

AGB-rechtliche Erwägungen zu den neuen Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumenten-Akkreditive – Revision 1993

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von WESTPHALEN, Köln*

Im April 1993 hat die Internationale Handelskammer Paris die fünfte Revision der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA) verabschiedet. Die Neufassung der ERA ist am 1. Januar 1994 unter dem Titel ICC-Publikation 500 in Kraft getreten. Ziel des nachfolgenden Beitrags ist es, verschiedenen Fragestellungen nachzugehen, welche die ERA jetzt unter dem Gesichtswinkel des AGB-Gesetzes aufwerfen.

I. Die rechtliche Qualifikation der ERA

1. Keine lex mercatoria

Auch nach der Neufassung der ERA (1993) ist der seit langen Jahren währende Streit um die rechtliche Einordnung dieser „Richtlinien und Gebräuche“ keineswegs abgeschlossen. Es ist und bleibt freilich unzutreffend, die ERA als eine „Ordnung sui generis“ zu begreifen¹. Unzutreffend ist es auch, die ERA als eigenes Regelwerk im Sinn eines autonomen Welthandelsrechts einzuordnen². Dagegen spricht bereits der unumstößliche Befund, daß die ICC keine Gesetzgebungskompetenz besitzt³. Sicherlich, es ist einzuräumen, daß nahezu alle am internationalen Handels- und Zahlungsverkehr beteiligten Nationen die ERA akzeptiert und zur Anwendung empfohlen haben⁴. Doch geht es zu weit, daraus den Schluß ableiten zu wollen, es handele sich um eine lex mercatoria. Denn es ist – nach wie vor – entscheidend, daß die ERA – auch in ihrer Revision 1993 – lediglich wesentliche Teilaspekte des internationalen Dokumentengeschäfts regeln, während weite Bereiche nicht geregelt sind und daher unter Berücksichtigung des jeweils anwendbaren kollisionsrechtlichen Instrumentariums nach nationalem Recht beurteilt werden müssen⁵. Hierzu zählt etwa die Frage, wie die in Art. 3 ERA (1993) geregelte Abstraktheit beschaffen ist, so daß etwaige Einreden oder Einwendungen ganz oder nur teilweise ausgeschlossen sind⁶. Nichts anderes gilt für die Antwort auf die Frage, inwieweit in der Tat eine Haftung der „issuing bank“ für etwaige Pflichtverletzungen der eingeschalteten Bank („another bank“) anzunehmen oder ob der weitreichende Freizeichnungstatbestand von Art. 18 ERA (1993) unbeanstandet hinzunehmen ist.

2. Kein Gewohnheitsrecht

In der deutsch-rechtlichen Literatur wird die Rechtsnatur der ERA teilweise als Gewohnheitsrecht eingeordnet⁷. Mitunter wird auch behauptet, die ERA seien nur teilweise Gewohnheitsrecht⁸. Selten ist auch davon die Rede, es handele sich bei den ERA um „potentielles Gewohnheitsrecht“⁹. Allein die Tatsache, daß die ERA wiederholte Male geändert und den jeweils neuentstandenen Erfordernissen des Welthandels angepaßt worden sind, spricht gegen die These, es handele sich hierbei um Gewohnheitsrecht¹⁰. Mehr noch: In der Kategorie des § 346 HGB gewertet, läge Gewohnheitsrecht nur dann vor, wenn es auch dann von den Parteien des internationalen Handelsverkehrs in der geschriebenen Form praktiziert würde, wenn sich die Regeln selbst ändern würden oder gestrichen worden wären¹¹. Das aber ist bei den ERA nicht der Fall, weil sie – wie noch zu zeigen – der jeweiligen Einbeziehung in das Akkreditivgeschäft bedürfen.

3. Kein Handelsbrauch

Verschiedene Autoren vertreten die Meinung, die ERA seien – wenn schon nicht Gewohnheitsrecht – so doch zumindest ein international vereinheitlichter, übernationaler Handelsbrauch¹². Doch auch in diesem Zusammenhang ist entscheidend, daß die zahlreichen Änderungen und Ergänzungen der ERA gegen diese These sprechen: Ob es sich um nationalen oder um einen international vereinheitlichten Handelsbrauch handelt, gilt gleich. Denn es kommt stets darauf an, ob das betreffende Regelwerk unabhängig vom jeweiligen Parteiwillen gilt¹³. Gerade die zahlreichen Änderungen, die Gegenstand der ERA (1993) sind, belegen erneut, wie wenig stichhaltig die Auffassung von einem feststehenden Handelsbrauch hier ist. Gerade die vielfältigen Fragen, welche sich aus der Neufassung von Art. 9a und b ERA (1993) im Blick auf die „Haftung der eröffnenden und bestätigenden Bank“ ergeben¹⁴, belegen die gegenläufige These: Nicht die autonome Geltung der ERA steht im Vordergrund, sondern ihre Einbeziehung auf Grund des jeweiligen Parteiwillens.

