag erlischt mit der behördlichen Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft für alle Angelegenheiten sowie, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem voraussichtlich dauernden Verlust der Urteilsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Auftraggebers oder des Beauftragten.»

b) Einführung einer allgemeinen Meldepflicht

Die auftragsrechtliche Meldepflicht sollte in einem neuen Art. 397a OR verankert werden. Die Erstfassung, welche die zuständige Arbeitsgruppe der Kommission vorschlug, lautete wie folgt: «Tritt beim Auftraggeber ein voraussichtlich dauernder Verlust der Urteilsfähigkeit ein, so hat der Beauftragte die Betreuungsbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers zu benachrichtigen, sofern eine solche Meldung zur Interessenwahrung als angezeigt erscheint.»¹⁹

Die Meldepflicht war also von Beginn weg allgemein formuliert und beschränkte sich nicht auf die Fälle, in denen eine Weitergeltungsklausel vereinbart war. Die Weitergeltungsfrage bildete zwar den Diskussionsrahmen und die Meldepflicht wurde zweifellos als wichtiger Bestandteil für das «Weitergeltungspaket» wahrgenommen. Es findet sich aber bereits in den Ausführungen der Arbeitsgruppe der zusätzliche Hinweis, die Meldepflicht sei Ausfluss der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht und gelte gleichermaßen für die Fälle, in denen der Auftrag wegen der dauernden Urteilsunfähigkeit untergehe, wie auch für die Fälle, in denen das Vertragsverhältnis andauern solle.²⁰

Die inhaltliche Verbindung zur Sorgfaltspflicht erklärt, warum die Meldepflicht als neu einzufügender Art. 397a OR auch in formeller Hinsicht eng an Art. 398 OR angebunden wurde. Sie wurde, wie den Wortmeldungen in der Expertenkommission zu entnehmen ist, auch nicht als materielle Erweiterung des Pflichtenkatalogs des Beauftragten verstanden, sondern lediglich als Klarstellung der bestehenden Gesetzeslage.²¹

3. Vorentwurf und Gesetzesfassung

Bei dem beschriebenen Revisionspaket blieb es – mit minimaler sprachlicher Variation – bis zur letzten Sitzung der Expertenkommission.²² Dort kam es

¹⁹ EXPERTENKOMMISSION, Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000, S. 11.

²⁰ EXPERTENKOMMISSION, Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf 2. Mai 2000, S. 5.

²¹ EXPERTENKOMMISSION, Protokoll der 14. Sitzung vom 19./20. Oktober 2000, S. 1081.

²² EXPERTENKOMMISSION, Protokoll der 31. Sitzung vom 11. November 2002. Siehe dazu auch REUSSER, Basler Kommentar, N. 48 zu Art. 374 ZGB (mit einem Direktzitat der damaligen Fassung von Art. 35 Abs. 1 OR).

dann allerdings noch einmal zu massgeblichen sprachlichen Änderungen mit Blick auf die Bestimmungen in Art. 35 und 405 OR.

a) Sprachliches Rückkommen in Art. 35 und Art. 405 OR

Anlässlich ihrer letzten Sitzung stellte die Expertenkommission die Formulierung der Neufassungen von Art. 35 Abs. 1 OR und Art. 405 Abs. 1 OR²³ noch einmal auf den Prüfstand. Denn erstens blendete die Anknüpfung an die Urteilsfähigkeit statt – wie ursprünglich – an die Handlungsfähigkeit die juristischen Personen aus, die zwar handlungsunfähig, nicht aber urteilsunfähig werden können. Zweitens war der zwingende Erlöschensgrund zu eng gefasst; neben der umfassenden Beistandschaft sollte auch die Anordnung einer (punktuellen) Vertretungsbeistandschaft zwingend zum Erlöschen der Vollmacht oder des Auftrags führen, wenn sie für einen Bereich angeordnet wird, der Gegenstand der Vollmacht oder des Auftrags bildet. Die Kommission kehrte deshalb wieder zu den ursprünglichen Gesetzesfassungen zurück und fügte lediglich hinzu «bei Verlust der *entsprechenden* Handlungsunfähigkeit».²⁴ Diese Fassung wurde beibehalten und sie ist heute geltendes Gesetzesrecht. Ein inhaltliches Zurückkommen auf die Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln war damit aber nicht intendiert.²⁵

b) Gleichbleibende gesetzliche Verankerung der Meldepflicht

Weitgehend unverändert überstand demgegenüber die Meldepflicht die letzte Beratung der Expertenkommission. Für den Vorentwurf von 2003 wurde lediglich die «Betreuungsbehörde» durch die «Erwachsenschutzbehörde» ersetzt.²⁶

Nicht mehr verändert hat sich auch der allgemeine Geltungsbereich der Meldepflicht. Die Expertenkommission führt zur neuen Bestimmung aus, es handle sich um eine weitere Verpflichtung, die dem Schutz von Hilfsbedürftigen diene.²⁷ Eine ausführlichere Erläuterung findet sich auch in der Bot-

²³ Siehe zu den Textfassungen oben S. 124 (Weitgehende Neufassung von Art. 35 und 405 OR).

²⁴ EXPERTENKOMMISSION, Protokoll der 31. Sitzung vom 11. November 2002, S. 3918. Siehe dazu auch REUSSER, Basler Kommentar, N. 48 zu Art. 374 ZGB.

²⁵ REUSSER, Basler Kommentar, N. 48 zu Art. 374 ZGB. Anzumerken ist, dass RUTH REUSSER die Expertenkommission leitete.

²⁶ VORENTWURF rev. ZGB, Juni 2003, S. 38.

²⁷ EXPERTENKOMMISSION, Bericht Juni 2003, S. 109.

schaft zum Gesetzesentwurf nicht. Der Botschaftstext übernimmt an dieser Stelle praktisch wörtlich die Ausführungen der Expertenkommission.²⁸ Neben dem Wortlaut von Art. 397a OR spricht demnach auch die Historie dafür, dass die Meldepflicht sich nicht auf Auftragsverhältnisse beschränkt, in denen für den Fall der Urteilsunfähigkeit eine Weitergeltung vereinbart wurde.

4. Ergebnis

a) Missratene Klarstellung in Art. 35, 405 OR

Auch wenn mit den endgültigen Entwurfs- bzw. aktuellen Gesetzesfassungen von Art. 35 und 405 OR eine Relativierung der Zulässigkeit von Weitergeltungsklauseln nicht intendiert war,²⁹ so verfehlen sie doch ihr ursprüngliches Ziel, die Wirksamkeit solcher Klauseln klarzustellen. Das schadet insofern nicht, als das Bundesgericht in BGE 132 III 222 die Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln im Falle der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers bejaht und sich die neuere Lehre dieser Auffassung angeschlossen hat.

b) Neue Meldepflicht zum Schutz der Hilfsbedürftigen

Während in den früheren Entwurfsfassungen der Konnex zwischen Art. 35, 405 und 397a OR insbesondere auch aufgrund der parallelen Formulierungen in den drei Gesetzesbestimmungen deutlich zutage trat,³⁰ ist diese Verbindung im endgültigen Gesetzestext nicht mehr sichtbar. Dies schadet aber nicht: Die Meldepflicht gemäss Art. 397a OR war zwar Teil des «Massnahmenpakets» für die Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln. Sie erstreckte sich allerdings von Anfang an auf *alle* Beauftragten. In diesem Sinne ging sie von Beginn weg über den ursprünglichen Diskussionskontext hinaus. Wenn die Expertenkommission im Bericht zum Vorentwurf von 2003 und später die bundesrätliche Botschaft ausführen, die Meldepflicht in Art. 397a OR diene (allgemein) dem Schutz der Hilfsbedürftigen, so liegt darin keine Erweiterung des zunächst enger gefassten Anwendungsbereichs, sondern eine

²⁸ BOTSCHAFT ERWACHSENENSCHUTZRECHT, BBl 2006, S. 7112 f.

²⁹ REUSSER, Basler Kommentar, N. 48 zu Art. 374 ZGB.

³⁰ So verwendeten beispielsweise alle drei Bestimmungen im Zusammenhang mit der Urteilsunfähigkeit die Einschränkung «voraussichtlich dauernd». Art. 35 und 405 OR: «Voraussichtlich dauernder Verlust der Urteilsfähigkeit», Art. 397a OR: «Voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit».

Fortschreibung der ursprünglichen Intention, wie sie bereits in der ersten Entwurfsfassung der Meldepflicht zum Ausdruck kam.

III. Anwendungsbereich

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Meldepflicht gemäss Art. 397a OR ist Ausfluss und Konkretisierung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR³¹ und als solche grundsätzlich anwendbar auf alle Rechtsverhältnisse, bei denen diese zum Tragen kommt. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob im konkreten Fall eine Meldepflicht besteht. Dies hängt von den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen ab – namentlich, ob es sich um eine voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit handelt und ob die Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint. Hinzu kommen die weiteren Voraussetzungen, wonach der Beauftragte von der voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers Kenntnis hat oder Kenntnis haben und die Urteilsunfähigkeit im Bereich des Leistungsauftrags liegen muss. Diese Fragen werden an anderer Stelle vertieft behandelt.³²

a) Allgemein: Auftragsverhältnisse

Art. 397a OR ist auf alle Auftragsverhältnisse des Schweizerischen Rechts anwendbar. Als solche gelten Vertragsverhältnisse, die direkt oder subsidiär (vgl. Art. 394 Abs. 2 OR, Art. 425 Abs. 2 OR) den Regeln über den einfachen Auftrag unterstehen. Bankgeschäfte – jedenfalls solche mit Kundenbezug – weisen durchweg auftragsrechtliche Elemente, meist aber auch Tatbestandsmerkmale anderer Vertragstypen auf. Sofern einem dieser Elemente nicht übergeordnete Bedeutung zukommt (typischer Vertrag mit Beimischung),³³ handelt es sich um sogenannte gemischte Verträge. Ob und inwieweit Auftragsrecht auf solche Verträge zur Anwendung gelangt, ist eine Frage, die sich nicht schematisch beantworten lässt.³⁴ Die Rechtsprechung

³¹ Siehe oben S. 122 (Kontext) und S. 125 (Einführung einer allgemeinen Meldepflicht).

³² Siehe unten S. 139 (Voraussetzungen der Meldepflicht).

³³ AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Basler Kommentar, N. 9 zu Einl. Vor Art. 184 ff.

³⁴ Siehe nur schon die verschiedenen, in der Lehre vertretenen Theorien zur Rechtsanwendung bei gemischten Verträgen, etwa in: AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Basler Kommentar, N. 17 ff. zu Einl. Vor Art. 184 ff.; SCHLUEP, Innominatverträge, 800 ff.

des Bundesgerichts³⁵ betrachtet jede Rechtsfrage isoliert und anhand der individuellen Ausgestaltung des konkreten Vertrages («Ausdifferenzierungsprozess»)³⁶.

b) Anlageberatung und Vermögensverwaltung

Unstreitig ist die Anwendung von Auftragsrecht jedenfalls bei der Anlageberatung.³⁷ Diese zeichnet sich dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheide «zwar selber trifft, ihm die Bank jedoch dabei beratend zu Seite steht».³⁸ Auf ein solches Vertragsverhältnis ist die Meldepflicht nach Art. 397a OR folglich ohne weiteres anwendbar. Dasselbe gilt für die Vermögensverwaltung,³⁹ welche trotz Elementen des Hinterlegungsvertrages und der Kommission⁴⁰ gemäss ständiger Rechtsprechung⁴¹ und herrschender Lehre⁴² überwiegend dem Recht des einfachen Auftrages untersteht.

³⁵ BGE 131 III 528 E. 7.1.1 S. 531 f. (Hotel-Managementvertrag); BGE 118 II 157 E. 3 und 4 S. 161 ff. (Franchisevertrag); BGE 115 II 452 E. 3a S. 454 f. (Mietvertrag).

³⁶ Vgl. AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Basler Kommentar, N. 23 zu Einl. Vor Art. 184 ff.

³⁷ BGer Urteil 4A_444/2012 vom 10. Dezember 2012 E. 3.2 m.w.N. Siehe in der Literatur: ABEGGLEN, SZW 2007, S. 126; BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten, S. 15; EGGEN, SZW 2011, S. 627; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 1752 f.; GUGGENHEIM, pratique bancaire, S. 208; GUTZWILLER, Vermögensverwaltung, S. 34; FELLMANN, Berner Kommentar, N. 205 zu Art. 394 OR; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, S. 791; ROTH, Aufklärungspflichten, S. 11; SPÄLTI, Bank als Vermögensverwalterin, S. 137.

³⁸ BGer Urteil 4A_444/2012 vom 10. Dezember 2012 E. 3.2; BGer Urteil 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.1.

³⁹ Hierzu eingehend SETHE, Anlegerschutz, S. 24 (Umschreibung der Vermögensverwaltung), S. 59 ff. (Erscheinungsformen und Durchführung der Vermögensverwaltung).

⁴⁰ BGE 101 II 121 E. 1 S. 123. Vgl. ABEGGLEN, SZW 2001, S. 181 (auch Elemente des Girovertrages).

⁴¹ BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759 ; BGE 137 III 393 E. 2.1 S. 395; BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464; BGE 124 III 155 E. 2b S. 161; BGE 115 II 62 E. 1 S. 62.

⁴² ABEGGLEN, SZW 2001, S. 181; BIZZOZERO, Le contrat de gérance de fortune, S. 55; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 1589, 1679, 1852; GUGGENHEIM, pratique bancaire, S. 214; GUTZWILLER, Vermögensverwaltung, S. 26; HOFSTETTER, SPR VII/6 (2000), S. 5 f.; HOPT, Rechtsprobleme, S. 141 f.; THALMANN, ZSR 1994, S. 191; ZIMMERMANN, SJZ 1985, S. 138. Vgl. BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten, S. 16 (der zwischen dem Depotvertrag und dem Vermögensverwaltungsauftrag differenziert). Zur externen Vermögensverwaltung siehe ROTH, Dreiecksverhältnis, Rz. 52 (Beziehung Kunde-Bank: Anwendung der auftragsrechtlichen Sorgfaltserfordernisse) und Rz 66 ff. (Beziehung Kunde-Vermögensverwalter: einfacher Auftrag).

c) Execution Only

Auch auf die Konto-/Depot-Beziehung («Execution Only») ist gestützt auf die Verweisung in Art. 425 Abs. 2 OR grundsätzlich Auftragsrecht anwendbar.⁴³ Bei diesem Bank-Kundenverhältnis gehen Initiative bzw. Entscheid für die Vornahme von Effektengeschäften allein vom Kunden aus, ohne vorangehende Beratung durch die Bank.⁴⁴ Die Leistungspflichten der Bank bestehen dabei in der Orderausführung, der technischen Konto-/Depotführung sowie der Überwachung der Buchungsvorgänge.⁴⁵ Insofern untersteht die Bank auch in diesem Vertragsverhältnis der auftragsrechtlichen Meldepflicht. Tritt die Bank als Gegenpartei einer Erwerbs- oder Veräusserungstransaktion auf, liegt zwar ein Kaufvertrag vor (Art. 436 Abs. 3 OR).⁴⁶ Dessen Einbettung in das bestehende Auftragsverhältnis sowie die subsidiäre Anwendbarkeit der Auftragsrechts auf Kommissionsgeschäfte (Art. 425 Abs. 2 OR)⁴⁷ führt indessen auch hier zur Anwendbarkeit der auftragsrechtlichen Meldepflicht. Dass im Execution Only-Bereich die Geschäfte teilweise ohne unmittelbaren persönlichen Kontakt zwischen dem Kunden und der Bank abgewickelt werden, betrifft nicht den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 397a OR, sondern die (weitere) Voraussetzung der tatsächlichen oder möglichen Kenntnis der voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit des Kunden durch die Bank. Mit anderen Worten: Obwohl auch das Execution Only-Geschäft in den Anwendungsbereich der Meldepflicht fällt, wird man mit Blick auf die heute häufig anzutreffende elektronische Auftragserteilung gerade bei dieser Auftragsart auf Fälle stossen, bei denen es seitens der Bank an der tatsächlichen oder möglichen Kenntnis der kundenseitigen Urteilsunfähigkeit fehlt, womit auch die Meldepflicht entfällt.

⁴³ BGE 133 III 97 E. 7.1.1 und 7.1.2 S. 103; BGE 115 II 62 E. 1 S. 63. Siehe auch BGer Urteil 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.2. Für die Lehre: ABEGGLEN, SZW 2007, S. 126 f.; EGGEN, SZW 2011, S. 628; EMMENEGGER, Anlagekosten, S. 75; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das schweizerische Bankgeschäft, Rz. 729 ff.; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, S. 717.

⁴⁴ Siehe zum Ganzen EGGEN, SZW 2011, S. 628 f.

⁴⁵ Vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 769, 779-781; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, S. 717 ff. m.w.H.; siehe auch THALMANN, FS Druey, 976. Vgl. ferner BGE 94 II 167 E. 2 S. 169, wonach ein gemeinschaftliches Depot grundsätzlich den Bestimmungen über den Auftrag unterliegt, weil der «Schwerpunkt auf den Dienstleistungen der Bank» liegt.

⁴⁶ ABEGGLEN, SZW 2007, S. 126 f.; EGGEN, SZW 2011, S. 628 f. m.w.N.

⁴⁷ ABEGGLEN, SZW 2007, S. 126.

d) Andere kundenbezogene Bankverträge

Bei anderen Bank-Kundenverträgen ist das auftragsrechtliche Element weniger prävalent. In Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 397a OR ist angesichts der Gesetzessystematik nach der charakteristischen Leistungspflicht der Bank gegenüber ihrem Kunden zu fragen: Richtet sie sich nach den Regeln des Auftragsrechts, so muss auch die Meldepflicht nach Art. 397a OR auf das Vertragsverhältnis anwendbar sein. Wiederum ist aber darauf hinzuweisen, dass damit erst der sachliche Anwendungsbereich von Art. 397a OR festgelegt und noch *keineswegs die Meldepflicht an sich* bejaht wird, die von zusätzlichen Voraussetzungen abhängt.

Die reine Kontobeziehung⁴⁸ beruht auf dem Abschluss eines Kontokorrentvertrages und einer Giroabrede.⁴⁹ Die charakteristische Leistung der Bank besteht darin, Zahlungsaufträge auszuführen sowie Zahlungseingänge entgegenzunehmen und dem Konto gutzuschreiben.⁵⁰ Dabei ist die Bank zur getreuen und sorgfältigen Ausführung gemäss den Regeln über den einfachen Auftrag verpflichtet (Art. 398 OR), was zugleich die Anwendbarkeit der Meldepflicht (Art. 397a OR) impliziert. Dass Einzel- und Dauerzahlungsaufträge für sich genommen den Regeln des Anweisungsrechts unterstehen, ist von untergeordneter Bedeutung. Die Besorgung des Zahlungsverkehrs geschieht aufgrund der Leistungspflichten der Bank gemäss Giroabrede, weshalb die Geltung von Art. 397a OR nicht in Frage gestellt ist.⁵¹

Ähnliches gilt für die Schrankfachmiete, wo miet- und auftragsrechtliche Elemente aufeinander treffen.⁵² Massgebend für den Anwendungsbereich von Art. 397a OR ist wiederum der Charakter der Leistungspflichten der Bank. Diese bestehen bei der Schrankfachmiete in der Überwachung, Siche-

⁴⁸ Ohne Bezug zum Wertschriftengeschäft im weitesten Sinne.

⁴⁹ Ausführlich: KLEINER, Bankkonto, S. 275 ff. (Kontokorrent), S. 278 ff. (Girovertrag); GUGGENHEIM, pratique bancaire, S. 473 (Kontokorrent), S. 487 (Girovertrag). Siehe auch ABEGG ET AL., Schweizerisches Bankenrecht, 104 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 655 ff.; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, S. 411 ff. Eingehend zum Kontokorrent: ETTER, compte courant, S. 100.

⁵⁰ EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 656.

⁵¹ Vgl. ETTER, compte courant, S. 127 (Auftragsrecht scheinbar im Vordergrund). Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die Meldepflicht in einem solchen Fall an der fehlenden Kenntnis der Bank betreffend die Urteilsunfähigkeit des Kunden scheitern kann.

⁵² EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 809; ABEGG ET AL., Schweizerisches Bankrecht, S. 122. Das Bundesgericht scheint bisher von einem Mietvertrag auszugehen: BGE 129 II 438 E. 4.2 S. 447.

nung und Kontrolle der Tresoranlage sowie in der Mitwirkung bei jeder Öffnung und Schliessung des Tresorfaches. Sie werden den Regeln über den Auftrag unterstellt,⁵³ sodass auch hier die Anwendbarkeit von Art. 397a OR gegeben ist.

Anders ist die Rechtslage hingegen beim Wertsachen-Depot. Bei diesem sogenannten geschlossenen Depot⁵⁴ übergibt der Kunde der Bank physische Wertgegenstände in versiegelter oder sonst wie verschlossener Form.⁵⁵ Die Pflichten der Bank richten sich in diesen Fällen regelmässig ausschliesslich nach Hinterlegungsrecht (Art. 472 ff. OR).⁵⁶ Die Meldepflicht nach Art. 397a OR ist auf ein solches Rechtsverhältnis folglich nicht anwendbar. Allenfalls besteht parallel dazu eine melderechtlich relevante Bank-Kundenbeziehung wie etwa eine Vermögensverwaltung. Der Anwendungsbereich von Art. 397a OR beschränkt sich allerdings darauf und erstreckt sich nicht auf andere, dem Auftragsrecht nicht unterstehende Rechtsverhältnisse.

Die Rechtsnatur von Geldkreditverträgen ist umstritten.⁵⁷ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts werden Krediteröffnungs- bzw. Kreditverträge als Darlehen mit «dauerschuldrechtlichem Auftragseinschlag» verstanden.⁵⁸ Damit gemeint sind die Aufklärungs- und Beratungspflichten, die «bei gegebenem Auftragsverhältnis in Art. 398 OR als Sorgfalts- und Treuepflichten institutionalisiert sind».⁵⁹ Auch die Führung des mit der Kreditvergabe verbundenen Bankkontos sowie die Überwachung der Rückzahlungen unterliegen dem Auftragsrecht, weshalb hier von der Anwendbarkeit der auftragsrechtlichen Meldepflicht ausgegangen wird. Eindeutiger ist die Rechtslage im Falle eines Kreditauftrages nach Art. 408 OR, durch welchen sich die Bank verpflichtet, im eigenen Namen und auf eigene Rech-

⁵³ EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 809; ABEGG ET AL., Schweizerisches Bankrecht, S. 122.

⁵⁴ Zur Unterscheidung zwischen verschlossenen und offenen Depots siehe EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 736 f.; ABEGG ET AL., Schweizerisches Bankrecht, S. 119 f.

⁵⁵ EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 736.

⁵⁶ ABEGG ET AL., Schweizerisches Bankrecht, S. 119.

⁵⁷ GUGGENHEIM, *pratique bancaire*, S. 259 mit zahlreichen Nachweisen. Siehe auch EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, Rz. 872 (Beizug der Normen über das Darlehen und den Auftrag).

⁵⁸ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3, Pra 1998 Nr. 155 S. 828. Zu den daraus fliessenden Informationspflichten der Bank ausserhalb eines Beratungskontexts siehe EMMENEGGER, *Haftungsrisiken*, 48 ff.

⁵⁹ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3a, Pra 1998 Nr. 155 S. 828.

nung, jedoch unter Verantwortlichkeit des Auftraggebers, einem Dritten Kredit zu gewähren.⁶⁰ Das Rechtsverhältnis untersteht nebst den besonderen Bestimmungen des Kreditauftrages den allgemeinen Regeln des Auftragsrechts,⁶¹ weshalb die Geltung der Meldepflicht nach Art. 397a OR zu bejahen ist.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Laut Art. 397a OR untersteht der «Beauftragte» der Meldepflicht. In Frage kommen sowohl natürliche wie auch juristische Personen. Im Bank-Kundenverhältnis wird regelmässig die Bank, also eine juristische Person, beauftragt. Bankangestellte erfüllen deren vertraglichen Pflichten als Hilfspersonen. Meldepflichtig bleibt mithin die Bank als Vertragspartei und Beauftragte.

Als Auftraggeber i.S.v. Art. 397a OR kommen ausschliesslich natürliche Personen in Betracht. Nur sie können urteilsunfähig sein und dementsprechend Anlass zur Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde geben.

Nicht erfasst von der Meldepflicht gemäss Art. 397a OR ist der Fall, in dem eine natürliche Person als Stellvertreterin für die (natürliche oder juristische) Auftraggeberin handelt, und diese Stellvertreterin voraussichtlich dauerhaft urteilsunfähig wird. Vertragspartei und Auftraggeberin ist die vertretene Partei, nur für diese trifft die Bank als Beauftragte eine Meldepflicht an die Erwachsenenschutzbehörde. Hingegen ist es Ausfluss der Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR), dass die Bank, sollte sie Kenntnis von der Urteilsunfähigkeit der Stellvertreterin erhalten, dies der vertretenen Person meldet. Die Meldung betrifft aber in diesem Fall das vertragliche Innenverhältnis und nicht das behördliche Aussenverhältnis.

Hingegen *kann* die Bank unter Umständen eine entsprechende Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde erstatten. Grundlage dafür ist nicht Art. 397a OR, sondern Art. 443 Abs. 1 ZGB, wonach jede Person die Erwachsenenschutzbehörde informieren kann, wenn eine andere Person hilfsbedürftig erscheint. Zwar bleiben in Art. 443 Abs. 1 ZGB die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis vorbehalten. Wenn sich aber die Beziehung der Bank mit der Stellvertreterin im Stellvertretungsverhältnis erschöpft, so unterliegt sie nicht dem Bankgeheimnis. Ist die Stellvertreterin gleichzeitig Kundin der

⁶⁰ Siehe BGer Urteil 4C.217/2002 vom 24. Juni 2003 E. 2.1.

⁶¹ BGer Urteil 4C.217/2002 vom 24. Juni 2003 E. 2.2 m.w.N.

Bank und besteht ein Auftragsverhältnis, so kommt wiederum die reguläre Meldepflicht nach Art. 397a OR zum Zuge.

3. Sonderfrage: Kunden mit Wohnsitz im Ausland

Kommt auf das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Kunden das schweizerische Recht zur Anwendung, so unterliegt die Bank der Meldepflicht im Sinne von Art. 397a OR. Das wird auch bei Kunden mit Wohnsitz im Ausland regelmässig der Fall sein. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken enthalten meist eine entsprechende Rechtswahlklausel. Das schweizerische Recht wäre aber auch gestützt auf Art. 117 Abs. 2 lit. c IPRG anwendbar.

Das OR schreibt generell die Meldung an «die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers» vor. Die Bank muss daher eine solche Meldung an die entsprechende ausländische Behörde erstatten. Die Ermittlung der zuständigen Behörde wird regelmässig mit einem gewissen Aufwand verbunden sein. Die Bank kann diesen dem Kunden allerdings nur dann gesondert in Rechnung stellen, wenn dies vertraglich vereinbart worden ist. Auslagen wie Porti und andere Spesen müssen dagegen im Rahmen der Erstattungspflicht des Auftraggebers gemäss Art. 402 Abs. 2 OR ersetzt bzw. können mit dem Kundenguthaben verrechnet werden.

Nicht nur, aber möglicherweise in besonderem Masse kann sich allerdings bei Kunden mit Wohnsitz im Ausland die Frage stellen, ob eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint. Die Antwort erfordert eine vertiefte Überprüfung, worin die Interessenwahrung besteht.⁶²

IV. Der zwingende Charakter der Meldepflicht

Als zwingend gelten im OR jene Normen, die eine abweichende Parteivereinbarung nicht zulassen.⁶³ Ob eine Norm zwingend ist, muss durch Auslegung ermittelt werden, wobei man bei gewissen Vorschriften aufgrund des

⁶² Siehe dazu unten S. 152 (Zur Interessenwahrung angezeigt).

⁶³ Statt Vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, N. 646. Zu den unterschiedlichen Bedeutungen der «zwingenden Rechtsnormen» in den verschiedenen Rechtsgebieten siehe SCHWANDER, Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv?, S. 402. Siehe auch ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, S. 276 ff.

Wortlauts ohne weiteres auf die zwingende Natur schliessen kann.⁶⁴ Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Bestimmung eine abweichende Parteivereinbarung ausdrücklich untersagt,⁶⁵ oder wenn sie eine solche unmittelbar mit der Ungültigkeitssanktion belegt.⁶⁶

1. Wortlaut

Ein solcher Fall liegt bei Art. 397a OR nicht vor. Der vertragliche Verzicht auf die Meldepflicht wird weder ausdrücklich untersagt, noch unmittelbar (und explizit) mit der Ungültigkeitssanktion belegt. Allerdings *muss* gemäss Art. 397a OR der Beauftragte die Urteilsunfähigkeit seines Auftraggebers melden, wenn dies zur Interessenwahrung angezeigt erscheint. Der Wortlaut erlaubt demnach die Unterlassung der Meldung, sofern sie zur Interessenwahrung nicht angezeigt erscheint. Er indiziert aber gleichzeitig den zwingenden Charakter der Meldepflicht und damit die Unwirksamkeit eines allgemeinen vertraglichen Meldeverzichts. Konklusiv ist der Wortlaut von Art. 397a OR mit seiner «Muss-Formulierung» indessen nicht, denn das Obligationenrecht verwendet den Begriff «muss» in zahlreichen Bestimmungen, denen gemäss Lehre und Rechtsprechung kein zwingender Charakter zukommt.⁶⁷

2. Teleologie

Zusätzlich sprechen aber auch Sinn und Zweck der Norm dafür, dass die Meldepflicht nicht vertraglich wegbedungen werden kann. Die Meldepflicht wurde im Zuge des revidierten Erwachsenenenschutzrechts in das OR einge-

⁶⁴ So z.B. Art. 361 OR; Art. 34 Abs. 2 OR; Art. 100 Abs. 1 OR. KOLLER, OR AT, § 13 Rn. 108, weist zutreffend darauf hin, dass die Frage nach dem zwingenden Charakter einer Norm *immer* eine Auslegungsfrage ist.

⁶⁵ Für eine solche Bestimmung siehe Art. 361 OR, wonach von den dort aufgezählten arbeitsrechtlichen Vorschriften «nicht abgewichen» werden kann.

⁶⁶ Für eine solche Bestimmung siehe Art. 34 Abs. 2 OR, wonach der vorgängige Verzicht auf den Widerruf der Vollmacht «ungültig» ist. Ähnlich auch Art. 101 Abs. 1 OR.

⁶⁷ Der Begriff «muss» wird im Obligationenrecht über 200 Mal als Pflichtformulierung verwendet. In vielen Fällen ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Norm, dass die Parteien übereinstimmend anders disponieren können, so etwa im Fall von Art. 25 Abs. 2 OR, Art. 77 Abs. 3 OR, Art. 79 OR, Art. 172 OR. In Einzelfällen ist dies gar ausdrücklich statuiert, so etwa in Art. 211 Abs. 2 OR. In anderen Fällen bedeutet «muss» eine zwingende Bestimmung, z.B. Art. 13 OR, Art. 273 OR.

fügt und dient der materiellen Verwirklichung dieses Schutzrechts.⁶⁸ Sie steht damit in einem Kontext, der stark von öffentlichen Interessen geprägt ist. So geht es im Erwachsenenschutzrecht um den Schutz von hilfsbedürftigen Personen⁶⁹ durch eine effektive, professionelle Behörde, die minimal-invasiv agiert und damit der Selbstbestimmung dieser Personen möglichst weitgehend Rechnung trägt.⁷⁰ Damit fügt sich die Bestimmung in die allgemeine Zielsetzung zwingender Normen ein: Solche Normen dienen regelmässig dem Parteienschutz, oder sie bezwecken die Durchsetzung öffentlicher Interessen.⁷¹

Der zwingende Charakter rechtfertigt sich aber auch mit Blick auf die konkrete Regelung: Es wäre stossend, wenn das staatliche Auffangnetz für hilfsbedürftige Personen durch eine (regelmässig im Rahmen von AGB getroffene) Parteiabrede ausgehebelt werden könnte. Schliesslich muss man sich vor Augen führen, welcher Regelungssatz entstünde, wenn man die Meldepflicht in Art. 397a OR als dispositives Recht qualifizieren würde. Die Regel würde dann lauten: Auf die Meldepflicht kann verzichtet werden, *obwohl* diese zur Interessenwahrung angezeigt erscheint. Eine solche Regelung wäre sinnwidrig und würde der Zielsetzung des Erwachsenenschutzes diametral entgegenlaufen.

3. Historie

Auch die Historie von Art. 397a OR spricht eher für als gegen den zwingenden Charakter der Meldepflicht. Bereits im Zeitpunkt der Veröffentlichung des Vorentwurfs hatte sich die Regel zu einer allgemeinen Schutznorm zugunsten der Hilfsbedürftigen verfestigt.⁷² Geht es aber um den Schutz einer Person vor sich selbst, so spricht dies tendenziell für den zwingenden Charakter der entsprechenden Regelung.

⁶⁸ Zu diesem Aspekt der Meldepflicht siehe ROSCH, FamPra 2012, S. 1023; AUER/MARTI, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 443 ZGB.

⁶⁹ So ausdrücklich die Ausführungen der Botschaft zu Art. 397a OR, siehe BOTSCHAFT ERWACHSENENSCHUTZ, BBl 2006, S. 7112.

⁷⁰ Zu dieser Zielsetzung etwa BOTSCHAFT ERWACHSENENSCHUTZ, BBl 2006, S. 7042.

⁷¹ KOLLER, OR AT, § 13 Rn. 111.

⁷² VORENTWURF rev. ZGB, Juni 2003, S. 38; EXPERTENKOMMISSION, Bericht Juni 2003, S. 109. Siehe dazu auch oben S. 125 (Einführung einer allgemeinen Meldepflicht).

4. Systematik

Gegen den zwingenden Charakter der Meldepflicht sprechen die systematischen Gesichtspunkte, namentlich diejenigen der inneren Systematik.⁷³ So besteht die grundlegende Wertentscheidung des Vertragsrechts im dispositiven Charakter seiner Normen. Zwingendes Recht ist daher nur zurückhaltend anzunehmen.

Die systematische Auslegung erfordert zudem die möglichst weitgehende Widerspruchsfreiheit zwischen den Teilrechtsordnungen (Einheit der Rechtsordnung).⁷⁴ In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das Erwachsenenschutzrecht, das massgeblich im ZGB und nicht im OR geregelt ist, für die Beauftragten keine zwingende Meldepflicht vorsieht. Im Gegenteil: Zwar *kann* gemäss Art. 443 Abs. 1 ZGB jede Person der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Vorbehalten bleiben allerdings die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis. In praktischer Hinsicht sind aber diejenigen Beauftragten, die am Ehesten über die Urteilsunfähigkeit einer Person Kenntnis haben – nämlich die Anwältinnen, Notare, Ärztinnen, Banken – Geheimnisträger im Sinne von Art. 443 Abs. 1 ZGB.⁷⁵ Sie *dürfen* also nach den Regeln des Erwachsenenschutzrechts nicht ohne weiteres Meldung erstatten. Sind aber die relevanten Beauftragten von der «Kann-Meldung» ausgeschlossen, so ist dies ein Argument zugunsten der Möglichkeit einer vertraglichen Abbedingung der «Muss-Meldung» gemäss Art. 397a OR.

⁷³ In der Methodenlehre wird regelmässig zwischen der äusseren und der inneren Systematik unterschieden. Bei der inneren Systematik geht es um die Einordnung einer Norm in die Wertentscheidung des jeweiligen Gesetzes oder der Gesamtrechtsordnung. Bei der äusseren Systematik geht es im Kern um die Folgerungen, die aus der formalen Einordnung einer Norm in einen Bereich des Gesetzes zu ziehen sind (z.B. «Bank» im Sinne des Bankengesetzes im Gegensatz zu «Bank» im Sinne eines Grünanlagenreglements). Siehe dazu EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Berner Kommentar, N. 250 ff. zu Art. 1 ZGB. Aus der äusseren Systematik ergeben sich im vorliegenden Fall keine Schlüsse für oder gegen den zwingenden Charakter der Meldepflicht.

⁷⁴ Zu diesem Aspekt der systematischen Auslegung siehe EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Berner Kommentar, N. 245 ff. zu Art. 1 ZGB.

⁷⁵ Anwältinnen, Notare, Ärztinnen fallen direkt unter die Bestimmung über das Berufsgeheimnis in Art. 321 StGB. Für Banken gilt aufgrund Art. 47 BankG der Vorbehalt in analoger Anwendung.

5. Auslegungsergebnis

Gemäss ständiger Rechtsprechung und überwiegender Lehre hat die Auslegung unter Berücksichtigung des gesamten Auslegungskanons zu erfolgen, ohne dass die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung unterstellt sind (sog. «pragmatischer Methodenpluralismus»⁷⁶). Führen die einzelnen Auslegungselemente zu unterschiedlichen Ergebnissen, so ist im Einzelfall und mit Blick auf die «sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge» zu entscheiden, welchem Element oder welchen Elementen der Vorrang gebührt.⁷⁷ Sprechen mehrere Auslegungselemente für ein bestimmtes Auslegungsergebnis, so indiziert dies seine Richtigkeit. Ein gegenteiliges Auslegungsergebnis bleibt aber möglich: Die Auslegung ist ein argumentativer Entscheidungsprozess, bei dem die Auslegungselemente die Funktion von Argumenten übernehmen.⁷⁸ Sie sind zu wägen, nicht zu zählen.

Im Sinne dieser Erwägungen ist festzuhalten, dass Wortlaut, Teleologie und Historie von Art. 397a OR für den zwingenden Charakter der Meldepflicht sprechen. Massgebliches Gewicht kommt dabei dem teleologischen Auslegungselement zu. Die Meldepflicht dient der Verwirklichung des materiellen Erwachsenenschutzrechts.⁷⁹ Es besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der rechtzeitigen Kenntnisnahme einschlägiger Sachverhalte durch die Behörde. Regelungen zum Schutz öffentlicher Interessen sind im Allgemeinen zwingend ausgestaltet. Zudem kann es nicht dem Ziel einer Norm entsprechen, sinnwidrige Anordnungen zu treffen. Dies wäre aber der Fall, wenn man den dispositiven Charakter von Art. 397a OR bejaht. Denn in diesem Fall würde die Norm lauten: Eine Meldepflicht besteht aufgrund des vertraglichen Meldeverzichts selbst dann nicht, wenn die Interessenwahrung des Auftraggebers sie gebietet.

Die Systematik liefert demgegenüber keine gleichermassen tragfähige Begründung für den dispositiven Charakter der auftragsrechtlichen Meldepflicht. Zwar gehört die Vertragsinhaltsfreiheit zu den tragenden Pfeilern des Vertragsrechts und «unabänderliche Vorschriften des Gesetzes» (Art. 19

⁷⁶ Grundsatzentscheide: BGE 110 Ib 1 E. 2c/cc S. 8 (Methodenpluralismus); BGE 121 III 219 E. 1d/aa S. 225 (pragmatischer Methodenpluralismus).

⁷⁷ BGE 121 III 219 E. 1d/aa S. 225.

⁷⁸ Siehe dazu EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Berner Kommentar, N. 203 zu Art. 1 ZGB.

⁷⁹ ROSCH, FamPra 2012, S. 1023. Vgl. AUER/MARTI, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 443 ZGB (zur Meldepflicht nach Art. 443 ZGB).

