

---

**Wie lange noch Belastung des Kunden mit den  
Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?\***  
**Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken**

**Inhaltsübersicht**

- I. Die Risiken des Schecks als Zahlungsmittel (Entscheidung BGE 122 III 27)
- II. Die Gefahren des Haltens eines Bankkontos (BGE 108 II 315; dazu recht 1984 97-104)
- III. Die heutige Rechtslage
- IV. Warum unterblieb Überprüfung der Gültigkeit der AGB-Klausel?
- V. Schadensüberwälzung auf den Kontoinhaber nicht zu rechtfertigen
- VI. Die Zumutbarkeit der Risiko-Allokation bei den kontoführenden Banken
- VII. Die Unzumutbarkeit der Verlagerung der Betrugsrisiken auf die Bankkunden
- VIII. AGB-relevante Gesichtspunkte
- IX. Blick ins Ausland
- X. Schlussbemerkungen: Wie wird sich die Befreiung der Bankkunden von der Risikotragung politisch verwirklichen lassen?
- XI. Nachtrag: Hinweis auf BGE 122 III 373-381

**I. Die Risiken des Schecks als Zahlungsmittel  
(Entscheidung BGE 122 III 27)**

1. In *BGE 122 III 27* entschied das Schweizerische Bundesgericht (I. Ziv. Abt.; 18.12.1995) über folgenden Sachverhalt: Eine U. AG hatte an ein Pariser Verlagshaus zur Bezahlung eines Buches einen auf eine St. Galler Bank gezogenen Scheck über FF 530.60 versandt; dieser geriet in falsche Hände. Einem unbekannt gebliebenen Betrüger gelang bei einer Genfer Bank die Einlösung des inzwischen auf CHF 87 030 abgeänderten Schecks, wobei die Fälschung bei banküblicher Prüfung nicht erkannt werden konnte. Zu entscheiden war, ob die bezogene St. Galler Bank das Konto der den Scheck ausstellende U. AG mit jenem Betrag belasten dürfe, den sie der Einlöserbank vergütet hatte. Die Frage wird bejaht und die Klage der U. AG auf Rückgängigmachung der Belastung abgewiesen, dies in Gutheissung der Berufung gegen das die Klage gutheissende Urteil der Vorinstanz.

Das genannte Resultat ist an die Voraussetzung geknüpft, dass die klagende U. AG aufgrund der von ihr akzeptierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der St. Galler Bank "mangels Pflichtverletzung (sc. der beklagten Bank) das Fälschungsrisiko ... allein zu tragen hatte ..." (so das Bundesgericht in lit. b Seite 33). Würde die genannte AGB-Klausel nicht Vertragsbestandteil geworden sein oder als unwirksam betrachtet, stünde zum vornherein fest, dass die beklagte (bezogene und kontoführende) Bank ihren Kunden mangels eines Rechtsgrundes nicht belasten dürfte. Die ganze Diskussion von E. 3 über die Frage, ob sie neben oder für die Einlöserbank hafte, wäre dann für den Kläger gegenstandslos; was diesfalls

---

\* (Bemerkungen aus Anlass von *BGE 122 III 27*; vgl. dazu auch recht 1984, 97-104).

zwischen den beiden Banken hinsichtlich der Schadenstragung intern rechtens wäre, ginge den Kläger nichts an und soll uns an dieser Stelle ebenfalls nicht beschäftigen.

Das aus diesem Entscheid folgende rechtliche Ergebnis, dass der Aussteller eines Schecks über eine Bagatellsumme riskiert, einen sechshundertfach grösseren Betrag bezahlen zu müssen, bereitet Sorge. Dies um so eher, als der Betrüger, wäre er weniger bescheiden gewesen, eine oder zwei Nullen mehr hätte auf den Scheck setzen können.

2. Es ist beizufügen, dass der verfälschte Scheck vom Aussteller gekreuzt worden war. Dessen Einlösung durch die Genfer Bank qualifizierte das Bundesgericht wie bereits die Vorinstanz als Fehler, da in ihrer Sicht der Scheck nicht von einem "Kunden" im wahren Wortsinn (OR Art. 1124/I) präsentiert worden war (der Betrüger hatte "erst unmittelbar vor der Checkeinlösung" mit CHF 150 ein Konto eröffnen lassen). Die bezogene (beklagte) Bank hatte der Einlöserbank (im BGE "Einreicherbank" genannt) den von dieser dem Betrüger bezahlten Betrag vergütet; die Zulässigkeit der entsprechenden Belastung des Kontos der Klägerin ist die Folge davon, dass eine Mithaftung der bezogenen Bank für den Fehler der einlösenden Genfer Bank verneint wird. Die diesbezüglichen Erwägungen machen einen grossen Teil des Entscheidtextes aus (E. 3).

Infolge der Annahme der Unzulässigkeit der Einlösung des Schecks seitens Genfer Bank sehen auf ersten Blick die Dinge für die den Scheck { 41/42 } ausstellende U. AG weniger dramatisch aus; sie kann, so müsste man meinen, von der normwidrig den gekreuzten Scheck honorierenden Einlöserbank das erlangen können, was ihr von der bezogenen Bank belastet wurde<sup>1</sup>. Jedenfalls wurde diese Betrachtungsweise von der Klägerin als selbstverständlich unterstellt und vom Bundesgericht stillschweigend übernommen, denn anders hätte die weitläufige Diskussion in E. 3 lit. d, p. 29–31 über die Frage, ob aus der Verletzung der Vorschriften über den gekreuzten Scheck neben der fehlbaren Einlöserbank auch die bezogene Bank (sc. die Beklagte) hafte, wenig Sinn.

Bei näherer Betrachtung wird allerdings auch dies zweifelhaft: Zwar besteht eine Haftung des gegen die Regeln verstossenden Bankiers gestützt auf OR Art. 1124/V "für den entstehenden Schaden". Erwähnt (p. 29 unten), nicht aber diskutiert wird vom Bundesgericht der Umstand, dass gemäss genannter Vorschrift diese Haftung nur "bis zur Höhe der Schecksumme" reicht. Ist "Schecksumme" der vom Aussteller auf das Scheckformular gesetzte Betrag (*in casu* FF 530.60) oder die vom Betrüger nachgeschobene Summe (sc. CHF 87 030.-)? Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann massgebliche "Schecksumme" wohl nur der vom Aussteller, nicht aber der betrügerisch eingesetzte Betrag sein. Ist diese Annahme zutreffend, bleibt im vorliegenden Fall der Regelverstoß der Einlöserbank praktisch ohne Sanktion bzw. die geschädigte U. AG ohne Schadenersatz, da sie nur gerade die FF 530.60 fordern kann. Darauf ist noch zurückzukommen (unten Ziff. VII/2); sodann wird, ebenfalls ausserhalb der Problematik der AGB-Kontrolle, festzustellen sein, dass die hier betrachteten AGB-Klauseln in vorliegendem Zusammenhang gegen zwingendes Gesetzesrecht verstossen (Ziff. VIII/2 lit. b).

## **II. Die Gefahren des Haltens eines Bankkontos (BGE 108 II 315; dazu recht 1984 97–104)**

Verwandt mit dem genannten ist ein fünfzehn Jahre zurückliegender Entscheid, demzufolge der Inhaber eines Bankkontos es sich gefallen lassen musste, dass die kontoführende Bank ihm eine Vergütung belastete, die sie allein aufgrund eines von einem nichtberechtigten Dritten erteilten betrügerischen Zahlungsauftrages ausgeführt hatte. Während im erstgenannten Sachverhalt der Kontoinhaber einen Scheck ausgestellt hat, der auch in verfälschter Form immerhin noch die echte Unterschrift des Kontoinhabers trug, war in diesem früheren Fall der

---

<sup>1</sup> In Art. 1124 Abs. 5 wird ausdrücklich eine Haftung des Bankiers statuiert, "der den vorstehenden Vorschriften zuwider handelt", was hier die Einlöserbank ist, die an einen Nichtkunden zahlt.

Kontoinhaber gänzlich unbeteiligt geblieben (dazu der bereits genannte Aufsatz des Schreibenden in recht). – Zur Illustration der heute mit dem Unterhalten eines Bankkontos verbundenen Risiken im allgemeinen mag noch der Hinweis auf eine kürzliche Polizeimitteilung beigefügt werden<sup>2</sup>: Im Kanton Zürich gehen "gut organisierte Betrügerbanden" um, die Zahlungsaufträge von Firmen an Banken abfangen. Aufgrund der gewonnenen Informationen werden (mit Formularen der jeweiligen Banken) im Namen der betroffenen Firmen Aufträge zur Geldüberweisung auf eigens zu diesem Zweck unter falschem Namen eröffnete Konten erteilt. "Das Gefährdungspotential ist gross", sollen die zuständigen Polizeifunktionäre gesagt haben.

### III. Die heutige Rechtslage

Die beiden Entscheidungen, welche sich vom Sachverhalt her ergänzen und denselben Rechtsgrundsätzen unterliegen, schreiben eine Rechtslage fest, die Leuten in der gleichen Lage wie die jeweiligen Prozessbeteiligten, also den Inhabern von Bankkonten und all jenen, welche persönliche Schecks als Zahlungsmittel verwenden, Schrecken einjagen müsste. Dass im grossen Publikum Aufschreie des Entsetzens nach diesen Entscheidungen nicht vernommen wurden, lässt sich allein mit dessen mangelnder Informiertheit und fehlender Vorstellungsgabe erklären.

Auf die Frage, wer den Schaden zu tragen habe, wenn ein Unberechtigter sich zu Lasten eines Kontos bereichert, sei es durch Einlösen gefälschter Schecks oder betrügerische Veranlassung von Barauszahlungen bzw. Vergütungen, ohne dass der Bank oder dem Kunden ein Verschulden zur Last fiele, ist allenthalben, in der Schweiz nicht anders als im Ausland, die Antwort der Gesetze klar: Der Schaden trifft die Bank. Diese ist ausschliesslich dann berechtigt, einem Konto eine von ihr erbrachte Leistung zu belasten, wenn dieser Vorgang in der einen oder anderen Form vom Kontoinhaber veranlasst worden ist (in der Schweiz Art. 402 OR, für die Einlösung gefälschter Schecks sodann Art. 1132 OR). Seit langem sind die Banken in der Schweiz (und { 42/43 } früher teilweise auch im Ausland; dazu unten Ziff. VIII/2) nicht bei dieser Rechtslage stehen geblieben, sondern haben in ihre AGB die Klausel aufgenommen, dass der Kunde den für sie aus Fehlvergütungen zu Lasten seines Kontos entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Das heisst im Ergebnis, dass die Belastung eines Kontos, die nicht durch den Kunden, sondern einen Betrüger veranlasst ist, nicht korrigiert wird<sup>3</sup>.

Im genannten BGE wird der Wortlaut der von den Parteien vereinbarten AGB nicht wiedergegeben. Die die Ersatzpflicht des Kunden stipulierende Formel einer Grossbank in der letzten dem Schreibenden mitgeteilten Fassung lautet: "Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft"<sup>4</sup>. In den den Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalten

<sup>2</sup> Neue Zürcher Zeitung vom 25. September 1996, Nr. 223, Seite 29.

<sup>3</sup> Das Vorgehen des Festhaltens an der ohne Grund erfolgten Belastung des Kontos wird allgemeiner Bankpraxis entsprechen. Immerhin darf festgehalten werden, dass dies den eigentlichen Ablauf der rechtlichen Vorgänge nicht korrekt wiedergibt: Genau genommen müsste die durch die Erklärungen des Betrügers veranlasste Belastung, da ohne Rechtsgrund erfolgt, storniert werden und, auf gänzlich anderer Grundlage, nämlich der vertraglichen Vereinbarung auf Schadloshaltung, dem Kunden ein gleicher Betrag neu belastet werden. Dies würde zwar ziffernmässig keinen Unterschied machen, aber offen legen, was eigentlich vor sich geht, d. h. dass der Schaden bei der Bank eintritt und diese nur gestützt auf die AGB sich diesen vom Kunden ersetzen lassen kann (vgl. dazu auch *meine* Bemerkungen in recht 1984, 97 ff., bes. 99).