Natürlich schließt dies nicht die Möglichkeit aus, daß einzelne – seit langem feststehende – Verpflichtungen in den ERA (1993) als Handelsbrauch einzuordnen sind¹⁵. So ist zum Beispiel daran zu erinnern, daß der BGH in seiner Entscheidung vom 27. 6. 1988¹⁶ einen Handelsbrauch darin gesehen hat, daß die Bank, die die Dokumente besitzt, auch zur Entgegennahme der Akkreditivsumme ermächtigt ist. Und gleichzeitig hat der BGH die für das Akkreditivgeschäft konstitutive Abstraktheit dahingehend unterstrichen, daß auch ein „starker Verdacht“, der Verkäufer habe den Kaufvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt, nicht ausreicht, der Akkreditivbank das Recht einzuräumen, gegenüber dem Begünstigten die Zahlung aus dem Akkreditiv zu verweigern¹⁷. Doch ist – praktisch gewertet – nicht unbedingt viel damit gewonnen, wenn man die ERA (1993) teil-

* Herrn Rechtsanwalt Dr. Jürgen Gündisch, LL.M., meinem Sozius, zum 65. Geburtstag zugeeignet.

1 *Eisemann*, AWD 1963, 139, 142.

2 Vgl. *Schinnerer*, ÖBA 1975, 278 ff.

3 *Nielsen*, Neue Richtlinien für Dokumenten-Akkreditive, 1994, S. 15; *Eisemann/Schütze*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr, 3. Aufl. 1989, S. 51 f.

4 Vgl. *Graf von Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 3. Aufl. 1987, S. 227.

5 Hierzu *Eisemann/Schütze* (Fn. 3), S. 53; v. *Bar*, ZHR 152 (1988), 28 ff.

6 *Eisemann/Schütze* (Fn. 3), S. 53.

7 *Herold/Lippisch*, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., S. 51.

8 *Wessely*, Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag, 1975, S. 47 ff. – bezogen auf die Abstraktheit; vgl. auch *Wassermann*, Die Verwertung von Ansprüchen aus Dokumentenakkreditiven, 1981, S. 23.

9 *Nielsen*, Grundlagen des Akkreditivgeschäfts, 3. Aufl. 1989, S. 20; *ders.* (Fn. 3), S. 16.

10 So auch *Eisemann/Schütze* (Fn. 3), S. 53 f.; vgl. auch *Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988, Rdnr. 927.

11 *Canaris* (Fn. 10).

12 *Zahn/Eberding/Ehrlich*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, 6. Aufl. 1986, Rdnr. 1/8; auch *Horn*, in: *Horn/Freiherr von Marschall/Pavicevic*, Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, 1977, S. 9, 13.

13 So auch *Eisemann/Schütze* (Fn. 3), S. 54 f.

14 Hierzu *Nielsen* (Fn. 3), Rdnr. 36 ff.

15 Hierzu *Graf von Westphalen* (Fn. 4), S. 227 f.

16 BGH, ZIP 1988, 1102 = RIW 1983, 814.

17 BGH, ZIP 1988, 1102 = RIW 1988, 814, 815 f.

weise als Handelsbrauch qualifiziert¹⁸. Denn es bleibt dann stets die Antwort offen, welche einzelnen Bestimmungen – ausgenommen etwa die Abstraktheit der Akkreditivverpflichtung – denn letzten Endes als Handelsbrauch einzuordnen sind¹⁹. Diese Antwort aber kann nur auf Basis des jeweils anwendbaren nationalen Rechts gegeben werden.

4. Keine Geltung als Normgefüge eigener Art

Eisemann/Schütze vertreten mit Nachdruck die These, die Rechtsnatur der ERA könne man nur dann zutreffend begreifen, wenn man in Rechnung stellt, daß sie eine „übergreifende Ordnung verkörpern“ und auf eine „weltweite Geltung“ angelegt sind²⁰. Im Ansatz folgt auch Nielsen in seinem Kommentar zu den ERA (1993) dieser Meinung²¹. Es ist auch unbestreitbar, daß die Meßlatte des nationalen Rechts nicht in jedem Fall geeignet ist, über die Rechtswirksamkeit der einzelnen Bestimmungen der ERA (1993) zu befinden. Dies könnte in „nationaler Besserwisseri“ enden²². Und es ist auch nicht ganz von der Hand zu weisen, daß dann die gewünschte Harmonisierung des internationalen Akkreditivgeschäfts Schaden leiden könnte. Doch ist dieser Auffassung, die ERA seien ein Normgefüge eigener Art, mit Nachdruck entgegenzuhalten: Das deutsche Recht kennt für die rechtliche Einordnung von Vertragsbestimmungen nur die Kategorie des Gewohnheitsrechts oder des Handelsbrauchs auf der einen Seite und ihre Qualifizierung als AGB-Klauseln auf der anderen Seite²³.

Mehr noch und ganz entscheidend: In seinem Grundsatzurteil vom 16. 9. 1989²⁴ hat der BGH die Wirksamkeit der Freizeichnung gemäß Art. 15 ERA (1983) ausschließlich an § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz geprüft. Das setzt in der Sache zwingend voraus, daß die besonderen Prüfpflichten beim Dokumenten-Akkreditiv und die Haftungsfreizeichnung für etwaige Fälschungen der vorgelegten Dokumente auf Vertragsbestimmungen beruhen, die den Rang einer AGB-Klausel besitzen. Man kann freilich auch in diesem Zusammenhang auf § 24 AGB-Gesetz verweisen. Danach gilt, daß bei der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln im kaufmännischen Verkehr auf die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs angemessen Rücksicht zu nehmen ist. Doch damit ist im Sinn der Generalklausel von § 9 AGB-Gesetz nicht unbedingt viel gewonnen. Daß nämlich ein Handelsbrauch existiert, entbindet nicht von der Pflicht zur richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz. Folglich kommt es im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle nicht entscheidend darauf an, ob ein Handelsbrauch besteht, sondern darauf, ob er gegenüber dem dispositiven Recht zu einer unangemessenen Benachteiligung des anderen Vertragsteils führt. So ist es denn auch anerkannt, daß ein Handelsbrauch an § 9 AGB-Gesetz scheitern kann²⁵.

