

## Konsens über Obliegenheiten im Reisecheckvertrag

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.20/2004 (BGE 130 III 417) vom 27. April 2004 i.S. X. (Kläger und Berufungskläger) gegen American Express Travel Related Services Company, Inc.

Mit Bemerkungen von lic. iur. Loïc Pfister und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

#### III. Bemerkungen

##### A. Problemstellung

##### B. Ausgangslage

1. Rechtliche Qualifizierung des Vertrags
  - a) Kernelemente des Vertrags
  - b) Zur rechtlichen Natur des Reisechecks
2. Funktion des Reisechecks
3. Obliegenheit

##### C. Wesentliche Vertragspunkte

##### D. Nebenpunkte

##### E. Fazit

### I. Sachverhalt

X., ein in Genf tätiger Händler aus Indien, legt Berufung gegen das Urteil vom 14. November 2003 der Genfer *Cour de justice* ein, in welchem seine Klage gegen die American Express Travel Related Services Company, Inc. (nachfolgend: Amex) auf Rückerstattung und Schadenersatz abgewiesen wurde.

Am 3. September 1998 hatte X. bei der Bank Y. Amex-Reisechecks im Wert von USD 20 300 erworben. Die von Amex zugesicherte Rückerstattung des Reisecheckwerts im Fall von Diebstahl oder Verlust ist von der Einhaltung einer Reihe von Verhaltensregeln abhängig. Insbesondere muss der Inhaber gemäss Vertragsbedingungen «(...) *sauvegarder le chèque de voyage tel qu'une personne prudente le ferait pour un montant similaire en argent liquide*». <sup>2</sup> Nach seiner Ankunft am 12. September 1998 in New Delhi begab sich X. in einen belebten Basar. Dabei wurde ihm die Reisetasche gestohlen, die er zwischen die Beine gestellt hatte und in der sich die Reisechecks befanden. Am gleichen Tag benachrichtigte X. Amex in New Delhi. Da sich Amex weigerte, X. den Reisecheckwert umgehend zurückzuerstatten, kehrte X. in die

Schweiz zurück, ohne die vorgesehenen Waren zu kaufen. Nach Austausch mehrerer Schreiben wies Amex am 26. September 2000 den Rückerstattungsanspruch unter Bezugnahme auf die Informationen zum Verlust der Reisechecks definitiv zurück. In der Zwischenzeit wurden alle Reisechecks in Indien eingelöst.

X. hatte am 4. November 1998 einen Darlehensvertrag im Wert von CHF 30 000 mit Freunden abgeschlossen. Gemäss Vertrag hat er seine Forderung gegen Amex an die Darlehensgeber abgetreten (die Qualifikation dieses Geschäfts ist bestritten).

Am 22. Januar 2001 klagt X. gegen Amex vor Gericht in Genf. Er verlangt die Rückerstattung der Checks und Ersatz des entstandenen Schadens. Das erstinstanzliche Gericht sowie, auf Berufung hin, die *Cour de justice* des Kantons Genf wiesen die Klage ab. Das Bundesgericht bestätigt das angefochtene Urteil und weist die Klage ebenfalls ab.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Als Vertrag *sui generis* mit internationalem Bezug wirft der Reisecheckvertrag naturgemäss international-privatrechtliche Fragen auf. Das BGer setzt sich deshalb zunächst mit dem anwendbaren Recht auseinander und fasst seine Praxis zu den Anforderungen an eine stillschweigende Rechtswahl zusammen. Das BGer lehnt eine Qualifikation des Vertrags als Konsumentenvertrag und damit auch eine Anwendung von Art. 120 IPRG ab. Damit folgt es der heute vorherrschenden Lehre, die nicht nur die Natur des Vertrags als massgeblich erachtet, sondern auch den von den Vertragsparteien zugrunde gelegten Zweck.<sup>3</sup> Weiter hält das BGer fest, dass, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart hätten, das amerikanische Recht anwendbar wäre, da die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt in den USA hat (Art. 117 Abs. 2 IPRG). In der Tatsache, dass beide Parteien das gleiche Recht geltend machen, sieht das BGer allerdings den Ausdruck einer bewussten stillschweigenden Rechtswahl oder mindestens ein Indiz dafür (Art. 116 Abs. 2 IPRG). Dafür sprächen auch weitere Indizien, wie die Sprache, die Benutzung von Rechtsbegriffen eines bestimmten Rechtssystems und das Verhalten der Parteien während des Prozesses.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Loïc Pfister ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>2</sup> BGE 130 III 417, 419 A.a.

<sup>3</sup> BGE 130 III 417, 422 E. 2.1.

<sup>4</sup> BGE 130 III 417, 423 E. 2.2.1.

Die Auslegung des Vertrags zwischen dem Händler und seinen Freunden wird durch den Kläger in Frage gestellt. Nach seiner Aussage wurde nicht eine Zession, sondern ein Forderungspfand vereinbart. Das BGER erinnert zunächst an seine Rechtsprechung zu den Vertragsauslegungsmethoden. Insbesondere sei «*le sens d'un texte, apparemment clair, (...) pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée (art. 18 al. 1 CO)*».<sup>5</sup> Auch wenn der Inhalt einer vertraglichen Bestimmung klar ist, kann sich aus anderen Bestimmungen des Vertrags, aus dem Zweck oder aus den Umständen ergeben, dass der Wortlaut nicht den Sinn der Abrede wiedergibt. Es gibt jedoch keinen Grund von der grammatikalischen Auslegung des Vertrags abzuweichen, wenn kein ernsthafter Grund, für die Annahme besteht, dass der Wortlaut dem Willen der Parteien nicht entspricht.<sup>6</sup> Der Vertrag sei deshalb dem Wortsinn entsprechend als Darlehensvertrag mit Forderungsabtretung (zahlungshalber) zu qualifizieren.<sup>7</sup>

In Erwägung vier stellt sich die Frage, ob der Beklagte den Vertrag verletzt hat, indem er dem Kläger den Reisecheckwert nicht zurückerstattet hat. Der Beklagte macht geltend, der Kläger habe die Checks nicht sorgfältig aufbewahrt und damit gegen die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vorgesehene Verhaltensregel verstossen. Gemäss Kläger, «*il n'y aurait pas lieu de poser des exigences trop élevées relativement à la diligence requise pour la conservation des chèques de voyage, à défaut de quoi l'achat de tels chèques ne présenterait aucun intérêt*».<sup>8</sup> Das BGER ist der Auffassung, der Kläger hätte seine Tasche besser aufbewahren müssen, da «*les marchés publics orientaux, à l'instar des magasins de type grande surface occidentaux sont fréquentés par une foule nombreuse (...)*».<sup>9</sup> Es kommt zum Schluss, dass der Kläger die Verhaltensregel nicht erfüllt hat, und weist die Klage ab.