<sup>4</sup> Diejenigen der beiden anderen Grossbanken lauten: "Schäden infolge von Verspätungen, Verlusten oder Irrtümern beim Transport und im Übermittlungsverkehr sind vom Kunden zu übernehmen. Das gleiche gilt in Bezug auf das Nichterkennen von Fälschungen oder anderen Mängeln, insbesondere in Fragen der Legitimation oder Handlungsfähigkeit, sofern kein grobes Verschulden der Bank vorliegt" (AGB Ziff. 3), und "Unterschriften und Legitimationsprüfung – ... Für die Folgen von Fälschungen und Legitimationsmängeln, die sie trotz Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht erkannt hat, trifft sie keine Verantwortung" (AGB Ziff. 2. – Die Formel

mögen die massgeblichen Klauseln ähnlich geklungen haben. Werden sie als rechtlich verbindlich betrachtet, sind die beiden genannten höchstrichterlichen Entscheidungen richtig und stellen die zwangsläufige Folge der Anwendung der vom Kunden akzeptierten AGB seiner Bank dar.

#### IV. Warum unterblieb Überprüfung der Gültigkeit der AGB-Klausel?

In den Motiven beider Entscheidungen wird die Frage der Gültigkeit der hier diskutierten, den Kunden mit Ersatzpflicht für Fehlvergütungen belastenden Klauseln nicht mit einem Wort berührt. Dies ist vorab bei dem vor wenigen Monaten ergangenen Entscheid überraschend. In den letzten Jahren ist hinsichtlich der Gültigkeitskontrolle von AGB doch einiges geschehen: Für das Ausland ist zu nennen diesbezügliche Spezialgesetzgebung wie etwa in Deutschland das 1976 erlassene, heute mehr und mehr Bedeutung und Einfluss erlangende AGB-Gesetz oder der Erlass einer EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>5</sup>, die nicht bloss den Güterumsatz, sondern ebenfalls Dienstleistungen und damit auch das Bankgeschäft erfasst und, soweit die Schweiz "Europakompatibilität" anstrebt, auch hierzulande Berücksichtigung fordert. In diesem Zusammenhang darf schliesslich auch auf den bereits im Jahre 1981 in die Bundesverfassung aufgenommenen Grundsatz von BV Art. 31<sup>sexies</sup> Abs. 1 hingewiesen werden: "Der Bund trifft ... Massnahmen zum Schutze der Konsumenten" (zu denen auch die Bankkunden zählen). Im übrigen ist eine kaum mehr zu überblickende Literatur zu diesem Thema entstanden, die sich tendenziell für eine Verstärkung der Kontrolle der AGB, und im Hinblick auf besonders gravierende Fälle wohl auch für eine Inhaltskontrolle (d. h. im Ergebnis Nichtbeachtung inhaltlich grob unangemessener Klauseln) ausspricht.

Das Stillschweigen des Gerichts zur Frage der Gültigkeit dieser kundengefährdenden Klausel wird sich wohl damit erklären lassen, dass die beklagte AG es versäumt hatte, die Gültigkeit der von ihr akzeptierten AGB zu bestreiten; aus dem gleichen Grund mag die Frage der Verbindlichkeit der vereinbarten AGB nicht Gegenstand des Verfahrens vor Bundesgericht geworden sein. Damit ist nun aber die Frage nach der Angängigkeit von AGB-Klauseln, die für den Fall von Fehlvergütungen einen Schadloshaltungsanspruch der Banken gegen deren Kunden statuieren, für uns nicht aus der Welt geschafft. Vorliegend wollen wir uns vorab an den durch die beiden eingangs genannten BGE repräsentierten Problembereiche halten, die Tragung der Risiken aus Fälschung oder Verfälschung von Schecks und der Erteilung von Vergütungsaufträgen durch betrügerische Dritte. Die damit aufgeworfene AGB-Problematik hat aber weiterreichende Bedeutung; die selben Überlegungen müssen bei den meisten betrügerischen Machenschaften gelten und erfassen insbesondere auch Übermittlungsfehler, seien diese durch { 43/44 } Betrug oder auch durch Zufall ausgelöst, welche die Banken meist ebenfalls in den Risikobereich ihrer Kunden schieben<sup>6</sup>. Ähnliche (aber auch weitere zusätzliche) Argumente sind zu erwägen bei Schäden entstehend aus für die Banken nicht erkennbarer Geschäftsunfähigkeit sei es des Kunden selbst, sei es derjenigen von Dritten, wo jedenfalls die Statuierung einer Schadloshaltungspflicht des Kunden für Folgen seiner eigenen

---

ist zwar hinsichtlich des Willens des Stipulators gänzlich eindeutig, jedoch bezüglich der zu regelnden Sachlage irreführend: Die mit der Klausel ausgeschlossene Schadenstragung der Bank wäre nicht die Folge von "Verantwortung" – sc. für fremden Schaden –, sondern der Tatsache, dass ein Schaden in ihrem Vermögen eintritt und erst infolge der Klausel auf den Kunden abgewälzt wird).

<sup>5</sup> "Richtlinie 93/13/EWG des Rates, vom 5. April 1993, über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen"; veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft am 21.4.1993 (Nr. I. 95/29). Dazu etwa die Hinweise von ROLF P. JETZER ET AL. in SJZ 90 (1994) 432 ff., oder CLAIRE HUGUENIN, AGB ... im Lichte der neuen EU-Richtlinie, in recht 1995, 85–95.

<sup>6</sup> Als Beispiel für viele die erste der oben Fn. 4 zitierten Klauseln.

Handlungsfähigkeit mit den zwingenden Handlungsfähigkeits-Regeln des ZGB schlecht zu vereinbaren ist.

### **V. Schadensüberwälzung auf den Kontoinhaber nicht zu rechtfertigen**

Zu Zeiten, als Kutschen noch regelmässig von Räubern überfallen wurden und Geldsendungen gefahrbelastete Unterfangen waren, mochte es angehen, vom Bankier nur gehörige Sorgfalt zu verlangen und von höherer Gewalt ausgehende Risiken denjenigen tragen zu lassen, der das gefährliche Geschäft veranlasst hatte und aus ihm Nutzen erhoffte. Ein Rest dieser Ausgangssituation mag man heute vielleicht noch beim Scheck erkennen, dessen Gefahren wenigstens ansatzweise transaktionsimmanent sind und damit einen Bezug zum die Geldüberweisung veranlassenden Kunden herstellen, der ja immerhin unvorsichtig genug war, seine Unterschrift auf ein Scheckformular zu setzen. Bei der betrügerischen Plünderung von Bankkonten hat der jeweilige Kontoinhaber dagegen keinerlei Beziehung zum Betrüger oder dem von diesem eingefädelten Betrug; er selber hat nichts anderes getan, als sich ein Bankkonto eröffnen zu lassen, damit eine Dienstleistung benutzend, die von der Bank jedermann angeboten wird. Die Annahme dieses Angebots kann unter keinen Umständen eine sachliche Rechtfertigung verschaffen, eingetretenen Schaden dem Kunden zu belasten, sofern dieser keinerlei Bezug zum Schadenseintritt hat; Schaden, der allein die Folge des Bestehens des Kontos ist, soll nicht überwält werden. Ähnliches gilt im Ergebnis aber auch im Falle der ohne Verschulden des Kontoinhabers stattfindenden betrügerischen Verwendung von Scheckformularen durch Dritte; der hier besprochene Scheckfälschungssachverhalt verdient ebenfalls keine andere Behandlung.

Wenn wir einmal vom Fall absehen, dass der das Konto plündernde Betrüger nicht die Bank, sondern den Kontoinhaber selber zu schädigen beabsichtigt oder infolge besonderen Wissens um dessen persönlichen Verhältnisse ihn zum Opfer auswählt<sup>7</sup>, fehlt es an einem solchen persönlichen Bezug: Die Wahl des betrügerisch anzuzapfenden Kontos wird damit zufällig, am deutlichsten dann, wenn der Betrüger durch Manipulation des Bank-Computersystems Auszahlungen oder Vergütungen zu veranlassen vermag, dabei irgend welche Kontonummern wählend, ohne den Namen des Kontoinhabers überhaupt zur Kenntnis zu nehmen. Die moderne Technik eröffnet vielleicht auch die Gefahr, dass eine Vergütung infolge einer technischen Panne eintritt, so dass der Zufall entscheidet, welches Konto betroffen wird.

Wenn die Verfügbarkeit von Bankkonten und Geldüberweisungen mit persönlichen Schecks nicht mehr die Angelegenheit einiger weniger ist, sondern zum modernen Leben schlechthin gehört – dies eine Sicht der Dinge, die mehr als von sonst jemandem von den Banken selber verkündet wird – ist es sachlich nicht zu rechtfertigen, die hier besprochenen zufälligen Risiken vertraglich dem Kunden zuzuschieben, statt sie im Bereich zu belassen, dem sie immanent sind, wo die Risiken ihren Ursprung haben und der Schaden gegebenenfalls auch primär eintritt: im Bankbetrieb. Unter gegenwärtigem Rechtszustand darf ein vorsichtiger Mensch sich kein Bankkonto mehr halten, denn er riskiert nicht bloss sein Guthaben, sondern darüber hinaus jeden Betrag, für den ihm die Bank im Betrugsfall Kredit machen würde. Erst recht Schecküberweisungen schaffen gänzlich unkalkulierbare Gefahren, denn der Fälscher, wenn er schon sein Metier beherrscht, kann beliebig hohe Beträge einsetzen, für die der Scheckaussteller gradstehen muss.

---

<sup>7</sup> Eine derartige Ausnahmesituation war vielleicht gegeben in *BGE 108 II 315* (dazu der zit. Aufsatz in recht 1984, 100/101).

## VI. Die Zumutbarkeit der Risiko-Allokation bei den kontoführenden Banken

Auch ein unerfreuliches Ergebnis muss akzeptiert werden, wenn bessere Lösungen nicht verfügbar sind. In vorliegendem Fall ist eine solche leicht zu erkennen; es genügt, die risikoüberwältigende AGB-Klausel zu beseitigen und dadurch die Rechtslage wiederum mit der gesetzlichen Regelung in Übereinstimmung zu bringen.

Hier wird die Ansicht vertreten, dass die Belassung der diskutierten Risiken bei den Banken problemlos { 44/45 } ist und diesen ohne weiteres zugemutet werden kann, dies aus dem einfachen Grund, dass die Risikotragung die Banken letztlich gar nicht belastet. Diese These bedarf der Begründung.

Wir sprechen hier von der generellen Regelung der Risiko-Allokation, nicht von der Auseinandersetzung zwischen Bank und Bankkunden im Einzelfall, in dem jede Partei selbstverständlich mit Grund für die Durchsetzung ihres Standpunktes kämpft. Wenn wir vom einzelnen Schadensfall und der durch diesen verursachten Auseinandersetzung absehen und auf das Ganze blicken, ist ausschlaggebend die Feststellung, dass bei Verzicht auf die fraglichen AGB-Klauseln (oder deren rechtliche Ungültigkeit, sei diese die Folge eines AGB-Gesetzes oder höchstrichterlicher Rechtsprechung) alle Banken denselben Rechtsregeln unterliegen und dieselben Risiken tragen<sup>8</sup>. Die aus Risikoverwirklichung resultierenden Verluste sind nichts anderes als allgemeine Geschäftskosten und werden wie alle diese in der einen oder anderen Form letztlich von der Gesamtheit der Kunden getragen.

Die im Falle der Nichtüberwälzung auf die Kunden resultierenden Mechanismen der Risiko- und Kostenverteilung spielen in gleicher Form wie im Falle des Hauptrisikos der Kreditbanken, jenem der Insolvenz ihrer Kreditnehmer. Dieses kann aus sachlogischen Gründen nicht auf den Kunden überwältigt werden; die daraus resultierenden Verluste bzw. Kosten treffen ebenfalls, in einer gesamtheitlichen Betrachtung, letztlich nicht die Bank; sie werden stillschweigend und ohne dass dies überhaupt bewusst wird (durch entsprechende Ausweitung der Differenz zwischen Aktiv- und Passivzinsen) vorweg auf die Gesamtheit der Kunden (Sparer und Kreditnehmer) verteilt<sup>9</sup>. Nicht anders liegen die Verhältnisse bei den hier genannten Betrugsrisiken, wobei allerdings festzuhalten ist, dass das Volumen der aus letzteren möglicherweise resultierenden Schäden gegenüber jenen, die sich aus fehlender Schuldner-Bonität ergeben, verschwindend klein ist, vergleichsweise eine Bagatelle darstellt.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Entscheidung über die risikoküberwältigenden AGB-Klauseln in der praktischen Auswirkung nicht in die Entscheidung ausmündet, ob die aus Betrugsrisiken resultierenden Kosten von der Bank oder vom Kunden getragen werden; zur Entscheidung steht vielmehr, ob die Kosten beim jeweils direktbetroffenen Kunden bleiben oder aber auf die Gesamtheit der Kontoinhaber bzw. Scheckaussteller verteilt werden. Die hier geforderte und auch von der Gesetzgebung als dispositivrechtliche Regel vorgesehene Gefahren- und Kostenverlagerung hat die Folge, dass die auftretenden Schäden gewissermassen sozialisiert werden durch Verteilung der Folgen systemimmanenter Risiken auf alle jene, welche das System (sc. die bankkontenmässige Liquiditätshaltung, der durch die Banken angebotene Zahlungsverkehr) benutzen.