Abs. 2 OR) sind zurückhaltend anzunehmen. Nichtsdestotrotz kennt das Vertragsrecht zwingende Normen. Es sind regelmässig solche, die dem Schutz der schwächeren Vertragspartei oder einem anderen öffentlichen Interesse dienen. Gerade die Meldepflicht nach Art. 397a OR fügt sich nahtlos in diese Zielsetzung ein. Was sodann das Argument der Einheit der Rechtsordnung angeht, so trifft es zu, dass das Erwachsenenschutzrecht für die Geheimnisträger eine Beschränkung des Melderechts (Art. 443 Abs. 1 ZGB) vorsieht. Aus dieser Beschränkung kann aber, auch wenn sie für einen praktisch relevanten Teil der potentiell meldepflichtigen Beauftragten gilt, nicht konklusiv auf den dispositiven Charakter der Meldepflicht geschlossen werden. Denn die Meldepflicht gemäss Art. 397a OR gilt nur im Falle der voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers. Es sind also längst nicht alle Fälle der Hilfsbedürftigkeit erfasst. In diesem Sinne spricht es auch nicht gegen die Kohärenz der Rechtsordnung, wenn für denjenigen Bereich, in dem die Hilfsbedürftigkeit das Extremstadium der voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit erreicht, eine Meldepflicht zwingend besteht.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR der Parteidisposition entzogen ist.

V. Die Voraussetzungen der Meldepflicht

Art. 397a OR setzt für die Meldepflicht erstens voraus, dass der Auftraggeber «voraussichtlich dauernd urteilsunfähig [wird]». Massgeblich für die Beurteilung ist das konkrete Auftragsverhältnis. Als subjektive Voraussetzung ist zudem notwendig, dass der Beauftragte Kenntnis von der dauerhaften Urteilsunfähigkeit hat oder nach Treu und Glauben haben muss. Schliesslich muss gemäss Wortlaut von Art. 397a OR die Meldung «zur Interessenwahrung angezeigt sein.»

1. Voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit

Voraussichtlich dauerhaft urteilsunfähig im Sinne von Art. 397a OR ist, *wem als Auftraggeber auf absehbare Zeit die intellektuelle und willensmässige Befähigung mangelt, die für das konkrete⁸⁰ Auftragsverhältnis notwendigen Rechtshandlungen vorzunehmen*. Der Auftraggeber ist also geistig nicht mehr in der Lage, die Tätigkeit des Beauftragten zu verstehen und zu überwachen sowie willensmässig die Konsequenzen aus dieser Erkenntnis zu ziehen. Dabei genügt es, wenn sich die mangelnde Befähigung aus Sicht des Beauftragten über eine längere Dauer erstreckt. Ob dies effektiv der Fall ist, wird die Erwachsenenschutzbehörde abklären.

a) Bereits eingetretene Urteilsunfähigkeit

Voraussetzung für die Meldepflicht ist die «voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit» des Auftraggebers. Der Wortlaut lässt zwei Auslegungen zu: Nach der einen Variante besteht eine Meldepflicht, wenn der Auftraggeber *voraussichtlich* – also künftig – dauernd urteilsunfähig *wird*. Die Meldepflicht entsteht nach dieser Auslegung bereits *vor* dem Eintritt der dauerhaften Urteilsunfähigkeit. Nach der anderen Variante besteht die Meldepflicht, wenn der Auftraggeber urteilsunfähig geworden und dieser Zustand *voraussichtlich* von Dauer *ist*.

Für die erste Variante spricht der deutsche Wortlaut der Bestimmung: «*Wird* der Auftraggeber [...]» indiziert, dass die Urteilsunfähigkeit noch nicht eingetreten sein muss. Demgegenüber sprechen der französische und der italienische Wortlaut für die zweite Variante: «*Lorsque le mandant est frappé d'une incapacité de discernement [...]*» bzw. «*Se il mandante e presumibilmente affetto da durevole incapacità di discernimento [...]*». Diese Wortwahl indiziert, dass die Meldepflicht erst ab dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit besteht.

Richtet man den Blick auf die Zielsetzung der Meldepflicht, so trägt die erste Variante dem Umstand Rechnung, dass der Verlust der Urteilsfähigkeit in vielen Fällen nicht schlagartig, sondern sukzessive eintritt. Dieser Verlust kann aber gerade bei älteren Menschen voraussehbar sein, indem sich die Hilfsbedürftigkeit immer stärker akzentuiert. Die Meldepflicht würde bereits in diesem Zeitpunkt greifen. Damit würde für die Hilfsbe-

⁸⁰ Zu diesem Element siehe unten S. 147 (Urteilsunfähigkeit im Bereich des Leistungsauftrags).

dürftigen ein Maximalschutz erreicht, weil die Erwachsenenschutzbehörde bereits in einem frühen Stadium einbezogen wird. Insofern kann man für die frühe Meldepflicht auch teleologische Argumente anführen.

Gegen die Ausdehnung der Meldepflicht auf die voraussehbare, aber erst künftig eintretende Urteilsunfähigkeit, spricht aber wiederum die Historie der Norm. Die Meldepflicht wurde von der Expertenkommission im Zusammenhang mit der Revision von Art. 35 und 405 OR eingeführt. Man wollte klarstellen, dass vertragliche Weitergeltungsklauseln für den Fall der Urteilsunfähigkeit des Vertretenen oder des Auftraggebers zulässig sind. Gleichzeitig sollte aber die Meldepflicht sicherstellen, dass die zuständige Behörde das Auftragsverhältnis überprüft.⁸¹ Unstreitig gilt als Erlöschensgrund für das Stellvertretungs- und das Auftragsverhältnis aber nur die eingetretene Handlungsunfähigkeit, und nicht die sich abzeichnende, voraussichtlich eintretende Urteilsunfähigkeit. Tatsächlich lautete Art. 397a OR in der Fassung des Vorentwurfs von 2003 wie folgt: «Tritt beim Auftraggeber ein voraussichtlich dauernder Verlust der Urteilsfähigkeit ein, so hat der Beauftragte [...]».⁸² Der bundesrätliche Entwurf verwendete demgegenüber die aktuell geltende Formulierung («Wird der Auftraggeber [...]»). Die Begründung für die Meldepflicht übernahm der Bundesrat hingegen wörtlich vom Bericht der Expertenkommission: Es werde «eine weitere Verpflichtung aufgeführt, die dem Schutz der Hilfsbedürftigen dient.» Daraus kann man schliessen, dass mit der neuen Formulierung keine materielle Änderung der vormals klar auf die bereits eingetretene Urteilsunfähigkeit abstellenden Meldepflicht beabsichtigt war.

Weiter sprechen systematische Gesichtspunkte für die zweite Auslegungsvariante. Zu den Kernpflichten des Beauftragten gehört die Pflicht zur Vertraulichkeit.⁸³ Die Urteilsunfähigkeitsmeldung an die Erwachsenenschutzbehörde bricht mit der Vertraulichkeit und damit mit einem Charakteristikum des Auftragsrechts. Die Pflicht zur Meldung sollte daher erst bestehen, wenn eine klare Notwendigkeit für eine behördliche Kenntnisnahme besteht.

Unter systematischen Gesichtspunkten ist weiter zu beachten, dass Personen, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, gemäss Art. 443 Abs. 1 ZGB das Melderecht nicht beanspruchen können. Diese Einschränkung wird

⁸¹ Siehe dazu oben S. 121 ff. (Entwicklungen im Normsetzungsverfahren).

⁸² Vorentwurf rev. ZGB (2003), S. 38.

⁸³ Statt Vieler: FELLMANN, Berner Kommentar, N. 42 zu Art. 398 OR.

zwar im Umfang der Meldepflicht in Art. 397a OR aufgehoben. Das lässt sich aber nur rechtfertigen, wenn die Meldepflicht auf den Extremfall der Hilfsbedürftigkeit – nämlich die effektiv eingetretene Urteilsunfähigkeit – beschränkt wird. Würden weitere Fälle der Hilfsbedürftigkeit unter die Meldepflicht gefasst, so bliebe kein Anwendungsbereich für den Vorbehalt des Berufsgeheimnisses in Art. 443 Abs. 1 ZGB. Die Kernordnung des Erwachsenenschutzes liegt im ZGB, weshalb besondere sorgfältig zu prüfen ist, ob eine auftragsrechtliche Auslegung dem Meldesystem von Art. 443 ZGB entgegenläuft. Die systematischen Gesichtspunkte (Einheit der Rechtsordnung) sprechen daher gegen die erste Auslegungsvariante. Keine solche Inkohärenz entsteht demgegenüber bei der zweiten Auslegungsvariante, weil in diesem Fall Art. 397a OR die Einschränkung des Melderechts nur in einem klar definierten Bereich aufhebt.

Für die zweite Auslegungsvariante spricht schliesslich, dass sie einen vernünftigen Ausgleich findet zwischen der Zielsetzung des Erwachsenenschutzes und der Belastung, welche die Meldepflicht für den Beauftragten bedeutet. Wie bereits erwähnt, ist seine Rechtsbeziehung zum Auftraggeber typischerweise von einer hohen Vertraulichkeit geprägt.⁸⁴ Entsprechend hoch ist aber für den Beauftragten auch die Schwelle für eine Meldung. Hinzu kommt, dass die wenigsten Beauftragten über das notwendige Fachwissen verfügen, um in einer Prä-Demenzphase den Krankheitsverlauf abzuschätzen. Insofern erscheint es auch aus Rechtssicherheitsgründen angezeigt, dass die Meldepflicht erst greift, wenn die Urteilsunfähigkeit eingetreten ist.

Im Ergebnis sprechen sowohl der französische und italienische Wortlaut des Gesetzes, seine Historie und die Systematik dafür, dass die Meldepflicht erst ab dem Zeitpunkt der eingetretenen Urteilsunfähigkeit besteht. Dass mit einer früher greifenden Meldepflicht ein Maximalschutz für die Hilfsbedürftigen erreicht würde, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Das Schutzziel wird durch die anderen Auslegungselemente nicht seines Inhalts entleert, sondern es wird lediglich auf ein vertretbares Mass beschränkt.

b) Dauernde Urteilsunfähigkeit

Das Gesetz verlangt eine «dauernde Urteilsunfähigkeit» des Auftraggebers. Im Bereich des Auftragsrechts bedeutet die dauerhafte Urteilsunfähigkeit,

⁸⁴ Siehe dazu FELLMANN, Berner Kommentar, N. 31, 42 zu Art. 398 OR.

dass der Auftraggeber auf absehbare Zeit hin geistig nicht mehr in der Lage ist, die ihm zufallenden Rechtshandlungen vorzunehmen, namentlich die Tätigkeit des Beauftragten zu verstehen und zu überwachen sowie willensmässig die Konsequenzen aus seiner Erkenntnis zu ziehen.

aa) Urteilsunfähigkeit: Einzelfallbezogen

Urteilsfähig ist nach dem Wortlaut von Art. 16 ZGB «jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.» Mit anderen Worten: Wer nicht urteilsunfähig ist, ist urteilsfähig, wobei Letzteres vermutet wird.⁸⁵

Bei der Beurteilung der Urteils(un)fähigkeit wird unterschieden zwischen dem intellektuellen und dem willensmässigen Element: Ersteres bedeutet die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen und zu würdigen. Die zweite Komponente bezieht sich auf das Vermögen, gemäss der vernünftigen Einsicht nach freiem Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung Widerstand zu leisten.⁸⁶

Die Frage, ob einer bestimmten Person diese geistigen Voraussetzungen fehlen, beurteilt sich nicht allgemein, sondern stets im Zusammenhang mit einer bestimmten Handlung bzw. Willenserklärung. Lehre und Rechtsprechung bezeichnen dies als *Grundsatz der Relativität der Urteilsfähigkeit*.⁸⁷ So kann eine Person in Bezug auf eine bestimmte Rechtshandlung über die nötige intellektuelle und willensmässige Befähigung verfügen, während sie andere, komplexere Entscheidungen nicht mehr treffen kann.

bb) Dauernde Urteilsunfähigkeit: Bezogen auf ein Handlungsspektrum

Stellt das Gesetz auf die «dauernde Urteilsunfähigkeit» ab, so wird damit die soeben beschriebene Relativität der Urteilsunfähigkeit teilweise zurück-

⁸⁵ BGE 134 II 235 E. 4.3.3. S. 241; 124 III 5 E. 1b S. 8. Siehe auch BUCHER, Berner Kommentar, N. 125 ff., 135 zu Art. 16 ZGB.

⁸⁶ BGE 124 III 5 E. 1a S. 7 f. m.w.N.; BGer Urteil 5A_439/2012 vom 13. September 2012 E. 2; BUCHER, Berner Kommentar, N. 44 ff. zu Art. 16 ZGB; BIGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 16 ZGB.

⁸⁷ Vgl. 117 II 231 E. 2a S. 232 f.; 124 III 5 E. 1a S. 8; 134 II 235 E. 4.3.2 S. 239. Für die Doktrin: BUCHER, Berner Kommentar, N. 87 ff. zu Art. 16 ZGB; BIGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar, N. 34 ff. zu Art. 16 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 06.50 ff.; WOLF/SETZ, Handlungsfähigkeit, 41 ff.

genommen.⁸⁸ Ist die Urteilsunfähigkeit von Dauer, so beschränkt sie sich nicht mehr auf eine einzelne Willenserklärung bzw. Handlung, sondern sie bezieht sich auf einen bestimmten Typus von Handlungen.⁸⁹ Welche Anforderungen dabei an die Dauer der Urteilsunfähigkeit gestellt werden, ist für jede Gesetzesbestimmung gesondert zu untersuchen.⁹⁰

Die Grundsätze zur «dauernden Urteilsunfähigkeit» wurden im Kontext des ZGB entwickelt, das – im Gegensatz zum OR – in mehreren Bestimmungen mit dem Begriff der dauernden Urteilsunfähigkeit operiert. Geht es etwa um die Anordnung der Gütertrennung aufgrund der dauernden Urteilsunfähigkeit des Ehegatten (Art. 185 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB), so ist die Urteilsunfähigkeit im Hinblick auf diejenigen Handlungen (Handlungstypen) entscheidend, die ein Ehegatte im Rahmen der Gütergemeinschaft oder der Errungenschaftsbeteiligung regelmässig vorzunehmen hat. Eine zentrale Rolle spielen dabei die verschiedenen Zustimmungserfordernisse (Art. 201 Abs. 2, 208 Abs. 1 Ziff. 1, 228 Abs. 1 ZGB). Geht es dagegen die dauernde Urteilsunfähigkeit des anderen Ehegatten im Zusammenhang mit der Einzeladoption (Art. 264b ZGB), so bezieht sich die Urteilsunfähigkeit auf die Frage, ob mit dem anderen Ehegatten ein Kindesverhältnis sinnvoll aufgebaut werden kann.⁹¹ Eine solche Frage umfasst notwendigerweise ein anderes Spektrum von Handlungen als dasjenige im Kontext der Ehegemeinschaft.

cc) Konsequenzen für die Meldepflicht

Auch bei der Meldepflicht geht es nicht um eine einzelne Willenserklärung, deren Tragweite vom Auftraggeber nicht mehr vernunftgemäss erkannt werden kann. Vielmehr geht es darum, dass dem Auftraggeber auf Dauer die intellektuelle und willensmässige Befähigung fehlt, um die ihm zufallenden Rechtshandlungen vorzunehmen. Zu den wesentlichen Rechtshandlungen des Auftraggebers zählen die Instruktion und Überwachung des Beauftragten und in die daran anschliessenden Folgehandlungen, namentlich die Fortführung, Modifikation oder Beendigung des Auftragsverhältnisses. Versteht der Auftraggeber, was das Auftragsverhältnis in den Grundzügen

⁸⁸ BUCHER, Berner Kommentar, N. 21, 33 zu Art. 16 ZGB. Darauf Bezug nehmend HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, N. 41 zu Art. 185 ZGB.

⁸⁹ BUCHER, Berner Kommentar, N. 33 zu Art. 16 ZGB. Ähnlich für den Fall von Art. 185 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB (Gütertrennung): HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, N. 41 zu Art. 185 ZGB.

⁹⁰ BUCHER, Berner Kommentar, N. 33 zu Art. 16 ZGB.

⁹¹ HEGNAUER, Berner Kommentar, N. 16 zu Art. 264b ZGB.

beinhaltet und welche Zwecke er damit verfolgt?⁹² Ist er in der Lage, die effektive Tätigkeit des Beauftragten an der vereinbarten Tätigkeit zu messen? Besitzt er die Fähigkeit, entsprechend seiner Erkenntnis zu handeln? Im Bereich der Vermögensverwaltung besteht diese Befähigung etwa darin, die einmal gewählte Anlagestrategie weiterhin zu verstehen und einen allfälligen Anpassungsbedarf erkennen bzw. nachvollziehen zu können. Weiter gehört dazu die Fähigkeit, die Einhaltung der Anlagestrategie zu überprüfen. Auch muss der Auftraggeber geistig in der Lage sein, die Kostenstruktur der Dienstleistung und die Performance seines Portfolios zu verstehen. Besteht ein Handlungsbedarf, so muss der Auftraggeber zudem in der Lage sein, willensmässig entsprechend zu handeln.

Für die Dauerhaftigkeit ergibt sich aus der allgemeinen Begriffsbestimmung, dass diese über eine längere Zeitspanne bestehen muss. Für die genaue Länge ist gemäss Lehre auf den konkreten Sachzusammenhang abzustellen.⁹³ Eindeutig erfasst werden Fälle von Demenzerkrankungen und anderen Geisteskrankheiten, die nach dem heutigen Stand der Medizin nicht geheilt werden können. Gleichermassen eindeutig nicht erfasst sind vorübergehende Zustände der Urteilsunfähigkeit, etwa aufgrund eines Rausches. Zwischen den beiden Polen liegt das Spektrum, das einer Einzelbetrachtung bedarf. Denn unbestrittenermassen erfasst die «dauernde Urteilsunfähigkeit» auch Fälle, die nicht auf alle Zukunft hin bestehen.⁹⁴

Bei der Meldepflicht auf den Sachzusammenhang abstellen bedeutet, eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die das konkrete Auftragsverhältnis in den Blick nimmt, daneben aber auch den Schutzzweck der Meldepflicht und deren Konsequenzen im Auge behält. Erfordert das Auftragsverhältnis kontinuierliche Rechtshandlungen seitens des Auftraggebers (z.B. die Zustimmung zu Rechtshandlungen im laufenden Prozess), so wird man die Urteilsunfähigkeit schon bei einer kurzen Zeitspanne als dauerhaft beurteilen. Besteht dagegen ein Vermögensverwaltungsvertrag, der jährlich von den Parteien überprüft und neu verhandelt wird, so erscheint es vertretbar,

⁹² Siehe dazu auch LANGENEGGER, Erwachsenenschutz, N. 9 zu Art. 360 OR: Der Beauftragte «ist stets zur Meldung verpflichtet, wenn der Auftraggeber dauernd urteilsunfähig wird und *deshalb* die Tätigkeit des Beauftragten nicht einmal mehr *in den Grundzügen* zu kontrollieren vermag.» (Hervorhebung hinzugefügt). Noch weitergehend MEIER, Perte du discernement, S. 51: «Dans la mesure toutefois ou la surveillance et l'instruction du mandataire *ne sont plus possibles* [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁹³ Vgl. etwa HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, N. 41 zu Art. 185 ZGB.

⁹⁴ BUCHER, Berner Kommentar, N. 22 zu Art. 16 ZGB.

eine krankheitsbedingte Urteilsunfähigkeit von wenigen Monaten als nicht dauerhaft anzusehen.

c) Dauerhaftigkeit aus Sicht des Beauftragten

Schliesslich bleibt zu klären, was das Gesetz meint, wenn es von der «voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit» spricht. Im ursprünglichen «Revisionsdreiklang» von Art. 35, 405 und 397a OR war die «*voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit*» in jeder der genannten Bestimmungen enthalten.⁹⁵ Beibehalten wurde er am Ende nur in Art. 397a OR. Bei Art. 35 und 405 OR entschied man sich – abgesehen von einer minimalen Änderung – für die Belassung der Textfassungen von 1911. Der Grund hierfür lag allerdings nicht in der Qualifikation der Urteilsunfähigkeit als «voraussichtlich dauernde», sondern darin, dass Art. 35 und 405 OR auch juristische Personen erfassen, die nicht urteilsunfähig, sondern nur handlungsunfähig sein können.⁹⁶ Art. 35 und 405 OR knüpfen daher weiterhin an die Handlungsunfähigkeit an.

Im ZGB finden sich – wie bereits erwähnt – mehrere Bestimmungen, welche auf die «dauernde Urteilsunfähigkeit» abstellen.⁹⁷ Keine Verwendung findet dagegen die «*voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit*». In dieser Beziehung ist also Art. 397a OR ein Einzelfall. Diese Sonderstellung rechtfertigt sich insofern, als bei den Tatbeständen des ZGB die Urteilsunfähigkeit oft und teilweise gar zwingend⁹⁸ von einem medizinischen Sachverständigen festgestellt wird. Sie steht zudem immer im Zusammenhang mit einem behördlichen Verfahren (Adoption, Gütertrennung). Demgegenüber

⁹⁵ Art. 35 und 405 OR: «Voraussichtlich dauernder Verlust der Urteilsfähigkeit», Art. 397a OR: «Voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit». Siehe dazu EXPERTENKOMMISSION, Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000, S. 11. Identisch auch der Vorentwurf vom 4. Mai 2000, S. 38 (Anhang)

⁹⁶ EXPERTENKOMMISSION, Protokoll der 31. Sitzung vom 11. November 2002, S. 3918; REUSSER, Basler Kommentar, N. 48 zu Art. 374. Siehe auch oben S. 126 (Sprachliches Rückkommen in Art. 35, 405 OR).

⁹⁷ Art. 185 Abs. 2 Ziff. 5 u. Abs. 3 ZGB (Anordnung der Gütertrennung); Art. 264b Abs. 2 ZGB (Unmöglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption); Art. 265c Ziff. 1 ZGB (Adoption, Verzicht auf Zustimmung des dauernd urteilsunfähigen Elternteils des Kindes); Art. 492a rev. ZGB (Nacherbeneinsetzung). Im Ergebnis auch Art. 94 i.V.m. Art. 105 Ziff. 2 ZGB (Eheungültigkeit).

⁹⁸ So etwa bei der Einzeladoption gemäss Art. 264b ZGB, siehe dazu HEGNAUER, Berner Kommentar, N. 16 zu Art. 264b ZGB.

zielt die Meldepflicht gemäss Art. 397a OR darauf ab, dass der Beauftragte als medizinischer Laie eine Einschätzung trifft, die erst eine behördliche Abklärung über die dauerhafte Urteilsunfähigkeit auslöst. Sie entlastet damit auch den Meldepflichtigen, der sich bei der Meldung auf seine nach Treu und Glauben getroffene Wahrnehmung verlassen darf.

d) Fazit

Für die voraussichtlich dauerhafte Urteilsunfähigkeit im Sinne von Art. 397a OR kann demnach Folgendes festgehalten werden: Die Urteilsunfähigkeit muss bereits eingetreten sein. Sie muss zudem auf Dauer bestehen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die absehbare Zeitspanne der Urteilsunfähigkeit so lange dauert, dass der Auftraggeber die ihm obliegenden Rechtshandlungen nicht innert nützlicher Frist vornehmen kann. Die nützliche Frist beurteilt sich nach dem konkreten Auftragsverhältnis. Indem das Gesetz von der «voraussichtlich dauerhaften Urteilsunfähigkeit» spricht, trägt es dem Umstand Rechnung, dass die Meldepflicht nicht im Anschluss an eine Untersuchung des geistigen Zustands des Auftraggebers entsteht, sondern dass sie diese Untersuchung erst auslösen soll, und weiter, dass der Meldepflichtige in aller Regel ein medizinischer Laie ist.

2. Urteilsunfähigkeit im Bereich des Leistungsauftrags

Die «dauerhafte Urteilsunfähigkeit» gemäss Art. 397a OR muss in einem Bereich bestehen, der den Pflichtenkatalog des *konkreten* Auftragsverhältnisses berührt. Denn nur innerhalb dieses Katalogs ist der Auftraggeber zum Handeln verpflichtet, und nur mit Blick auf diesen Katalog muss er auch die Fähigkeit haben, die Handlungen seines Beauftragten zu überprüfen. Diese Präzisierung bedarf der weiteren Begründung:

a) Sektorialität von Auftragsverhältnissen

Das Auftragsverhältnis berührt nicht immer den Bereich, für den eine Urteilsunfähigkeit vorliegt. Das wird ohne weiteres deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass Auftragsverhältnisse immer nur einen bestimmten Lebensausschnitt betreffen: Die Ärztin behandelt eine Krankheit, die Pflegerin hilft der betagten Person bei der täglichen Routine, der Anwalt berät oder vertritt seine Klientin in einer bestimmten Rechtssache, der Notar beurkundet ein einzelnes Rechtsgeschäft, die Bank berät den Kunden in finanziellen Angelegenheiten oder legt im Rahmen eines Vermögensverwaltungs-

vertrags dessen Vermögen an. Die Urteilsunfähigkeit kann aber in einem anderen Bereich auftreten: Die Pflegerin, die der betagten Person jederzeit attestieren würde, dass letztere in der Lage ist, die alltäglichen Geschäfte selbstverantwortlich vorzunehmen und den Haushalt vernünftig zu führen, bemerkt aufgrund herumliegender Unterlagen, dass die betagte Person ihr angespartes Vermögen in hochkomplexe und riskante Finanzprodukte investiert, und sie die Tragweite dieser Entscheidungen offensichtlich nicht mehr erfasst. Die vermögensverwaltende Bank, die ihrer betagten Kundin attestieren würde, dass sie die bisherige, konservativen Anlagestrategie hinsichtlich ihres Wertschriftenportfolios vollumfänglich versteht, erfährt, dass die Kundin im Begriff ist, ihre kostbare Bildersammlung oder andere Wertgegenstände einer undurchsichtigen Organisation oder einem plötzlich aufgetauchten Neffen zu übergeben.

b) Meldepflicht nur im einschlägigen Bereich

Eine Meldepflicht besteht nur, wenn die dauerhafte Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers in den Bereich des vertraglich vereinbarten Pflichtenkatalogs fällt. Wenn also der Beauftragte lediglich *bei Gelegenheit* seiner Auftragsausführung feststellt, dass dem Auftraggeber in anderen Bereichen die Urteilsfähigkeit fehlt, so löst dies keine Meldepflicht aus. Aus Art. 397a OR resultiert keine Generalfürsorgepflicht des Beauftragten im Sinne einer umfassenden, sich auf alle Lebensbereiche erstreckende Meldepflicht.

Für eine umfassende Meldepflicht kann man zwar anführen, dass die Meldepflicht dem Schutz der Hilfsbedürftigen dient und dass dieser Schutz am besten gewährleistet ist, wenn die Erwachsenenschutzbehörde möglichst umfassend Kenntnis von Fällen der Hilfsbedürftigkeit erlangt. Hingegen ist zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber mit Art. 397a OR ein Instrument einführen wollte, welches die Beauftragten global in den Dienst des Erwachsenenschutzes stellt. Eine solche Indienstnahme von Privaten für öffentliche Zwecke hätte im Gesetz klar zum Ausdruck gebracht werden müssen.

Für eine Beschränkung auf die Urteilsunfähigkeit *im Kontext* des konkreten Auftragsverhältnisses sprechen auch systematische Gesichtspunkte. Die Meldepflicht ist im Auftragsrecht verankert. Beim Auftrag geht es um eine Zweiparteienbeziehung mit einer konkreten Leistungsvereinbarung. In diesem Rahmen treffen den Beauftragten allgemeine Sorgfaltspflichten, die neu durch eine Meldepflicht ergänzt wurden. Die allgemeinen Sorgfaltspflichten betreffen das jeweilige Auftragsverhältnis und gehen nicht darüber hinaus. Nichts anderes kann für die Sorgfaltspflicht hinsichtlich der dauernden Ur-

teilsunfähigkeit des Auftraggebers gelten. Hier ist möglicherweise gar besondere Zurückhaltung angebracht, weil sich die Sorgfalt nicht in einer Handlung innerhalb der Zweiparteienbeziehung ausdrückt, sondern in einer Meldung an eine Behörde.

Dass die «dauerhafte Urteilsunfähigkeit» gemäss Art. 397a OR den Pflichtenkatalog des *konkreten* Auftragsverhältnisses berühren bzw. beeinträchtigen muss, wird auch durch die Historie der Norm gestützt. Ausgangspunkt für die gesetzliche Verankerung der Meldepflicht waren die Bestimmungen in Art. 35 und 405 OR. Sie handeln von der Wirkung der Urteilsunfähigkeit auf das Stellvertretungs- bzw. das Auftragsverhältnis. Sowohl Art. 35 OR als auch Art. 405 OR knüpfen aber nur dann eine Wirkung an die Urteilsunfähigkeit, wenn das *konkrete* Stellvertretungs- bzw. Auftragsverhältnis davon berührt ist. Mit Blick auf Art. 35 und 405 OR ist die Urteilsunfähigkeit also kontextbezogen. Nichts anderes kann für die Meldepflicht gelten.

Mit Blick auf die eingangs genannten Beispiele⁹⁹ kann man daher festhalten: Die Pflegerin, die der betagten Person attestieren würde, dass sie in der Lage ist, die alltäglichen Geschäfte selbstverantwortlich vorzunehmen und den Haushalt vernünftig zu führen, ist nicht meldepflichtig gemäss Art. 397a OR, wenn sie aufgrund herumliegender Unterlagen merkt, dass die betagte Person ihr angespartes Vermögen in hochkomplexe und riskante Finanzprodukte investiert, und sie die Tragweite dieser Entscheidungen offensichtlich nicht mehr erfasst.¹⁰⁰ Auch die vermögensverwaltende Bank, die ihrer betagten Kundin attestieren würde, dass sie die bisherige, konservativen Anlagestrategie hinsichtlich ihres Wertschriftenportfolios vollumfänglich versteht, muss keine Meldung erstatten, wenn sie erfährt, dass die Kundin im Begriff ist, ihre kostbare Bildersammlung oder andere Wertgegenstände einer undurchsichtigen Organisation oder einem plötzlich aufgetauchten Neffen zu übergeben. Dasselbe gilt, wenn die Kundin nicht die Bildersammlung übergeben, sondern ihr Haus überschreiben will. Für die Eigentumsübertragung an Immobilien ist der (beauftragte) Notar zuständig, der zudem von Amtes wegen zur Überprüfung der Urteilsfähigkeit verpflichtet ist.

⁹⁹ Siehe oben S. 147 (Sektorialität von Auftragsverhältnissen).

¹⁰⁰ Hingegen steht es der Pflegerin offen, eine Meldung nach Art. 443 Abs. 1 ZGB zu erstatten.

c) Fazit

Zusammengefasst kann man festhalten: Aus der Meldepflicht resultiert keine Generalfürsorgepflicht des Beauftragten. Sie wird nicht schon dann ausgelöst, wenn der Beauftragte bei Gelegenheit seiner Auftragsausführung feststellt, dass dem Auftraggeber in anderen Bereichen die Urteilsfähigkeit fehlt. Vielmehr muss sich die Urteilsunfähigkeit auf Bereiche beziehen, die vom konkreten Auftragsverhältnis erfasst werden.

3. Kenntnis des Beauftragten

Die Meldepflicht gemäss Art. 397a OR setzt voraus, dass der Beauftragte Kenntnis von der voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers hat. Diese Voraussetzung wird zwar vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, sie ergibt sich aber aus dem Prinzip der sorgfältigen Auftragsausführung (Art. 398 Abs. 2 OR), auf der die Meldepflicht fusst. Das sorgfältige Handeln setzt die Kenntnis der Umstände voraus, unter denen das Auftragsverhältnis stattfindet. Eine Informationslücke kann dem Beauftragten grundsätzlich nicht angelastet werden. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Beauftragte zwar keine entsprechende Kenntnis hat, diese aber bei sorgfältigem und sachgemässen Verhalten haben müsste.

a) Keine periodische Überprüfungspflicht

In seiner ursprünglichen Form war das Auftragsverhältnis geprägt von einer engen persönlichen Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten. Das ist auch heute noch häufig der Fall – man denke nur an die anwaltschaftliche oder die ärztliche Tätigkeit, an die Vermögensverwaltung sowie an die vielen Formen der Beratungsgeschäfte. Selbst bei diesen Rechtsbeziehungen kann es aber vorkommen, dass im Rahmen eines Dauerverhältnisses zwischen den einzelnen persönlichen Kontakten viel Zeit vergeht. Hinzu kommen heute zahlreiche standardisierte Formen von auftragsrechtlichen Beziehungen, die entweder von Beginn weg oder in ihrem weiteren Verlauf ohne unmittelbaren persönlichen Kontakt zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten abgewickelt werden – im Bankenkontext sind dies beispielsweise die Online-Geschäfte. Dazwischen liegen auftragsrechtliche Beziehungen, die von punktuellen und eher oberflächlichen Kontakten geprägt sind – beispielsweise die bankbezogenen Schaltergeschäfte.

Angesichts der grossen Spannbreite bei der Intensität des persönlichen Kontakts zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber ist es offen-

sichtlich, dass der Beauftragte nicht in jedem Fall zeitnah über den Eintritt einer Urteilsunfähigkeit Kenntnis erlangt. Aus Art. 397a OR kann auch nicht auf eine periodische Überprüfungspflicht des Beauftragten geschlossen werden. Die Meldepflicht ist eine *weitere*, aber keineswegs die primäre Massnahme zum Schutz der Hilfsbedürftigen. Sie greift grundsätzlich nur, wenn der Beauftragte im Rahmen seiner Auftragstätigkeit von der Urteilsunfähigkeit Kenntnis erlangt.

b) Unmittelbare Kenntnis

Der Beauftragte kann von der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers unmittelbar oder mittelbar Kenntnis erlangen. Mittelbar erfolgt die Kenntnisnahme, wenn er von Dritten über die Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers informiert wird. Unmittelbar erfolgt die Kenntnisnahme, wenn die Feststellung der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers auf der eigenen Wahrnehmung des Beauftragten beruht. Unmittelbare Kenntnis bedeutet in diesem Fall *Erkennbarkeit*. Wann sie vorliegt, entscheidet sich im Einzelfall, wobei namentlich dem Fachwissen und dem Erfahrungshorizont des Beauftragten Rechnung zu tragen ist. Während für spezialisierte, in der Psychiatrie tätige Fachpersonen oder Personen mit umfassendem Erfahrungshorizont wie Hausärzte höhere Anforderungen gelten, muss für die übrigen Beauftragten ohne weitere Abklärungen erkennbar sein, dass der Auftraggeber nicht mehr in der Lage ist, die Tragweite seiner Handlungen zu erfassen.

c) Mittelbare Kenntnis

Mittelbar erfolgt die Kenntnisnahme, wenn der Beauftragte von Dritten – etwa den Angehörigen – über die Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers informiert wird. Die Information kann aber auch von der Erwachsenenschutzbehörde selbst bzw. dem Beistand oder einem Vorsorgebeauftragten stammen. In seltenen Fällen wird er sie öffentlichen Quellen, etwa einem Zeitungsbericht, entnehmen können.

Bei der mittelbaren Kenntnisnahme stellt sich die Frage, inwieweit und auf welche Art und Weise der Beauftragte die Information betreffend die Urteilsunfähigkeit überprüfen muss. Die Frage erübrigt sich, wenn die Information von der Erwachsenenschutzbehörde, dem Beistand, dem Vorsorgebeauftragten oder – im Rahmen der Vertretungsbefugnis – vom gesetzlichen Vertreter stammt. In diesen Fällen entfällt dann auch die Meldepflicht,

weil sie zur Interessenwahrung nicht mehr notwendig ist.¹⁰¹ Wie aber ist der Fall zu beurteilen, in dem der Beauftragte von nahen Angehörigen oder von einem Bevollmächtigten über eine dauerhafte Urteilsunfähigkeit informiert wird? Beispielhaft: Der Sohn der Kontoinhaberin meldet der Bank, seine Mutter habe einen Schlaganfall erlitten, sie sei dauerhaft und schwerwiegend geistig beeinträchtigt. Muss die Bank eine solche Meldung überprüfen? Muss sie die Meldung auf jeden Fall überprüfen, oder nur, wenn sie ernsthafte Zweifel an deren Richtigkeit hat? Nach der hier vertretenen Auffassung besteht eine Überprüfungspflicht nur, wenn die Bank ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Information hat. Auch in einem solchen Fall muss sie sich nicht persönlich an das Krankenbett begeben, sondern es genügt in der Regel ein ärztliches Attest.

Schwieriger gestaltet sich folgender Fall: Die aufgeregten Angehörigen kontaktieren die Bank: Der Kontoinhaber wisse nicht mehr, was er tue, er gebe plötzlich unverhältnismässig viel Geld aus und sei verwirrt. Diese Art der Information ist nicht genügend präzise, um eine Kenntnis der Bank zu begründen und eine Meldepflicht auszulösen. Hingegen muss die Bank eine solche Information dennoch ernst nehmen. Wenn sie die Kundin nicht regelmässig sieht, muss sie diese allenfalls kontaktieren und sich ein Bild über deren Gesundheitszustand machen. Mit anderen Worten: Solche Informationen führen dazu, dass die Bank auf die Warnstufe schalten und im Verkehr mit der Kundin eine mögliche Urteilsunfähigkeit im Auge behalten muss. Sonst wird man ihr später vorwerfen können, sie hätte genügend Anzeichen für einen meldepflichtigen Tatbestand gehabt.

4. Meldung zur Interessenwahrung angezeigt

Gemäss Art. 397a OR muss der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde nur dann über die dauernde Urteilsunfähigkeit informieren, wenn eine solche Meldung «zur Interessenwahrung angezeigt erscheint».

a) Interessengefährdung als Regelfall

Ergeht eine Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde, so wird diese die notwendigen Abklärungen treffen und auch das Auftragsverhältnis mit Blick auf die Interessen des dauerhaft urteilsunfähigen Auftraggebers über-

¹⁰¹ Siehe dazu unten S. 155 (Genügende Interessenwahrung als Ausnahme).

prüfen. Aus dieser Rechtsfolge ergibt sich, dass eine Meldung immer dann zu erfolgen hat, wenn es notwendig erscheint, dass die Erwachsenenschutzbehörde eine solche Überprüfung vornimmt.