Im Ergebnis ist aber in der BGH-Entscheidung vom 26. 9. 1989²⁶ von alledem mit keinem Wort die Rede. Die richterliche Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz beherrscht das Feld: Das Fälschungsrisiko kann in wirksamer Weise auf den Akkreditiv-Auftraggeber überwältigt werden²⁷. Diese Argumentation wiegt deswegen sehr schwer, weil der BGH in anderem Zusammenhang die richterliche Inhaltskontrolle der Tegernseer Gebräuche für die Vermittlung von Holzgeschäften nicht an § 9 AGB-Gesetz gemessen, sondern die Kontrolle bereits an § 8 AGB-Gesetz hat scheitern lassen²⁸. Freilich kann man einwenden, der BGH habe in seinem Urteil vom 26. 9. 1989²⁹ überhaupt keine Veranlassung gehabt, die Frage im einzelnen zu prüfen, ob Art. 15 ERA (1983) einen Handelsbrauch enthält, weil er ja auch unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz zum gleichen Ergebnis gelangt sei. Doch ist dem allemal entgegenzuhalten, die zu diesem Ergebnis führenden Prüfschritte wären wesentlich einfacher – mithin: auch zielführender – gewesen, wenn der BGH ernsthaft in Erwägung

gezogen hätte, es sei schlicht nicht an der Wirksamkeit von Art. 15 ERA (1983) zu zweifeln, weil es sich um einen internationalen einheitlichen Handelsbrauch oder um ein Normgefüge eigener Art mit internationaler Anerkennung handele. Davon findet sich jedoch in dem Urteil kein Wort.

6. Die ERA (1993) als AGB

a) Die Präjudizwirkung des BGH-Urteils

Unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 26. 9. 1989³⁰ ist daher davon auszugehen, daß es sich auch bei den ERA (1993) um AGB-Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz handelt³¹. Diese Auffassung findet auch im AGB-rechtlichen Schrifttum Unterstützung³². Es wird sogar die Ansicht vertreten, es handele sich bei dieser Qualifizierung um eine „jetzt ganz herrschende Meinung“³³. Freilich ist dies, wie ein Blick in die Spezialliteratur zum Dokumenten-Akkreditiv belegt, nicht ganz zutreffend³⁴. Es sind daher noch weitere Kontrollwägungen anzustellen.

b) Die Neufassung von Art. 1 ERA (1993)

Die Einordnung der ERA (1993) als AGB wird nachhaltig durch die Neufassung von Art. 1 ERA (1993) gestützt. Danach gelten nämlich die ERA (1993) für alle Dokumenten-Akkreditive, „in deren Akkreditivtext sie einbezogen sind“. Ganz anders lautet da noch die Fassung von Art. 1 ERA (1983). Danach galten die ERA (1983) für alle Dokumenten-Akkreditive und sollten „für alle Beteiligten bindend“ sein, „sofern nicht ausdrücklich anderweitige Vereinbarungen getroffen worden sind“. Demgegenüber war in Satz 2 von Art. 1 ERA (1983) zu lesen: „Sie sind in jedes Dokumenten-Akkreditiv aufzunehmen, aus dem sich ergibt, daß das Akkreditiv gemäß den Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumenten-Akkreditive, Revision 1983, ICC Publikation 400, eröffnet worden ist.“

Daraus ist abzuleiten, die ICC ging bei der Revision 1983 noch von der grundsätzlichen Geltung der ERA aus. Lediglich eine abweichenden Parteivereinbarung war zu berücksichtigen. Jetzt aber ist es genau umgekehrt: Art. 1 ERA (1993) legt fest, daß die Geltung der ERA der vertraglichen Einbeziehung in das jeweilige Dokumenten-Akkreditiv bedarf. Nur auf Grund eines vertraglichen Konsenses gelten also die ERA (1993). Ganz folgerichtig formuliert daher auch Satz 2: „Sie sind für die Beteiligten bindend, sofern im Akkreditiv nicht ausdrücklich etwas anderes vorgeschrieben ist.“

Mithin steht fest, daß die ERA kraft ihrer eigenen Zielsetzung nur dann in den jeweiligen Vertrag einbezogen sind, wenn und soweit dies dem übereinstimmenden Willen der

18 Vgl. auch *Canaris* (Fn. 10), Rdnr. 926.

19 Vgl. auch *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 28. Aufl., ERA (11) Einl. 2.

20 *Eisemann/Schütze* (Fn. 3), S. 57.

21 *Nielsen* (Fn. 3), S. 16.

22 *Nielsen* (Fn. 3), S. 17.