---

<sup>8</sup> Denkbar und wünschbar, aber in dem immer noch weitgehend durchkartellierten Markt der Schweiz wenig wahrscheinlich ist ein individuelles Vorgehen einzelner Banken, die sich von der allgemeinen Praxis distanzieren, um ihren Verzicht auf Risikoverlagerung als Werbeargument einzusetzen.

<sup>9</sup> Dieser Mechanismus hört erst im Falle eingetretener oder wenigstens drohender Zahlungsunfähigkeit der fraglichen Bank zu spielen auf, in welchem Fall die Bankkunden mit den Bankgläubigern in Konkurrenz treten.

## VII. Die Unzumutbarkeit der Verlagerung der Betrugsrisiken auf die Bankkunden

### 1. Ökonomische Argumente

Sich an dieser Stelle auf die heute zunehmende Beachtung erlangenden Theorien der "ökonomischen Analyse des Rechts" einzulassen ist nicht beabsichtigt, doch sei es gestattet, zwei Gesichtspunkte in die Debatte zu werfen, die ihren Ursprung in ökonomischen Überlegungen haben.

a) Es liegt in der Natur des Menschen, sich eher einzusetzen, wenn es darum geht, von sich selber Nachteile abzuwenden als Dritte vor Unbill zu bewahren. Will man daher die Verwirklichung von Risiken verhindern, gilt die banale Forderung, dass die Folgen der zu verhütenden Unfälle jene Personen treffen, welche deren Verwirklichung beeinflussen, d. h. durch ihr Verhalten die bestehenden Gefahren erhöhen oder mindern können. Das Bewusstsein eines Bankfunktionärs, dass das Verkennen einer betrügerischen Machenschaft die Bank (und damit möglicherweise indirekt auch etwas ihn selber) trifft, ist eher geeignet, Wachsamkeit zu fördern, als das Wissen, dass eintretende Betrugsschäden zu Lasten des Kunden gehen. Die Tragung der Betrugsrisiken durch die Banken steht daher im gesamtwirtschaftlichen Interesse der Delikts- und Schädigungsverhütung.

b) Wenn man einen eingetretenen Betrugsschaden nicht bei der Bank belässt, sondern ihn über AGB auf den Bankkunden überwältzt, stellt sich irgendwann die Frage, ob die Bank bei der Entgegennahme des Schecks genügende Sorgfalt angewendet { 45/46 } habe oder nicht<sup>10</sup>. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz festgestellt, dass die Einlöserbank bei der Prüfung des Schecks hinreichende Sorgfalt habe walten lassen; das Bundesgericht, obwohl, wie es selber festhält<sup>11</sup>, zur Beweiswürdigung gar nicht zuständig ist, stimmt dieser Feststellung nicht bloss zu, sondern fügt verstärkend die Formel bei, dass "die bezogene Bank angesichts des Massenverkehrs mit Checks von vornherein nur begrenzte Prüfungsmöglichkeiten hat und ihr deshalb nicht zugemutet werden darf, sämtliche Checkeinlösungen eingehend zu prüfen" (sic). Woher wird diese Weisheit bezogen? An sich haben Banken die Möglichkeit, einen Scheck mit so weitgehendem Aufwand (einschliesslich allfälliger Rückfragen beim Aussteller etc.) zu prüfen, dass Täuschungsmöglichkeiten wenn nicht ganz, so doch fast ganz ausgeschlossen sind, und dies unabhängig von der Zahl der unterbreiteten Schecks. Alles ist nur eine Kostenfrage, d. h. der Beurteilung der Zumutbarkeit der durch den Prüfungsaufwand verursachten Kosten<sup>12</sup>. Wo diese Zumutbarkeitsgrenze verläuft, wird vom Gesetzgeber nicht festgeschrieben.

---

<sup>10</sup> Nach Auftragsrecht haften die Banken für jedes Verschulden, d. h. auch leichte Nachlässigkeit ihrer Funktionäre, welche Regel meist durch AGB wegbedungen wird. Dies ist höchst fragwürdig. Einmal könnte die Haftung des Mandatars für *omnis culpa* als zwingendes Recht (oder deren Wegbedingung als Verstoss gegen guten Anstand, die "öffentliche Ordnung" i. S. von OR Art. 19 Abs. 2) betrachtet werden. Sodann ist nach OR Art. 100 Abs. 2 überhaupt jeglicher Haftungsausschluss (sc. auch solcher für "leichtes Verschulden") unwirksam, "wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt" (Abs. 2). Die Beschränkung der Bankenhaftung auf die Fälle "grober" Fahrlässigkeit ist daher nur möglich, wenn man anzunehmen bereit ist, das Betreiben einer Bank sei kein "obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe". Auch die Grossbank, welche die oben Ziff. III zitierte Formel verwendet, impliziert, sie sei nicht i. S. von OR Art. 100/II obrigkeitlich konzessioniert. Vgl. auch unten bei Fn. 32.

<sup>11</sup> *BGE 122 III 32* unten, indirekt, in dem an die Beschwerde der Vorwurf unzulässiger Kritik an der Beweiswürdigung gerichtet wird.

<sup>12</sup> Mit zunehmender Zahl zu vollziehender Prüfungen werden diese Kosten infolge von Rationalisierungsmöglichkeiten bezogen auf die einzelne Transaktion wohl eher vermindert, so dass, entgegen dem Bundesgericht, bei grossem Scheckdurchlauf eine wirksamere Prüfung gefordert werden könnte. Das Argument der Verminderung der Sorgfaltsansprüche infolge der Häufigkeit der Vorfälle wird zwar landläufig in verschiedensten Zusammenhängen immer wieder vorgebracht, dadurch aber noch nicht verifiziert; niemand wollte es beispielsweise auf den wachsenden Flugverkehr angewendet sehen.

Überzeugende rechtliche Gesichtspunkte, welches Mass an Aufwand richtigerweise zu fordern sei, sind nicht leicht zu erkennen; erst recht wäre es kaum möglich, eine gefundene in Regel in eine generell-abstrakte Formel zu giessen, die im Alltag der Bankfunktionäre als Richtlinie brauchbar wäre. Damit fällt dem Richter bei der Entscheidung darüber, ob der Bank eine haftungsbegründende (da die Wirkung der AGB ausschaltende) Nachlässigkeit zur Last falle, weitestgehendes Ermessen zu. Die im Schadensfall zwangsläufig eintretende Ungewissheit und die Zufälligkeit der resultierenden Entscheidung ist jedoch nicht bloss im richterlichen Ermessensspielraum begründet, sondern noch mehr in der Tatsache, dass die konkreten Umstände der Scheckpräsentation, wie die Vertrauens(un)würdigkeit des Vorlegers oder irgendwelche sonstige vertrauens- oder misstrauenserweckende Umstände nur bruchstückhaft erfasst werden können und daher dem Richter bei dessen Entscheidung in jedem Fall zwangsläufig bloss unzulänglich bekannt sind.

Diese dreifache Schwäche: das Fehlen überzeugender Rechtsmaximen, die Unmöglichkeit, selbst bei deren Vorhandensein diese zu in der Praxis echt richtungsweisenden generell-abstrakten Rechtsgrundsätzen zu formen, schliesslich die Unmöglichkeit, im allfälligen Rechtsstreit die gegebenen Vertrauens- und Misstrauensmomente hinreichend zu erfassen und beim Urteil zu berücksichtigen, all dies ist allein die Folge der Verlagerung des Schädigungsrisikos vom Betroffenen, der Bank, auf deren Kunden. Verzichtet man darauf, erledigt sich die Frage von selbst: Jeder Bank bleibt es überlassen, in ihrer Entscheidung über den zu betreibenden Prüfungsaufwand die Kosten der Risikovermeidung und die Kosten, welche aus der Risikoverwirklichung zu erwarten sind, gegeneinander abzuwägen. Dies hat einen zweifachen Vorteil: Erstens wird diese Lösung, so ist zu vermuten, insgesamt zu einer Minimierung der Kosten führen, da jede Bank in eigenem Interesse und auf ihre Weise den Prüfungsaufwand gerade so weit treiben wird, als er sich durch Verlustvermeidung auszahlt; diese Regelung ist daher gesamtwirtschaftlich gesehen die richtige. Dazu kommt die Vermeidung der Rechtsunsicherheit im Schadenfalle, die ihrerseits wiederum, durch Veranlassung von Auseinandersetzungen ausserhalb oder auch innerhalb der Gerichtssäle, für die Beteiligten Kosten verursacht. Der naturgegebene und vom Gesetzgeber überdies dispositiv festgeschriebene Mechanismus der Selbstregulierung und Kostenminimierung wird durch die AGB in ihr Gegenteil gewendet<sup>13</sup>. { 46/47 }

## *2. Die Anwendung der AGB vereitelt in Fällen wie dem vorliegenden den Schutz von OR Art. 1124 für gekreuzte Schecks.*

Wie oben Ziff. I/2 erwähnt, wird die Haftung der die Vorschriften von Art. 1124 verletzenden Einlöserbank in dessen Abs. 5 auf "die Höhe der Schecksumme begrenzt". Ist dies die echte, sc. vom Aussteller eingesetzte Summe, oder aber die verfälschte, vom Betrüger eingesetzte? Nur im letzteren Fall nützt vorliegendenfalls der Haftung der Einlöserbank dem verletzten Aussteller überhaupt etwas; über den echten Betrag (rund CHF 130) wird niemand Worte verlieren wollen. Die ganze Auseinandersetzung darüber, "ob das der Einreicherbank anzulastende Verhalten haftungsrechtlich der bezogenen Bank anzurechnen" sei (p. 29 lit. d des BGE), macht bloss Sinn, wenn man annimmt, dass die Einlöserbank für den verfälschten Betrag (sc. CHF 87 030) und nicht bloss für den eigentlichen "Scheckbetrag" (FF 530.60) haftet. Der Kläger und mit ihm stillschweigend das Bundesgericht, wenn es über das Haftungssubjekt (oder die Solidarität der beiden Banken als Haftungssubjekte) sich auslässt, gehen allem Anschein zufolge von dem verfälschten Betrag aus. Immerhin stellt das Gericht nirgends explizit fest, der Kläger könne/müsse seinen Schaden gegenüber der Einlöserbank geltend machen, andererseits fehlt ebenso eine Begründung, weshalb hier der verfälschte, nicht der richtige Scheckbetrag massgeblich sein sollte. Nach allem besteht die Vermutung, dass

---

<sup>13</sup> AGB können in anderen Zusammenhängen beanspruchen, durch Ausweitung des vertraglich geregelten Bereiches auf Unvorhergesehenes einen Beitrag zur Verkehrssicherheit zu leisten. Hier gilt das Gegenteil: Die Banken-AGB als Quelle von Ungewissheit, Streit und Herrschaft des Zufalls.

einerseits nicht gesehen wurde, dass die Erwägungen E. 3 nur dann Sinn machen, wenn man "Schecksumme" als "ausbezahlten Scheckbetrag" liest, andererseits aber diese Lesart mit dem Wortlaut von OR Art. 1124 Abs. 5 nicht vereinbart werden kann.

