

**Zeitschrift  
des Bernischen  
Juristenvereins**

**Revue  
de la société  
des juristes  
bernois**

154. Jahrgang  
Erscheint  
jeden Monat  
September  
2018

**9 2018**

[www.zbjv.ch](http://www.zbjv.ch)

**ZBJV**

Organ für schweizerische  
Rechtspflege  
und Gesetzgebung

Redaktoren  
Prof. Dr. Jörg Schmid  
Prof. Dr. Sibylle Hofer

Stämpfli  
Verlag AG  
Bern



**Stämpfli Verlag**

---

## Inhaltsverzeichnis

### Abhandlungen

- 561** Die Bepreisung des Depottransfers in AGB  
Von Prof. em. Dr. iur. ALFRED KOLLER, St. Gallen
- 584** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017  
Familienrecht: Ehe- und Erwachsenenschutzrecht  
Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF und MLaw TOBIAS BUFF, Bern
- 602** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017  
Familienrecht: Eherecht (Eheschutz und Ehescheidung)  
und Kindesrecht  
Von Prof. Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Luzern

### Aktuell aus dem Bundesgericht

- 630** Gleichzeitige Bestrafung von AG und Aktionär wegen  
Steuerdelikten: kein Verstoss gegen «ne bis in idem»  
Von Dr. MARTIN KOCHER, Studen
- 637** Können AHV-Betreuungsgutschriften auch zuerkannt werden,  
wenn die betreute Person in einem Pflegeheim lebt?  
Von MARCEL ATTINGER, Zürich

## Impressum

### Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern  
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88  
E-Mail [verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)

### Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. SIBYLLE HOFER, Bern

### Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen; Oberrichter Dr. RUEDI BÜRGI, Aarau; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Kantonsgerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber Dr. MARTIN KOCHER, St. Gallen; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Bern; Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Kantonsgerichtsschreiber INES MEIER, Luzern; Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. JUDITH WYTTEBACH, Bern.

### Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 187.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 146.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

*Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:*

Schweiz CHF 163.–, Ausland CHF 205.–,  
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 128.–,  
Einzelheft CHF 12.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

[www.zbjv.recht.ch](http://www.zbjv.recht.ch)

### Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern  
Tel. 031 300 63 25

E-Mail [periodika@staempfli.com](mailto:periodika@staempfli.com), Internet [www.staempfliverlag.com/zeitschriften](http://www.staempfliverlag.com/zeitschriften)

**Inserate:** Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,  
Tel. 031 300 63 89

E-Mail [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://www.staempfli.com/zeitschriften)

**Druck und Spedition:** Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,  
Tel. 031 300 66 66

E-Mail [info@staempfli.com](mailto:info@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)

**Auflage:** 2014 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/  
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

## Die Bepreisung des Depottransfers in AGB

### Banken im Streit mit dem SECO

Von Prof. em. Dr. iur. ALFRED KOLLER,  
Rechtsanwalt in St. Gallen

Der Ausdruck Bepreisung ist eine nicht sehr schöne, aber praktische Wortschöpfung aus unserem nördlichen Nachbarland. Gemeint ist die Erhebung eines Entgelts für eine bestimmte Leistung.

#### I. Einleitung

1. Nachstehend interessiert die Bepreisung des von einem Bankkunden veranlassten Depottransfers (Wertschriftentransfers) auf eine andere Bank. Im Vordergrund steht die grundsätzliche Zulässigkeit der Bepreisung, und zwar in AGB, da eine individuelle Bepreisung in der Bankpraxis kaum vorkommt. Sodann soll untersucht werden, welchen Erfordernissen AGB-Klauseln, die eine nachträgliche Preisanpassung (Anpassung eines rechtswirksam verabredeten Preises) zum Gegenstand haben, genügen müssen.

Bis vor Kurzem war völlig unbestritten, dass die Bepreisung als solche zulässig ist. Anderer Meinung sind neuerdings RUSCH<sup>1</sup> und ihm folgend das SECO (s. sogleich im Kleintext). Beide sind der Meinung, dass entsprechende AGB-Klauseln gegen Art. 8 UWG verstossen und daher rechtswidrig sind.

Auf dem Wertschriftentransfer erhobene Preise haben zu Beschwerden beim Preisüberwacher geführt.<sup>2</sup> Dieser hat sich im Jahre 2015 entschlossen, unter 32 Banken<sup>3</sup> eine Umfrage zur Bepreisung des Depottransfers durchzuführen. Das Resultat liess ihn vermuten, «dass sich diese Abgaben [Preise] nicht an den Kosten orientieren, sondern

---

1 ARNOLD RUSCH, Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 2011, S. 170 ff.

2 S. (auch zum Folgenden) Finanz und Wirtschaft vom 17. Dezember 2017 («Seco droht Banken wegen Depotgebühren»); Blick vom 31. Januar 2017 («Seco droht Banken»); NZZ am Sonntag vom 2. Juli 2017 («Die geschröpften Sparer»).

3 Dies waren: die 24 Kantonalbanken, die zwei Grossbanken (UBS und Credit Suisse), die Berner Filiale der Raiffeisenbank, PostFinance, die Coop Bank, die Migros Bank, die Baloise Bank SoBa und die Valiant Bank (Newsletter des Preisüberwachers vom 27. Mai 2016).

Kunden vom Wechsel der Bank abhalten sollen»<sup>4</sup>. Er verlangte von den Banken, die Preise zu überprüfen und auf Basis der effektiv entstandenen Kosten anzusetzen (s. zu dieser Ansicht unten Fn. 30). Bei einem Teil der Banken hatte er Erfolg. Die Anpassungen genügten ihm jedoch nicht, weshalb er das Dossier im Frühjahr 2016 dem SECO übergab. Dieses kam zum Schluss, die Bepreisung des Depottransfers in den Banken-AGB verstosse gegen Art. 8 UWG, und forderte in der Folge verschiedene Banken auf, die Bepreisung zu unterlassen und die einschlägigen AGB entsprechend anzupassen. Für den Fall einer nicht einvernehmlichen Lösung hat es eine Klageerhebung nach Art. 9 Abs. 1 und 10 Abs. 3 lit. b UWG in Aussicht gestellt. Nach diesen Bestimmungen kann ein AGB-Verwender u. a. dazu verhalten werden, missbräuchliche AGB i. S. v. Art. 8 UWG nicht bzw. nicht mehr zu verwenden. Dabei sind die AGB nach herrschender Auffassung sog. kundenfeindlich auszulegen.<sup>5</sup> AGB, welche zwar gesetzeskonform ausgelegt werden können, jedoch auch eine für den Kunden nachteilige gesetzwidrige Interpretation zulassen, gelten daher als missbräuchlich und deren Verwendung als unlauter.

Auch PROBST<sup>6</sup> steht der Bepreisung des Wertschriftentransfers in AGB – unter Berufung auf Art. 8 UWG – kritisch gegenüber; für gänzlich unzulässig hält er sie jedoch nicht. Entsprechendes gilt seines Erachtens für Preisanpassungsklauseln (nur grundsätzliche, nicht generelle Unzulässigkeit).<sup>7</sup> Auch das soll sich aus Art. 8 UWG ergeben.

Beide Auffassungen überzeugen meines Erachtens nicht. Bevor dies näher erläutert wird (unten II. und III.), sollen einleitende Bemerkungen den Weg für eine sachadäquate Darstellung der ganzen Problematik ebnen (sogleich Ziff. 2 – 4).

In der Bankpraxis ist häufig von Gebühren statt von Preisen die Rede. Dass es sich dabei nicht um eine Gebühr im technischen Sinne (Entgelt für eine individuell zurechenbare Leistung der öffentlichen Verwaltung) handelt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Nachstehend wird der Ausdruck nur verwendet, wo es sich aus besonderem Grund aufdrängt, etwa weil Banken-AGB sich dieser Ausdrucksweise bedienen.

---

4 Finanz und Wirtschaft vom 17. Dezember 2017.

5 In der Schweiz wird dies freilich meist nur implizit gesagt (ausdrücklich z. B. ARNOLD F. RUSCH, *Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, AJP 2014, S. 203 ff., S. 204), anders in Deutschland (z. B. BGH, NJW 2008, S. 2172, Rn. 23; s. demgegenüber noch BGH, NJW 1986, S. 1803). Im Individualprozess ist hingegen eine geltungserhaltende (kundenfreundliche) Auslegung am Platze (ALFRED KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. A., Bern 2017, Rn. 23.79; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Bd. 1, bearbeitet von JÖRG SCHMID, 10. A., Zürich 2014, Rn. 1241; anders RUSCH, a. a. O., S. 203 ff.; zum Meinungsstand s. FLORENT THOUVENIN, *Basler Kommentar zum UWG*, Basel 2013, N 89 zu Art. 8).