Diese Notwendigkeit wird zwar nicht immer, aber doch regelmässig zu bejahen sein. Denn die Gefährdungslage ergibt sich bereits daraus, dass der Auftraggeber den Beauftragten weder instruieren noch beaufsichtigen kann und ihm auch die Fähigkeit fehlt, das Auftragsverhältnis zu modifizieren oder es zu beenden. Damit besteht das Risiko, dass der Beauftragte die Interessen des Auftraggebers möglicherweise nicht mehr genügend wahrnimmt. Dieses Risiko genügt, ohne dass es Anzeichen dafür geben muss, dass der Beauftragte sich tatsächlich pflichtwidrig verhält oder verhalten wird.¹⁰² Un-erheblich ist auch, ob im konkreten Fall die (Selbst-)Gefährdung des Auftraggebers durch die umsichtige Fürsorge des Beauftragten neutralisiert werden kann. Es genügt die abstrakte Gefährdungslage, ohne dass es einer konkreten Gefährdung der Auftraggeberinteressen durch den pflichtwidrig handelnden Beauftragten oder durch die eigene Beratungsresistenz des urteilsunfähigen Auftraggebers bedarf. Im Ergebnis liegt im Tatbestandselement der Interessenwahrung keine massgebliche Einschränkung der Meldepflicht im Sinne von Art. 397a OR. Dies bedarf der weiteren Begründung:

Stellt man auf den Wortlaut von Art. 397a OR ab, so lässt dieser lässt offen, ob die Interessenwahrung eine Interessenverletzung oder eine Interessengefährdung voraussetzt, und ob das «sofern angezeigt» ein kleines oder ein grosses Fenster für den Meldeverzicht eröffnet. Für das Genügen einer abstrakten Interessengefährdung sprechen aber *teleologische Gesichtspunkte*. Die Meldepflicht dient dem Schutz von hilfsbedürftigen Personen.¹⁰³ Dies bedingt eine möglichst umfassende Kenntnis der Erwachsenenschutzbehörde über die Fälle von Hilfsbedürftigkeit. Hinzu kommt ein Weiteres: Stellt

¹⁰² Diesem Grundsatz folgt das Bundesgericht auch bei seiner Rechtsprechung zu den Retrozessionen, siehe dazu BGE 138 III 755 E. 5.3 und 5.5: Nicht erforderlich für die Herausgabepflicht ist, dass sich der Beauftragte (die Bank) tatsächlich pflichtwidrig verhält oder der Auftraggeber einen konkreten Nachteil erleidet (5.3). Es genügt die *Besorgnis*, der Beauftragte könnte *möglicherweise* die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend wahrnehmen (5.5). Für das Genügen einer hypothetischen Interessenkollision bei Art. 397a OR siehe auch BREITSCHMID, SJZ 2013, S. 252.

¹⁰³ So ausdrücklich die Ausführungen der Botschaft zu Art. 397a OR, siehe BOTSCHAFT ERWACHSENENSCHUTZ, BBl 2006, S. 7112. Zu diesem Aspekt der Meldepflicht siehe weiter ROSCH, FamPra 2012, S. 1023; AUER/MARTI, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 443 ZGB.

man auf eine konkrete Gefährdung der Auftraggeberinteressen ab, so würde eine Meldung in aller Regel unterbleiben. Denn meldepflichtig ist der Beauftragte, der – durchaus zu Recht – für sich selbst kaum je von einer Interessenverletzung gegenüber dem Auftraggeber ausgeht. Kommt es aber nie zur Meldung, so wird der Schutzzweck von Art. 397a OR vereitelt. Schliesslich ist selbst mit Blick auf die sorgfältigen und treuen Beauftragten nicht zu übersehen, dass sich diese in einem Interessenkonflikt befinden. Denn die Überprüfung des Auftragsverhältnisses könnte unabhängig von seiner bisherigen Sorgfalt zu einer Anpassung oder gar zur Beendigung des Auftragsverhältnisses führen.

Weiter sprechen *systematische Gesichtspunkte* dafür, dass die Meldepflicht zur Interessenwahrung regelmässig angezeigt ist. Das neue Erwachsenenschutzrecht kennt mit der gesetzlichen Vertretung, der Beistandschaft und dem Vorsorgeauftrag verschiedene Gefässe, die man einsetzen kann, wenn eine Person dauerhaft urteilsunfähig wird. Dass daneben noch freischwebende Mandate bestehen, von denen niemand offiziell Kenntnis hat, für die niemand verantwortlich ist und die von niemandem kontrolliert werden, widerspricht dem System des neuen Erwachsenenschutzrechts.¹⁰⁴

Was die *Historie* angeht, so kann auf die Ausführungen zur Entstehungsgeschichte verwiesen werden.¹⁰⁵ Die Expertenkommission verstand die Meldepflicht als Ausfluss der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht, die man im Zusammenhang mit der Revision von Art. 35 und 405 OR gesetzlich verankern wollte. Den Wortmeldungen und Arbeitspapieren ist zu entnehmen, dass man von einer generellen Meldepflicht ausging.¹⁰⁶ Dennoch war aber die Formulierung «sofern zur Interessenwahrung angezeigt» bereits im ersten Entwurf der zuständigen Arbeitsgruppe enthalten.¹⁰⁷ Es finden sich allerdings keine weiteren Ausführungen zu diesem Tatbestandselement, so dass die Materialien in diesem Punkt nicht schlüssig sind.

¹⁰⁴ Ob im Anschluss an eine Meldung ein Auftragsverhältnis selbstständig (ohne Kontrolle durch die Vorsorgebeauftragten, den Beistand oder den gesetzlichen Vertreter) weitergeführt werden kann, wird von der neueren Lehre verneint. Siehe RUMO-JUNGO, *Private Schutzmassnahme*, S. 241. Dafür noch die ältere Lehre, siehe STETTLER, *ZVW* 2003, S. 263 f.

¹⁰⁵ Siehe oben S. 121 ff. (Entwicklungen im Normsetzungsverfahren).

¹⁰⁶ EXPERTENKOMMISSION, Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», 2. Mai 2000, S. 5; EXPERTENKOMMISSION, Protokoll der 14. Sitzung vom 19./20. Oktober 2000, S. 1081.

¹⁰⁷ EXPERTENKOMMISSION, Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», 2. Mai 2000, S. 11. Siehe bereits oben S. 125 (Einführung einer allgemeinen Meldepflicht).

Insgesamt sprechen vorab Sinn und Zweck der Meldepflicht dafür, dass es regelmässig «zur Interessenwahrung angezeigt ist», eine Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde zu erstatten, wenn ein Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig ist. Auch die systematischen Gesichtspunkte sprechen für den Regelfall der Meldepflicht. Keine schlüssigen Hinweise liefern demgegenüber das grammatikalische und das historische Auslegungselement.

b) Genügende Interessenwahrung als Ausnahme

Dass die dauerhafte Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers regelmässig eine Überprüfung des Auftragsverhältnisses notwendig macht und eine Meldepflicht auslöst, wird auch von anderen Lehrmeinungen vertreten. So schreibt etwa MEIER: «[L]a marge de manœuvre du mandant est réduite à néant [...]»¹⁰⁸ Auch LANGENEGGER ist der Auffassung, die Voraussetzung der genügenden Interessenwahrung eröffnet dem Beauftragten keinen nennenswerten Ermessensspielraum: «[E]r ist stets zur Meldung verpflichtet, wenn der Auftraggeber dauernd urteilsunfähig wird und deshalb die Tätigkeit des Beauftragten nicht einmal mehr in den Grundzügen zu kontrollieren vermag.»¹⁰⁹

Tatsächlich ist aber ein Meldeverzicht nicht völlig ausgeschlossen. So ist die Interessenwahrung gewährleistet, wenn die Kontrolle des Beauftragten bereits sichergestellt ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Erwachsenenschutzbehörde, der von ihr eingesetzte Beistand oder der Vorsorgebeauftragte Kenntnis über das Auftragsverhältnis haben. Bei der gesetzlichen Vertretung durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner muss differenziert werden: Soweit das Auftragsverhältnis vom Vertretungsrecht erfasst wird, genügt die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters. Gerade bei Bankgeschäften gilt es aber zu beachten, dass Rechtshandlungen im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedürfen (Art. 374 Abs. 3 ZGB). Wo das Gesetz die gesetzliche Vertretung aus Schutzüberlegungen nicht ge-

¹⁰⁸ MEIER, *perte de discernement*, S. 51. Gleicher Auffassung LANGENEGGER, *Erwachsenenschutz*, N. 9 zu Art. 360 ZGB («kein nennenswerter Ermessensspielraum»).

¹⁰⁹ LANGENEGGER, *Erwachsenenschutz*, N. 9 zu Art. 360 ZGB.

nügen lässt, genügt auch die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters nicht, um die Interessenwahrung im Sinne von Art. 397a OR sicherzustellen.¹¹⁰

5. Fazit

Gemäss Art. 397a OR muss ein Beauftragter Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnort des Auftraggebers erstatten, wenn dieser voraussichtlich dauerhaft urteilsunfähig wird und die Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint. Die Meldepflicht setzt ein Vierfaches voraus: Es muss (1) eine voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers vorliegen, und zwar (2) im Bereich des Leistungsauftrags, der Auftraggeber muss darüber (3) Kenntnis haben und die Meldung muss (4) zur Interessenwahrung angezeigt sein.

Voraussichtlich dauernd urteilsunfähig im Sinne von Art. 397a OR ist, wem als Auftraggeber auf absehbare Zeit die intellektuelle und willensmässige Befähigung mangelt, die für das (konkrete) Auftragsverhältnis notwendigen Rechtshandlungen vorzunehmen. Die Meldepflicht entsteht erst, wenn die Urteilsunfähigkeit eingetreten ist. Entscheidend für die Frage der Dauerhaftigkeit ist das konkrete Auftragsverhältnis und die in diesem Rahmen vorzunehmenden Rechtshandlungen des Auftraggebers. Mit der Formulierung «*voraussichtlich* dauerhafte Urteilsunfähigkeit» wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Einschätzung durch einen Beauftragten erfolgt, der in aller Regel keine medizinische Fachperson ist.

Die dauerhafte Urteilsunfähigkeit muss zudem in einem Bereich bestehen, der den Pflichtenkatalog des konkreten Auftragsverhältnisses berührt. Die Meldepflicht begründet keine Generalfürsorgepflicht des Beauftragten und sie wird nicht schon dann ausgelöst, wenn der Beauftragte bei Gelegenheit seiner Auftragsausführung feststellt, dass dem Auftraggeber in anderen Lebensbereichen die Urteilsfähigkeit fehlt.

¹¹⁰ Angesichts der heutigen gesetzlichen Ausgestaltung des Erwachsenenschutzrechts muss auch die Auffassung STETTLERS aus dem Jahre 1983 als überholt gelten, wonach weitere private oder öffentliche Einrichtungen (z.B. Pro Senectute, Pro Infirmis) Gewähr für eine genügende Kontrolle des Auftraggebers bieten können, weshalb bei deren Kenntnis eine Interessenwahrung sichergestellt und eine Meldung verzichtbar wäre. Siehe hierzu STETTLER, ZVW 1983, S. 8. Der konkretisierende Hinweis bezüglich Pro Senectute und Pro Infirmis stammt von MARTIN STETTLER, er ist allerdings nicht publiziert.

Weiter setzt die Meldepflicht voraus, dass der Beauftragte von der dauerhaften Urteilsunfähigkeit Kenntnis hat oder bei sorgfältigem Verhalten Kenntnis haben müsste. Eine Pflicht zur periodischen Überprüfung besteht indessen nicht.

Schliesslich muss die Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheinen. Entscheidend ist, ob die Notwendigkeit besteht, dass die Erwachsenenschutzbehörde das Auftragsverhältnis mit Blick auf die veränderten Umstände überprüft. Nicht entscheidend ist, ob der Auftraggeber einer konkreten Gefährdung ausgesetzt ist – es geht in dieser ersten Phase nicht um die Modifikation oder Beendigung des Auftragsverhältnisses, sondern lediglich um dessen Überprüfung. Das aber setzt die Kenntnis der Erwachsenenschutzbehörde über die Existenz des Auftragsverhältnisses voraus. Daraus folgt, dass in aller Regel eine Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde zu erfolgen hat. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Instrumente des Erwachsenenschutzrechts bereits greifen, wenn also die Erwachsenenschutzbehörde, der von ihr eingesetzte Beistand oder der Vorsorgebeauftragte bereits Kenntnis vom Auftragsverhältnis haben. Soweit das Auftragsverhältnis inhaltlich in den Kompetenzbereich der gesetzlichen Vertretung fällt, genügt auch die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters.

VI. Die Legitimationsfunktion der Meldepflicht

Indem Art. 397a OR die Meldepflicht ausdrücklich statuiert, konkretisiert er die allgemeinen Sorgfaltspflichten des Beauftragten im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR. Gleichzeitig wird damit aber auch klargestellt, dass in diesem Bereich die Geheimnispflicht des Beauftragten nicht greift: Wo eine Meldepflicht besteht, kann in der Meldung keine Pflichtverletzung liegen.

1. Rechtliche Einordnung der «Demenz-Meldung»

a) Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB)

In unserer Rechtsordnung wird die Urteilsfähigkeit von volljährigen Personen vermutet.¹¹¹ Jede volljährige Person darf also grundsätzlich für sich in Anspruch nehmen, eigenständig und selbstverantwortlich am Rechtsleben

¹¹¹ BGE 134 II 235 E. 4.3.3. S. 241; 124 III 5 E. 1b S. 8. Siehe auch BUCHER, Berner Kommentar, N. 125 ff., 135 zu Art. 16 ZGB.

teilzunehmen. Wem diese Fähigkeit abgesprochen wird, ist in seiner Ehre verletzt. Eine entsprechende Äusserung gegenüber einem weiteren Personenkreis tangiert neben der Ehre die Intim- und Geheimsphäre der betroffenen Person. Die Meldung über eine voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit einer Person ist daher, auch wenn sie gegenüber einer amtlichen Stelle erfolgt, zunächst einmal eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB.

b) Verletzung des Datenschutzgesetzes

Nach Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG ist es privaten Personen namentlich untersagt, ohne Rechtfertigungsgrund besonders schützenswerte Personendaten einer betroffenen Person an Dritte bekannt zu geben. Als besonders schützenswert gelten Daten über die Gesundheit der betroffenen Person (Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG). Zu den «Dritten» im Sinne von Art. 12 DSG gehören auch amtliche Stellen, wie etwa die Erwachsenenschutzbehörde.¹¹² In der Meldung einer voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers liegt daher (in einem ersten Schritt) eine Verletzung des Datenschutzgesetzes.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Lehre und Rechtsprechung Art. 28 ZGB und die einschlägigen privatrechtlichen Bestimmungen des DSG als selbständige Normen(gruppen) nebeneinander bestehen.¹¹³ Mit der Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB ist also das Datenschutzgesetz nicht einfach «konsumiert», sondern seine Verletzung wird eigenständig geprüft.

c) Positive Vertragsverletzung (Art. 97 OR)

Die Wahrung der Persönlichkeitsrechte gehört zu den vertragsimmanenten Nebenpflichten eines jeden Schuldvertrags.¹¹⁴ Erfolgt eine solche Meldung

¹¹² Das ergibt sich aus der allgemeinen Begriffsverwendung des DSG, siehe dazu JÖHRI, N. 75 zu Art. 3 Bst. f DSG.

¹¹³ Vgl. etwa BGE 127 II 481 E. 1 ff. S. 483 ff. (Prüfung von beiden Rechtsgrundlagen). Siehe auch: AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, N. 545; ROSENTHAL/JÖHRI, Kommentar DSG, N. 2 zu Art. 2 DSG; ROSENTHAL, Kommentar DSG, N. 101 zu Art. 10a DSG; SCHMID, ZBJV 131 (1995), S. 817. A.A. BUCHER, Natürliche Personen, N. 464 (DSG tritt [weitgehend] an die Stelle von Art. 28 ZGB).

¹¹⁴ BRUNNER, Deliktsrechtliche Regeln, Rz. 501. Siehe auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, N. 2643 (Obhuts- und Schutzpflichten als vertragliche Nebenpflichten. Siehe weiter FELLMANN, Berner Kommentar, N. 45, 49 zu Art. 398 OR (Pflicht

im Kontext eines Vertragsverhältnisses, so stellt sie gleichzeitig eine positive Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 OR in Verbindung mit Art. 28 ZGB dar. Wurde im Rahmen des Vertragsverhältnisses zusätzlich eine Geheimniskontinuitätspflicht vereinbart, so wird der Vertrag zweifach verletzt: Einmal gestützt auf die allgemeinen Nebenpflichten und einmal gestützt auf eine ausdrücklich vereinbarte, spezifische Nebenpflicht.

d) Strafrechtliche Geheimnisverletzung

Handelt es sich bei der meldenden Person um einen Geheimnisträger im Sinne des Strafrechts, erfüllt die Meldung über die bestehende oder voraussichtliche dauernde Urteilsunfähigkeit der gemeldeten Person zusätzlich den Straftatbestand der Geheimnisverletzung.

Zu den relevanten Geheimnisträgern gehören Personen, die dem Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB)¹¹⁵ oder dem Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) unterstehen, und sodann – wenn auch weniger praxisrelevant – solche, die an das Börsengeheimnis (Art. 43 BEHG) gebunden sind.¹¹⁶

Soweit die Geheimniskontinuitätspflicht nicht gesetzlich vorgeschrieben, sondern einzig vertraglich vereinbart wird – etwa bei den Therapie- und Beratungsformen, die nicht unter die ärztliche Schweigepflicht fallen – so liegt darin, wie bereits oben festgehalten, eine positive Vertragsverletzung.

zur Verschwiegenheit gehört zu den auftragsrechtlichen Nebenpflichten, Schutz des Privatbereichs ist Ausfluss der Persönlichkeitsrechte). Weiterführend zu den Grundlagen für die auftragsrechtliche Geheimniskontinuitätspflicht in ihrer Funktion als vertragsrechtliche Nebenpflicht: EMMENEGGER/ZBINDEN, Bankgeheimnis, S. 203.

¹¹⁵ Die Grundnorm ist Art. 321 StGB. Sie nennt: Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen, Psychologen sowie ihre Hilfspersonen und schliesslich Studierende, die im Rahmen ihrer Ausbildung ein Geheimnis erfahren. Für die Psychologen und ihre Hilfspersonen gilt Art. 321 StGB seit dem 1. März 2013: Änderung von Art. 321 StGB im Zuge des Psychologieberufegesetzes vom 18. März 2011 (PsyG), AS 2012, S. 1929 ff. (S. 1942).

¹¹⁶ Kaum relevant dürfte im Zusammenhang mit den Meldepflichten das Prüfgeheimnis (Art. 129 KAG) oder das Fernmeldegeheimnis (Art. 322ter StGB) sein.

2. Die Meldepflicht als Rechtfertigungstatbestand

Sowohl das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht als auch die strafrechtlichen Geheimnistatbestände kennen ein System von Rechtfertigungsgründen. Für beide Rechtsgebiete gilt, dass ein gesetzlich erlaubtes oder gebotenes Handeln die Verletzungshandlung rechtfertigt (Art. 28 Abs. 2 ZGB, Art. 14 StGB).

a) Zivilrecht

Die Meldepflicht in Art. 397a OR stellt einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB dar. Wo das Zivilrecht ein Handeln zwingend vorschreibt, kann in diesem Handeln keine zivilrechtliche Widerrechtlichkeit liegen. Es entfällt die Persönlichkeitsverletzung und bei Vorliegen eines Vertrages zugleich die positive Vertragsverletzung, die daraus resultiert. Auch die Verletzung einer separat vereinbarten Geheimnispflicht fällt ausser Betracht: Die Meldung gemäss Art. 397a OR ist zwingendes Recht; in diesem Bereich kann eine Geheimnispflicht nicht gültig vereinbart werden.

b) Strafrecht

Auch für die strafrechtlichen Geheimnistatbestände (Art. 321 StGB, Art. 47 BankG) stellt Art. 397a OR einen Rechtfertigungsgrund für den Geheimnisbruch dar. Der Rechtfertigungsgrund der gesetzlich erlaubten Handlung im Sinne von Art. 14 StGB («Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, handelt rechtmässig [...]») erfasst nach herrschender Lehre und Rechtsprechung Erlaubnisse oder Gebote der gesamten Rechtsordnung, nicht nur diejenigen des Strafgesetzes.¹¹⁷ Zu den zivilrechtlichen Normen, die unter Art. 14 StGB und seiner Vorgängernorm (Art. 32 a StGB) als Rechtfertigungsgründe geprüft worden sind, gehören unter anderem das Recht des Ehegatten auf eheliche Gemeinschaft,¹¹⁸ die Zurückbehaltungsrechte nach

¹¹⁷ BGE 94 IV 5 E. 1 S. 7; BGE 128 IV 250 E. 3.2. S. 254. Beide Entscheide ergingen zu Art. 32 aStG. Für die Doktrin siehe: SEELMANN, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 14 StGB; STRATENWERTH, Strafrecht AT, § 10 N. 91 f. Siehe weiter TRECHSEL, Praxiskommentar (2012), N. 1 f. zu Art. 14 StGB (Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung).

¹¹⁸ BGE 127 IV 27 E. 3 S. 33.

Art. 895 ZGB¹¹⁹ oder das Selbsthilferecht des Besitzers nach Art. 926 ZGB.¹²⁰ Umso mehr muss Art. 397a OR, der – anders als die vorgenannten Privatrechtsbestimmungen – nicht nur ein *Recht*, sondern eine privatrechtlich zwingende *Pflicht* enthält, als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 14 StGB gelten.

Für die rechtfertigende Funktion von Art. 397a OR spricht sodann, dass die Bestimmung im Unterschied zur gleichzeitig eingeführten allgemeinen Meldeerlaubnis in Art. 443 Abs. 1 ZGB keinen Vorbehalt zugunsten der strafrechtlichen Geheimnispflicht enthält. Hinzu kommt, dass das Schutzziel der Meldepflicht vereitelt würde, wenn sie für einen gewichtigen Teil der Auftragsverhältnisse nicht gelten würde. Und schliesslich ist zu bedenken, dass die Meldepflicht nur die Extremsituation der voraussichtlich dauerhaften Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers betrifft.

VII. Das Verhältnis zur Meldeerlaubnis (Art. 443 Abs. 1 ZGB)

Art. 397a OR ist nicht die einzige Bestimmung, die eine Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde vorsieht. Gemäss Art. 443 ZGB kann jede Person der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint (Abs. 1). Wer in amtlicher Tätigkeit von einer solchen Person erfährt, ist meldepflichtig, wobei die Kantone weitere Meldepflichten vorsehen können (Abs. 2). Neu ist die allgemeine Meldeerlaubnis in Absatz 1; die amtliche Meldepflicht war in ähnlicher Form bereits in der bisherigen Gesetzesfassung verankert (Art. 369 Abs. 2 aZGB).

1. Allgemeine Verhältnisbestimmung

Zwischen der Meldeerlaubnis im Sinne von Art. 443 Abs. 1 ZGB und der Meldepflicht im Sinne von Art. 397a OR bestehen erhebliche Unterschiede: So ist die Rechtsnatur eine andere: Art. 443 Abs. 1 ZGB enthält einen Erlaubnistatbestand, Art. 397a OR statuiert eine Rechtspflicht. Auch ist der

¹¹⁹ BGE 122 IV 322 E. 2 S. 326 ff. (Retentionsrecht nach ausführlicher Prüfung *in casu* verneint).

¹²⁰ BGE 128 IV 250 E. 3.2 S. 253 f. (Rechtfertigung *in casu* verneint, weil dem Angeklagten keine unmittelbare Gefahr drohte und ihm der zivilrechtliche Rechtsweg offen stand).

persönliche Anwendungsbereich der Meldeerlaubnis sehr viel weiter gefasst: Sie gilt für «jede Person», während die Meldepflicht nur den Beauftragten trifft. Deutlich umfangreicher ist auch der sachliche Anwendungsbereich: Für die Meldeerlaubnis genügt es, dass die gemeldete Person hilfsbedürftig erscheint. Die Meldepflicht greift demgegenüber nur im Falle der voraussichtlichen dauernden Urteilsunfähigkeit.¹²¹

2. Verhältnis im Rahmen der Legitimationsfunktion

Gleich wie bei der auftragsrechtlichen Meldepflicht stellt sich bei der Meldeerlaubnis im Sinne von Art. 443 Abs. 1 ZGB die Frage, ob und inwieweit die Meldeerlaubnis einen Rechtfertigungsgrund bildet für die Rechtsverletzung, die eine Meldung über die Hilfsbedürftigkeit eines Dritten an sich beinhaltet.

a) Rechtliche Einordnung der «Bedürftigkeits-Meldung»

Die Rechtslage ist im Ausgangspunkt dieselbe wie bei der auftragsrechtlichen Meldepflicht: Die Meldung, wonach eine Person hilfsbedürftig sei, tangiert deren Ehre, deren Intim- und deren Geheimnisphäre. Sie verletzt daher grundsätzlich deren Persönlichkeit (Art. 28 ZGB), sie bildet einen Verstoss gegen das Datenschutzgesetz (Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG), sie stellt bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses eine Nebenpflichtverletzung dar und sie erfüllt bei gegebenen Voraussetzungen den Straftatbestand einer Geheimnisverletzung (Art. 321 StGB, Art. 47 BankG).

b) Die Meldeerlaubnis als Rechtfertigungstatbestand

Soweit allerdings Art. 443 Abs. 1 ZGB eine Meldung erlaubt, besteht ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund für die soeben genannten Verletzungstatbestände. Das steht angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmung und ihrer Zielsetzung, den Erwachsenenschutz zu stärken, ausser Frage. «Jede Person», seien es Nachbarn, Bekannte oder Geschäfts- bzw. Vertragspartner, können eine solche Meldung erstatten und sich dabei auf die Legitimationsfunktion von Art. 443 Abs. 1 ZGB berufen. Wer in amtlicher Funktion von

¹²¹ Zur geringen Relevanz der Interessenwahrung als weitere Voraussetzung der Meldepflicht siehe oben S. 152 (Meldung zur Interessenwahrung angezeigt).

einer solchen Person erfährt, ist nicht nur meldebefugt, sondern meldepflichtig (Art. 443 Abs. 2 ZGB).

c) Die Einschränkung der Rechtfertigung

Der Erlaubnistatbestand für die privaten Rechtsträger in Art. 443 Abs. 1 ZGB enthält allerdings eine gewichtige Einschränkung: Gemäss Art. 443 Abs. 1 Satz 2 ZGB bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis vorbehalten. Für diesen Bereich wird also die Legitimationsfunktion von Art. 443 Abs. 1 ZGB explizit zurückgebunden: Wer dem Berufsgeheimnis untersteht, kann sich nicht auf die Meldeerlaubnis in Art. 443 Abs. 1 Satz 1 ZGB berufen.¹²²

Welche Tätigkeiten oder Personen vom Berufsgeheimnis erfasst sind, sagt das ZGB nicht. Die Botschaft zum neuen Erwachsenenschutzrecht verweist auf Art. 321 Ziff. 2 StGB und präzisiert, die dort genannten Geheimnisträger müssten sich für die Meldung vorab von der Geheimnispflicht entbinden lassen.¹²³ Aus der Zielsetzung von Art. 443 Abs. 1 Satz 2 ZGB ergibt sich, dass unter das «Berufsgeheimnis» auch die verwandten Straftatbestände, namentlich das Bankgeheimnis (Art. 47 BankG), unter den Geheimnisvorbehalt fallen, geht es doch darum, dass die bestehenden, gesetzlich verankerten Vertraulichkeitsgebote der Rechtsordnung weiterhin Bestand haben sollen. Im Übrigen knüpft auch das Bankgeheimnis an die berufliche Tätigkeit der Geheimnisträger an; es ist eine klassische *lex specialis*, indem der Tatbestand von Art. 47 BankG die Merkmale der allgemeineren Norm (Art. 321 StGB) und darüber hinaus noch zusätzliche Merkmale enthält.¹²⁴

Im Ergebnis besteht also im Bereich der strafrechtlichen Geheimnispflicht eine Einschränkung der Meldeerlaubnis.

¹²² Möglich bleibt aber eine Meldung gestützt auf Art. 453 Abs. 2 ZGB. Siehe dazu auch GEISER, AJP 2012, S. 1693. Geheimnisträger i.S.v. Art. 321 StGB können sich zudem vom Berufsgeheimnis entbinden lassen (Art. 321 Abs. 2 StGB). Sodann haben auch die allgemeinen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Rechtfertigungsründe Bestand, also namentlich die Einwilligung des Verletzten und der Interessenvorrang. Zum Verhältnis der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe siehe EMMENEGGER/ZBINDEN, Bankgeheimnis, S. 220 ff., 253 ff.

¹²³ BOTSCHAFT ERWACHSENENSCHUTZRECHT, BBl 2006, S. 7076.

¹²⁴ Vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 82.

d) Fazit: Unterschiedliche Legitimationsfunktion der Meldeerlaubnis

Vergleicht man den Rechtfertigungstatbestand in Art. 443 Abs. 1 ZGB mit demjenigen in Art. 397a OR, so lässt sich Folgendes festhalten:

Die Meldeerlaubnis im Sinne von Art. 443 Abs. 1 ZGB ermächtigt «Jede Person» zu einer Meldung über die Hilfsbedürftigkeit einer Drittperson und rechtfertigt damit die Rechtsverletzungen, die ansonsten mit einer solchen Meldung einhergehen würden. Die Meldeerlaubnis gilt im ausservertraglichen wie im vertraglichen Bereich. Auch ein Beauftragter kann sich mithin auf die rechtfertigende Wirkung von Art. 443 Abs. 1 Satz 1 ZGB berufen. Für ihn und für alle «Meldewilligen» gilt indessen der Vorbehalt des strafrechtlichen Geheimnisgebots (Art. 443 Abs. 1 Satz 2 ZGB).

Hingegen gilt für den Beauftragten insoweit eine Sonderregel, als er zur Meldung verpflichtet ist, falls sein Auftraggeber voraussichtlich dauerhaft urteilsunfähig wird.¹²⁵ Im Rahmen dieser Sonderkonstellation entfaltet der strafrechtliche Geheimnisvorbehalt keine Wirkung.¹²⁶ Im Unterschied zur allgemeinen Meldeerlaubnis bildet also die auftragsrechtliche Meldepflicht auch im Hinblick auf die strafrechtlichen Geheimnispflichten einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund für die Rechtsverletzungen, die an sich mit einer solchen Meldung verbunden sind.

VIII. Schlussbemerkungen

Die Meldepflicht in Art. 397a OR ist die erste neue Gesetzesbestimmung, die in das Auftragsrecht eingefügt wurde, seit das Obligationenrecht vor 102 Jahren vom Parlament verabschiedet wurde.¹²⁷ Wenn der Gesetzgeber in den heiligen Hallen des Auftragsrechts eine neue Rechtsfigur aufstellt, so erwartet man eine substantielle Begründung, um nicht zu sagen: eine Rechtfertigung. Von alledem ist nichts geschehen. Der Vorentwurf zur Revision des ZGB begnügt sich für die Begründung von Art. 397a OR mit einem Satz:

¹²⁵ Zur praktisch geringen Tragweite der Interessenwahrung als weitere Voraussetzung für die Meldung siehe oben S. 152 (Interessengefährdung als Regelfall).

¹²⁶ Siehe dazu oben S. 160 (Strafrecht).

¹²⁷ Zuvor gab es im Jahr 2008 im Zusammenhang mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung einen neuen Absatz 3 in Art. 396 OR (in Kraft seit 1. Jan. 2011, AS 2010, S. 1739 (1841 f.); BBl 2006, S. 7221) und im Jahr 1971 im Zusammenhang mit der Revision des Arbeitsrechts eine sprachliche Anpassung in Art. 397 Abs. 1 OR (in Kraft seit 1. Jan. 1972, AS 1971, S. 1465 (1502), BBl 1967 II, S. 241 (464)).

«Zusätzlich zu den ‹Verpflichtungen des Beauftragten› (Art. 397 ff. OR) wird durch die vorgeschlagene Bestimmung unter dem Randtitel ‹Informationspflicht› eine weitere Verpflichtung aufgeführt, *die dem Schutz von Hilfsbedürftigen dient.*»¹²⁸ Dieser Satz findet sich praktisch wortgleich in der Botschaft zum neuen Erwachsenenenschutzrecht.¹²⁹ Das ist – vorsichtig ausgedrückt – ein bescheidener Anfang. Der vorliegende Beitrag hat den Versuch unternommen, einige Fragen aufzugreifen und sie einer ersten Klärung zuzuführen. Denn die wissenschaftliche Diskussion zu Art. 397a OR hat erst begonnen und man darf auf die weitere Konkretisierung und Ausdifferenzierung gespannt sein.

¹²⁸ EXPERTENKOMMISSION, Bericht Juni 2003, S. 109 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹²⁹ BOTSCHAFT ERWACHSENENSCHUTZRECHT, BBl 2006, S. 7112 f.

Erwachsenenschutzrecht: Behördliche Schutzmassnahmen und der Verkehr mit den Banken

Kurt Affolter-Fringeli, Ligerz*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	169
Materialien	173
I. Erwachsenenenschutzrecht: Von der Typenfixierung zur differenzierten Einheitslösung	174
1. Charakteristik des alten Massnahmenrechts	175
a) Typengebundenheit	175
aa) Entmündigung	176
bb) Verbeiratung	176
cc) Verbeiständung	177
b) Typenfixierung	178
2. Charakteristik des neuen Massnahmenrechts	178
a) Individualisierung	178
b) Vermeidung stigmatisierender Terminologie	179
c) Konzessionen gegenüber Rechtssicherheit	180
II. Schwächezustände nach neuem Recht	181
1. Indikationen des neuen Rechts	181
a) (Sozial-)Medizinische Indikationen	181
b) Vorübergehende Verhinderung	182
2. Unterschiede zum alten Recht	182
a) Weggefallene selbständige Indikationen	182
b) Höhere Interventionsschwellen	182
c) Verfahrensrechtliche Standards	183

* lic. iur., Fürsprecher und Notar.

III.	Absichten der Gesetzgeberin.....	184
1.	Rechtsethische Identitäten zwischen altem und neuem Recht	185
2.	Autonome Vorsorge.....	185
3.	Stärkung familiärer Solidarität.....	187
4.	Massnahmenvorgelagerte Instrumente	188
5.	Massschneidung der Beistandschaft.....	188
6.	Interdisziplinäre Fachbehörden.....	190
IV.	Die neuen Beistandschaften.....	191
1.	Die Begleitbeistandschaft.....	191
2.	Die Vertretungsbeistandschaft.....	192
a)	Im Allgemeinen.....	192
b)	Mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit.....	193
c)	Vertretungsbeistandschaft zur Vermögensverwaltung.....	194
aa)	Verwaltungsbereiche.....	194
bb)	Beschränkung der Handlungsfähigkeit.....	194
cc)	Entzug des Zugriffsrechts.....	195
dd)	Unterschriftenregelung.....	195
d)	Die Mitwirkungsbeistandschaft.....	196
e)	Die umfassende Beistandschaft.....	196
f)	Die kombinierten Beistandschaften.....	197
g)	Ersatzbeistandschaft.....	197
h)	Aufgabenbereiche und Ernennungsurkunde.....	198
3.	Private Vollmachten und Aufträge in Ergänzung zur Beistandschaft.....	198
V.	Erwachsenenschutzrecht und Bankenverkehr.....	199
1.	Die Bank als Auskunftsstelle.....	200
a)	Im Abklärungsverfahren.....	200
b)	Bei Inventaraufnahme.....	201
c)	Bei Überwachungsmassnahmen	202
d)	Während der Beistandschaft.....	202
e)	Nach Mandatsende.....	203
f)	Gegenüber Aufsichtsbehörden.....	203
2.	Die Bank als «Schirmlade».....	203
a)	Begriff.....	203
b)	Hinterleger.....	204
c)	Hinterlegungsort.....	206
d)	Legitimierung und Identifizierung.....	206
e)	Hinterlegungs- und Verwahrungsvertrag.....	207

3.	Die Bank als Sachverständige.....	207
a)	Leitlinien erwachsenenschutzrechtlicher Vermögensverwaltung.....	208
b)	Sicherheit.....	209
c)	Differenzierung von Anlagekomplexen.....	209
d)	Prüfungsbedarf im Abklärungsverfahren und bei Mandatsbeginn.....	211
4.	Die Bank als Vermögensverwalterin.....	211
5.	Die Bank als Melderin.....	212
6.	Die Bank am Ende der Beistandschaft.....	213
VI.	Offene Fragen.....	214
1.	Umgang mit verwaltungslosen Vermögen.....	214
2.	Kostenersatz für Beistandsperson und KESB.....	215
3.	Verbeiständung von Unerfahrenen.....	215

Literaturverzeichnis

- ABT DANIEL, Vormundschaftsrechtliche Liquidationspflichten versus erbrechtliche Grundprinzipien – Banken zwischen Scylla und Charybdis, *successio* 3/2008, S. 257-263.
- ALBERTI ARNALDO, Le mutazioni della terminologia nel nuovo diritto sulla protezione degli adulti e la soppressione della nozione di «tutela» e di «tutore», *ZVW* 2008, S. 293-303.
- AFFOLTER KURT, aArt. 408 und Art. 451-453 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl.*, Basel 2010.
- Eckpfeiler einer Qualitätsentwicklung zum neuen Erwachsenenenschutzrecht, *Fam-Pra.ch* 4/2012, S. 841-866.
 - Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenenschutzrecht, *AJP* 9/2006, S. 1057-1067.
 - Einsichtsrecht des vormundschaftlichen Mandatsträgers in die vor der Mandatsführung geführten Bankakten, *ZVW* 2008, S. 304-306.
 - Rechtsfragen aus dem Alltag der persönlichen Betreuung, *AJP* 6/1998, S. 647-654.
- AFFOLTER KURT/STECK DANIEL /VOGEL Urs, aArt. 382, aArt. 413 und aArt. 451, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht (Art. 1-456 ZGB), 2. Aufl.*, Zürich 2012.

- AUER CHRISTOPH/MARTI MICHÈLE, Art. 448 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010.
- BALESTRIERI MYRIAM, Die Vermögensverwaltung im neuen Erwachsenenschutzrecht, ZKE 3/2011, S. 201-233.
- BASLER SCHERRER MARIANNE, Vermögensanlage unter Erwachsenenschutzrecht, ZKE 3/2011, S. 177-188.
- BIDERBOST YVO, Der neue Erwachsenenschutz im Überblick, SJZ 2010, S. 309-319.
- Beistandschaft nach Mass – das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzes, AJP 1/2010, S. 3-13.
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, aArt. 19 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010.
- BREITSCHMID PETER, Vorsorgevollmachten, ZVW 5/2003, S. 269-279.
- Entscheidbesprechung BGE 118 II 264, AJP 6/1993, S. 730-733.
- BREITSCHMID PETER/ KAMP ANNASOFIA, Vermögensverwaltung im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes, in Diana Wider & Daniel Rosch (Hrsg.), Festschrift Christoph Häfeli, Bern 2013, S. 155 ff.
- CAVIEZEL CHRISTOPH, Die Vermögensverwaltung durch den Vormund, Diss. Fribourg, 1988.
- COTTIER MICHELLE/STECK DANIEL, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 4/2012, S. 981-1000.
- DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 4^{ème} édition, Berne 2001.
- EGGER AUGUST, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft, Art. 360-456 aZGB, 2. Aufl., Zürich 1948.
- FANKHAUSER ROLAND, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 5/2010, S. 240-266.
- FASSBIND PATRICK, Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2012.
- Art. 408 ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Revidiertes Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzrecht, Orell-Füssli-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2011.
- FELLMANN WALTER, Art. 396 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Bern 1992.
- GEISER THOMAS, Rechtsschutz im neuen Erwachsenenschutzrecht, ZKE 1/2013, S. 16-35.
- Behördenzusammenarbeit im Erwachsenenschutzrecht, AJP 12/2012, S. 1688-1700.
 - Demenz und Recht, ZVW 3-4/2003, S. 97-116.
- GEISER THOMAS/REUSSER RUTH (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Erwachsenenschutzrecht, Art. 360-456 ZGB / Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012.

