

Die AGB der Privatbanken im Licht der jüngsten Judikatur und Literatur

Von Rechtsanwalt Dr. jur. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes sind die Banken-AGB neu gefaßt worden¹. Unter Berücksichtigung der bisherigen Literatur, wie sie insbesondere in den Kommentaren zum AGB-Gesetz zu finden ist sowie unter Auswertung der neuen Judikatur zu den Banken-AGB ergeben sich folgende Gesichtspunkte, welche bei den verschiedenen Einzelklauseln Beachtung verdienen:

1. Ziff. 1 Abs. (1) lautet:

„Die der Bank bekanntgegebenen Vertretungs- oder Verfügungsbefugnisse gelten bis zum schriftlichen Widerruf, es sei denn, daß der Bank eine Änderung infolge groben Verschuldens unbekannt geblieben ist. Änderungen der Vertretungs- oder Verfügungsbefugnisse, die in ein Handels- oder Genossenschaftsregister einzutragen sind, gelten jedoch stets erst mit schriftlicher Bekanntgabe an die Bank. Der Kunde hat alle für die Geschäftsverbindung wesentlichen Tatsachen, insbesondere Änderungen seines Namens, seiner Verfügungsfähigkeit (z. B. Eintritt der Volljährigkeit) und seiner Anschrift unverzüglich schriftlich anzuzeigen.“

a) Die in Abs. (1) Satz 1 getroffene Regelung entspricht dem Grundgedanken des § 173 BGB: Der aufgrund des Bestehens einer Vollmacht ausgelöste Schutz des Dritten — hier: der Bank — greift dann nicht ein, wenn der Dritte das Erlöschen der Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muß. Dabei schadet bereits fahrlässige Unkenntnis². Daß die Regelung in Abs. (1) Satz 1 insoweit auf „grobes Verschulden“ abstellt, ist im Hinblick auf § 11 Nr. 7 nicht zu beanstanden³. Soweit — in Abweichung von § 170 BGB — erst ein „schriftlicher“ Widerruf Vertretungs- oder Verfügungsbefugnisse der Bank gegenüber beendet, ist dies im Hinblick auf § 11 Nr. 16 ebenfalls nicht zu beanstanden⁴. Soweit allerdings — im Einzelfall — das Vorliegen eines mündlich erteilten Widerrufs einer der Bank angezeigten Vertretungs- oder Verfügungsbefugnis bewiesen werden kann, liegt in der Regel grobes Verschulden im Sinn von Abs. (1) Satz 1 vor. Außerdem kann selbstverständlich — wie in vergleichbaren anderen Fällen auch — unter diesen Voraussetzungen auf die allgemeinen Grundsätze zurückgegriffen werden, wonach die Berufung auf eine bestimmte AGB-Klausel wegen der Umstände des Einzelfalls unzulässig sein kann⁵.

b) Umstritten ist indessen, ob die in Abs. (1) Satz 2 getroffene Regelung mit § 9 im Einklang steht. Danach ist vorgesehen, daß etwaige Änderungen in den Vertretungs- oder Verfügungsbefugnissen, welche in ein Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragen sind, erst „mit schriftlicher Bekanntgabe an die Bank“ gelten. Brandner⁶ vertritt die Auffassung, aus den §§ 15 Abs. (1) HGB, 29 Abs. (1) GenG folge, daß die Bank gehalten sei, registerpflichtige Änderungen der Vertretungsverhältnisse stets zu beachten, sofern sie ihr bekannt sind; soweit fahrlässige Unkenntnis auf seiten der Bank

vorliegt, muß diese sich nach der Eintragung dieser Tatsache in das Register und deren Bekanntmachung eine Änderung der Vertretungs- oder Verfügungsbefugnisse gemäß §§ 10 HGB, 28 Abs. (1) Satz 3 GenG entgegenhalten lassen. Unvereinbar sei es mit § 9 Abs. 2 Nr. 1, daß die Bank gemäß Ziff. 1 Abs. (1) Satz 2 auf „schriftlicher Bekanntgabe“ ihr gegenüber bestehe. Zutreffend ist demgegenüber, mit der h. M. auf folgende Erwägungen abzustellen: Die in Abs. (1) Satz 2 getroffene Regelung betrifft ausschließlich den kaufmännischen Verkehr, weil Registereintragungen nur insoweit eine Rolle spielen. Desweiteren hat Canaris⁷ darauf hingewiesen, daß zwischen der Bank einerseits und ihrem Kunden andererseits stets eine vertragliche Sonderbeziehung besteht; etwa im kaufmännischen Verkehr erteilte Vertretungsbefugnisse — z. B. Prokura, Generalvollmacht etc. — gehen häufig parallel mit speziellen Bankvollmachten⁸. Angesichts dieser besonderen Umstände ist es mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 durchaus vereinbar, dem kaufmännischen AGB-Kunden bei der Änderung von Vertretungsbefugnissen die — zusätzliche — Verpflichtung aufzuerlegen, dies der Bank auch schriftlich mitzuteilen. Der öffentliche Glaube, den Registereintragungen gemäß § 15 Abs. (2) HGB, 29 Abs. (2) GenG im Hinblick auf eintragungspflichtige Tatsachen genießen, kann folglich wirksam eingeschränkt werden⁹. Indessen gilt die in Abs. (1) Satz 2 getroffene Regelung nicht für Eintragungen im Vereinsregister (§ 68 Satz 2 BGB); gleichfalls gilt diese Bestimmung nicht für die Handlungsvollmacht gemäß § 54 HGB, weil diese im Handelsregister nicht eingetragen wird¹⁰. Unberührt bleiben hiervon alle Fälle, in denen der Tatbestand einer unzulässigen Rechtsausübung vorliegt.

2. Ziff. 1 Abs. (2)

Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Schriftliche Mitteilungen der Bank gelten nach dem gewöhnlichen Postlauf als zugegangen, wenn sie an die letzte der Bank bekanntgewordene Anschrift abgesandt worden sind. Dies gilt nicht, wenn es sich um eine Erklärung von besonderer Bedeutung handelt oder wenn eine schriftliche Mitteilung als unzustellbar an die Bank zurückgelangt und die Unzustellbarkeit vom Kunden nicht zu vertreten ist oder wenn die Bank erkennt, daß die Mitteilung aufgrund einer allgemeinen Stö-

¹ Hierzu Kumpel, WM 1977 S. 694 ff.; ders., WM-Beilage Nr. 1/1976; Rehbein, DB 1976, S. 997 ff.; ders., DB 1977 S. 1349 ff.; Lwowski, Die Bank 1978 S. 123 ff.; S. 187 ff.; Steuer, Die Bank 1978 S. 34 ff.

² Statt aller Palandt/Heinrichs, § 173 Anm. 1.

³ Brandner, Anh. zu §§ 9—11 Rdnr. 152; Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 68; Kumpel, WM 1977 S. 694, 696.

⁴ Staudinger/Schlosser, a. a. O.; Canaris, in RGRK-HGB, Anh. zu § 367 Rdnr. 1285.

⁵ BGHZ 13 S. 198; BGH, WM 1956 S. 563; BGH, WM 1971 S. 932.

⁶ a. a. O. Rdnr. 152.

⁷ a. a. O., Rdnr. 1236.

⁸ Rehbein, DB 1977 S. 997; Lwowski, Die Bank 1978 S. 123, 124 f.

⁹ Graba, § 9 Rdnr. 109; Staudinger/Schlosser, a. a. O.; Rehbein, DB 1977 S. 997; Kumpel, WM 1977 S. 694, 696.

¹⁰ Kumpel, a. a. O.; Lwowski, a. a. O.

zung des Postbetriebes dem Kunden nicht zugegangen ist. Die Absendung wird vermutet, wenn sich ein abgezeichneter Durchschlag der Mitteilung im Besitz der Bank befindet oder wenn sich die Absendung aus einem abgezeichneten Versandvermerk oder einer abgezeichneten Versandliste ergibt.“

a) Die in Satz 1 geregelte Zugangsvermutung verstößt nicht gegen § 10 Nr. 6; dies ergibt sich aus dem Vorbehalt in Satz 2. Problematisch ist lediglich, ob die in Abs. (2) Satz 1 getroffene Regelung mit § 11 Nr. 15 im Einklang steht. Dies ist zunächst davon abhängig, wie das Rangverhältnis zwischen § 10 Nr. 6 einerseits und § 11 Nr. 15 andererseits beurteilt wird. Nach der hier vertretenen Auffassung ist § 10 Nr. 6 eine Sonderregelung gegenüber § 11 Nr. 15¹¹. Dies aber besagt: Soweit der Verbotstatbestand von § 10 Nr. 6 nicht eingreift, weil eben eine „Erklärung von besonderer Bedeutung“ nicht vorliegt, ist im Umkehrschluß festzuhalten: Zugangsfiktionen verstoßen dann auch nicht gegen § 11 Nr. 15¹². Schwieriger wird die Antwort auf die hier aufgeworfene Frage für die Vertreter der Auffassung, welche in Abs. (2) Satz 1 eine Fiktion sehen und der Überzeugung sind, daß Fiktionen nicht nach § 11 Nr. 15, sondern unmittelbar nach § 9 zu beurteilen sind¹³, was der mehrheitlich vertretenen Auffassung widerspricht^{13a}. Indessen ist keinswegs jede Fiktion — sofern man sie nach § 9 beurteilt — als unangemessen zu qualifizieren, zumal die in Abs. (2) Satz 1 getroffene Regelung nur dem Wortlaut nach eine Fiktion ist; in Wirklichkeit handelt es sich doch um eine Beweislastumkehr, die nicht nur für „Erklärungen von besonderer Bedeutung“ gemäß Satz 2, sondern für weitere Einzelfälle erheblich eingeschränkt ist. Diese Einschränkung gilt insbesondere, weil die Zugangsfiktion gemäß Satz 1 dann nicht eingreift, wenn und soweit die „Unzustellbarkeit vom Kunden nicht zu vertreten ist“. Daraus aber ergibt sich: Der Zugangsfiktion gemäß Satz 1 kommt nur dann — aus der Sicht des Kunden — praktische Bedeutung zu, wenn er aus Schlämpigkeit oder Nachlässigkeit es unterlassen hat, seiner Obliegenheit gemäß Ziff. 1 Abs. (1) Satz 3 nachzukommen, d. h. der Bank schriftlich Mitteilung zu machen, daß sich seine Anschrift geändert hat. Wenn aber der Kunde diese Obliegenheit verletzt hat, ist er nicht nach § 9 schutzbedürftig; insbesondere wird er — zumindest in diesen Fällen — nicht unangemessen benachteiligt.

b) Von erheblicher praktischer Relevanz ist die Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals einer „Erklärung von besonderer Bedeutung“ im Sinn von § 10 Nr. 6, weil die in Abs. (2) Satz 2 getroffene Regelung diesem Verbotstatbestand Rechnung trägt. Für eine reibungslose und zügige Abwicklung des Geschäftsverkehrs zwischen Bank und Kunde ist es unerlässlich, daß jederzeit — und nachvollziehbar — zwischen beiden Parteien Klarheit über die bestehenden wechselseitigen Verpflichtungen herrscht. Gerade angesichts des Massencharakters ist die Bank auf den Nachweis von ihrem Kunden zugegangenen Erklärungen angewiesen. In der Literatur hat sich dabei folgende Auffassung zu „Erklärungen von besonderer Bedeutung“ herauskristallisiert: Ausgangspunkt ist zunächst die Intention des Gesetzgebers, wonach — gerade im Massengeschäft

der Banken — nur solche Erklärungen von § 10 Nr. 6 erfaßt werden sollten, welche „weitreichende Folgen“ für den Kunden nach sich ziehen: als einziges Beispiel ist dabei die Kreditkündigung erwähnt¹⁴. Gleichwohl herrscht in der Literatur die Auffassung vor, wonach an das Tatbestandsmerkmal einer „Erklärung von besonderer Bedeutung“ keine hohen Anforderungen zu stellen sind; es werden praktisch alle Erklärungen darunter verstanden, die für den AGB-Kunden nachteilige Rechtsfolgen auslösen. Für Mahnung, Fristsetzung und auch Ablehnungsandrohung im Sinn der §§ 286, 326 BGB folgt dies bereits aus dem Verbotstatbestand von § 11 Nr. 4¹⁵. Indessen wird jedenfalls der Verbotstatbestand von § 10 Nr. 6 nicht tangiert, wenn und soweit sich die Zugangsregelung in Abs. (2) Satz 1 auf Konto- und Depotauszüge, auf Ausführungsanzeigen und Effektenabrechnungen bezieht¹⁶. Denn deren rechtsgeschäftlicher Erklärungswert ist gering¹⁷. Strittig ist, ob auch Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen Erklärungen ohne „besondere Bedeutung“ sind¹⁸. Es erscheint indes zutreffend, den Verbotstatbestand von § 10 Nr. 6 nicht auf die Zugangsregelung für Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen zu erstrecken. Zum einen ist von Erheblichkeit: Ob eine „Erklärung von besonderer Bedeutung“ im Sinn von § 10 Nr. 6 vorliegt, entscheidet sich aufgrund einer generell-abstrakten Betrachtungsweise; es entscheidet nicht der Einzelfall¹⁹. Es ist deshalb unzutreffend, darauf abzustellen, daß immer dann „eine Erklärung von besonderer Bedeutung“ vorliegt, wenn es auf deren Zugang für die Entscheidung eines Rechtsstreits ankommt. Geht man aber, was geboten ist, von einer generalisierend-typisierenden Bewertung aus²⁰, dann ist desweiteren maßgeblich: In Ziff. 15 der Banken-AGB ist — in Übereinstimmung mit § 10 Nr. 5 — eine Genehmigungsfiktion enthalten, auf die der Kunde in den AGB, aber auch in den diesbezüglichen Formularvordrucken ausdrücklich hingewiesen wird. Diese durchaus auch im Interesse der organisatorischen Erleichterung des Massenverkehrs vorgesehene — wirksame — Klauselgestaltung wäre im praktischen Resultat leerlaufend, wenn die Bank gezwungen wäre, jedweden Rechnungsabschluß und jedwede Wertpapieraufstellung — und dies in jedem Einzelfall — dem Kunden durch Einschreiben mit Rückschein zuzustellen, um den Zugang nachweisen zu können. Denn selbst ein Einschreiben beweist nach ständiger

¹¹ Brandner, § 11 Nr. 15 Rdnr. 13; Koch/Stübing, § 10 Nr. 6; Stübing, NJW 1978 S. 1606, 1611; einschränkend Coester-Waltjen, § 10 Nr. 6 Rdnr. 5.