Auch wenn der Wortlaut als solcher nicht zweifelhaft ist, bleibt m. E. die Frage, welche Tragweite der Haftungsbegrenzung von OR Art. 1124 Abs. 5 zuerkannt werden soll, immer noch offen. Sinn und vom Gesetzgeber vorausgesehene praktische Tragweite der hier diskutierten Haftungsbegrenzung bleiben weitgehend im Unklaren, und auch die diesbezügliche Literatur führt nicht weiter. Bedenkenswert ist immerhin der negative Umstand, dass der hier betrachtete Sachverhalt der Scheckverfälschung vom Gesetzgeber des Art. 1124 Abs. 5 nur am Rande in Betracht gezogen wurde, da diese Haftungsvorschrift primär nicht auf Betrugssachverhalte ausgerichtet ist (diese zu regeln ist Gegenstand von Art. 1132). Bei der fraglichen Haftungsvorschrift geht es vorab um die Ausgleichung von Nachteilen, die aus der Missachtung des Verbots der Auszahlung an Nichtkunden sich ergeben können, das wären vorab die Erschwerung der Durchsetzung allfälliger Ansprüche des Ausstellers gegen den Einlöser<sup>14</sup>. Dass, wie im vorliegenden Fall, die Haftungsregel von Art. 1124 Abs. 5 für den Bankkunden in einem eingetretenen Betrugsfall relevant werden würde, hat der Gesetzgeber vielleicht nicht vorausgesehen: Für ihn ist möglicherweise diese Frage mit Art. 1132 erledigt, und dass letztere Regel durch die AGB der Banken ausgeschaltet werden würde (was erst Art. 1124 Abs. 5 für den Kunden relevant werden lässt), konnte damals anscheinend nicht vorausgesehen werden. – Im Zusammenhang der Beurteilung der hier diskutierten AGB kann diese Frage offen bleiben: Selbst wenn man für die Zukunft in diesem Problembereich eine Gesetzeslücke annehmen und diese korrigierend zugunsten des Scheckausstellers dahin füllen wollte, dass der verfälschte, nicht der vom Aussteller eingesetzte Betrag massgeblich sei, wäre dies nicht mehr als ein Palliativ, eine bloss punktuell wirkende Symptomtherapie, während das Übel nur an der Wurzel gefasst wird, wenn man jenen Banken-AGB, welche das Problem erst aufbringen, die rechtliche Anerkennung versagt.

Der bei wortlaut-getreuer Befolgung von OR Art. 1124 Abs. 5 für den Scheckverwender resultierende Verlust der im gleichen Artikel umschriebenen Sicherungswirkungen der Scheckkreuzung ist ein bloss schwer zu ertragendes Ergebnis; unten Ziff. VIII/2 lit. a wird noch zu vermerken sein, dass diese Tatsache einen autonomen Grund zu deren Nichtbeachtung abgegeben hätte.

### 3. Die Unmöglichkeit des Bankkunden, sich gegen Betrugsrisiken abzusichern

Auf breiter Grundlage akzeptiert ist das Postulat, dass Risiken bei jenen Rechtssubjekten angesiedelt werden sollen, die gegen diese bei Bedarf am ehesten Versicherungsschutz erlangen können. Versicherungsdeckung für Fälschungsrisiken { 47/48 } des Bankkunden ist angesichts der Unbestimmtheit des Volumens der risikobelasteten Vorgänge versicherungstechnisch nicht denkbar. Umgekehrt wäre wohl auf Seiten der Bank diese Möglichkeit gegeben; dass zu derartiger Absicherung Banken in aller Regel keinerlei Bedarf haben, steht auf einem anderen Blatt<sup>15</sup>. Die praktische Unmöglichkeit, dass der private Bankkunde zur Abdeckung der Risiken

<sup>14</sup> Praktisch allerdings viel eher von Bedeutung ist die indirekte Folge des Scheckkreuzens, Betrügereien nach hier besprochenem Muster zum vornherein weitgehend auszuschliessen: die im Zusammenhang von Betrügereien benötigten Konten der Übeltäter werden in aller Regel *ad hoc* eröffnet (so im besprochenen BGE wie in den oben bei Fn. 2 erwähnten Sachverhalten). – Das Gebot, bloss an Kunden zu vergüten, soll ernst genommen werden (wie richtigerweise von beiden Instanzen im vorliegenden Fall), eine Forderung, die gewiss im heutigen Massengeschäft der Gefahr der Abschwächung ausgesetzt ist. Dem historischen Gesetzgeber schwebt eine effektive, wenn nicht enge, so doch auf persönlichem Bekantntsein beruhende Bankier-Kundenbeziehung vor; eine solche allein minimiert das Betrugsrisiko.

<sup>15</sup> Zu Versicherungsdeckung für Betrugsrisiken besteht bei Banken, vielleicht von ganz kleinen Instituten mit Sonderausrichtung abgesehen, keinerlei Bedürfnis; die grosse Zahl identischer risikobelasteter Vorgänge bewirkt bankenintern automatisch einen Risikoausgleich, so dass ohne weiteres eine "Selbstversicherung"

des Haltens eines Bankkontos und der Veranlassung gelegentlicher Banküberweisungen eine Versicherung abschliesst, stellt m. E. ein gewichtiges Argument gegen die Zulässigkeit der Überwälzung des Betrugsrisikos auf den Bankkunden dar. In Umkehrung des Beispiels lässt sich etwa die vertragsrechtlich ebenfalls auf AGB beruhende (wenn auch teilweise durch internationale Übereinkommen festgeschriebene) ziffernmässige (enge) Begrenzung der Haftung der Fluggesellschaften für die Folgen von Flugunfällen einigermassen (wenn auch nicht zwingend) mit der Überlegung rechtfertigen, dass es dem Passagier ein leichtes ist, gegen geringes Entgelt die Unfallrisiken für einzelne Flüge oder generell zu versichern, während es als entbehrlich betrachtet werden kann, durch Ausweitung der Haftung der Gesellschaften (die zwangsläufig indirekt eine, wenn auch bescheidene, Anhebung der Flugtarife zur Folge hätte) eine grössere Deckung auch jenen Kunden aufzunötigen, die diese nicht wünschen.

Dass bei der Beurteilung der hier besprochenen Risikouberwälzung der Gesichtspunkt nicht bestehender Versicherbarkeit unbeachtet bleibt, ist überraschend. Je höher der Wohlstand einer Gesellschaft, um so grösser deren Sicherheitsbedürfnis, was sich etwa am Umfang der Ausgabe für Versicherungen, aber auch an gewissen politischen Grundausrichtungen ablesen lässt. Die Schweiz steht, wie (vorläufig noch) mit dem Wohlstand, so auch, als Folge davon, mit ihrer Risikoscheu weltweit voran<sup>16</sup>, darüber mag man denken, wie man will<sup>17</sup>. Auch wenn man übertriebenes Sicherheitsbedürfnis bzw. Risikoscheu, da die Selbstachtung in Frage stellend, ablehnt: Wenn in irgend einem Bereich irdischer Güter ein Sicherheitsbedürfnis legitim ist, dann hier. Jedermann findet Versicherungsschutz gegen Brandschaden unentbehrlich, dabei ist das entsprechende finanzielle Risiko vergleichsweise harmlos, kann doch das Feuer nur wegzehren, was man besitzt. Anders jedoch die Scheckverfälschung, wenn sie dem Kunden belastet werden darf: Dieser mag nicht nur alles verlieren, was er hat, sondern kann darüber hinaus tief in Schulden versinken. Der Leser möge sich vorstellen, welche Auswirkung das Entstehen einer Schuld von achtzigtausend Franken für ihn hätte, soll sich aber auch ausmalen, was ein zehner- oder hundertmal grösserer Betrag für seine Zukunft bedeuten würde: Für die meisten nicht nur, falls vorhanden, Haus und Hof verloren, sondern auf Jahrzehnte oder bis zum Lebensende ein Dasein belastet mit dem Odium der Zahlungsunfähigkeit und auf dem Lebensstandard des betriebsrechtlichen Existenzminimums.

Das Abschieben des Fälschungs- und Betrugsrisikos auf den Bankkunden seitens der Banken und ebenso die mit vorliegendem Urteil ohne jedes Wimpernzucken erfolgende Sanktionierung dieses Sachverhaltes durch unser höchstes Gericht steht in auffälligem Gegensatz zu dem in der heutigen Gesellschaft sonst sichtbar werdenden Lebenshaltung, die geprägt ist durch Vor- und Fürsorgebedürftigkeit. Der helvetische Gesetzgeber bemüht sich, offenbar dem Volkswillen

---

stattfindet, d. h. das Aufgehen der Auswirkungen einzelner Pannen in den Unkosten des gesamten Geschäftsaufkommens; dazu auch oben Ziff. VI.

<sup>16</sup> Die Schweiz hat, nach Japan, weltweit die höchsten Pro-Kopf-Ausgaben für Versicherungen jeglicher Art. Die global gesehen einmalige Neigung der Schweiz, sich von internationalen Unternehmungen, seien dies die Vereinten Nationen oder die europäischen Zusammenschlüsse, fernzuhalten, führe ich teilweise (wenn auch keineswegs allein) auf das Bestreben zurück, das hiezulande erlangte Wohlergehen keinerlei Infragestellung auszusetzen.

<sup>17</sup> Man könnte die These wagen, dass die Seelenstruktur des Menschen für dauerndes Wohlbefinden eines Bedrohungs-Minimums bedürfe so gut wie sein Körper der Nahrung enthaltende Vitamine, Spurenelemente und Balaststoffe, ist die menschliche Natur doch geprägt durch eine Evolution in Jahrtausenden des Überlebens in Not und selektionierenden Existenzgefahren. Wer keine echten Probleme hat, läuft Gefahr, sich künstlich solche zu schaffen. Und Goethe wusste: Nichts ist schwerer zu ertragen, als eine Reihe von guten Tagen – Unsere Vorväter hatten, die meisten durch Not gezwungen, sich während vieler Jahrhunderte massenhaft in fremde Kriegsdienste begeben und mit ihrer Opferbereitschaft sich weltweiten Ruf besonderen Wagemuts erworben. Das heute herrschende Sicherheitsbedürfnis betrachtend und das Vorherrschen eines durch Frustrationsunfähigkeit und Selbstmitleid geprägten Lebensgefühls feststellend hat man Mühe, den solches berichtenden Geschichtsbüchern Glauben zu schenken.

nachkommend, in immer weitergehendem Umfang um allen erdenkbaren Schutz seiner Bürger<sup>18</sup>. Was hier im Bereich der Alters- und Krankheitsvorsorge, des Schutzes vor den Folgen von Arbeitslosigkeit oder selbst von kriminellen Akten seitens der Mitbürger (im "Opferhilfegesetz") an risikoabwendenden staatlichen Massnahmen sich entwickelt hat, kann hier nicht einmal { 48/49 } andeutungsweise vermerkt werden. Selbst im vertragsrechtlichen Bereich sind Massnahmen erkennbar, die in einer nicht von Wohlstand geprägten Gesellschaft undenkbar sind, so das "Pauschalreisen-Gesetz", das Massentourismus voraussetzt, der nur gerade in Mittel- und Nordeuropa, d. h. in Überfluggesellschaften überhaupt besteht<sup>19</sup>. Nicht zu sprechen von den hierzulande spriessenden modernen Verfassungstheorien, die, des Beifalls des grossen Publikums gewiss, immer neue des staatlichen Schutzes bedürftige Anliegen des Bürgers entdecken und vortragen, dabei oft die Bestätigung des Bundesgerichts findend, bei genauem Hinsehen seien diese neuen Schutzanliegen in der heutigen Verfassung bereits enthalten und geltendes Recht. Das Bundesgericht seinerseits wird etwa im Arbeits- oder gar Mietrecht nicht müde, bei der Handhabung einer mit Schutzmechanismen nicht kargenden Gesetzgebung allfällig offen bleibende Fragen allermeist zugunsten der angeblich schutzbedürftigen Arbeiter oder Mieter zu beantworten, was hier allein deshalb erwähnt wird, weil von der dort demonstrierten Fürsorglichkeit nicht die geringste Spur erkannt werden kann, wenn es um Bankkunden geht<sup>20</sup>.

Vor diesem Hintergrund einer Zeitstimmung, die auf nichts mehr denn als auf allgemeine Unbill-Abwendung ausgerichtet zu sein scheint, ist es schwer verständlich, wie die hier geschilderte gegenläufige Situation bestehen und überleben kann, und dass nicht wenigstens eine der drei zum Handeln berufenen Instanzen sich zum Tätigwerden herausgefordert fühlt (dazu unten Ziff. IX).