6 THOMAS PROBST, *Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB*, Jusletter 24. April 2017, Rn. 58 ff.

7 PROBST (Fn. 6), Rn. 47 ff.

2. Vorab ist der Frage nachzugehen, *wie Verträge über Wertpapierdepots zu qualifizieren sind und* – damit zusammenhängend – *welchen rechtlichen Regeln sie unterstehen*. Dabei beschränke ich mich auf sog. offene Depots. Bei einem solchen obliegt der Bank – anders als beim verschlossenen Depot – nicht nur die Aufbewahrung der Titel, sondern auch deren Verwaltung.<sup>8</sup> Sie hat also beispielsweise Dividenden und Zinsen entgegenzunehmen oder Auslosungen zu überwachen.<sup>9</sup>

Der so verstandene Depotvertrag ist nach herrschender Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein gemischter Vertrag mit Elementen der Hinterlegung (Art. 472 ff. OR) und des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR). Diese Qualifikation entspricht allerdings dem Vertragstypus nur bedingt, falls man den einfachen Auftrag – wie hier vertreten<sup>10</sup> – begriffswesentlich als einfachen Vertrag auffasst, also Dauerverträge vom unmittelbaren Anwendungsbereich der Art. 394 ff. OR ausnimmt. Bei Bucheffekten ist zusätzlich zu beachten, dass eine Aufbewahrung im gesetzlichen Sinne (diese bezieht sich nur auf bewegliche Sachen) ausscheidet. Folgt man dem, so ist der Depotvertrag eine Mischung aus Aufbewahrung und auftragsähnlichem Vertrag (so bei einem Depot über physisch vorhandene Wertpapiere) bzw. aus hinterlegungs- und auftragsähnlichem Vertrag (so bei einem Depot über Bucheffekten).

So oder anders ist der Depotvertrag ein Innominatvertrag, für den abgesehen von den Bestimmungen des Allgemeinen Teils des OR keine gesetzlichen Bestimmungen unmittelbar angewendet werden können und dessen rechtliche Behandlung sich weitgehend durch die – gesetztesergänzende (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – analoge Anwendung von Auftrags- und Hinterlegungsrecht bestimmt.<sup>11</sup> Dies im Einzelnen auszuführen, ist hier nicht der Ort. Einzugehen ist lediglich auf die ein-

---

8 THOMAS KOLLER, Basler Kommentar zum OR, 6. A., Basel 2015, N 16 zu Art. 472.

9 Die Banken-AGB sehen regelmässig vor, dass derartige Verwaltungshandlungen mangels anderer Vereinbarung ebenfalls der Bank obliegen (vgl. z. B. die Allgemeinen Depotbedingungen der UBS, Ziff. 10).

10 ALFRED KOLLER, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen, AJP 2014, S. 1627 ff., 1631 Ziff. 4.

11 Allgemein zur Rechtsanwendung bei Innominatverträgen MARC AMSTUTZ/ARIANE MORIN, Basler Kommentar zum OR, 6. A., Basel 2015, Einleitung vor Art. 184 ff., N 5 ff.; ALFRED KOLLER, OR AT (Fn. 5), Rn. 10.37 ff.; DERS., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012, Rn. 17 ff., je m. w. Nw.

schlägigen Entgeltsregeln. Dabei erfolgt hier vorerst keine Beschränkung auf den Wertschriftentransfer, vielmehr interessiert in allgemeiner Weise, nach welchen Regeln sich die Entgeltspflicht des Bankkunden richtet.

3. Vorbehältlich vertraglicher Entgeltsabmachungen bestimmen sich die *Entgeltsansprüche der depotführenden Bank* analog Art. 402 Abs. 1 und 473 Abs. 1 OR sowie Art. 394 Abs. 3 und 472 Abs. 2 OR.

a) Nach Art. 402 Abs. 1 und 473 Abs. 1 OR hat die Bank vorab Anspruch auf Ersatz der *Aufwendungen*, die ihr aus der Vertragsausführung entstehen. Sodann hat sie als *gewerbsmässige* Anbieterin von Dienstleistungen Anspruch auf *Vergütung der geleisteten Arbeit* (Art. 394 Abs. 3 und 472 Abs. 2 OR).<sup>12</sup> Die Bank kann daher nicht nur ihre Kosten (Personalkosten, externe Gebühren usw.) auf den Kunden abwälzen, sondern sie hat auch Anspruch auf finanzielle Abgeltung der von ihr erbrachten Leistung. Der Aufwendungsersatz ist im Einzelfall – vorbehältlich einer abweichenden Abrede – konkret zu berechnen, bei schwer beweisbaren Aufwendungen allenfalls unter Rückgriff auf Art. 42 Abs. 2 OR. Geschuldet ist – mit dem gleichen Vorbehalt – die übliche Vergütung (Art. 394 Abs. 3 OR, der über seinen Wortlaut hinaus nicht nur den Grundsatz der Vergütungspflicht [Fn. 12], sondern auch die Höhe der Vergütung betrifft).<sup>13</sup> Bei Fehlen einer einschlägigen Übung ist die Vergütung in Anlehnung an Art. 374 OR nach dem Wert der Arbeit und dem Aufwand der Bank zu bestimmen. Dabei fallen als massgebliche Berechnungsfaktoren etwa der zeitliche Aufwand und die Schwierigkeit der Leistungserbringung in Betracht, ferner Preise für ähnliche Leistungen sowie die Generalunkosten, welche als Bestandteile des Honorars, nicht des Aufwendungsersatzes i. S. v. Art. 402 Abs. 2 bzw. 473 Abs. 1 OR zu veranschlagen sind.<sup>14</sup>

Der Entgeltspflicht gemäss Art. 394 Abs. 3/472 Abs. 1 OR bzw. Art. 402 Abs. 2/473 Abs. 1 OR unterliegt die gesamte Leistung des Dienstleistungsschuldners, nicht etwa nur derjenige Teil, um dessent-

---

12 Beide Bestimmungen machen allerdings die Vergütung nicht ausdrücklich von der Gewerbsmässigkeit des Handelns abhängig, sondern davon, dass die Zahlung einer Vergütung «üblich» (Art. 394 Abs. 3 OR) bzw. «nach den Umständen zu erwarten» ist (Art. 472 Abs. 2 OR). Dass damit jedoch der Sache nach auf die Gewerbsmässigkeit abgestellt wird, entspricht der herrschenden Auffassung (z. B. JEAN-MARC SCHALLER, Basler Kurzkommentar zum OR, 2. A., Basel 2014, N 12 zu Art. 394, m. w. Nw.).

13 ROLF WEBER, Basler Kommentar zum OR, 6. A., Basel 2015, N 39 zu Art. 394.

14 WEBER (Fn. 13), N 39 zu Art. 394 OR, mit Rechtsprechungshinweisen.

willen der Vertrag von der Gegenpartei geschlossen wurde, so jedenfalls im *unmittelbaren* Anwendungsbereich der betreffenden Bestimmungen. Daher ist bei einem Operationsvertrag nicht nur die Operation als solche, sondern sind auch die Vorarbeiten dazu abzugelten, bei der Hinterlegung eines Hundes nicht nur dessen Aufbewahrung, sondern auch die Rückgabe. Weshalb es sich im *analogen* Anwendungsbereich anders verhalten sollte, ist nicht einzusehen. Vorbehältlich einer abweichenden vertraglichen Regelung sind daher alle Leistungsteile abzugelten, daher bei einem Depotvertrag auch die Rückgabe der Wertschriften oder deren Transfer auf eine andere Bank.<sup>15</sup>

Eine abweichende Ansicht vertritt RUSCH.<sup>16</sup> Er meint, die Rückgabe der Wertschriften sei von der Entgeltspflicht ausgenommen, da es sich hierbei um eine vom Gesetz normierte vertragliche Pflicht handle. Da jedoch die Bank die Wertschriften nur an ihrem Sitz (Erfüllungsort gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR) herauszugeben habe und somit ein Versand nicht mehr zu ihren Pflichten gehöre, stehe ihr insoweit gemäss Art. 402 OR Auslagensatz zu.<sup>17</sup> RUSCH geht offenbar – gleich wie PROBST – davon aus, dass nur «spezifische Dienstleistungen» (so PROBST<sup>18</sup>) der Vergütungspflicht unterfallen. Eine Erklärung, wie sich diese Auffassung mit der Entgeltskonzeption von Art. 394 Abs. 3/472 Abs. 1 OR bzw. Art. 402 Abs. 2/473 Abs. 1 OR vertragen soll, bleibt RUSCH freilich schuldig. In Wirklichkeit stellen diese Bestimmungen in keiner Weise darauf ab, ob die einzelnen Leistungsteile separat geschuldet, und schon gar nicht darauf, ob sie rechtsgeschäftlich begründet sind oder nicht. Entscheidend ist einzig und allein, dass der Leistungsteil, dessen Abgeltung infrage steht, für die Erreichung des Leistungsziels (hier: Erfüllung des Depotvertrags) zweckdienlich war oder vom Dienstleistungsschuldner als zweckdienlich angesehen werden durfte.

Die Entgeltskonzeption von RUSCH widerspricht offensichtlich auch derjenigen des Bundesrates in der Preisbekanntgabeverordnung. Hier ist vorgesehen, dass die Banken u. a. die Preise für die Kontoschliessung in Schweizer Franken bekannt zu

---

15 Die gleiche Vergütungskonzeption findet sich auch bei anderen Dienstleistungsverträgen, z. B. beim Werkvertrag (Art. 374 OR), s. ausführlich, wenn auch aus deutscher Sicht, CLAUS-WILHELM CANARIS, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, AcP 2000, S. 273 ff., 336.

16 RUSCH (Fn. 1), S. 171.

17 RUSCH (Fn. 1), S. 171. An anderer Stelle (S. 173) fährt er dann aber fort: Da die (physische) Rückgabe von Wertpapieren nicht kostenpflichtig ist, müsse dasselbe auch für den (buchmässigen) Wertschriftentransfer gelten. Dieser dürfe «erst recht nichts kosten», da er ja mit weniger Aufwand verbunden sei. Mit analoger Begründung hätte RUSCH sagen können: Da der (buchmässige) Wertschriftentransfer kostenpflichtig ist, muss dies für die (physische) Rückgabe umso mehr gelten. Die Logik versagt hier, weil es um ein *Sachproblem* geht.