### III. Bemerkungen

#### A. Problemstellung

Das BGER begründet die Ablehnung des Rückerstattungsanspruchs des X. in erster Linie mit der Ab-

tretung der Forderung gegen Amex an seine Freunde. Auf diesen Teil des Entscheids soll nachstehend nicht näher eingegangen werden. Den Anspruch auf Schadenersatz wegen der nicht sofortigen Rückerstattung dagegen lehnt es wegen Verletzung der Verhaltensregel ab. In diesem Punkt überrascht der Entscheid. Er steht im Widerspruch zu der auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützten Erwartung des Käufers von Reisechecks, bei Verlust oder Diebstahl rasch, ohne grosse Diskussion und noch im Ausland Ersatz zu erhalten. Immerhin darf nicht übersehen werden, dass der Entscheid letztlich auf der Würdigung von Beweisen beruht.<sup>10</sup> Die Beweiswürdigung aber ist immer ein Wertungsentscheid. «*La tâche du juriste est d'insérer dans le flux des événements un jugement de valeur, une donnée intuitive du juste qui n'est plus d'ordre logique, mais du ressort de la raison pratique*».<sup>11</sup> Wertungsentscheide wiederum lassen sich nur beschränkt hinterfragen.<sup>12</sup> Dennoch bleibt der Eindruck zurück, das BGER habe den Konflikt zwischen den legitimen Erwartungen des Käufers und dem Bedürfnis des Ausstellers von Reiseschecks nach Schutz vor fahrlässigem Verhalten des Checkeigentümers klar zugunsten der Interessen des Ausstellers aufgelöst. Die resultierende Risikoallokation stellt die Funktion des Reisechecks grundsätzlich in Frage.

Die Klausel ist klar und in ihrer Bezugnahme auf die Sorgfalt im Umgang mit Bargeld auch anschaulich formuliert. Dessen ungeachtet stellt sich methodologisch die vom Bundesgericht nicht weiter aufgegriffene Frage nach dem Konsens über diese Klausel. AGB werden oft nicht gelesen, was den beteiligten Parteien durchaus bewusst ist.<sup>13</sup> Sie werden in casu global übernommen.<sup>14</sup> Den Interessen der Gegenseite trägt die so genannte Ungewöhnlichkeitsregel Rechnung. Nach diesem aus dem Vertrauensprinzip abge-

<sup>10</sup> Forstmoser, Einführung in das Recht, 3. Aufl., Bern 2003, § 19 N 145.

<sup>11</sup> Im Rahmen des Kausalzusammenhangs: Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 484.

<sup>12</sup> Vgl. Forstmoser, Einführung in das Recht, § 19 N 143: In diesem Wertungsspielraum wird der Entscheid «*massgebend vom Vorverständnis des Richters mitgeprägt, von seinem Erfahrungsschatz, seinen Wertvorstellungen, seinem Menschenbild*».

<sup>13</sup> BK I.1 – Merz, Art. 2 ZGB N 173; Giger, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, S. 31.

<sup>14</sup> Jeandin, Le chèque de voyage, Diss. Genf 1992, S. 50; Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, N 1559 f.

<sup>5</sup> BGE 130 III 417, 425 E. 3.2.

<sup>6</sup> BGE 130 III 417, 425 E. 3.2.

<sup>7</sup> BGE 130 III 417, 426 E. 3.3.

<sup>8</sup> BGE 130 III 417, 427 E. 4.

<sup>9</sup> BGE 130 III 417, 429 E. 4.2.2.

leiteten Grundsatz sind global übernommene AGB soweit gültig als sie keinen ungewöhnlichen Inhalt aufweisen.<sup>15</sup> Um dies zu beurteilen, ist von der Funktion der Klausel im Kontext des ganzen Vertrags auszugehen (B.). «Denn der Kunde hat nur mit solchen Regeln zu rechnen, die der Vertragsergänzung dienen, die also den übereinstimmend gewollten Geschäftskern (...) weiter ausformen.»<sup>16</sup> Anschliessend ist die vertragliche Verhaltensregel dem Zweck des Reisecheckvertrags gegenüberzustellen (C.).

## B. Ausgangslage

### 1. Rechtliche Qualifizierung des Vertrags

#### a) Kernelemente des Vertrags

Bei der Ausgabe von Reisechecks schliesst der Erwerber und die ausstellende Bank bzw. ihr Vertreter in ihrem Namen einen Vertrag, der die Grundlage des Reisecheckverkehrs bildet.<sup>17</sup> Als Vertrag *sui generis* weist der Reisecheckvertrag zwei wesentliche Komponenten auf.<sup>18</sup> Zum einen die Übergabe von Checks gegen direkte Bezahlung des Betrags durch den Erwerber<sup>19</sup>, zum anderen das Rückerstattungsversprechen (sog. *Refund*): Unter Einhaltung von bestimmten Verhaltensregeln räumt die Bank ein Anrecht auf umgehenden Ersatz bei Diebstahl oder Verlust ein.<sup>20</sup> Dieser Anspruch wird durch eine Kommission entgolten und kann mit dem Abschluss einer *Versicherung* verglichen werden.<sup>21</sup>

Gestützt auf den Vertrag zwischen dem Reisenden und der ausstellenden Bank entsteht eine Anweisung (Art. 466 ff. OR).<sup>22</sup> Die ausstellende Bank (Anweisende) weist sich selbst (Angewiesene) an, dem Reisenden (Anweisungsempfänger) zu zahlen (sog. *Eigenanweisung*).<sup>23</sup> Der Korrespondent bezahlt im

Auftrag der ausstellenden Bank.<sup>24</sup> Der Reisecheck kann eine gewöhnliche Anweisung (einen Titel mit reinem Legitimations- oder Präsentationswert) oder eine qualifizierte Anweisung (Wertpapier) darstellen.<sup>25</sup>