- GUILLOD OLIVIER/BOHNET FRANÇOIS (Hrsg.), *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle 2012.
- GULER ALBERT, aArt. 413 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl.*, Basel 2010.
- HÄFELI CHRISTOPH, *Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts: Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität*, FamPra.ch 1/2007, S. 1-24.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl.*, Bern 2008.
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern 2010.
- HEGNAUER CYRIL, *Das Wohl des Mündels als Maxime der Vormundschaft*, ZVW 1984, S. 81 ff.
- HENKEL HELMUT, Art. 396 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl.*, Basel 2010.
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/JAKOB DAVID, *Erwachsenenschutzrecht*, Zürich/St. Gallen 2013.
- KAUFMANN JOSEPH, aArt. 451 ZGB, in: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft, aArt. 360-459 ZGB, 2. Aufl.*, Bern 1924.
- KONFERENZ DER KANTONE FÜR KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ KOKES (Hrsg.), *Praxisanleitung Erwachsenenschutz*, Zürich/St. Gallen 2012.
- *Zusammenstellung der kantonalen Behördenorganisation*, ZKE 1/2013, S. 54-57.
- LANGENEGGER CHRISTOPH, aArt. 392 und 393 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl.*, Basel 2010.
- MEIER PHILIPPE, *Nouveau droit de la protection de l'adulte: Introduction générale et système des curatelles*, ZBGR 2/2013, S. 73-131.
- *Le nouveau droit de protection de l'adulte – Présentation générale*, jusletter 17. November 2008.
 - *Art. 391 und 397 ZGB*, in: Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), *FamKomm, Erwachsenenschutz*, Bern 2013.
- MEIER PHILIPPE/LUKIC SUZANA, *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Zürich 2011.
- MOTTIEZ PAUL, *Die Rechtspflichten von vormundschaftlichen Mandatsträger(inne)n nach dem Tod der betreuten Person*, ZVW 6/2006, S. 267-281.
- RIEMER HANS MICHAEL, *Herausgabe vormundschaftlicher Depots an die Erben verstorbener Mündel*, ZVW 1997, S. 121 ff.
- *Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl.*, Bern 1997.
 - *Geistig behinderte Menschen und Vormundschaftsrecht*, in: *Vormundschaft 2000, 1. Schweizerisches Symposium über den Rechtsschutz des geistig behinderten Menschen*.

- ROSCH DANIEL, Die Begleitbeistandschaft – Per aspera ad astra?, *FamPra.ch* 2/2010, S. 268-295.
- Art. 360-456 ZGB, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), *Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Kurzkomentar*, Basel 2012.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Private Schutzmassnahme – Der Vorsorgeauftrag, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz*, Basel 2013, S. 217-245.
- SCHMID HERMANN, *Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360-456 ZGB*, Zürich/St. Gallen 2010.
- SCHNYDER BERNHARD, Die Entstehung und die Inhalte des neuen Erwachsenenschutzrechts, *jusletter* 3. Mai 2004.
- SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, *Berner Kommentar, Systematischer Teil und Kommentar zu aArt. 360-397 ZGB*, Bern 1984.
- STETTLER MARTIN, La mesure de protection doit être «ciblée»: évidence ou utopie?, in: Baddeley Margareta, *La protection de la personne par le droit*, Zürich 2007.
- Könnte ein weniger stigmatisierendes Vormundschaftsrecht einen ausreichenden juristischen Schutz gewährleisten? in: *Vormundschaft 2000*, 1. Schweizerisches Symposium über den Rechtsschutz des geistig behinderten Menschen.
 - L’impact du principe de proportionnalité sur la gradation et le champ d’application des mesures tutélaires, *ZVW* 1984, S. 41 ff.
- STURM GUDRUN, Vormundschaftliche Hilfsmassnahmen für Betagte in der Schweiz, *ZVW* 5/2002, S. 170-187.
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich 1995.
- WATTER ROLF, Art. 35 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- WIDMER BLUM CARMEN LADINA, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung - insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich 2010.
- WISSMANN KURT, Art. 581 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II*, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Aufl., Basel 2011.
- ZÄCH ROGER, Art. 35 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zu Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Die Stellvertretung*, Bern 1992.

Materialien

BOTSCHAFT vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006, S. 7001-7138.

BOTSCHAFT vom 12. Mai 2010 zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen), BBl 2010, S. 4009, 4024 ff.

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Begleitbericht vom Mai 2012 zur Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV, SR 211.223.11), zit. Begleitbericht VBVV Mai 2012.

- Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, vom Oktober 2004, abrufbar unter: <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft/ve-ber.pdf>>.

EMPFEHLUNGEN der SBVg und der KOKES zur Vermögensverwaltung gemäss Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Entwurf Stand Mai 2013.

SCHNYDER BERNHARD/STETTLER MARTIN/HÄFELI CHRISTOPH, Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts, Bericht der vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzten Expertengruppe vom Juli 1995.

SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Richtlinien über die Behandlung nachrichtener Konten, Depots und Schrankfächer bei Schweizer Banken vom Februar 2000 (ersetzte die Richtlinien vom 8. September 1995), abrufbar unter: <http://www.swissbanking.org/114_d.pdf>.

I. Erwachsenenenschutzrecht: Von der Typenfixierung zur differenzierten Einheitslösung

Am 1. Januar 2013 ist das neue Erwachsenenenschutzrecht in Kraft getreten. Es löste das seit 1.1.1912 geltende Vormundschaftsrecht ab und bildet damit die letzte Etappe in der Totalrevision des schweizerischen Familienrechts (Art. 360-456 ZGB).¹ Die Entstehungsgeschichte des neuen Erwachsenenenschutzrechts lässt sich ins Jahr 1962 zurückverfolgen² und gewann im September 1993 Schub durch die Einsetzung einer Expertengruppe, welche im Juli 1995 einen ersten Bericht abliefern.³ Im Herbst 2002 unterbreitete eine interdisziplinäre Expertenkommission einen ersten Entwurf, welcher zusammen mit einem eigenen Verfahrensgesetzesentwurf bei Kantonen und interessierten Fach- und Wirtschaftskreisen einer breiten Vernehmlassung unterzogen wurde.⁴ Ein überarbeiteter Entwurf des Bundesamtes für Justiz fand nach eingehenden parlamentarischen Beratungen mit wenig inhaltlichen Anpassungen am 19. Dezember 2008 die fast einhellige Zustimmung des Parlaments.⁵

¹ Vorausgegangen sind die Revision des Adoptionsrechts (BBl 1971 I S. 1200 ff., in Kraft seit 1.4.1973), des übrigen Kindesrechts (BBl 1974 II 1 ff., in Kraft seit 1.1.1978), der fürsorgerischen Freiheitsentziehung als Teil des Vormundschaftsrechts (BBl 1977 III S. 1 ff., in Kraft vom 1.1.1981 bis 31.12.2012), des Eherechts (Wirkungen der Ehe im allgemeinen und Ehegüterrecht, BBl 1984 III 19 ff., in Kraft seit 1.1.1988), des Scheidungsrechts (BBl 1996 I 1 ff., in Kraft seit 1.1.2000), und die Aufnahme der materiell dem Familienrecht zugehörigen, aber in einem separaten Gesetz geregelten eingetragenen Partnerschaft in die zivilrechtliche Kodifikation (BBl 2003 S. 1288 ff., in Kraft seit 1.1.2007).

² Postulat von Nationalrat Emil Schaffer vom 19. September 1962, welcher mit der Begründung, die Anwendung des Vormundschaftsrechts bereite den vormundschaftlichen Organen verschiedentlich Schwierigkeiten, weil einzelne Vorschriften unzulänglich oder überholt seien, die Prüfung einer Revision des Vormundschaftsrechts forderte (SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995, S. 27); SCHNYDER, jusletter 3. Mai 2004, S. 1 ff.

³ SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995.

⁴ Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7010; BJ, Vernehmlassungsergebnisse 2004.

⁵ Die Totalrevision wurde einstimmig im Ständerat und mit zwei Gegenstimmen im Nationalrat gutgeheissen, Amtliches Bulletin, Wortprotokolle des Nationalrates, Sitzung vom 19.12.2008, Geschäft 06.063, abrufbar unter: <<http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm>>.

Wenig schmeichelhaft präsentiert sich unter solchen Umständen das Ansinnen der Rechtskommissionen beider Kammern, noch vor Inkraftsetzung des neuen Rechts Revisionen zu Bestimmungen zu veranlassen, die während der Vernehmlassung noch ausdrückliche Unterstützung genossen und eingehend diskutiert worden sind.⁶ Gut Ding will Weile, aber neues Recht sollte auch Bestand haben.

1. Charakteristik des alten Massnahmenrechts

Es wird im Folgenden nur von den mandatsgebundenen Massnahmen die Rede sein, während Fragen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (nach neuer Terminologie fürsorgerische Unterbringung) ausgeklammert bleiben.

a) Typengebundenheit⁷

Vormundschaftliche Massnahmen bezweckten wie die neuen Erwachsenenschutzmassnahmen auch den Ausgleich eines individuell schwächebedingten Schutz- und Hilfebedarfs durch eine behördlich bestellte Vertretungsperson (Mandatsträger/in). Allerdings wurden die Eingriffsgründe auf einen gesetzlich umschriebenen *numerus clausus* beschränkt, damit nicht jedes «soziale Versagen» und jede «Unfähigkeit»⁸ zu behördlichem Eingriff verleiten kann. Mit Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip bot das Vormundschaftsrecht drei Grundtypen von mandatsgebundenen Massnahmen an, auf welche die anordnenden Behörden je nach Charakteristik des Schwä-

⁶ So die parlamentarische Initiative Joder 11.449, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20110449>, welche verlangt, dass anstelle der früheren Publikation handlungseinschränkender Massnahmen auf jedem Betreibungsregisterauszug entsprechende Vermerke angebracht werden, während der Verzicht auf die herkömmliche Publikation und die individuelle Auskunft bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) in der Vernehmlassung u.a. auch von Swissbanking noch begrüsst wurde (Vernehmlassungsergebnisse 2004, S. 415 ff.) und auf eine lange Diskussion zurückgehen (STETTLER, Vormundschaft 2000, S. 59 und 77 ff.). Andererseits die Motion Aubert 08.3790, welche in Abänderung von Art. 443 ZGB eine allgemeine Meldepflicht gegenüber Kinderschutzbehörden fordert (abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20083790>). Schliesslich die parlamentarische Initiative Schwaab 12.413, welcher eine Gesetzesvorschrift gegen die Beistandsernennung wider Willen fordert (abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20120413>).

⁷ RIEMER, Grundriss, § 3 N. 8, 11.

⁸ SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 25 Vorbemerkungen zu aArt. 369-372 ZGB.

chezustandes (Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel, Misswirtschaft, Freiheitsstrafe von über einem Jahr, Altersschwäche, andere Gebrechen, Unerfahrenheit, Krankheit, Abwesenheit, Interessenkollision oder Verhinderung des gesetzlichen Vertreters, Unfähigkeit) zurückgreifen konnten:

aa) Entmündigung

Die Entmündigung⁹ war mit einem umfassenden Handlungsfähigkeitsentzug verbunden¹⁰ und musste entweder mit einer Vormundschaft oder aber mit erstreckter elterlicher Sorge verbunden werden. Im ersten Fall wurde die entmündigte Person unter Vormundschaft gestellt und erhielt als gesetzlichen Vertreter oder als gesetzliche Vertreterin einen Vormund/eine Vormundin, im zweiten Fall wurden die Eltern (oder ein Elter) der volljährigen entmündigten Person wieder in ihre elterliche Sorge eingesetzt und legiti- mierten sich auf diese Weise als gesetzliche Vertreter.

bb) Verbeiratung

Die Verbeiratung¹¹ bewirkte einen teilweisen Entzug der Handlungsfähig- keit und kannte drei Unterarten:

- die Mitwirkungsbeiratschaft¹², welche für das rechtsgültige Zustande- kommen der in aArt. 395 Abs. 1 Ziff. 1-9 ZGB erwähnten Geschäfte zwingend die Mitwirkung eines Beirates/einer Beirätin bedingte,
- die Verwaltungsbeiratschaft¹³, welche die Vermögensverwaltung durch die betroffene Person ausschloss und in die ausschliessliche Kompetenz des Beirates/der Beirätin legte, sowie
- die kombinierte Beiratschaft¹⁴ als Akkumulation der vorerwähnten Vari- anten.

⁹ aArt. 369-372 ZGB.

¹⁰ Ausgenommen vom Handlungsfähigkeitsentzug waren und sind höchstpersönliche Rechte, welche von der urteilsfähigen Person selbst wahrgenommen werden dürfen, aArt. 19 Abs. 2 ZGB, Art. 19c ZGB.

¹¹ aArt. 395 ZGB.

¹² aArt. 395 Abs. 1 ZGB.

¹³ aArt. 395 Abs. 2 ZGB.

¹⁴ aArt. 395 Abs. 1 und 2 ZGB.

cc) Verbeiständung

Die Verbeiständung hatte weder von Gesetzes wegen noch kraft behördlichen Beschlusses Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person,¹⁵ bot aber in ebenfalls drei gesetzlichen Unterarten die Möglichkeit, dass ein behördlich bestellter Beistand oder eine Beiständin im Rahmen der behördlich übertragenen Aufgaben rechtsgültig für die verbeiständete Person handeln konnte und diese sich diese Handlungen anrechnen lassen musste, soweit sie sie nicht kraft ihrer belassenen Handlungsfähigkeit durchkreuzte.

- Die Vertretungsbeistandschaft,¹⁶ welche massgeschneidert und mit konkret umschriebenen Einzelaufträgen an den Beistand/die Beiständin verbunden werden musste,
- die Verwaltungsbeistandschaft,¹⁷ welche sich auf das Vermögen (nicht aber das Einkommen) bezog und ebenfalls eine konkrete Auftragserteilung an den Beistand/die Beiständin bedingte,¹⁸
- die Beistandschaft auf eigenes Begehren,¹⁹ im Volksmund auch «freiwillige» Beistandschaft genannt), welche eine auf Dauer angelegte, umfassende Personen-, Vermögenssorge und Interessenwahrung beinhaltete.²⁰
- Zu den drei gesetzlichen Unterarten entwickelte und bewährte sich ausserdem in der Praxis eine als «kombinierte Beistandschaft»²¹ bezeichnete vierte Variante, welche dem Beistand/der Beiständin dieselben umfassenden Handlungskompetenzen verlieh wie die Beistandschaft auf eigenes Begehren, deren Anordnung aber nicht vom Einverständnis der urteilsfähigen betroffenen Person abhing und welche aufgrund der inhärenten Handlungsmacht des Beistandes/der Beiständin eine Vormundschaft vermeiden liess²².

¹⁵ aArt. 417 Abs. 1 ZGB.

¹⁶ aArt. 392 ZGB.

¹⁷ aArt. 393 ZGB.

¹⁸ LANGENEGGER, Basler Kommentar, N. 2 zu aArt. 393.

¹⁹ aArt. 394 ZGB.

²⁰ BGE 134 III 385 E. 4.3; SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 7 und 12 zu aArt. 393; DESCHENAUX/STEINAUER, N. 1115.

²¹ aArt. 392 Ziff. 1 in Kombination mit aArt. 393 Ziff. 2 ZGB.

²² RIEMER, Grundriss, § 6 N. 34a; STETTLER, Vormundschaft 2000 S. 63; BGE 134 III 385 E. 4.3.

b) Typenfixierung²³

Die Rechtsstellung von Massnahmebetroffenen liess sich im Vormundschaftsrecht weitgehend aus dem Gesetz ableiten. Entmündigte waren nicht mehr handlungsfähig,²⁴ Verbeiratete nur noch beschränkt²⁵, während die Beistandschaft keinerlei Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit hatte.²⁶

Das Prinzip der Typenfixierung gewährleistete ein hohes Mass an Rechts- und Verkehrssicherheit, weil mit der Wahl des Massnahmentyps – von den erwähnten überblickbaren Ausnahmen abgesehen – auch die Einzelausgestaltung des Eingriffs festgelegt war.²⁷ Andererseits erwies es sich gerade deswegen als starr und zu wenig in der Lage, den Bedürfnissen des Einzelfalls gerecht zu werden.²⁸

2. Charakteristik des neuen Massnahmenrechts

a) Individualisierung

Die Gesetzgeberin lokalisierte im alten Vormundschaftsrecht eine Reihe von Schwächen. So fiel es zuweilen schwer, die auf die Vormundschaft zugeschnittenen Bestimmungen zur Mandatsführung sinngemäss auf die Beistandschaft und Beiratschaft anzuwenden,²⁹ was Mandatsträger/innen, Behörden und am Rechts- und Geschäftsverkehr beteiligte Dritte, insbesondere auch Banken, gleichermassen verunsicherte.³⁰ Die Beiratschaft, welche erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen vor 1907 überhastet eingebaut worden war, erwies sich als Massnahme ohne hinreichende systematische Einordnung und Abstimmung und als Instrument, das in der Praxis zu rechtlich nicht abgestützten Interpretationen und betreuerischen Fehlleis-

²³ Zum Begriff vgl. RIEMER, Grundriss, § 3 N. 9 f.

²⁴ aArt. 17, aArt. 367 Abs. 1, 407 ZGB, allerdings durchbrochen von Ausnahmen gemäss aArt. 412 ZGB (selbständiger Betrieb eines Berufs oder Gewerbes) und aArt. 414 ZGB (Verwaltung freien Vermögens).

²⁵ Ausdrücklicher Hinweis auf die Beschränkung der Handlungsfähigkeit in aArt. 395 Abs. 1 und in Bezug auf die Vermögensverwaltung in aArt. 395 Abs. 2 ZGB.

²⁶ aArt. 417 Abs. 1 ZGB.

²⁷ RIEMER, Grundriss, § 3 N. 9 ; zu den Ausnahmen Fn. 10.

²⁸ Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7008; BIDERBOST, SJZ 2010, S. 310.

²⁹ Art. 367 Abs. 3 ZGB.

³⁰ SCHAFFER, ZVW 1963, S. 151; SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995, S. 27.

tungen Anlass gab.³¹ Eine aufgezwungene Einkommensverwaltung war ausserdem nur über die Entmündigung möglich, was in vielen Fällen dem Verhältnismässigkeitsprinzip widersprach.³²

Das neue Recht wurde dementsprechend so konzipiert, dass den individuellen Bedürfnissen des Einzelfalls und damit dem Komplementaritätsprinzip besser Rechnung getragen werden kann. Das neue Konzept heisst Massschneidung und zeichnet sich aus durch Mass nehmen und Mass halten.³³ Konkret gibt es als mandatsgebundene Massnahme nur noch die Beistandschaft, allerdings in einer Vielzahl von Variationen und Eingriffsstufen. Unterstützung, Vertretung, Sorge, Hilfe zur Selbsthilfe und Handlungseinschränkungen sollen derart orchestriert werden, dass der Schutzbedarf der betroffenen Person ohne unnötige Persönlichkeits- und Freiheitseingriffe, aber auch unter Vermeidung kontraproduktiver Entlastung vor eigener Verantwortlichkeit behoben wird.³⁴ Partitur und Legitimation bildet der Anordnungsbeschluss der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und die gestützt darauf ausgestellte Ernennungsurkunde, welcher die Aufgaben und Zuständigkeiten des Beistandes/der Beiständin und die allfälligen Einschränkungen in der Handlungsfähigkeit und Autonomie der betroffenen Person zu entnehmen sind.³⁵

b) Vermeidung stigmatisierender Terminologie

Verschiedene Begriffe des Vormundschaftsrechts wurden als stigmatisierend, überholt und diskriminierend empfunden und riefen bei Betroffenen das Gefühl der Minderwertigkeit und Unterwerfung hervor.³⁶ Das gilt namentlich für Begriffe wie Entmündigung, Vormund, Mündel, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel. Deshalb soll nebst einer respektvolleren Handhabung der Schutzinstrumente auch mit

³¹ SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 20 ff zu Art. 395.; STURM, ZVW 2002, S. 179 ff.; BGE 136 III 113.

³² MEIER, jusletter 2008, S. 4 B.4; SCHNYDER, jusletter 3.5.2004, S. 7; SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995, S. 28, 35; SCHAFFER, ZVW 1963, S. 151; CAVIEZEL, Vermögensverwaltung, S. 51 ff.

³³ BIDERBOST, SJZ 2010, S. 310.

³⁴ STETTLER, protection, S. 19 ff.

³⁵ Art. 391-398 ZGB, vgl. nachfolgend Kap. IV.

³⁶ STETTLER, Vormundschaft 2000, S. 57 f.

einer neuen Terminologie³⁷ den Betroffenen zu einem neuen Image verhol-fen werden. Allerdings sind sich Experten einig, dass noch so euphemisti-sche Umschreibungen behördlicher Massnahmen mit der Zeit eine negative Konnotation erhalten können.³⁸ Die pietistisch inspirierten Begriffsänderun-gen fanden ausserdem aus sprachwissenschaftlicher und kulturgeschichtli-cher Perspektive nicht nur Zuspruch.³⁹

c) Konzessionen gegenüber Rechtssicherheit

Aus der Tatsache, dass jemand unter Beistandschaft steht, lässt sich im neu-en Recht nicht mehr auf deren Rechtsstellung schliessen.⁴⁰ Für Dritte, welche mit Verbeiständeten in Rechtsverkehr treten, besteht damit die Ungewiss-heit, ob die nötige Geschäftsfähigkeit vorliegt oder nicht. Die Gefahr, dass diese Unsicherheit sich für Betroffene nachteilig auswirkt, weil Verbeistän-dete im Rechtsverkehr deshalb gemieden werden könnten,⁴¹ wurde von der Gesetzgeberin geringer eingestuft als das Interesse an einer verhältnismässi-gen, den individuellen Bedürfnissen Rechnung tragenden Masskonfektion.⁴² Der Verzicht auf eine Publikation handlungseinschränkender Massnahmen rechtfertigt sich aus dem Persönlichkeitsschutz und der Fiktion, solche Pub-likationen hätten im Rechtsverkehr einen nachhaltigen Wert.⁴³ Die Erfah-rungen der Geschäftswelt mit minderjähriger Kundschaft, welche einen rund 14 mal so hohen Anteil an der Gesamtbevölkerung aufweist als Er-

³⁷ Namentlich bei Erwachsenen: Beistandschaft anstatt Vormundschaft, Bei-stand/Beiständin anstatt Vormund/Vormundin, geistige Behinderung anstatt Geistes-schwäche, psychische Störung anstatt Geisteskrankheit, Kindes- und Erwachsen-en-schutzbehörde anstatt Vormundschaftsbehörde (Art. 390 und 440 ZGB). Der Begriff Vormundschaft bleibt allerdings im Kindesrecht erhalten (Art. 327a-c ZGB).

³⁸ SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995, S. 30 Kap. 3.2.4.; MEIER, jusletter 2008, S. 5 B. 5; BIDERBOST, SJZ 2010, S. 311.

³⁹ ALBERTI, ZKE 2008, S. 293 ff. passim.

⁴⁰ Wobei in Erinnerung zu rufen ist, dass gem. Art. 14 Abs. 3 SchlT ZGB altrechtliche Beistandschaften (welche gem. aArt. 417 Abs. 1 ZGB keine handlungseinschränkenden Folgen haben) bis 31.12.2015 weiterbestehen, solange sie nicht ins neue Recht überführt worden sind.

⁴¹ RIEMER, Grundriss, § 3 N 8.

⁴² Botschaft zur Änderung des ZGB, BBI 2006, S. 7010; BIDERBOST, SJZ 2010, S. 310 f.

⁴³ STETTLER, Vormundschaft 2000, S. 59 und 77 f.; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBI 2006, S. 7090; BIDERBOST, AJP 2010, S. 8.

wachsene mit handlungseinschränkenden Massnahmen⁴⁴ und eine nicht zu unterschätzende konsumpolitische Antriebsfeder darstellt, lassen Bedenken der Rechtssicherheit⁴⁵ zusätzlich in den Hintergrund rücken.

II. Schwächezustände nach neuem Recht

1. Indikationen des neuen Rechts

Das Gesetz umschreibt abschliessend zwei Kategorien von Schwächezuständen, welche Grundlage einer erwachsenenschutzrechtlichen Beistandschaft bilden können.

a) (Sozial-)Medizinische Indikationen

Bei der ersten Kategorie⁴⁶ handelt es sich um medizinische oder sozialmedizinische Indikationen. Es sind dies

- eine geistige Behinderung,⁴⁷ oder
- eine psychische Störung,⁴⁸ oder
- ein ähnlicher in der Person liegender Schwächezustand,⁴⁹

welche die betroffene Person vollständig oder teilweise daran hindern, ihre Angelegenheiten zu besorgen. Mithin bedarf es des kumulativen Zusam-

⁴⁴ Rund 450'000 Personen im Alter von 15-19 Jahren standen im Jahre 2011 rund 31'000 bevormundete und verbeiratete erwachsene Personen gegenüber (Bundesamt für Statistik, Ständige Wohnbevölkerung nach Geschlecht und Alter am Ende des Jahres 2011, abrufbar unter: <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/lexikon/lex/0.topic.1.html>>; KOKES, Schweizerischen Statistik der Erwachsenenenschutzmassnahmen, abrufbar unter: <http://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/statistik/aktuell/02_Statistik_1996_-_2011_Erwachsene_Website.pdf>).

⁴⁵ Vgl. Fn. 6.

⁴⁶ Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

⁴⁷ Worunter angeborene oder erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade zu verstehen sind (Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7043).

⁴⁸ Dieser Schwächezustand umfasst die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie, d.h. Psychosen und Psychopathien, seien sie körperlich begründbar oder nicht, sowie Demenz, insbesondere Altersdemenz. Suchtkrankheit, z.B. Alkohol-, Drogen- oder Medikamentenabhängigkeit (Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7043).

⁴⁹ Erfasst sind in diesem Auffangtatbestand extreme Fälle von Unerfahrenheit oder Misswirtschaft sowie seltene Erscheinungsformen körperlicher Behinderung, z.B. schwere Lähmung oder Verbindung von Blindheit und Taubheit (Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7043); HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.84.

mentreffens eines gesetzlich umschriebenen Schwächezustandes mit dadurch bedingtem individuellem Unvermögen.

Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten bilden für sich alleine keine Rechtfertigung für eine Massnahme, bilden aber ein Beurteilungskriterium («sind zu berücksichtigen»)⁵⁰.

b) Vorübergehende Verhinderung

Vorübergehende Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit, welche eine Person daran hindern, selber zu handeln, können als zweite Kategorie von Schwächezuständen dann zu einer Beistandschaft führen, wenn Angelegenheiten erledigt werden müssen und keine zur Stellvertretung berechnigte Person dies zu überbrücken vermag.⁵¹

2. Unterschiede zum alten Recht

a) Weggefallene selbständige Indikationen

Die Verschwendung, der lasterhafte Lebenswandel und die Misswirtschaft,⁵² die Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe von einem Jahr oder darüber,⁵³ die Verwaltungslosigkeit eines Vermögens,⁵⁴ das keiner identifizierbaren Person zugeschrieben werden kann,⁵⁵ finden sich im neuen Recht nicht mehr als Massnahmengrund.⁵⁶

b) Höhere Interventionsschwellen

Während die Bestimmungen des alten Vormundschaftsrechts eine Vielzahl von Indikationen insbesondere auch sozialer und persönlicher Natur vorsa-

⁵⁰ Art. 390 Abs. 2 ZGB.

⁵¹ Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

⁵² aArt. 370 ZGB.

⁵³ aArt. 371 ZGB.

⁵⁴ Vgl. Kap. VI. 1. aArt. 393 ZGB; Darunter können z.B. ausgeschlagene Nachlassvermögen fallen (Art. 566 ZGB), über welche mangels hinreichend Aktiven kein Konkurs eröffnet wurde, aber auch herrenlose Vermögen oder solche, deren Eigentümer ungewiss sind, sowie Erbschaftsvermögen unter Verwaltung eines Erbenvertreters, solange sich kein Vertreter bestimmen lässt (BGer Urteil 5A_121/2012 vom 16. April 2012 E. 2.2).

⁵⁵ Art. 390 und 442 Abs.3 ZGB knüpfen die Zuständigkeit der KESB an die Person als Eigentümer.

⁵⁶ Vgl. Kap. VI.1.

hen, kennt das neue Erwachsenenschutzrecht wie dargelegt nur noch zwei Hauptkategorien von Schwächezuständen.⁵⁷ Das bedeutet, dass erhöhte Anforderungen an eine behördliche Massnahme gestellt werden und damit staatlicher Einfluss zurückgedämmt werden soll.⁵⁸ Allerdings fällt zum Beispiel auch der Tatbestand der Unerfahrenheit ohne geistige Behinderung, ohne psychische Störung oder ähnliche in der Person liegende Schwächezustände als bisher wichtiger Grund zur Unterstützung von Volljährig gewordenen oder vereinsamter Menschen ohne familiäres Auffangnetz⁵⁹ durch die Maschen des Erwachsenenschutzes.⁶⁰

c) Verfahrensrechtliche Standards

Die Durchsetzung der Revisionspostulate findet ihren sachlogischen Niederschlag in einer sorgfältigen behördlichen Abklärungsarbeit⁶¹ und eingeschränkteren Interventionsvoraussetzungen.⁶² Zwar konnte sich die Gesetzgeberin nicht auf ein einheitliches Verfahrensgesetz einigen,⁶³ was zur Konsequenz hat, dass nach wie vor 26 zum Teil aus verschiedenen Gesetzen bestehende kantonale Verfahrensordnungen gelten, welche teilweise ergänzend zu allfälligen kantonalen Lücken zur sibyllinischen Formel gegriffen haben, es gelte im Übrigen «sinngemäss» die eidgenössische Zivilprozessordnung,⁶⁴ ohne die Rechtsanwendenden aufzuklären, wann die ZPO im Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren Sinn ergibt und wann nicht. Was das heisst, wird letztlich das Bundesgericht zu klären haben.⁶⁵ Immerhin enthält das ZGB aber eine Reihe von Minimalstandards,⁶⁶ welche föderalistischen Auswüchsen entgegenwirken können.⁶⁷

⁵⁷ Vgl. Kap. II.1. a) und b) hievor.

⁵⁸ Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006 S. 7011 f.

⁵⁹ aArt. 394 ZGB.

⁶⁰ Vgl. Kap. VI. 3.

⁶¹ Art. 446 ff. ZGB; GEISER, ZKE 2013, S. 28 ff.; AFFOLTER, FamPra.ch 4/2012, S. 855 f.; KOKES-Praxisanleitung, Rz. 1.131 ff.

⁶² Vgl. II.1. a) und b) hievor.

⁶³ Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7011; COTTIER/STECK, FamPra.ch 4/2012, S. 984 ff.

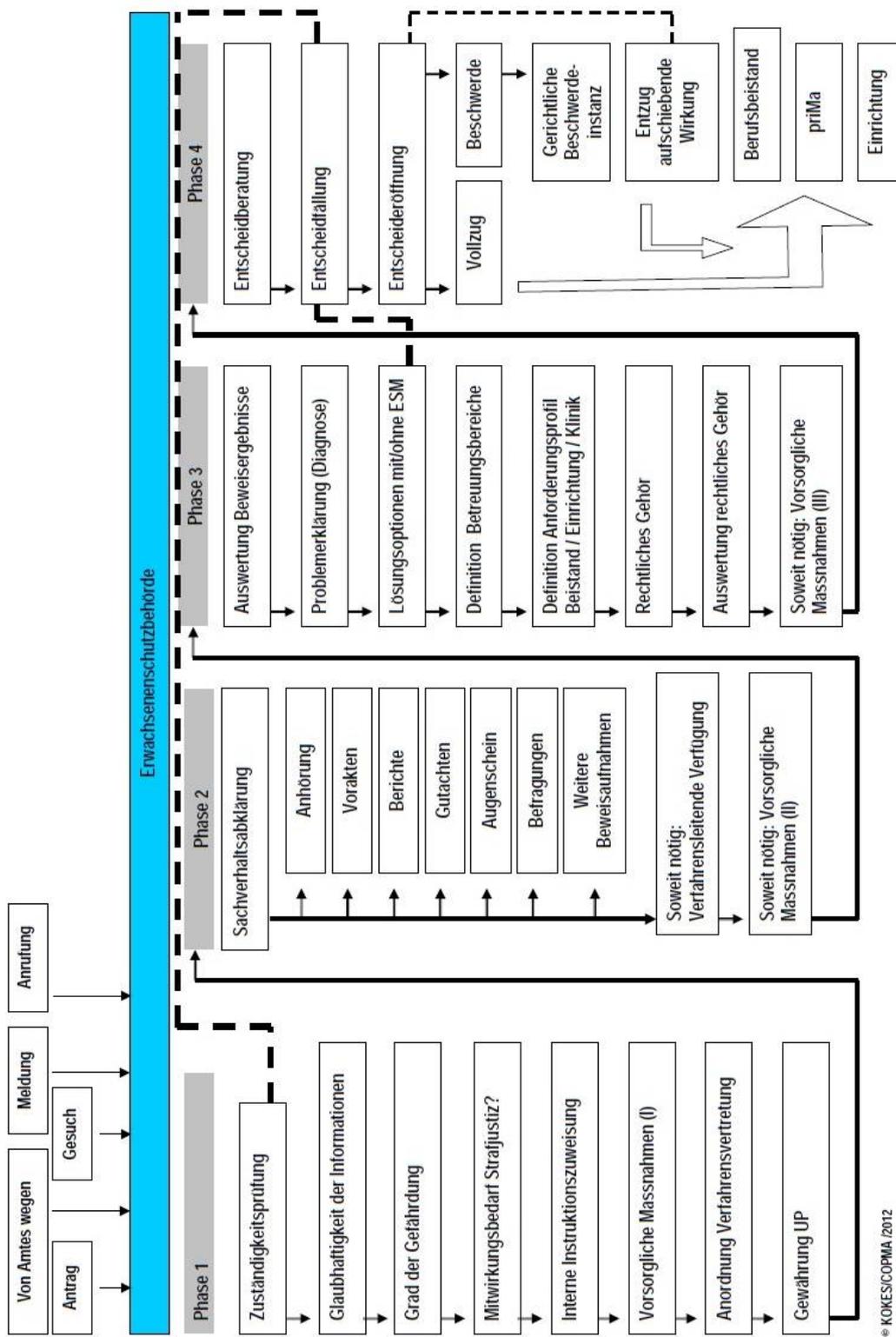
⁶⁴ Unter Inanspruchnahme des Angebots von Art. 450f ZGB; GEISER, ZKE 2013, S. 27.

⁶⁵ GEISER, ZKE 2013, S. 27.

⁶⁶ Art. 442-450g ZGB.

⁶⁷ Abb. 1 S. 184.

Abbildung 1: Verfahrensablaue bei der Anordnung von Erwachsenenschutzmassnahmen



© KOKES/COPMA /2012

III. Absichten der Gesetzgeberin

1. Rechtsethische Identitäten zwischen altem und neuem Recht

Bereits das alte Massnahmenrecht hatte sich – wenn zuweilen auch auf etwas zwiespältige Normen gestützt⁶⁸ – vorrangig in den Dienst des individuellen Wohls, der Achtung der Menschenwürde,⁶⁹ der Respektierung der persönlichen Freiheit⁷⁰ und der Berücksichtigung der Bedürfnisse Dritter zu stellen⁷¹ und dem Gebot der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen.⁷² Diese Postulate wurden auf einer gefestigten verfassungsrechtlichen Grundlage⁷³ im neuen Erwachsenenschutzrecht verschriftlicht und damit verdeutlicht.⁷⁴ Darüber hinaus verleihen die neuen Regelungen zur Selbstvorsorge⁷⁵ und zur nicht massnahmebedürftigen gesetzlichen Vertretung⁷⁶ der Selbstbestimmung⁷⁷ und familiären Solidarität ein klares Profil.

2. Autonome Vorsorge

Der Aufwertung der Selbstbestimmung wird im neuen Recht hohes Gewicht beigemessen.⁷⁸ Mit dem Vorsorgeauftrag⁷⁹ und der Patientenverfügung⁸⁰

⁶⁸ HEGNAUER, ZVW 1984, S. 84.

⁶⁹ Art. 7 BV.

⁷⁰ Art. 10 BV.

⁷¹ AFFOLTER, AJP 1998, S. 648 f.; RIEMER, Vormundschaft 2000, S. 43.

⁷² Unter Herrschaft der Bundesverfassung vor 2000 teils abgeleitet aus der Rechtsgleichheit gem. aArt. 4 BV, teils als ungeschriebenes Verfassungsrecht (BGE 99 Ia 370, 373 f.); STETTLER, ZVW 1984, S. 43.

⁷³ Seit der BV 2000 namentlich Art. 5 Abs. 2, Art. 7, 10, 11, 13 und 36 Abs. 3 BV.

⁷⁴ Art. 386 ZGB bezüglich des Aufenthalts Urteilsunfähiger in Einrichtungen; Art. 388, 390 Abs. 2, 406 ZGB bezüglich der Anordnung und Führung der Beistandschaft; AFFOLTER, AJP 2006, S. 1058; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7011 ff.

⁷⁵ Vorsorgeauftrag gem. Art. 360 ff. ZGB und Patientenverfügung gem. Art. 370 ff. ZGB.

⁷⁶ Vertretung durch Ehegatten, durch eingetragene Partner/in, durch Angehörige gem. Art. 374-380 ZGB.

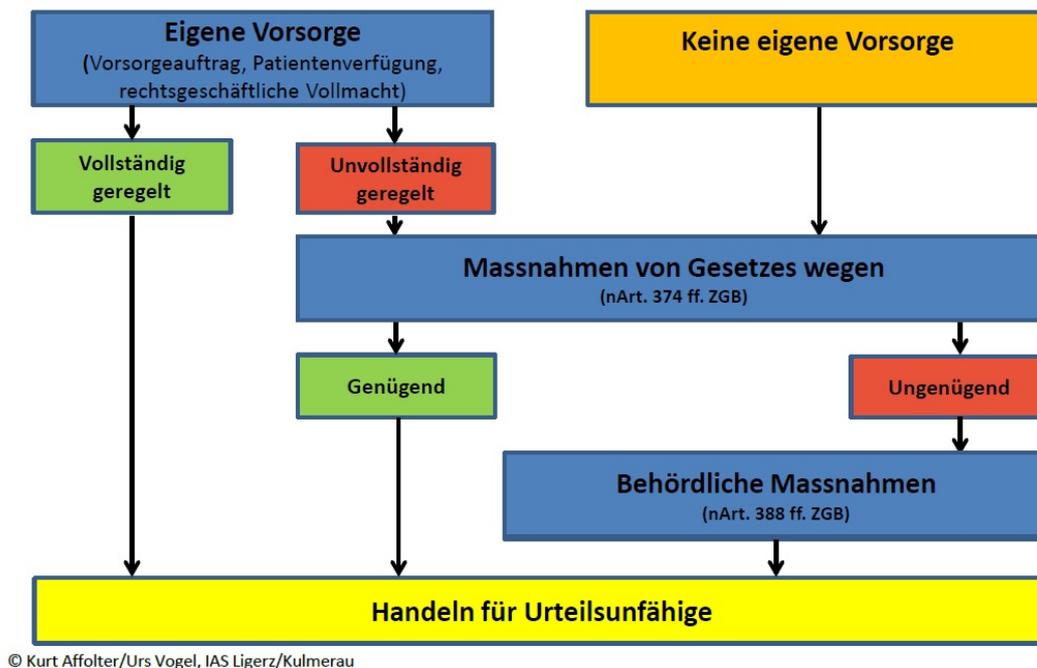
⁷⁷ Das Selbstbestimmungsrecht findet seine verfassungsrechtliche Grundlage in der Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) und im Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV).