18 PROBST (Fn. 6), Rn. 64.



geben haben (Art. 10r). Es wird also unterstellt, dass die Kontoschliessung bepreist werden darf (sonst würde die Regelung keinen Sinn machen). Ob man unter den Begriff der Kontoschliessung auch die Depotaufhebung und den damit verbundenen Wertschriftentransfer fasst oder nicht, bleibe dahingestellt. Jedenfalls liegt auf der Hand, dass nach Auffassung des Bundesrates auch diese Tätigkeiten bepreist werden können. Überhaupt darf die Bank die gesamte von ihr erbrachte Leistung bepreisen. Nur so lässt sich auch die Wegleitung des SECO zu dem erwähnten Art. 10r PBV erklären; vgl. insbesondere Ziff. 4.1, wo die wichtigsten der Bepreisung unterliegenden Leistungsbestandteile ausdrücklich aufgeführt werden (Kontoeröffnung, Konto- und Heftführung inkl. Jahresabschluss, Kontoauszüge, Porti, Transaktionsgebühren, Saldierungskosten).

b) Art. 402 Abs. 1 und 473 Abs. 1 OR sind *dispositiv*, weshalb die Bank den ihr entstehenden mutmasslichen Aufwand im Voraus pauschalieren kann. Freilich dürfen entsprechende Abreden nicht gegen zwingendes Recht oder sonst wie gegen die gesetzlichen Vertragschranken (v. a. Art. 19 f. OR) verstossen. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Vergütung: Wie in Art. 394 Abs. 3 und 472 Abs. 2 OR ausdrücklich vorgesehen, kann sie vertraglich geregelt werden, freilich wiederum nur in den Schranken der Rechtsordnung. Wenn es zutrifft, dass von Gesetzes wegen alle Leistungsteile abzugelten sind, so muss auch gelten, dass die Bank im Rahmen einer Vergütungsabrede ihre gesamte Tätigkeit in Rechnung stellen darf. Ob sie für die einzelnen Leistungsteile separate Vergütungen verlangt oder eine Pauschale verabredet, steht ihr – im Rahmen der Vertragschranken – frei.<sup>19</sup> Im vorliegenden Kontext steht es daher einer Bank – mit dem gemachten Vorbehalt – frei, ob sie für den Wertschriftentransfer eine separate Vergütung verlangen oder ob sie ihre Tätigkeit im Rahmen der allgemeinen Depotgebühr oder sonst wie abgelten lassen will. Von selbst versteht sich, dass kein Leistungsteil doppelt verrechnet werden darf.

4. *Entgeltsabreden können grundsätzlich nicht nur individuell, sondern auch mittels AGB getroffen werden.* Zwar gibt es einzelne Vereinbarungen, die einer AGB-Regelung generell unzugänglich sind (z. B. Art. 256 Abs. 2 lit. a OR), im vorliegenden Kontext trifft dies jedoch nicht zu. AGB erlangen freilich – nach allgemeiner Regel – nur Geltung, wenn sie vom Vertragskonsens (Art. 1 ff. OR) erfasst werden und insoweit den speziellen Anforderungen genügen, welche Lehre und Rechtsprechung für die Übernahme von AGB-Klauseln entwickelt

---

<sup>19</sup> Das wird, da selbstverständlich, in der Schweiz kaum je ausdrücklich gesagt, wohl aber im deutschen Recht (s. z. B. CANARIS [Fn. 15], S. 335).

haben. Insbesondere sind im Falle einer Globalübernahme die Unge-  
wöhnlichkeits- und die Zugänglichkeitsregel zu beachten.<sup>20</sup> Zudem  
haben AGB-Abreden nebst den allgemeinen Vertragsschranken auch  
Art. 8 UWG zu genügen.

In der Bankpraxis werden Entgeltsabreden durchwegs mittels  
AGB getroffen. Dabei finden verschiedene AGB-Typen nebeneinander  
Verwendung: solche, welche die gegenseitigen Beziehungen zwischen  
Kunde und Bank – zusammen mit dem Basisvertrag – in allgemeiner  
Weise regeln (diese AGB werden meist als «Allgemeine Geschäftsbe-  
ziehungen» bezeichnet), solche, welche speziell die Depotbeziehung  
zum Gegenstand haben («Allgemeine Depotbedingungen», «Depot-  
reglement» o. ä.), und schliesslich solche, welche die Preise für die von  
der Bank zu erbringenden Leistungen enthalten («Preisliste», «Gebüh-  
rentarif» o. ä.). Die vertragliche Übernahme der «Allgemeinen» Be-  
dingungen geschieht typischerweise so, dass im beidseits unterzeich-  
neten Basisvertrag (Vertrag zur Errichtung einer Bankbeziehung) auf  
sie verwiesen wird und der Bankkunde deren Erhalt bestätigt. In den  
«Allgemeinen» Bedingungen wird sodann auf die einschlägige(n)  
Preisliste(n) verwiesen. Zur Illustration seien die AGB der Credit  
Suisse (im Folgenden: CS) herangezogen:

- Gemäss Art. 6 des Errichtungsvertrags bestätigt der Kunde, «von der Bank die  
«Allgemeinen Geschäftsbedingungen», das «Depotreglement» und die «Bedin-  
gungen für den Zahlungsverkehr» erhalten zu haben. Deren Inhalt sowie die  
von der Bank bekanntgegebenen Konditionen werden ausdrücklich anerkannt.»
- Gemäss Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen richten  
sich die Gebühren (Preise) der Bank «nach dem jeweils geltenden Tarif».<sup>21</sup>  
Diese Regel wird in Art. 7 lit. a Satz 1 des Depotreglements für das Depotge-  
schäft wiederholt.
- Im Gebührentarif (Preisliste) für das Anlagegeschäft (Stand per 1. Januar 2018)  
finden sich u. a. die Preise (Gebühren) für die physische Auslieferung von  
Wertpapieren und die buchmässige Auslieferung von clearingfähigen Wert-  
schriften.

---

20 S. dazu überblicksweise KOLLER, OR AT (Fn. 5), Rn. 23.33 ff. bzw. 23.47 ff.,  
und eingehend STEPHAN HARTMANN, Grundlage und Konkretisierung der Unge-  
wöhnlichkeitsregel, in: Jörg Schmid (Hrsg.), *Hommage an Peter Gauch*, Zürich 2016,  
S. 133 ff., bzw. ROMAN PERRIG, *Die AGB-Zugänglichkeitsregel* (Diss.), Basel 2011.

21 Statt auf den *jeweils* geltenden Tarif zu verweisen, wäre es wohl richtiger, auf  
den *bei Vertragsabschluss* geltenden Tarif zu verweisen. Denn der jeweilige Tarif  
gilt ja im Verhältnis zum einzelnen Kunden nicht eo ipso, sondern nur bei rechts-  
wirksamer Ausübung des Tarifänderungsrechts gemäss Art. 9 Abs. 1 Satz 3 und 4  
AGB (s. dazu sogleich im Text).

Für die physische Auslieferung beträgt die Gebühr pro Titel CHF 500. Hinsichtlich der buchmässigen Auslieferung von Titeln frei von Zahlung wird unterschieden: Bei nicht traditionellen Investmentprodukten beträgt sie CHF 155, bei Fonds CHF 85, bei den übrigen Wertschriften CHF 50. Für die buchmässige Auslieferung gegen Zahlung beträgt die Gebühr CHF 200.

Banken behalten sich regelmässig das Recht vor, die Preise für ihre Dienstleistungen jederzeit anzupassen. Teilweise werden einzelne mögliche Änderungsgründe (z. B. «veränderte Marktverhältnisse») ausdrücklich aufgeführt, jedoch nicht immer. Eine weitere typische AGB-Klausel besagt, dass Preisänderungen in geeigneter Weise bekannt gemacht werden. Einzelne Banken räumen dem Kunden für den Fall seines Nichteinverständnisses ein Ablehnungsrecht ein, andere nicht.

Beispielsweise die Kantonbank St. Gallen behält sich ohne jede Präzisierung die jederzeitige Änderung der Preisliste vor «und gibt sie [eine allfällige Änderung] in geeigneter Weise bekannt» (Art. B5.1. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Version Januar 2017). Auch die Raiffeisenbanken behalten sich die jederzeitige Preisänderung vor, dies «insbesondere bei veränderten Marktverhältnissen oder aus anderen sachlichen Gründen»; der Kunde «wird auf geeignete Weise hierüber (Aushang in der Bank, schriftlich oder elektronisch) informiert» (Ziff. 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ausgabe 1. Januar 2017). Eine ähnliche Formulierung findet sich in der entsprechenden Bestimmung der UBS (Ziff. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ausgabe Januar 2018). Hier wird jedoch zusätzlich gesagt, dass ein mit der Änderung nicht einverständener Kunde die «von der Änderung betroffene Dienstleistung» (z. B. Depotvertrag) kündigen kann; gegebenenfalls muss er dies allerdings umgehend nach Bekanntgabe der Änderung tun.

5. *Weiteres Vorgehen.* Im Folgenden interessiert nur mehr das Kernthema des vorliegenden Aufsatzes, die Zulässigkeit der Bepreisung des Wertschriftentransfers unter Verwendung von AGB. Vorab geht es um die Zulässigkeit von *Preisfestsetzungsklauseln* (Klauseln, mit deren Übernahme bei Vertragsabschluss eine Preisabrede getroffen werden soll), dann um die Zulässigkeit von *Preis Anpassungsklauseln* (Klauseln, welche auf Änderung des bei Vertragsabschluss abgemachten Preises gerichtet sind).