#### b) Zur rechtlichen Natur des Reisechecks

Die rechtliche Natur des Reisechecks ist umstritten. Gemäss US-amerikanischem Recht (Art. 1139 f. OR) erfüllen Amex-Reisechecks (Reisechecks mit Anweisungscharakter)<sup>26</sup> die formellen Voraussetzungen eines Checks und sind deshalb als solche zu behandeln.<sup>27</sup> Das Bundesgericht geht allerdings wie erwähnt von einer stillschweigenden Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts aus. Nach schweizerischem Recht stellen Reisechecks keine Checks im rechtlichen Sinne dar. Trotz seiner Bezeichnung erfüllt der Reisecheck die Erfordernisse von Art. 1100 OR nicht: Ein Ausstellungsdatum (Art. 1100 Ziff. 5 OR) ist nicht angegeben, die Faksimile-Unterschrift genügt nicht (Art. 1100 Ziff. 6 i.V.m. Art. 1143 Abs. 1 Ziff. 20 und Art. 1085 OR).<sup>28</sup> Sie sind auch keine wechselähnlichen Anweisungen an Ordre im Sinne von Art. 1147 OR, da nicht sämtli-

<sup>24</sup> Bösch, Der Reisecheck, S. 242.

<sup>25</sup> Meier-Hayoz/von der Crone, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Zürich 2000, § 6 N 1 ff.

<sup>26</sup> Hammer, Der trassiert-eigene Bankcheck, Diss. Zürich 1982, S. 62; Bösch, Der Reisecheck, S. 306.

<sup>27</sup> Hammer, Der trassiert-eigene Bankcheck, S. 65; das amerikanische Recht (Uniform Commercial Code) sieht eine weitgehende Freiheit in Bezug auf die Form der Papiere vor (vgl. Zimmermann, Kommentar zum Schweizerischen Scheckrecht, 2. Aufl., Bern 1980, S. 69; Jäggi/Druy/von Greyerz, Wertpapierrecht, Basel [etc.] 1985, S. 340; Bösch, Der Reisecheck, S. 307; Heinichen, Die Rechtsgrundlagen des Reisecheckverkehrs, Diss. Berlin 1964, S. 83).

<sup>28</sup> Gleiche Argumentation für einen Check ohne Anweisungscharakter – Swiss Bankers Travellers Cheque (SBTC), Meier-Hayoz/von der Crone, Wertpapierrecht, 1. Aufl., Zürich 1985, § 20 N 1; Bösch, Der Reisecheck, S. 117. Die Bezeichnung als Check ist angesichts des Einflusses des amerikanischen Rechts auf die kontinentalen Gesetzgebungen entstanden. Der Check ist also nicht als *fehlerhafter Check* zu verstehen, sondern wird aufgrund dieses Einflusses so genannt (a.A.: Jeandin, Le chèque de voyage, S. 223 f.). Die Annahme der wertpapierrechtlichen Natur des Reisechecks wäre also nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGR, für welches «il ressort de la loi que le législateur n'a pas voulu qu'un chèque nul en la forme soit considéré comme un papier-valeur innominé» (BGE 80 II 82, 87 E. 3). M.a.W. wäre es keine Konversion, sondern eine von Anfang an falsche Bezeichnung des Papiers, vgl. BSK – Koller, Art. 466 OR N 4.

<sup>15</sup> BK VI.1.1 – Kramer, Art. 1 OR N 190; vgl. den mit der Revision des KIG neu vorgesehenen Art. 10c Abs. 2 OR.

<sup>16</sup> ZK V.1a – Schönenberger/Jäggi, Art. 1 OR N 499.

<sup>17</sup> Beim Amex-Reisecheck schliesst der Reisende einen Vertrag direkt mit der Hauptanstalt in New York ab, Jeandin, Le chèque de voyage, S. 46.

<sup>18</sup> Bösch, Der Reisecheck, Diss. Zürich 1987, S. 205.

<sup>19</sup> Damit kommen keine ungedeckten Reisechecks vor, Bösch, Der Reisecheck, S. 4.

<sup>20</sup> Bösch, Der Reisecheck, S. 5.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 130 III 417, 427 E. 4.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 87 IV 16, 18 E. 1a; Engel, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., Bern 2000, S. 575.

<sup>23</sup> Bösch, Der Reisecheck, S. 59.

che Formvorschriften des Wechsels erfüllt sind.<sup>29</sup> Lehnt man mit dem überwiegenden Teil der schweizerischen Lehre die Existenz eines *numerus clausus* für Ordrepapiere ab<sup>30</sup>, sind die Reisechecks als frei gewillkürte Ordrepapiere zu betrachten.<sup>31</sup> Frei gewillkürte Ordrepapiere müssen den Formvorschriften von Art. 1152 Abs. 1 OR genügen.<sup>32</sup> Dies ist im Fall der Amex-Reisechecks der Fall.<sup>33</sup> Für die Form der Unterschrift des *Zeichners* gilt Art. 14 Abs. 2 OR.<sup>34</sup> Der Reisecheck ist auf Sicht fällig (*allgemeiner* Verweis des Art. 1152 Abs. 2 i.V.m. 1097 OR).<sup>35</sup> Auch Reisechecks ohne Anweisungscharakter (bloss Zahlungsverprechen) sind als Ordrepapiere im Sinne von Art. 1152 Abs. 1 OR zu qualifizieren.<sup>36</sup>

Der Reisecheckvertrag ist Vorvertrag zum konstitutiv wirkenden, wertpapierrechtlichen Bege-

bungsvertrag.<sup>37</sup> Der Refund ist in der Urkunde nicht verbrieft. Er ist als zivilrechtliche (nicht-wertpapierrechtliche) Rückerstattungszusage ausserhalb der Reisecheckurkunde zu qualifizieren, welche nichts an der Ordrepapiernatur des Checks ändert.<sup>38</sup>

## 2. Funktion des Reisechecks

Zweck des Reisechecks ist die Sicherung des Erwerbers gegen Diebstahl und Verlust seines Liquiditätsmittels. Die Funktion des Zahlungsmittels tritt beim Reisecheck im Gegensatz zum gewöhnlichen Check klar in den Hintergrund.<sup>39</sup> Die Sicherungsfunktion ist nach zwei Richtungen ausgestaltet:<sup>40</sup> *Einerseits* kann der Reisende Geldwert auf sichere Art und Weise transportieren. Dafür erwirbt er gegen Bargeld Reisechecks bei der ausstellenden Bank (oder bei ihrem Vertreter). Unter der Voraussetzung, dass die vereinbarten Verhaltensregeln eingehalten werden, verspricht die Bank für den Fall des Diebstahls oder des Verlusts die Rückzahlung des Checkbetrags. *Andererseits* sind im Zusammenhang mit der Einlösung der Checks am jeweiligen Reiseziel spezifische Formalitäten vorgeschrieben, welche zumindest eine summarische Identifizierung des Berechtigten sicherstellen sollen.<sup>41</sup> Dazu dient insbesondere das System der doppelten Unterzeichnung des Reisechecks durch den Erwerber, zum ersten Mal beim Kauf, zum zweiten Mal bei der Verwendung des Reisechecks.<sup>42</sup>