¹² Staudinger/Schlosser, § 10 Nr. 6 Rdnr. 7.

¹³ Coester-Waltjen, § 11 Nr. 15 Rdnr. 6; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 15 Rdnr. 2.

^{13a} Brandner, § 11 Nr. 15 Rdnr. 13; Kötz, § 11 Rdnr. 196; Koch/Stübing § 11 Nr. 15 Rdnr. 10.

¹⁴ Dietlein/Rebmann, S. 252; hierzu auch BayOLG, WM 1980 S. 222 — Hypothekenkündigung.

¹⁵ Palandt/Heinrichs, § 10 Anm. 6 a; vgl. auch OLG Stuttgart — Reg. Nr. 246/Bundeskartellamt; LG Stuttgart, Reg. Nr. 245/Bundeskartellamt; BB 1979 S. 708, 709.

¹⁶ Kümpe, a. a. O., S. 703; Rehbein, DB 1977 S. 1349, 1350; so wohl auch Staudinger/Schlosser, § 10 Nr. 6 Rdnr. 6; Lwowski, Die Bank 1978 S. 190 f.

¹⁷ Vgl. BGH, WM 1980 S. 417; OLG Hamm, 11 U 64/79 — Lastschrift.

¹⁸ Dietlein/Rebmann, § 10 Nr. 6 Rdnr. 6; Lwowski, a. a. O.; Kümpe, a. a. O.; a. M. Brandner, § 10 Nr. 6 Rdnr. 8; Staudinger/Schlosser, § 10 Nr. 6 Rdnr. 6; Palandt/Heinrichs, § 10 Anm. 6 a; Kötz, § 10 Rdnr. 32; so wohl auch Coester-Waltjen, § 10 Nr. 6 Rdnr. 6. Aus der Judikatur LG Osnabrück, 3 O 318/76 — betreffend Rechnungsabschluß — kein Verstoß gegen § 10 Nr. 6.

¹⁹ So aber Kötz, a. a. O.

²⁰ BGHZ 22 S. 90, 98; BGHZ 52 S. 61, 63.

Rechtsprechung nicht einmal im Rahmen eines Anscheinsbeweises den Zugang des Schriftstücks²¹. Zudem ist letztenendes im Auge zu behalten: Die nach § 10 Nr. 6 verbotenen „weitreichenden Folgen“ einer „Erklärung von besonderer Bedeutung“²², bei der eine Zugangsfiktion unwirksam ist, treten bei einer falschen Saldenbestätigung zum Nachteil des Kunden keineswegs zwingend ein. Die „Bestätigung“ eines Rechnungsabschlusses oder einer Wertpapieraufstellung führt nämlich nach der Rechtsprechung dazu, daß dem Kunden ein bereicherungsrechtlicher Berichtigungsanspruch zusteht²³. Im Ergebnis bedeutet dies: Aufgrund der Zugangsregelung des Abs. (2) Satz 1 wird dem Kunden bei Rechnungsabschlüssen die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs aufgebürdet, was jedoch — von weiteren Erwägungen abgesehen (vgl. zu Ziff. 15) — deswegen nicht unangemessen ist²⁴, weil die Ausnahmeregelung von Abs. (2) Satz 2 im Ergebnis bewirkt, daß die Zugangsfiktion jedenfalls dann nicht eingreift, wenn und soweit der Kunde bereits den Nachweis erbringen kann, daß er — ungeachtet seiner Verpflichtung gemäß Abs. (1) Satz 3 — die Unzustellbarkeit „nicht zu vertreten“ hat. Bereits dies führt dann im Streitfall dazu, daß es Sache der Bank ist, ihrerseits den Zugang eines Rechnungsabschlusses oder einer Wertpapieraufstellung darzulegen und zu beweisen.

c) Die Absende Vermutung in Abs. (2) Satz 3 verstößt nicht gegen § 10 Nr. 6; denn dieser Verbotstatbestand erfaßt lediglich Fälle der Zugangsfiktion. Demgegenüber vertritt Coester-Waltjen die Meinung, auch die „Absendungsvermutung“ sei Gegenstand des Verbotstatbestandes von § 10 Nr. 6, weil Regelungen aufgrund einer Absendungsvermutung — vom Tatsächlichen her bewertet — Vorgänge enthalten, die zum Zugangsgeschehen gehören²⁵. Absendungsvermutungen wären — nach dieser Ansicht — nur im gleichen Umfang wirksam wie Zugangsfiktionen, welche nicht vom Verbotstatbestand des § 10 Nr. 6 erfaßt werden. Eine derartige extensive Interpretation des Verbotstatbestandes von § 10 Nr. 6 erscheint jedoch problematisch. Richtiger ist es, die in Abs. (2) Satz 3 geregelte Absendungsvermutung entweder nach § 11 Nr. 15 zu kontrollieren oder auf die Generalklausel des § 9 zurückzufallen. Soweit man eine Anwendung von § 11 Nr. 15 in Betracht zieht, ist entscheidend: Die in Abs. (2) Satz 3 geregelte Absendungsvermutung ist anerkanntermaßen keine Fiktion, sondern lediglich die rechtsgeschäftliche Typisierung des Anscheinsbeweises²⁶. Denn die in Abs. (2) Satz 3 geregelte Absendungsvermutung erschöpft sich darin, daß die Bank ohnedies aufgrund eines abgezeichneten Durchschlags, der sich im Besitz der Bank findet oder aufgrund eines abgezeichneten Versandvermerks oder einer abgezeichneten Versandliste den Nachweis erbringt, daß sie das fragliche Schriftstück tatsächlich abgesandt hat. Damit aber ist der Tatbestand von § 11 Nr. 15 nicht tangiert²⁷. AGB-Klauseln, welche sich auf eine Regelung des Anscheinsbeweises beziehen, unterfallen nur dann dem Verbotstatbestand dieser Norm, wenn dies in Abänderung der normalerweise vorhandenen Darlegungs- und Beweislastverteilung geschieht. Dies aber ist nicht der Fall: Durch die Absendungsver-

mutung des Abs. (2) Satz 3 wird lediglich bewirkt, daß die Bank — bei Anerbietung der dort bezeichneten Beweismittel — den Nachweis aufgrund weitererreichender Beweisindizien erbringen kann, das fragliche Schriftstück auch tatsächlich abgesandt zu haben. Der von der Bank gemäß § 130 BGB zu beweisende Zugang wird damit jedoch weder vermutet noch fingiert. Dies geschieht allerdings dann aufgrund der Kombination der in Abs. (2) Satz 1 bzw. Satz 2 getroffenen Regelung mit der Bestimmung in Abs. (2) Satz 3: Soweit die Absendungsvermutung von Abs. (2) Satz 3 reicht, kann sich die Bank gemäß Abs. (2) Satz 1 auf die Zugangsfiktion des Abs. (2) Satz 1 erfolgreich berufen, es sei denn, es liegt der Ausnahmetatbestand von Abs. (2) Satz 2 vor. Im praktischen Ergebnis bedeutet dies: Ist der Kunde in der Lage, den Nachweis anzutreten, daß er die Nichtzustellung eines Schriftstücks „nicht zu vertreten“ hat, dann obliegt es der Bank, in jedem Fall den Zugang gemäß § 130 BGB zu beweisen.

3. Ziff. 3 Abs. (1)

Diese Regelung hat folgenden Wortlaut:

„Währungskredite sind in der Währung zurückzuzahlen, in der die Bank sie gegeben hat. Zahlungen in anderer Währung gelten als Sicherheitsleistung. Die Bank ist jedoch berechtigt, den Währungskredit in deutsche Währung umzuwandeln, wenn dessen ordnungsgemäße Abwicklung aus Gründen, die von der Bank nicht zu vertreten sind, nicht gewährleistet erscheint.“

Der wirtschaftliche Hintergrund dieser Klausel ist folgender: Sofern eine Bank einen Kredit in fremder Währung gewährt hat, wird sie sich regelmäßig auch in dieser Währung refinanzieren. Demzufolge benötigt sie, um ihren Refinanzierungsverbindlichkeiten nachzukommen, Geldmittel in dieser Währung. Deshalb enthält Abs. (3) Satz 1 eine typische Effektivklausel²⁸. Demzufolge bestehen auch gegen die in Abs. (1) Satz 2 getroffene Regelung keine durchgreifenden Bedenken. Zwar ist zuzugeben: Satz 2 enthält (vgl. „gelten“) eine Formulierung mit Fiktionscharakter: Selbst für den Fall, daß der Kunde mit der Zahlung in anderer Währung Erfüllung der aus dem Währungskredit stammenden Verbindlichkeit erreichen will, tritt lediglich Sicherheitsleistung ein. Darin kann unter Umständen eine unangemessene Benachteiligung des Kunden im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 liegen, wobei folgendes zu berücksichtigen ist: Auf der einen Seite steht der Bank — wegen ihrer aus dem Währungskredit herrührenden Forderung — an den vom Kunden eingezahlten Geldmitteln gemäß § 369 HGB ein Zurückbehaltungsrecht zu. Andererseits kann die Berufung der Bank auf Satz 2 — Sicherheitsleistung anstelle der Erfüllung — im Einzelfall gegen Treu und Glauben im Rahmen der Rechtsfigur des „individuellen Rechtsmißbrauchs“ verstoßen²⁹. Dabei ist allerdings

²¹ BGHZ 24 S. 308, 312; hierzu auch Kümpel, a. a. O., S. 704.

²² So der BT-Rechtausschuß — vgl. Dietlein/Rebmann, S. 252.

²³ BGH, NJW 1968 S. 591; BGH, DB 1976 S. 572; vgl. BGH, WM 1979 S. 417 ff. — betreffend Kontoauszüge.

²⁴ A. M. Brandner, § 10 Nr. 6 Rdnr. 8.

²⁵ So auch Kümpel, a. a. O. S. 704.

²⁶ Canaris, a. a. O., Rdnr. 1242; Kümpel, a. a. O.; Brandner, § 10 Nr. 6 Rdnr. 8; Staudinger/Schlosser, § 10 Nr. 6 Rdnr. 7.

²⁷ Löwe, § 10 Nr. 6 Rdnr. 7.

²⁸ BGH, WM 1980 S. 793; Canaris, a. a. O., Rdnr. 1249

²⁹ Vgl. Canaris, a. a. O., Rdnr. 1250.

stets auch die Pfandklausel nach Ziff. 19 Abs. (2) im Auge zu behalten. Daß darüber hinaus ein Fall des „individuellen Rechtsmißbrauchs“ kaum praktisch werden dürfte, folgt daraus, daß die in Satz 2 vorgesehene Bestimmung aus der — in jedem Fall wirksamen — Regelung des Satz 1 resultiert: Der Kunde als Schuldner kann eben nur bei der Aufnahme eines Währungskredits in der gleichen Valuta seine Verbindlichkeit erfüllen; demzufolge kann er regelmäßig nicht erwarten, daß eine in anderer Währung bewirkte Zahlung — trotz möglicherweise vorhandener Erfüllungsabsicht — Erfüllungswirkungen im Sinn des § 362 BGB entfaltet. Daher ist die in Abs. (1) Satz 2 getroffene Regelung grundsätzlich — von kaum vorstellbaren Ausnahmen abgesehen — mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 vereinbar; auch ist sie angesichts der in Abs. (1) Satz 1 getroffenen wirksamen Regelung nicht als überraschend im Sinn des § 3 zu bewerten.

Die in Satz 3 getroffene Regelung berechtigt die Bank zur Umwandlung des Währungskredits in deutsche Währung: Da die Banken verpflichtet sind, dafür Sorge zu tragen, daß ihre Währungspositionen in ausländischen Währungen stets ausgeglichen sind, muß die Bank — in Ausnahmefällen — ihre eigenen Verbindlichkeiten erfüllen, obwohl sie aus Gründen, die sie nicht zu vertreten hat, von ihrem Schuldner die entsprechenden Fremdwährungsmittel nicht rechtzeitig erhält. In diesen Fällen — Ausübung billigen Ermessens gemäß § 315 BGB vorausgesetzt — ist die Bank berechtigt, gemäß Satz 3 den Währungskredit in deutsche Währung umzuwandeln³⁰. Diese Regelung ist demzufolge mit § 9 Abs. (1) insoweit vereinbar, als die Bank das ihr gemäß § 315 BGB obliegende Ermessen im Einzelfall nicht unbillig ausübt.