23 So vor allem *Canaris* (Fn. 10); *Graf von Westphalen* (Fn. 4), S. 228; mit Recht auch *Nielsen* (Fn. 3), S. 16.

24 BGH, ZIP 1989, 1451.

25 *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, 7. Aufl., § 9 Rdnr. 18.

26 BGH, ZIP 1989, 1451, 1452 f.

27 BGH, ZIP 1989, 1453.

28 BGH, NJW-RR 1987, 94, 95; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 5.

29 BGH, a. a. O.

30 BGH, ZIP 1989, 1451.

31 *Graf von Westphalen* (Fn. 4), S. 228.

32 *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn. 25), Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 290; *Wolf/Horn/Lindacher* (Fn. 28), § 9 A 93; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Bd. III – Dokumentenakkreditiv, 1985, Rdnr. 3.

33 *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn. 25), bei Fn. 2.

34 Vgl. *Nielsen* (Fn. 3), S. 16 f.; *Zahn/Eberding/Ehrlich* (Fn. 12); *Eisemann/Schütze* (Fn. 3).

Vertragsparteien, der „Beteiligten“, entspricht. Damit wird gleichzeitig deutlich, daß Art. 1 ERA (1993) keine Geltung unabhängig vom Parteiwillen anstrebt. Dies ist ein überdeutliches Indiz dafür, daß eben kein Handelsbrauch gewollt ist; es ist auch kein Gewohnheitsrecht gesetzt. Es sind vielmehr neue Vertragsbestimmungen formuliert, die – deutsches Recht als Vertragsstatut unterstellt – nur als AGB-Klauseln eingeordnet werden können. Alle gegenteiligen Ansichten sind daher abzulehnen.

Es fällt deshalb auch nicht ins Gewicht, daß die dargestellte Änderung von Art. 1 ERA (1993) nur als Klarstellung umschrieben wird³⁵. Denn diese – klarstellende – Änderung beruht, wie auch Nielsen einräumt, auf der unterschiedlichen rechtlichen Qualifikation der ERA³⁶. Es ist daher der jeweilige – ausdrückliche – Hinweis auf die Geltung der ERA (1993), der ihre Einbeziehung in den Akkreditivvertrag bewirkt und gleichzeitig belegt, daß es sich bei der ERA (1993) um AGB-Klauseln gemäß § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz handelt.

II. Die Einbeziehung

1. Im kaufmännischen Bereich

a) Auf Grund ausdrücklicher Einbeziehung

Soweit auf die Geltung der ERA (1993) ausdrücklich gegenüber der „issuing bank“ sowie gegenüber dem Begünstigten hingewiesen wird, bestehen keine Bedenken: Die ERA (1993) sind dann Vertragsbestandteil; bei Geltung des deutschen Rechts als Vertragsstatut kommt es dann nur noch darauf entscheidend an, ob einzelne Bestimmungen wegen Verstoßes gegen § 9 AGB-Gesetz wirksam oder unwirksam sind. Davon wird später zu handeln sein (sub. II).

a) Auf Grund stillschweigender Einbeziehung

In Betracht kommt allerdings auch, daß die ERA (1993) gemäß §§ 145 ff. BGB stillschweigend einbezogen werden. Nach der Rechtsprechung des BGH reicht es insoweit freilich nicht aus, daß die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht³⁷. So hat zum Beispiel der formularmäßige Hinweis auf die Geltung der AGB nur für den betreffenden, nicht aber für einen künftigen Vertragsabschluß Bedeutung³⁸. Etwas anderes gilt nur, wenn zwischen den Kaufleuten laufende Geschäftsverbindungen bestehen³⁹. Daraus ist abzuleiten: Eine stillschweigende Vereinbarung der ERA (1993) setzt voraus, daß der Akkreditiv-Auftraggeber und/oder die „issuing bank“ den Willen haben, den ERA (1993) Geltung zu verschaffen, und daß auf seiten des Begünstigten der Wille erkennbar zutage tritt, mit der Geltung der ERA (1993) auch einverstanden zu sein.

Daran könnte es fehlen, weil der Akkreditivvertrag zwischen der „issuing bank“ und dem Begünstigten regelmäßig in der Weise zustande kommt, daß gegenüber dem Begünstigten § 151 BGB zum Zuge gelangt⁴⁰. Danach verzichtet die Akkreditivbank auf den Zugang der Annahmeerklärung. Will sich also der Begünstigte gegen die ausdrückliche Einbeziehung der ERA (1993) durch die „issuing bank“ zur Wehr setzen, dann muß er dies unverzüglich ausdrücklich klarstellen. Gleiches gilt aber auch dann, wenn die „issuing bank“ lediglich eine stillschweigende Einbeziehung der ERA (1993) herbeiführen will. Denn auch in diesem Fall sind die ERA (1993) von dem erkennbaren Geltungswillen der „issuing bank“ erfaßt; sie sind mithin Teil des Angebots und damit auch Teil der von § 151 BGB erfaßten Annahmeerklärung des Begünstigten.