Ausserdem sollen die Reisechecks «*das Vertrauen der zahlreichen auch kleineren Empfänger (...) auf der Reise finden*» und direkt als Zahlungs-

<sup>29</sup> BSK – *Christen*, Art. 1147/1151 OR N 3; analoge Argumentation für den SBTC mit dem Zahlungsverprechen an Ordre gemäss Art. 1151 OR: *Bösch*, Der Reisecheck, S. 117; *Jeandin*, Le chèque de voyage, S. 223 f. Der Argumentation dieses Autors (Unmöglichkeit eines fehlerhaften Checks) kann dennoch nicht gefolgt werden (siehe n. 34).

<sup>30</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 124 und Hinw.: Keine gegenständliche Beschränkung der Ordrepapiere ist in der Legaldefinition (Art. 1145 OR) vorgesehen. Im Wertpapierrecht besteht eine grundsätzliche aus der Privatautonomie hergeleitete Formfreiheit, *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, 2. Aufl., § 1 N 9; ZK V.7a – *Jäggi*, Art. 965 OR N 252.

<sup>31</sup> Gleicher Meinung für den SBTC, umso mehr für den Reisecheck mit Anweisungscharakter: *Bösch*, Der Reisecheck, S. 137. Das BGer hat sich nicht zu dieser Frage geäußert. Zu erwähnen sind zwei Entscheide des OGer Zürich, welche die grundsätzliche Ordrequalität von Reisechecks bejahen (zitiert in *Bösch*, Der Reisecheck, S. 105 n. 3). Contra: *Jeandin*, Le chèque de voyage, S. 242, der alle Arten von Checks als wertpapierlose Schuldbriefe betrachtet.

<sup>32</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 123 ff. Contra: ZK V.7a – *Jäggi*, Art. 1145 OR N 32 ff.; *Jeandin*, Le chèque de voyage, S. 230.

<sup>33</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 131 ff.

<sup>34</sup> ZK V.7a – *Jäggi*, Art. 1152 OR N 11; vgl. *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, § 1 N 11; ZK V.1a – *Schönenberger/Jäggi*, Art. 14/15 OR N 13; *von Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, S. 240 n. 49.

<sup>35</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 133 ff.

<sup>36</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 137. Siehe auch den in den SBTC-AGB gemachten Vergleich mit den Wertpapieren in: *Jeandin*, Le chèque de voyage, Beilage III/1, N 1.4. *Hammer*, Der trassiert-eigene Bankcheck, S. 62 n. 239, tendiert zu einer Qualifikation als wechselähnliche Ordrepapiere i.S. von Art. 1151 OR. Diese Qualifikation ist ausdrücklich verneint bei *Jäggi* (ZK V.7a – *Jäggi*, Art. 1151 OR N 9). Gegen eine Qualifikation als Wertpapiere: *Jeandin*, Le chèque de voyage, S. 242 f.; *Jäggi/Druey/von Greyerz*, Wertpapierrecht, S. 341.

<sup>37</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 152, 205; zum Begebungsvertrag, *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, § 3 N 10 ff.

<sup>38</sup> Der bernische Appellationshof vertritt auch die Meinung, dass der Refund keine checkrechtliche Verpflichtung ist: ZBJV 113 (1977) 356, 358 E. 2.a; auch *Bösch*, Der Reisecheck, S. 140; zum Verhältnis von Refund und Kraftlosklärung, *derselbe*, S. 268. Contra: ZK V.7a – *Jäggi*, Art. 1151 OR N 9.

<sup>39</sup> Vgl. *Taisch/Beutter*, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, Zürich 1999, S. 139.

<sup>40</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 4; siehe auch *Heinichen*, Die Rechtsgrundlagen des Reisecheckverkehrs, S. 57.

<sup>41</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 139.

<sup>42</sup> *Boemle*, Wertpapiere des Zahlungs- und Kreditverkehrs sowie der Kapitalanlage, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 43; *Bösch*, Der Reisecheck, S. 4 f.; *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, S. 935.

mittel benutzt werden.<sup>43</sup> Dieser Funktion kommt allerdings in vielen Ländern (wie beispielsweise auch Indien) höchstens sekundäre, wenn nicht gar keine Bedeutung zu.<sup>44</sup> *Raison d'être* und zentrale Eigenschaft des Reisechecks bleibt mit anderen Worten das Rückerstattungsversprechen der Bank bei Diebstahl oder Verlust.<sup>45</sup> Ohne diese Form der Versicherung würde die Umwandlung von Liquiditätsmitteln in Reisechecks keinen Sinn machen.

### 3. Obliegenheit

Obwohl die Formulierung der Klausel auf eine eigentliche Sorgfaltspflicht hindeuten könnte, begründet sie keine rechtlich durchsetzbaren vertraglichen Pflichten des Checkerwerbers.<sup>46</sup> Vielmehr ist sie als Obliegenheit zu qualifizieren.<sup>47</sup> Obliegenheiten sind rechtsgeschäftlich definierte oder gesetzlich begründete Regeln über das Verhalten einer Partei, das die Voraussetzung dafür ist, damit, insbesondere, ein subjektives Recht entsteht, geltend gemacht werden kann oder nicht untergeht.<sup>48</sup> Im Fall des Reisechecks ist die Einhaltung der Verhaltensregeln Voraussetzung für das Entstehen bzw. die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs.<sup>49</sup> Die Obliegenheit unterscheidet sich grundsätzlich von der Pflicht aufgrund der Interessenlage.<sup>50</sup> Sie muss hauptsächlich im eigenen Interesse beachtet werden. Die andere Partei kann weder die Erfüllung der Obliegenheit noch Schadenersatz bei Nichterfüllung verlangen.<sup>51</sup> Wenn