4. Ziff. 4

a) Die in Abs. (1) Satz 1 getroffene Regelung hat folgenden Wortlaut:

„Während der Geschäftsverbindung ist die Bank unwiderruflich befugt, Geldbeträge für den Kunden entgegenzunehmen.“

Gegen diese Regelung — „unwiderruflich“ — bestehen unter Berücksichtigung von § 9 Abs. (1) keine Bedenken³¹. Das in Ziff. 17 dem Kunden verbürgte Kündigungsrecht der gesamten Geschäftsverbindung bleibt von der in Ziff. 4 Abs. (1) Satz 1 getroffenen Regelung unberührt³². Die Unwiderruflichkeit in Abs. (1) Satz 1 belastet den Kunden auch nicht unangemessen; der Zweck dieser Regelung ist nämlich, bei den der Bank zugehenden Geldbeträgen zu verhindern, daß die der Bank gemäß §§ 387 ff BGB, 369 HGB zustehenden Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte infolge eines Widerrufs des Kunden ausgeschlossen werden³³. Angesichts der auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde — vorbehaltlich etwaiger Kündigungen — ist der hiermit verfolgte Zweck nicht unangemessen im Sinn von § 9 Abs. (1); dies gilt auch im Hinblick auf die Pfandklausel gemäß Ziff. 19.

b) Die in Ziff. 4 Abs. (3) getroffene Regelung hat folgenden Wortlaut:

„Gutschriften, die infolge eines Irrtums, eines Schreibfehlers oder aus anderen Gründen vorgenommen werden, ohne daß ein entsprechender

Auftrag vorliegt, darf die Bank durch einfache Buchung rückgängig machen (stornieren). Bei Überweisungsaufträgen darf die Bank die angegebene Kontonummer des Zahlungsempfängers sowie die angegebene Bankleitzahl als maßgeblich ansehen. Bei Fehlleitungen infolge unrichtiger oder unvollständiger Angaben der Kontonummer, der Bankleitzahl oder der Kontobezeichnung in Überweisungsaufträgen haftet die Bank nur für grobes Verschulden.“

aa) Das der Bank gemäß Abs. (3) Satz 1 zustehende Stornorecht ist im Hinblick auf seine Voraussetzungen und seine Rechtsfolgen im wesentlichen durch die BGH-Entscheidung vom 29. Mai 1978 geklärt³⁴. Es gilt dabei: Das der Bank gemäß Abs. (3) Satz 1 zustehende Stornorecht ist als einseitiges Widerrufsrecht einer irrtümlichen Buchung zu verstehen³⁵. Mithin ist das Stornorecht kein Anfechtungsrecht, welches den Bestimmungen der §§ 119 ff. BGB unterworfen ist³⁶. Das als Widerrufsrecht ausgestaltete Stornorecht gibt also der Bank die Befugnis, das in der Gutschrift liegende abstrakte Schuldversprechen einseitig rückgängig zu machen³⁷. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn und soweit aufgrund eines Rechnungsabschlusses der Saldo anerkannt worden ist. Auch verliert die vom Stornorecht gemäß Abs. (3) Satz 1 erfaßte Einzelforderung durch Einstellung in das Kontokorrent ihre rechtliche Selbständigkeit³⁸. Doch entscheidend ist: Das Stornorecht findet stets an der Saldoanerkennung seine Grenze³⁹. Der Ausübung des Stornorechts steht es allerdings nicht entgegen, wenn das aufgrund irrtümlicher Gutschrift entstandene Guthaben ausgezahlt worden ist⁴⁰; denn die Bank prüft bei Auszahlung des Guthabens nicht, ob dieses zu Recht besteht. Der durch Ausübung des Stornorechts begründete Rückgewähranspruch der Bank richtet sich primär nach den bereicherungsrechtlichen Bestimmungen⁴¹; es kommt jedoch auch ein sich aus dem Girovertragsverhältnis ergebender Berichtigungsanspruch in Betracht⁴². Da bei einer irrtümlichen Überweisung jedenfalls ein dem Bereicherungsrecht unterworfenen Ausgleichsanspruch zugunsten der Bank besteht, ist die Verankerung des Stornorechts in Abs. (3) Satz 1 im Ergebnis nichts anderes als eine vertragliche Fixierung einer ohnehin gegebenen Rechtsposition der Bank⁴³. Dies entspricht auch der Ansicht des BGH, der die Sorgfaltspflichten des Kunden gegenüber der Bank bei Kontrolle der ihm in den Auszügen mitgeteilten Kontenbewegungen und Kontostände erneut betont hat⁴⁴, um daraus die Schlußfol-

³⁰ BGH, WM 1980 S. 793; Kumpel, WM-Beilage Nr. 1/1978, S. 17; Canaris, a. a. O., Rdnr. 1251.

³¹ So auch Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 72.

³² So auch Canaris, a. a. O., Rdnr. 1253.

³³ Canaris, a. a. O.

³⁴ BGH, WM 1978 S. 998 = BB 1978 S. 1382 mit kritischer Anmerkung von Otto; zustimmend insbesondere Kumpel, WM 1979 S. 378 ff.; Schmidt, JuS 1979 S. 444 f.

³⁵ Hierzu insbesondere auch Kumpel, WM 1979 S. 378 f.; vgl. aber auch Otto/Stierle, WM 1978 S. 530 ff.; Otto, BB 1978 S. 987 ff.

³⁶ So aber Möschel, JuS 1972 S. 297, 305; Lieseke, WM 1975 S. 240; Otto, BB 1978 S. 987, 988; vgl. auch Canaris, a. a. O., Rdnr. 217 ff.

³⁷ Vgl. auch BGH, WM 1978 S. 58.

³⁸ BGHZ 50 S. 277, 279.

³⁹ BGH, WM 1978 S. 998; so auch Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 73.

⁴⁰ OLG München, WM 1971 S. 264, 265; LG Berlin, WM 1979 S. 322; a. M. Canaris, a. a. O., Rdnr. 217; Lieseke, WM 1975 S. 238, 241.

⁴¹ BGH, WM 1978 S. 998, 999.

⁴² Hierzu im einzelnen Kumpel, WM 1979 S. 378, 382 ff.

⁴³ So auch Kumpel, a. a. O., S. 384 f.

⁴⁴ BGH, WM 1978 S. 998, 999.

gerung zu ziehen, daß — vorbehaltlich des Mitverschuldens der Bank gemäß § 254 BGB — eine schuldhaft Verletzung der dem Kunden insoweit obliegenden Verpflichtungen eine Schadensersatzhaftung gegenüber der Bank begründen kann⁴⁵. Dieser Schadensersatzanspruch gegenüber dem Kunden ist nicht durch die bereicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 812 ff. BGB gesperrt⁴⁶. Stellt man darauf ab, daß neben der Anwendung der bereicherungsrechtlichen Bestimmungen der §§ 812 ff. BGB — vgl. insbesondere die Problematik des § 818 Abs. (3) BGB — ein sich aus dem Girovertragsverhältnis ergebender Berichtigungsanspruch der Bank besteht, dann kann das Stornorecht gemäß Abs. (3) Satz 1 auch das Surrogat gemäß § 281 BGB erfassen, zumal und soweit der Rückgewähranspruch im Hinblick auf die Fehlbuchung am Saldoanerkennnis scheitert⁴⁷. Im praktischen Ergebnis ist jedoch der Unterschied zwischen dem girovertraglichen Berichtigungsanspruch einerseits und dem bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruch andererseits gering, weil nach Auffassung des BGH⁴⁸ die Sorgfaltsanforderungen an den Kunden sehr hoch sind, so daß die Berufung auf § 818 Abs. (3) BGB regelmäßig ausscheiden dürfte; wesentlich näher liegt eine schuldhaft Verletzung der sich aus dem bestehenden Girovertrag zwischen Bank und Kunde ergebenden Pflichten zur Kontrolle der dem Kunden zugesandten Kontoauszüge. Selbst die formularmäßige Ausbedingung eines über den Zeitpunkt der Saldoanerkennung hinausreichenden Stornorechts ist deshalb nach § 9 nicht zu beanstanden⁴⁹, zumal der Bank bei einer Fehlbuchung stets — abhängig vom Einzelfall — der Einwand mitwirkenden Verschuldens gemäß § 254 BGB entgegengehalten werden kann⁵⁰.

bb) Umstritten ist, ob die in Abs. (3) Satz 2 getroffene Regelung mit § 9 Abs. 2 Nr. 2 vereinbar ist, sofern bei Überweisungsaufträgen nicht der Name des Empfängers, sondern die angegebene Kontonummer sowie die angegebene Bankleitzahl als maßgeblich bewertet werden⁵¹. Dieses Problem hat dann praktische Bedeutung, wenn in einem Überweisungsauftrag der Name des Empfängers zutreffend angegeben ist, während Kontonummer oder Bankleitzahl falsch sind⁵². Entgegen der Auffassung des LG Freiburg⁵³ wird man danach differenzieren müssen, ob es sich um eine schuldhaft Verletzung eines Überweisungsauftrages im Rahmen des beleglosen Zahlungsverkehrs handelt oder um die althergebrachte Form. Soweit letzteres der Fall ist, gilt: Der Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Bank und Kunde besteht — in jedem Fall — mit einer individualisierten natürlichen oder juristischen Person. Damit ist freilich noch nicht zum Ausdruck gebracht, daß Kundenkonten stets Namens-, nicht aber Nummernkonten sind. Denn auch im Rahmen des üblichen Zahlungsverkehrs ist das Kundenkonto selbstverständlich — für sich allein genommen — in erster Linie durch die Nummer identifiziert; es treten jedoch noch andere Identifikationsmerkmale, wie z. B. der Name des Empfängers — im Gegensatz zum beleglosen Zahlungsverkehr — in den Vordergrund. Beim üblichen Zahlungsverkehr verletzt deshalb die Bank nur dann einen ihr erteilten Überweisungsauftrag nicht, wenn sie im einzelnen prüft, daß Kontoinhaber/Empfänger einerseits und Kontonum-

mer andererseits übereinstimmen. Unter diesen Voraussetzungen kann sich die Bank bei einem fehlerhaft durchgeführten Überweisungsauftrag dann nicht mit Erfolg auf Abs. (3) Satz 2 berufen, wenn und soweit die Empfängerbezeichnung zutreffend war; bei schuldhaften Fehlbuchungen haftet die Bank dann grundsätzlich — abhängig vom Grad des Mitverschuldens des Auftraggebers, der Kontonummer oder Bankleitzahl falsch angegeben hat — für den entstandenen Schaden⁵⁴. Besonders unter Berücksichtigung des aufgrund der Datenverarbeitung immer mehr praktizierten beleglosen Überweisungsverkehrs ist jedoch stets darauf zu achten, ob und inwieweit die Bank die erforderlichen und ihr zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen zur Vermeidung von Fehlern im Überweisungsverkehr getroffen hat. In diesen Fällen ist es regelmäßig unzumutbar, sicherzustellen, daß dem Namen des Empfängers entscheidende oder bei Diskrepanz zwischen Empfängerbezeichnung einerseits und Kontonummer andererseits korrigierende Bedeutung zukommt; da vielmehr Kontonummer und Bankleitzahl maßgebende Relevanz besitzen, ist die in Abs. (3) Satz 2 getroffene Regelung mit § 9 vereinbar⁵⁵. Dies gilt insbesondere auch, wenn man berücksichtigt, daß die in Abs. (3) Satz 3 getroffene Regelung — Haftung der Bank für grobes Verschulden — als Haftungsfreizeichnungstatbestand mit § 11 Nr. 7 im Einklang steht; auch ist es nicht zu beanstanden, daß sich in diesen Fällen der Maßstab des groben Verschuldens⁵⁶ auf den Tatbestand des mitwirkenden Verschuldens gemäß § 254 BGB bezieht⁵⁷.

c) Die in Ziff. 4 Abs. (4) getroffene Regelung hat folgenden Wortlaut:

„Wenn die Bank Aufträge für wiederkehrende oder zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuführende Zahlungen oder Leistungen übernimmt, so haftet sie wegen der Möglichkeit unabsehbarer Schäden bei nicht rechtzeitiger Erledigung nur für grobe Fahrlässigkeit.“

Während die vor dem 1. April 1977 geltende Regelung in Ziff. 4 Abs. (4) einen völligen Haftungsfreizeichnungstatbestand für die nicht rechtzeitige Leistungsausführung enthielt⁵⁸, ist nunmehr die Haftung der Bank — „wegen der Möglichkeit unabsehbarer Schäden“ — im Fall des Verzugs auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Diese Regelung ist jedoch nur dann mit § 11 Nr. 8 vereinbar, wenn man der Mindermeinung folgt, wonach nämlich § 11 Nr. 8 den Anspruch auf Ersatz des Verzugs Schadens gemäß § 286 BGB nicht erfaßt, sondern lediglich den

⁴⁵ Insbesondere auch BGH, WM 1979 S. 417, 419.

⁴⁶ So aber Canaris, a. a. O., Rdnr. 221.

⁴⁷ Kümpel, a. a. O., S. 384 f.

⁴⁸ WM 1979 S. 417.

⁴⁹ A. M. Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 73.

⁵⁰ BGH, WM 1978 S. 998, 999, BGH WM 1979 S. 417, 419.

⁵¹ Hierzu LG Freiburg, WM 1978 S. 262 ff.

⁵² Hierzu auch OLG Hamm, WM 1979 S. 339 ff.

⁵³ WM 1978 S. 262 ff.

⁵⁴ Vgl. auch Liesecke, WM 1970 S. 504, 505; ders., WM 1975 S. 223 f.; LG Freiburg, a. a. O., S. 264; a. M. Kümpel, WM-Beilage 1/1976, S. 3, 14 f.; vgl. auch Anm. der WM-Redaktion zu LG Freiburg, a. a. O., S. 264.

⁵⁵ OLG Hamm, WM 1979 S. 339 ff.

⁵⁶ Vgl. auch Ziff. 25 Abs. 1.

⁵⁷ Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnr. 33.

⁵⁸ Hierzu Canaris, a. a. O., Rdnr. 1257.

Nichterfüllungsschaden gemäß § 326 BGB⁵⁹. Demgegenüber vertritt die mehrheitlich vertretene Ansicht die Auffassung, daß auch der Verzugschadensersatzanspruch gemäß § 286 BGB vom Verbotstatbestand des § 11 Nr. 8 erfaßt wird⁶⁰. Dies bedeutet: Nach dieser Ansicht⁶¹ ist die in Ziff. 4 Abs. (4) getroffene Regelung unwirksam, weil § 11 Nr. 8 lit. b auch das Verbot enthält, den Verzugschadensersatzanspruch gemäß § 286 BGB abzubedingen; so gesehen geht also § 11 Nr. 8 lit. b weiter als § 11 Nr. 7⁶². Die danach die Bank unmittelbar treffende Schadensersatzhaftung gemäß § 286 BGB dürfte indessen auch nicht unter Hinweis auf die in Ziff. 7 getroffene Regelung — im praktischen Ergebnis — einzuschränken sein, weil die nach Ziff. 7 vom Kunden verlangte ausdrückliche Hinweispflicht in den Fällen kaum eingreifen dürfte, die Ziff. 4 Abs. (4) regelt, daß es sich nämlich um wiederkehrende Leistungen handelt. Zuzugeben ist allerdings der Mindermeinung, daß es schwierig ist, im einzelnen die Haftungsfreizeichnungsgrenzen gegenüber den Verbotstatbeständen in § 11 Nr. 8 lit. b — bezogen auf den Schadensersatzanspruch des § 286 BGB — sinnvoll auseinanderzuhalten⁶³, zumal bislang eine höchstrichterliche Entscheidung noch aussteht.