⁷⁸ Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7002, 7011 f.; AFFOLTER, AJP 2006, S. 1060.

⁷⁹ Art. 360 ff. ZGB. Vgl. hierzu RUMO-JUNGO, Der Vorsorgeauftrag, S. 217 ff.; BREITSCHMID, ZVW 2003, S. 274 ff.; SCHMID, Erwachsenenschutz, Allg. Einl., N. 28 f., 32.

werden zwei neue Institute ins Erwachsenenschutzrecht integriert, womit autonomes Handeln über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus gewahrt werden kann und vor gesetzlicher Vertretung oder behördlichen Massnahmen Priorität genießt.⁸¹

Abbildung 2: Vertretung bei Urteilsunfähigkeit



Nun liegt es in der Natur der Sache, dass der Schutz dieser Selbstbestimmung einer Aufsicht und Kontrolle unterliegen muss.⁸² Mit der von der Gesetzgeberin gewählten Lösung wird nicht staatlicher Einfluss zurückgedämmt, sondern der individuelle Einfluss auf persönlichkeitsbezogenes behördliches Handeln erhöht. Im Endeffekt werden mit den neuen Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) im Bereich des Vorsorgeauftrages⁸³ die staatlichen Interventionsbereiche erweitert, weil ohne behördliches Handeln kein Vorsorgeauftrag wirksam werden kann und verschiedene Konfliktbereiche in Zusammenhang mit dessen Ausführung nicht der zivilgerichtlichen Entscheidung anheimgestellt werden, sondern in den Zuständigkeitsbereich der KESB fallen. Im Unterschied zu jener des Beistan-

⁸⁰ Art. 370 ff. ZGB.

⁸¹ Abb. 2 S. 186.

⁸² Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7012; GEISER, ZKE 2013, S. 18 f., 24.

⁸³ Art. 363, 364, 366, 368 ZGB.

des unterliegt die Tätigkeit der vorsorgebeauftragten Person allerdings keiner automatischen Aufsicht der KESB.

3. Stärkung familiärer Solidarität

Schon das bisherige Recht kennt die eheliche Beistandspflicht,⁸⁴ die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft⁸⁵ und die familienrechtliche Beistands-⁸⁶ und Unterstützungspflicht⁸⁷. Darüber hinaus konnte sowohl an Familienangehörige als auch an Dritte ein einfacher Auftrag⁸⁸ und/oder eine Vertretungsvollmacht⁸⁹ erteilt werden, und schliesslich besteht seit jeher die – wenn auch risikobehaftete – Möglichkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag⁹⁰, welche insbesondere in der Altersvorsorge einen hohen Stellenwert einnimmt.⁹¹

Die neuen Bestimmungen über die gesetzliche Vertretung Urteilsunfähiger⁹² verleihen zunächst Ehegatten und eingetragenen Partnern und Partnerinnen, welche entweder einen gemeinsamen Haushalt geführt oder der schutzbedürftigen Person regelmässig und persönlich Beistand geleistet haben, ein Vertretungsrecht für alle Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs erforderlich sind, für die ordentliche Verwaltung von Einkommen und Vermögen, sowie für das Öffnen und Erledigen der Post, wenn weder ein Vorsorgeauftrag noch eine entsprechende Beistandschaft besteht. Für ausserordentliche Vermögenshandlungen bedarf es der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde.⁹³ Im Rechtsverkehr wird sich damit immer die Frage stellen, ob überhaupt der Zustand der Urteilsunfähigkeit und damit die Voraussetzung der gesetzlichen Vertretung eingetreten ist, wie es sich mit den sozialen Beziehungen zwischen vertretener Person und Vertreter verhält (Vertretungsvoraussetzung) und ob es sich um Handlungen im Rahmen der ordentlichen Verwaltung handelt. Im Streit-

⁸⁴ Art. 159 ZGB.

⁸⁵ Art. 166 ZGB.

⁸⁶ Art. 272 ZGB.

⁸⁷ Art. 328 f. ZGB.

⁸⁸ Art. 394 OR.

⁸⁹ Art. 32 ff. OR.

⁹⁰ Art. 419 ff. OR.

⁹¹ GEISER, ZVW 2003, S. 99.

⁹² Art. 374 ff. ZGB.

⁹³ Art. 374 Abs. 3 ZGB.

oder Zweifelsfall kann die Erwachsenenschutzbehörde dem berechtigten Ehegatten oder Partner eine Ermächtigungsurkunde ausstellen,⁹⁴ eine solche ist aber keineswegs Bedingung einer gesetzlichen Vertretung.

Schliesslich sieht das neue Recht eine Kaskadenordnung bezüglich Vertretung in medizinischen Angelegenheiten⁹⁵ vor, welche im hier interessierenden Zusammenhang aber nicht näher zu erörtern ist.⁹⁶

4. Massnahmenvorgelagerte Instrumente

Es hatte sich bereits unter altem Recht eine gesetzlich nicht explizit vorgesehene Praxis etabliert, welche es den damaligen Vormundschaftsbehörden ermöglichte, anstelle der Errichtung von Massnahmen direkt zu handeln, wenn die Sache dringlich, liquid, rasch lösbar und die Anordnung einer Massnahme deshalb eine unnötige Formalität dargestellt hätte.⁹⁷ Diese bewährte Praxis ist nun Gesetz geworden.⁹⁸ Die KESB kann, wenn die Errichtung einer Beistandschaft «offensichtlich unverhältnismässig» wäre, von sich aus das Erforderliche vorkehren, namentlich die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilen (beispielsweise Begründung oder Erhöhung einer Hypothek), einer Drittperson für einzelne Aufgaben einen Auftrag erteilen (z.B. dringliche, offensichtlich unvermeidliche Reparaturen einer Liegenschaft) oder eine geeignete Person oder Stelle bezeichnen, der für bestimmte Bereiche Einblick und Auskunft zu geben ist. Das können insbesondere auch Auskünfte einer Bank sein.

5. Massschneidung der Beistandschaft

Die unflexiblen Folgen der Vormundschaft mit einem vollständigen Entzug der Handlungsfähigkeit liessen es nicht zu, nur in einzelnen Lebensbereichen Einschränkungen aufzuerlegen. Die Entmündigung hatte damit die zuweilen ungewollte Folge, dass die betroffene Person auch in Bereichen, da ihr die nötigen Lebenskompetenzen nicht abzusprechen waren, fremdbe-

⁹⁴ Art. 376 ZGB.

⁹⁵ Art. 377 ff. ZGB.

⁹⁶ Vgl. dazu ausführlich FANKHAUSER, BJM 2010, S. 240 ff.

⁹⁷ BGer Urteil 9C_462/2011 vom 9.1.2012 E. 4.2; SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 59 ff. zu aArt. 361 und N. 36 zu aArt. 392; LANGENEGGER, Basler Kommentar, N. 14 zu aArt. 392; AFFOLTER/STECK/VOGEL, Handkommentar, N. 8 zu aArt. 392 ZGB.

⁹⁸ Art. 392 ZGB.

stimmt wurde und Fähigkeiten zum selbständigen Handeln nicht ausreichend genutzt wurden, mithin staatliche Hilfe über das Ziel hinausschoss.⁹⁹ Andererseits sah die Teilentmündigung der Beiratschaft weder Einkommensverwaltung noch persönliche Betreuung vor. Darin lokalisiert sich eine der praktischen Hauptschwächen des alten Systems.¹⁰⁰ Statt standardisierter Massnahmen wird deshalb von den Erwachsenenschutzbehörden künftig – entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip – Massarbeit gefordert, damit im Einzelfall nur so viel staatlich verordnete Betreuung erfolgt, wie wirklich nötig ist.¹⁰¹ So wird es künftig möglich sein, nur einzelne Lebensbereiche einer Beistandschaft zu unterstellen, die Handlungsfähigkeit bedarfsgerecht und sektoriell einzuschränken, verschiedenste Dienstleistungen miteinander zu kombinieren, ohne an starre Regeln eines Massnahmensystems gebunden zu sein.¹⁰² Das Selbstbestimmungsrecht und die Selbständigkeit der betroffenen Person sollen auch im Rahmen der behördlichen Massnahmen soweit wie möglich gewahrt werden.¹⁰³ Der Gefahr, dass dank Massschneidung auch Menschen mit Massnahmen bedacht werden, welche nur sehr partielle Defizite aufweisen, die unter altem Recht für eine Massnahme nicht ausgereicht hätten, muss durch eine besonders sensible Handhabung des Verhältnismässigkeits- und Subsidiaritätsprinzips¹⁰⁴ und insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes¹⁰⁵ sowie des Grundrechts auf persönliche Freiheit¹⁰⁶ begegnet werden. Sonst verkehrt sich die Zielsetzung der aufgewerteten Selbstbestimmung in ihr Gegenteil und die Massschneidung wird zum Damoklesschwert jedes nonkonformen Verhaltens, soweit auch die Grundvoraussetzungen einer Massnahme nach Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (geistige Behinderung, psychische Störung, ähnlicher in der Person liegender Schwächestand sowie Unvermögen der Besorgung eigener Angelegenheiten) erfüllt sind.

⁹⁹ Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7015.

¹⁰⁰ AFFOLTER, FamPra.ch 4/2012, S. 843 ff.; ROSCH, Kurzkommentar, N. 7 zu Vor Art. 360-456 ZGB.

¹⁰¹ Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7016.

¹⁰² Siehe Kap. IV.

¹⁰³ Art. 388 Abs. 2 und 406 Abs. 1 ZGB; AFFOLTER, AJP 2006, S. 1060.

¹⁰⁴ BIDERBOST, AJP 2010 passim; DERSELBE, SJZ 2010, S. 310 («Mass nehmen und Mass halten»).

¹⁰⁵ Art. 8 BV.

¹⁰⁶ Art. 10 BV.

6. Interdisziplinäre Fachbehörden

Kernstück der Revision bildet die bundesrechtlich vorgeschriebene, in ihrer Ausgestaltung allerdings den Kantonen überlassene Einführung einer Fachbehörde, welcher alle Entscheidungen im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes überantwortet wird. Diese Errungenschaft entspringt der Einsicht, dass ein geeigneter Mandatsträger/eine geeignete Mandatsträgerin für sich allein noch kein Garant ist für den erfolgreichen Schutz eines schwachen Menschen. Vielmehr bedarf das konkrete Mandat eines sorgfältig erarbeiteten Fundaments, dessen Aufbau im Verantwortungsbereich KESB liegt, d.h. in deren Abklärung, Situationsanalyse, Problemerkklärung und Lösungsfindung, was sich schliesslich im Anordnungsbeschluss niederschlägt.¹⁰⁷ Eine Massnahme muss «erforderlich und geeignet» sein,¹⁰⁸ womit die KESB die Verantwortung dafür trägt, nicht nur eine geeignete Massnahme zu evaluieren, sondern auch darauf zu verzichten, wenn keine behördliche Massnahme eine Antwort auf das Problem zu geben vermag. Nur weil vielleicht auf Druck des Umfeldes «etwas getan werden muss», rechtfertigt sich unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit noch lange keine ungeeignete weil wirkungslose Massnahme. Nicht nur zu weit oder zu wenig weitgehende, auch untaugliche und wirkungslose Massnahmen sind unverhältnismässig.¹⁰⁹

Die kantonale Behördenorganisation weist nach wie vor grosse Unterschiede auf, welche nicht zuletzt infolge des Spardrucks auf die öffentlichen Haushalte sowohl hinsichtlich des Anforderungsprofils an die Behördenmitglieder als auch der strukturellen Ressourcen nicht überall optimistische Prognosen zulassen. Vom staatspolitischen Aufbau her charakterisieren sich die Behörden der Westschweiz¹¹⁰ mit Ausnahme der Kantone Jura und Valais schon wie bisher als gerichtliche Behörden. Ausserdem weisen neu auch die Deutschschweizer Kantone Aargau und Schaffhausen gerichtliche Behörden auf, während alle andern Kantone Administrativbehörden installierten, die entweder kantonale sind oder – je nach Möglichkeit, eine kritische Mindestgrösse nicht zu unterschreiten – kommunal oder interkommunal

¹⁰⁷ Abb. 1 S. 184.

¹⁰⁸ Art. 389 Abs. 2 ZGB.

¹⁰⁹ Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV; Art. 389 Abs. 2 ZGB; BGer Urteil 5A_55/2010 vom 9.3.2010 E. 5.1; 5A_755/2008 vom 22.12.2008 E. 3.1; 5A_389/2007 vom 19.09.2007 E. 4.1; 5C.74/2003 vom 3.7.2003 E. 4.2; AFFOLTER, AJP 1998, S. 647, 649.

¹¹⁰ Kantone FR, GE, NE, VD.

organisiert wurden.¹¹¹ Die Behörden wurden dadurch gesamtschweizerisch von 1414 auf 148, also auf rund einen Zehntel, reduziert.¹¹²

IV. Die neuen Beistandschaften

Das revidierte Recht bietet vier Haupttypen von Beistandschaften an, welche zum Teil in diversen Unterarten und Kombinationen ausgestaltet werden können.

1. Die Begleitbeistandschaft¹¹³

Die Begleitbeistandschaft wird mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person errichtet. Ihr Bestand hängt einerseits von den generellen Voraussetzungen der Beistandschaft,¹¹⁴ andererseits vom Einverständnis der betroffenen Person ab und ist aufzuheben, wenn die subjektiven Voraussetzungen entfallen oder das Einverständnis widerrufen wird.¹¹⁵ Auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person hat sie keinerlei Auswirkungen.¹¹⁶ Sie berechtigt und verpflichtet die Beistandsperson ausschliesslich zur Begleitung und vermittelt ihr keine Vertretungsbefugnisse. Dementsprechend hat der Beistand/die Beiständin auch kein Auskunftsrecht gegenüber der Bank, es sei denn mittels gewöhnlicher Vollmacht¹¹⁷ der verbeiständeten Person (was sich allerdings ausserhalb des Beistandsmandats abspielt). Solche Vollmachten bedürfen, wenn sie auf einen entgeltlichen Auftrag hinauslaufen, der Zustimmung der KESB.¹¹⁸ Als entgeltlich haben auch Aufträge an professionelle Mandatsträger zu gelten, wenn diese dafür bezahlte Arbeitszeit aufwenden und die Leistung zeitlich nicht marginal ist.

¹¹¹ KOKES, ZKE 2013, S. 54 ff.; HÄFELI, FamPra.ch 4/2012, S.1004 f.

¹¹² <http://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/revision/Organisation_KESB_Umsetzung_Kantone__1.1.2013_.pdf>.

¹¹³ Art. 393 ZGB.

¹¹⁴ Art. 390 ZGB; MEIER, ZBGR 2013, S. 94 ff.; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7043.

¹¹⁵ MEIER, ZBGR 2013, S.105; ROSCH, FamPra.ch 2010, S. 293.

¹¹⁶ Art. 393 Abs. 2 ZGB.

¹¹⁷ Art. 32 ff. OR.

¹¹⁸ Art. 416 Abs. 3 ZGB.

Nach dem Willen des Gesetzgebers war diese Beistandschaft als Ersatz der Beistandschaft auf eigenes Begehren gedacht,¹¹⁹ was sich allerdings als «Griff in die falsche Werkzeugkiste» erweist, denn im Unterschied zu ihrem Vorbild, das dem Beistand/der Beiständin eine umfassende Vertretungsmacht vermittelte,¹²⁰ handelt hier die verbeiständete Person allein und ausschliesslich. Insbesondere in Sozialräumen mit funktionierender Nachbarschaftshilfe, tragfähigen sozialen Auffangnetzen oder mit guter sozialpolitischer Versorgungslage (Pro Senectute, Pro Infirmis, öffentliche Sozialberatung und Gesundheitsdienste etc.) wird dieses Institut meist vermeidbar sein.

2. Die Vertretungsbeistandschaft¹²¹

a) Im Allgemeinen

Bei der Vertretungsbeistandschaft handelt es sich um ein Universalwerkzeug für eine Unterstützung und Vertretung Schutzbedürftiger in allen Lebenslagen und zu allen Lebensvorgängen, die nicht absolut höchstpersönlicher Natur¹²² sind. Sie ist von der KESB den individuellen Bedürfnissen anzupassen und ist das eigentliche Vorzeigeeinstitut der Massschneidung, Verhältnismässigkeit und Komplementarität. Wenn die KESB keine andern Anordnungen trifft, hat die Vertretungsbeistandschaft keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person: Zwar kann der Beistand/die Beiständin im Rahmen der übertragenen Aufgaben unter Einschluss der Wahrung relativ höchstpersönlicher Rechte zugunsten Urteilsunfähiger für die verbeiständete Person rechtsverbindlich – teils autonom, teils nur mit Zustimmung der KESB¹²³ – handeln, womit die betroffene Person sich die Handlungen des Beistandes/der Beiständin anrechnen bzw. gefallen lassen muss,¹²⁴ das schliesst aber eigenes Handeln der urteilsfähigen verbeiständeten Person nicht aus. Daher funktioniert dieses Vertretungsmodell ohne Be-

¹¹⁹ aArt. 394 ZGB; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7016, 7045.

¹²⁰ BGE 134 III 385 E. 4.3.; vgl. Kap. I. 1 a) cc) hievov.

¹²¹ Art. 394 und 395 ZGB.

¹²² Zum Begriff vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, § 7.29 ff.; BIGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar, N. 36 f. zu aArt. 19.

¹²³ Art. 416, 417 ZGB; Art. 4 Abs. 2 und 3, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 und 2 Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV), SR 211.223.11.

¹²⁴ Art. 394 Abs. 3 ZGB.

schränkung oder Entzug der Handlungsfähigkeit nur, wenn die betroffene Person die Handlungen des Beistandes/der Beiständin nicht durchkreuzt, sondern sich gefallen lässt oder ihnen jedenfalls nicht aktiv zuwiderhandelt.¹²⁵ Andernfalls bedarf es entweder der Einschränkung der Handlungsfähigkeit,¹²⁶ deren Entzugs¹²⁷ oder des Entzugs des Zugriffsrechts auf einzelne Vermögenswerte ohne Handlungsfähigkeitsbeschränkung¹²⁸, es sei denn, die KESB habe mangels Einfluss auf die Lebensverhältnisse der betroffenen Person überhaupt auf eine Massnahme zu verzichten.¹²⁹

b) Mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit

Mit Ausnahme des Bereichs der höchstpersönlichen Rechte¹³⁰ kann die KESB die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person beschränken.¹³¹ Das vermittelt dem Beistand/der Beiständin ein exklusives Vertretungsrecht, muss von der KESB im Massnahmenbeschluss so angeordnet worden sein und wird in der Ernennungsurkunde¹³² entsprechend bescheinigt. Wo der verbeiständeten Person die Handlungsfähigkeit eingeschränkt worden ist, kann sie dem Beistand/der Beiständin im Sinne von Art. 416 Abs. 2 ZGB selbstredend auch kein gültiges Einverständnis mehr erteilen zur Vornahme zustimmungsbedürftiger Geschäfte.¹³³

Bestehende Vollmachten, welche die verbeiständete Person vorgängig der Handlungsfähigkeitsbeschränkung erteilt hatte, erlöschen, sofern nicht das Gegenteil bestimmt worden ist.¹³⁴ Die KESB hat sich soweit möglich be-

¹²⁵ MEIER, ZBGR 2013, S. 110; SCHMID, Erwachsenenschutz, N. 5 in fine zu Art. 394.

¹²⁶ Art. 394 Abs. 2 ZGB.

¹²⁷ Art. 398 ZGB.

¹²⁸ Art. 395 Abs. 3 ZGB.

¹²⁹ Nach Art. 389 Abs. 2 ZGB muss jede Massnahme geeignet sein. Vgl. III.6. hievore und Fn. 109.

¹³⁰ Art. 19c ZGB.

¹³¹ Art. 19d und 394 Abs. 2 ZGB. Zur beschränkten Handlungsunfähigkeit gem. Art. 19 Abs. 2 und 19a ZGB vgl. MEIER, ZBGR 2013, S. 110.

¹³² Das Gesetz selbst sieht keine Ernennungsurkunden vor, sie ergeben sich aber aus dem zwingenden Bedürfnis, sich als Beistand/Beiständin im Rechtsverkehr mit Dritten als Vertretungsperson ausweisen zu können.

¹³³ Art. 416 Abs. 2 ZGB.

¹³⁴ BGE 132 III 222; Art. 35 OR; für Beendigung und Fortdauer des einfachen Auftrages vgl. Art. 405 OR. Zur Kontroverse, ob der Entzug der Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen zu einem Erlöschen der Vollmacht führe, vgl. WATTER, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 35 OR und FELLMANN, Berner Kommentar, N. 96 f. zu Art. 396 OR;

reits anlässlich des Abklärungsverfahrens darüber Klarheit zu verschaffen, ob solche Vollmachten bestehen und diese – wenn sie die Interessen der betroffenen Person gefährden – allenfalls mittels vorsorglicher Massnahmen¹³⁵ zu widerrufen. Dasselbe gilt für einfache Aufträge.¹³⁶ Andererseits können solche Vollmachten durchaus auch geeignet sein, eine Gefährdungssituation zu überbrücken, wenn die Bevollmächtigten vertrauenswürdig sind und die Interessen der Auftraggeberin wahren. Nach Amtsantritt ist es Sache des Beistandes/der Beiständin, infolge besonderer Anordnung über den Verlust der Handlungsfähigkeit hinaus fortdauernde Vollmachten oder Aufträge zu widerrufen, soweit die Interessen der verbeiständeten Person dies gebieten. Sie kann diese aber ebenso gut fort dauern lassen oder anpassen (z.B. Vermögensverwaltungsaufträge oder Liegenschaftsverwaltungen).

c) Vertretungsbeistandschaft zur Vermögensverwaltung¹³⁷

aa) Verwaltungsbereiche

Bei diesem Beistandstypus handelt es sich um eine der Innovationen des neuen Erwachsenenschutzrechts. Die KESB hat mit diesem neuen Institut die Möglichkeit, Teile des Einkommens oder das gesamte Einkommen, Teile des Vermögens oder das ganze Vermögen unter die Verwaltung des Beistandes zu stellen. Damit kann sich eine Vertretungsbeistandschaft zur Vermögensverwaltung beispielsweise auch nur auf die Lohn- oder Rentenverwaltung beschränken. Die Verwaltungsbefugnisse umfassen auch die Ersparnisse aus dem verwalteten Einkommen oder die Erträge des verwalteten Vermögens, wenn die KESB nichts anderes angeordnet hat.¹³⁸

bb) Beschränkung der Handlungsfähigkeit

In Kombination mit Art. 394 Abs. 2 ZGB kann die Einkommens- und/oder Vermögensverwaltung mit oder ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit angeordnet werden, womit den Defiziten und Kundigkeiten, aber auch

ZÄCH, Berner Kommentar, N. 16, 83 zu Art. 35 OR. Mit BGE 132 III 222 E. 2.2. und 2.3 hat das Bundesgericht die dispositive Natur und damit die Zulässigkeit einer über den Verlust der Urteilsfähigkeit hinaus vereinbarten Vollmacht bejaht.

¹³⁵ Art. 445 ZGB.

¹³⁶ Art. 394 ff. OR.

¹³⁷ Art. 395 ZGB.

¹³⁸ Art. 395 Abs. 2 ZGB.

der Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der verbeiständeten Person optimal Rechnung getragen werden kann.

cc) Entzug des Zugriffsrechts

Ohne der betroffenen Person die Handlungsfähigkeit einzuschränken, kann ihr der Zugriff auf einzelne Vermögenswerte entzogen werden und, sofern sich dies auf ein Grundstück bezieht, im Grundbuch angemerkt werden.¹³⁹ Damit verbleibt der betroffenen Person die rechtsgeschäftliche Verfügungsfreiheit, sie kann aber nicht direkt auf die entsprechenden Mittel zugreifen. Ein solcher Eingriff bedingt selbstverständlich immer auch einen in einem rechtsstaatlichen Verfahren ergangenen Entscheid (vorsorgliche Massnahme oder Massnahmenentscheid). Die KESB kann sich nicht damit begnügen, mittels Genehmigung eines Vertrages über die Anlage und Aufbewahrung von Vermögenswerten solche Einschränkungen festzulegen.¹⁴⁰ Sie kann gem. Art. 9 Abs. 2 VBVV nichts anderes festlegen, als sie in vorsorglichen Massnahmen, ihrem Anordnungsbeschluss oder einem nachfolgenden Entscheid verfügt hat.

Besondere Bedeutung erlangt die Möglichkeit der Zugriffsbeschränkung für die Betriebskonten der Beistände, welche von ihnen in aller Regel exklusiv bewirtschaftet werden (müssen) und zu denen die verbeiständete Person nur in seltenen Fällen der engen und reibungslosen Kooperation gleichzeitig direkt Zugang haben soll. Allein das Bedürfnis nach lückenloser Buchführung und die Verantwortlichkeit für eine ausgewogene Mittelverwaltung¹⁴¹ verunmöglichen meist eine Co-Verwaltung solcher Konti durch Beiständin/Beistand und verbeiständeter Person.

dd) Unterschriftenregelung

Im Verkehr mit den Banken lässt sich die Differenzierung der Verwaltungsbefugnisse und Zugriffsbeschränkungen ohne besondere administrative Probleme durch eine Konto-, Depot- und Schrankfach bezogene Regelung des Verfügungsrechts absichern. Die Form entsprechender Verträge ist zurzeit noch sehr unterschiedlich und bildet Bestandteil der Verhandlungen

¹³⁹ Art. 395 Abs. 3 ZGB; Art. 80 Abs. 4 Grundbuchverordnung, SR 211.432.1.

¹⁴⁰ Art. 9 Abs. 1 und 2 VBVV.

¹⁴¹ Art. 408, 410, 413, 415 ZGB, Art. 10 und 11 VBVV.

zwischen der SBVg und der KOKES mit dem Ziel, eine banken- und kantonsübergreifende einheitliche Praxis etablieren zu können.¹⁴²

d) Die Mitwirkungsbeistandschaft¹⁴³

Diese Beistandschaft ersetzt die frühere Mitwirkungsbeiratschaft¹⁴⁴, unterscheidet sich aber von der Vorgängerin dadurch, dass kein zwingender und abschliessender Katalog von Mitwirkungsgeschäften mehr vorgesehen ist, sondern diese im Einzelfall von der KESB festzulegen ist. Damit weist auch diese Form der Handlungsfähigkeitsbeschränkung eine hohe Flexibilität auf. Sie kann auf den Schutzbedarf der betroffenen Person individuell zugeschnitten werden. Diese Beistandschaft bedingt allerdings, dass die verbeiständete volljährige Person urteilsfähig ist, weil die Beistandsperson kein Vertretungsrecht, sondern lediglich eine (zustimmende oder ablehnende) Mitwirkungspflicht hat. Mit der Mitwirkung des Beistandes/der Beiständin in den fraglichen Bereichen kommt das Rechtsgeschäft zustande, ohne dass es zusätzlicher Zustimmungen der KESB im Sinne von Art. 416/417 ZGB bedürfte.¹⁴⁵

e) Die umfassende Beistandschaft¹⁴⁶

Bei dieser Beistandschaft entfällt die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen, soweit sie nicht bereits aufgrund des Schwächezustandes fehlt, welcher zur Anordnung der Massnahme geführt hat.¹⁴⁷ Die Beistandsperson ist umfassende(r) gesetzliche(r) Vertreter/in und verantwortlich für das gesamte Spektrum der Personen-, Vermögenssorge und Rechtsvertretung. Diese Beistandschaft ist in ihren personen- und öffentlichrechtlichen Wirkungen der früheren Entmündigung nachgebildet¹⁴⁸ und die einzige Massnahme, welche von Gesetzes wegen eine umfassende Personen- und Vermögenssorge sowie Vertretungsbefugnis im Rechtsverkehr beinhaltet. Hier liegt ein un-

¹⁴² Vgl. Kap. V.2.e) hienach.

¹⁴³ Art. 396 ZGB.

¹⁴⁴ aArt. 395 ZGB.

¹⁴⁵ HENKEL, Basler Kommentar, N. 24 zu Art. 396.

¹⁴⁶ Art. 398 ZGB.

¹⁴⁷ Fehlende Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB und dadurch bedingte Handlungsunfähigkeit nach Art. 17 ZGB.

¹⁴⁸ Verlust der Handlungsfähigkeit (Art. 17 ZGB) und des Stimm- und Wahlrechts (Art. 136 BV, Art. 2 BG über die politischen Rechte, SR 161.1).

schöner Konstruktionsfehler des neuen Massnahmensystems, weil es im Gegensatz zum alten Recht¹⁴⁹ keine Möglichkeit der umfassenden Verbeiständung mehr gibt ohne Verlust der Handlungsfähigkeit. Die Rechtspraxis wird dieses unnötige Stigma auf kreative Weise korrigieren müssen, indem gestützt auf Art. 394 und 395, allenfalls auch Art. 396 ZGB eine «beinahe umfassende Beistandschaft» mit ausgesparten einzelnen Freiräumen angeordnet wird, wodurch der (vollständige) Verlust der Handlungsfähigkeit und der politischen Rechte vermieden wird.¹⁵⁰

f) Die kombinierten Beistandschaften

Begleit-, Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaft können miteinander kombiniert werden,¹⁵¹ während die umfassende Beistandschaft wegen ihres umfassenden Aufgabenbereichs keine Kombinationsmöglichkeiten mehr offen lässt. Mit kombinierten Beistandschaften kann in besonderer Weise dem Komplementaritäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen werden. Mit ihnen lässt sich oft die mit dem Stigma des Verlustes der Handlungsfähigkeit und des Stimm- und Wahlrechts verbundene umfassende Beistandschaft vermeiden.¹⁵²

g) Ersatzbeistandschaft¹⁵³

Der Vollständigkeit halber sei auf diese Beistandschaft hingewiesen, welche zu errichten ist, wenn der Beistand/die Beiständin am Handeln verhindert ist oder in einer Interessenkollision steht, welche die Vertretungsbefugnisse von Gesetzes wegen dahin fallen lassen.¹⁵⁴ Es ist eine sinngemässe Lösung zur Vertretung von Eltern, welche aus denselben Gründen ihre Kinder nicht vertreten können.¹⁵⁵ Es handelt sich in aller Regel um vorübergehende Beistandschaften mit Vertretungsbefugnissen in Einzelgeschäften.

¹⁴⁹ Beistandschaft auf eigenes Begehren gem. aArt. 394 und kombinierte Beistandschaft gem. aArt. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 2 ZGB; BGE 134 III 385 E. 4.3.

¹⁵⁰ KOKES-Praxisanleitung, Rz. 5.43.

¹⁵¹ Art. 397 ZGB.

¹⁵² MEIER, FamKomm, N. 2 zu Art. 397 und N. 3-8 zu Art. 391.

¹⁵³ Art. 403 ZGB.

¹⁵⁴ Art. 403 Abs. 2 ZGB.

¹⁵⁵ Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB.

h) Aufgabenbereiche und Ernennungsurkunde

Die Beistandschaft kann sich kumulativ oder alternativ auf die Personensorge, die Vermögenssorge oder den Rechtsverkehr beziehen.¹⁵⁶ Die umfassende Beistandschaft umfasst von Gesetzes wegen sämtliche Bereiche, während sich die konkreten Aufgabenbereiche der Vertretungsbeistandschaft, der Mitwirkungsbeistandschaft und der kombinierte Beistandschaft im Einzelfall aus dem Dispositiv des Anordnungsbeschlusses der KESB und aus der gleichlautenden Ernennungsurkunde des Beistandes/der Beiständin ergeben. Aus Gründen des Erwachsenenschutzgeheimnisses kann die KESB auch Ernennungsurkunden mit einem Teilgehalt der Beistandschaft ausstellen. Gegenüber einer Bank muss sich der Beistand/die Beiständin nur bezüglich vermögensbezogener Aufträge legitimieren, wogegen persönliche Betreuungsaufgaben oder Aufträge zu anderer Interessenwahrung gegenüber der Bank unter den Geheimnisschutz fallen und daher in der ihr vom Beistand unterbreiteten Ernennungsurkunde fehlen können.

3. Private Vollmachten und Aufträge in Ergänzung zur Beistandschaft

Mit der Anordnung der Beistandschaft wird unter Berücksichtigung einer allenfalls noch bestehenden Handlungsautonomie der betroffenen Person ein bestehender Schwächezustand überwunden. Eine Beistandschaft kann daher nach dem Prinzip der Subsidiarität und Komplementarität ohne Weiteres in Ergänzung zu vorbestehenden privaten Aufträgen angeordnet werden, sofern die urteilsfähige verbeiständete Person die Beauftragten zu überwachen und kontrollieren vermag oder der Beistand/die Beiständin diese Kontrolle übernimmt.

Anpassungen an die Handlungsmacht des Beistandes mittels zusätzlicher Aufträge, welche die verbeiständete Person (und nicht die KESB) der Beistandsperson erteilt, bedarf es dagegen grundsätzlich keiner und sind möglichst – von überbrückenden Ausnahmesituationen abgesehen – zu vermeiden. Eine solcherart ausgedehnte Handlungsmacht des Beistandes wäre insofern problematisch, als sie die Definitionsmacht der erforderlichen Fremdhilfe von der KESB zum Beistand verschiebt. Zudem besteht die Gefahr, dass sich die verbeiständete Person von Eigenverantwortlichkeiten be-

¹⁵⁶ Art. 391 Abs. 2 ZGB.

freien lässt, die von ihr aus der Sicht der KESB nicht zuletzt auch aus pädagogischen Gründen abgerufen werden sollen. Bei Entgeltlichkeit des Auftrages bedarf es ausserdem der Zustimmung der KESB.¹⁵⁷ Zusätzlich ist zu bedenken, dass mit privaten Aufträgen der verbeiständeten Person an den Beistand/die Beiständin zwei parallele Auftragsverhältnisse entstehen – hier erwachsenenschutzrechtlich, da obligationenrechtlich – welche nur schwer abgrenzbar sind und im privatrechtlichen Bereich von einem problematischen Machtgefälle zwischen Beistand/Beiständin und schutzbedürftiger Person geprägt sein kann, das keiner Drittkontrolle unterliegt.¹⁵⁸

V. Erwachsenenenschutzrecht und Bankenverkehr

Die Schnittstellen zwischen den anordnenden Behörden, den ausführenden Mandatsträgern und den Banken bzw. der Postfinance¹⁵⁹ bildeten schon unter der Herrschaft des alten Vormundschaftsrechts Gegenstand von Auseinandersetzungen, Missverständnissen und Behinderungen in der Mandatsführung.¹⁶⁰ Auch das neue Recht birgt in dieser Hinsicht ein gewisses Konfliktpotenzial. Es liegt deshalb im Interesse einer effizienten Abwicklung der Bankgeschäfte einerseits, des Beistandschaftsmandats andererseits, wenn diese Arbeitsbeziehungen soweit als möglich geklärt werden. Seit Sommer 2012 ist eine Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern von Swissbanking und diversen Bankinstituten sowie der Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenenschutz (KOKES), an der Erarbeitung gemeinsamer Empfehlungen, welche bei Drucklegung dieses Beitrages in Form eines gereiften Entwurfs vorliegen, aber weder von den zuständigen Instanzen verabschiedet noch öffentlich zugänglich sind.¹⁶¹

¹⁵⁷ Art. 416 Abs. 3 ZGB.

¹⁵⁸ Zu solchen Rollenkonfusionen vgl. BGer Urteil 5A_342/2009 vom 4. Dezember 2009, Sachverhalt Bst. B und C.

¹⁵⁹ Mit Verfügung vom 6. Dezember 2012 hat der Verwaltungsrat der FINMA der Postfinance bedingt die Bewilligung zur Tätigkeit als Bank und Effektenhändlerin erteilt. Es wird damit gerechnet, dass eine vollständige Unterstellung per Ende Juni 2013 erfolgen kann. Siehe FINMA-Mitteilung 47/2013 vom 3. Mai 2013, S. 1 (abrufbar unter: <www.finma.ch>, Über FINMA, Publikationen, Mitteilungen).

¹⁶⁰ RIEMER, ZVW 1997, S. 121 ff.; ABT, *successio* 3/2008, S. 257 ff.; AFFOLTER, ZVW 2008, S. 304 ff.

¹⁶¹ Die Hinweise auf diese Empfehlungen beziehen sich auf den Entwurf Stand Mai 2013.

1. Die Bank als Auskunftsstelle

a) Im Abklärungsverfahren

Wenn eine Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Meldung bezüglich einer schutzbedürftigen Person erhält, ordnet sie eine geeignete Massnahme an, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie, andere nahestehende Personen, privater oder öffentlicher Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint und bei Urteilsunfähigkeit der hilfsbedürftigen Person keine oder keine ausreichende eigene Vorsorge getroffen worden ist sowie die Massnahmen von Gesetzes wegen nicht genügen.¹⁶² Dem Entscheid geht ein sorgfältiges Abklärungsverfahren voraus, in dessen Rahmen sich die Behörde aufgrund der Untersuchungsmaxime¹⁶³ die nötigen Informationen beschafft und die Sachlage analysiert.¹⁶⁴ Dritte, Verwaltungsbehörden und Gerichte sind zur Mitwirkung verpflichtet, nötigenfalls kann die KESB die Mitwirkung zwangsweise durchsetzen.¹⁶⁵ Das Gesetz sieht einen abschliessenden Katalog¹⁶⁶ von funktionellen Ausnahmekategorien vor, welche gar nicht oder nur bedingt der Mitwirkungspflicht unterstehen.¹⁶⁷ Das Bankgeheimnis fällt nicht unter diese Privilegien, weshalb Banken mit Bezug auf Daten, über die sie bezüglich der zu schützenden Person verfügen, im Rahmen eines rechtshängigen Abklärungs- oder aufsichtsrechtlichen Verfahrens aufgrund einer vollstreckbaren verfahrensleitenden Anordnung der KESB (bzw. des instruierenden KESB-Mitglieds) Auskunft erteilen müssen.¹⁶⁸ Das ermöglicht der KESB insbesondere zu beurteilen, ob es Einkommens- und/oder Vermögensschutzmassnahmen braucht, ob das ganze Vermögen oder Einkommen oder nur

¹⁶² Art. 389 ZGB.

¹⁶³ Art. 446 Abs. 1 ZGB; KOKES-Praxisanleitung Rz. 1.144.

¹⁶⁴ Abb. 1 S. 184; KOKES-Praxisanleitung, Rz. 1.131 ff.

¹⁶⁵ Art. 448 Abs. 1 und 4 ZGB. Als Zwangsmassnahmen können namentlich die persönliche Zuführung oder psychologischer Zwang mittels Androhung der Ungehorsamsstrafe (Art. 292 StGB) beziehungsweise die Ordnungsbusse nach Art. 167 ZPO (wenn diese nach kantonalem Recht [Art. 450f ZGB] anwendbar ist) sowie allenfalls Ordnungsbussen nach kantonalem Verfahrensrecht in Betracht fallen.

¹⁶⁶ ROSCH, Kurzkomentar, N. 3 zu Art. 448. Allerdings gibt es gem. Art. 165 f. ZPO zusätzliche persönliche Verweigerungsgründe (AUER/MARTI, Basler Kommentar N. 23 ff. zu Art. 448).

¹⁶⁷ Art. 448 Abs. 2 und 3 ZGB.