sie aber ein rechtserhebliches<sup>52</sup>, also rechtlich geschütztes Interesse an der Erfüllung hat, besteht ein subjektives Recht, d.h. ein Recht auf ein bestimmtes Verhalten der anderen Partei; dieses subjektive Recht wird durch Art. 97 OR sanktioniert.<sup>53</sup> Die Interessenlage ist folglich ein *Indiz*, um zwischen Obligation und Obliegenheit zu unterscheiden; die *Schnittstelle* ist die Sanktion von Art. 97 OR. Wenn man von einer ideellen Interessenlage ausgeht, umfasst eine Obligation die Interessenlage der Obliegenheit und besteht, wenn das Interesse der Belasteten nicht genügt, um ihn zu einem bestimmten Verhalten im rechtlich geschützten Interesse der Gegenpartei zu zwingen. Die Parteien können jedoch die Lage anders bestimmen.<sup>54</sup> Die Obligation kann grundsätzlich als *qualifizierte Obliegenheit* betrachtet werden, die eine Sanktionsandrohung benötigt.<sup>55</sup> Umgekehrt kann die Obliegenheit als eine *«Pflicht geringerer Intensität»*, eine Pflicht ohne subjektives Recht der Gegenpartei definiert werden.<sup>56</sup>

Der Reisecheckvertrag sieht normalerweise drei Obliegenheiten für den Reisenden vor.<sup>57</sup> Zum Einen muss das System der Doppelunterschrift eingehalten werden: Die Reisechecks müssen unmittelbar beim Erwerb einmal unterzeichnet werden, während die Gegenzeichnung erst bei der Einlösung angebracht werden darf. Zum Zweiten müssen die Reisechecks mit besonderer Sorgfalt aufbewahrt werden und zum Dritten muss der Emittent im Verlustfall sofort benachrichtigt werden.

### C. Wesentliche Vertragspunkte

Der Vertrag ist zustande gekommen, wenn sich die Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte

<sup>43</sup> *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, S. 935; *Bösch*, Der Reisecheck, S. 5.

<sup>44</sup> Die Einlösungsumstände sind in vielen Ländern schwierig. Es gibt wenig Korrespondenten und der Umtausch dauert lang; oft ist es auch nur möglich, einen begrenzten Betrag zu wechseln, BGE 130 III 417, 419 A.b.

<sup>45</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 140; *Jeandin*, Le chèque de voyage, S. 58.

<sup>46</sup> *Bösch*, Der Reisecheck, S. 226 f.

<sup>47</sup> *Koller*, Allgemeiner Teil I, N 96.

<sup>48</sup> Zu den Rechtsfolgen von Obliegenheiten, vgl. *Ehrensperger*; Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004, S. 113 ff. Eine positive Definition der Obliegenheit (vor allem im Rahmen der Parteiautonomie) ist *in abstracto* eine gefährliche Übung. Die Schilderung von internen Kategorien, z.B. je nach Rechtsfolgen, kann willkürlich und vereinfachend sein. Es handelt sich letztlich um einen Auffangbegriff.

<sup>49</sup> Vgl. *Bösch*, Der Reisecheck, S. 227.

<sup>50</sup> *Koller*, Allgemeiner Teil I, N 102.

<sup>51</sup> *Von Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil I, S. 12; *Koller*, Allgemeiner Teil I, N 96.

<sup>52</sup> *Koller*, Allgemeiner Teil I, N 102.

<sup>53</sup> Vgl. *Engel*, Traité, S. 15 und 18; *Jhering* definiert das subjektive Recht als ein rechtlich geschütztes Interesse. Ein relativ subjektives Recht ermöglicht, ein vereinbartes Verhalten von einer anderen Person zu verlangen. Vgl. auch *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Zürcher Habilitationsschrift, Tübingen 1965, S. 35.

<sup>54</sup> Vgl. BGE 113 II 174, insb. 178 E.1.c.

<sup>55</sup> Vgl. *Kuhn/Müller/Eckert*, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2002, S. 218, die im WG zwischen Obliegenheiten im weiteren und im engeren Sinne unterscheiden.

<sup>56</sup> *Ehrensperger*, Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht, S. 129; BK VI.1.1 – *Kramer*, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 113. Contra: *Koller*, Allgemeiner Teil I, N 96.

<sup>57</sup> *Jeandin*, Le chèque de voyage, S. 48 und 64 ff., *Bösch*, Der Reisecheck, S. 226 f.

geeignet haben. «Die wesentlichen Stücke der Verabredung (*essentialia negotii*) sind das Minimum dessen, was verabredet werden muss, um den Bestand des Vertrags zu ermöglichen.»<sup>58</sup> Im Fall des Reisechecks bilden Währung, Betrag und Rückerstattungsversprechen bei Verlust oder Diebstahl die wesentlichen Vertragspunkte. Die Verhaltensregeln stellen demgegenüber Nebenpunkte dar. Fehlender Konsens der Parteien über die Verhaltensregeln hindert deshalb die Verbindlichkeit des Vertrags nicht.

Die AGB sind als Willenserklärung der Bank betreffend die Gestaltung der Nebenpunkte, insbesondere der Verhaltensregeln, zu verstehen. Der Reisende kann den entsprechenden Antrag annehmen oder ablehnen. Theoretisch kann er Klauseln streichen oder ergänzen und damit seinerseits einen neuen Antrag stellen. Praktisch gesehen wird sich der Kunde allerdings regelmässig vor die Wahl gestellt sehen, die AGB ohne Einschränkung zu akzeptieren oder auf den Vertragsabschluss zu verzichten. Ob sich der AGB-Verfasser dabei in einer Machtposition befindet, wie dies in der Lehre teilweise postuliert wird, hängt von der Substituierbarkeit des Anbieters und der angebotenen Leistung ab. Offerieren mehrere Anbieter vergleichbare Leistungen oder lässt sich die zur Diskussion stehende Leistung mehr oder minder gleichwertig durch eine andere ersetzen, so wird die Handlungsfreiheit des Kunden durch die Weigerung des Anbieters, die Konditionen individuell zu verhandeln, nicht relevant eingeschränkt. Verfügt der AGB-Verfasser dagegen über eine Monopolstellung, kann er diese grundsätzlich auch dazu einsetzen, einseitige AGB durchzusetzen. Der rational handelnde Monopolist allerdings wird seine Monopolmacht primär zur Maximierung seines Gewinnes einsetzen. Dazu wird er einerseits durch AGB, welche die Risiken effizient auf beide Parteien verteilen, den mit der Vertragsbeziehung geschaffenen Mehrwert maximieren und sich andererseits durch einen möglichst hohen Preis ein Maximum dieses Mehrwerts aneignen.