2. Bei Änderungen des Akkreditivvertrages

Eine mittelbare Bestätigung für die These, daß die ERA (1993) AGB-Charakter haben, findet sich auch in Art. 9 lit. d)

iii. Danach gilt nämlich, daß die Bedingungen eines einmal eröffneten Akkreditivs für den Begünstigten so lange in Kraft bleiben, „bis der Begünstigte seine Annahme der Änderung der Bank mitteilt, die ihm diese Änderungen anzeigt“. Notwendigerweise schließt dies ein, daß der Begünstigte eine Mitteilung erhält, wonach die ERA (1993) im Wege einer nachträglichen Änderung dem bereits eröffneten Akkreditiv zugrunde gelegt werden sollen. Äußert sich der Begünstigte auf eine solche Änderungsmitteilung nicht, so bestimmt Art. 9 lit. d) iii, daß dann die „Vorlage von Dokumenten bei der benannten oder eröffnenden Bank, die dem Akkreditiv und den noch nicht angenommenen Änderungen entsprechen, als Mitteilung der Annahme dieser Änderungen durch den Begünstigten gilt“ – mit der Konsequenz, daß das „Akkreditiv von diesem Zeitpunkt an geändert ist“. Dieser Schwebezustand ist sicherlich unbefriedigend⁴¹, belegt aber, daß die ICC an dem Konsensfordernis der Parteien als Ausweis der vertraglichen Bindung festhält.

III. Wirksamkeitskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz

1. Der Grundsatz der Dokumentenprüfung – Art. 13 ERA (1993)

Art. 13 Abs. 1 ERA (1993) wiederholt den bewährten Grundsatz, wonach Dokumente mit angemessener Sorgfalt darauf zu überprüfen sind, ob sie „ihrer äußeren Aufmachung nach den Akkreditivbedingungen zu entsprechen scheinen“. Daraus folgt: Es gilt der Grundsatz der strikten Observanz der Akkreditivbedingungen für und gegen den Begünstigten⁴². Die damit festgeschriebene Weisungsgebundenheit der Akkreditivbank ergibt sich daraus, daß sich die Bank in aller Regel „keinen Einblick in die Beziehungen zwischen Käufer und Verkäufer hat und deshalb sowie auch mangels Sach- und Branchenkenntnis grundsätzlich nicht beurteilen kann, welche Folgen eine Abweichung von dem Akkreditivauftrag für ihren Auftraggeber haben kann“⁴³.

a) Die Übereinstimmung nach ihrer äußeren Aufmachung

Nach Art. 13 a) ERA (1993) bezieht sich die Dokumentenprüfung auf die „äußere Aufmachung“ der der Bank eingereichten Dokumente; „ihrer äußeren Aufmachung“ nach müssen sie den Akkreditiv-Bedingungen „zu entsprechen scheinen“. Daraus folgt, daß die Bank die formale Übereinstimmung der vorgelegten Dokumente mit dem Wortlaut der Bedingungen des Akkreditivs genau zu überprüfen verpflichtet ist⁴⁴. Es ist eine auf die äußerlichen Kriterien abgestellte Prüfung eingefordert⁴⁵. Notwendigerweise erstreckt sich die Dokumentenprüfung gemäß Art. 13 a) ERA (1993) in diesem Zusammenhang sowohl auf die Vollständigkeit der Dokumente als auch darauf, daß sich die eingereichten Dokumente – wiederum: „ihrer äußeren Aufmachung nach“ – untereinander nicht widersprechen⁴⁶. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 26. 9. 1989⁴⁷ diese Pflicht als

35 Nielsen (Fn. 3), Art. 1 Rdnr. 2.

36 Nielsen, a. a. O.

37 BGH, ZIP 1992, 404 = BB 1992, 879.

38 BGH, ZIP 1992, 404, 405 = BB 1992, 879, 880.

39 BGH, a. a. O. = RIW 1992, 879, 880.

40 Eisemann/Schütze (Fn. 3), S. 130; Canaris (Fn. 10), Rdnrn. 985, 936 f.

41 Nielsen (Fn. 3), Art. 9 Rdnr. 64.

42 Eisemann/Schütze (Fn. 3), S. 176; Nielsen, (Fn. 3), Rdnr. 186.

43 RGZ 97, 144, 148; RGZ 114, 268, 271; BGH, WM 1970, 553, 554 f.; BGH, WM 1971, 158, 159 f.

44 Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 88.

45 Eisemann/Schütze (Fn. 3), S. 182.

46 Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 89.

47 BGH, ZIP 1989, 1451, 1452.

„zielgerichtete“ Prüfpflicht umschrieben, welche auf die „formelle Übereinstimmung“ der Dokumente „mit den Akkreditiv-Bedingungen“ zielt. Nur diese Pflicht hat der BGH im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz als wesentliche Vertragspflicht beschrieben⁴⁸.