¹⁶⁸ GEISER, AJP 2012, S. 1693; Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 37 ff.

Teile davon unter Beistandschaft zu stellen sind,¹⁶⁹ und welchem Eignungsprofil angesichts der zu erwartenden Herausforderungen ein Beistand zu entsprechen hat.¹⁷⁰ Ausserdem kann es hilfreich sein, wenn die Bank als Vertrauensstelle auch persönlichkeitsbezogene Informationen vermitteln kann, welche es erlauben, bestmöglich auf die persönlichen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen.¹⁷¹

Eine weitere Rechtsgrundlage, welche zu einem Datenaustausch zwischen Banken und KESB berechtigt, findet sich in Art. 453 Abs. 2 ZGB.¹⁷²

b) Bei Inventaraufnahme

Unverzüglich nach Errichtung einer Beistandschaft, welche einkommens- oder vermögensbezogene Verwaltungsaufträge beinhaltet, hat der Beistand/die Beistandin in Zusammenarbeit mit der KESB ein Inventar der zu verwaltenden Vermögenswerte aufzunehmen.¹⁷³ Namentlich bei unübersichtlichen Vermögensverhältnissen kann die KESB ein öffentliches Inventar anordnen mit den Wirkungen des öffentlichen Inventars des Erbrechts.¹⁷⁴ Banken sind nebst den Steuerbehörden eine der entscheidendsten Informationsquellen und haben alle nötigen Auskünfte zu erteilen.¹⁷⁵ Im Idealfall wurden im Rahmen der Abklärung bereits alle erforderlichen Informationen beschafft, je nach Arbeitsweise und personeller Bestückung der KESB besteht allerdings die Gefahr, dass Massnahmen «auf dünnem Eis» errichtet werden und dem Beistand systemwidrig ein Grossteil der nachträglichen Sachverhaltsabklärungen nach Mandatsaufnahme obliegen.¹⁷⁶ Das Auskunftsrecht kann sich auch auf Informationen für die Zeit vor der Übernah-

¹⁶⁹ Art. 395 Abs. 1 ZGB.

¹⁷⁰ Art. 400 Abs. 1 ZGB.

¹⁷¹ Art. 388 Abs. 2, 391 Abs. 1, 406 Abs. 1 ZGB; Art. 5 VBVV; GEISER, AJP 2012, S. 1692 f.

¹⁷² Es handelt sich lt. GEISER (AJP 2012, S. 1693) um eine eigentliche Einschränkung des Amts-, Berufs- und Bankgeheimnisses, setzt allerdings eine ernsthafte Selbstgefährdung voraus oder die Gefahr, dass die schutzbedürftige Person ein Verbrechen oder Vergehen begeht, mit dem sie jemand körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigt.

¹⁷³ Art. 405 Abs. 2 ZGB nach der Vorbildnorm von Art. 581 Abs. 2 ZGB, vgl. Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7052. Zur vergleichbaren erbrechtlichen Inventaraufnahme vgl. WISSMANN, Basler Kommentar, N. 21 zu Art. 581 ZGB; BREITSCHMID, AJP 1993, S. 730; BGE 118 II 264 ff., BGE vom 14.8.1992 in ZBGR 1994, 172, 173.

¹⁷⁴ Art. 405 Abs. 3 ZGB.

¹⁷⁵ Vgl. auch Fn. 168.

¹⁷⁶ Art. 405 Abs. 1 ZGB.

me des Amtes erstrecken, wenn dies zur Ausübung des Amtes erforderlich ist.¹⁷⁷

Für die Mitwirkungspflichten Dritter zur Inventaraufnahme bestehen im Unterschied zur allgemeinen Mitwirkung bei der Sachverhaltsabklärung keine Ausnahmebestimmungen.¹⁷⁸

c) Bei Überwachungsmaßnahmen

Erscheint die Errichtung einer Beistandschaft wegen des Umfangs der Aufgaben als offensichtlich unverhältnismässig, bedarf es aber eines adäquaten Schutzes, so kann die KESB von sich aus das erforderliche vorkehren und beispielsweise eine geeignete Person oder Stelle bezeichnen, der für bestimmte Bereiche (z.B. Vermögensentwicklung) Einblick und Auskunft zu geben ist.¹⁷⁹ Die so beauftragte Person legitimiert sich durch einen vollstreckbaren behördlichen Entscheid oder eine entsprechende Ernennungsurkunde als auskunftsberechtigte Person.

d) Während der Beistandschaft

Soweit der Beistand/die Beiständige mit der Verwaltung von Einkommen und/oder Vermögen beauftragt worden ist¹⁸⁰ und er/sie sich mittels Ernennungsurkunde oder eines vollstreckbaren Entscheiddispositivs¹⁸¹ zu legitimieren vermag, stehen ihm/ihr die entsprechenden Auskunftsrechte zu.¹⁸² Bei der Mitwirkungsbeistandschaft beschränkt sich das Auskunftsrecht der Beistandsperson auf die mitwirkungsbetroffenen Vermögenswerte.¹⁸³ Ist die verbeiständete Person urteilsunfähig oder ist ihr die Handlungsfähigkeit vollständig entzogen worden, so steht das Auskunftsrecht ausschliesslich der Beiständigen/dem Beistand zu.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Art. 10 Abs. 2 in fine VBVV (namentlich bezüglich bezahlter Rechnungen und offener Forderungen).

¹⁷⁸ Art. 405 Abs. 4 ZGB.

¹⁷⁹ Art. 392 ZGB; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7045.

¹⁸⁰ Art. 395 Abs. 1 und 2, Art. 408 ZGB. Die Begleitbeistandschaft beinhaltet nie einen Verwaltungsauftrag.

¹⁸¹ Eine begründete Entscheidung muss der Bank wegen des Erwachsenenschutzgeheimnisses vorenthalten bleiben.

¹⁸² Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 19, 20, 23; AFFOLTER, ZVW 2008, S. 305.

¹⁸³ Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 26.

¹⁸⁴ Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 19, 20, 23.

e) Nach Mandatsende¹⁸⁵

Mit dem Tod einer verbeiständeten Person erlischt auch die Beistandschaft.¹⁸⁶ Der Erbgang ist seitens der Bank grundsätzlich so zu behandeln, wie wenn der Kunde nicht verbeiständet gewesen wäre. Soweit es für den Abschluss des ehemaligen Beistandschaftsmandates erforderlich ist (z.B. Vermögensdifferenzen zwischen Zeitpunkt des Todes und Aushändigung des Vermögens), erteilt die Bank der KESB die erforderlichen Auskünfte auch für die Zeit nach dem Tod.¹⁸⁷ Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn mangels Kenntnis des Todesfalls noch buchhalterische Aktivitäten zu verzeichnen waren.¹⁸⁸

f) Gegenüber Aufsichtsbehörden

Die KESB kann im Rahmen ihrer Aufsicht über die Beiständinnen und Beistände¹⁸⁹ sowie der Dokumentationspflicht der Beistandsperson¹⁹⁰ von einer Bank, der Postfinance oder einer Versicherungseinrichtung jederzeit Auskunft über die Konti, Depots und Versicherungen der betroffenen Person und Einsicht in die dazugehörigen Akten verlangen.¹⁹¹

2. Die Bank als «Schirmlade»

a) Begriff

Als Schirmlade bezeichnete man unter früherem Recht einen sicheren Aufbewahrungsort für vormundschaftliche verwaltete Vermögen.¹⁹² Mit dem

¹⁸⁵ Vgl. zudem Kap. V.6.

¹⁸⁶ Art. 399 Abs. 1 ZGB.

¹⁸⁷ Art. 10 Abs. 2 VBVV.

¹⁸⁸ Namentlich bezahlen von Rechnungen auf Veranlassung des Beistandes mangels Kenntnis des Mandatsendes oder von Daueraufträgen, Zahlungseingänge für hängige Forderungen (z.B. Krankheitskostenrückerstattungen).

¹⁸⁹ Art. 410, 415, 419, 425 ZGB.

¹⁹⁰ Art. 11 VBVV.

¹⁹¹ Art. 10 Abs. 3 VBVV.

¹⁹² a§ 102 EG ZGB des Kt. Zürich: «Die Schirmlade soll in einem sichern, feuerfesten Gewölbe oder feuersichern Schrank untergebracht und wenigstens mit zwei Schlössern versehen sein. Die zwei Schlüssel sollen in der Hand von zwei Mitgliedern oder von einem Mitglied und dem Schreiber der Vormundschaftsbehörde liegen. Bei der Öffnung der Schirmlade haben zwei Schlüsselinhaber mitzuwirken, und es ist über die Eingänge und Ausgänge gleichzeitig ein Protokoll zu führen.» Vgl. auch aArt. 44

Ersatz physischer Vermögensdokumente (Bankbüchlein, Obligationen, Aktien etc.) durch elektronisch erfasste und virtuelle Produkte wick diese Schirmlade in den Räumlichkeiten der Behörden allmählich der Hinterlegung bei Banken¹⁹³ oder beschränkt sich auf das Depot von Gebrauchsschmuck u.ä. Auch Sicherheitsaspekte für das Personal und die Vermögensobjekte lassen es als ratsam erscheinen, in Verwaltungsräumen möglichst keine Vermögenswerte verbeiständeter Personen aufzubewahren, d.h. die «Schirmlade» in die Banken zu verlegen.

b) Hinterleger

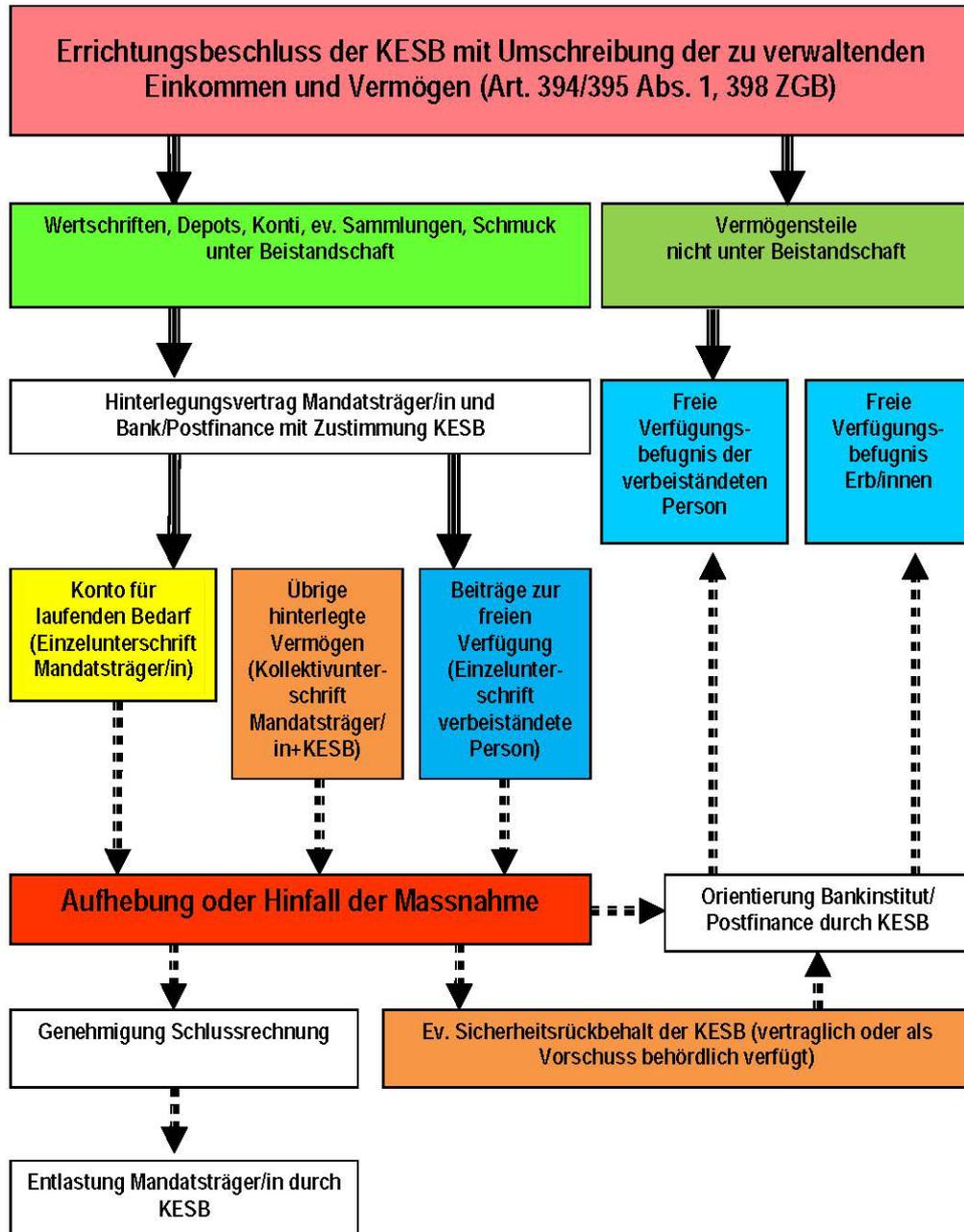
Jene Vormundschaftsbehörden, welche die ihnen anvertrauten Vermögenswerte unter altem Recht bei einer Bank hinterlegten, regelten dies gewöhnlich mittels eines Rahmenvertrages zwischen der Behörde und dem Bankinstitut, während das Dispositionsrecht über die hinterlegten einzelnen Vermögenswerte (einzel Beistand oder einzel Klient, kollektiv Beistand/Behörde oder kollektiv Mitwirkungsbeirat/Klient) pro Klient/in in einem Basisvertrag festgelegt wurde.¹⁹⁴

Abs. 1 EG ZGB BE: «Wertschriften, Kostbarkeiten, wichtige Dokumente und dergleichen sind von der Vormundschaftsbehörde in Verwahrung zu nehmen und an sicherem Orte aufzubewahren.»

¹⁹³ Verordnung des Regierungsrates des Kt. ZH betreffend Aufbewahrung von Mündelvermögen bei Banken, LS 232.2; Weisungen der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kt. BE vom 12. Februar 1996 zur Aufbewahrung und Kontrolle der Mündelvermögen, BSIG Nr. 2/211.1/2.1; Regierungsratsbeschluss des Kt. SZ über die Aufbewahrung und Anlage von Mündelvermögen bei Banken, SRSZ 211.311; BREITSCHMID/KAMP, S. 159 f.

¹⁹⁴ Abb. 3 S. 205; Ein auf das neue Recht adaptiertes Modell des Kt. ZH ist abrufbar unter <http://www.zh.ch/internet/justiz_inneres/gaz/de/ueber_uns/reformen/revision_vormundschaftsrecht.html>.

Abbildung 3: Vermögensverwaltung des Beistandes und der Beiständin (ohne Mobilien und Immobilien)



Mit der Totalrevision des Erwachsenenschutzrechts obliegt die Verwahrung sämtlicher Vermögenswerte, namentlich auch jener, welche nicht dem Betriebskonto zuzurechnen sind und damit nicht täglich von der Beistandsperson zu bewirtschaften sind, nicht mehr der Behörde,¹⁹⁵ sondern dem Beistand/der Beiständin.¹⁹⁶ Die KESB bleibt aber insofern noch mitverantwortlich für die Verwahrung und Verwaltung von Vermögenswerten, als sie einerseits die Vermögenssituation von Amtes wegen sorgfältig abklären,¹⁹⁷ an der Inventaraufnahme des Beistandes/der Beiständin mitwirken¹⁹⁸ und die Hinterlegungs- und Verwaltungsverträge des Beistandes/der Beiständin mit den Beauftragten genehmigen muss.¹⁹⁹

c) Hinterlegungsort

Als Hinterlegungsort schreibt das neue Recht eine Bank oder die Postfinance vor.²⁰⁰ Nur ausnahmsweise, wenn die Sicherheit gewährleistet ist und es den vorrangigen Interessen der verbeiständeten Person dient, darf die Beistandsperson Wertsachen andernorts aufbewahren. In Frage kommen dabei auch die Räumlichkeiten der KESB, wenn der Aufbewahrungsort feuer-, wasser- und diebstahlsicher ist.²⁰¹

d) Legitimierung und Identifizierung

Im Rechtsverkehr mit Dritten legitimiert sich die Beistandsperson generell mittels einer Ernennungsurkunde, die ihr die KESB ausgestellt hat, oder eines vollstreckbaren Entscheiddispositivs der KESB. Dabei hat sich die Beistandsperson auch identifizieren zu lassen (z.B. unter Vorweisung des Passes). Anders verhält es sich bezüglich der verbeiständeten Person. Deren Identität musste durch die KESB vor Erlass ihres Entscheides geprüft werden. Eine behördlich unterzeichnete Bescheinigung in Form der Ernen-

¹⁹⁵ aArt. 399 ZGB; § 102 EG ZGB ZH; allerdings wurde schon unter altem Recht die «Verwahrung» kantonal sehr unterschiedlich gehandhabt. Einzelne Kantone überliessen die Verwahrungsregelung ausschliesslich dem Beistand (z.B. Kt. Waadt: Art. 4 ff. Règlement concernant l'administration des tutelles et curatelles, [RATu, 211.255.1]).

¹⁹⁶ Art. 4 und 9 VBVV.

¹⁹⁷ Art. 446 ZGB.

¹⁹⁸ Art. 405 Abs. 2 ZGB.

¹⁹⁹ Art. 9 VBVV.

²⁰⁰ Art. 4 Abs. 1 VBVV. Zur Postfinance vgl. Fn. 159.

²⁰¹ Art. 4 Abs. 2 und 3 VBVV.

nungsurkunde oder des vollstreckbaren Entscheiddispositivs, soweit möglich unter Beilage einer Kopie des Personenausweises der verbeiständeten Person, muss für die Bank wie für andere Geschäftspartner genügen.²⁰² Eine andere Handhabung würde in vielen Fällen bereits an praktischen Fragen scheitern, wenn die verbeiständete Person z.B. nicht transportfähig ist und in einem Pflegeheim, einer Notfallstation oder einer psychiatrischen Klinik untergebracht ist, definitiv aber dann, wenn Grund der Verbeiständung die Abwesenheit an unbekanntem Ort ist.²⁰³ Um im Geschäftsverkehr Unsicherheiten bezüglich der Identität der verbeiständeten Person zu vermeiden, werden die KESB in der künftigen Praxis gut daran tun, systematisch Kopien von Personenausweise zu den Akten zu nehmen. Das findet ihre Grenzen bei der Beistandschaft für einen Nasciturus²⁰⁴ und die unbekannt abwesende Person²⁰⁵.

e) **Hinterlegungs- und Verwahrungsvertrag**

In welchen Vertragsformen die verbeiständeten Vermögen den Banken bzw. der Postfinance anvertraut werden, ist aufgrund der sehr unterschiedlichen föderalen Kulturen und der unterschiedlichen Vertrautheit der Bankenwelt mit dem Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes im Moment noch offen²⁰⁶ und wurde in den ersten Monaten der Umsetzung des neuen Rechts sehr unterschiedlich bewerkstelligt. Es ist das Ziel der gemeinsamen Empfehlungen von SBVg und KOKES,²⁰⁷ diesbezüglich einen gemeinsamen Nenner unter Ausschöpfung der reichhaltigen Erfahrungen zu finden.

3. **Die Bank als Sachverständige**

Für die Beurteilung von Anlageprodukten, die Analyse von Wertschriftenportefeuilles und die Entwicklung von Anlagestrategien sind die Organe des Erwachsenenschutzes (Beistandsperson und KESB) auf Sachverständige angewiesen, welche den Markt eng verfolgen und mit dessen Entwicklung ver-

²⁰² GEISER, AJP 2012, S. 1694; Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 31.

²⁰³ Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

²⁰⁴ Art. 306 Abs. 2, 308 Abs. 2 ZGB, 544 Abs. 1^{bis} ZGB.

²⁰⁵ Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

²⁰⁶ BREITSCHMID/KAMP, S. 167 f.; siehe immerhin das in Fn. 194 erwähnte Modell des Kt. Zürich.

²⁰⁷ Vgl. Fn. 161.

traut sind, auch wenn vor solchen gleichermaßen Vorsicht geboten ist, wie vor sich selbst überschätzenden Laien.²⁰⁸ Die behördlichen Strukturen sind aus naheliegenden Gründen ausserstande, in dieser Beziehung die nötigen Kompetenzen auszubauen. Als Sachverständige haben sich die Banken dabei an den nachfolgend beschriebenen erwachsenenschutzrechtlichen Vorgaben zu orientieren.

a) Leitlinien erwachsenenschutzrechtlicher Vermögensverwaltung

Der Beistand/die Beiständin hat das Vermögen der verbeiständeten Person sorgfältig zu verwalten.²⁰⁹ Was darunter zu verstehen ist, hat der Bundesrat gestützt auf Art. 408 Abs. 3 ZGB in den Grundzügen in einer Verordnung festgelegt.²¹⁰ In ihrer grundsätzlichen Ausrichtung²¹¹ geht die Sicherheit einer Anlage («Mündelsicherheit» im alten Sprachgebrauch) möglichst hohen Erträgen vor, weil die Vermögenswerte nach dem Wortlaut der Verordnung «sicher und soweit möglich ertragbringend anzulegen und Anlagerisiken durch eine angemessene Diversifikation gering zu halten sind.»²¹² In Anbetracht des Hauptzwecks der Vermögensverwaltung, nämlich der Wahrung der Gesamtinteressen der verbeiständeten Person, soll der Beistand dem Betroffenen mittels einer umsichtigen Vermögensverwaltung stets das grösstmögliche Mass an Wohlergehen sichern.²¹³ Die Erhaltung und Mehrung des Vermögens um jeden Preis, und vor allem auf Kosten des Wohls der verbeiständeten Person, kann nicht im Vordergrund stehen. Die Befriedigung materieller Wünsche soll gewährleistet werden, solange diese in einem realen Verhältnis zum Vermögen liegen.²¹⁴

²⁰⁸ BREITSCHMID/KAMP, S. 163, 166.

²⁰⁹ Art. 408 Abs. 1 ZGB.

²¹⁰ VBVV (Fn. 123), in Kraft seit 1.1.2013.

²¹¹ Art. 2 VBVV.

²¹² BASLER SCHERRER, ZKE 2011, S. 180; BALESTRIERI, ZKE 2011, S. 216 f.; GULER, Basler Kommentar, N. 5 zu aArt. 413; CAVIEZEL, S. 204 f.; FASSBIND, OF-Kommentar, N. 1 zu Art. 408.

²¹³ CAVIEZEL, S. 200; BALESTRIERI, S. 216 f.

²¹⁴ AFFOLTER/STECK/VOGEL, Handkommentar, N. 6 f. zu aArt. 413 ZGB; CAVIEZEL, S. 219 ff.; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 3 und 4 zu aArt. 413 ZGB; GULER, Basler Kommentar, N. 3 zu aArt. 413.

b) Sicherheit

Als sicher galten früher nominell sichere Einzelanlagen wie Staatsanleihen. Mit der Entwicklung auf dem Kapital- und Finanzmarkt zu Beginn des 21. Jh., insb. auch der hohen Staatsverschuldungen im europäischen und amerikanischen Wirtschaftsraum, hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die hergebrachten Vorstellungen von «Mündelsicherheit» zu kurz greifen. Die Rechtsfrage, wie ein Vermögen sorgfältig verwaltet wird, lässt sich zu einem wesentlichen Teil nur nach finanzwirtschaftlichen Beurteilungskriterien beantworten und unterliegt einem permanenten Wandel. Der Begriff der Sicherheit lässt sich nicht mehr auf die Definition zulässiger Einzelanlagen reduzieren, sondern ist in einem umfassenderen Sinne zu verstehen, ausgehend von allgemein gültigen Anlagegrundsätzen über den strukturierten Anlageprozess bis hin zur Definition der zulässigen Anlagen.²¹⁵ Bei verbeiständeten begüterten Person, zu deren Vermögen bisher professionell bewirtschaftete Anlagen mit langfristigem Anlagehorizont oder Familienunternehmen bzw. Anteile daran gehören, besteht ausserdem ein Bedürfnis nach differenzierteren Verwaltungsstrategien als der herkömmlichen «Mündelsicherheit». Damit soll namentlich der bisher beanspruchten Privatautonomie in der Vermögensverwaltung (Risikobereitschaft und unternehmerische Verantwortung) in einem verantwortbaren Rahmen Rechnung getragen werden können.²¹⁶

c) Differenzierung von Anlagekomplexen

Die VBVV unterscheidet drei Vermögenskategorien bzw. Anlagekomplexe:

- Vermögenswerte, die der Sicherstellung des gewöhnlichen Lebensunterhalts der verbeiständeten Person dienen und deshalb einem abschliessend umschriebenen Anlagekatalog entsprechend nur sehr konservativ angelegt werden dürfen und sofort verfügbar sein müssen,²¹⁷
- Anlagen für weitergehende Bedürfnisse, welche einem erweiterten Anlagekatalog mit weniger Sicherheit aber höheren Ertragswahrscheinlichkeiten entsprechen,²¹⁸

²¹⁵ BASLER SCHERRER, ZKE 2011, S. 180 ff.

²¹⁶ AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 408.

²¹⁷ Art. 6 Abs. 1 lit. a.-f. VBVV.

²¹⁸ Art. 7 Abs. 1 lit. a.-f. VBVV.

- Anlagen für weitergehende Bedürfnisse bei Vorliegen besonders günstiger finanzieller Verhältnisse, welche in erweitertem Mass risikobehaftete Anlagestrategien ermöglichen, zu welchen sich die verbeiständete Person vor der Beistandschaft selbst entschieden hatte.²¹⁹

Hinweise darauf, auf wie lange Zeit ein wie hoher gewöhnlicher Lebensunterhalt unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse²²⁰ gesichert werden muss, finden sich weder im Gesetz noch in der Verordnung oder im Begleitbericht zur VBVV.²²¹ Es wird sich letztlich aus der Behördenpraxis heraus entwickeln müssen, welcher Zeithorizont und welcher Lebensstandard im Einzelfall in Betracht zu ziehen ist.²²² Müsste der gewöhnliche Lebensunterhalt einer 18-jährig gewordenen Person ohne gesicherten Rentenanspruch (z.B. aus der IV, SUVA und/oder Privatversicherung) aufgrund der Lebenserwartung bestimmt und sichergestellt werden, müssten auch siebenstellige Vermögenswerte der Sicherstellung dienen, was weder gesellschaftlichem Durchschnittsverhalten noch dem Sinn der Verordnung entsprechen kann.

Es ist davon auszugehen, dass Anlagekomplexe namentlich bei Personen im aktiven Lebensalter (18-65 Jahre) nicht als feste Grössen zu verstehen sind, sondern je nach der Entwicklung der persönlichen Situation der betroffenen Person und des Vermögens in Relation zum Gesamtvermögen Veränderungen unterliegen. Deshalb dürfte es praxisnaher sein, mit flexiblen, individuell zugeschnittenen Anlageprofilen zu arbeiten.²²³ Deren Festlegung liegt in erster Linie in der Verantwortung des Beistandes/der Beiständin und bedarf gegebenenfalls der Zustimmung der KESB.²²⁴ Das Gesetz lässt hier den nötigen Spielraum offen.

²¹⁹ Art. 7 Abs. 3 VBVV.

²²⁰ Art. 406 ZGB, Art. 5 VBVV.

²²¹ Der Bundesrat orientierte sich an der am 25. September 2001 in Kraft getretenen Verordnung über das Vormundschaftswesen des Kantons Luzern (SRL Nr. 206), welche drei Arten von Vermögensanlagen unterschied (Sicherstellung des gewöhnlichen Lebensunterhalts [§ 23], Rücklagen für weiter gehende Bedürfnisse [§ 24] und Anlage des übrigen Vermögens [§ 25]). In Abweichung dazu verzichtet die VBVV auf eine Unterscheidung zwischen Rücklagen für weiter gehende Bedürfnisse und der Anlage des übrigen Vermögens (zur Begründung vgl. Begleitbericht VBVV Mai 2012, S. 4).

²²² So operiert die KESB Basel-Stadt mit tabellarischen Hilfen mit einem Zeithorizont von 10 Jahren; BREITSCHMID/KAMP verweisen ausserdem infolge des Stadt-Landgefälles auf den Bedarf nach einer kaufkraftbezogenen Betrachtungsweise.

²²³ BASLER SCHERRER, ZKE 2011, S. 185.

²²⁴ Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 3 VBVV; Art. 416 Ziff. 5 ZGB.

d) Prüfungsbedarf im Abklärungsverfahren und bei Mandatsbeginn

Beistandsperson und KESB sind auf Fachexperten der Finanzwirtschaft angewiesen, wenn es um die Beurteilung der Güte (Sicherheit und Rentabilität) von Anlageprodukten geht. Der Bedarf kann bereits im Rahmen des Abklärungsverfahrens der KESB,²²⁵ bevor die verschiedenen Anlagekomplexe durch die KESB festgelegt werden,²²⁶ namentlich aber im Inventarisationsverfahren²²⁷ und anlässlich der Anlageentscheide²²⁸ anfallen. Wenn zu prüfen ist, ob Vermögensanlagen die Zulässigkeitsvoraussetzungen gem. Art. 6 und 7 VBVV erfüllen oder nicht, werden die Banken nebst andern Vermögensanlagespezialisten als Sachverständige gefragt sein und der Betreuungsperson Beurteilungskriterium darüber unterbreiten können, ob namentlich Anlagen umzuwandeln sind und zu welchem Zeitpunkt dies zu geschehen hat, damit es nicht zur Unzeit erfolgt.²²⁹

4. Die Bank als Vermögensverwalterin

Die sorgfältige Verwaltung des Vermögens obliegt dem Beistand/der Beiständin. Darunter fällt die Aufnahme des Inventars unter Einschluss der allfälligen Veranlassung eines öffentlichen Inventars,²³⁰ der Einbezug der KESB, soweit es sich um zustimmungsbedürftige Geschäfte handelt,²³¹ die Rechnungsführung, –ablage, Berichterstattung und Dokumentation.²³² Soweit es aber um die Verwahrung und Bewirtschaftung des Vermögens geht (z.B. Liegenschaftsverwaltung oder Wertschriftenverwaltung), kann die Beistandsperson diese einem Beauftragten, namentlich einer Bank anvertrauen. Sie ist diesfalls im Sinne der Geschäftsherrenhaftung²³³ verantwortlich für die Auswahl, Instruktion und Beaufsichtigung eines geeigneten aussenstehenden Vermögensverwalters (z.B. Finanzinstitut) und die Vermeidung

²²⁵ Kap. II.2.c.

²²⁶ Art. 395 Abs. 1 ZGB; Art. 6, 7 und 9 Abs. 2 VBVV.

²²⁷ Art. 405 Abs. 2 und 3 ZGB.

²²⁸ Art. 408, 416 Ziff. 5 ZGB; Art. 6 Abs. 2, Art. 7 f. VBVV.

²²⁹ Art. 8 VBVV, vgl. dazu bereits aArt. 402 Abs. 2 ZGB.

²³⁰ Art. 405 Abs. 2 und 3 ZGB.

²³¹ Art. 416 Ziff. 5 ZGB, Art. 4 Abs. 2 und 3, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 und 2 VBVV.

²³² Art. 410 f., 425 ZGB, Art. 10 und 11 VBVV; BALESTRIERI, ZKE 2011, S. 220 ff.

²³³ Art. 55 OR; BGE 135 III 198 E. 2.3.

spekulativer Anlagen oder Geschäfte.²³⁴ Die Anlagestrategie für komplexere Vermögen ist im Rahmen eines professionell strukturierten Anlageprozesses nach den Vorgaben der Art. 6-8 VBVV festzulegen und richtet sich im Einzelfall nach der Risikofähigkeit und dem Anlageziel. Dabei bilden auch die Kosten eine wichtige Orientierungshilfe.²³⁵ Dynamische Anlagestrategien widersprechen in der Regel dem Sicherheitsanspruch nach Art. 2 VBVV und vertragen sich nicht mit dem zeitlichen Bedarf der nötigen Genehmigungsverfahren durch die KESB (Empfehlung des Bankinstituts, Bericht und Antrag der Beistandsperson an KESB, Prüfung und Genehmigung oder Verweigerung durch EKSB, Eröffnung des Entscheids mit Rechtsmittelfrist).²³⁶

Eine sorgfältige Verwaltung beinhaltet die Bewirtschaftung im Interesse der verbeiständeten Person, ist frei von jeglichem Eigennutz des Beistandes oder des von ihm beauftragten externen Vermögensverwalters²³⁷, aber auch von der offenen oder versteckten Wahrung öffentlicher Fiskalinteressen.²³⁸

5. Die Bank als Melderin

In ihrer Eigenschaft als Beauftragte unterliegt eine Bank einer Anzeigepflicht, wenn die auftraggebende Person voraussichtlich dauernd urteilsunfähig wird und eine solche Meldung an die KESB zur Interessenwahrung angezeigt erscheint.²³⁹ Das kann aus der Sicht der Bank durchaus zu heiklen Güterabwägungen führen, namentlich wenn sich Familienangehörige, die ebenfalls gute Kunden sind, dem entgegen stellen, wenn Schwarzgeld verwahrt wurde oder die Auftraggeberin sich undurchsichtiger Vermögenskonstrukte bediente, an deren Ankauf die Bank möglicherweise noch beteiligt war oder die sie im Rahmen von Bankzusammenschlüssen und -übernahmen «geerbt» hat.

Bei qualifizierten Gefahrensituationen²⁴⁰ kann sich die Bank ausserdem zu einer Meldung veranlasst sehen: Besteht die Gefahr, dass eine hilfsbe-

²³⁴ AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 408; GULER, Basler Kommentar N. 5 zu aArt. 413; DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 999; BGE 136 III 113 E. 3.2.1; 52 II 319.

²³⁵ BASLER SCHERRER, ZKE 2011, S. 182 f.

²³⁶ Art. 416 Ziff. 5 ZGB; Art. 7 Abs. 2 und 3 VBVV.

²³⁷ AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 408; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 6 zu aArt. 413 ZGB; zur Weiterleitungspflicht von Retrozessionen BGE 138 III 755.

²³⁸ BGE 138 V 58 E. 4.3.

²³⁹ Art. 397a OR.

²⁴⁰ Kap. V.1.a) Fn. 172.

dürftige Person sich selbst gefährdet oder ein Verbrechen oder Vergehen begeht, mit dem sie jemand körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigt, so darf die Bank mit Polizei und KESB Informationen austauschen, ohne dass sie das Bankgeheimnis verletzt.²⁴¹ Der offene Begriff «betroffene Stellen», welche Informationen austauschen dürfen, schliesst alle möglichen Mitbeteiligten ein.²⁴² Diese Meldungen können sich überschneiden mit der Meldepflicht nach Zugang verdächtiger Vermögenswerte gem. Geldwäschereigesetz²⁴³, erfolgt aber nicht aus fiskalischen, sondern aus Gründen des Schutzes privater Rechtsgüter des Bankkunden.

6. Die Bank am Ende der Beistandschaft

Mit rechtskräftiger Aufhebung der Beistandschaft oder dem Tod einer verbeiständeten Person erlischt auch die Beistandschaft.²⁴⁴ Dasselbe gilt, wenn für eine minderjährige Person eine Vormundschaft²⁴⁵ oder eine Kindesvermögensverwaltungsbeistandschaft²⁴⁶ besteht und die betroffene Person volljährig geworden ist. Volljährigkeit wie Tod beendet die Massnahme von Gesetzes wegen.

Nach dem Tod der verbeiständeten Person ist der Erbgang seitens der Bank grundsätzlich so zu behandeln, wie wenn der Kunde nicht verbeiständet gewesen wäre. Mithin treten die Erben kraft Universalsukzession mit dem Tod der verbeiständeten Person in das zuvor verbeiständete Vermögen als Rechtsnachfolger ein.²⁴⁷

Der unter dem alten Recht noch bestandene Theorienstreit²⁴⁸ erweist sich mit der neuen Gesetzgebung als beigelegt. Die Begründungen für eine derogierende *lex specialis* im alten Vormundschaftsrecht lassen sich im neuen Recht gegenüber den erbrechtlichen Regeln nicht mehr finden.²⁴⁹

²⁴¹ Art. 453 ZGB.

²⁴² Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7091.

²⁴³ Welche öffentlichem Recht entspringt und an das BAP erfolgt, Art. 9 GWG (SR 955.0).

²⁴⁴ Art. 399 Abs. 1 ZGB.

²⁴⁵ Art. 327a ZGB.

²⁴⁶ Art. 325 ZGB.

²⁴⁷ Art. 560 Abs. 1 ZGB ; ABT, *successio* 3/2008, S. 258 f.

²⁴⁸ RIEMER, ZVW 1997, S. 121 ff.; ABT, *successio* 3/2008, S. 257 ff.; MOTTIEZ, ZVW 2006, S. 278 f.; AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 69a zu Art. 451-453; AFFOLTER/STECK/VOGEL, Handkommentar, N. 24 zu aArt. 451-453.

²⁴⁹ Namentlich das von RIEMER gestützt auf aArt. 451-453 ZGB unter Berufung auf KAUFMANN (Berner Kommentar, N. 12 zu aArt. 451), EGGER (Zürcher Kommentar, N. 5

Soweit es für den Abschluss des ehemaligen Beistandschaftsmandates erforderlich ist (z.B. Vermögensdifferenzen zwischen Zeitpunkt des Todes und Aushändigung des Vermögens), haben die Behörden und die ehemalige Beistandsperson auch für die Zeit nach dem Tod einen Informationsanspruch gegenüber der Bank.²⁵⁰

VI. Offene Fragen

1. Umgang mit verwaltungslosen Vermögen

Nach dem alten Recht konnte für Vermögen, dem die nötige Verwaltung fehlte, gestützt auf aArt. 393 ZGB eine Verwaltungsbeistandschaft errichtet werden.²⁵¹ Darunter können z.B. gem. Art. 566 ZGB ausgeschlagene Nachlassvermögen fallen, über welche mangels hinreichender Aktiven kein Konkurs eröffnet wurde, aber auch herrenlose Vermögen oder solche, deren Eigentümer ungewiss sind, sowie Erbschaftsvermögen unter Verwaltung eines Erbenvertreters, solange sich kein Vertreter bestimmen lässt²⁵², insbesondere aber auch nachrichtenlose Vermögen, welche allerdings – soweit sie Banken anvertraut sind – bisher teilweise einer «selbstregulierten» Behandlung unterstanden.²⁵³ Aktuell werden gestützt auf aArt. 393 ZGB bei verschiedenen Behörden noch altrechtliche Vermögensbeistandschaften (z.B. für Vermögen jüdischer Flüchtlinge aus der Zeit des 2. Weltkriegs, zu denen kein Kontakt mehr besteht) geführt, welche spätestens am 31.12.2015 dahinfallen werden. Bis dahin wird für die Weiterverwaltung solcher Vermögen eine Lösung zu finden sein,²⁵⁴ namentlich wenn sich kein nahtloser Übergang zur Regelung nachrichtenloser Vermögen gemäss Bankengesetz finden lässt.²⁵⁵

zu aArt. 451 und N. 3 zu aArt. 453) sowie TUOR/SCHNYDER/SCHMID (S. 427) geschilderte Szenario des Bereithaltens und Übergabens des Vermögens nach Prüfung und Genehmigung der Mündelrechnung sowie Entschädigung des Mandatsträgers lässt sich aus dem neuen Erwachsenenschutzrecht nicht mehr herleiten.

²⁵⁰ Art. 10 Abs. 2 VBVV; RIEMER, ZVW 1997, S. 121 ff.; ABT, *successio* 3/2008, S. 257 ff.