Kritisch sind AGB somit weniger wegen eines allfälligen Missbrauchs von (Monopol-)Macht eine wettbewerbsrechtliche Frage sondern wegen der Tatsache, dass die Gegenseite AGB regelmässig nicht bewusst und Klausel für Klausel, sondern vielmehr

bloss global übernimmt. Da die Tatsache der bloss globalen Übernahme auch der Gegenseite bekannt ist, werden für den Fall der AGB «aus dem Vertrauensprinzip spezifisch erhöhte Anforderungen an die Konsensbildung (...) abgeleitet».<sup>59</sup> Es gilt die aus der allgemeinen Konsenslehre abgeleitete<sup>60</sup> *Ungewöhnlichkeitsregel*. Die Gegenseite hat die Regelung von Nebenpunkten in den AGB nur soweit gegen sich gelten zu lassen, als sie «den übereinstimmend gewollten Geschäftskern»<sup>61</sup> des Vertrags weiter gestalten (*vertrauenswürdige* AGB). Die Ungewöhnlichkeitsregel greift nur, wenn der objektive geschäftsfremde Klauselinhalt nachgewiesen wird und die subjektive Voraussetzung der Branchenunerkennbarkeit erfüllt ist.<sup>62</sup>

Zu prüfen ist zuerst, ob die Klausel aufgrund der Funktion des Reisechecks als gesichertes Transportmittel<sup>63</sup> oder eines zu hoch angesetzten Sorgfaltsmassstabs *objektiv* dem Zweck des Vertrags widerspricht.

Mit dem Reisecheck erwirbt der Reisende eine Vorstufe zu Bargeld, eine *Forderung auf Liquiditätsmittel* in der Form eines Wertpapiers. Motiv dazu ist das *Rückerstattungsversprechen* für den Fall des Verlusts oder Diebstahls. Der Reisende hat kein eigenständiges Interesse, Barmittel in ein Wertpapier zu wandeln, das seinerseits wieder zu Bargeld gemacht werden kann. Ihn interessiert einzig die damit verbundene Versicherung und damit der Transfer des Verlust- und Diebstahlrisikos zur Ausstellerin.<sup>64</sup> Verlust oder Diebstahl lassen sich mit gehöriger Sorgfalt fast in jedem Fall verhindern. Eine Versicherung gegen Diebstahl oder Verlust, deren Deckung schon beim kleinsten Selbstverschulden des Versicherten entfallen würde, hätte deshalb für den Versicherten keinen praktischen Wert. Der Versicherte sucht vielmehr Deckung gerade auch für das Risiko des vermeidbaren Verlusts oder Diebstahls. Der Reisecheck unterscheidet sich in diesem Punkt nicht von der Hausratsversicherung. Der generelle Ausschluss der Rückerstattung bei schlechter Aufbewahrung des

<sup>58</sup> Von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil I, S. 155; siehe auch BK VI.1.1 – Kramer, Art. 2 OR N 4 und N 17: «Der Vertragsabschluss soll möglichst nicht an der Nichteinigung über unwesentliche Punkte scheitern.»

<sup>59</sup> BK VI.1.1 – Kramer, Art. 1 OR N 201.

<sup>60</sup> Koller, Allgemeiner Teil I, N 1580.

<sup>61</sup> ZK V.1a – Schönenberger/Jäggi, Art. 1 OR N 499.

<sup>62</sup> BGE 109 II 452, 458 E. 5b; ZK V.1a – Schönenberger/Jäggi, Art. 1 OR N 499.

<sup>63</sup> Heinichen, Die Rechtsgrundlagen des Reisecheckverkehrs, S. 57.

<sup>64</sup> Jeandin, Le chèque de voyage, S. 69.

Checks widerspricht damit dem Zweck des Vertrags.<sup>65</sup>

Dass sich zwischen dem Zweck der Versicherung und den Haftungsbeschränkungen ein Spannungsfeld öffnet, ist nicht aussergewöhnlich: Die Haftungsbeschränkung, die alle Versicherungs-AGB vorsehen, grenzt die abgeschlossene Versicherung ein und bildet damit in sich einen gewissen Widerspruch. Die Motivation der Bank ist, ihr Risiko so klein wie möglich zu halten. Vorliegend allerdings geht die Risiko-beschränkung in den AGB so weit, dass der Zweck des Vertrags in Frage gestellt wird.

Der Kunde bezahlt mit der Kommission unter anderem eine Versicherungsprämie, für die er eine Gegenleistung braucht. Eine solche ist nicht erkennbar, wenn es aufgrund der übertrieben strengen Verhaltensregeln und unter Berücksichtigung der Beweisprobleme auf Seiten des Kunden praktisch im Ermessen der Bank steht, bei Verlust oder Diebstahl zu bezahlen oder nicht. Kann die Bank ohne Probleme eine Rückerstattung ablehnen, sei es gegenüber dem Reisenden, der seine Reisechecks verloren hat, oder gegenüber dem Korrespondenten, der die Unterschrift und – je nach Umständen – die Identität unsorgfältig geprüft hat, deutet dies auf einen überhöhten Sorgfaltsmassstab hin.

Die Klausel steht somit im Widerspruch zum Zweck des Vertrags. Grundsätzlich können Vertragspartner alles vereinbaren, auch Bestimmungen, die gegen den Zweck des Vertrags verstossen.<sup>66</sup> Zu klären bleibt, ob der objektive Widerspruch aus der Sicht des Reisenden zur Zeit des Vertragsabschlusses *subjektiv* ungewöhnlich war. Diese Voraussetzung bemisst sich nach dem Erfahrungsgrad, welcher auch unter Kaufleuten differieren kann.<sup>67</sup> Nach seiner Erfahrung konnte und musste der Reisende mit einer solchen Klausel nicht rechnen.

Die Klausel ist somit objektiv und subjektiv ungewöhnlich. Im Bereich dieses Nebenpunkts besteht ein Dissens (Art. 1 Abs. 1 OR).