b) Der Sorgfaltsmaßstab

Neu in Art. 13 a) ERA (1993) ist, daß die Prüfung der der Bank eingereichten Dokumente nach dem Sorgfaltsmaßstab auszurichten ist, der dem „Standard internationaler Bankpraxis“ entspricht, „wie er sich in diesen Richtlinien widerspiegelt“. Mit Recht ist angemerkt worden, daß es sich bei diesem Terminus um einen „schwer faßbaren Begriff“ handelt⁴⁹. Qualifiziert man die ERA (1993) als AGB im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz, so stellt sich die Frage, ob dieser Sorgfaltsmaßstab geringer ist als der des § 347 HGB. Dies ist jedoch deswegen nahezu ausgeschlossen, weil die Intention der Neufassung von Art. 13 a) ERA (1993) dahin zielte, örtliche Usancen auszuschalten⁵⁰. Daraus ist abzuleiten, daß der in Art. 15 ERA (1983) verwendete Begriff der „angemessenen Sorgfalt“ nach wie vor der Standard ist, der die Dokumentenprüfung gemäß Art. 13 a) ERA (1993) beherrscht. Gestützt wird dieses Argument auch durch die Erwägung, daß in Art. 13 a) ERA (1993) der „Standard internationaler Bankpraxis“ dahin präzisiert ist, daß er nur insoweit im Rahmen der Dokumentenprüfung gilt, als er sich „in diesen Richtlinien widerspiegelt“. Im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz folgt daraus, daß gegen diese Neufassung von Art. 13 a) ERA (1993) keine durchgreifenden Bedenken bestehen.

c) Behandlung nicht vorgeschriebener Dokumente

Aus der Neufassung von Art. 13 a) Abs. 2 ERA (1993) ergibt sich, daß die Bank nicht verpflichtet ist, „im Akkreditiv nicht vorgeschriebene Dokumente“ zu prüfen. Werden ihr solche Dokumente eingereicht, so ist die Bank berechtigt, „diese dem Einreicher“ zurückzugewähren oder diese „unverbindlich weiterzuleiten“⁵¹. Ob diese Bestimmung mit § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz im Einklang steht, ist zweifelhaft: Soweit nämlich der Bank „nicht vorgeschriebene Dokumente“ vorgelegt werden, aus denen sich ergibt, daß die der Bank vorgelegten – „vorgeschriebenen“ – Dokumente formell oder inhaltlich nicht ordnungsgemäß sind, ist die hier vorgesehene Haftungsfreizeichnung im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz bedenklich. Dabei fällt – wie stets – ins Gewicht, daß die schärfste Form der Haftungsfreizeichnung darin besteht, eine vertraglich geschuldete Haupt- oder Nebenleistungspflicht abzubedingen. Genau dies geschieht, wenn es in Art. 13 a) Abs. 2 ERA (1993) heißt, daß die Bank „im Akkreditiv nicht vorgeschriebene Dokumente“, „nicht“ prüfen wird. So gesehen ist es entscheidend, daß die Bank in diesen Fällen nicht die Augen davor verschließen darf, wenn sich aus den ihr vorgelegten, „nicht vorgeschriebenen Dokumenten“ ergibt, daß die ihr vorgelegten und in dem Akkreditiv „vorgeschriebenen“ Dokumente nicht ordnungsgemäß sind. Daß eine solche Haftungsfreizeichnung an § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz scheitert, ergibt sich aus dem Grundsatz von § 242 BGB.

Soweit die Bank gemäß Art. 13 a) Abs. 2 ERA (1993) die ihr vorgelegten „nicht vorgeschriebenen Dokumente“ an den Einreicher zurückgewährt, wird man freilich darin keine Pflichtverletzung sehen; die Bank gibt dann dem Einreicher die Möglichkeit, etwaige Diskrepanzen zwischen den „vorgeschriebenen“ und den „nicht vorgeschriebenen Dokumenten“ im Sinn von Art. 13 a) ERA (1993) abzuklären. Etwas anderes gilt freilich insoweit, als die Bank gemäß Art. 13 a) Abs. 2 ERA (1993) auch berechtigt ist, diese ihr eingereichten, aber „nicht vorgeschriebenen Dokumente“ „unverbindlich“ an eine „benannte Bank“ oder an die „bestätigende Bank“ weiterzuleiten⁵². Tut sie dies, so verschließt sie prak-

tisch die Augen davor, daß – ähnlich wie beim Fälschungsrisiko – die Dokumente insgesamt widersprüchlich und damit nicht ordnungsgemäß sind. Die Weiterleitung an die „benannte Bank“ oder an die „bestätigende Bank“ führt in der Sache dazu, daß das Unheil seinen Lauf nimmt. Dies ist mit § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz unvereinbar. Da Art. 13 a) Abs. 2 ERA (1993) insoweit teilbar ist, ergibt sich aus § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz, daß die Bank verpflichtet ist, ihr eingereichte, „im Akkreditiv nicht vorgeschriebene Dokumente“ unverzüglich an den Einreicher zurückzugewähren; nur in diesem Zusammenhang ist die Bank berechtigt, sich von der Prüfpflicht freizuzeichnen. In der Sache deckt sich dieses Ergebnis mit der Empfehlung von Nielsen⁵³, von der in Art. 13 a) Abs. 2 ERA (1993) alternativ vorgesehenen Möglichkeit einer unverbindlichen Weiterleitung der „nicht vorgeschriebenen Dokumente“ abzusehen.

2. Haftungsausschluß zur Wirksamkeit von Dokumenten – Art. 15 ERA (1993)

Soweit in Art. 15 ERA (1993) das „Fälschungsrisiko“ ausgeschlossen wird, entspricht diese Konstellation der früheren Regelung in Art. 17 ERA (1983). In diesem Punkt aber hat die BGH-Entscheidung vom 26. 9. 1989⁵⁴ für abschließende Klarheit unter dem Gesichtswinkel von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz gesorgt⁵⁵.