Wollte man – mit RUSCH und dem SECO – annehmen, dass Preisfestsetzungsklauseln generell unzulässig sind, würde die Frage nach der Zulässigkeit von Preis Anpassungsklauseln obsolet. Indes liegt nach dem vorstehend in Ziff. 2 Gesagten auf der Hand, dass der Wertschriftentransfer grundsätzlich bepreist werden darf und sich nur die Frage stellen kann, wo die Grenzen der Bepreisung liegen. Das ist nun im Einzelnen darzulegen (II.), bevor auf die – rechtlich ganz anders gelagerte – Preis Anpassung eingegangen wird (III.)

## II. Unzulässigkeit von Preisfestsetzungsklauseln?

RUSCH und das SECO nehmen an, dass Preisfestsetzungsklauseln wie z. B. der von der CS verwendete Art. 7 Abs. 1 lit. a (Satz 1) des Depotreglements gegen Art. 8 UWG verstossen.

1. Art. 8 UWG wendet sich gegen die Verwendung missbräuchlicher AGB gegenüber Konsumenten (auf Unternehmerverträge bezieht er sich nicht). Missbräuchlich ist vorab die Verwendung von AGB, welche *zu zwingendem Recht in Widerspruch stehen*. RUSCH glaubt, die Preisfestsetzung in AGB verstosse gegen den zwingenden Charakter von Art. 404 und 475 OR.<sup>22</sup>

a) Art. 475 OR besagt, dass der Hinterleger den Vertrag jederzeit beenden und die Sache zurückfordern kann (Abs. 1). Geschieht dies allerdings vorzeitig, d. h. vor dem ordentlichen Vertragsende, hat der Hinterleger dem Aufbewahrer das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, also insbesondere Kosten, die durch die vorzeitige Auflösung nutzlos werden (Art. 475 Abs. 2 OR). Art. 475 Abs. 1 OR ist zwingend, nach herrschender Ansicht gilt dies auch für Abs. 2.<sup>23</sup> Das bedeutet, dass dem Hinterleger aus der vorzeitigen Auflösung des Vertrags keine über das negative Vertragsinteresse hinausgehenden Lasten entstehen dürfen. Insbesondere kann die mit der vorzeitigen Auflösung verbundene Entgeltseinbusse des Aufbewahrers nicht – als positives Vertragsinteresse – auf den Hinterleger abgewälzt werden. Sodann darf die vorzeitige Vertragsauflösung nicht an eine schadensunabhängige Leistung (Konventionalstrafe oder Reugeld) geknüpft werden. Zulässig ist hingegen eine Pauschalierung des negativen Vertragsinteresses, jedenfalls eine widerlegbare. Eine dem Art. 475 OR entsprechende Parallelregel findet sich für den Auftrag in Art. 404 OR.<sup>24</sup>

22 RUSCH (Fn. 1), S. 171 («vertragsrechtliche Einordnung»), S. 172 («nachteiliges Missverhältnis»).

23 KOLLER (Fn. 8), N 1 zu Art. 475 OR, m. w. Nw.

24 Eine abweichende Ansicht vertritt das Bundesgericht in BGE 109 II 462 und 110 II 380 (vgl. auch BGE 140 III 200). Es hält – mit Bezug auf Art. 404 OR – eine Konventionalstrafe, somit eine schadensunabhängige Leistung, für zulässig. Die Schadenshöhe ist allerdings insofern von Bedeutung, als sie zu einer Reduktion der Strafe nach Art. 163 Abs. 3 OR führen kann (BGE 109 II 462 E. 4d). Zudem beziehen sich die Entscheide nur auf Fälle, in denen bei vorzeitiger Vertragsauflösung typischerweise Schaden in Form des negativen Vertragsinteresses anfällt (BGE a. a. O.). Auch mit

b) Art. 404 und 475 OR sind bei Verträgen, die – wie die typischen Depotverträge der Banken – nach dem Parteiwillen jederzeit aufgelöst werden können, nicht unmittelbar anwendbar (eine *vorzeitige* Auflösung fällt ja naturgemäss ausser Betracht), wohl aber analog in dem Sinne, dass die Vertragsauflösung nicht durch die Erhebung eines Entgelts, das die gesetzlich zulässige Entschädigungshöhe übersteigt, erschwert werden darf. Hingegen hindern die beiden Bestimmungen die Bank(en) nicht daran, den Transfer in dem durch Art. 394 Abs. 3/472 Abs. 1 sowie 402 Abs. 1 und 473 Abs. 1 OR gesteckten Rahmen (dazu oben I./Ziff. 3) zu bepreisen. Dabei steht den Banken ein erhebliches Ermessen zu. Nur soweit dieser Rahmen verlassen ist, liegt eine nach Art. 404 und 475 OR unzulässige Abrede vor (faktisch handelt es sich dann um ein verkapptes, gegen den zwingenden Charakter von Art. 404 und 475 OR verstossendes Reugeld).<sup>25</sup>

Preisfestsetzungsklauseln wie etwa Art. 7 lit. a Satz 1 des Depotreglements der CS verstossen nach dem Gesagten nicht gegen die fraglichen beiden Gesetzesbestimmungen. Dies träfe hingegen für die Preisliste (Gebührentarif in der Nomenklatur der CS) zu, sollten die dort vorgesehenen Preise (Gebühren) den gesetzlich zulässigen Preisrahmen übersteigen und damit – als faktisches Reugeld – das jederzeitige Widerrufsrecht von Art. 404 Abs. 1 bzw. 475 Abs. 1 OR einschränken.<sup>26</sup> Das darf nicht leichthin angenommen werden, denn den Banken steht hinsichtlich der Preishöhe – wie gesagt – ein erheblicher Ermessensspielraum zu.<sup>27</sup>

---

diesen Präzisierungen verdienen sie allerdings keine Zustimmung, ganz abgesehen davon, dass es sich bei der angeblichen Konventionalstrafe in Wirklichkeit um ein Reugeld (Entgelt für die Ausübung des jederzeitigen Widerrufsrechts) handelte.

25 Art. 404 und 475 OR sind für die Auflösung des *gesamten* Vertrags konzipiert, sie gelten aber – sinngemäss – auch im Falle einer teilweisen Auflösung, im vorliegenden Kontext daher für die Veräusserung einzelner Wertpapiere bei laufendem Depotvertrag (im Transfer kann eine Teilbeendigung des Vertrags gesehen werden).

26 Gleich im Ergebnis PROBST (Fn. 6), Rn. 64.

27 Kann ein konkreter Preis nicht als verkapptes Reugeld aufgefasst werden, wird seine Missbräuchlichkeit auch nicht dadurch begründet, dass die Bank – wie dies teilweise geschieht – den *internen* Wertpapiertransfer nicht bepreist. Denn darin ist ein Entgegenkommen gegenüber dem intern transferierenden Kunden zu sehen, nicht eine unzulässige Benachteiligung jener Kunden, welche ihre Wertpapiere auf eine andere Bank transferieren lassen. Zudem verursacht der interne Transfer weniger Kosten als der externe.

2. Missbräuchlich i. S. v. Art. 8 UWG sind ferner AGB-Klauseln, die zum Nachteil des Kunden (Konsumenten) «ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen», und dies «in Treu und Glauben verletzender Weise»<sup>28</sup>. Praktisch geht es vor allem um Fälle, in denen AGB vom dispositiven Recht so sehr abweichen, dass der Kunde dadurch in treuwidriger Weise benachteiligt wird. Mit dem dispositiven Recht ist nebst den dispositiven Gesetzesregeln auch einschlägiges Richterrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB) gemeint.<sup>29</sup>

a) Die vorliegend massgeblichen Dispositivregeln sind die – analog anwendbaren – Art. 394 Abs. 3, 402 Abs. 1, 472 Abs. 2 und 473 Abs. 2 OR. Diesen ist – wie gesehen – zu entnehmen, dass die Bank für den Wertschriftentransfer von Gesetzes wegen nicht nur Auslagenersatz, sondern eine Vergütung (Abgeltung ihrer Leistung) zugut hat (s. oben I./Ziff. 3 lit. a).<sup>30</sup> Wird der so bestimmte Preisanspruch der Bank durch eine konkrete Preisfestsetzungsklausel *erheblich* überschritten, wird man auch das von Art. 8 UWG vorausgesetzte Requisit der Treuwidrigkeit als gegeben annehmen müssen. Demnach ist gegen die Bepreisung des Wertschriftentransfers an sich und damit gegen Klauseln wie z. B. Art. 7 lit. a Satz 1 des Depotreglements der CS nichts einzuwenden, vielmehr kann höchstens die Preishöhe zu beanstanden sein.

Angenommen, die meisten Banken verlangen für eine bestimmte Transferleistung CHF X + 20. Wenn eine konkrete Bank (Bank Z) für dieselbe Leistung CHF X + 150 verlangt, so wird man diese den üblichen Rahmen weit übersteigende Bepreisung wohl als rechtswidrig ansehen müssen. Demgegenüber träfe dies für einen Preis von X + 40 nicht zu, denn den Banken steht bei der Festlegung der Vergütung ein erheblicher Ermessensspielraum zu, ganz abgesehen davon, dass bei den verschiedenen Banken unterschiedliche *Kosten* anfallen können.