#### D. Nebenpunkte

Besteht kein Konsens über die Nebenpunkte, «*hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäfts zu entscheiden*» (Art. 2 Abs. 2 OR). Er handelt nicht mehr als Techniker, sondern als Schöpfer.<sup>68</sup> Er geht vom konkreten Vertragszweck aus und sucht «*eine mit ihm harmonisierende Ergänzung*».<sup>69</sup> Der Richter greift nicht von Amtes wegen ein, sondern nur auf Begehren einer Partei. Der Antrag des Kontrahenten auf Ergänzung kann Teil eines *umfassenderen Rechtsstreits* sein: Bei einer Erfüllungsklage kann vorfrageweise auf Feststellung des Inhalts geklagt werden.<sup>70</sup> Obwohl Art. 2 Abs. 2 OR primär anwendbar ist, falls ein Nebenpunkt vorbehalten wurde, muss er auch analog bei verstecktem Dissens über Nebenpunkte des Vertrags angewendet werden.<sup>71</sup>

Art. 2 Abs. 2 OR verweist auf Art. 4 ZGB (*Recht und Billigkeit*).<sup>72</sup> Der Richter hat gleich vorzugehen, wie bei der richterlichen Lückenfüllung *modo legislatoris*.<sup>73</sup> An zwingende Normen ist der Richter gebunden.<sup>74</sup> Bei Innominatverträgen arbeitet er per *Gesetzesanalogie*: Normen eines bestimmten Vertragstyps sind anwendbar, wenn die Interessenlage vergleichbar ist.<sup>75</sup> Zweck des dispositiven Rechts ist grundsätzlich eine «*gerechte, inhaltlich angemessene Ordnung*».<sup>76</sup> Wenn eine befriedigende Lösung auf diesem Wege nicht gefunden ist, so hat der Richter die zu findende Norm frei festzulegen. Das Gesetzesrecht bleibt immerhin die erste und wichtigste Referenz (*Rechtsanalogie*).<sup>77</sup>

<sup>68</sup> Vgl. BK I.1 – *Meier-Hayoz*, Art. 4 ZGB N 16.

<sup>69</sup> *Merz*, Vertrag und Vertragsabschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, N 190.

<sup>70</sup> ZK V.1a – *Schönenberger/Jäggi*, Art. 2 OR N 48 ff.; BK VI.1.1 – *Kramer*, Art. 2 OR N 22.

<sup>71</sup> BK VI.1.1 – *Kramer*, Art. 2 OR N 27.

<sup>72</sup> BGE 84 II 628, 632 E. 1; zur Verhältnis zwischen Art. 2 und 4 ZGB, BK I.1 – *Merz*, Art. 2 ZGB N 83.

<sup>73</sup> Vgl. BK I.1 – *Meier-Hayoz*, Art. 4 ZGB N 49.

<sup>74</sup> BK I.1 – *Meier-Hayoz*, Art. 4 ZGB N 42.

<sup>75</sup> *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 26.23 f.; BK I.1 – *Meier-Hayoz*, Art. 1 ZGB N 346.

<sup>76</sup> *Bucher*, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: FS Deschenaux zum 70. Geburtstag, Freiburg 1977, S. 249 ff., insb. S. 256.

<sup>77</sup> BK I.1 – *Meier-Hayoz*, Art. 1 ZGB N 351 und weitere Hinweise.

<sup>65</sup> Vgl. die im Versicherungsrecht vorgesehene Bestimmung. Nach Art. 33 VVG «*haftet der Versicherer für alle Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst*». Der zweite Teil dieser Bestimmung ist in casu nicht relevant. Da es keinen Konsens über die Klausel gibt, erübrigt sich die Frage, ob sie klar verfasst worden ist oder nicht: Keine Kontrolle nach der Unklarheitsregel.

<sup>66</sup> Vgl. *Engel*, Traité, S. 98.

<sup>67</sup> *Giger*, Geltung- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 35 und 37.

Die hier zu schöpfende Klausel bezieht sich auf die Sorgfaltspflicht beim Eintritt des Versicherungsereignisses (Rückerstattungsauslösers). Denkbar wäre, dass die Versicherung nur gegen zufällige Ereignisse Schutz böte, dass also jegliches Mitverschulden zur Verwirkung des Versicherungsanspruchs führte.<sup>78</sup> Berücksichtigt man die für das Reisen typisch hektischen und unvorhersehbaren Situationen, so wäre eine solche Regel nicht adäquat.

Das Recht der Haftungsbeschränkung ist hier in Betracht zu ziehen. Art. 100 OR gibt zwingend die obere Limite des haftpflichtrechtlichen Haftungsausschlusses. Man muss aber festhalten, dass einerseits Art. 97 ff. OR nicht auf Obliegenheiten zugeschnitten sind<sup>79</sup> und dass andererseits, wie vorher angedeutet, das Rückerstattungsversprechen einer Versicherungsklausel ähnlich ist. Art. 100 Abs. 3 OR behält das VVG als *lex specialis* vor. Art. 14 Abs. 1 VVG zeigt neben gewissen Parallelen auch bedeutende Unterschiede zum allgemeinen Haftpflichtrecht.<sup>80</sup> Im Gegensatz zu Art. 100 OR, wonach eine Fahrlässigkeit, die eine gewisse Intensität aufweist, grundsätzlich immer zur Haftungsbefreiung führt, wird eine Haftungsbefreiung der Versicherer gemäss Art. 14 Abs. 1 VVG nur durch die Schuldform der Absicht herbeigeführt.<sup>81</sup> Sie zeigt den Willen des Gesetzgebers, die erlaubte Limite bei Versicherungsverträgen anzuheben.

Während Art. 100 OR *e contrario* bedeutet, dass eine Verabredung über einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit möglich ist<sup>82</sup>, enthält Art. 14 Abs. 4 VVG eine untere Limite: *«hat der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das Ereignis leichtfahrlässig herbeigeführt oder sich einer leichten Fahrlässigkeit (...) schuldig gemacht (...), so haftet der Versicherer in vollem Umfange»*. Diese relativ zwingende Norm<sup>83</sup> bedeutet, dass zumindest ein leicht fahrlässiges Verhalten zu keinem Ausschluss der Rückerstattung führen wird.