5. Die in Ziff. 7 getroffene Regelung hat folgenden Wortlaut:

„Der Kunde ist verpflichtet, die Bank in jedem Einzelfall, bei formularmäßig erteilten Aufträgen außerhalb des Formulars, darauf hinzuweisen, wenn aus Verzögerungen oder Fehlleitungen bei der Ausführung von Aufträgen oder von Mitteilungen hierüber ein Schaden entstehen kann. In diesen Fällen haftet die Bank im Rahmen ihres Verschuldens. Fehlt ein derartiger Hinweis, so haftet die Bank nur für grobes Verschulden; die Haftung beschränkt sich jedoch auf den Zinsausfall, wenn der Auftrag für den Kunden zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört.“

Die Anforderung, welche Ziff. 7 an die Hinweispflichten des Kunden stellt, sind erheblich; aus dem Wortlaut von Ziff. 7, insbesondere aus der Kommentierung, wird nämlich ersichtlich: Eine Pauschal- oder Globalwarnung der Bank, daß aufgrund von Verzögerungen oder Fehlleitungen Schäden eintreten können, reicht nicht aus⁶⁴. Erforderlich ist vielmehr — in jedem Einzelfall — eine gesonderte Warnung, welche außerhalb des Formulars vorzunehmen ist; selbst ein Hinweis in der Rubrik „Verwendungszweck“ reicht insoweit nicht aus⁶⁵.

a) Brandner hat zutreffend darauf hingewiesen: Gerade im kaufmännischen Verkehr ist es praktisch an der Tagesordnung, daß aus Verzögerungen oder Fehlleitungen, welche die Bank zu vertreten hat, Schäden entstehen. Demzufolge könnte es als unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. (1) zu werten sein, den Kunden — in jedem Einzelfall — dazu anzuhalten, der Hinweisverpflichtung gemäß Ziff. 7 zu genügen, weil dies den Kunden erheblich belastet. Gleichwohl ist die dem Kunden gemäß Ziff. 7 obliegende Hinweispflicht aufgrund der Besonderheiten des Bankvertrages vertretbar und nicht als Verstoß gegen § 9 Abs. (1) zu werten. Der BGH hat nämlich an die Erfüllung der dem Kunden gegenüber der Bank obliegenden Verpflichtungen relativ strenge Anforderungen gestellt⁶⁶; die in Ziff.

7 niedergelegte Hinweispflicht fügt sich demnach in den Gesamtzusammenhang eines gesteigerten Pflichtenkatalogs. Gegen die Unangemessenheit der in Ziff. 7 Satz 1 getroffenen Regelung spricht desweiteren, daß die Erfüllung der Hinweispflicht auf Seiten des Kunden nur dafür Voraussetzung ist, daß die Haftung der Bank über den Haftungsfreizeichnungstatbestand des § 11 Nr. 7 hinaus ausgedehnt, d. h. auf jedwedes Verschulden erstreckt wird. Mit anderen Worten: Die Erfüllung der in Ziff. 7 Satz 1 geforderten Hinweispflicht gewährt dem Kunden lediglich die Bonifikation, daß sich nämlich die Bank nicht auf eine Haftungsfreizeichnung im Rahmen von § 11 Nr. 7 beruft. Schließlich fällt ins Gewicht: Soweit die Bank wegen Verzögerung der Ausführung wiederkehrender Zahlungen oder Leistungen in Anspruch genommen wird, richtet sich ihre Haftung unmittelbar nach Ziff. 4 Abs. (4), ohne daß es eines Hinweises gemäß Ziff. 7 Satz 1 bedarf; allerdings ist in diesen Fällen dann die Haftung auf grobes Verschulden beschränkt (s. o.).

Nach der überwiegend in der Literatur vertretenen Auffassung ist der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 7 auch auf den kaufmännischen Verkehr zu erstrecken⁶⁷. Geht man mit der mehrheitlich vertretenen Ansicht folglich davon aus, daß also Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln im kaufmännischen Verkehr gemäß § 9 Abs. (1) an den Wertungskriterien von § 11 Nr. 7 auszurichten sind, so stellt sich die Frage, ob die Beschränkung auf den Zinsausfall gemäß Ziff. 7 Satz 3, 2. Halbsatz, mit § 9 Abs. (1) im Einklang steht. Daß Haftungsbegrenzungsklauseln im kaufmännischen Verkehr mit § 9 Abs. (1) vereinbar sind, wird druchaus bejaht, sofern die Haftung summenmäßig auf den Schaden begrenzt ist, der typischerweise bei Geschäften dieser Art eintritt; Richtschnur ist hierbei das Kriterium der Voraussehbarkeit⁶⁸. Maßgebender Zeitpunkt ist insoweit — angelehnt an Art. 82 Satz 2 EKG — der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses⁶⁹. Da die Haftungsbegrenzungsklausel der Ziff. 7 Satz 3, letzter Halbsatz, schlechthin auf den „Zinsausfall“ im kaufmännischen Verkehr abhebt, ist diese Klausel mit § 9 Abs. (1) vereinbar, weil diese AGB genügend Elastizität besitzt, um die typischerweise aus Verzögerungen oder Fehlleitungen resultierenden Schäden — regelmäßig handelt es sich um Verzugszinsen — zu ersetzen. Auch insoweit ist darauf aufmerksam zu machen, daß diese Haftungsbegren-

⁵⁹ Hensen, § 11 Nr. 8 Rdnr. 11; Reuter, DB 1978 S. 193 f.; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 8 Rdnr. 6, 9.

⁶⁰ Coester-Waltjen, § 11 Nr. 8 Rdnr. 18; Koch/Stübing, § 11 Nr. 8 Rdnr. 12; Palandt/Heinrichs, § 11 Anm. 8 a, bb; Kötz, § 11 Rdnr. 71; Löwe, § 91 Nr. 8 Rdnr. 7; zweifelnd Dittmann/Stahl, Rdnr. 444.

⁶¹ Vgl. insbesondere OLG Stuttgart, BB 1979 S. 1468.

⁶² A. M. aber Stein, § 11 Rdnr. 66.

⁶³ Hierzu im einzelnen kritisch Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 8 Rdnr. 6.

⁶⁴ Kumpel, a. a. O., S. 697; Lwowski, Die Bank 1978 S. 127.

⁶⁵ Lwowski, a. a. O.

⁶⁶ Insbesondere BGH, WM 1978 S. 998; BGH, WM 1979 S. 417 — Tagesauszüge.

⁶⁷ Hensen, § 11 Nr. 7 Rdnr. 34 ff.; Koch/Stübing, § 11 Nr. 7 Rdnr. 20; Coester-Waltjen, § 11 Nr. 7 Rdnr. 84; Stein, § 11 Rdnr. 61; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnr. 52 ff.; Hanau, in: MünchKomm, § 276 Rdnr. 191; Graf von Westphalen, NJW 1979 S. 838, 841; a. M. Palandt/Heinrichs, § 11 Anm. 7c; Dittmann/Stahl, Rdnr. 435; Schmidt-Salzer, F 201; Helm, BB 1977 S. 1109, 1111; ders., VersR 1978 S. 1, 2; so wohl auch Kötz, in: MünchKomm, § 11 Rdnr. 64.

⁶⁸ Hensen, § 11 Nr. 7 Rdnr. 39 ff.; Coester-Waltjen, § 11 Nr. 7 Rdnr. 84; Graf von Westphalen, NJW 1979 S. 838, 841; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnr. 52.

⁶⁹ BGH, RIW/AWD 1980 S. 143.

zung im Rahmen von Ziff. 4 Abs. (4) keine Anwendung findet. Doch gilt die Haftungsbegrenzung auf den Zinsausfall dann nicht, wenn kausal auch das Verschulden der Bank Unmöglichkeit eingetreten ist⁷⁰.

6. Ziff. 8 Abs. (1) hat folgenden Wortlaut:

„Den Schaden, der aus Übermittlungsfehlern, Mißverständnissen und Irrtümern im telefonischen, telegrafischen, drahtlosen oder fernschriftlichen Verkehr mit dem Kunden oder mit Dritten entsteht, trägt der Kunde, sofern der Schaden nicht von der Bank verschuldet ist.“

a) Soweit dem Kunden infolge von Übermittlungsfehlern oder Irrtümern ein Anfechtungsrecht gemäß §§ 119 ff. BGB zusteht, trifft ihn auch die Schadensersatzhaftung gemäß § 122 BGB. Dieser Fall wird von Ziff. 8 Abs. (1) nicht erfaßt. Gegenstand der Regelung von § 8 Abs. (1) ist vielmehr lediglich der Fall, daß die Bank infolge von Übermittlungsfehlern, Irrtümern oder Mißverständnissen zur Anfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB berechtigt ist — mit der Folge, daß die den Anfechtenden treffende Haftung auf Ersatz des Vertrauensschadens gemäß § 122 BGB in den Fällen auf den Kunden abgewälzt wird, in denen die Bank kein Verschulden trifft. Damit weicht Ziff. 8 Abs. (1) vom dispositiven Recht ab: Die Schadensersatzhaftung aus § 122 BGB ist nämlich verschuldensunabhängig. Da jedoch die Bank gemäß Ziff. 8 Abs. (1) nur dann berechtigt ist, den Ersatz des Vertrauensschadens gemäß § 122 BGB auf ihren Kunden zu überwälzen, in denen die Bank kein Verschulden trifft, weicht diese Regelung nicht so erheblich von § 122 BGB ab, daß daraus eine unangemessene Benachteiligung im Sinn des § 9 Abs. 2 Nr. 1 resultiert⁷¹. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Darlegungs- und Beweislast für fehlendes Verschulden die Bank trifft, weil das Tatbestandselement des Nichtverschuldens Voraussetzung für eine wirksame Risikoüberwälzung gemäß Ziff. 8 Abs. (1) auf den Kunden ist.

b) Ziff. 8 Abs. (3) regelt folgendes:

„Wenn die Bank telefonische, telegrafische, drahtlose oder fernschriftliche Mitteilungen schriftlich bestätigt, hat der Kunde Abweichungen zwischen derartigen Mitteilungen und der schriftlichen Bestätigung unverzüglich zu beanstanden.“

Im Hinblick darauf, daß nach der Rechtsprechung des BGH der Kunde verpflichtet ist, Mitteilungen der Bank auf ihre Richtigkeit zu überprüfen⁷², begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken gemäß § 9 Abs. (1), wenn der Kunde aufgrund der in Ziff. 8 Abs. (3) getroffenen Regelung verpflichtet wird, etwaige „Abweichungen“ zwischen telefonischen Erklärungen und schriftlicher Bestätigung der Bank unverzüglich „zu beanstanden“. Dabei ist in Betracht zu ziehen, daß die Bank telefonische, telegrafische oder fernschriftliche Mitteilungen des Kunden oder eines Dritten nur im Interesse des Kunden entgegennimmt bzw. weiterleitet.

7. Ziff. 9 enthält folgende Bestimmung:

„Die Bank darf mit der Ausführung aller ihr übertragenen Geschäfte im eigenen Namen Dritte ganz oder teilweise beauftragen, wenn sie dies auch unter Abwägung der Interessen des Kunden

für gerechtfertigt hält. Macht die Bank hiervon Gebrauch, so beschränkt sich ihre Verantwortlichkeit auf sorgfältige Auswahl und Unterweisung des von ihr beauftragten Dritten (Übertragung des Kundenauftrags nach § 664 Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches). Folgt die Bank bei der Auswahl oder bei der Unterweisung des Dritten einer Weisung des Kunden, so trifft sie insoweit keine Haftung. Die Bank ist jedoch verpflichtet, ihrem Kunden auf Verlangen die etwa bestehenden Ansprüche gegen den Dritten abzutreten.“

a) Die in Ziff. 9 enthaltene Substitutionsklausel wird in der AGB-Literatur mehrheitlich abgelehnt⁷³.

b) Eine zutreffende Bewertung der Substitutionsklausel der Ziff. 9 setzt zunächst voraus, daß die Verbindung zu Ziff. 25 Abs. (1) gefunden wird: Danach haftet die Bank „für ihre Mitarbeiter“ sowie „für sonstige Dritte“, für deren Verschulden sie „einzustehen“ hat, im Rahmen groben Verschuldens. Daß die in Ziff. 25 Abs. (1) getroffene Regelung mit § 11 Nr. 7 im Einklang steht, steht außer Streit. Gleichzeitig ist durch die Trennung zwischen dem Haftungsmaßstab der Ziff. 9 einerseits und dem der Ziff. 25 Abs. (1) andererseits klargestellt: Soweit die Bank Dritte für Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB einschaltet, haftet sie für diese gemäß § 25 Abs. (1), ohne daß diese Regelung nach § 11 Nr. 7 zu beanstanden wäre. Folglich kommt Ziff. 9 nur dann zum Zug, wenn die Bank Dritte einschaltet, ohne daß sich dabei um Erfüllungsgehilfen handelt. Wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt⁷⁴, vollzieht sich die Differenzierung zwischen Erfüllungsgehilfenschaft einerseits und Substitution gemäß § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB andererseits aufgrund einer Beurteilung der von der Bank übernommenen Verpflichtung und ihrer tatsächlichen Erfüllung: Eine Erfüllungsgehilfenschaft im Sinn des § 278 BGB setzt begrifflich-terminologisch voraus, daß ein Dritter — rein tatsächlich bewertet — mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit als dessen Hilfsperson tätig wird⁷⁵; dabei ist es für die Bejahung der Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB unschädlich, daß im Einzelfall die Einschaltung eines Dritten notwendig ist, und daß dem Schuldner dem Dritten gegenüber jedwede Einwirkungsmöglichkeit fehlt, weil es sich um den Fall eines sog. „selbstständigen Erfüllungsgehilfen“ handelt⁷⁶. Von einer Substitution im Sinn des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB kann nur dann die Rede sein, wenn und soweit der Beauftragte die Geschäftsbesorgung vollständig einem Dritten zur Eigenverantwortung übertragen hat, so daß er selbst aus jeder Tätigkeit für den Gläubiger ausscheidet⁷⁷.

⁷⁰ Lwowski, Die Bank 1978 S. 127; BGHZ 13 S. 127.

⁷¹ Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 42; Graba, § 9 Rdnr. 132.

⁷² BGH, WM 1979 S. 417.

⁷³ Staudinger/Schlosser, § 10 Nr. 3 Rdnr. 21; Palandt/Heinrichs, § 9 Anm. 7 b; ders., § 11 Anm. 7 b; kritisch auch Brandner, Anh. zu §§ 9–11, Rdnr. 156; a. M. Kumpel, a. a. O., S. 698 ff.; Lwowski, a. a. O., S. 128 ff.; Rehbein, DB 1977 S. 1349, 1350 f.; im einzelnen auch Graf von Westphalen, WM 1980 S. 178, 186 ff.