## VIII. AGB-relevante Gesichtspunkte

Im vorangehenden (Ziff. V–VII) wurden die Sachargumente entwickelt, die für eine Belassung der Betrugsrisiken bei den Banken bzw. gegen die sie auf die Kunden abwälzenden Banken-AGB sprechen. Im folgenden sollen AGB-typische, d. h. vorliegendenfalls den Konsens der Parteien in Frage stellende, Gesichtspunkte zur Sprache kommen.

### 1. Risikoverlagerung beruht auf kartellistischer Absprache

M. E. kann nicht genug betont werden, dass im Falle inhaltlicher Bedenklichkeit von AGB ein weitaus grösserer Bedarf nach Korrektur (sc. nach Nichtanerkennung der Gültigkeit der betreffenden Klausel) besteht, wenn die fragliche AGB-Regelung allgemeine Verbreitung hat und damit für den AGB-unterworfenen Kunden unausweichlich wird. Dies ist der Fall, wenn der Verwender der AGB eine Monopolstellung besitzt und andere Anbieter nicht vorhanden

---

<sup>18</sup> Die bereits genannten Brandrisiken sind, weil seit jeher bestehend, durchwegs einem Versicherungsschutz unterstellt, der für Immobilien regelmässig obligatorisch ist und herkömmlich teilweise staatlich betrieben wird (in einigen Kantonen ist ein Versicherungsschutz gar für Mobilien einem Obligatorium unterstellt).

<sup>19</sup> Das als Beispiel genannte Pauschalreisen-Gesetz (vom 18.6.1993, SR 944.3) ist veranlasst durch eine entsprechende EU-Richtlinie. Wenn damit demjenigen, der eine kollektiv organisierte Reise unternimmt, zu Hilfe geeilt wird, geht es nicht um den Schutz elementarer Bedürfnisse, sondern um die Sicherstellung von Aufwendungen für Entbehrliches. Die auf dem Spiel stehenden Beträge haben, wenn wir sie mit den hier betrachteten Sachverhalten vergleichen, Bagatelldimensionen.

<sup>20</sup> Statistisch gesehen sind heute die meisten Bankkunden wenig begütert, Grosskapitalisten unter ihnen eine kleine Minderheit, ist es doch den Banken gelungen, weitesten Kreisen das Halten ihrer Konten beliebt zu machen. Persönliche Schecks scheinen, wie im vorliegenden Fall, am häufigsten bei geringen Beträgen vorzukommen; das Hantieren mit Schecks würden manche vielleicht sogar als ein Hobby des kleinen Mannes bezeichnen.

sind, wenn die fraglichen AGB von Verbänden formuliert sind und mehr oder weniger allgemeine Verwendung finden (so etwa die SIA-Normen oder, wesentlich weniger eingreifend, die von Anwaltsverbänden in den Vollmacht-Formularen niedergelegten Regeln) und schliesslich bei "kartellistischer Modellbefolgung", wie sie in unserem Beispiel vorliegt: Ohne dahingehende formelle Absprache folgen die Banken bei der Redaktion ihrer AGB mehr oder weniger denselben vorgegebenen Modellen.

Auch wenn es traditionellem juristischem Denkmuster entspricht, in Fragen der Vertragsgeltung nur die zwischen den betroffenen Parteien bestehenden Elemente zu berücksichtigen (wie die Frage, ob der AGB-Unterworfene hinreichende Kenntnis von den fraglichen Klauseln hatte, ob er diese hinreichend explizit als Vertragsinhalt akzeptierte usw.), muss hier die Gesamtsituation auf dem fraglichen Markt beachtet werden: Zwar bleibt diese ohne Einfluss auf den (Un-)Gerechtigkeitsgehalt des geschlossenen Vertrages oder auf dessen praktische Auswirkungen auf den AGB-Unterworfenen. Sie bestimmt jedoch das Ausmass des (indirekten, d. h. durch die praktischen Umstände konstituierten) Zwanges zum Abschluss des fraglichen Vertrages unter den gegebenen AGB-Regeln, jenes Zwanges, der einen wesentlichen Teil der Bedenklichkeit der AGB überhaupt ausmacht, da er dem Erfordernis der freien Entschliessung der Vertragspartner widerspricht. Hat der Kunde Ausweichmöglichkeit zu anderen Anbietern mit anderen (und besseren) Vertragsmustern, haben dessen Klagen über die Unangemessenheit der ihm auferlegten Vertragsbedingungen sehr viel weniger Gewicht, als wenn er, um in fraglicher Sache überhaupt kontrahieren zu können, zur Annahme der fraglichen AGB-Klausel gezwungen ist. Dies { 49/50 } wird vom Bundesgericht in einem neueren Entscheid verdienstvollerweise mit aller Deutlichkeit (wenn auch bloss obiter und im Zusammenhang der "Ungewöhnlichkeitsregel") festgehalten<sup>21</sup>. Wenn umgekehrt eine sachlich fragwürdige Klausel bloss der Praxis einiger weniger Anbieter entspricht, darf und soll sich die Rechtsordnung in erster Linie auf die Einsicht des Bürgers (oder, was dasselbe ist, den Markt) verlassen.

Im Falle der hier betrachteten Banken-AGB besteht angesichts der weitgehenden Uniformität der von allen Instituten<sup>22</sup> in der Betrugsrisiko-Frage statuierten Klauseln eine jede Ausweichmöglichkeit ausschliessende Marktmacht; wer nicht auf die Dienste von (Schweizer) Banken glaubt verzichten zu können (sc. nicht mit den Diensten der Post auskommt und nicht ins Ausland ausweichen will), hat anscheinend derzeit praktisch keine Möglichkeit, der Verlagerung der Betrugsrisiken auf seine Schultern auszuweichen.

---

<sup>21</sup> *BGE 109 II 457 E. 5* sagt, dass als schutzbedürftige ("schwächere") Partei u. a. auch jene gelten müsse, die "gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet" (*in casu* zu den SIA-Normen). – Die Bedeutung dieses Gesichtspunktes will ERNST KRAMER, BK/OR Art. 19/20, nicht anerkennen. Seine Position mag im Anlass (Kommentierung der auf den Inhalt, nicht den Abschluss des Vertrages ausgerichteten Gesetzesbestimmungen) begründet sein (in dem von ihm zit. *BGE 94 II 207/8* kann ich keine Stellungnahme i. S. seiner Auffassung erkennen). So wie hier CARL BAUDENBACHER, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz? in *ZBJV 123* (1987) 505 ff., bes. 509 f.

<sup>22</sup> Der Schreibende muss allerdings festhalten, dass er es nicht zu seiner Aufgabe machen konnte, eine lückenlose Sammlung sämtlicher in der Schweiz von Banken verwendeten AGB anzulegen. Der Umstand, dass die AGB der drei Grossbanken wie auch jene zahlreicher weiterer das selbe Bild der Risikoabschaulung darbieten, scheint zur Annahme diesbezüglicher "weitgehender Uniformität" zu berechtigen. Die einzige ihm vorliegende Ausnahme, jene der Hypothekarkasse des Kantons Bern, ist Vergangenheit (dieses Institut fusionierte mit der Kantonalbank von Bern zur heutigen Berner Kantonalbank, die ihrerseits heute genau wie die übrigen taktiert); die exzeptionelle Klausel lautete, dass der aus unverschuldeter Leistungen an Nichtberechtigter Kunde "für den entstandenen Schaden" hafte, dies aber nur, "soweit dieser auf Umstände zurückzuführen ist, die in seinem Einflussbereich liegen, beispielsweise unsorgfältiges Verwahren von Bankdokumenten und dgl."

## 2. Nicht-Voraussehbarkeit der Wirkungen der AGB-Klausel auf gekreuzte Schecks

a) Wie zu Recht immer wieder hervorgehoben wird, kann die Bedenklichkeit des "Kleingedruckten" nicht bloss in mangelnder Einflussmöglichkeit des einen Vertragspartners und sachlicher Unangemessenheit der diesem aufgezwungenen Lösung liegen, sondern auch in der beschränkten Kenntnis, welche er von der Bedeutung des von ihm Unterzeichneten hat (Lehre und Praxis unter dem Stichwort "Ungewöhnlichkeitsregel"; ein Hinweis unten Fn. 41). Dies ist nun vorliegendenfalls in extremem Umfang gegeben: Auch wenn wir hier voraussetzen wollen, dass der ein Konto eröffnende Kunde sich Rechenschaft geben kann und muss, dass er durch Gegenzeichnung der ihm unterbreiteten AGB Fälschungsrisiken in sehr weitgehendem und nicht klar voraussehbarem Umfang auf sich nimmt: Sicher darf bei keinem Bankkunden angenommen werden, dass er erkennt, durch Akzeptieren der Banken-AGB jenen Schutz zu verlieren, den zu erlangen er durch Kreuzen seiner Schecks erwarten darf (den Schutz, den er vielleicht gerade im Bewusstsein seines Belastetseins mit Fälschungsrisiken haben will), ist es doch selbst offen, ob die am besprochenen Verfahren beteiligten Juristen diese Konsequenz erkannt haben (oben Ziff. VII/2).

b) Über diesen AGB-spezifischen Gesichtspunkt hinausgehend enthält die in Art. 1124 Abs. 5 enthaltene Haftungsbegrenzung ein noch schneidendes Argument. Die Regeln über den gekreuzten Scheck und die für den Fall deren Missachtung statuierten Haftungsprinzipien stellen zwingendes Recht dar. Diese Regeln werden jedoch, wenn nicht formell, so doch im praktischen Ergebnis ausgeschaltet und der den Scheck kreuzende Aussteller des damit beabsichtigten Schutzes beraubt in sämtlichen Fällen, in denen ein Scheck mit verfälschter (erhöhter) Schecksumme nicht bei der bezogenen Bank, sondern bei einer Drittbank eingelöst wird. Dass die hier besprochenen Banken-AGB indirekt die Wirkung haben, zwingendes Gesetzesrecht zwar nicht formell, aber doch in den praktischen Auswirkungen auszuschalten, wurde bei der hier besprochenen Entscheidung nicht gesehen.

c) Jedes der beiden Elemente: Nichtvoraussehbarkeit der Auswirkungen der AGB wie auch die durch diese bedingte Vereitelung zwingenden Gesetzesrechts hätte für sich allein genügt, wenigstens in vorliegendem Zusammenhang der fraglichen AGB-Klausel Anerkennung zu versagen, ohne damit den schwankenden Boden der (bisher einer expliziten gesetzlichen Grundlage entbehrenden und daher verständlicherweise umstrittenen) Inhaltskontrolle zu betreten. Diese (materiellrechtliche) Feststellung steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass dies prozessrechtlich zulässig gewesen wäre, ist doch dem publizierten Entscheidungstext nicht zu entnehmen, ob der Kläger dahingehende Anträge gestellt hat, soweit solche angesichts der Regel *iura novit curia* überhaupt notwendig sind<sup>23</sup>. { 50/51 }

## IX. Blick ins Ausland

Der gegenwärtige Stand der Entwicklung im Ausland kann an dieser Stelle nur kurz angedeutet werden. Auf der Ebene der Gesetzgebung wurde bereits genannt die EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (oben Ziff. IV und Fn. 8), die heute

---

<sup>23</sup> Die ganz heikle, doktrinell bisher vernachlässigte Frage nach dem Grenzverlauf zwischen den ohne entsprechenden Parteiantrag von Amtes wegen durchzusetzenden und den bloss auf Antrag zu verwirklichenden Rechtspositionen kann hier nicht aufgeworfen werden. Sollte allerdings die Klageguthetung daran gescheitert sein, hätte dies in der Begründung allerdings indirekt ("die Frage braucht nicht aufgeworfen zu werden...") angedeutet werden können.

wohl in den meisten Mitgliedstaaten in der einen oder anderen Weise verwirklicht ist<sup>24</sup>. Im übrigen möge der Hinweis auf die Lage in England und Deutschland genügen.