Beispiele von Sorgfaltspflichten befinden sich in verschiedenen Bestimmungen des OR Besonderer Teil: Mietrecht (Art. 257f Abs. 1 OR), Arbeitsrecht (Art. 321a Abs. 1 und 2 OR, 321e Abs. 1 OR) und Auftragsrecht (Art. 398 OR). Insbesondere ist die Bestimmung im Mietrecht zu betrachten. Reisecheckrecht kann nämlich mit dem Mietrecht verglichen werden: Wirtschaftlich ist der Reisecheck nur durch die Bank zur Verfügung gestellt<sup>84</sup>, damit der Reisende sein Geld sicher transportieren kann. Gemäss Art. 257f OR muss der Mieter die Sache sorgfältig gebrauchen. *«Soweit der Vertrag nicht näher bestimmt, gilt als vertragskonformer Gebrauch der übliche Gebrauch, d.h. der Gebrauch, den jedermann unter den gegebenen Umständen von einer wie der gemieteten Sache gewöhnlich zu machen pflegt.»*<sup>85</sup> Der übliche Gebrauch ist in unserem Fall mit einzu beziehen und der in der fraglichen Klausel enthaltene Vergleich zum Bargeld zu streichen, da Reisechecks (verbriefte Forderung auf Liquiditätsmittel) und Bargeld (blosses Zahlungsmittel) in ihrer Natur verschiedenen sind.

Im Reisecheckverkehr wird Sorgfalt weiter vom Korrespondent verlangt.<sup>86</sup> Gemäss Lehre soll diese Sorgfaltspflicht nicht allzu streng behandelt werden, ansonsten wäre die Einlösung eines Reisechecks mit den Bedürfnissen einer einfachen und schnellen Benutzung unvereinbar.<sup>87</sup> Diese Überlegung sollte auch im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht des Reisenden gemacht werden: Die Attraktivität des Mechanismus wäre stark beeinträchtigt, wenn der Sorgfaltsmassstab des Reisenden zu hoch angesetzt wäre. Es ist gerade Sinn und Zweck des Vertrags, gegen eine nicht sachgemässe Aufbewahrung der Reisechecks zu versichern.

Aufgrund dieser Überlegungen lässt sich der Sorgfaltsmassstab definieren. Art. 14 VVG zeigt den Willen des Gesetzgebers, die obere Limite der Versichererhaftung höher als im Obligationenrecht anzusetzen, sowie den Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit zu verunmöglichen. Demnach muss der in Frage kommende Sorgfaltsmassstab zwischen

<sup>78</sup> BSK – Hönger/Süsskind, Art. 14 VVG N 3.

<sup>79</sup> Vgl. jedoch BK VI.1.1 – Kramer, Allg. Einleitung, N 115.

<sup>80</sup> Lauri, Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Diss. Bern 1976, S. 55.

<sup>81</sup> Lauri, Kausalzusammenhang und Adäquanz, S. 55.

<sup>82</sup> Nach Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2004, N 721, kann diese allenfalls problematisch sein, wenn die Vertragsfreiheit *faktisch* eingeschränkt wird, z.B. bei der Benutzung von AGB.

<sup>83</sup> BSK – Hönger/Süsskind, Art. 14 VVG N 22; Lauri, Kausalzusammenhang und Adäquanz, S. 59.

<sup>84</sup> Vgl. die Lage bei Kreditkarten: Die Karte bleibt Eigentum der Bank, Giger, Kreditkartensysteme, Zürich 1985, S. 398.

<sup>85</sup> ZK – Gauch/Higi, Art. 257f OR N 10.

<sup>86</sup> Bösch, Der Reisecheck, S. 264; Jeandin, Le chèque de voyage, S. 98 f.

<sup>87</sup> Jeandin, Le chèque de voyage, S. 99.



leichter und grober Fahrlässigkeit festgesetzt werden. Dazu muss in der Klausel der übliche Gebrauch einbezogen und der Vergleich mit dem Bargeld gestrichen werden (Art. 257f OR). Die Klausel könnte folgenden Inhalt haben: *Der Emittent ersetzt verlorene oder gestohlene Reisechecks, sofern der Reisende sie sorgfältig und nach dem üblichen Gebrauch behandelt hat./ L'émetteur remplacera ou remboursera les valeurs nominales de tout chèque de voyage perdu ou volé pour autant que le voyageur en aie pris soin selon l'usage ordinaire.*

### E. Fazit

Geschützt auf diese Überlegungen hätte der Entscheid wohl anders ausfallen müssen.<sup>88</sup> Wendet man die Ungewöhnlichkeitsregel an, besteht ein verdeckter

Dissens hinter einem zu weit gehenden Vertragswortlaut. Dieser verdeckte Dissens in der *loi des parties* ist auf dem Weg der Analogie zu schliessen. Die hier angewendete Methode entspricht der bei der richterlichen Rechtsfindung (*loi prétorienne*) benutzten teleologischen Reduktion, welche mit einem Analogieschluss verbunden ist. «Bei ihr handelt es sich darum, einen klaren, aber verglichen mit der Teleologie des Gesetzes zu weit gefassten (...) Wortsinn auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der *ratio legis* entspricht»; es geht um Rechtsfindung *contra verba sed secundum rationem legis*.<sup>89</sup> In unserem Fall versteckt der Vertragsinhalt *eine durch den falschen Schein des zu weit gehenden Wortsinns übertünchte Lücke*, die dann nach dem Modell der Schliessung offener Vertragslücken im Analogieweg zu beheben ist (Art. 2 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 4 und 1 ZGB).<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Der Reisende hat sicher nicht grob fahrlässig gehandelt. Wie aus dem Zürcher Obergericht verlautete, mündet die grobe Fahrlässigkeit, volkstümlich gesprochen, in die Frage aus: «*Wie hät er nu chönne?*» Drängt sich lediglich die Feststellung auf: «*Er het scho sölle...*», dann ist leichte Fahrlässigkeit gegeben (Keller, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002, S. 127; Oswald, *Unterschiede zwischen sozialer und privater Unfallversicherung*, SZS 1965, S. 1 n. 1; vgl. auch BSK – *Hönger/Süsskind*, Art. 14 VVG N 20). Überdies hat der Reisende Erfahrung von Reisen und von seinem eigenen Land. Es ist viel vernünftiger, eine unauffällige Tasche zu haben als einen sicheren Koffer. Es ist sicherer, die Reisechecks bei sich zu haben als sie irgendwo zu lassen. Ausserdem hatte er gute Gründe, um alle Reisechecks bei sich zu haben, nämlich, dass er nur in New Delhi die Möglichkeit hatte, sie zu wechseln.

<sup>89</sup> Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, S. 162.

<sup>90</sup> Vgl. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, S. 163 f.