⁷⁴ Graf von Westphalen, WM 1980 S. 178, 183 ff. m. w. N.

⁷⁵ BGHZ 62 S. 119 ff. m. w. N.

⁷⁶ RGZ 161 S. 68, 73; Erman/Hauß, § 664 Rdnr. 1; Soergel/Mühl, § 664 Rdnr. 2.

⁷⁷ RGZ 161 S. 68, 73; vgl. auch Steffen, in: RGRK-BGB, § 664 Rdnr. 6.

c) Gerade weil Ziff. 25 Abs. (1) auf die Haftung der Bank für „von ihr zu vertretendes Verschulden“ abhebt und damit auch und vor allem auf § 278 BGB abstellt, ist die Substitution in Ziff. 9 des weiteren von den Fällen zu unterscheiden, in denen die Bank lediglich die Verpflichtung übernimmt, die Beauftragung eines Dritten zu veranlassen⁷⁸. In diesen Fällen beschränkt sich nämlich die Haftung auf Auswahl- und Überwachungsverschulden, ohne daß dies eine Substitution oder Erfüllungsgehilfenschaft ist⁷⁹.

d) Daß § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit auch das Haftungsprivileg der Substitution auf entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge Anwendung findet, dürfte inzwischen gesichert sein⁸⁰. Wenn aber in dogmatischer Hinsicht keine durchgreifenden Bedenken bestehen, eine Substitution auch im Bereich des § 675 BGB zu bejahen, dann verstößt die Substitutionsklausel der Ziff. 9 dann jedenfalls nicht gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, sofern — in tatsächlicher Hinsicht — die Bank einen Dritten eingeschaltet hat — mit der Folge, daß sie selbst aus der spezifischen Geschäftsbesorgungstätigkeit für den Kunden ausgeschieden ist. Dies ist z. B. bei der Auslandsaufbewahrung von Wertpapieren, welche von einer Auslandsbank durchgeführt wird, zu bejahen⁸¹. Beim Dokumenten-Akkreditivgeschäft ist die Avis-Bank Erfüllungsgehilfin der Akkreditiv-Bank gemäß § 278 BGB; ist allerdings die Zweitbank Zahlstelle, dann erbringt die Zweitbank die Akkreditiv-typischen Leistungen, so daß Substitution anzunehmen ist; wird die Zweitbank im Rahmen eines bestätigten Akkreditivs tätig, dann liegt weder ein Fall der Erfüllungsgehilfenschaft noch ein solcher der Substitution vor, vielmehr übernimmt die Zweitbank eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Begünstigten; besorgt hingegen die Hausbank die Eröffnung eines Akkreditivs durch eine Zweitbank, dann liegt ebenfalls weder Substitution noch Erfüllungsgehilfenschaft, sondern Veranlassung vor⁸². Beim Inkassogeschäft ist die Inkassobank Substitut, nicht aber Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB⁸³. Beim Scheck- und Wechselgeschäft ist der von der Bank eingeschaltete Dritte ebenfalls Substitut, weil und soweit sich die Tätigkeit, z. B. bei der Gutschrift eines Schecks oder Wechsels bei der eingeschalteten Bank konzentriert. Gleiches gilt dann, wenn und soweit sich die Bank im Zahlungsverkehr der Bundespost bedient — ein Gesichtspunkt, der auch für die Erfüllung der der Bank obliegenden Benachrichtigungspflicht zutrifft⁸⁴.

e) Geht man nach der hier vertretenen Auffassung davon aus, daß eine strikt einzuhaltende Distinktion zwischen Erfüllungsgehilfenschaft, Substitution und Veranlassung — mit jeweils unterschiedlichen Haftungsvoraussetzungen und Haftungsfolgen — besteht, deren Relevanz sich aus der jeweils von der Bank geschuldeten Geschäftsbesorgungstätigkeit bei Einschaltung eines Dritten ergibt, dann entscheidet sich praktisch auf der Ebene des Individualvertrages, welche der drei Erscheinungsformen im Einzelfall in Betracht kommt. Soweit danach Erfüllungsgehilfenschaft im Sinn des § 278 BGB vorliegt, weil sich die Bank — zur Erfüllung einer ihr obliegenden Verpflichtung und im Rahmen derselben — eines Dritten bedient, dann ist die Bank nicht berechtigt, auf das Haftungsprivileg der Substitu-

tionsklausel gemäß Ziff. 9 Satz 1 zurückzugreifen. Dies wird bereits mit § 4 unvereinbar sein; es wäre aber auch — infolge des Charakters des Individualvertrages — mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 unvereinbar. Soweit allerdings — aufgrund des Individualvertrages und der daraus von der Bank geschuldeten Leistungspflichten bei Einschaltung eines Dritten — Substitution im Sinn des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB vorliegt, ist Ziff. 9 nichts anderes als die Wiederholung der gesetzlichen Rechtslage⁸⁵. Daraus ergibt sich aber weiterhin: Die in Ziff. 9 Satz 1 getroffene Substitutionsklausel ist nicht dahin zu verstehen, daß die Bank berechtigt wäre, schlechthin auf das Haftungsprivileg der Substitution gemäß § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB auch in den Fällen zurückzugreifen, in denen — individualvertraglich bedingt — in Wirklichkeit Erfüllungsgehilfenschaft im Sinn des § 278 BGB vorliegt. Das in Ziff. 9 Abs. 1 angeführte billige Ermessen im Sinn des § 315 BGB („unter Abwägung der Interessen des Kunden für gerechtfertigt hält“), ist insoweit mißverständlich; es gibt der Bank nämlich keine weiterreichenden Befugnisse, als individualvertraglich verankert. Mißverständlich ist insoweit auch der Hinweis in Ziff. 9, daß die Substitutionsbefugnis der Bank praktisch „alle ihr übertragenen Geschäfte“ betrifft. Dies entspricht zwar — wie gezeigt — der überwiegenden Mehrzahl der üblichen Geschäftsfälle, in denen die Bank einen Dritten einschaltet, sollte aber m. E. — ebenso wie der verdeckte Hinweis auf § 315 BGB — bei einer Neufassung von Ziff. 9 gestrichen werden; in der Sache tritt dadurch — nach der hier vertretenen Auffassung — ohnedies keine Änderung ein.

8. Ziff. 10 hat folgenden Wortlaut:

„(1) Die Bank steht dem Kunden nach bestem Wissen zu allen bankmäßigen Auskünften und Raterteilungen zur Verfügung. Bei mündlich erteilten Auskünften über Kreditwürdigkeit oder Zahlungsfähigkeit (Kreditauskunft) behält sich die Bank eine unverzügliche schriftliche Bestätigung vor, deren Inhalt sodann maßgeblich ist. Kreditauskünfte erteilt die Bank unter Ausschluß der Haftung, soweit dies im Rahmen der Rechtsordnung zulässig ist. In demselben Umfang ist die Haftung der Bank für eine etwaige Unterlassung von Kreditauskünften ausgeschlossen.“

(2) Bei allen sonstigen bankmäßigen Auskünften und Raterteilungen sowie bei deren Unterlassung haftet die Bank nur für grobes Verschulden.“

a) Die Rechtsprechung stellt inzwischen keine sehr hohen Anforderungen mehr, aus denen das Vorliegen eines — meistens stillschweigend geschlossenen — Auskunftsvertrages abgeleitet werden kann. Erforderlich ist: Der auskunfterteilenden Bank muß erkennbar sein, daß die erteilte Auskunft für den Anfragenden von erheblicher Bedeutung ist und daß dieser sie zur Grundlage wesentlicher Ver-

⁷⁸ RGZ 142 S. 184, 187; Palandt/Thomas, § 664 Anm. 1 a. E.

⁷⁹ Graf von Westphalen, WM 1980 S. 178, 185 f.

⁸⁰ Im einzelnen Kümpel, a. a. O., S. 700; a. M. Allerdings neuestens Staudinger/Schlosser, § 10 Nr. 3 Rdnr. 21.

⁸¹ Vgl. Coing, WM 1977 S. 472.

⁸² Im einzelnen hierzu Graf von Westphalen, WM 1980, S. 178, 184 ff.

⁸³ Nielsen, BuB, Rdnr. 5/454 f.; Graf von Westphalen, a. a. O., S. 190 f.

⁸⁴ Kümpel, a. a. O., S. 702.

⁸⁵ So auch im Ergebnis Kümpel, a. a. O., S. 700 ff.

mögensdispositionen machen will⁸⁶. Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob es sich um einen Bankkunden oder um einen sonstigen Dritten handelt⁸⁷: Angesichts der mit der Auskunft verfolgten Ziele muß die Bank damit rechnen, daß ihre Auskunft im Sinn einer rechtsgeschäftlichen verbindlichen Erklärung von den in Betracht kommenden Kreisen im Rechtsverkehr verstanden wird; ausreichend, aber auch erforderlich ist es deshalb, wenn ein potentieller Adressat auf die Auskunft vertraut und im Vertrauen auf die Auskunft seine Entschließung faßt. Als „Dritter“ kommt dabei auch eine Bank in Betracht. Bei der Verletzung von Pflichten, welche sich aus oder im Zusammenhang mit der Erteilung einer Bankauskunft ergeben, ist streng danach zu scheiden, ob es sich um die Verletzung einer Hauptpflicht, also des geschlossenen Auskunftsvertrages handelt⁸⁸, oder ob eine Nebenpflicht verletzt ist⁸⁹; in Betracht kommt darüber hinaus aber auch eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsabschluß⁹⁰. Außer vertraglichen Ansprüchen kommen — abhängig vom Einzelfall — auch deliktsrechtliche Bestimmungen bei Verletzung eines Auskunftsvertrages ins Spiel, so insbesondere § 823 und § 826 BGB⁹¹.

b) Gemäß Ziff. 10 Abs. (2) Satz 2 haben sich die Banken bei Kreditauskünften das Recht einer schriftlichen Bestätigung vorbehalten; damit soll bezweckt werden, daß etwaige mündliche Auskünfte im Einzelfall nochmals nachgeprüft werden können, zumal es gerade bei Kreditauskünften auf die besonders sorgfältige und abgewogene Formulierung ankommt⁹². Wird die mündlich erteilte Auskunft nicht „unverzüglich“ schriftlich bestätigt, dann ist die mündliche Auskunft verbindlich⁹³. Was als „unverzüglich“ im Sinn von Ziff. 10 Abs. (1) Satz 2 zu gelten hat, läßt sich schwer allgemein sagen. Es entscheidet der Einzelfall: Je deutlicher es der auskunfterteilenden Bank erkennbar ist, daß die begehrte Auskunft für den Anfragenden von ganz erheblichem Wert ist, um so mehr bindet bereits die mündlich erteilte Auskunft⁹⁴. In diesen Fällen muß also bereits die mündlich erteilte Auskunft im wesentlichen so ausformuliert sein — sorgfältig, sachgerecht und richtig —, daß die unverzüglich durchzuführende schriftliche Bestätigung praktisch nur noch eine Wiederholung der mündlichen Auskunft darstellt. Denn in der Regel ist ja davon auszugehen, daß der Anfragende die ihm erteilte mündliche Auskunft sogleich zur Grundlage von Vermögensdispositionen macht. In diesen Fällen ist es deshalb geboten, das Kriterium der „Unverzüglichkeit“ in Ziff. 10 (Abs. (1) Satz dahin auszulegen, daß die mündlich erteilte Auskunft praktisch umgehend schriftlich bestätigt werden muß⁹⁵. Insoweit trifft den Kunden unter Umständen auch eine Wartepflicht. Selbst wenn man — abweichend von der hier vertretenen Auffassung — das Kriterium der „unverzüglichen“ schriftlichen Bestätigung grundsätzlich weniger eng auslegt, ist das Ergebnis kaum ein anderes: Weicht nämlich die schriftliche Bestätigung von der mündlich erteilten Auskunft — und nur diese Fälle sind interessant — erheblich ab, dann dürfte in der Regel die Berufung auf das Erfordernis schriftlicher Bestätigung — angesichts der mündlich erteilten Auskunft — treuwidrig sein⁹⁶. Dieser Gesichtspunkt der Treuwidrigkeit greift ins-

besondere dann ein, wenn bereits die mündlich erteilte Auskunft als abschließend vom Anfragenden verstanden wurde⁹⁷. In jedem Fall also hat — zusammenfassend gesagt — der Vorbehalt der „unverzüglichen schriftlichen Bestätigung“ der mündlich erteilten Auskunft (und eventuell eine entsprechende Korrektur oder auch Klarstellung) nur in den Fällen praktische Bedeutung, in denen die schriftliche Bestätigung umgehend erfolgt und in denen die mündlich erteilte Auskunft nicht bereits als ausreichend und abschließend im Hinblick auf die angestrebten Vermögensdispositionen des Anfragenden verstanden wurde.

c) Problematisch ist indessen der in Ziff. 10 Abs. (1) Satz 3 vorgesehene Haftungsausschluß, weil dieser — salvatorisch — darauf abstellt, nur insoweit verbindlich zu sein, „soweit dies im Rahmen der Rechtsordnung zulässig ist“. Dabei ergeben sich mehrere Gesichtspunkte:

aa) Entscheidend ist bereits, daß diese Haftungsbegrenzung wegen ihres salvatorischen Inhalts gegen das von den §§ 2, 5 geforderte Transparenzgebot verstößt, und zwar sowohl im nicht-kaufmännischen als auch im kaufmännischen Bereich; es ist nicht Aufgabe der Gerichte, die Inhaltsgrenzen von Haftungsfreizeichnungs- bzw. Haftungsbegrenzungsklauseln im einzelnen festzulegen⁹⁸. Dieser Gesichtspunkt findet auch in der Literatur immer weitere Beachtung⁹⁹. Freilich ist diese Auffassung nicht unbestritten¹⁰⁰. Es erscheint indessen geboten, der h. M. zu folgen¹⁰¹. Denn es ist Sache des AGB-Verwenders, nicht aber Aufgabe der Gerichte, die Wirksamkeitsgrenzen von AGB-Klauseln — vor allem im Bereich von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungstabeständen — zu ziehen; dies ergibt sich — nicht zuletzt — aus den Erfordernissen einer eindeutigen Tenorierung bei Klagen gemäß §§ 13 ff.¹⁰². Schließlich folgt die Richtigkeit der h. M. aber auch daraus, daß der AGB-Verwender bei derartigen salvatorischen Formulierungen den AGB-Kunden völlig im unklaren darüber läßt, ob im Einzelfall eine Haftung eingreift oder ob sich der AGB-Verwender auf die Wirksamkeit der Haftungsbegrenzung oder Haftungsfreizeichnungsklausel berufen kann. Ange-

⁸⁶ BGHZ 7 S. 374; BGH, WM 1965 S. 287; BGH, WM 1969 S. 36; BGH, WM 1970 S. 1021; BGH, WM 1979 S. 548.