---

28 Jedes Missverhältnis ist «erheblich» und «ungerechtfertigt»; diesen Präzisierungen des Tatbestandsmerkmals «Missverhältnis» kommt daher keine eigenständige Bedeutung zu. Eine solche hat hingegen der Zusatz «in Treu und Glauben verletzender Weise». Es gibt allerdings auch abweichende Interpretationen (vgl. HELMUT HEISS, in: Reto Heizmann/Leander Loacker, Kommentar zum UWG, Zürich 2017, N 185 ff. zu Art. 8). Im Ergebnis ist aber unbestritten, dass Art. 8 UWG eine treuwidrige Benachteiligung des AGB-Kunden verhindern will.

29 VITO ROBERTO/MARISA WALKER, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014, S. 49 ff., 57.

30 Das verkennt der Preisüberwacher, wenn er von den Banken verlangt, dass sie die Preise (ausschliesslich) kostenbasiert auszugestalten haben (s. oben I./Ziff. 1 Kleindruck).

b) Anderer Ansicht ist RUSCH. Er lehnt jede Bepreisung des Wertschriftentransfers in AGB als Verstoss gegen Art. 8 UWG ab. Zur Begründung macht er geltend, die Bank könne sich «für die Erfüllung einer ohnehin geschuldeten Pflicht in den AGB» nicht «nochmals ein Entgelt versprechen» lassen; man habe ja «die Leistungen mit den allgemeinen Depotkosten bereits bezahlt»<sup>31</sup>. Dem ist insofern zuzustimmen, als selbstverständlich eine Leistung nicht doppelt in Rechnung gestellt werden darf. Wenn daher mit einem konkreten Kunden vereinbart ist, dass die allgemeine Depotgebühr auch den Wertschriftentransfer abdeckt, so schuldet er für diesen nichts. So verhält es sich bei einer Globalübernahme, wenn unter den gegebenen Umständen die Ungewöhnlichkeitsregel eingreift, das heisst, der Kunde nach Treu und Glauben nicht damit rechnen muss, dass für den Wertschriftentransfer ein gesondertes Entgelt geschuldet ist. In Fortführung dieses Gedankens müsste man wohl eine Bepreisung des Wertschriftentransfers ganz allgemein als missbräuchlich i. S. v. Art. 8 UWG ansehen, wenn es *generell* (unabhängig von den konkreten Umständen) ungewöhnlich wäre, den Wertschriftentransfer separat – zusätzlich zur allgemeinen Depotgebühr – zu bepreisen. Indes wird ein durchschnittlicher Bankkunde davon ausgehen, dass er für den Transfer von Wertschriften auch ein Entgelt zu bezahlen hat. Dies nur schon deshalb, weil es ungerecht wäre, wenn die gesamten Transferkosten in die allgemeinen Depotpreise eingerechnet würden. Denn damit würden alle Depotkunden gleich behandelt, obwohl sie unterschiedliche Leistungen in Anspruch nehmen und unterschiedliche Transferaufwendungen generieren. Ein Einbezug in die allgemeinen Depotkosten ist auch deshalb nicht sinnvoll, weil bei Abschluss eines Depotvertrags gar nicht feststeht, ob überhaupt und gegebenenfalls welche Transfergebühren anfallen werden (das hängt von der Entwicklung des Portfolios ab bzw. davon, wie sich der Wertschriftenbestand durch Erwerbs- und Veräusserungsgeschäfte verändert). Auch das liegt für einen durchschnittlichen Kunden auf der Hand. Man muss sich sogar ernsthaft fragen, ob es lauterkeitsrechtlich zulässig wäre, die von RUSCH befürwortete undifferenzierte Regelung in AGB vorzusehen.

---

31 RUSCH (Fn. 1), S. 172.

Meines Erachtens sind Banken – in Anlehnung an das Kostendeckungsprinzip im öffentlichen Gebührenrecht – nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, Staffeltarife zu verwenden. Es dürfen daher nicht alle Titel über einen Leisten geschlagen werden. Mit anderen Worten sind Titelkategorien, welche unterschiedliche Transferauslagen verursachen, auch unterschiedlich zu behandeln, also z. B. der Transfer verbrieft Wertpapiere höher zu bepreisen als der Transfer nicht verbrieft Titel (der physische Transfer ist offensichtlich aufwendiger als die Umbuchung). Praktikabilitätsabwägungen setzen freilich der erforderlichen Kategorisierung Grenzen. Letzten Endes geht es um eine Frage von «Treu und Glauben» (Art. 8 UWG), womit auch gesagt ist, dass den Banken ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen ist.

RUSCH legt nicht dar, wie sich seine Auffassung mit den hier einschlägigen Dispositivregeln (Art. 394 Abs. 3, 402 Abs. 1, 472 Abs. 2 und 473 Abs. 2 OR) vertragen soll. Diese den Referenzrahmen für die Anwendung von Art. 8 UWG abgebenden Bestimmungen finden bei ihm nicht einmal Erwähnung. Stattdessen beruft er sich auf die Rechtsprechung des deutschen BGH zu § 307–309 BGB. Dieser hat in der Tat entschieden, der Wertschriftentransfer dürfe nicht bepreist werden, da er ohnehin geschuldet sei und deshalb kein separates Entgelt verlangt werden dürfe. Vielmehr habe die Bank das Entgelt in die allgemeinen Geschäftskosten einzukalkulieren. CANARIS<sup>32</sup> hat dagegen eingewendet, es müsse Sache der Vertragsparteien bleiben, wofür im Einzelnen Preise (Aufwendersatz und Vergütung) berechnet werden.<sup>33</sup> Zudem seien gemäss dem Verursacherprinzip Bankaufwendungen bei jenen in Rechnung zu stellen, welche sie verursachen und denen sie zugutekommen. Die Auffassung des BGH, welche dem Verursacherprinzip keinerlei Bedeutung beimisst, hält er für unhaltbar.<sup>34</sup> Dem ist jedenfalls für das schweizerische Recht vollumfänglich zuzustimmen. Selbst RUSCH hält das Verursacherprinzip an sich für beachtenswert. Er meint jedoch, es diene «vorliegend nur als Feigenblatt», in Wirklichkeit gehe es den Banken einzig um die «Verhinderung unerwünschter Kündigungen von Bankbeziehungen» bzw. um die «Erzielung eines letzten Profits, wenn die Abschreckung nicht funktioniert hat». Dem ist entgegenzuhalten, dass die Bank den Wertschriftentrans-

---

32 CANARIS (Fn. 15), S. 335 f.

33 So auch WOLFGANG STEPPeler, Der Rechtsrahmen für Bankentgelte, Die Rechtsprechungsgrundsätze sowie die kreditwirtschaftlichen Leistungsinhalte, WM 2001, S. 1176 ff., 1177.

34 Der BGH verkenne die Problematik «im Grundsätzlichen», schreibt CANARIS (Fn. 15), S. 337, das mit dem Verursacherprinzip angepeilte Gerechtigkeitsproblem werde vom BGH «nicht einmal ansatzweise berührt» (S. 338).



fer – wie gesehen – nicht nach ihrem Belieben bepreisen kann, sondern sich an den Rahmen der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen zu halten hat und bei Missachtung desselben gegen Art. 8 UWG verstösst. Diese Bestimmung entspricht im Übrigen keineswegs der deutschen AGB-Gesetzgebung. Nur schon deshalb ist es verfehlt, die – zu Recht kritisierte – deutsche Rechtsprechung tale quale auf das schweizerische Recht übertragen zu wollen. Dass RUSCH dies tut, überrascht umso mehr, als er – im Gegensatz zum BGH – davon ausgeht, die Bank sei von Gesetzes wegen (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR) nicht verpflichtet, Wertschriften auf ein fremdes Depot zu übertragen (oben II./I. Ziff. 2 lit. c).<sup>35</sup> Dass er trotzdem jede Bepreisung ausschliesst, lässt sich wiederum nur mit seiner «Feigenblatt-Theorie» erklären.<sup>36</sup>

Die BGH-Rechtsprechung treibt seltsame Blüten. Das zeigen beispielhaft die Entscheide zum Geldbezug des Inhabers eines Girokontos. Nach Auffassung des BGH ist es zulässig, dass der Geldbezug am Bankautomaten bepreist wird, wogegen die Barauszahlung nicht bepreist werden dürfe.<sup>37</sup> Begründet wird dies – verkürzt gesagt – damit, dass es sich bei der Barauszahlung – gleich wie beim Wertschriftentransfer – um eine ohnehin geschuldete Leistung handle, während dies für den Geldbezug am Automaten nicht gelte. Diese Auffassung ist nach STEPPELER «lebensfremd, sachwidrig und ungerechtfertigt»<sup>38</sup>. Die BGH-Rechtsprechung führt nicht nur zu sachwidrigen Ergebnissen, sie ist auch schwer durchschaubar.<sup>39</sup> Ein «schönes Beispiel» bieten die von RUSCH zur Unterstützung seiner Auffassung herangezogenen beiden BGH-Entscheide (NJW 2005, S. 1275 ff., und NJW-RR 2005, S. 1135 ff.). Diese sind für einen schweizerischen Juristen ohne nähere Kenntnis der deutschen AGB-Konzeption kaum verständlich. Das dürfte auch der Grund gewesen sein, weshalb RUSCH zwar auf die Entscheide abstellt, deren Begründung aber weitestgehend beiseitelässt.