### 1. England

Die Verhältnisse in England, welche im Bereich des modernen Bank- und Finanzwesens in mancherlei Hinsicht für die übrige Welt Vorbildcharakter hatten und haben, sind in der vorliegenden Frage von besonderem Gewicht; sie müssen hier an erster Stelle genannt werden. Die allgemeinen Grundsätze des englischen Common Law weichen nicht weit ab von jener Rechtslage, wie sie in der Schweiz im Falle des Nichtbestehens der hier diskutierten AGB-Klauseln gelten würde. An erster Stelle massgeblich ist der Grundsatz, dass ohne echte Veranlassung durch den Kontoinhaber ein Bankkonto nicht belastet werden darf; Abweichung von diesem Prinzip setzt explizite rechtliche Grundlagen voraus, die indessen insgesamt nicht sehr weit gehen und insbesondere nicht die Wirkung haben, dass im Betrugsfall jede gutgläubige Zahlung der Bank dem Kontoinhaber belastet werden könnte<sup>25</sup>. Der Kontoinhaber trägt zwar etwa die Risiken der Fälschung eines Indossaments, was sich insofern vertreten lässt, als damit transaktionsimmanente, d. h. dem Vorgang der Hingabe eines unterzeichneten Schecks als solchem eigene und damit vom Aussteller in Kauf genommene Risiken überbunden werden und dieser nicht mehr als die von ihm ausgesetzte Schecksumme riskiert<sup>26</sup>. Bei Fälschung der Unterschrift eines Schecks oder Zahlungsaufträgen kann er nicht belastet werden<sup>27</sup>. Bei einer betrügerischen Erhöhung des Scheckbetrages (wie er in dem Sachverhalt von *BGE 122 III 27* zugrunde liegt) kann der Aussteller nur für den von ihm eingesetzten Betrag belastet werden (was in unserem Fall die 530.60 FF gewesen wären)<sup>28</sup>. Die einlösende Bank, die aufgrund gefälschter Unterschrift oder einer Summenverfälschung (überhaupt oder zuviel) bezahlt hat, kann sich nur an den Einlöser des Schecks halten, d. h. jene Person, die (gut- oder bösgläubig) zu Unrecht den entsprechenden Gegenwert kassiert hat, während der Scheckaussteller bzw. Kontoinhaber ungeschoren bleibt<sup>29</sup>. Ausnahmen von diesem Grundsatz werden nur unter besonderen, eng umschriebenen Voraussetzungen zugelassen. Der auf dem Kontinent oft genannte Fall der unsorgfältigen Verwahrung der Scheckformulare wirkt für den Kunden, anders als in der Schweiz nach OR Art. 1132, noch nicht haftungsbegründend; dessen Unsorgfalt muss sich auf die Ausstellung des Schecks beziehen, so etwa, wenn der

---

<sup>24</sup> Deutschland hatte mit seinem AGB-Gesetz vom 9.12.1976 eine Führungsrolle. Vgl. weiterhin England mit seinem "Unfair Contract Clauses Act" des Jahres 1977 (1977 ch. 50), sodann Österreich, Konsumentenschutzgesetz vom 8.3.1979; Frankreich, Code de la consommation (Loi no. 93-949 vom 26.7.1993). In Italien enthielt bereits der 1942 in Kraft getretene neue Codice Civile in art. 1341 und 1342 einige zukunftsweisende Bestimmungen (allerdings weitgehend auf formaler Ebene: Erfordernis hinreichender Kenntnis u. dgl. sowie für besonders wichtige Bereiche das Schriftlichkeitsrequisit); seit dem in Vollzug der EU-Richtlinie erlassenen Gesetz vom 6.2.1996 besteht eine explizite AGB-Regelung als Einfügung in den Codice Civile (Art. 1469<sup>bis</sup> bis art. 1469<sup>sexies</sup>).

<sup>25</sup> Vgl. zum Grundsätzlichen E. P. ELLINGER / EVA LOMNICKA, *Modern Banking Law*, 2. Aufl. 1994, 360 f., 365; WILLIAM HEDLEY, *Bills of exchange and bankers' documentary credits*; 2. Aufl., London 1994, 211 ff., 215.

<sup>26</sup> CHITTY on Contracts, 26. Aufl. 1994, Bd. 2, N. 33-273 (oder 23. Aufl. 1968 II, N. 405), mit Hinweis auf Bills of Exchange Act, 1882, sec. 60. – Zu beachten ist überdies, dass der Scheckaussteller durch die Wahl der Modalitäten, an wen und wie er seine Schecks weiterleitet, dieses Risiko entscheidend beeinflusst; die Forderung "trau-schau-wem" darf in gewissem Sinne auch hier berücksichtigt werden.

<sup>27</sup> HEDLEY, a. a. O., 213 mit Hinweis auf Jackson v. White and Midland Bk. (1967) 2 Lloyd's Rep. 68; CHITTY (23. Aufl.), a. a. O., N. 404 mit Hinweis auf Bank of Ireland v. Evans' Trustees (1855) 5 H.L.C. 389, 410-411.

<sup>28</sup> Im Ergebnis erfolgt eine sinnvoll differenzierte Aufteilung der Risiken: Beim Kunden bleibt die Gefahr, dass aus dem von ihm unterzeichneten Scheck der Falsche Nutzen zieht (eine Gefahr, die er durch die Art des Weitergebens des Schecks beeinflussen kann). Umgekehrt bleibt er ohne alle Haftung, wo er nicht unterschrieben hat, was hier im Umfang der betrügerischen Erhöhung der Schecksumme derselben zutrifft.

<sup>29</sup> HEDLEY, a. a. O., S. 215; CHITTY, a. a. O., N. 33-276.

Scheckbetrag nur in Ziffern, nicht aber auch in Worten angegeben wird und Platz für Erweiterung der Ziffern bleibt<sup>30</sup>.

Für uns ist entscheidend, dass die englischen Banken, ganz anders als bisher die Banken auf dem Kontinent und jetzt immer noch die unseres Landes, darauf verzichten, die vorstehend skizzierte objektive Rechtslage durch AGB auszuschalten. Seit je galten und gelten heute noch jene Regeln, wie sie in einer sehr wohl differenzierenden { 51/52 } Tradition der Gerichte im Lauf der letzten hundert Jahre sich herausgebildet haben, nicht aber Klauseln, welche die Banken nach ihrem Gutdünken statuiert und ihren Kunden aufgezwungen hätten. Der seit 1977 bestehende "Unfair Contract Clauses Act" muss daher in vorliegendem Zusammenhang schon gar nicht erst bemüht werden. Insgesamt tragen die Kunden englischer Banken in dem hier besprochenen Zusammenhang bei weitem weniger Risiken als jene einer Schweizer Bank.

## 2. Deutschland

Die in Deutschland in der Nachkriegszeit von allen Banken gemeinsam formulierten AGB sind revidiert worden; in der gegenwärtigen, seit dem 1. Januar 1993 geltenden Fassung ist neben anderen auch die besonders einschneidende frühere Klausel von § 5 beseitigt worden, die weitgehend Fälschungsrisiken auf den Kunden überwälzte bzw. eine "Haftung" der Bank auf den Fall deren "grobe Fahrlässigkeit" beschränkte<sup>31</sup>. Damit ist die frühere Überwälzung des Fälschungsrisikos auf die Kunden, die der heute in der Schweiz immer noch üblichen Regelung entsprach, zur Geschichte geworden. Die Banken unseres grossen Nachbarn tragen seit vier Jahren die "kontoimmanente" Risiken selber, so dass das mit diesen Zeilen vorgetragene Postulat in dieser Hinsicht verwirklicht ist. Darüber hinaus ist bemerkenswert, dass sich die Haltung der deutschen Banken gegenüber ihren Kunden gewandelt hat. Die neuen "AGB-Banken" sind durch eine redliche Grundhaltung und Verzicht auf viel früher Gewohntes gekennzeichnet. Die vorliegendenfalls interessierende Ziff. 3 zum Thema "Haftung der Bank; Mitverschulden des Kunden" macht dies deutlich (Abs. 1): "Die Bank haftet bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen für jedes Verschulden ihrer Mitarbeiter ... Hat der Kunde durch ein schuldhaftes Verhalten ... zu der Entstehung eines Schadens beigetragen, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Mitverschuldens, in welchem Umfang Bank und Kunde den Schaden zu tragen haben." Das stellt einen erfreulichen Gegensatz zu den Verhältnissen in der Schweiz dar, wo die Banken, entgegen Recht und besserer Belehrung (und nun auch noch entgegen besserem Vorbild) unverdrossen am Versuch festhalten, ihre Haftung auf "grobes Verschulden" einzuschränken<sup>32</sup>.

Im Ausgangspunkt weniger klar ist die Rechtslage bezüglich *Scheckfälschungen*. Hier bestehen immer noch Sonder-AGB: "Bedingungen für den Scheckverkehr" und "Bedingungen für Überbringer- und Orderschecks". Während die ersteren noch eine gewisse Zurückhaltung erkennen lassen, fehlt eine solche in der letzteren, statuiert deren Ziff. 11 doch eine umfassende Haftung des Kunden<sup>33</sup>. Derartigen Absprachen steht nun aber klar entgegen das deutsche AGB-

<sup>30</sup> London Joint Stock Bank v. Macmillan (1918) A. C. 777 zum Fall, dass ein Scheck über 2 £ ausgestellt wird, so dass es dem Empfänger leicht fällt, "£ 2" in "£ 120" abzuändern, was Haftung des Ausstellers begründet. Dazu weiterhin CHITTY, a. a. O., N. 33–269 (oder 23. Aufl., N. 403 und 404); eine Belastung des Kontos ist nur bei "Customer's negligence in drawing cheque", nicht aber bei unsorgfältiger Verwahrung der Scheckformulare zulässig.

<sup>31</sup> § 5 Abs. 1 der "AGB-Banken" in deren Fassung vom 1.1.1984 lautete: "Hat die Bank Urkunden, die sie im Auftrag des Kunden entgegennimmt oder ausliefert, auf Echtheit, Gültigkeit oder Vollständigkeit zu prüfen oder zu übersetzen, so haftet sie nur für grobes Verschulden." (Zit. nach BAUMBACH / DUDEN / HOPT, Kurzkomentar HGB, 26. Aufl., München 1985, 1003). Nachweis der Streichung dieser Bestimmung in der neuen heute geltenden Fassung ebendort bei BAUMBACH / HOPT, 29. Aufl. 1995, 1207.

<sup>32</sup> Vgl. dazu oben Fn. 10.

<sup>33</sup> Der Wortlaut der beiden "Bedingungen" wurden dem Schreibenden freundlicherweise vom Hauptsitz (Frankfurt/a.M.) der Deutschen Bank übermittelt; der genannte Art. 11 lautet: "Alle Folgen eines Zuwiderhandelns ... sowie alle Nachteile des Abhandenkommens, der missbräuchlichen Verwendung, der

Gesetz und insbesondere dessen § 9, der weitgehenden Einfluss auf die Praxis ausübt<sup>34</sup>. Ein Sachverhalt wie *BGE 122 III 27* zugrunde liegend stand in Deutschland noch nie zu höchstrichterlicher Entscheidung. Doch dürfte die Frage durch den bereits im Jahre 1991 ergangenen Entscheid *BGHZ 114, 238*, der die Frage der Risikotragung beim Missbrauch von Kreditkarten behandelt, indirekt entschieden sein, und zwar i. S. der Unzulässigkeit von AGB, welche eine Verlagerung des Missbrauchsrisikos auf den nicht schuldhaften Bankkunden vorsehen<sup>35</sup>. Dieser grundlegende Entscheid war wohl auch der Anlass für die Beseitigung der Risikoüberwälzung in der Neufassung der AGB von 1993. Er wird von der Literatur mit Zustimmung vermerkt und als auf verwandte Sachverhalte übertragbar erachtet<sup>36</sup>. Ein die zitierte Ziff. 11 der "Bedingungen" als gültig erachtender { 52/53 } BGH-Entscheid ist schwer denkbar, da mit dem hier genannten unvereinbar. Nach allem ist daher die Folgerung erlaubt, dass der dem hier besprochenen *BGE 122 III 27* zugrunde liegende Sachverhalt in Deutschland im entgegengesetzten Sinn entschieden worden wäre; die genannten den Scheckverkehr betreffenden "Bedingungen" dürften faktisch ausser Kraft gestellt sein<sup>37</sup>.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass von den früher auch dort üblichen risikoabschiebenden AGB der deutschen Banken nichts übrig geblieben ist; der jetzige Rechtszustand entspricht weitestgehend jenem, wie er in der Schweiz nach Preisgabe des hierzulande bestehenden Klauselwerkes bestünde. Dass der Geschäftsgang der deutschen Institute infolge dieser Neuerung gelitten hätte, hat bisher niemand behauptet.