⁸⁷ BGH, WM 1958 S. 1008; BGH, WM 1980 S. 1021; BGH, WM 1974 S. 685; BGH, WM 1979 S. 548, 550.

⁸⁸ Hierzu Scheerer, in: FS für Bärmann, München 1975, S. 801, 804 ff.; Lorenz, in: FS für Larenz, München 1973, S. 575, 584 ff.

⁸⁹ Pikart, WM 1966 S. 698, 700 f.

⁹⁰ Hierzu unter Berücksichtigung der Prospekthaftung neuestens Wittmann, DB 1980 S. 1679 ff.

⁹¹ Scheerer, a. a. O., S. 809 ff. m. w. N.

⁹² Canaris, a. a. O., Rdnr. 1172; Lwowski, Die Bank 1978 S. 127.

⁹³ BGH, WM 1956 S. 1056.

⁹⁴ So auch Dirichs, WM 1978 S. 626, 629.

⁹⁵ Z. B. bei Aufnahme einer Geschäftsverbindung, bei Auskunft, ob Wechsel noch „problemlos“ hereingenommen werden können; vgl. hierzu auch BGH, NJW 1968 S. 588, 590 f.

⁹⁶ Vgl. OLG Köln, BB 1976 S. 106; BGH, BB 1975 S. 1039.

⁹⁷ BGH, WM 1956 S. 1056; Liesecke, WM 1970 S. 510 f.

⁹⁸ OLG Düsseldorf, BB 1980 S. 388 — nicht rechtskräftig; LG Düsseldorf, BB 1979 S. 1832; LG München, BB 1979 S. 702; vgl. auch BGHZ 62 S. 83, 89.

⁹⁹ Dittmann/Stahl, Rdnr. 243; Schlosser, WM 1978 S. 562, 568 f.; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnr. 28; Kötz, § 6 Rdnr. 13; ders., NJW 1978 S. 785 ff. — jedoch enger, insbesondere bei Teilunwirksamkeit; Löwe, JuS 1977 S. 421, 424.

¹⁰⁰ Schmidt-Salzer, F 56 ff.; Götz, NJW 1978 S. 2223 ff.; Ebel, DB 1979 S. 1973; Ulmer, § 6 Rdnr. 20; teilweise auch Kötz, NJW 1979 S. 785 ff., es sei denn, der AGB-Verwender verstößt wissentlich gegen die Bestimmungen des AGB-Gesetzes.

¹⁰¹ Vgl. auch Larenz, AT, 5. Aufl., S. 524.

¹⁰² Hierzu OLG Düsseldorf, BB 1980 S. 388.

sichts des damit konstatierten unklaren Regelungsbereichs einer solchen salvatorischen Klausel ist deshalb für eine geltungserhaltende Reduktion kein Raum¹⁰³.

bb) Der freizeichnungs-feste Bereich für Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln — gleichgültig, aus welchem Rechtsgrund — ist im nicht-kaufmännischen Verkehr durch die §§ 11 Nr. 7 und 11 Dr. 11 eindeutig bezeichnet. Davon ist bei der Beurteilung von Ziff. 10 Abs. (1) Satz 3 auszugehen. Denn nur aufgrund einer solchen eindeutigen Regelung kann die Bank vermeiden, auch für lediglich fahrlässig erteilte falsche Auskünfte — infolge des Kassationseffekts von § 6 Abs. (2) — zur Haftung herangezogen zu werden.

cc) Das praktische Schwergewicht der Haftungsfreizeichnungsklausel von Ziff. 10 Abs. (1) Satz 3 liegt jedoch im kaufmännischen Bereich. Geht man von der mehrheitlich in der Literatur vertretenen Auffassung aus, dann gilt der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 7 auch im kaufmännischen Verkehr uneingeschränkt, d. h. es besteht ein Verbot der Haftungsbegrenzung und Haftungsfreizeichnung im Bereich der groben Fahrlässigkeit auch nicht-leitender Angestellter¹⁰⁴. Die Rechtsprechung sowie die in der Literatur vertretene Mindermeinung stehen jedoch auf dem Standpunkt, daß das Verbot von Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln im kaufmännischen Verkehr gemäß § 9 Abs. (1) nur dann eingreift, wenn Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit auf der Ebene der leitenden Angestellten vorlag¹⁰⁵. Angesichts dieser Sachlage dürfte es den Banken zumutbar sein, sich bei der Fixierung des Umfangs der Haftungsfreizeichnung gemäß Ziff. 10 Abs. (1) Satz 3 an der von der Judikatur vertretenen Auffassung zu orientieren; bei mündlich erteilten — falschen Auskünften bestände also dann — vorbehaltlich einer noch rechtzeitig eintreffenden Korrektur — eine Haftung der Bank, sofern grobe Fahrlässigkeit auf seiten eines leitenden Angestellten der Bank vorlag. Wer als „leitender“ Angestellter einer Bank zu werten ist, hängt dabei in erster Linie von den organisatorischen Besonderheiten ab. Sicher ist der Leiter einer Zweigniederlassung „leitender“ Angestellter; das gleiche dürfte für den „leitenden“ Angestellten einer Filiale zutreffen. Auch der „leitende“ Angestellte einer Zweigstelle dürfte in gleicher Weise zu klassifizieren sein. Schwierig ist es jedoch festzulegen, welche Angestellten darüber hinaus zu den „Leitenden“ zu zählen sind, weil die Abgrenzungskriterien von § 5 BetrVG in diesem Zusammenhang sicherlich nicht ohne weiteres gelten; haftungsrechtlich sind die Grenzen weniger eng als vom Betriebsverfassungsgesetz gefordert.

Doch ist folgendes im Auge zu behalten: Soweit die Banken die Haftungsfreizeichnungsgrenze in Ziff. 10 Abs. (1) Satz 3 auf die Figur des „leitenden“ Angestellten beschränken, entsteht notwendigerweise eine beträchtliche Grauzone, bis daß die Rechtsprechung verlässlich Grenzen gesetzt hat. Dabei ist zusätzlich von Bedeutung: Die haftungsbegründende Wirkung des Auskunftsvertrages beruht — in Abweichung von der gesetzlichen Regelung des § 676 BGB — ersichtlich auf der Inanspruchnahme fremden Vertrauens, sofern dies für die auskunftserteilende Bank erkennbar war¹⁰⁶. Da

aber der Vertrauensschutz in immer stärkerem Umfang haftungsbegründend verstanden wird¹⁰⁷, ergibt sich aus dieser Perspektive eine weitere Unsicherheit für die Eingrenzung des „leitenden“ Angestellten. Wenn und soweit nämlich — gerade wegen der Typizität der haftungsbegründenden Elemente des Auskunftsvertrages — eine falsche Auskunft von einem nicht-leitenden Angestellten — allerdings grob fahrlässig — erteilt wurde, könnte einiges dafür sprechen, entweder in einem solchen Fall den nicht-leitenden Angestellten haftungsrechtlich zum „leitenden“ zu machen oder unter Berufung auf § 9 Abs. (1) der an der BGH-Judikatur orientierten Haftungsbegrenzung unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 11 Nr. 7 die Wirksamkeit zu versagen.

Dies aber besagt im praktischen Ergebnis: Gerade wegen der besonderen Haftungsrisiken von falschen Auskünften — unter besonderer Berücksichtigung der vorstehend aufgezeigten Abgrenzungsschwierigkeiten — könnte man die in Ziff. 10 Abs. (1) Satz 3 enthaltene salvatorische Formulierung mit dem Argument aufrechterhalten, daß eine eindeutige Präzisierung der Grenzen des Haftungsfreizeichnungsverbots im kaufmännischen Verkehr im gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht — im Hinblick auf eine eindeutige haftungsbegrenzende Regelung — möglich ist. Freilich ist dies dogmatisch bewertet eine Argumentation, welche überhaupt nur dann eingreifen kann, wenn man nicht der zuvor dargestellten Auffassung der Judikatur¹⁰⁸ folgt, wonach es nämlich nicht Aufgabe der Gerichte ist, dem jeweiligen AGB-Verwender — unabhängig von den Risiken, welche ihn haftungsrechtlich treffen — für diesen die Grenzen des Haftungsfreizeichnungstatbestands im einzelnen durch Ausfüllung der Elemente einer salvatorischen Klausel zu fixieren.

dd) Unabhängig von der hier vertretenen Auffassung ist die Unwirksamkeit der Haftungsfreizeichnung gemäß Ziff. 10 Abs. (1) Satz 3 auch dann zu bejahen, wenn ein Organisationsverschulden der Bank anzulasten ist¹⁰⁹. Die Grenze zur Unwirksamkeit dieser Haftungsfreizeichnung für den Fall, daß ein verfassungsmäßig berufener Vertreter, ein Organ der Bank oder ein leitender Angestellter die falsche Auskunft erteilt hat¹¹⁰, ist freilich, wie gezeigt, fließend.

ee) Die gleichen Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung auch dann, wenn die Bank etwaige Haftungsfreizeichnungen — außerhalb der AGB — verwendet, z. B. gegenüber einem Nicht-Kunden¹¹¹. Dabei ist zu berücksichtigen, daß derartige Frei-

¹⁰³ A. M. Thümmel/Oldenburger, BB 1979 S. 1067 ff.

¹⁰⁴ Hensen, § 11 Nr. 7 Rdnrn. 34 ff.; Koch/Stübing, § 11 Nr. 7 Rdnr. 20; Coester-Waltjen, § 11 Nr. 7 Rdnr. 84; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnrn. 52 ff.; Stein, § 11 Rdnr. 61; Hanau, in: MünchKomm., § 276 Rdnr. 191; Graf von Westphalen, NJW 1978 S. 831, 841.

¹⁰⁵ BGHZ 20 S. 164, 167 f.; BGH, WM 1973 S. 1238; BGH, WM 1974 S. 1118, 1119; BGH, WM 1978 S. 303, 304; BGH, WM 1980 S. 287, 288; Palandt/Heinrichs, § 11 Anm. 7 c; Dittmann/Stahl, Rdnr. 435; Schmidt-Salzer, F. 201; Helm, BB 1977 S. 1109, 1111; ders., VersR 1978 S. 1, 2; so auch wohl Kötz, in: MünchKomm., § 11 Rdnr. 64.

¹⁰⁶ BGH, WM 1970 S. 1021; BGH, WM 1979 S. 548.

¹⁰⁷ Hohloch, NJW 1979 S. 2389 ff.

¹⁰⁸ OLG Düsseldorf, BB 1980 S. 388; vgl. auch BGHZ 82 S. 83, 89.

¹⁰⁹ Hierzu Liesecke, WM 1970 S. 511; Schlosser, WM 1978 S. 562 ff. m. w. N.

¹¹⁰ BGH, WM 1956 S. 1056; BGH, WM 1961 S. 776, 780; OLG Köln, WM 1973 S. 1125, 1127; vgl. auch Liesecke, WM 1970 S. 511; Kumpel, WM-Beilage Nr. 1/1976 S. 6 m. w. N.

¹¹¹ BGH, BB 1970 S. 984 — „ohne Obligo“; vgl. auch BGH, WM 1979 S. 548 — Auskunft an einen Dritten.

zeichnungsklauseln grundsätzlich den Charakter von AGB-Klauseln haben; die Voraussetzungen von § 1 Abs. (2) dürften regelmäßig nicht vorliegen¹¹².

d) Bei der Unterlassung von Kreditauskünften gemäß Ziff. 10 Abs. (1) Satz 4 gelten die gleichen Erwägungen, die zur Wirksamkeit der Haftungsfreizeichnung in Abs. (1) Satz 3 dargestellt wurden; dies ergibt sich aus dem Hinweis in Satz 4, daß die Haftung der Bank „im gleichen Umfang“ ausgeschlossen sein soll¹¹³.

e) Unproblematisch ist die Haftungsfreizeichnung bei allen sonstigen bankmäßigen Auskünften und Raterteilungen sowie bei deren Unterlassung, weil die Bank insoweit gemäß § 11 Nr. 7 haftet. Insoweit ist auch auf Ziff. 25 Abs. (1) zu verweisen.

9. Die hier interessierenden Bestimmungen in Ziff. 14 haben folgenden Wortlaut:

„(2) Außer den vereinbarten oder — mangels einer Vereinbarung — den von der kontoführenden Stelle der Bank im Rahmen des § 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmten Zinsen, Gebühren und Provisionen trägt der Kunde alle in Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung mit ihm entstehenden Auslagen und Nebenkosten, insbesondere Steuern, Kosten für Versicherung, Ferngespräche, Fernschreiben und Telegramme sowie Porti.