3. Haftungsausschluß für Handlungen einer beauftragten Partei – Art. 18 ERA (1993)

a) Art. 18 a) ERA (1993)

Art. 18 a) ERA (1993) bestimmt: „Bedienen sich Banken einer oder mehrerer Banken, um die Weisung des Auftraggebers auszuführen, tun sie dies für Rechnung und Gefahr dieses Auftraggebers.“ Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Akkreditivbank für Fehler der von ihr eingeschalteten Zweitbank haftet, hängt – sowohl im nicht-kaufmännischen Bereich als auch im kaufmännischen Verkehr – entscheidend davon ab, wie das Verhältnis zwischen Akkreditivbank – Zweitbank einzuordnen ist⁵⁶. Im wesentlichen hat sich in diesem Zusammenhang folgende Differenzierung durchgesetzt: Nach herrschender Auffassung ist die Einschaltung einer Zahlstelle als Unterbeauftragung/Substitution im Sinn von § 664 Abs. 1 BGB anzusehen⁵⁷. Daraus folgt, daß die Akkreditivbank für etwaige Fehler/Versäumnisse der von ihr eingeschalteten Zahlstelle/Abwicklungsstelle, insbesondere für etwaige Bearbeitungsfehler nicht haftet: Das Risiko der Durchsetzung der Rückforderung liegt allein beim Akkreditiv-Auftraggeber⁵⁸.

Soweit jedoch die eingeschaltete Zweitbank als Avisbank tätig wird, liegt Erfüllungsgehilfenschaft im Sinn von § 278 BGB vor, weil die Anzeige des Akkreditivs zwingende Voraussetzung für die Eröffnung ist und auch von der Akkreditivbank selbst vorgenommen werden könnte⁵⁹.

48 BGH, a. a. O.

49 Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 94.

50 Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 94; *ders.*, WM-Beil. Nr. 2/1994, 11.

51 Hierzu Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 93.

52 Ansatzweise Bedenken auch bei Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 93.

53 Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 93.

54 BGH, ZIP 1989, 1451.

55 Zustimmend auch Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 120.

56 Hierzu Graf von Westphalen, WM 1980, 178 ff.

57 Eismann/Schütze (Fn. 3), S. 139; Graf von Westphalen, WM 1980, 178, 185; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner (Fn. 32), Rdnrn. 9 ff.; Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 126; a. M. Canaris (Fn. 10), Rdnr. 974.

58 Mit Recht Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 126.

59 Canaris (Fn. 10), Rdnr. 975; Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 125; a. M. noch Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 254 f.; vgl. auch Freiherr von Gablenz, Die Haftung der Banken bei Einschaltung Dritter, 1983, S. 272 ff.

Für die Wirksamkeit von Art. 18 a) ERA (1993) folgt daraus: Die in dieser Regelung enthaltene Haftungsfreizeichnungsklausel verstößt im nicht-kaufmännischen Bereich ersichtlich gegen § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz und ist schon deswegen unwirksam, weil sie auch eine Haftungsfreizeichnung für den Fall von vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Fehlverhalten zum Gegenstand hat. Im kaufmännischen Bereich verstößt Art. 18 a) ERA (1993) gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz, weil die Wertungskriterien von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz auch im kaufmännischen Verkehr gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz Berücksichtigung verdienen⁶⁰. Man muß unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz auch noch einen Schritt weitergehen: Jedes Vertragsverhältnis ist nach zutreffender Auffassung des BGH dadurch charakterisiert, daß ihm wesentliche Pflichten immanent sind; von diesen kann sich der AGB-Verwender nicht wirksam freizeichnen⁶¹. Da die Textierung von Art. 18 a) ERA (1993) eine Differenzierung zwischen der Funktion der Zweitbank – Zahlstelle/Avisbank – nicht erkennen läßt, ist eine Teilbarkeit der Klausel ausgeschlossen; gemäß § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz gelten also anstelle von Art. 18 a) ERA (1993) die gesetzlichen Bestimmungen.

b) Die Überwälzung des Auswahlverschuldens nach Art. 18 b) ERA (1993)

Mit Recht hat Nielsen⁶² darauf aufmerksam gemacht, daß der in Art. 18 b) ERA (1993) verankerte Haftungsausschluß für Auswahlverschulden nur dann wirksam sei, wenn der Akkreditiv-Auftraggeber die Einschaltung einer bestimmten Bank vorgeschrieben hat, nicht aber dann, wenn deren Auswahl im freien Ermessen der Akkreditivbank lag⁶³. Indessen ist im Sinn von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz nicht nur entscheidend, daß Art. 18 b) ERA (1993) auch eine Haftungsfreizeichnung im Fall von vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schädigung im Sinn von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz vorsieht⁶⁴. Viel entscheidender ist folgendes:

Auch soweit die eingeschaltete Zweitbank – Zahlstelle oder Bestätigungsbank – Substitut im Sinn von § 664 Abs. 1 BGB ist, haftet sie unmittelbar für etwaige Auswahlverschulden⁶⁵. Daraus folgt: Nicht nur in den Fällen, in denen die eingeschaltete Zweitbank die Funktion des Erfüllungsgelhilfen im Sinn von § 278 BGB übernimmt, sondern schlechthin in allen Fällen, in denen eine Akkreditivbank eine Zweitbank einschaltet, verstößt die Regelung von Art. 18 b) ERA (1993) gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz und ist daher unwirksam. Denn auch im Rahmen der Substitution ist die Pflicht, eine geeignete Zweitbank – gleichgültig, ob als Zahlstelle oder als Bestätigungsbank – auszuwählen, eine wesentliche Vertragspflicht im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz, weil ja die Abwicklung des Akkreditivgeschäfts gegenüber dem Begünstigten unmittelbar bei der Zahlstelle oder bei der Bestätigungsbank konzentriert ist. Daher ist auch Art. 18 b) ERA (1993) wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz sowohl im nicht-kaufmännischen Bereich als auch im kaufmännischen Verkehr unwirksam. Ähnlich wie bei Art. 18 a) ERA (1993) ist eine Teilbarkeit nicht anzunehmen; gemäß § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz gelten also die gesetzlichen Regeln.