### **X. Schlussbemerkungen: Wie wird sich die Befreiung der Bankkunden von der Risikotragung politisch verwirklichen lassen?**

Sind heute die zum Betrug einladenden Kontotypen und Zahlungsformen in den modernen Industriestaaten Allgemeingut der Bevölkerung, wird die in diesem Bereich herrschende Risikoallokation zu einem die ganze Gesellschaft berührenden Problem. Zu überlegen bleibt hier, auf welchem Wege Remedur, heisst Abkehr von der hier behandelten Gefahrüberwälzung, erhofft werden kann. Die Situation wäre bereinigt, wenn auch bloss eine der drei zum Handeln berufenen Instanzen (Banken, Bundesgericht, Gesetzgeber) Handlungsbedarf erkennen würde.

---

Fälschung und Verfälschung von Schecks ... trägt der Kontoinhaber. *Das bezogene Institut haftet im Rahmen des von ihm zu vertretenden Verschuldens nur in dem Masse, als es im Verhältnis zu anderen Ursachen an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat.*" (Die bereits im Original *kursiv* ausgezeichnete Textpassage kann nicht beanspruchen, klärend zu wirken).

<sup>34</sup> AGB-Gesetz § 9: "(Generalklausel): (1) Bestimmungen in AGB sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder 2. wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist."

<sup>35</sup> *BGHZ 114, 238*, Rubrum: "Eine AGB-Klausel, durch die der Ausgeber einer Kundenkreditkarte das Missbrauchsrisiko ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Kunden auf diesen abwälzt, verstösst gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 ABGBG ...". Dazu auch *NJW 1991*, 1886 ff.

<sup>36</sup> Vgl. aus der Literatur HANS ERICH BRANDER, in ULMER / BRANDER / HENSEN (Schmidt, Komm. zum AGB-Gesetz, 7. Aufl. 1993, Anh. §§ 9–11 N. 610 (S. 929 s); MANFRED WOLF / NORBERT HORN / WALTER F. LINDACHER, Komm. AGB-Gesetz, 3. Aufl. 1994, zu § 9 Note H 3; zum Grundsätzlichen auch WALTER LÖWE / FRIEDRICH V. WESTPHALEN / REINHOLD TRINKNER, Grosskommentar zum AGB-Gesetz, 2. Aufl., Heidelberg. 1985, Bd. III "B. Klauselwerke", N. 34.3, S. 44 ff.

<sup>37</sup> Nicht bekannt ist dem Schreibenden, in welchem Umfang und mit welcher Konsequenz gegenwärtig die Banken die genannten "Bedingungen" überhaupt noch zum Vertragsinhalt zu erheben oder sie im vorkommenden Schadensfall durchzusetzen versuchen.

### 1. Gesetzgebung?

Seit der Revision des Jahres 1981 besteht in der Bundesverfassung ein Artikel 31<sup>sexies</sup>, wonach der Bund "Massnahmen zum Schutz des Konsumenten" treffen soll. Seit einer Weile wird in der Schweiz sodann "Europakompatibilität" angestrebt, was ohne direkte Notwendigkeit, aber in "vorausgehendem Gehorsam" bekanntlich zu einer langen Reihe gesetzgeberischer Massnahmen geführt hat (das erst EUROLEX, dann SWISSLEX genannte gesetzgeberische Unternehmen). Zu den Ergebnissen dieser Übung gehört aber nicht ein Gesetz über die AGB oder auch bloss Vorarbeiten zu einem solchen; die oben (Ziff. IV) bereits genannte EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen hat hierzulande noch keinerlei Wirkungen ausgelöst. Das Anliegen scheint zu wenig wichtig zu sein, um breiten politischen Impetus auszulösen; Widerstand der betroffenen Kreise ist vorprogrammiert. Die mit Konsumentenschutz befassten Institutionen haben bisher hier eine Aufgabe nicht erkannt, und die politische Linke fühlt sich nicht berufen, einen Beitrag zur Verbesserung der Bankdienstleistungen zu erbringen. Die Justizabteilung, zwar mit der Aufgabe betraut, gesetzgeberische Anliegen hier besprochener Art aufzugreifen, zeigt keine Lust, sich einen Kampf aufzubürden, dessen Erfolgsaussichten ihr zweifelhaft scheinen; ihre Kräfte sind zudem derzeit auf die Schaffung einer neuen Verfassung ausgerichtet, während die heute geltende mit dem genannten Gesetzgebungsauftrag weniger ihr Interesse findet. Auf kurze und mittlere Frist darf auf den Gesetzgeber nicht gehofft werden.

### 2. Evolution der Gerichtspraxis?

Rasch könnte auf der Ebene objektiven Rechts eine Änderung der Praxis unseres Bundesgerichts Besserung bringen. Indess besteht wenig Anlass, von dieser Seite Hilfe zu erhoffen. Die oben gegen die Risikoüberwälzung vorgetragenen Gesichtspunkte sind naheliegend, jedermann einsichtig und auch nicht neu (vgl. recht 1984, 97 ff.). Der heute diskutierte Entscheid hätte erlaubt, das Problem am Rande zu signalisieren und eine Grundsatzentscheidung für künftigen Anlass sich vorzubehalten. Unser höchstes Gericht fühlt sich nicht berufen, hier eine Führungsrolle zu übernehmen. Wie wenig das Los der Bankkunden das Interesse des Bundesgerichts zu wecken vermag, folgt daraus, dass eine Gutheissung der vorliegenden Klage (sc. die Freistellung des Scheckausstellers von der Haftung), so muss man annehmen, selbst ohne Inhaltskontrolle, sondern bereits aufgrund des Verstosses der AGB gegen zwingendes Recht (Schutz der Kreuzung der Schecks) und der mangelnden Voraussehbarkeit des Verlusts dieses Schutzes möglich gewesen wäre (oben Ziff. VII/2, VIII/2).

Wenn wir von der Entscheidung des vorliegenden Falles absehen, ist allerdings verständlich, dass bei heutigem Stand der Gesetzgebung dem Bundesgericht der vielseitig erhoffte Schritt zu einer wenigstens in Extremfällen geübten Inhaltskontrolle nicht leicht fällt. Eine Ungültigerklärung { 53/54 } der hier betrachteten Klausel und anderer vergleichbarer ist bei einem Rechtsverständnis, das sich verhältnismässig eng an den Gesetzeswortlaut anlehnt und sich an diesen gebunden fühlt, nur schwer möglich. Als bloss entfernt einschlägige gesetzliche Grundlage der damit praktizierten Inhaltskontrolle käme vorab Art. 19 OR in Betracht; danach sind Abweichungen vom dispositiven Gesetzesrecht (die in den hier diskutierten Klauseln vorliegen) nicht "zulässig", wenn sie "einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit" in sich schliessen. Wenn schon, wäre am ehesten das Argument des Verstosses gegen die öffentliche Ordnung zu gebrauchen. – Seit der letzten Revision des UWG (in Kraft seit 1.3.1988) kennt die Schweiz in dessen Art. 8 eine "Pseudo-AGB-Norm", wird doch dort der Fall der "Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen" zu einem Tatbestand erhoben (der gem. Art. 10 die Grundlage von "Klagen von Kunden ..." abzugeben vermöchte). In vorliegendem Fall bringt diese Bestimmung dem Bankkunden keinerlei Hilfe, denn der Tatbestand ist nur erfüllt, wenn die AGB "in irreführender Weise" formuliert sind; der offen, ehrlich und dreist Auftretende hat vor dieser Bestimmung nichts zu fürchten, so auch im vorliegenden Fall nicht die Banken.

Niemand wird dem Bundesgericht zum Vorwurf machen, hier diese Regel nicht herangezogen zu haben<sup>38</sup>.

Andererseits ist bei all dem zu bedenken, dass Gesetzeswortlaut-Treue der Gerichte langfristig zu einer Erstarrung im nicht mehr Zeitgemässen, einer Sklerose des Rechts führt. Überdies darf in der Auseinandersetzung über die Tunlichkeit einer Inhaltskontrolle ohne dahingehende explizite gesetzliche Ermächtigung das Faktum nicht unberücksichtigt bleiben, dass unser höchstes Gericht in anderen Zusammenhängen keineswegs davor zurückgeschreckt ist, sich in offenen Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes und zum Willen des Gesetzgebers zu stellen. Zwei Beispiele: Die Lieferung schlechter Ware beim Stückkauf wird, entgegen dem Gesetz, als Vertragsverletzung qualifiziert und dementsprechend dem Käufer nicht bloss die Behelfe von Wandelung oder Minderung, sondern auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung angeboten, was der Schreibende unter heutigen Gegebenheiten wenigstens dem Grundsatz nach für gerechtfertigt hält<sup>39</sup>. In Widerspruch zu Sinn und Wortlaut des Gesetzes stellt sich die Praxis des Bundesgerichts auch hinsichtlich des Ausmasses der Anerkennung von Voraus- und Globalzessionen; hier sind rechtfertigende Gründe weniger leicht zu erkennen<sup>40</sup>, aber unser Bundesgericht ist traditionell bankenfreundlich. – Das Erwägen des Gesagten mündet in die Forderung nach einer Weiterentwicklung der Gerichtspraxis. Die konsensbezogenen Problemfälle (wie jene mangelnden Orientiertseins des Kunden über die Tatsache des vertraglichen Wirksamwerdens von Kleingedrucktem wie dessen Inhalt selber) sind ohne jeden juristischen Avantgardismus zu meistern; das Bundesgericht hat denn auch auf dieser Ebene bereits wichtige Weichen gestellt<sup>41</sup>. Eine darüber hinausgehende Inhaltskontrolle wäre auf krasse Fälle zu beschränken (wobei innerhalb der überhaupt denkbaren der vorstehend betrachtete Sachverhalt dem Schreibenden als einer der krassen zu sein scheint). An erster Stelle wäre { 54/55 } richterliches Eingreifen in jenen Fällen (zu denen wiederum der

<sup>38</sup> Vgl. zu UWG Art. 8 als Instrument der AGB-Kontrolle PETER GAUCH in, Baurecht 1987, 51–60. – Der aussenstehende Leser von UWG Art. 8 ff. muss den Eindruck gewinnen, dass hier nach der Regel *ut aliquid fiat* (damit irgend etwas geschehe) vorgegangen wurde, wohl von manchen Beteiligten in der Erwartung, damit dem Erlass einer ernsthaften AGB-Gesetzgebung zuvorzukommen. Eine Wettbewerbs-Gesetzgebung, die diesen Namen verdient, hat die Interessen der Wettbewerbsteilnehmer zu wahren; damit im gleichen Zuge auch noch deren Kunden schützen zu wollen, kann nicht zu gutem Resultat führen. Im hier betrachteten Sachverhalt beruht die kritisierte Rechtslage auf kartellistischer Absprache, das ist aber dem Fehlen von Wettbewerb zuzuschreiben. Indessen: Wo kein Wettbewerb besteht, kann ein solcher auch nicht unlauter sein. – Im übrigen aufschlussreich genug der Hinweis von GAUCH, a. a. O., 55, dass die Voraussetzung der "irreführenden Weise" der Formulierung zu beanstandenden AGB erst in den parlamentarischen Beratungen eingefügt wurde. An die Stelle der offenen Ablehnung des Gesetzesvorhabens tritt die Vereitelung dessen Wirksamkeit; aufrecht bleibt die Vorspiegelung eines Schutzes, den man umsonst sucht.

Die offen deklarierten, keinerlei Zweifel offen lassenden und schon gar nicht Irrtum erregenden Klauseln sind oft die verwerflichsten, weil Offenheit dort am ehesten vorkommt, wo die ganze Branche geschlossen dasselbe Klauselmuster durchsetzt (vgl. dazu oben Ziff. VIII/1). – Anders als hier wird im Entscheid *BGE 119 II 447 lit. c* im Zusammenhang von AGB – ohne Not und ohne zu überzeugen – auf UWG Art. 8 Bezug genommen.

<sup>39</sup> Vgl. BUCHER, OR Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, § 4/VII/3 p. 105–107; DERS., Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht, in "Wiener Kaufrecht", Berner Tage für die juristische Praxis (1990), hrsg. von E. Bucher, Bern 1991, 13 ff.