(3) Nimmt ein Kunde Kredit ohne ausdrückliche Vereinbarung oder über den vereinbarten Betrag oder über den vereinbarten Termin hinaus in Anspruch (Kontoüberziehung), hat er statt etwa vereinbarter niedrigerer Zinsen, Gebühren und Provisionen die von der kontoführenden Stelle der Bank im Rahmen des § 315 Bürgerlichen Gesetzbuches für Überziehungen bestimmten Zinsen, Gebühren und Provisionen zu tragen.“

a) Die Abs. (2) getroffene Regelung bereitet grundsätzlich keine Schwierigkeiten. Grundlage der in dieser Bestimmung getroffenen Regelung ist § 670 BGB in Verbindung mit § 675 BGB. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob die in Abs. (3) getroffene Regelung — im Fall der Kontoüberziehung — mit den Bestimmungen des AGB-Gesetzes im Einklang steht. Bei der Kontoüberziehung nimmt der Kunde einen zusätzlichen Kredit bei seiner Bank in Anspruch; diese stellt ihm dafür — zusätzlich — „Zinsen, Gebühren und Provisionen“ in Rechnung. Besonders in den Fällen, in denen der Kunde eine Kontoüberziehung über einen vereinbarten Termin hinaus ausdehnt, dürfte regelmäßig der Fall des Verzugs im Sinn des § 284 Abs. (2) BGB vorliegen. Dieser Fall ist ähnlich demjenigen, der in Abs. (4) aufgeführt ist und an ein „vertragswidriges Verhalten des Kunden“ anknüpft. Denn es ist — vor allem im Bereich der Teilzahlungskredite — anerkannt, daß „Zinsen“ dann jedenfalls den Charakter einer unselbständigen Vertragsstrafe aufweisen, wenn sie höher liegen als durch den Verzugschaden bedingt¹¹⁴. Das gleiche gilt im Hinblick auf „Gebühren“ sowie in bezug auf „Provisionen“, zumal es sich bei diesen Erscheinungsformen grundsätzlich nicht um Zinsen handelt¹¹⁵. Im Fall der Kontoüberziehung, der in Ziff. 14 Abs. (3) geregelt ist, kommt es auf die Einzelheiten an: soweit wegen der Kontoüberziehung eine Verlängerungs- oder Überziehungsgebühr — neben den üblichen Sollzinsen — geltend ge-

macht wird, ist eine derartige Gebühr jedenfalls so lange als Zins zu qualifizieren, als sie laufzeitabhängig ist¹¹⁶. Selbst wenn es sich aber um eine Einmalgebühr handelt, welche im Ergebnis nicht laufzeitabhängig ist, ändert dies am Zinscharakter nichts¹¹⁷. Ob dies auch für sonstige „Provisionen“ gilt, erscheint zweifelhaft: teilweise wird die Auffassung vertreten, derartige Provisionen seien Zinsen¹¹⁸; verschiedentlich wird aber demgegenüber die Meinung vertreten, daß solche Provisionen — zumindest teilweise — den Charakter einer Vertragsstrafe haben¹¹⁹.

b) Es kann hier jedoch offen bleiben, ob im Rahmen von Ziff. 14 Abs. (3) die von der Bank in Rechnung gestellten „Zinsen, Gebühren und Provisionen“ letzten Endes Vertragsstrafcharakter besitzen. Denn soweit zwischen Bank und Kunde eine Vereinbarung über die Höhe der Zinsen, Gebühren und Provisionen im Fall einer Kontoüberziehung zustande gekommen ist, handelt es sich um eine individualvertragliche Abrede: Kontrollkriterium ist demzufolge ausschließlich § 138 BGB, nicht aber § 11 Nr. 5 oder § 11 Nr. 6. Soweit hingegen die Bank — und dies dürfte der Regelfall sein — von ihrem einseitigen Bestimmungsrecht im Hinblick auf die Höhe der Zinsen, Gebühren und Provisionen Gebrauch macht, liegt grundsätzlich eine wirksame Pauschalierungsabrede vor. Diese ist deswegen nicht als Vertragsstrafe gem. § 11 Nr. 6 zu bewerten, weil die Bank auf die Bestimmung des § 315 BGB abhebt. Damit ist der Parameter des billigen Ermessens gem. § 315 Abs. (3) BGB in bezug genommen¹²⁰. Daran ist auch nach der BGH-Entscheidung vom 11. 6. 1980¹²¹ festzuhalten, weil in Ziff. 14 Abs. (3) konkret, nicht nur verdeckt auf § 315 BGB Bezug genommen ist. Darüber hinaus ist im Hinblick auf die hier getroffene Regelung darauf hinzuweisen, daß eine Sanktionsfolge gewollt ist (vgl. § 286 BGB). Schon deshalb fehlt es insoweit an der Unangemessenheit der Regelung in Ziff. 14 Abs. (3). Es ist mithin Sache der Bank, im einzelnen den Nachweis zu erbringen, daß die von ihr getroffene Festlegung im Hinblick auf die Höhe der geltend gemachten Zinsen, Gebühren und Provisionen billigem Ermessen entspricht; die Bank trägt die Beweislast¹²². Die unmittelbare Bezugnahme auf § 315 BGB bewirkt also, daß die in Ziff. 14 Abs. (3) — das gleiche gilt für Abs. (4) — getroffene Regelung weder eine Vertragsstrafe noch an § 11 Nr. 5 zu messen ist; die Annahme einer Vertragsstrafe scheidet folglich daran, daß die Bank verpflichtet ist, das ihr eingeräumte Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben, so daß die kardinale Voraussetzung jeglicher Vertragsstrafe

¹¹² BGH, NJW 1977 S. 624; BGH, WM 1978 S. 1384; BGH, NJW 1979 S. 1406.

¹¹³ Zur früheren Rechtslage vgl. Liesecke, WM 1970 S. 512.

¹¹⁴ BGHZ 49 S. 84, 89; BGH, WM 1969 S. 1391; BGH, NJW 1979 S. 805, 807; KG, WM 1980 S. 72, 75; Belke, BB 1968 S. 1219, 1220; Hadding, DTJ-Gutachten, 1980, S. 270 ff.

¹¹⁵ Vgl. Canaris, NJW 1978 S. 1891, 1893 f.; KG, a. a. O.

¹¹⁶ Canaris, NJW 1978 S. 1891, 1894.

¹¹⁷ Canaris, a. a. O.

¹¹⁸ OLG Düsseldorf, WM 1976 S. 1151, 1152; KG, BB 1974 S. 1605; Scholz, BB 1974 S. 1605.

¹¹⁹ Belke, BB 1968 S. 1219, 1220; Canaris, NJW 1978 S. 1891, 1894; KG, WM 1980 S. 72, 75; vgl. auch Hadding, DJT-Gutachten, S. 270 ff. m. w. N.

¹²⁰ Vgl. auch LG Berlin, WM 1978 S. 322; LG München, WM 1978 S. 915; LG München I, 12 O 8377/77; OLG Oldenburg, 4 U 287/76.

¹²¹ BB 1980 S. 1490.

¹²² Statt aller Palandt/Heinrichs, § 315 Anm. 4.

fehlt: die Ausübung eines Drucks auf den anderen Vertragsteil¹²³. Indessen ist die in Ziff. 14 Abs. (3) getroffene Regelung auch nicht nach § 11 Nr. 5 zu beurteilen, weil das der Bank einseitig eingeräumte Bestimmungsrecht gem. § 315 BGB den Fall einer konkreten Schadensberechnung, nicht aber eine abstrakte Schadenspauschale zum Gegenstand hat: die Bank muß eben darlegen und beweisen, daß die in Ansatz gebrachten Zinsen, Gebühren und Provisionen — im Fall der Kontoüberziehung — angemessen sind; dabei kommen der Bank freilich allgemeine Beweiserleichterungen zugute¹²⁴.

10. Ziff. 15 hat folgenden Wortlaut:

„Der Kunde hat Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen sowie sonstige Rechnungen und Anzeigen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen. Einwendungen gegen Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen sind innerhalb eines Monats seit Zugang abzusenden; sonstige Einwendungen sind unverzüglich zu erheben. Die Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung; die Bank wird bei Rechnungsabschlüssen und Wertpapieraufstellungen sowie sonstigen Abrechnungen und Anzeigen auf die Folge der Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen besonders hinweisen. Gesetzliche Ansprüche des Kunden bei begründeten Einwendungen nach Fristablauf bleiben jedoch unberührt.“

a) Nach der hier vertretenen Auffassung knüpft Ziff. 15 Satz 1 unmittelbar an die Zugangs- und Absende-Vermutung von Ziff. 1 Abs. (2) an; auch im Hinblick auf Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen bestehen gegen die in Ziff. 1 Abs. (2) getroffene Regelung gemäß § 10 Nr. 6 keine Bedenken. Die an die Zugangsfiktion anknüpfende Überprüfungspflicht des Kunden, die diesen im Hinblick auf Rechnungsabschlüsse, Wertpapieraufstellungen sowie sonstige Abrechnungen und Anzeigen trifft, fügt sich ohne weiteres in das System der besonderen Pflichten des Kunden ein, die ihn aus dem abgeschlossenen Bankvertrag verpflichten¹²⁵. Auch soweit daran anschließend Ziff. 15 Satz 2 bestimmt, daß der Kunde verpflichtet ist, Einwendungen gegen Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen „innerhalb eines Monats seit Zugang“ abzusenden, bestehen keine Bedenken; im Hinblick auf die in § 10 Nr. 5 verlangte „angemessene Frist“ ist die in Satz 2 getroffene Regelung nicht zu beanstanden¹²⁶. Das gleiche gilt für „sonstige Einwendungen“, welche „unverzüglich“ geltend zu machen sind, weil auch diese Frist als angemessen im Sinn von § 10 Nr. 5 zu bewerten ist.

b) Die in Ziff. 15 Satz 3 verankerte Genehmigungsfiktion ist mit § 10 Nr. 5 vereinbar, weil die Bank zum einen die fristmäßigen Voraussetzungen von § 10 Nr. 5 lit. a und zum anderen die besondere Hinweispflicht gemäß § 10 Nr. 5 lit. b sowohl innerhalb der AGB als auch im Rahmen besonderer Erklärungen jeweils beachtet¹²⁷. Im einzelnen ergeben sich als Konsequenz der Genehmigungsfiktion folgende Gesichtspunkte:

aa) Zunächst ist klarzustellen, daß Ziff. 15, letzter Satz, eindeutig festlegt, daß dem Kunden die „gesetzlichen Ansprüche“ erhalten bleiben; die in Ziff. 15 Satz 3 enthaltene Genehmigungsfiktion be-

wirkt also keinen Rechtsverlust. Dies ist von der Judikatur im Hinblick auf die „Genehmigung“ von Tagesauszügen anerkannt¹²⁸. Die Genehmigungsfiktion ist deshalb nicht dahin zu verstehen, daß sie auf eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Kunden gerichtet ist, etwa unrechtmäßig getroffene Verfügungen der Bank zu genehmigen, d. h. zu sanktionieren¹²⁹. Auf Grundlage der in Ziff. 15, letzter Halbsatz getroffenen Klarstellung des Vorbehalts gesetzlicher Ansprüche ergibt sich aber auch nicht, daß die in Ziff. 15 enthaltene Genehmigungsfiktion eine Beweislastumkehr bewirkt, obwohl dies weithin angenommen wird¹³⁰. Die Begründung für diese Auffassung liegt in folgenden Erwägungen:

bb) Die in Ziff. 15 enthaltene Genehmigungsfiktion steht in unauflöslichem Zusammenhang mit der in Ziff. 1 Abs. (2) enthaltenen Zugangsfiktion; Zugangs- und Genehmigungsfiktion bewirken — gestützt durch die Bestimmungen der §§ 10 Nr. 5 und 10 Nr. 6 —, daß zwischen Bank und Kunde die unerläßliche Abstimmung im Rahmen der laufenden Geschäftsverbindung zustande kommt. Sie bewirken — darüber hinaus — insbesondere bei Rechnungsabschlüssen, daß die in der Übersendung einer „Saldenbestätigung“ liegende Vertragsofferte der Bank — und dies ist die primäre Folge der Genehmigungsfiktion — vom Kunden im Sinn der §§ 147, 148 BGB angenommen wird¹³¹. Mit anderen Worten: Die in Ziff. 15 enthaltene Genehmigungsfiktion hat nur insoweit rechtsgeschäftliche Relevanz, als die Erklärung der Bank ihrerseits als Angebot im Sinn des § 145 BGB zu werten ist; dies ist lediglich bei Rechnungsabschlüssen anzunehmen, weil nur insoweit ein Anerkenntnisvertrag im Sinn des § 781 BGB zustande kommt. In allen anderen Fällen erschöpft sich die in Ziff. 15 enthaltene Genehmigungsfiktion darin, zugunsten der Bank sicherzustellen, daß die im Rahmen der ständigen Abstimmung zwischen ihr und dem Kunden erforderlichen Mitteilungen dem Kunden zur Kenntnis gelangt sind; anders gewendet: Die Bank kann in der Mehrzahl der praktischen Fälle davon ausgehen, daß die als notwendig anzusehenden Informationen dem Kunden zugegangen sind.

cc) Deshalb hat der BGH auch in seiner Entscheidung vom 29. 1. 1979¹³² klargestellt, daß Ziff. 10 der Sparkassen-AGB, soweit diese Tagesauszüge betrifft, keine Beweislastumkehr bewirkt, sondern lediglich eine tatsächliche Erklärung des Kunden fingiert¹³³. Von hoher praktischer Relevanz ist dabei freilich, daß die Nichterhebung von Einwendungen dem Kunden gegenüber der Bank als schuldhaftes Verletzung des Bankenvertrages zur Last gelegt werden kann — mit der Folge, daß der Kunde scha-

¹²³ BGH, NJW 1970 S. 29, 32; BGH, BB 1975 S. 9; BGH, NJW 1976 S. 1886; BGH, WM 1977 S. 55 — alle zur Abgrenzung gegenüber Schadenspauschalen.

¹²⁴ BGH, NJW 1974 S. 895; vgl. auch Belke, JZ 1969 S. 586, 594.

¹²⁵ BGH, WM 1979 S. 457.

¹²⁶ So auch Brandner, § 10 Nr. 5 Rdnr. 14.

¹²⁷ Im einzelnen Lwowski, Die Bank 1978 S. 188 f.

¹²⁸ BGH, WM 1979 S. 417, 419; vgl. auch BGH, WM 1976 S. 248, 250.

¹²⁹ OLG Düsseldorf, WM 1978 S. 769, 771; vgl. auch Kumpel, WM-Beilage Nr. 1/1976 S. 11.

¹³⁰ Lwowski, Die Bank 1978 S. 189; Brandner, § 10 Nr. 5 Rdnr. 14; so wohl auch Kumpel, WM-Beilage Nr. 1/1976 S. 12.

¹³¹ Zutreffend Kumpel, a. a. O.

¹³² WM 1979 S. 417, 419.