4. Die Filialen der Akkreditivbank

Obwohl es angesichts der Unwirksamkeit von Art. 18 a) und Art. 18 b) ERA (1993) nicht mehr entscheidend darauf ankommt, so ist doch zu unterstreichen, daß gemäß Art. 2 ERA (1993) eine Fiktion eingreift. Danach gelten „Filialen einer Bank in unterschiedlichen Ländern“ als „andere Bank“ im Sinn der ERA (1993). Diese Bestimmung bedeutet

zunächst, daß die Einreichung von Dokumenten bei einer ausländischen Filiale nicht fristwährend ist, wenn das Akkreditiv bei der im Inland ansässigen Hauptfiliale zahlbar gestellt und gültig ist⁶⁶.

Gleichzeitig besagt dies aber auch: Unabhängig davon, ob im Verhältnis zwischen Hauptstelle – ausländischer Filiale die Distinktion zwischen Unterbeauftragung/Substitution im Sinn von § 664 Abs. 1 BGB einerseits und Annahme einer Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB andererseits durchgehalten werden kann, kann sich die Hauptfiliale natürlich nicht mit Erfolg gegenüber dem Akkreditiv-Auftraggeber oder gegenüber dem Begünstigten darauf berufen, daß die von der Hauptstelle eingeschaltete ausländische Filiale eine Pflichtverletzung schuldhaft begangen hat. Für diese haftet die Akkreditivbank als „eröffnende Bank“ allemal wie für eigenes Verschulden. Folglich ist die Fiktion von Art. 2 ERA (1993), soweit sie haftungsrechtlich eine Privilegierung der ausländischen Filiale als „andere Bank“ zum Gegenstand hat, mit § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz unvereinbar.

5. Die Haftungsüberwälzung gemäß Art. 18 b) ERA (1993)

Soweit in Art. 18 b) ERA (1993) alle Risiken ausländischer Gesetze und Gebräuche auf den Akkreditiv-Auftraggeber abgewälzt werden, stimmen diese Vorschriften im wesentlichen mit dem Vorläufer in Art. 20 c) ERA (1983) überein. Es bestehen haftungsrechtlich gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz keine durchgreifenden Bedenken, wenn der Akkreditiv-Auftraggeber die Bank von allen Risiken und Verantwortlichkeiten freistellen muß, welche aus der Nichtbeachtung ausländischer Gesetze/Gebräuche resultieren. Denn dieses Risiko geht auf die freie Entscheidung des Akkreditiv-Auftraggebers zurück, mit dem Begünstigten einen Auslandsvertrag abzuschließen⁶⁷. Ob im Einzelfall Ansatzpunkte dafür vorliegen könnten, daß die Akkreditivbank mißbräuchlich handelt, kann offenbleiben; derartige Konstellationen betreffen nicht die generelle Wirksamkeit von Art. 18 d) ERA (1993).

IV. Schlußfolgerung

Die von der Neufassung von Art. 1 ERA (1993) selbst nahegelegte Qualifikation der ERA als AGB-Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz bringt es mit sich, daß Art. 18 a) und Art. 18 b) ERA (1993) gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz verstoßen und daher unwirksam sind. Wirksam ist hingegen nach wie vor die Überwälzung des Fälschungsrisikos auf den Akkreditiv-Auftraggeber, wie sie in Art. 13 ERA (1993) und Art. 15 ERA (1993) verankert ist. Soweit Art. 13 a) Abs. 2 ERA (1993) eine Haftungsfreizeichnung bei „nicht vorgeschriebenen Dokumenten“ vorsieht, ist diese Regelung nur mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, daß die Akkreditivbank verpflichtet ist, diese Dokumente unverzüglich an den Einreicher zurückzugewähren.

60 Palandt/Heinrichs, BGB, 53. Aufl., § 11 Rdnr. 38; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner (Fn. 32), § 11 Nr. 7 Rdnr. 39.

61 BGH, ZIP 1993, 46 = BB 1992, 2460 f.; BGH, ZIP 1994, 461, 465 – Daihatsu = NJW 1994, 1060 ff. = BB 1994, 242 ff.

62 Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 128.

63 Vgl. auch Canaris (Fn. 10), Rdnr. 1095; Eismann/Schütze (Fn. 3), S. 142.

64 So aber Nielsen, a. a. O.

65 Palandt/Thomas (Fn. 60), § 664 Rdnr. 3.

66 Nielsen (Fn. 3), Rdnr. 9.

67 Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner (Fn. 32), Rdnr. 13.