3. *Fazit.* Vorab sei wiederholt, dass die Bank für den Wertschriftentransfer von Gesetzes wegen nicht nur Auslagenersatz, sondern auch eine Vergütung für den Transfer zugut hat (s. oben I./Ziff. 3 lit. a). Sodann ist klarzustellen, dass der gesetzliche Anspruch auf Aufwendungsersatz und Vergütung für die gesamte Tätigkeit der Bank besteht und nicht auf die Vornahme von «spezifischen Dienstleistun-

<sup>35</sup> RUSCH (Fn. 1), S. 171.

<sup>36</sup> RUSCH (Fn. 1) anerkennt im Übrigen auch in diesem Kontext – wie schon im Zusammenhang mit dem Verursacherprinzip –, dass die BGH-Rechtsprechung «nicht restlos» überzeugt (S. 173).

<sup>37</sup> BGH, WM 2001, S. 563.

<sup>38</sup> STEPPELER (Fn. 33), S. 1184 rechte Spalte, mit eingehender Begründung (S. 1184 f.).

<sup>39</sup> S. z. B. ASTRID STADLER, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. A., München 2016, N 11 zu § 307 BGB («nicht immer stringent und transparent»).

gen» (so PROBST) beschränkt ist; das gilt – entgegen RUSCH – auch für die Rückgabe physischer Wertpapiere (der entsprechende Aufwand fällt unter Art. 473 Abs. 1 OR, die Vergütungspflicht ergibt sich aus dem Umstand, dass die Bank durchwegs gewerbsmässig handelt).

Die Verwendung von AGB entspricht einem allgemein anerkannten Rationalisierungsbedürfnis. Das Massengeschäft, wie es z. B. von Banken und Versicherungen betrieben wird, wäre praktisch nicht denkbar, wenn jeder Vertrag individuell ausgehandelt werden müsste. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass auch der Wertschriftentransfer mittels AGB bepreist werden darf. Und zwar muss dies auch separat möglich sein, nicht nur über den allgemeinen Depotpreis. Das ist ein Gebot verursachergerechter Bepreisung (s. im Einzelnen oben II./Ziff. 2 lit. b).

Dass das SECO anderer Auffassung ist, überrascht umso mehr, als es in seiner Wegleitung zur PBV von den Banken verlangt, dass sie die von ihnen erbrachte Leistung in sehr detaillierten Teilpositionen bekannt geben, was nur unter der Annahme verständlich ist, dass die Banken auch eine sehr detaillierte Preisliste verwenden dürfen (wer muss, darf auch). Weshalb ausgerechnet eine separate Bepreisung des Wertschriftentransfers nicht möglich sein soll, ist schwer nachzuvollziehen.

### III. Unzulässigkeit von Preisanpassungsklauseln?

PROBST hält Preisanpassungsklauseln für grundsätzlich unzulässig (mit Art. 8 UWG nicht vereinbar). M. E. lässt sich ein solcher Grundsatz dem Gesetz nicht entnehmen.

1. *Zur nachträglichen Vertragsänderung im Allgemeinen.* Pacta sunt servanda. Eine nachträgliche Vertragsänderung setzt daher grundsätzlich einen weiteren – auf Änderung gerichteten – Vertrag voraus. Die Parteien haben allerdings die Möglichkeit, das Konsensersfordernis (Art. 1 OR) abzuschwächen, indem sie vorsehen, dass eine Änderungs-offerte als angenommen gilt, sofern sie vom Vertragsgegner nicht innert bestimmter Frist abgelehnt wird (*Annahmefiktion*, vgl. z. B. Art. 6 OR und Art. 2 VVG). Während beim ordentlichen Vertragsschluss der Empfänger der Offerte tätig werden muss, um den Vertrag – durch Annahme der Offerte – zustande zu bringen, muss er bei Abmachung einer Annahmefiktion tätig werden, wenn er das Zustandekommen des Vertrags (hier: Änderungsvereinbarung) verhindern will. In der Praxis finden sich noch weiter gehende Abschwä-

chungen des Vertragserfordernisses, etwa die Abmachung, dass für das Vorliegen einer Annahmefiktion das Schweigen auf eine *nicht empfangsbedürftige* Änderungs-offerte (z. B. Mitteilung der gewünschten Änderung auf einer Internetplattform) genügt.<sup>40</sup> Hier wird also das Vertragserfordernis auf beiden Seiten abgeschwächt: aufseiten des Änderungswilligen durch Verzicht auf eine empfangsbedürftige (an die einzelnen Betroffenen gerichtete) Änderungs-offerte, aufseiten der Betroffenen durch Verzicht auf eine Annahmeerklärung.

Wird die Änderungs-offerte abgelehnt, besteht der Vertrag unverändert fort, freilich unter Vorbehalt einer anderweitigen Abmachung. Eine solche kann beispielsweise dahin gehen, dass die änderungswillige Partei die Ablehnung zum Anlass einer Vertragsauflösung nehmen darf, oder es kann abgemacht sein, dass der Vertrag mit der Ablehnung ohne Weiteres dahinfällt (die Ablehnung ist dann der Sache nach Vertragsauflösung, das Ablehnungsrecht Vertragsauflösungsrecht).

Die Parteien haben aber auch die Möglichkeit, das Vertragserfordernis gänzlich aufzuheben, indem sie einer Partei das Recht zugestehen, den Vertrag einseitig – durch eine einzige Willenserklärung – abzuändern (*Gestaltungsrecht*), oder vorsehen, dass der Eintritt bestimmter Umstände eine *automatische Vertragsänderung* zur Folge hat (vgl. z. B. Art. 269b f. OR). Diese letztere Variante kommt naturgemäss nur dort in Betracht, wo sich ein allfälliger Änderungsbedarf von vornherein genau bestimmen lässt (z. B. Preisanbindung an die Teuerung). Andernfalls bedarf die Änderung eines rechtsgestaltenden Eingriffs in den Vertrag.

Wird ein auf Vertragsänderung gerichtetes Gestaltungsrecht ausgeübt, besteht der Vertrag mit der angestrebten Änderung fort, freilich unter Vorbehalt einer abweichenden Abmachung. Insbesondere kann dem Gestaltungsgegner das Recht eingeräumt sein, den Vertrag im Falle seines Nichteinverständnisses aufzulösen (vgl. Art. 269d Abs. 1 OR, 9 f. PauRG und Ziff. 4 [erste Variante] des in BGE 135 III 1 beurteilten Versicherungsvertrags<sup>41</sup>). Die Änderung ist in einem solchen Fall durch die Nichtausübung des Auflösungsrechts bedingt (Art. 151 ff. OR). Eine derartige Kombination

40 Allgemein zur Unterscheidung empfangsbedürftige/nicht empfangsbedürftige Willenserklärung s. KOLLER, OR AT (Fn. 5), Rn. 3.29 ff.

41 Hier war vorgesehen: «Die X. [Versicherung] kann eine Anpassung der Prämien und der Selbstbehalte auch für bestehende Verträge ab folgendem Versicherungsjahr verlangen. Die neuen Vertragsbestimmungen werden dem Versicherungsnehmer spätestens 25 Tage vor Ablauf des Versicherungsjahres bekannt gegeben. Ist der Versicherungsnehmer mit der Anpassung nicht einverstanden, kann er den gesamten oder den von der Änderung betroffenen Teil auf Ende des laufenden Versicherungsjahres kündigen. Die Kündigung ist rechtzeitig erfolgt, wenn sie spätestens am letzten Tag des Versicherungsjahres schriftlich bei der X. eintrifft.»

von Änderungs- und Vertragsauflösungsrecht schafft praktisch dieselbe Rechtslage, wie wenn abgemacht ist, dass bei Ablehnung einer Änderungs-offerte der Vertrag als aufgelöst gilt (s. oben im Kleintext). Dogmatisch besteht allerdings keine Deckungsgleichheit: Im einen Fall beruht eine allfällige Änderung der Rechtslage auf einem einseitigen Akt (Ausübung des Gestaltungsrechts), im anderen Fall auf der fingierten Annahme der Änderungs-offerte.

Vertragsänderungsklauseln im umschriebenen Sinne können grundsätzlich – wie bereits früher gesagt – nicht nur individuell, sondern auch mittels AGB verabredet werden.<sup>42</sup> Zwar gibt es einzelne Vereinbarungen, die einer AGB-Regelung generell unzugänglich sind (Art. 256 Abs. 2 lit. a OR), im vorliegenden Kontext trifft dies jedoch nicht zu. AGB-Klauseln, welche die Erhöhung oder sonstige Anpassung von Bankpreisen zum Gegenstand haben, sind daher zulässig, soweit sie nicht aus besonderem Grund (z. B. wegen Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB) rechtswidrig sind.

*2. Die nachträgliche Anpassung der Preise für den Wert-schriftentransfer im Besonderen.*

a) Wären Banken darauf angewiesen, eine Preisanpassung durch individuelle Vereinbarung herbeizuführen, würden «flächendeckende» Preisanpassungen – «aus organisatorischen Gründen» (BGH, NJW 1986, 1803 E. 2a<sup>43</sup>) – praktisch verunmöglicht. Ein entsprechender Wille darf dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Die Banken können daher das Vertragserfordernis einschränken; dem Kunden muss allerdings – von Ausnahmen abgesehen – die Möglichkeit offengehalten werden, den Vertrag zu den geänderten Bedingungen abzulehnen. Auf welche Weise dies geschieht, ist der Bank überlassen. Sie hat namentlich die oben unter Ziff. 1 erwähnten Möglichkeiten. Sie kann sich also beispielsweise ein einseitiges Vertragsanpassungsrecht einräumen lassen, sofern sie gleichzeitig dem Kunden ein – zeitlich beschränktes – Widerspruchs- oder Kündigungsrecht einräumt (Variante Gestaltungsrecht), oder sie kann vorsehen, dass eine Änderungs-offerte als angenommen gilt, sofern sie vom Kunden nicht – in- nert bestimmter Frist – zurückgewiesen wird (Variante Änderungs-offerte). Solche Abmachungen sind auch in AGB möglich. Immerhin

---

<sup>42</sup> S. neustens FELIX BUFF, Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht (Diss.), Zürich 2016, S. 243 ff.