²⁵¹ aArt. 393 Ingress ZGB.

²⁵² BGer Urteil 5A_121/2012 vom 16. April 2012 E. 2.2.

²⁵³ SBVg, Richtlinie. Diese bildet die Vorlage zur Definition nachrichtenloser Vermögen durch eine gestützt auf Art. 371 Abs. 4 Bankengesetz zu erlassende bundesrätliche Verordnung (Botschaft zur Sicherung der Einlagen, BBl 2010, S. 4026).

²⁵⁴ AFFOLTER, *FamPra.ch* 4/2012, S. 851, Ziff. 5.

²⁵⁵ Art. 371 Bankengesetz. Das sind insbesondere Vermögen, die wegen kürzerer Zeitdauer noch nicht als nachrichtlos gelten und einer Bewirtschaftung bedürfen (ob der

2. Kostenersatz für Beistandsperson und KESB

Die Tätigkeit der Beistandsperson und der KESB ist mit einer Wertschöpfung verbunden, welche zu entschädigen ist. Die Beistandsperson erhält eine Mandatsentschädigung und Spesenersatz,²⁵⁶ die KESB kann für ihre Leistungen Gebühren erheben.²⁵⁷ Während die Banken gestützt auf ihre AGB ihnen anvertraute Vermögen nach Abzug der ihnen entstandenen Kosten herausgeben, mithin vorab ihre Forderung mit den ihnen anvertrauten Mitteln verrechnen können, sehen sich Beistandsperson und KESB aufgrund der neuen Rechtslage damit konfrontiert, allenfalls ihre Forderungen gegen die ehemals verbeiständete Person oder deren Erben nachträglich geltend machen zu müssen, weil sie kein Verrechnungsrecht haben. Eine Verrechnungsmöglichkeit, wie sie die alte Praxis bot,²⁵⁸ besteht nicht mehr. Ihre Inkassobemühungen können ins Leere stossen, wenn widerspenstige Erben im Ausland leben oder bei einer Schuldbetreibung (wieder) mittellos sind. Diese unbefriedigende Lösung kann behoben werden, wenn die Banken entweder Hand bieten zu Hinterlegungsverträgen, welche einen angemessenen Rückbehalt für entstandene Kosten der Beistandschaft ermöglichen, oder aber die Kantone schaffen in ihren Verfahrensrechten die Möglichkeit von Kostenvorschüssen, mit denen der Aufwand für die Führung der Beistandschaft abgedeckt werden können.

3. Verbeiständung von Unerfahrenen

Im Unterschied zu aArt. 394 ZGB bietet das neue Recht wegen den strengen Anforderungen, welche an eine Beistandschaftserrichtung geknüpft werden,²⁵⁹ zur Unterstützung von Volljährig gewordenen ohne familiäres Auf-

neue Art. 37m BankG und die Übergangsbestimmungen für Vermögenswerte, die bei Inkrafttreten des Gesetzes [Ablauf Referendumsfrist 13. Juli 2013] seit über 50 Jahren nachrichtenlos sind, einen lückenlosen Ersatz für die Verwaltung von bisher nach aArt. 393 ZGB unter Beistandschaft stehenden, nicht persönlich zuweisbaren Vermögen darstellen kann, scheint dem Schreibenden fraglich).

²⁵⁶ Art. 404 ZGB sowie kantonale Ausführungserlasse, z.B. Verordnung des RR des Kt. BE über die Entschädigung und den Spesenersatz für die Führung einer Beistandschaft (ESBV), BSG 213.361.

²⁵⁷ Art. 95 ff. ZPO i.V.m. Art. 450f ZGB; kantonale Verfahrensbestimmungen und Gebührentarife (z.B. Art. 63 KESG BE).

²⁵⁸ RIEMER, ZVW 1997, S. 121 ff.; AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 72 zu aArt. 451-453.

²⁵⁹ Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB; Kap. II.2.b)

fangnetz, von vereinsamten Schwachen oder von Menschen in vorübergehenden schweren Lebenskrisen ohne psychische Erkrankung keine erwachsenenschutzrechtliche Hilfe mehr an. Die Praxis wird hier kreative Lösungen finden müssen («wo kein Kläger, da kein Richter»), weil der Bedarf nach solchen Beistandschaften unbestritten und deren Anordnung insbesondere der Integration junger schutzbedürftiger Erwachsener sehr dienlich ist. Sie können durch einen Beistand/eine Beiständin in der Teilnahme am Rechts- und Sozialleben, insbesondere auch in der Ausbildung und Berufsfindung, nachhaltig unterstützen werden. Das gilt namentlich auch für die Hinführung zu vernünftigem Umgang mit Einkommen und Vermögen.

Private Schutzmassnahme – Der Vorsorgeauftrag

Alexandra Rumo-Jungo, Freiburg *

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	218
Materialien.....	221
I. Die Bank im Kontext des Vorsorgeauftrags.....	222
1. Fragestellung.....	222
2. Gesetzlicher Kontext.....	223
3. Vorsorgeaufträge in der Bankberatung	224
II. Errichtung.....	225
III. Wirksamkeit	225
1. Vorsorgeauftrag als einseitiges Rechtsgeschäft.....	226
2. Vorsorgeauftrag als vertragsähnliches Rechtsverhältnis	227
a) Zeitpunkt und Adressatin der Annahmeerklärung.....	227
b) Rechtslage vor der Annahmeerklärung.....	228
3. Legitimationsausweis und seine Bedeutung für die Bank.....	229
a) Abgrenzung von der Validierungsverfügung.....	229
b) Inhalt.....	230
c) Wirkungen.....	230
aa) Gutgläubensschutz mit Bezug auf die Vertretungs- befugnis.....	231
bb) Gutgläubensschutz mit Bezug auf die Vertretungsmacht...	232

* Prof. Dr. iur., Direktorin des Instituts Familienforschung und -beratung an der Universität Freiburg. Ich danke MLaw Nadja Majid und Dr. Lucie Mazenauer, wissenschaftliche Mitarbeiterinnen an meinem Lehrstuhl, für wertvolle Hilfe an der Fertigstellung dieses Texts: Nadja Majid hat die Bearbeitung und Ergänzung des Fussnotenapparats übernommen und beide haben den Text kritisch durchgesehen und wertvolle Überlegungen einfließen lassen.

cc) Gutgläubensschutz mit Bezug auf die Handlungsfähigkeit der Beauftragten	234
4. Volle oder teilweise Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags.....	235
IV. Person der Vorsorgebeauftragten.....	235
1. Bank als Vorsorgebeauftragte	235
2. Bank als Hilfsperson	236
V. Umfang und Inhalt des Vorsorgeauftrags.....	237
1. Umfassende Verfügung und Verwaltung	237
2. Beschränkte Verfügung und Verwaltung.....	237
3. Sorgfaltspflicht der Bank	239
VI. Vorsorgeauftrag und gewöhnliche Aufträge	240
1. Grundsatz	240
2. Verhältnis vor Annahme des Vorsorgeauftrags	241
3. Verhältnis nach Annahme des Vorsorgeauftrags.....	242
VII. Fazit.....	243

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internetreferenzen in diesem Beitrag ist der 13. Mai 2013.

- AEBI-MÜLLER REGINA E./BIENZ SABRINA, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der Schweiz, in: Löhnig Martin et al. (Hrsg.), Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa, Beiträge zum europäischen Familienrecht, Bd. 13, Bielefeld 2011, S. 57–86.
- AFFOLTER KURT/STECK DANIEL/VOGEL URS, Art. 360–456 aZGB, in: 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/Basel/Genf, 2007.
- BAUMANN MAX, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), I. Band: Einleitung–Personenrecht, 1. Teilband: Art. 1–7 ZGB, Zürich 1998.
- BREITSCHMID PETER, Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser, in: *successio* 2 (2008), S. 16–29.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz, in: *Der Bernische Notar (BN)* 2011, S. 36–50.
- DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, *Personnes physiques et tutelle*, 4. Aufl., Bern 2001.

- DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI/BADDELEY MARGARETA, *Les effets du mariage*, 2. Aufl., Bern 2009.
- DRUEY JEAN NICOLAS, *Grundriss des Erbrechts*, 5. Aufl., Bern 2002.
- EMMENEGGER SUSAN, *Haftungsrisiken bei Immobiliarkrediten*, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), *Immobilienfinanzierung*, Basel 2012.
- *Erwachsenenschutzrecht und Meldepflicht der Bank (Art. 397a OR)*, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), *Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz*, Basel 2013, S. 111–165.
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHECHTSCHER AXEL, *Art. 1 ZGB*, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band I: *Einleitung und Personenrecht*, 1. Abteilung: *Einleitung*, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012.
- ESCHER ARNOLD, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar)*, III. Band: *Erbrecht*, 2. Abteilung: *Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB)*, 3. Aufl., Zürich 1960.
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/GAIST CHRISTINA, *Le mandat pour cause d’inaptitude dans le nouveau droit de la protection de l’adulte*, in: Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), *L’homme et son droit, Mélanges en l’honneur de Marco Borghi*, Zürich 2011, S. 153–163.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008.
- GEHRER CAROLE/GIGER GION, *Art. 394–406 OR*, in: Huguenin Claire/Müller-Chen Markus/Girsberger Daniel (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft*, 2. Aufl., Zürich 2012.
- GEISER THOMAS, *Art. 360–369 ZGB*, in: Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), *FamKomm, Erwachsenenschutz*, 1. Aufl., Bern 2013.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Art. 181–251 ZGB*, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 4. Aufl., Basel 2010.
- *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3. Aufl., Bern 2012.
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft*, 4. Aufl., Bern 2010.
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band II: *Das Familienrecht*, 1. Abteilung: *das Eherecht*, 3. Teilband: *Das Güterrecht der Ehegatten*, 2. Unterteilband: *Die Gütergemeinschaft*, Art. 221–246 ZGB, *Die Gütertrennung*, Art. 247–251 ZGB, Bern 1996.
- HOFER SIBYLLE, *Art. 3 ZGB*, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band I: *Einleitung und Personenrecht*, 1. Abteilung: *Einleitung*, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012.
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010.

- IMBACH SANDRA, Die vermögensrechtliche Vertretung der Ehegatten und eingetragenen Partner im Erwachsenenschutzrecht, AISUF Bd. 324, Diss. Freiburg 2013.
- JÄGGI PETER, Art. 3 ZGB, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1966.
- KARRER MARTIN/VOGT NEDIM PETER/LEU DANIEL, Art. 551-559 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011.
- KOKES (Hrsg.), Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Mustern), Zürich/St. Gallen 2012.
- LANGENEGGER ERNST, Art. 392–395 aZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2010.
- Art. 360–369 und 374–376 ZGB, in: Rosch Daniel/Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011.
- LEUBA AUDREY, in: Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), FamKomm, Erwachsenenschutz, Bern 2013.
- MEIER PHILIPPE, Perte du discernement et planification du patrimoine – droit actuel et droit futur, in: Baddeley Margareta/Foëx Bénédicte (Hrsg.), La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008, en l'honneur du Professeur Andreas Bucher, Genf/Zürich/Basel 2009, S. 39–74.
- MEIER PHILIPPE/LUKIC SUZANA, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genf/Zürich/Basel 2011.
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2009.
- MIDDENDORF PATRICK/GROB BEATRICE, Art. 1–4 ZGB, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Zürich 2012.
- PIOTET PAUL, Erbrecht, in: Gutzwiler Max/Hinderling Hans/Meier-Hayoz Arthur/Merz Hans/Piotet Paul/Secrétan Roger/Von Steiger Werner/Vischer Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. IV/2, Basel/Stuttgart 1981.
- REUSSER RUTH E., Art. 374–376 ZGB und Art. 400–404 ZGB, in: Geiser Thomas/Reusser Ruth (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, 1. Aufl., Basel 2012.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Art. 360–369 ZGB, in: Geiser Thomas/Reusser Ruth (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, 1. Aufl., Basel 2012.
- Art. 181–251 ZGB, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Zürich 2012.
- SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, 1. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010.
- SCHNYDER BERNHARD, Die Eröffnung von Testament und Erbvertrag, in: Breitschmid Peter (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktu-

- ellen Rechtsentwicklung, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 26, Bern/Stuttgart 1991.
- SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II, 3. Abteilung: Die Vormundschaft, 1. Teilband: Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360–397 ZGB, Bern 1984.
- SCHWENZER INGEBORG, Art. 296–306 aZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2010.
- STEINAUER PAUL-HENRI, *Le droits des successions*, 8. Aufl., Bern 2006.
- *Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse (TDP)*, Band II/1, Basel 2009.
- STETTLER MARTIN, *Les limites juridiques de l'aide extratutélaire apportée aux personnes âgées*, in: ZVW 1983, S. 1–15.
- STOLL DANIEL, *Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?*, in: *successio* 7 (2013), S. 35–43.
- TUOR PETER/PICENONI VITO, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964.
- WEBER ROLF H., Art. 394–305 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Art. 360–369 ZGB, in: Peter Breitschmid Peter/Rumojungo Alexandra (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, 2. Aufl., Zürich 2012.
- *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, LBR Bd. 48, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010.
- WOLF STEPHAN, Art. 5 und 9 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012.

Materialien

- BOTSCHAFT zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 700–7138.
- EXPERTENKOMMISSION für die Revision des Vormundschaftsrechts, Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000.
- EXPERTENKOMMISSION für die Revision des Vormundschaftsrechts, Protokoll der 14. Sitzung vom 19./20. Oktober 2000.

I. Die Bank im Kontext des Vorsorgeauftrags

1. Fragestellung

Im Jahr 2012 waren 4.86% der Bevölkerung über 80 Jahre alt.¹ Bei den über 65-Jährigen sind etwa 8% von Alzheimer und anderen Arten von Demenzerkrankungen betroffen. Bis zum 85. Altersjahr sind ca. 13% an Alzheimer erkrankt und ab dem 85. Altersjahr erhöht sich diese Quote fast auf 21.4%.² Es stellt sich daher die Frage, wer für all diese Menschen Entscheidungen trifft und handelt, im Alltag und darüber hinaus. Das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Erwachsenenschutzrecht enthält Antworten auf diese Fragen. Zu unterscheiden ist zwischen den gesetzlichen Massnahmen einerseits (Art. 374–387 ZGB) und den Massnahmen aufgrund eigener Vorsorge andererseits (Art. 360–369 ZGB). Die Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen treten ein, wenn und soweit die betroffene Person keine eigenen Anordnungen getroffen hat. Eigene Anordnungen werden entweder in der Form des Vorsorgeauftrags (Art. 360–369 ZGB) oder in jener der Patientenverfügung (Art. 370–381 ZGB) getroffen. Der Vorsorgeauftrag kann die Personensorge, die Vermögenssorge sowie die Rechtsvertretung umfassen. Die Patientenverfügung enthält demgegenüber die Anordnung betreffend medizinische Massnahmen.

Hat eine Person einen Vorsorgeauftrag erlassen, der die Vermögenssorge einschliesst, ist davon praktisch immer auch eine Bank betroffen. Sie ist (aktive oder passive) Vermögensverwalterin des Auftraggebers, häufig auch Gläubigerin eines Hypothekarkredits. Sie wird also früher oder später mit dem Vorsorgeauftrag konfrontiert, woraus sich für sie mehrere Fragen ergeben: In welchem Zeitpunkt ist der Vorsorgeauftrag gültig und kann die Vor-

¹ Insgesamt 390'943 von 8'036'917 Personen; Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 25. April 2013, Provisorische Ergebnisse zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2012 – Bevölkerungswachstum setzt sich fort, Bundesamt für Statistik, Tabelle 3: Ständige Wohnbevölkerung nach Geschlecht und Alter, am Ende des Jahres, abrufbar unter: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/01/new/nip_ter: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/01/new/nip_detail.gnpID=2013-173, besucht am 13. Mai 2013.

² Ermittelt aus den Zahlen einer Statistik der Schweizerischen Alzheimervereinigung, «107'500 Menschen mit Demenz in der Schweiz», abrufbar unter <http://www.alz.ch/index.php/zahlen-zur-demenz.html>, zuletzt besucht am 13. Mai 2013; Konsensus 2012 zur Diagnostik und Therapie von Demenzkranken in der Schweiz, in: PRAXIS, Schweizerische Rundschau für Medizin, Bern 2012, S. 1240.

sorgebeauftragte rechtsgültig für den Auftraggeber handeln? Wie muss sich die Beauftragte ausweisen? Welche Kompetenzen hat sie und wie umfassend sind diese? Hat die Bank die Vorsorgebeauftragte und ihre Geschäfte zu überwachen und gegebenenfalls wie regelmässig und wie intensiv? Kann die Bank selber Vorsorgebeauftragte sein? Wie verhält sich der Vorsorgeauftrag zu anderen Aufträgen? Hat ein Bankkunde keinen Vorsorgeauftrag erlassen, muss die Bank die Frage prüfen, ob sie ihm ab einem bestimmten Alter (z.B. ab 70 Jahren) einen solchen empfiehlt.

Diesen Fragen widmet sich der vorliegende Beitrag, wobei er den Vorsorgeauftrag zunächst in den gesetzlichen Kontext stellt (I. 2.), sodann nacheinander Errichtung (II.), Wirksamkeit (III.), Person der Vorsorgebeauftragten (IV.), Umfang und Inhalt (V.) und Verhältnis zu anderen Aufträgen (VI.) untersucht.

2. Gesetzlicher Kontext

Wird eine Person urteilsunfähig, so treten grundsätzlich die «Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen» ein, die in den Art. 374–389 ZGB geregelt sind. Das Gesetz unterscheidet drei Gruppen von gesetzlichen Massnahmen: 1. die Vertretung durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner, 2. die Vertretung bei medizinischen Massnahmen und 3. den Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen. Im Bereich der Vermögensverwaltung bzw. der Rechtsvertretung sieht das Gesetz eine einzige Person zur Vertretung vor sowie einen engen Kreis von zulässigen Vertretungshandlungen: Vertretungsberechtigt ist einzig und allein die Ehefrau/der Ehemann bzw. die/der eingetragene Partnerin/Partner. Neben dem formellen Ehe- oder Partnerschaftsband ist zusätzlich ein gemeinsamer Haushalt oder die Leistung regelmässigen persönlichen Beistands erforderlich (Art. 374 ZGB). Das Vertretungsrecht umfasst die Rechtshandlungen zur Deckung des Unterhaltsbedarfs, die ordentliche Verwaltung des Einkommens und Vermögens und die Befugnis, nötigenfalls die Post zu öffnen und zu erledigen (Art. 375 ZGB).

Wer mithin den Kreis der Vertretungsberechtigten erweitern oder den Umfang der Vertretungshandlungen ausdehnen will, ist zwingend auf einen Vorsorgeauftrag angewiesen. Darin kann etwa auch die Konkubinatspartnerin oder können in einer bestimmten Kaskadenordnung die Kinder oder ein vertrauter Vermögensverwalter als Beauftragte bezeichnet werden. Ferner können die Vertretungshandlungen über die ordentliche Verwaltung und

Verfügung hinausgehen und etwa auch den Verkauf einer Liegenschaft oder einer Kunstsammlung umfassen. Darin können auch Anordnungen über die Art und Weise der Vermögensverwaltung, die Anlagestrategie oder über den Beizug von Hilfspersonen enthalten sein.

Der *Vorsorgeauftrag verdrängt* als Mittel der Selbstbestimmung und Selbstvorsorge *die gesetzlichen Massnahmen* in seinem eigenen Anwendungsbereich. Der Vorsorgeauftrag und die gesetzlichen Massnahmen können sich aber auch gegenseitig ergänzen: Befasst sich der Vorsorgeauftrag ausschliesslich mit den Rechtshandlungen im Zusammenhang mit den finanziellen Belangen des Auftraggebers, also mit der Vermögenssorge, kommen im Bereich der Personensorge die gesetzlichen Massnahmen zum Zug. So ergänzen sich eigene Vorsorge und gesetzliche Massnahmen. Besteht kein Vorsorgeauftrag (z.B. weil keiner erlassen wurde oder weil die Vorsorgebeauftragten vorverstorben oder selber urteilsunfähig sind) und kann auch keine gesetzliche Massnahme greifen, weil die vertretungsberechtigte Ehegattin vorverstorben ist oder die Rechtshandlungen den Umfang der gesetzlichen Vertretung sprengen (so z.B. bei hängigen Gerichtsverfahren), muss die Erwachsenenschutzbehörde eine Massnahme anordnen (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

3. Vorsorgeaufträge in der Bankberatung

Im Zusammenhang mit Bankgeschäften stellen sich häufig Fragen ausserhalb der ordentlichen Vermögensverwaltung. Zur ausserordentlichen Vermögensverwaltung gehören etwa die Erneuerung eines Hypothekarkredits, der Umbau einer Liegenschaft (auch wenn dieser Umbau dem Auftraggeber dient), Kauf und Verkauf von Wertschriften, Änderung der Anlagestrategie oder der Verkauf eines Unternehmens.³ Eine Bank hat somit alles Interesse daran, dass ihr Kunde einen Vorsorgeauftrag erlässt und damit eine zu ihrer Vertretung berechnigte Person mit möglichst umfassenden

³ Die Abgrenzung zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Verwaltung entspricht jener im Eherecht: REUSSER, Basler Kommentar, N. 41, 52 zu Art. 374 ZGB, mit Hinweis auf HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, N. 22 ff. zu Art. 227 und 228 ZGB; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1501; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Basler Kommentar, N. 8 ff. zu Art. 227/228 ZGB; RUMO-JUNGO, Handkommentar, N. 6 zu Art. 227–228 ZGB; LANGENEGGER, Erwachsenenschutzrecht, N. 11 zu Art. 374 ZGB; LEUBA, FamKomm, N. 43 zu Art. 374 ZGB.

Kompetenzen ausstattet. Zu ihren Beratungsaufgaben gehört mithin künftig der Hinweis auf die Möglichkeit eines Vorsorgeauftrags.

II. Errichtung

Im Unterschied zum obligationenrechtlichen Auftrag (Art. 394 ff. OR), der formfrei gültig ist (Art. 11 OR), wird der Vorsorgeauftrag entweder *eigenhändig* errichtet und datiert sowie unterzeichnet oder aber *öffentlich beurkundet* (Art. 361 ZGB). Mit der öffentlichen Beurkundung ist kein Hinweis auf die besonderen bundesrechtlichen Beurkundungsvorschriften im Erbrecht (Art. 499 ff. ZGB) impliziert. Die öffentliche Beurkundung erfolgt vielmehr nach den kantonalen Bestimmungen, wie dies Art. 55 SchlT/ZGB vorsieht.⁴ Die strengen Formvorschriften sind berechtigt, bindet sich doch der Auftraggeber gegenüber einer Drittperson erheblich und – nach Verlust der Urteilsfähigkeit – auch definitiv.⁵

Die Tatsache der Erteilung eines Vorsorgeauftrags wird auf Antrag in das zentrale von den Zivilstandsämtern geführte elektronische Personenstandsregister «Infostar» eingetragen. Nicht Gegenstand des Eintrags ist der Inhalt des Vorsorgeauftrags. Der Eintrag ermöglicht es der Erwachsenenschutzbehörde, Kenntnis vom Vorliegen eines Vorsorgeauftrags zu erhalten. Diese Kenntnis kann zusätzlich dadurch vereinfacht werden, dass das Vorliegen eines Vorsorgeauftrags der Bank mitgeteilt wird oder der Vorsorgeauftrag hinterlegt wird, entweder beim Notar, beim Anwalt, bei der Bank, bei einer (anderen) Vertrauensperson, ja sogar bei der Vorsorgebeauftragten selbst.

III. Wirksamkeit

Der Vorsorgeauftrag ist zunächst ein einseitiges Rechtsgeschäft und grundsätzlich jederzeit widerruflich, vergleichbar mit einem Testament. Seine Gültigkeit und Wirksamkeit ist die Voraussetzung für die Annahme durch die Vorsorgebeauftragte. Mit ihrer Annahmeerklärung entsteht ein vertragsähn-

⁴ AEBI-MÜLLER/BIENZ, S. 71; BRÜCKNER, S. 47 ff.; FOUNTOULAKIS/GAIST, S. 161; LANGENEGGER, Erwachsenenschutzrecht, N. 2 zu Art. 361 ZGB; MEIER/LUKIC, Rz. 210; RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 1 zu Art. 361 ZGB; SCHMID, N. 1 zu Art. 361 ZGB.

⁵ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 1 zu Art. 361 ZGB.

liches Rechtsverhältnis zwischen dem urteilsunfähigen Auftraggeber und der Beauftragten. Im Einzelnen:

1. Vorsorgeauftrag als einseitiges Rechtsgeschäft

Mit dem Vorsorgeauftrag ordnet der Auftraggeber an, wer im Fall seiner Urteilsunfähigkeit welche Rechtshandlungen für ihn vornehmen, ihn vertreten und für ihn Entscheidungen treffen kann. Solange er urteilsfähig ist, bleibt der Vorsorgeauftrag jederzeit widerruflich, ebenso wie ein Testament. Die Wirksamkeit (i.S. der Unwiderrufbarkeit) des Vorsorgeauftrags als einseitiges Rechtsgeschäft setzt mithin den Eintritt der *Urteilsunfähigkeit* voraus. Es handelt sich hierbei um eine suspensive *Bedingung für die Wirksamkeit*.⁶ Die rechtsverbindliche Feststellung des Vorliegens der Urteilsunfähigkeit obliegt ausschliesslich der Erwachsenenschutzbehörde.⁷ Eine anderslautende Anordnung des Auftraggebers ändert an dieser Kompetenz nichts. Die Erwachsenenschutzbehörde kann aber die Ergebnisse aus einer allfälligen privaten Abklärung als Entscheidungsgrundlage heranziehen. Ihre Feststellung stellt allerdings eine blosser Feststellungsverfügung dar und ändert nichts am Eintritt der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags als einseitiges Rechtsgeschäft mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit (Gestaltungswirkung).⁸

Mit dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit der Auftraggeberin wird mithin der Vorsorgeauftrag wirksam. Das bedeutet zunächst nichts anderes, als dass die einseitige Willenserklärung des Auftraggebers unwiderruflich ist und nun ihre Wirkungen entfalten kann, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dazu gehören nebst der Prüfung der Gültigkeit des Vorsorgeauftrags durch die Erwachsenenschutzbehörde die Eignung der beauftragten Person sowie die Abklärung der Notwendigkeit weiterer Schutzmassnahmen (die ggf. den Vorsorgeauftrag ergänzen oder partiell verdrängen würden). Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Vorsorgeauftrag ein einseitiges Rechtsverhältnis.⁹

⁶ MEIER/LUKIC, Rz. 190; RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 30 zu Art. 360 ZGB; SCHMID, N. 12 zu Art. 360 ZGB.

⁷ LANGENEGGER, Erwachsenenschutzrecht, N. 23 zu Art. 363 ZGB; WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, S. 272; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.30; RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 30 zu Art. 360 ZGB, N. 1a zu Art. 363 ZGB.

⁸ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 360 ZGB.

⁹ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 360 ZGB.

2. Vorsorgeauftrag als vertragsähnliches Rechtsverhältnis

Damit der Vorsorgeauftrag *für die Beauftragte* überhaupt *verbindlich* werden kann, ist deren Annahmeerklärung erforderlich. Diese kann den Auftrag nach der Konzeption des Gesetzes erst dann gültig annehmen, wenn Gültigkeit und Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags sowie ihre eigene Geeignetheit klar feststehen.¹⁰ Dazu bedarf es des Abschlusses des Prüfungsprogramms nach Art. 363 Abs. 2 ZGB.¹¹ In der Regel wird in diesem Zeitpunkt ein informeller Validierungsentscheid¹² getroffen, ein Entscheid über das Vorliegen aller Wirksamkeitsvoraussetzungen mit Ausnahme der Annahmeerklärung. Danach informiert die Erwachsenenschutzbehörde die potentielle Vorsorgebeauftragte über das Ergebnis der Prüfung sowie über ihre Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Übernahme des Vorsorgeauftrags. Alsdann wird der Beauftragten eine Frist zur Erklärung über Annahme oder Ablehnung des Auftrags gesetzt.

Die *Annahmeerklärung* ist folglich erst *nach dem informellen Validierungsentscheid* gültig. Im Einzelnen:

a) Zeitpunkt und Adressatin der Annahmeerklärung

Mit der Annahmeerklärung der Beauftragten (und erst damit) entsteht ein zweiseitiges Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Auftraggeber. Ob dieses Rechtsverhältnis ein privatrechtlicher Vertrag sei, ist fraglich, denn der Auftraggeber ist im Zeitpunkt der Annahmeerklärung urteilsunfähig. Er kann daher die Erklärung nicht entgegennehmen. Vielmehr richtet sich die Annahmeerklärung an die Erwachsenenschutzbehörde. Eine Annahmeerklärung gegenüber dem noch handlungsfähigen Auftraggeber ist verfrüht (weil er seinen Vorsorgeauftrag jederzeit widerrufen kann) und richtet sich nicht an den korrekten Adressaten. Eine stillschweigende oder konkludente Annahme nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit, aber vor Erlass des informellen Validierungsentscheids (Art. 363 Abs. 2 ZGB) der Erwachsenenschutzbehörde, erfolgt ohne Kenntnis der Rechte und Pflichten sowie allenfalls auch ohne Kenntnis des genauen Vertragsinhalts (der von der Behörde im Rahmen des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 363 ZGB von Amtes wegen

¹⁰ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 9 ff. zu Art. 363 ZGB.

¹¹ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 1a zu Art. 363 ZGB; FOUNTOLAKIS/GAIST, S. 156.

¹² Zur formellen Validierungsverfügung siehe sogl. a).

ausgelegt wird).¹³ Auch eine solche Annahmeerklärung wäre verfrüht und mithin ungültig. Gültigkeit könnte sie höchstens nachträglich dadurch erlangen, dass sie nach Erlass des informellen Validierungsentscheids konkludent bestätigt wird. Es bleibt aber auch in diesem Fall dabei, dass die rechts-gültige Annahmeerklärung (wenn auch stillschweigend) nach Erlass des in-formellen Validierungsentscheids erfolgen muss.

b) Rechtslage vor der Annahmeerklärung

Die Rechtsgültigkeit der Handlungen der Beauftragten unterliegt der Voraussetzung eines wirksamen Vorsorgeauftrags, der aber erst mit Erlass der Annahmeerklärung durch die Beauftragte entsteht.¹⁴ Könnte die Beauftragte bereits vor dem informellen Validierungsentscheid rechts-gültig annehmen und würde ihre Geeignetheit als Beauftragte im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 363 Abs. 2 ZGB verneint, stellen sich ihre Rechtshandlungen im Nachhinein als ungültig heraus, womit dem Auftraggeber nicht gedient ist. Soweit bereits vor Annahme des Vorsorgeauftrags Handlungen im Interesse der urteilsunfähigen Person erforderlich sind, ist der Ehegatte oder der eingetragene Partner vertretungsberechtigt, falls die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 374 ZGB). Womöglich kommt auch ein Handeln unter dem Titel der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) in Frage, und zwar auch durch die Vorsorgebeauftragte. Andernfalls muss die Erwachsenenschutzbehörde im Sinn einer vorsorglichen Massnahme eine Beistandschaft errichten, was ja auch bei Fehlen eines Vorsorgeauftrags erforderlich wäre. Nicht davon betroffen sind dringende Handlungen, mit deren Vornahme nicht bis zum Erlass des Validierungsentscheids zugewartet werden kann, denn hierfür wären wohl die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt (Art. 419 ff. OR). Dies hat zur Folge, dass sich die Beauftragte vor dem Validierungsentscheid auf die absolut notwendigen und dringenden Handlungen beschränken muss. Dagegen könnte sie weitreichende und nicht notwendige Dispositionen vor Erlass des Validierungsentscheids nachträglich nicht rechtfertigen und würde für einen allfälligen Schaden nach Art. 456 ZGB haftbar. Abgesehen davon bedarf die Beauftragte für das Handeln gegenüber Dritten faktisch immer einer Legiti-

¹³ FOUNTOULAKIS/GAIST, S. 156; BRÜCKNER, S. 40; RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 364 ZGB; SCHMID, N. 1 zu Art. 364 ZGB; LANGENEGGER, Erwachsenenschutzrecht, N. 1 zu Art. 364 ZGB.

¹⁴ Zum Ganzen RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 1b f. zu Art. 363 ZGB.

mationsurkunde (Art. 363 Abs. 3 ZGB). Auch aus diesem Grund wird sie – sofern möglich – die Feststellungsverfügung (Legitimationsurkunde) abwarten, bevor sie tätig wird.

Für die *Bankpraxis* bedeutet das Folgendes: Auf blosser Vorweisung des Vorsorgeauftrags und allenfalls eines ärztlichen Attests betreffend die Urteilsunfähigkeit hin, kann die Bank zwar die Vertretungskompetenz der Beauftragten anerkennen; sie tut dies allerdings – solange kein behördlicher Validierungsentscheid (sogl. 3a) vorliegt – auf eigenes Risiko. Die Bank tut mithin gut daran, die Vertretungskompetenz der Beauftragten erst auf Vorlage des Legitimationsausweises zu bejahen, der nach Validierung durch die Behörde und Annahme durch die Beauftragte ausgestellt wird.

3. Legitimationsausweis und seine Bedeutung für die Bank

a) Abgrenzung von der Validierungsverfügung

Vor der Annahmeerklärung durch die Beauftragte prüft die Erwachsenenschutzbehörde Gültigkeit, Wirksamkeit, Geeignetheit und Erforderlichkeit weiterer Massnahmen (Art. 363 Abs. 2 ZGB) und validiert daraufhin den Vorsorgeauftrag als einseitiges Rechtsgeschäft (informeller Validierungsentscheid). Daraufhin setzt sie der Vorsorgebeauftragten eine Frist zur Annahme des Vorsorgeauftrags. Nach der Annahmeerklärung durch die Vorsorgebeauftragte erlässt die Erwachsenenschutzbehörde eine Feststellungsverfügung, worin sie die Person der Beauftragten sowie den Inhalt des Vorsorgeauftrags festhält. Diese Feststellungsverfügung ist die *formelle Validierungsverfügung*, welche nach erfolgreichem Prüfungsprogramm (Art. 363 Abs. 2 ZGB) und der Annahme durch die Beauftragte (Art. 363 Abs. 3 ZGB) erlassen wird.¹⁵ Die *Validierungsverfügung* beschlägt mithin den Vorsorgeauftrag als *zweiseitiges Rechtsgeschäft*. Sie dient der Beauftragten selber, aber auch den vom Auftrag indirekt Betroffenen, nämlich dem Ehegatten, der eingetragenen Partnerin und anderen Personen, die sich bisher den Angelegenheiten der urteilsunfähigen Person angenommen haben.¹⁶ Während die *Validierungsverfügung* *primär interne* Bedeutung für die vom Vorsorgeauftrag direkt oder indirekt Betroffenen hat, richtet sich die von der Erwachsenen-

¹⁵ KOKES, Praxisanleitung, Rz. 2.18, 2.19.

¹⁶ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 28 zu Art. 363 ZGB; LANGENEGGER, Erwachsenenschutzrecht, N. 22 zu Art. 363 ZGB.

schutzbehörde ausgestellte *Legitimationsurkunde* für die Beauftragte *primär nach aussen* (Art. 363 Abs. 3 ZGB). Inhalt und Wirkungen sind zu unterscheiden:¹⁷

b) Inhalt

Der Legitimationsausweis enthält die *Person* der Beauftragten sowie ihre *Aufgaben und Befugnisse*, die dem Vorsorgeauftrag (allenfalls durch Auslegung und Ergänzung von Amtes wegen)¹⁸ entnommen werden können oder später auf Gesuch der Beauftragten hin durch Auslegung und Ergänzung ermittelt werden. Liegt ein umfassender Vorsorgeauftrag mit weitreichenden Kompetenzen der Beauftragten vor, sind allenfalls verschiedene Urkunden zuhanden unterschiedlicher Adressaten auszustellen. Eine Bank benötigt Angaben über die Kompetenzen im Bereich Vermögenssorge, nicht aber über die persönliche Fürsorge. Daher genügt ihr ein Ausweis über die Kompetenzen im Bereich des Vermögens. Umfasst der Vorsorgeauftrag auch die Personensorge, kann für die entsprechenden Institutionen (z.B. Pflegeheim) ein separater Ausweis erstellt werden.

c) Wirkungen

Die Legitimationsurkunde ist eine blosser *Feststellungsurkunde*. Sie hat keine konstitutive Wirkung, begründet also keine Rechte und Pflichten, die nicht ohnehin schon bestehen würden: Liegt eine Legitimationsurkunde mit falschem Inhalt oder trotz ungültigem Vorsorgeauftrag vor, richtet sich die Kompetenz der Beauftragten somit nicht nach der Urkunde, sondern nach deren tatsächlicher Vertretungsbefugnis. Fehlt umgekehrt eine Legitimationsurkunde, ändert dies nichts an der Gültigkeit der Rechtshandlungen der Beauftragten im Bereich ihrer Vertretungsbefugnis. Insofern ist die Legitimationsurkunde vergleichbar mit der Erbbescheinigung gemäss Art. 559 ZGB.¹⁹ Wie diese²⁰ begründet sie einen *Gutglaubensschutz*, und zwar wie folgt:

¹⁷ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 29 zu Art. 363 ZGB.

¹⁸ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 364 ZGB; SCHMID, N. 1 zu Art. 364 ZGB; LANGENEGGER, Erwachsenenschutzrecht, N. 1 zu Art. 364 ZGB.

¹⁹ Dazu RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 29 zu Art. 363 ZGB. Zur Wirkung der Erbbescheinigung s. KARRER/VOGT/LEU, Basler Kommentar, N. 45 zu Art. 559 ZGB; ESCHER, Zürcher Kommentar, N. 1 zu Art. 559 ZGB.

aa) Gutgläubensschutz mit Bezug auf die Vertretungsbefugnis

Gegenüber Dritten begründet eine Legitimationsurkunde einen *Gutgläubensschutz* mit Bezug auf die darin ausgewiesenen *Vertretungskompetenzen* der Beauftragten. Der Gutgläubensschutz – obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen²¹ – ist aus drei Gründen zu bejahen:²² Erstens handelt es sich beim Legitimationsausweis um eine öffentliche Urkunde i.S. von Art. 9 ZGB. Gestützt auf diese Bestimmung gilt der darin ausgewiesene Inhalt vermuthungsweise als richtig.²³ Sie erzeugt einen Rechtsschein,²⁴ weshalb sich der Dritte auf die Urkunde verlassen darf, auch wenn sie falsch ist.²⁵ Zweitens drängt sich der gute Glaube aufgrund des Verkehrsschutzes sowie der Verkehrssicherheit auf, wird doch der Vorsorgeauftrag allein aufgrund des Legitimationsausweises und des Vertrauens in ihn im Rechtsverkehr wirklich Bedeutung erlangen können. Ohne diesen Vertrauensschutz würde der Vorsorgeauftrag faktisch wirkungslos bleiben.²⁶ Drittens liegt dem Legitimationsausweis ein umfassendes Prüfungsprogramm der Erwachsenenschutzbehörde zugrunde, was ihm erhöhte Glaubwürdigkeit verleiht.