<sup>40</sup> Der Umfang der noch als wirksam anerkannten Erscheinungsformen der Zessionen bedeutet Leugnung des Gegensatzes zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, der in OR Art. 165 deutlich genug zur Regel erhoben wird, und macht das Schriftformerfordernis derselben Bestimmung zur Farce. Ein diese Auffassung stützendes Sachargument ist bis heute nicht vorgetragen worden; die Wirkung der bundesgerichtlichen Praxis ist im Konkurs des *debitor cessus* eine Besserstellung der durch Globalzessionen geschützten Banken zu Lasten der ohnehin meist leer ausgehenden sonstigen Gläubiger. Dazu EUGEN BUCHER, Kreditsicherung durch Zession, in "Probleme der Kreditsicherung", Berner Tage für die juristische Praxis (1982), hrsg. von W. Wiegand, S. 9–33; DERS. Zur Gültigkeit von Globalzessionen, in recht 1989, 12–21.

<sup>41</sup> Erwähnt sei *BGE 109 II 454*, der die sog. Ungewöhnlichkeitsregel weiterführend festschreibt, derzufolge jene Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden, mit denen der betreffende Kunde nicht zu rechnen brauchte (deshalb *in casu* nicht beachtlich die in den SIA-Normen enthaltene Regel, die eine Vertretungsbefugnis des Architekten gegenüber Dritten statuiert). Weiterhin auch *BGE 119 II 445* und oben Ziff. VIII/2 lit. a.

vorliegende zählt) angezeigt, wo eine sachlich fragwürdige Regelung infolge monopolistischer Mechanismen allgemeine Verbreitung hat und damit für die gesamte Gesellschaft zum unausweichlichen Schicksal wird.

### 3. *Einsicht der Banken?*

Die Banken haben es in der Hand, ihre AGB zu ändern. Sie hätten hier zuerst genannt werden müssen. Sie tragen die primäre Verantwortung für die hier geschilderte Situation, und an erster Stelle ist es an ihnen, zu handeln. Und dies, wenn möglich aus eigenem Antrieb und nicht infolge eines Drucks von aussen.

Der Verfasser hat den Glauben an eine mögliche Einsicht der Banken noch nicht ganz verloren. Allerdings bleibt offen, auf welchen Zeitpunkt hin diese bessere Einsicht zu erwarten sei. Es könnte die späte Einsicht sein, sich einstellend erst in etlichen Jahren, aufgrund der Vorbereitung oder gar des Erlasses eines AGB-Gesetzes oder unter dem Druck unliebsamer Diskussionen im breiten Publikum. Es könnte aber – und dahin geht die Hoffnung wohl nicht bloss des Schreibenden – auch die in naher Zukunft gewonnene Einsicht sein, dass die überlieferte Praktik nie ganz zu überzeugen vermochte, angesichts der allgemeinen Verbreitung der kontobezogenen Dienstleistungen der Banken im heutigen kundenorientierten Umfeld nicht mehr gerechtfertigt werden kann und dass auch in der Schweiz die Zeit für Neuorientierung gekommen ist. Die Schweizer Bankiers sollten sich nicht den Ruf leisten, ihre Kunden weniger gut zu behandeln als ihre Kollegen an den wichtigeren ausländischen Bankplätzen. Der Verzicht auf die altgewohnte Risikoüberwälzung müsste durch die Überlegung erleichtert werden, dass kein Anlass besteht, eine Geste hinauszuzögern, die sich als kundenfreundlich darstellt und die, wie der Schreibende zu zeigen versuchte, letztlich nichts kostet.

## **XI. Nachtrag: Hinweis auf BGE 122 III 373-381**

Wie sich obiger Text bereits bei der Redaktion und in Vorbereitung des Satzes befindet, erscheint Nr. 8 der gelben Hefte mit einem vom 9. Juli 1996 datierten Entscheid des Bundesgerichts, der sich erneut mit dem Problem gefälschter Schecks befasst. Damit wird, wenn es noch dessen bedürfte, einmal mehr die Aktualität der Problematik vor Augen geführt. Zur Abrundung des Bildes verdient auch dieses neue Urteil Beachtung; ein kurzer Hinweis genügt indessen. Auch in diesem neuesten Urteil bleibt das Fälschungsrisiko beim Kunden. Es sei jedoch vorweggenommen, dass infolge der ganz anderen Ausgangslage dieses Ergebnis, so schmerzlich es für den Betroffenen sein mag, aus der Sicht des Bankkunden und Dienstleistungskonsumenten hingenommen werden muss und juristisch vorbehaltlos zu billigen ist.

Im neuen Fall wird nicht nur ein Scheck gefälscht, sondern ganze 32 Stück vom Typ "Euroscheck", welche dem Kunden, zusammen mit Pass und auch der zu den Schecks gehörenden Garantiekarte ("carte eurochèque", "ec") vom Bösewicht aus dem irgendwo in Frankreich parkierten und aufgebrochenen Auto entwendet und bei dortigen Banken eingelöst worden waren. Der Betrüger hatte jeweilen den maximal durch die Garantiekarte gedeckten Betrag, d. h. FFR 1400, bar bezogen, was Anlass zu einer gesamthaften Belastung von CHF 11 517.20 gab. Von diesem Betrag wurde aufgrund des Benutzungsreglementes ("conditions d'utilisation de la carte ec") dem Kunden CHF 3229.90 rückvergütet; mit der Klage verlangt der Bankkunde Bezahlung des verbleibenden Differenzbetrages von CHF 8287.30. Die Klage wird von der ersten und zweiten Instanz der Genfer Gerichte und sodann vom Bundesgericht abgewiesen.

Höchst interessant ist nun die Feststellung, dass die gleiche I. Zivilabteilung, die im bloss sieben Monate zuvor gefällten Entscheid *122 III 27* nicht mit einem Wort die Berechtigung der AGB diskutiert hat, welche die Verlagerung des Betrugsrisikos auf den Kunden

festschreiben, im vorliegendem neuesten Fall zu diesem Thema tief Luft holt. In E. 2 wird weitläufig aus der Konvention XV der Schweiz. Bankiervereinigung zitiert, welche Grundlage der den Euroscheck-Verwendern auferlegten AGB darstellt. E. 3 legt die klägerischen Behauptungen dar, denen zufolge die fraglichen AGB missbräuchlich ("abusives") sind, gegen den *ordre public* und ebenso gegen ZGB Art. 2 Abs. 1 verstossen und schliesslich UWG Art. 8 verletzen sollen; auch Hinweise auf einschlägige Literatur fehlen nicht. In E. 3 lit. a wird, nach einem rechtsvergleichenden Überblick, der klägerische Standpunkt verworfen und überzeugend dargelegt, dass die Verlagerung des Betrugsrisikos auf den Scheckinhaber keineswegs unangemessen sei, da die Risikotragung nur bis zur (international einheitlich festgeschriebenen) Höhe der durch die Karte und deren Nummer garantierten Summe von ca. CHF 300 pro Scheck reicht. Überdies kann natürlich berücksichtigt { 55/56 } werden, dass im Betrugsfall für 10 Schecks 90 % der Belastung wiederum rückvergütet werden (*in casu* die oben genannte Rückvergütung von CHF 3229.90). Das Bundesgericht weist sodann zu Recht die Behauptung zurück, die Beschränkung der Rückvergütung des Betrugsschadens auf 10 Schecks sei unzulässig oder missbräuchlich, wird doch in der Verbindung von Schecks und Garantiekarte weitgehend die Verfügbarkeit von Bargeld hergestellt, für welches ja der Träger allein die Gefahren trägt. Beim hier behandelten System kann dieser immerhin für rund CHF 3000 Schecks mit bloss zehnpotentem Risiko herumtragen; wer mehr Schecks mit sich führt, nimmt bewusst eine entsprechende Gefahr in Kauf. – Nicht eingegangen zu werden braucht auf E. 4, wo das Gericht die klägerische Position verwirft, die Bank, welcher der Verlust von Schecks und Karte umgehend gemeldet worden war, hätte die betrügerischen Bezüge verhindern können bzw. müssen.

Die vom hohen Gericht angeführten Argumente sind insgesamt überzeugend, ja gar problemlos-selbstverständlich (in der Sicht des Schreibenden tut die hier stattfindende Auseinandersetzung mit UWG Art. 8 aus oben genannten Gründen dieser Regel fast zu viel Ehre an). Das lobenswerte Erwägen der Zulässigkeit, Angemessenheit und Nicht-Missbräuchlichkeit der vorliegenden AGB kontrastiert jedoch auffällig mit *BGE 122 III 27*: Dort, wo die Bedenklichkeit des Ergebnisses zum Himmel schreit, Stillschweigen zur Frage der Geltung der AGB, hier, wo man den Mut des Klägers zur Klageerhebung bewundert und mit ihm wegen des Prozessausgangs kaum ernsthaft Mitleid haben kann, einlässliche Diskussion seiner zum vornherein wenig einleuchtenden Vorbringen. Dieser Gegensatz wird noch akzentuiert durch die anschliessende E. 3 lit. b, wo es einleitend heisst "Ces questions ne sont pas déterminantes dans le cas particulier"; es wird nämlich ausgeführt, dass vorliegendenfalls unabhängig von den vereinbarten AGB das Risiko beim Bankkunden und Scheckinhaber liegt, da dieser seine Sorgfaltspflichten verletzt habe, indem er die von OR Art. 1132 auferlegte bzw. von den AGB spezifizierte Regel des getrennten Verwahrens von Schecks und Garantiekarte) verletzte. Der unterschiedliche Habitus der Argumentation der beiden Urteile zu vergleichbaren Sachverhalten erklärt sich wohl durch die jeweiligen Parteivorträge: im ersten Fall das Verpassen der Gelegenheit, die Gültigkeit der AGB zu bestreiten, im zweiten dagegen weitausholendes Vortragen eben dieses Arguments, das hier zum vornherein keine Aussichten haben konnte. Wünschbar wäre das Gegenteil gewesen. Man stellt fest, dass auch die Anwaltschaft für gute Handhabung und Fortbildung des Rechts durch die Gerichte in Verantwortung steht!

Der Schreibende ist froh, dass der in letzter Minute vor Publikation des vorstehenden Aufsatzes publizierte Entscheid ihm Gelegenheit gibt, dem Missverständnis vorzubeugen, er würde jegliche Verlagerung von Betrugsrisiken auf Bankkunden verwerfen. Davon kann natürlich keine Rede sein. "Transaktionsimmanente" Risiken, d. h. solche, die bei einer bestimmen Vorgehensweise sich nicht vermeiden lassen, sollen jene treffen, die zuerst aus dieser Vorgehensweise Nutzen ziehen und deren Risiken bewusst in Kauf nehmen. Dies trifft hier für denjenigen zu, der Euroschecks in grosser Zahl und gleichzeitig eine Garantiekarte mit sich führt. Das Gleiche müsste auch gelten für die Verwendung von Karten zum Bezug von Bargeld aus Automaten; wer diese Bequemlichkeit nutzen will, kann dies nicht tun, ohne das Risiko auf sich zu nehmen, dass ein böser Mensch, der ihn beim Geldbezug beobachtet und ihm anschliessend die Karte entwendet, über den Bestand seines Kontos verfügen kann. Derartige Risiken sollen nicht, wie oben vom Schreibenden für die Scheckfälschung in klassischem Sinn

gefordert, auf die Bank bzw. indirekt auf alle deren Kunden verlagert werden; eine derartige Lösung scheidet schon aus dem einfachen Grunde aus, dass Betrügereien durch den Kunden selber (der Missbrauch durch Dritte behauptet, während er selber oder durch Mittelsleute handelt) zum vornherein nicht zu verhindern wären. – Die zu *BGE 122 III 27* vorgetragenen Argumente bleiben für die dortige ganz andere Sachlage alle aufrecht, ja können um einen zusätzlichen Gesichtspunkt erweitert werden: Die weitgehende Sicherung der Stellung des Verwenders von Euroschecks (insbesondere die Beschränkung dessen Risiko auf 10 % des Scheckbetrages für die ersten 10 Schecks) und sodann der Verzicht auf Risikoverlagerungsklauseln für allenfalls den Garantiebetrag übersteigende Beträge (vgl. dazu die im genannten Entscheid S. 376 zitierte Ziffer 2 der AGB) steht in auffälligem Kontrast zu den für gewöhnliche Schecks geltenden AGB. Die Erklärung dieser Widersprüchlichkeit muss nicht weit gesucht werden: Die gewöhnlichen Schecks unterliegen (in der Schweiz) den besprochenen, nach wie vor geltenden AGB der in diesem Punkt unrühmlichen helvetischen Banktradition, während sich in den Regeln der Euroschecks die kundenfreundlichere Ausrichtung der Institutionen im übrigen Europa spiegelt.