<sup>43</sup> In diesem Entscheid wurde einer Bank das Recht zugestanden, Darlehenszinsen den wechselnden und bei Vertragsabschluss meist nicht überschaubaren künftigen Refinanzierungsmöglichkeiten anzupassen.

gelten weiter gehende Einschränkungen als für Individualabreden, sowohl auf Konsensebene (Ungewöhnlichkeitsregel, Zugänglichkeitsregel) als auch hinsichtlich Inhaltsschranken (v. a. Art. 8 UWG). Die AGB der meisten Banken verwenden die Variante Gestaltungsrecht. Im Folgenden beschränke ich mich daher auf diese:

b) Eine (AGB-)Klausel, wonach sich die Bank eine einseitige Preisanpassung ohne Widerspruchs- oder Kündigungsrecht des Kunden vorbehält, verstösst grundsätzlich gegen die in Art. 27 Abs. 2 ZGB enthaltene Regel, dass sich niemand der Willkür eines anderen aussetzen kann.<sup>44</sup> Vorbehalten sind Fälle, in denen durch die Anpassung Umstände berücksichtigt werden sollen, die bei Vertragsabschluss vernünftigerweise nicht berücksichtigt wurden, weil deren Eintritt ungewiss war, und deren nachträgliche Berücksichtigung lediglich dazu dient, die Gewinnmarge, wie sie der vertraglichen Abmachung entspricht, zu erhalten. Solchen Umständen (z. B. Teuerung, unvorhergesehene Kosten) bei der anfänglichen Gebührenfestlegung keine Rechnung zu tragen, liegt auch im Interesse des Kunden, weil damit verhindert wird, dass ein bloss möglicher künftiger Anpassungsbedarf vorsorglich bei Vertragsabschluss durch Risikozuschläge berücksichtigt wird.<sup>45, 46</sup> AGB-Klauseln, welche auf den nachträglichen Ausgleich solcher «Preislücken» gerichtet sind, entsprechen zumindest insoweit dem durchschnittlichen hypothetischen Kundenwillen, als sich die Gebührenanpassung in engen Grenzen hält. In diesem Rahmen sind sie daher gesetzeskonform und schaffen insbesondere kein nach Art. 8 UWG verpöntes «Missverhältnis», und schon gar kein treuwidriges. Darüber hinausgehende Änderungen können hingegen nicht einseitig angeordnet werden bzw. nur

---

44 KOLLER, OR AT (Fn. 5), Rn 13.105.

45 Vgl. STEFAN THOMAS, Preisfreiheit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Begrenzungserfordernisse und Unwirksamkeitsfolgen formularmässiger Kostenelemente- und Preisvorbehaltsklauseln, AcP 2009, S. 84 ff., 85; ferner BUFF (Fn. 42), S. 262.

46 Nach der neueren Rechtsprechung des BGH muss sich eine Bank, welche sich ein Preiserhöhungsrecht wegen möglicher Kostenerhöhungen ausbedingt, im Gegenzug verpflichten, den Preis im Falle einer Kostenminderung – offenbar auch ohne Herabsetzungsbegehren des Kunden! – zu senken (z. B. BGH, NJW 2009, 2051). Eine Bank kann daher versucht sein, auf eine Anpassungsklausel zu verzichten und eine Risikoprämie in die Anfangsgebühr einzurechnen, um so der fraglichen Verpflichtung zu entgehen. Es liegt auf der Hand, dass diese Rechtsprechung nicht auf das schweizerische Recht übertragen werden kann. Sie lässt sich weder über Art. 8 UWG noch sonst wie rechtfertigen. Vgl. in allgemeinerem Zusammenhang BUFF (Fn. 42), S. 265 f.

unter der Voraussetzung, dass dem Kunden ein Widerspruchs- oder Kündigungsrecht eingeräumt wird (vgl. BGE 135 III 1 E. 3.3).

In diesem Entscheid ging es um einen Versicherungsvertrag. Die AGB, welche zur Beurteilung standen, räumten dem Versicherer das Recht ein, die Prämien unter vorgängiger Benachrichtigung des Versicherungsnehmers auf Beginn eines neuen Versicherungsjahres anzupassen. Zugunsten des Versicherungsnehmers war vorgesehen, dass er den Vertrag gegebenenfalls vorzeitig auf Ende des laufenden Versicherungsjahres kündigen konnte, ausser bei gesetzlich bedingten Anpassungen. Das Bundesgericht hat diesen Ausschluss des Kündigungsrechts für unzulässig angesehen,<sup>47</sup> dabei aber angedeutet, dass es anders entschieden hätte, wenn das Kündigungsrecht nur für den Fall einer *massvollen* Anpassung ausgeschlossen worden wäre.

Nachgetragen sei, dass ausnahmsweise auch eine automatische Preisanpassung in Betracht kommt, dann nämlich, wenn sich ein möglicher Anpassungsbedarf schon bei Vertragsabschluss genau umschreiben lässt. Für solche Fälle kann sich also die Bank nicht nur ein einseitiges Anpassungsrecht ohne Widerspruchs- oder Kündigungsrecht des Kunden vorbehalten, sondern sie kann rechtswirksam abmachen, dass die Anpassung *eo ipso* Platz greift (z. B. Anbindung an die Teuerung), beides freilich mit der Einschränkung, dass es sich um eine *massvolle* Anpassung handelt.

c) Im Regelfall muss allerdings dem Bankkunden für den Fall, dass er mit einer einseitigen Gebührenanpassung durch die Bank nicht einverstanden ist, ein Kündigungs- oder sonstiges Widerspruchsrecht eingeräumt werden. Freilich darf die Bank dieses Recht angemessen befristen.<sup>48</sup> Will der Kunde die Änderung nicht akzeptieren, hat er dies der Bank innert der angesetzten Frist kundzutun. Diese Einschränkung des Vertragserfordernisses (Art. 1 OR) ist auch in AGB möglich. Ein nach Art. 8 UWG relevanter Nachteil ist darin nicht zu sehen, jedenfalls kein treuwidriger. Im Gegenteil ist es dem Kunden nach Treu und Glauben zuzumuten, auf die Mitteilung einer Gebührenanpassung – innert angemessener Frist – zu reagieren, wenn er sie nicht akzeptieren will. So zumal dann, wenn die Änderungsmitteilung

---

<sup>47</sup> Genau genommen hat das Bundesgericht die Klausel nicht für unzulässig angesehen, sondern sie an der Ungewöhnlichkeitsregel und damit schon auf der Konsensebene scheitern lassen. Aber dabei handelte es sich der Sache nach um eine verdeckte Inhaltskontrolle, wurde also ein Inhaltsmangel als Konsensmangel ausgegeben.

<sup>48</sup> Was angemessen ist, hängt von den Umständen ab. Dem Kunden muss insbesondere Zeit gegeben werden, alternative Vertragsabschlussmöglichkeiten einer hinreichenden Prüfung zu unterziehen.

durch empfangsbedürftige Erklärung erfolgt, diese also erst durch Zugang beim Bankkunden wirksam wird.<sup>49</sup>

Vgl. in verwandtem Zusammenhang Art. 5 Abs. 3 und 395 OR sowie Art. 2 Abs. 1 VVG. Alle diese Bestimmungen sehen vor, dass ein Antrag auf Vertragsabschluss (Art. 5 Abs. 3 und 395 OR) oder Vertragsänderung (Art. 2 Abs. 1 VVG) als angenommen gilt, falls der Antragsempfänger den Antrag nicht innert bestimmter Frist ablehnt. Sie auferlegen also dem Antragsempfänger eine Beantwortungspflicht, deren Verletzung mit der Vertragsgeltung bzw. der Vertragsänderung sanktioniert wird. Diese Obliegenheit beruht immer auf besonderen Gründen, welche sich ihrerseits auf das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) zurückführen lassen. Der näheren Illustration diene Art. 395 OR<sup>50</sup>. Diese auftragsrechtliche Bestimmung betrifft (u. a.) den Fall, dass jemand, der gewisse Geschäfte besorgen möchte, einem gewerbmässigen Anbieter entsprechender Dienste einen Vertragsantrag stellt. Sie sieht vor, dass der Auftrag zustande kommt, falls der Antrag nicht «sofort» abgelehnt wird. Dahinter steckt die Überlegung, dass von einem gewerbmässigen Anbieter einer Dienstleistung nach Treu und Glauben erwartet werden darf, er werde einen Vertragsantrag sofort ablehnen, sollte er wider Erwarten an der Geschäftsbesorgung nicht interessiert sein.