²⁰ PIOTET, SPR, IV/2, S. 720 ff.; KARRER/VOGT/LEU, N. 49 zu Art. 559 ZGB; SCHNYDER, S. 120; STEINAUER, successions, Rz. 902, Fn. 94; DRUEY, § 15 N. 19 f.; a.M. ESCHER, Zürcher Kommentar, N. 8 f. zu Art. 559 ZGB; TUOR/PICENONI, Berner Kommentar, N. 23 zu Art. 559 ZGB.

²¹ Das ZGB kennt keinen generellen Gutgläubensschutz. Die bestehenden Gutglabenstatbestände sind aber der Auslegung und der Analogie zugänglich: JÄGGI, Berner Kommentar, N. 59 zu Art. 3 ZGB; HOFER, Berner Kommentar, N. 77 zu Art. 3 ZGB; zurückhaltender BAUMANN, Zürcher Kommentar, N. 22 zu Vorbem. zu Art. 2 und 3 ZGB. Zu Auslegung und Analogie s. EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Berner Kommentar, N. 155 zu Art. 1 ZGB, insb. N. 165, N. 380; MIDDENDORF/GROB, Handkommentar, N. 8 zu Art. 3 ZGB.

²² RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 29 zu Art. 363 ZGB; REUSSER, Basler Kommentar, N. 17 zu Art. 376 ZGB; WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, S. 317; GEISER, FamKomm, N. 25 zu Art. 365 ZGB. Ausführlich zur Bejahung des Gutgläubensschutzes bei gesetzlicher Vertretung (Art. 376 Abs. 1 ZGB) siehe IMBACH, Rz. 481 ff.

²³ STEINAUER, TDP, Rz. 746; WOLF, Berner Kommentar, N. 42 zu Art. 9 ZGB.

²⁴ Dazu HOFER, Berner Kommentar, N. 46 ff. zu Art. 3 ZGB.

²⁵ GEISER, FamKomm, N. 25 zu Art. 363 ZGB; RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 29 zu Art. 363 ZGB; STOLL, S. 41.

²⁶ Ebenso IMBACH, Rz. 494 und 497, zur Legitimationsurkunde bei gesetzlicher Vertretung. Siehe dazu auch BGE 45 II 118 ff., wo der Gutgläubensschutz mit Blick darauf bejaht wurde, dass er den Abschluss von Rechtsgeschäften für handlungsunfähige Personen (durch deren Vertreter) überhaupt erst ermöglicht.

Der Legitimationsausweis ist ein Ausweis über die Vertretungsbefugnis und den Vertretungsbereich. Der Gutgläubensschutz umfasst somit die ausgewiesene Vertretungsbefugnis sowie den Vertretungsbereich. Daher hat der Dritte (auch die Bank) einzig die Identität der im Ausweis erwähnten Person zu prüfen und darf sich auf die beschriebenen Befugnisse verlassen.

bb) Gutgläubensschutz mit Bezug auf die Vertretungsmacht

Bei Interessenkollision entfällt die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters bzw. der Vorsorgebeauftragten (Art. 306 Abs. 3 und Art. 403 Abs. 2 sowie Art. 365 Abs. 3 ZGB).²⁷ Entsprechend ist für das Geschäft, das die Interessenkollision begründet (Art. 306 Abs. 2, Art. 403 Abs. 1 und Art. 365 Abs. 2 ZGB), ein Beistand zu ernennen. Dessen Fehlen führt grundsätzlich zur einseitigen Unverbindlichkeit des vom gesetzlichen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts.²⁸ Die Ernennung eines Interessenkollisionsbeistands war bisher in Art. 392 Ziff. 2 aZGB geregelt.²⁹ Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung haben Rechtsprechung und Lehre den Schutz des guten Glaubens in die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters bejaht, wenn der Dritte trotz der erforderlichen Aufmerksamkeit das Vorliegen einer Interessenkollision nicht erkennen konnte.³⁰

Das Bundesgericht hat bereits unter dem alten Recht erkannt, dem guten Glauben dürfe nur mit grosser Zurückhaltung heilende Wirkung zukommen, weil sich diese ja stets zulasten der Schutzbedürftigkeit des Vertretenen auswirke.³¹ Dies gilt nach REUSSER im geltenden Recht umso mehr, als einerseits die Einschränkung der Handlungsfähigkeit nicht veröffentlicht

²⁷ BGE 107 II 105 E. 5 S. 112 ff.; BGE 118 II 101 E. 7 S. 107 f., wobei Gutgläubigkeit verneint wurde.

²⁸ REUSSER, Basler Kommentar, N. 28 zu Art. 403 ZGB; SCHMID, N. 5 zu Art. 403 ZGB. Zum bisherigen Recht: AFFOLTER/STECK/VOGEL, Handkommentar, N. 18 zu Art. 392 aZGB; DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 1103; SCHWENZER, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 306 aZGB; LANGENEGGER, Basler Kommentar, N. 27 zu Art. 392 aZGB; SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 101 zu Art. 392 ZGB.

²⁹ Bis zum Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013.

³⁰ AFFOLTER/STECK/VOGEL, Handkommentar, N. 18 zu Art. 392 aZGB; DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 1103; SCHWENZER, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 306 aZGB; LANGENEGGER, Basler Kommentar, N. 27 zu Art. 392 aZGB; SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 102 zu Art. 392 ZGB m.w.H.; BGE 45 II 118 S. 122; BGE 65 II 110 E. 1 S. 114; BGE 107 II 105 E. 6a S. 116.

³¹ BGE 107 II 105 E. 6a 115 f.; dazu auch HOFER, Berner Kommentar, N. 82 zu Art. 3 ZGB.

wird³² und andererseits nach Art. 452 Abs. 1 ZGB Dritten eine Massnahme des Erwachsenenschutzes entgegengehalten werden kann, selbst wenn sie gutgläubig sind. Auch gemäss Botschaft wird der Schutz der von den Massnahmen Betroffenen höher gewichtet als die Interessen des Rechtsverkehrs.³³ REUSSER versagt daher dem gutgläubigen Dritten bei Interessenkollision den Schutz im Interesse der verbeiständeten Person. Ob diese Regel so strikte gilt, kann offen bleiben. Sicher ist, dass mit dem Bundesgericht jedenfalls grosse Zurückhaltung bei der Bejahung des Gutglaubensschutzes angebracht ist.³⁴

Die *Besonderheiten des Vorsorgeauftrags* führen aber im Einzelfall zu einem anderen Ergebnis: *Erstens* dürfen Dritte mit Blick auf die Legitimationsurkunde vom Fehlen einer generellen Interessenkollision ausgehen. *Zweitens* nimmt der Auftraggeber selber regelmässig eine gewisse Interessenkollision bewusst in Kauf, etwa wenn er seiner Ehefrau den Zugriff auf sein Einkommen auch zur Deckung der eigenen Auslagen ermöglicht und erlaubt. Eine gewisse Interessenkollision liegt häufig allein schon darin begründet, dass die Beauftragte eine Vertrauensperson des Auftraggebers ist oder der Auftraggeber Selbstkontrahieren und Doppelvertretung ausdrücklich erlaubt hat.³⁵ Unter Umständen ist daher bereits schon das Vorliegen einer die Vertretungsmacht ausschliessenden Interessenkollision zu verneinen. Das dürfte häufig bei rein abstrakten Interessenkonflikten der Fall sein.³⁶ *Drittens* kann die automatisierte Geschäftsabwicklung im elektronischen Massenverkehr die Überprüfung der beiderseitigen Interessen durch den Dritten (z.B. die Bank) schlicht verunmöglichen. So wird etwa im Onlinebanking die Bank (als Dritte) in der Abwicklung von Geldgeschäften faktisch ausgeschaltet. Anders als am Bankschalter erfolgen die Transaktionen völlig automatisiert und anonym. Es ist der Bank weder möglich noch zumutbar, die Geschäfte der Beauftragten ständig zu überwachen oder zu kontrollieren. Der

³² Botschaft ESR, 7018 f.; REUSSER, Basler Kommentar, N. 34 zu Art. 403 ZGB.

³³ Botschaft ESR, 7090; REUSSER, Basler Kommentar, N. 34 zu Art. 403 ZGB; GEISER, FamKomm, N. 28 zu Art. 365 ZGB; a.M. SCHMID, N. 5 zu Art. 403 ZGB.

³⁴ WIDMER BLUM, Handkommentar, N. 16 zu Art. 365 ZGB, WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, S. 316 ff. m.w.H.

³⁵ WIDMER BLUM, Handkommentar, N. 14 zu Art. 365 ZGB, mit Hinweis auf BGer Urteil 4C.294/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 1.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N. 1440; WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, S. 315 f.; GEISER, FamKomm, N. 28 zu Art. 365 ZGB.

³⁶ GEISER, FamKomm, N. 28 zu Art. 365 ZGB.

Schutz ihres guten Glaubens rechtfertigt sich auch deswegen, weil der Auftraggeber diese Situation selber herbeigeführt hat. Wo mithin der Auftraggeber selber eine umfassende Einkommens- und Vermögensverwaltung anordnet, darf die Bank zunächst einmal vom Vorliegen der Vertretungsmacht der Beauftragten ausgehen. Erkennt sie aber, sei es im Beratungsgespräch, bei der Durchsicht des Kontostandes oder im Zusammenhang mit einem Geschäft, das im direkten Kontakt mit der Bankberaterin abgewickelt wird, dass bisher unübliche Geldflüsse stattfinden, muss sie nachfragen und überprüfen. In diesem Zeitpunkt entfällt der Gutglaubensschutz.

Nach dem Gesagten ist zunächst das *Vorliegen einer Interessenkollision* mit Blick auf die Besonderheit des Vorsorgeauftrags *differenziert* zu beurteilen. Jene abstrakten Interessenkollisionen, die bereits der Auftraggeber in Kauf genommen hat, können nicht zur Aufhebung der Vertretungsmacht führen. Was den Gutglaubensschutz anbelangt, darf die Bank im automatisierten Bankverkehr grundsätzlich immer von der Vertretungsmacht der Beauftragten ausgehen und muss – ausserhalb ihrer allgemeinen Warnsysteme – nicht aktiv jedes einzelne Bankgeschäft kontrollieren. Sie ist in ihrem guten Glauben geschützt. Dagegen ist es der Bank im direkten Kundenkontakt möglich, eine Interessenkollision zu erkennen. Der gute Glaube darf hier nur mit Zurückhaltung angenommen werden. Aufgrund der Besonderheiten des Vorsorgeauftrags (s. soeben) ist sein Schutz aber auch hier nicht ausgeschlossen.

cc) Gutglaubensschutz mit Bezug auf die Handlungsfähigkeit der Beauftragten

Der Legitimationsausweis ist kein Ausweis über die Handlungsfähigkeit der Beauftragten. Deren Vorliegen im Zeitpunkt der Eignungsprüfung (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB) ist zwar eine Voraussetzung der Validierung des Vorsorgeauftrags. Das Vorliegen der Handlungsfähigkeit wird allerdings nicht im Legitimationsausweis beurkundet, und dieser begründet daher keinen Gutglaubensschutz in die Handlungsfähigkeit der Beauftragten.³⁷ Dies ist umso

³⁷ Gleiches gilt mit Bezug auf die erhöhte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde gemäss Art. 9 ZGB: Die Vermutung der Richtigkeit trifft nur den Urkundeninhalt, um dessen willen die besondere Form vorgeschrieben ist. Nicht zum Urkundeninhalt in diesem Sinn gehört die Feststellung der Erwachsenenschutzbehörde, dass die Vorsorgebeauftragte handlungsfähig ist. Siehe dazu STEINAUER, TDP II/1, N. 746; WOLF, Berner Kommentar, N. 51 zu Art. 9 ZGB. Ganz generell schützt das Gesetz den guten Glauben in die Handlungsfähigkeit des Geschäftspartners nicht: BGE 89 II 387 E. 2 S. 389 ff.; HOFER, Berner Kommentar, N. 78 zu Art. 3 ZGB; BAUMANN, Zürcher Kommentar, N. 27 und 32 zu Art. 3 ZGB.

mehr gerechtfertigt, als die Rechtswirkungen nicht bei der handelnden Person selbst, sondern bei der auftraggebenden Person eintreten würden. Hat die handlungsunfähige Person die Drittperson zur irrtümlichen Annahme ihrer Handlungsfähigkeit verleitet, rechtfertigt sich immerhin die analoge Anwendung von Art. 452 Abs. 3 ZGB.³⁸

4. Volle oder teilweise Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags

Die Urteilsfähigkeit ist relativ und bezieht sich stets auf bestimmte Rechtsgeschäfte und Situationen.³⁹ Die Urteilsfähigkeit kann daher durchaus nur in bestimmten Bereichen fehlen und in anderen immer noch vorhanden sein. Dementsprechend kann der Vorsorgeauftrag zunächst auch nur teilweise, für bestimmte Bereiche wirksam werden. Diese Wirkungsbereiche werden in der Legitimationsurkunde angegeben, so dass sich die Bank darauf verlassen kann. Ändert sich die Urteilsfähigkeit des Auftraggebers und hat dies Auswirkungen auf den Vorsorgeauftrag, muss auch die Legitimationsurkunde geändert werden.

IV. Person der Vorsorgebeauftragten

1. Bank als Vorsorgebeauftragte

Die beauftragte Person ist regelmässig eine Vertrauensperson und daher eine natürliche Person. Häufig handelt es sich um nahestehende Personen wie Ehepartner, eingetragene Partnerinnen, Kinder, Freunde, ev. die Ärztin oder den Anwalt. Infrage kommen aber auch juristische Personen und als solche spezialisierte Institutionen wie die Pro Senectute oder die Pro Infirmis. Es genügt dabei, dass die juristische Person als solche genau bezeichnet wird. Nicht erforderlich ist die Präzisierung, wer innerhalb der juristischen Person tatsächlich handeln muss. Es genügt die Beauftragung der Pro Senectute. Das gilt auch für eine Bank oder für andere Vermögensverwaltungsinstitute. Daher kann eine Bank als solche als Vorsorgebeauftragte eingesetzt werden. Wollte man die Bezeichnung einer innerhalb der Institution han-

³⁸ Diese Idee verdanke ich Dr. LUCIE MAZENAUER, Doktorassistentin an meinem Lehrstuhl.

³⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N. 06.50 f.; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N. 608.

delnden Person verlangen, wäre der Vorsorgeauftrag von der beruflichen Stabilität der bezeichneten Person abhängig. Mit der Bezeichnung der juristischen Person wird das Erfordernis der Selbstbestimmung erfüllt.⁴⁰ Die Bezeichnung einer innerhalb der Bank konkret handelnden Person ist damit nicht erforderlich, aber möglich.⁴¹ Die Bestimmung der intern zuständigen Person kann daher der Bank überlassen werden.

Die Bezeichnung der Bank als Vorsorgebeauftragte ist dennoch heikel und grundsätzlich nicht zu empfehlen: Selbst wenn die Bank eine Spezialabteilung zur Ausführung der Vorsorgeaufträge einrichtet, wird stets das Risiko von Interessenkonflikten zwischen der Bank als Vorsorgebeauftragter und ihrer Abteilung für Vermögensverwaltung bestehen. Dieses Risiko wird auch durch die beste Abgrenzung zwischen den beiden Abteilungen nicht neutralisiert. Die Bank hat auch kein Interesse daran, das gesamte Vermögen zur Vermeidung von Interessenkonflikten an eine andere Bank zu übertragen. Insgesamt erweist sich die Beauftragung einer Bank als Vorsorgebeauftragte oder auch nur eines ihrer Angestellten als heikel und sollte vermieden werden. Insbesondere sollte die Bank davon absehen, ihrem Klienten ihre eigene Einsetzung als Vorsorgebeauftragte zu empfehlen. Damit bringt sie sich selber in Schwierigkeiten.

2. Bank als Hilfsperson

Das Risiko von Interessenkonflikten kann reduziert werden, wenn die Bank nicht Vorsorgebeauftragte, sondern Hilfsperson der Vorsorgebeauftragten ist. Der Auftraggeber kann den Beizug einer bestimmten Bank als Hilfsperson grundsätzlich verbindlich anordnen. Die Grundlagen, die der Anordnung zugrunde liegen, können sich allerdings ändern. Diesfalls darf die Beauftragte allenfalls davon abweichen. Massgebend bleibt aber im Grundsatz die Auslegung der Anordnung nach dem Willen des Auftraggebers.⁴² Ging es dem Auftraggeber primär um den Beizug irgendeiner Bank, kann die Bank als Vermögensverwalterin relativ einfach gewechselt werden. Ging es ihm dagegen um den Beizug einer bestimmten Bank, ist ein Wechsel nur

⁴⁰ Botschaft ESR, 7025.

⁴¹ AEBI-MÜLLER/BIENZ, S. 69; RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 27 zu Art. 360 ZGB; vgl. auch BREITSCHMID, S. 25; SCHMID, N. 14 zu Art. 360 ZGB; BRÜCKNER, S. 39; a.M. MEIER/LUKIC, Rz. 197; FOUNTOLAKIS/GAIST, S. 156.

⁴² RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 364 ZGB.

möglich, wenn der Grund für die Anordnung wegfällt, z.B. der vertraute Vermögensverwalter die Arbeitsstelle wechselt, die Bank in finanzielle Schwierigkeiten gerät usw.

V. Umfang und Inhalt des Vorsorgeauftrags

Ein Vorsorgeauftrag über die Vermögenssorge kann umfangmässig und/oder inhaltlich differenziert sein. Mit Bezug auf den Umfang kann der Auftraggeber angeben, welche Vermögensposten er dem Vorsorgeauftrag unterstellen möchte: nur das Einkommen, nur das Vermögen bzw. nur Teile davon, mit oder ohne betragsmässige Bezifferung. Mit Bezug auf den Inhalt kann er Angaben über die Art und Weise der Verwaltung bzw. der Einkommensverwendung machen. Über einzelne Differenzierungen erteilt der Legitimationsausweis Auskunft.

1. Umfassende Verfügung und Verwaltung

Der Vorsorgeauftrag kann das gesamte Einkommen und Vermögen umfassen und die uneingeschränkte Verfügung darüber ermöglichen. Hat der Auftraggeber keine konkreten Angaben über Art und Weise der Einkommensverwendung und der Vermögensverwaltung erteilt, sondern Verwendung und Verwaltung von Einkommen und Vermögen generell in die Hände der Beauftragten gelegt, liegt vermutlich ein *umfassender Auftrag* vor. Die Frage, nach welchen Grundsätzen sich Verwendung und Verwaltung zu richten haben, ergibt sich aus dem *subjektiven Interesse des Auftraggebers*. Dieses ist für alle Tätigkeiten wegleitend.⁴³

2. Beschränkte Verfügung und Verwaltung

Das Verfügungsrecht der Beauftragten kann *betragsmässig oder inhaltlich beschränkt* sein: Der Auftraggeber kann von Anfang an das Verfügungs- und/oder Verwaltungsrecht auf einen *bestimmten* monatlichen oder jährlichen *Betrag* beschränken. Das ist allerdings nicht empfehlenswert, da sich die Lebenskosten verändern und sich daraus Auslegungsfragen (Art. 363

⁴³ GEHRER/GIGER, Handkommentar, N. 3 zu Art. 398 OR; WEBER, Basler Kommentar, N. 8 ff. zu Art. 398 OR.

Abs. 3 und Art. 364 ZGB) ergeben können. Angemessen ist die (inhaltliche) Beschränkung der Verfügungsbefugnis auf den bisherigen Lebensstil bzw. die Verwaltung auf die bisherige Anlagestrategie. Auch diese Angaben erfordern allerdings eine Auslegung. Das Verfügungsrecht kann aber auch inhaltlich beschränkt sein und konkrete Anweisungen zur Verwaltung und/oder zur Verfügung enthalten.

Die beschränkte Verfügungs- und/oder Verwaltungsbefugnis ist auf dem *Legitimationsausweis* angegeben. Es ist Aufgabe der Bank, der Beauftragten diese und *nur diese Befugnisse* einzuräumen. Wie stellt die Bank sicher, dass die betrags- oder inhaltsmässig beschränkte Verfügungskompetenz nicht überschritten wird? Beides kann durch einen umfangmässig beschränkten Zugang zum Konto gewährleistet werden: Zur Deckung des monatlichen Verbrauchs (der durch den Auftraggeber bestimmt oder die Erwachsenenschutzbehörde im Rahmen der Auslegung des Vorsorgeauftrags ermittelt wird) wird ein Verbrauchskonto eingerichtet. Der Rest fliesst auf ein Sparkonto, das dem Zugriff der Beauftragten entzogen ist oder nur eingeschränkt offen steht. Die Beschränkung der Verfügung über das Vermögen erfolgt ebenfalls durch Einrichtung eines Kontos, das dem angegebenen Zweck dient, oder aber durch die ad hoc-Abseignung grösserer Vermögenstransaktionen durch die Bank. Dasselbe gilt für die Verwaltung eines Wertschriftenportefeuilles: Solange das Onlinebanking (inkl. der Onlinewertschriftenhandel) die Beschränkung auf bestimmte Transaktionen nicht zulässt, wird diese beschränkte Verwaltungs- und Verfügungskompetenz nur einzelfallbezogen zu bewerkstelligen sein. Falls dies eine intensive Betreuung durch die Bank voraussetzt, dürfte die Bank ihren Dienst in Rechnung stellen, was wiederum vom Vorsorgebeauftragten zu tragen ist. Vorsorgeauftraggeber tun daher gut daran, den Auftrag möglichst einfach zu strukturieren, also entweder einen umfassenden Auftrag zu verfassen, die Verfügung auf ein bestimmtes Konto zu beschränken oder das Wertschriftenportefeuille der bisherigen Anlagestrategie zu unterstellen und gegebenenfalls die bisherige Bank als Hilfsperson zu bezeichnen. Der Auftraggeber kann auch die Grundsätze der Vermögensverwaltung gemäss Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV) vom 4. Juli 2012 für anwendbar erklären.⁴⁴ Ohne einen

⁴⁴ SR 211.223.11

klaren Verweis gelten diese Grundsätze im Rahmen eines Vorsorgeauftrags nicht.⁴⁵

3. Sorgfaltspflicht der Bank

Der Vorsorgeauftrag überlagert das Vertragsverhältnis zwischen Bank und Auftraggeber, indem die Vorsorgebeauftragte zum bilateralen Verhältnis von Bank und Kunde hinzu tritt. Die Vorsorgebeauftragte selbst ist dem Auftraggeber zu sorgfältiger Geschäftsführung verpflichtet (Art. 365 Abs. 1 ZGB; Art. 398 Abs. 2 OR). Daneben trifft die Bank gegenüber ihrem Kunden (gleichzeitig Vorsorgeauftraggeber) eine Sorgfaltspflicht, welche aufgrund der fortbestehenden Vertragsbeziehung weiter gilt. Die Präsenz einer Vorsorgebeauftragten führt zu einer Differenzierung dieser Sorgfaltspflicht der Bank:

Mit Bezug auf die Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank gegenüber ihrem Kunden sind im Bereich von Börsengeschäften drei verschiedene Vertragsbeziehungen zu unterscheiden: Die eigentliche Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die blosse Konto-/Depot-Beziehung. Im Rahmen der Vermögensverwaltung gilt eine uneingeschränkte Aufklärungspflicht.⁴⁶ Eine Anlageberatung muss sich nicht auf einen explizit abgeschlossenen Vertrag stützen, sondern kann sich auch aus einem Vertrauensverhältnis ergeben, das sich aufgrund einer andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden entwickelt hat.⁴⁷ Aus dem Anlageberatungsvertrag treffen die Bank ebenfalls Aufklärungs- und Beratungspflichten.⁴⁸ Bei blossen Konto-/Depot-Beziehungen besteht grundsätzlich keine Beratungspflicht, wenn der Kunde durch die unbedingte Erteilung von Aufträgen oder Weisungen zu erkennen gibt, dass er Aufklärung und Beratung durch die Bank weder benötigt noch wünscht. Auch hier kann aber aufgrund einer andauernden Geschäftsbeziehung ein besonderes Vertrauensverhältnis entstehen, das nach unaufgeforderter Beratung und Aufklärung ruft.⁴⁹ Beratung und Aufklärung orientieren sich

⁴⁵ Zum Anwendungsbereich: Art. 1 VBVV.

⁴⁶ BGer Urteil 4C.18/2004 vom 2. Dezember 2004 E. 1.8.

⁴⁷ BGE 133 III 97 E. 7.2 S. 103.

⁴⁸ BGE 133 III 97 E. 7.2 S. 103; EMMENEGGER, Haftungsrisiken, S. 45, mit Hinweisen auf BGE 133 III 97 E. 7.1.1. S. 102 f.; BGer Urteil 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.1; BGer Urteil 4C.265/2001 vom 15. Januar 2001 E. 2a.

⁴⁹ BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103.

inhaltlich am Wissensstand des Kunden, an seiner Risikobereitschaft sowie an dem in Frage stehenden Anlagegeschäft.⁵⁰

Im Zusammenhang mit einem *Vorsorgeauftrag* orientieren sich die *Aufklärungs- und Beratungspflichten* der Bank differenziert am Kunden sowie an der Vorsorgebeauftragten: Während der Wissensstand der Vorsorgebeauftragten massgeblich ist, orientiert sich die Aufklärungs- und Beratungspflicht mit Bezug auf die Risikobereitschaft weiterhin an jener des Kunden (Vorsorgeauftraggebers). Die vorzunehmende Suitability-Prüfung⁵¹ orientiert sich daher gegebenenfalls weiterhin am Kunden, da es ja schliesslich um sein Vermögen geht.

Neben diesen bankgeschäftlichen Sorgfaltspflichten bestehen *vorsorgeauftragsrechtliche Sorgfaltspflichten*: Im Rahmen dieser Sorgfaltspflicht hat die Bank der Beauftragten nur jene Rechte auf die bei ihr liegenden Konti und Wertschriftendepots zu gewähren, die dieser gemäss Legitimationsurkunde eingeräumt werden. Dafür hat sie die erforderlichen Dispositionen zu treffen, gegebenenfalls ein Verbrauchskonto einzurichten, das Onlinebanking für die Depotverwaltung auszuschliessen, Ausgabenlimiten einzurichten, einzelfallbezogene Genehmigungen und/oder Beratungsgespräche vorzusehen usw. Im Zweifelsfall wird die Bank den Zugriff verweigern und die Beauftragte bitten, eine präzisierende Erklärung der Erwachsenenschutzbehörde beizubringen.

VI. Vorsorgeauftrag und gewöhnliche Aufträge

1. Grundsatz

Bereits das bisherige Recht liess Vollmachten und Aufträge über die Urteilsunfähigkeit des Vollmacht- bzw. Auftraggebers hinaus zu (Art. 35 Abs. 1 und 405 Abs. 1 OR). Erteilte Aufträge und Vollmachten können mithin nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit weiter gelten, unabhängig davon, ob die Ur-

⁵⁰ Zuletzt BGer Urteil 4A_444/2012 vom 10. Dezember 2012 E. 3.2. Grundlegend BGE 124 III 155 E. 3a S. 162 f. mit Hinweisen; siehe auch BGE 133 III 97 E. 7.1.1. S. 102 f., mit Hinweisen, sowie die Hinweise von EMMENEGGER, *Haftungsrisiken*, S. 45, auf BGer Urteil 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 7.1; BGer Urteil 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.1; BGer Urteil 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.2.

⁵¹ Bei der Suitability-Prüfung geht es um die Erforschung der finanziellen Verhältnisse des Kunden sowie um die Beurteilung, ob eine Transaktion für einen bestimmten Kunden geeignet ist. Siehe dazu BGE 133 III 97 E. 5.4. S. 101.

teilsfähigkeit nur vorübergehend oder voraussichtlich dauernd fehlt. Für den Fall der voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit regelt Art. 397a OR neu, dass die Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde zu informieren hat, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint.⁵² Aufgrund dieser Benachrichtigung entsteht die Pflicht (und das Recht) der Erwachsenenschutzbehörde zu prüfen, ob bei Weiterdauern des Auftrags dem Schutz des Auftraggebers Genüge getan ist.⁵³ Somit unterliegt ein gewöhnlicher Auftrag, der über die Urteilsunfähigkeit hinaus Geltung haben soll, aber nicht den erwachsenenschutzrechtlichen Voraussetzungen untersteht, gleichwohl der behördlichen Kontrolle.⁵⁴ Hat derselbe Auftraggeber gleichzeitig einen Vorsorgeauftrag erteilt, stellt sich die Frage, ob der gewöhnliche Auftrag neben dem Vorsorgeauftrag, der den restriktiven Voraussetzungen des Erwachsenenschutzrechts unterstellt ist, gelten kann oder ob der Vorsorgeauftrag den gewöhnlichen Auftrag ausschliesst bzw. verdrängt. Die Antwort auf diese Frage fällt differenziert aus:

2. Verhältnis vor Annahme des Vorsorgeauftrags

Hat ein Kunde einerseits mit seiner Bank einen Anlageberatungsvertrag abgeschlossen und andererseits seiner Ehefrau einen umfassenden Vorsorgeauftrag erteilt und wird er urteilsunfähig, überschneiden sich die Anwendungsbereiche der beiden Aufträge. Solange die Ehefrau den Vorsorgeauftrag noch nicht angenommen hat, liegt noch kein zweiseitiges Rechtsgeschäft und mithin noch kein Vorsorgeauftrag vor, in dessen Rahmen sie tätig werden könnte (vorne III.2a.). Während dieser Phase kann und muss die Bank die Anlageberatung weiter führen und statt ihren Kunden dessen gesetzlichen Vertreter, falls es einen solchen gibt, beraten. Der gewöhnliche Auftrag hat also durchaus seine Bedeutung bis zum Eintritt der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags.

⁵² Siehe hierzu EMMENEGGER, Erwachsenenschutzrecht, S. 111 ff. Zur auftragsrechtlichen Meldepflicht und zur Weitergeltung des Auftrags bis zum Erlass einer Massnahme unter altem Recht s. STETTLER, S. 8; MEIER, S. 51.

⁵³ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 360 ZGB; LANGENEGGER, Erwachsenenschutzrecht, N. 7 zu Art. 360 ZGB; MEIER/LUKIC, Rz. 195.

⁵⁴ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 360 ZGB.

3. Verhältnis nach Annahme des Vorsorgeauftrags

Auch nach Annahme des Vorsorgeauftrags durch die Beauftragte fällt ein gewöhnlicher Auftrag nicht einfach dahin. Vielmehr kann er in folgenden Fällen neben dem Vorsorgeauftrag gelten:

- Ist der Auftraggeber in einzelnen Bereichen nur *vorübergehend oder überhaupt nicht urteilsunfähig*, gilt für diese Bereiche ausschliesslich der gewöhnliche Auftrag, denn der Vorsorgeauftrag setzt eine gewisse Dauerhaftigkeit der Urteilsunfähigkeit voraus.⁵⁵
- Beschlägt der gewöhnliche Auftrag *Bereiche ausserhalb des Vorsorgeauftrags*, gelten beide Aufträge nebeneinander.
- Beschlägt der gewöhnliche Auftrag (ganz oder teilweise) *dieselben Bereiche* wie der Vorsorgeauftrag, kann die gewöhnlich Beauftragte (z.B. die Bank) weiterhin *im Einvernehmen mit der Vorsorgebeauftragten* handeln. Damit ist regelmässig auch dem Schutz des Auftraggebers Genüge getan, denn die gewöhnliche Beauftragte untersteht ja gleichsam der Aufsicht durch die Vorsorgebeauftragte. Die Vorsorgebeauftragte kann aber auch die *gewöhnlich Beauftragte absetzen*. Sie tritt dann an deren Stelle. Diesfalls erübrigt sich die Prüfung der Erwachsenenschutzbehörde, ob der Auftraggeber durch den weiter bestehenden Auftrag genügend geschützt sei, denn der Auftrag wurde ja vom Vorsorgebeauftragten widerrufen.

Ein neben dem Vorsorgeauftrag geltender gewöhnlicher Auftrag mit Weitergeltungsklausel hat grundsätzlich zum Ziel, ein begonnenes Geschäft im Rahmen des Auftrags zu Ende zu bringen. Die Weitergeltung eines gewöhnlichen Auftrags hat aber nicht die Funktion einer Dauerlösung, die neben einem Vorsorgeauftrag oder einer behördlichen Massnahme geltend könnte. Vielmehr wird der gewöhnliche Auftrag von der Vorsorgebeauftragten «überwacht» oder in den Vorsorgeauftrag integriert. Besteht kein Vorsorgeauftrag, kann der gewöhnliche Auftrag mit Weitergeltungsklausel für eine gewisse Zeit, nicht aber auf Dauer, die Anordnung einer Beistandschaft verhindern.⁵⁶

⁵⁵ RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 30 zu Art. 360 ZGB; SCHMID, N. 12 zu Art. 360 ZGB.

⁵⁶ Die Expertengruppe klärte im Verlauf ihrer Arbeit zunächst die Gültigkeit der Weitergeltungsklausel von gewöhnlichen Aufträgen und beschloss die Einführung einer entsprechenden gesetzlichen Klarstellung in den Art. 35 Abs. 1 OR und 405 Abs. 1 OR. In

VII. Fazit

Das Institut des Vorsorgeauftrags wird gerade auch in die Bankpraxis Eingang finden und den Rechtsverkehr für urteilsunfähige Bankkunden erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen. Folgende Leitsätze sind dabei zu beachten:

- Zu den *Beratungsaufgaben* einer Bank gehört künftig der Hinweis auf die Möglichkeit eines Vorsorgeauftrags.
- *Bekanntgabe des Vorsorgeauftrags*: Das Vorliegen eines Vorsorgeauftrags sowie der Ort seiner Hinterlegung kann der Bank mitgeteilt werden. Damit ist die Gewähr der Kenntnis des Vorsorgeauftrags durch die beteiligten Personen oder die Erwachsenenschutzbehörde erhöht.
- *Person der Vorsorgebeauftragten*: Eine Bank kann zwar – wie eine andere juristische Person – als Vorsorgebeauftragte eingesetzt werden. Wegen der Gefahr von Interessenkollisionen und dem damit verbundenen Wegfall der Vertretungsmacht (Art. 365 Abs. 3 ZGB) der Vorsorgebeauftragten, sollte die Bank aber besser bloss als Hilfsperson beigezogen werden. Eine entsprechende Anweisung kann im Vorsorgeauftrag grundsätzlich verbindlich erteilt werden.
- *Legitimationsausweis*: Auf blosser Vorweisung des Vorsorgeauftrags und allenfalls eines ärztlichen Attests betreffend die Urteilsunfähigkeit hin, kann die Bank zwar die Vertretungskompetenz der Beauftragten anerkennen; sie tut dies allerdings – solange kein behördlicher Validierungsentscheid vorliegt – auf eigenes Risiko. Die Bank tut mithin gut daran, die Vertretungskompetenz der Beauftragten erst auf Vorlage des Legitimationsausweises zu bejahen, der nach Validierung durch die Behörde und Annahme durch die Beauftragte ausgestellt wird.
- *Gutgläubensschutz*: Auf Vorweisen der Legitimationsurkunde wird der *gute Glaube* in die *Vertretungsbefugnis* und die *Vertretungsbereiche* der Beauftragten bejaht. Mit Bezug auf die *Vertretungsmacht* ist zu differenzieren: Abstrakte Interessenkollisionen, die bereits der Auftraggeber in Kauf genommen hat, können nicht zur Aufhebung der Vertretungsmacht führen. Die Bank darf im *automatisierten Bankverkehr* grundsätzlich immer

diesem Zusammenhang entstand alsdann die Idee der Einführung des Vorsorgeauftrags (mandat d'inaptitude). Siehe dazu Expertenkommission, mandat d'inaptitude, S. 4 ff.; Expertenkommission, Protokoll, S. 1081 ff.

von der Vertretungsmacht der (durch den Legitimationsausweis ausgewiesenen) Beauftragten ausgehen und muss nicht aktiv jedes einzelne Bankgeschäft kontrollieren. Sie ist in ihrem guten Glauben geschützt. Dagegen ist es der Bank *im direkten Kundenkontakt* möglich, eine Interessenkollision zu erkennen. Der gute Glaube darf hier nur mit Zurückhaltung angenommen werden. Aufgrund der Besonderheiten des Vorsorgeauftrags⁵⁷ ist sein Schutz aber auch hier nicht ausgeschlossen.

- Der gute Glaube mit Bezug auf die Handlungsfähigkeit der Beauftragten wird nicht geschützt.
- *Sorgfaltspflicht der Bank*: Die beschränkte Verfügungs- und/oder Verwaltungsbefugnis ist auf dem Legitimationsausweis angegeben. Es ist Aufgabe der Bank, der Beauftragten diese und *nur diese Befugnisse* einzuräumen. Liegt ein Vorsorgeauftrag vor, setzt sich die zwischen dem Kunden und der Bank bestandene Vertragsbeziehung grundsätzlich fort. Die Beauftragte kann diese Vertragsbeziehung unverändert belassen oder abändern, also z.B. einen Anlageberatungsvertrag in eine eigentliche Vermögensverwaltung überführen oder umgekehrt. Je nach Sachlage umfasst nun die Sorgfaltspflicht der Bank im Rahmen des Vorsorgeauftrags die bisher ihrem Kunden (Vorsorgeauftraggeber) gegenüber bestehenden Aufklärungs- und Beratungspflichten.⁵⁸ Gegebenenfalls orientieren sich die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Bank nunmehr differenziert am Kunden sowie an der Vorsorgebeauftragten: Während der Wissensstand der Vorsorgebeauftragten massgeblich ist, orientiert sich die Aufklärungs- und Beratungspflicht mit Bezug auf die Risikobereitschaft weiterhin an jener des Kunden (Vorsorgeauftraggebers). Die vorzunehmende Suitability-Prüfung⁵⁹ orientiert sich daher gegebenenfalls weiterhin am Kunden, da es ja schliesslich um sein Vermögen geht.
- Wird ein Bankkunde urteilsunfähig, ist die Bank regelmässig berechtigt und verpflichtet, die Geschäfte vorläufig weiterzuführen (vgl. Art. 405 Abs. 2 OR). Bei Vorliegen einer Anlageberatung oder einer Vermögensverwaltung treten als Ansprechpartner an die Stelle des Kunden dessen Erben bzw. dessen gesetzliche Vertretung. Der gewöhnliche Auftrag hat

⁵⁷ Siehe vorne III. 3. c/bb.

⁵⁸ EMMENEGGER, Haftungsrisiken, S. 45, mit Hinweisen auf BGE 133 III 97 E. 7.1.1. S. 102 f.; BGer Urteil 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.1; BGer Urteil 4C.265/2001 vom 15. Januar 2001 E. 2a.

⁵⁹ Vgl. Fn. 51.

also durchaus seine Bedeutung bis zum *Eintritt der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags*.

- Vorsorgeauftrag und gewöhnlicher Auftrag können nebeneinander bestehen, soweit die Anwendungsbereiche sich nicht überschneiden sowie bei bloss vorübergehender Urteilsunfähigkeit.⁶⁰ Vorsorgeauftrag und gewöhnlicher Auftrag können sich aber auch konkurrenzieren. Diesfalls kann die Vorsorgebeauftragte ihre Arbeit nur dann fortsetzen, wenn sie im Einvernehmen mit der Beauftragten handelt. Die Vorsorgebeauftragte kann aber – je nach Umfang ihrer Kompetenzen – auch die gewöhnlich Beauftragte absetzen.

⁶⁰ Der Vorsorgeauftrag setzt die dauerhafte Urteilsunfähigkeit voraus: RUMO-JUNGO, Basler Kommentar, N. 30 zu Art. 360 ZGB.