Ob das Ablehnungsrecht des Bankkunden als Widerspruchs- oder als Kündigungsrecht ausgestaltet ist, ist ohne Belang. Dass der Kunde im letzteren Fall die Preisanpassung nur durch Vertragskündigung abwenden kann, ist kein nach Art. 8 UWG relevanter Nachteil. Denn er muss ja ohnehin immer damit rechnen, dass es zur Vertragsauflösung kommt, steht doch bekanntlich beiden Parteien eines Depotvertrages, auch der Bank, ein jederzeitiges Kündigungsrecht zu (Analogie zu Art. 404 und 475 OR). Auch die mit der Suche einer neuen Bank verbundenen Umtriebe stellen demnach keinen nach Art. 8 UWG relevanten Nachteil dar.<sup>51</sup> Hingegen dürften AGB-Klau-

---

49 S. Näheres (und Genaueres) zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen bei KOLLER, OR AT (Fn. 5), Rn. 3.134 ff.

50 Zu Art. 5 Abs. 3 OR und Art. 2 Abs. 1 VVG s. KOLLER, OR AT (Fn. 5), Rn. 7.44 bzw. Rn. 7.97.

51 Anders würde es sich allenfalls dann verhalten, wenn von Gesetzes wegen kein jederzeitiges Auflösungsrecht bestünde. Alsdann würde sich fragen, ob die Gebührenanpassung durch das Kündigungsrecht angemessen kompensiert wird (allgemein zum Kompensationsgedanken im Rahmen von Art. 8 UWG HEISS [Fn. 28], N 211 ff. zu Art. 8 UWG). Dass dies ganz allgemein zutrifft, wie in der Lehre teilweise vertreten wird (so z. B. ESTHER WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG (Diss.), Zürich 2014, Rn. 452, m. w. Nw.), halte ich nicht für richtig (ebenso BUFF [Fn. 42], S. 263 ff.). Ein Vertragsauflösungsrecht vermag also eine Anpassungsklausel nicht eo ipso zu rechtfertigen, wohl aber kommt ihm bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Anpassungsklausel eine wichtige Funktion zu (vgl. Art. 9 f. Pauschalreisegesetz und BGE 135 III 1 E. 2.6).

seln, wonach Stillschweigen auf eine *nicht empfangsbedürftige* Änderungsmitteilung während bestimmter Frist als Einverständnis mit der Änderung gewertet wird, mit Art. 8 UWG grundsätzlich nicht vereinbar sein. Der Grundsatz erfährt freilich wesentliche Einschränkungen. Ausnahmen sind insbesondere dort anzuerkennen, wo nach der Interessenlage des Kunden eine empfangsbedürftige Erklärung nicht erforderlich ist (etwa weil die Änderung seinem hypothetischen Parteiwillen entspricht, vgl. oben oben lit. b a. E.), wo es der Bank unter den gegebenen Umständen nicht zumutbar ist, dem Kunden eine empfangsbedürftige Erklärung zukommen zu lassen (z. B. wegen Wegzugs ohne Ortsangabe), oder wo dem Kunden aus besonderem Grund zugemutet werden darf, sich selbständig nach einer Preisänderung zu erkundigen (etwa weil es sich um notorisch «volatile» Preise handelt).

d) Eine abweichende Ansicht vertritt PROBST.<sup>52</sup> Seines Erachtens muss eine Preiserhöhung «grundsätzlich» individuell ausgehandelt werden, und zwar bei Eintritt des Änderungsbedarfs. Zur Begründung führt er an, es sei nicht ersichtlich, «weshalb der (Bank-)Kunde als Konsument die Gegenpartei [Bank] ermächtigen sollte, nachträglich und einseitig über die Erhöhung der von ihm zu leistenden Entschädigung zu entscheiden, ohne für diese Verschlechterung seiner Rechtsposition eine Gegenleistung zu erhalten». Darin sieht er – grundsätzlich – eine treuwidrige Benachteiligung i. S. v. Art. 8 UWG, und diese werde auch durch die Möglichkeit, sich der Preisanpassung durch Kündigung zu entziehen, nicht ausgeglichen. Darin sei für den Kunden kein Vorteil zu sehen (er könne ja ohnehin jederzeit kündigen), sondern vielmehr ein weiterer Nachteil, müsse er sich doch im Falle einer Kündigung «mit entsprechenden Umtrieben» eine neue Bank suchen.

Von einer treuwidrigen Benachteiligung kann jedoch vorab dort nicht die Rede sein, wo es um eine massvolle Preisanpassung geht und diese nicht auf *Gewinnvermehrung*, sondern auf *Gewinnerhaltung* gerichtet ist und lediglich dazu dient, Umständen, welchen bei Vertragsabschluss – auch im Interesse des Bankkunden (Vermeidung eines Risikozuschlags) – vernünftigerweise nicht Rechnung getragen wurde, nachträglich doch noch Rechnung zu tragen. Eine solche Anpassung muss – auch in AGB – so verabredet werden können, dass sie von der Bank durch Ausübung eines entsprechenden Gestaltungsrechts vorgenommen werden kann, also einseitig und ohne Widerspruchs-

---

52 PROBST (Fn. 6), Rn. 52–57.



oder Kündigungsrecht des Kunden. Für sonstige Anpassungen muss zwar ein solches Recht eingeräumt werden, doch kann dies – auch in AGB – so geschehen, dass Schweigen auf eine Anpassungsmitteilung als Einverständnis gewertet wird. Darin ist jedenfalls dann nichts Treuwidriges zu sehen, wenn der Anpassungswille durch empfangsbedürftige Erklärung mitgeteilt wird. Denn von einem durchschnittlichen Bankkunden darf nach Treu und Glauben erwartet werden, dass er auf eine Anpassungsmitteilung im Falle seines Nichteinverständnisses reagiert, indem er den Vertrag kündigt oder die Anpassung ablehnt (und damit eine Kündigung durch die Bank in Kauf nimmt). Freilich entstehen ihm im Falle einer Vertragsauflösung Umtriebe, diese begründen jedoch keinen nach Art. 8 UWG relevanten Nachteil. Denn beim Depotvertrag müssen beide Parteien jederzeit mit einer Vertragsbeendigung rechnen. Die damit verbundenen Nachteile sind also durch die Gebührenanpassung nicht adäquat bedingt und können daher auch nicht gegen eine solche ins Feld geführt werden.

3. *Fazit.* Preisanpassungsklauseln in AGB sind nicht generell unzulässig. Zwar kennt das Gesetz Fälle, in denen gewisse an sich zulässige Vereinbarungen in AGB unzulässig sind, im vorliegenden Kontext trifft dies jedoch nicht zu. Namentlich lässt sich Art. 8 UWG kein generelles Verbot der Vertragsanpassung durch Verwendung von AGB entnehmen. Dafür sprechen auch rechtsvergleichende Gesichtspunkte, insbesondere der Umstand, dass das sehr strenge deutsche AGB-Recht bei Dauerschuldverhältnissen AGB-Preisanpassungsklauseln – im Rahmen von § 307 BGB – zulässt (§ 309 Ziff. 1 BGB, zweiter Satzteil e contrario; illustrativ BGH, NJW 1986, 1803 E. 2a).<sup>53</sup>

Art. 8 UWG lässt sich auch – entgegen PROBST – kein *grundsätzliches* Verbot der Preisanpassung mittels AGB entnehmen. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass Preisanpassungsklauseln insoweit, als sie individuell vereinbart werden können, auch einer AGB-Regelung zugänglich sind. So oder so darf sich die Bank im Allgemeinen nicht das Recht vorbehalten, die Preise nach Belieben und ohne Widerspruchs- oder Kündigungsrecht des Kunden anzupassen (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Umgekehrt kann sie sich das Recht zur einseitigen Preisanpassung vorbehalten, sofern der Kunde die Anpassung auf die eine

---

<sup>53</sup> Auch bei einfachen Austauschverträgen sind Preisanpassungsklauseln in AGB grundsätzlich wirksam (vgl. MARKUS WÜRDINGER, Münchener Kommentar zum BGB, 7. A., München 2016, N 21 zu § 315).

oder andere Art abwenden kann (oben Ziff. 2 lit. c). Ausnahmsweise ist nicht einmal diese Einschränkung zu beachten, nämlich dann, wenn es sich um eine massvolle Anpassung handelt, welche zudem nur einen bei Vertragsabschluss nicht berücksichtigten möglichen späteren Anpassungsbedarf ausgleichen soll (oben Ziff. 2 lit. b). Für solche Fälle lässt sich auch eine automatische Vertragsanpassung vereinbaren (Ziff. 2 lit. b a. E.). Entsprechende AGB-Klauseln verstossen – besondere Umstände vorbehalten – nicht gegen Art. 8 UWG.<sup>54</sup>

In einem Verfahren nach Art. 9 f. UWG müssten wohl die Preisanpassungsklauseln einzelner Banken als gesetzeswidrig eingestuft werden, so etwa Ziff. 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Raiffeisenbanken. Denn nach dieser Bestimmung ist die Bank jederzeit zur Preisänderung berechtigt, ohne dass dem Kunden ein Ablehnungs- oder Kündigungsrecht eingeräumt wird (s. oben I./Ziff. 4). Zwar liesse sich ein solches Recht in die Bestimmung «hineininterpretieren». Eine derartige gel- tungserhaltende Reduktion ist jedoch nach herrschender Ansicht in einem Verfahren nach Art. 9 f. UWG – anders als in einem Individualprozess – nicht zulässig (Prinzip der kundenfeindlichen Auslegung, oben I./Ziff. 1 bei Fn. 5).

---

54 Diese Bestimmung hat daher neben Art. 27 Abs. 2 ZGB kaum eigenständige Bedeutung (BUFF [Fn. 42], S. 263).