¹³³ Irrig Stübing, NJW 1978 S. 1606, 1609.

densersatzpflichtig wird¹³⁴. Wenn aber zugunsten der Bank ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung schon bei der Nichtbeachtung von Tagesauszügen angenommen wird, so gilt dies erst recht in den Fällen, in denen dem Kunden „Rechnungsabschlüsse“ oder „Wertpapieraufstellungen“ übersandt worden sind, weil die den Kunden treffende Informations- und Benachrichtigungspflicht gegenüber der Bank in diesen Fällen wesentlich größer ist.

dd) Die Auffassung, derzufolge die in Ziff. 15 enthaltene Genehmigungsfiktion auf eine Beweislastumkehr hinausläuft, geht m. E. auf eine fehlerhafte Interpretation der BGH-Entscheidung vom 13. 12. 1967¹³⁵ zurück. Im einzelnen: Wendet sich der Kunde rechtzeitig im Sinn von Ziff. 17 Satz 2 gegen irgendwelche Rechnungsabschlüsse, Wertpapieraufstellungen etc. der Bank, dann wird die in der „Saldenbestätigung“ liegende Vertragsofferte der Bank nicht angenommen; es kommt also ein Anerkenntnisvertrag im Sinn des § 781 BGB nicht zustande. Folglich ist es Sache beider Parteien, sich über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Einwendungen des Kunden zu verständigen. Nichts anderes gilt dann, wenn und soweit der Kunde rechtzeitig Erinnerungen gegen sonstige Aufstellungen, insbesondere gegen Tagesauszüge erhebt, weil die in der Übersendung derartiger Informationen der Bank liegenden Erklärungen rechtsgeschäftlich nicht als Angebot im Sinn des § 145 BGB zu qualifizieren sind; sie dienen vielmehr der unerlässlichen Abstimmung zwischen Bank und Kunde¹³⁶. Erforderlich ist also auch in diesen Fällen, daß — bei einer rechtzeitigen Erinnerung — eine Abstimmung zwischen Bank und Kunde im Hinblick auf die Richtigkeit der erhobenen Einwendungen erfolgt. Im einen wie im anderen Fall ist es aber selbstverständlich, daß jede Partei für die Richtigkeit der von ihr behaupteten Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig ist. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die in Ziff. 15 enthaltene Genehmigungsfiktion zum Zuge kommt, sofern keine Rechnungsabschlüsse betroffen sind. Denn die „Genehmigung“ des Kunden hat keine rechtsgeschäftliche Relevanz¹³⁷. Es ist und bleibt deshalb — nach wie vor — Sache des Kunden, die Richtigkeit der von ihm erhobenen Einwendungen darzulegen und zu beweisen. Führt der Kunde diesen Nachweis jedoch schuldhaft verspätet, dann haftet er aus positiver Vertragsverletzung¹³⁸.

ee) Die Genehmigungsfiktion im Fall eines Rechnungsabschlusses führt — wie gezeigt — dazu, daß die Annahmeerklärung des Kunden im Sinne der §§ 147, 147 148 BGB fingiert wird; dies mag man, unter Vernachlässigung dogmatischer Gesichtspunkte, auch als Abschluß eines stillschweigenden Anerkenntnisvertrages im Sinn des § 781 BGB werten¹³⁹. In der Sache macht dies keinen Unterschied. Entscheidend ist und bleibt: Wenn und soweit der Kunde — nach Versäumung der Einspruchsfrist im Sinn von Ziff. 17 Satz 2 — glaubt, begründete Einwendungen gegen die Richtigkeit des Saldoanerkenntnisvertrages vorbringen zu müssen, dann freilich ist es seine Obliegenheit, die seinen Anspruch stützenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen; diese haben nämlich insoweit anspruchvernichtende Funktion, als sie — und darin erschöpft sich die Genehmigungsfiktion — darauf gerichtet sind, das

Zustandekommen des Saldoanerkenntnisvertrages zu verneinen. Der BGH¹⁴⁰ wertet dies freilich als „Beweislastumkehr“ im Hinblick auf mögliche Fehler der Bank. Doch entscheidend war in diesem Fall: Das Kontokorrentverhältnis war — und dieser Fall liegt stets dann vor, wenn die Genehmigungsfiktion von Ziff. 15 eingreift — fortgesetzt worden. Unter diesem Betracht aber ist es von ausschlaggebender Bedeutung, daß das Saldoanerkenntnis ein Beweisindiz dafür ist, welcher Kontostand am Tag des Rechnungsabschlusses gegeben war. Daraus folgt: Während es — im Hinblick auf das Zustandekommen eines Saldoanerkenntnisvertrages — Sache jedes Beteiligten ist, die Richtigkeit des von ihm behaupteten Saldos darzulegen und zu beweisen, ist es — nach Vorliegen eines Saldoanerkenntnisvertrages — Sache des jeweiligen Anspruchstellers, die von ihm behaupteten Einwendungen gegen die Richtigkeit des Saldovertrages darzulegen und zu beweisen, weil ja die von ihm vorgetragene Tatsache auf die Vernichtung des Saldovertrages gerichtet sind¹⁴¹. Es ist deshalb Sache des Kunden, gegen ein Saldoanerkenntnis im Wege einer Bereicherungsklage nach § 812 Abs. (2) BGB vorzugehen¹⁴². Dies gilt unabhängig davon, ob die vom Kunden vorgebrachten Einwendungen Soll- oder Habenbuchungen zum Gegenstand haben, weil der Saldoanerkenntnisvertrag im Sinn des § 781 BGB bewirkt, daß — im Hinblick auf den Saldo — ein abstraktes Schuldanerkenntnis vorliegt¹⁴³.

ff) Daß Ziff. 15 letzter Satz lediglich auf „gesetzliche Ansprüche abhebt, bedeutet keine Präklusion im Hinblick auf Ansprüche, die dem Kunden wegen einer etwaigen Vertragsverletzung vorliegen. Doch ist der Hinweis auf den Vorbehalt „gesetzlicher Ansprüche“ — informatorisch — von Bedeutung, weil ein Saldoanerkenntnis nur im Wege gesetzlicher Ansprüche, nämlich: nach § 812 Abs. (2) BGB konditioniert werden kann.

gg) Soweit aus Ziff. 15 Satz 2 (vgl. „abzusenden“) der Schluß gezogen werden kann, daß der Kunde verpflichtet ist, etwaige Einwendungen stets schriftlich abzugeben, bestehen keine durchgreifenden Bedenken: Im Sinn einer effizienten Kontrolle ist das Schriftformerfordernis, soweit man es aus dieser Bestimmung überhaupt herausliest, gerechtfertigt¹⁴⁴. Doch sind auch mündliche Einwendungen im Sinn von Ziff. 17 Satz 2 keineswegs ausgeschlossen; vielmehr ist die Bank verpflichtet, auch diese zu berücksichtigen.

11. Ziff. 16 hat folgenden Wortlaut:

„Das Ausbleiben von Anzeigen über die Ausführung von Aufträgen jeder Art sowie über erwartete Zahlungen und Sendungen ist der Bank unverzüglich mitzuteilen.“

¹³⁴ BGH, WM 1978 S. 998; BGH, WM 1979 S. 417, 419.

¹³⁵ WM 1968 S. 214, 215.

¹³⁶ So ausdrücklich BGH, WM 1979 S. 417, 419.

¹³⁷ BGH, a. a. O.

¹³⁸ BGH, WM 1978 S. 998; BGH, WM 1979 S. 417, 419.

¹³⁹ BGH, WM 1968 S. 217, 315; BGH, WM 1971 S. 1498, 1499.

¹⁴⁰ WM 1968 S. 214, 215.

¹⁴¹ So auch im Ergebnis Liesecke, WM 1975 S. 237, 242.

¹⁴² RGZ 117 S. 39; BGH, WM 1958 S. 620; BGH, WM 1958 S. 1157.

¹⁴³ BGH, WM 1958 S. 788; BGH, WM 1959 S. 81, 84; BGH, WM 1968 S. 214; BGH, WM 1971 S. 1498.

¹⁴⁴ Vgl. LG Frankfurt, WM 1977 S. 298, 299.

Die damit den Kunden treffende Informationspflicht ergibt sich aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis; es bestehen insoweit keine Bedenken¹⁴⁵.

12. Ziff. 17 hat folgenden Wortlaut:

„Der Kunde und die Bank dürfen mangels anderweitiger Vereinbarung nach freiem Ermessen die Geschäftsverbindung im ganzen oder einzelne auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehungen einseitig aufheben. Auch bei einer anderweitigen Vereinbarung ist dieses Recht jederzeit gegeben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die Bank kann dieses Recht insbesondere dann ausüben, wenn der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögenslage gemacht hat, wenn eine wesentliche Verschlechterung seines Vermögens oder eine erhebliche Vermögensgefährdung eintritt oder wenn der Kunde seiner Verpflichtung zur Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten nach Aufforderung durch die Bank nicht innerhalb angemessener Frist nachkommt.“

a) Das in Ziff. 17 Satz 1 vorgesehene ordentliche Kündigungsrecht ist im Regelfall nicht zu beanstanden, und zwar ungeachtet der Tatsache, daß es sich wie eine fristlose Kündigung im praktischen Ergebnis auswirkt¹⁴⁶. Dies ergibt sich bereits daraus, daß eine Frist für die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts in Ziff. 17 Satz 1 nicht vorgesehen ist. Demzufolge hat der BGH auch ein auf Ziff. 17 Satz 1 gestütztes Kündigungsverlangen ohne weiteres akzeptiert¹⁴⁷. Dessen ungeachtet ergeben sich vielfältige Schranken, denen das Kündigungsrecht von Ziff. 17 Satz 1 unterworfen ist.

Aus Ziff. 17 Satz 1 folgt bereits unmittelbar, daß dieses Recht nur „mangels anderweitiger Vereinbarung“ in Anspruch genommen werden kann; mit anderen Worten: Ein Individualvertrag geht dem Kündigungsrecht von Ziff. 17 Satz 1 gemäß § 4 vor¹⁴⁸. Ist z. B. ein Darlehensvertrag vereinbart, dann kann die Bank nur auf das außerordentliche Kündigungsrecht von Ziff. 17 Satz 2 zurückgreifen, nicht aber auf Ziff. 17 Satz 1. Desweiteren ist bei einer auf Ziff. 17 Satz 1 gestützten Kündigung stets zu prüfen, ob es sich nicht um eine Kündigung „zur Unzeit“ handelt¹⁴⁹; dies kann bedingen, daß dem Kunden eine Schonfrist einzuräumen ist¹⁵⁰. Die Bank ist indessen bei Berufung auf Ziff. 17 Satz 1 nicht berechtigt, auf das ihr hiernach eingeräumte „freie Ermessen“ im Sinn eines Willküratbestandes zu rekurrieren, weil dies — weder ihr noch dem Kunden — ein Recht zur Beliebigkeit von Kündigungsmaßnahmen einräumt, sondern vielmehr vor allem bedeutet, daß die Kündigung damit an die Billigkeitserfordernisse des § 315 BGB geknüpft sind, d. h. die Interessen des anderen Vertragsteils sind angemessen zu berücksichtigen. Freilich ist bei der Ausfüllung derartiger allgemeiner Billigkeitskriterien im Auge zu behalten, daß der Bankvertrag ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag ist, so daß ein Hinweis auf § 627 BGB gerechtfertigt ist, wonach nämlich — im praktischen Ergebnis — Identität zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung bestehen kann¹⁵¹. Dieser Gesichtspunkt hat jedenfalls insoweit maßgebende Bedeutung, als die in Ziff. 17 Satz 1 getroffene Regelung — vor allem wegen § 627 BGB — nicht als unwirksam im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu qualifizieren ist.

b) Die in Ziff. 17 Satz 2 getroffene Regelung der Voraussetzungen, unter denen vor allem die Bank zur außerordentlichen Kündigung berechtigt ist, ist mit § 9 vereinbar¹⁵². Freilich muß insoweit ein wichtiger Grund gegeben sein, d. h.: der Bank — oder dem Kunden — muß unter Berücksichtigung aller Umstände die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar sein.

c) Von praktischer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang vor allem die Frage, ob das Verlangen nach Sicherheiten, sofern sich der Kunde dem widersetzt, ausreicht, um einen Grund zur fristlosen Kündigung zu geben. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, weil die Bank zur Setzung einer „angemessenen Frist“ verpflichtet ist. Es ist weiterhin folgende Differenzierung angezeigt: Soweit eine Individualvereinbarung im Hinblick auf die Stellung bestimmter Sicherheiten vorliegt, ist stets zu prüfen, ob die Bank gemäß Ziff. 19 Abs. (1) einen Anspruch auf die Stellung zusätzlicher Sicherheit hat¹⁵³. Ob also die individualvertragliche Vereinbarung den Rückgriff auf Ziff. 19 Abs. (1) im Hinblick auf die Stellung zusätzlicher Sicherheiten verbietet, ist eine Frage der Auslegung (vgl. § 4). Es kann durchaus sein — und dies ist im Zweifel sogar anzunehmen —, daß die Bank — ungeachtet der Tatsache, daß die Stellung von Sicherheiten individualvertraglich vorgesehen ist — auf weitere Sicherheiten im Sinn von Ziff. 19 Abs. (1) damit nicht verzichtet¹⁵⁴. Nur in den Fällen, in denen individualvertraglich — und dies ist durch Auslegung zu ermitteln — ein Rückgriff auf Ziff. 19 Abs. (1) nicht in Betracht kommt, setzt die Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts gemäß Ziff. 17 Satz 2 voraus, daß sich die Vermögensverhältnisse des Kunden verschlechtern, d. h. daß eine Gefährdung des Kredits zu besorgen ist¹⁵⁵. Gibt die Auslegung für dieses Ergebnis jedoch nichts her, setzt Ziff. 19 Abs. (1) nicht voraus, daß sich die Vermögensverhältnisse des Kunden — seit der letzten Stellung von Sicherheiten — verschlechtert haben¹⁵⁶. Dessen ungeachtet ist das Verbot der Übersicherung zur berücksichtigen¹⁵⁷. Kommt der Kunde einem — berechtigten — Verlangen nach Verstärkung der Sicherheiten nicht „innerhalb angemessener Frist“ (vgl. Ziff. 17 Satz 2) nach, dann hat die Bank Grund zur fristlosen Kündigung, ohne daß es einer zusätzlichen Schonfrist bedarf¹⁵⁸. Bei der Fristbestimmung sind selbstverständlich die Besonderheiten des jeweiligen Individualvertrages zu berücksichtigen; vorgreiflich ist dabei die Antwort auf die Frage, ob die Bank — in bezug auf den jeweiligen Individualvertrag — überhaupt einen Anspruch auf zusätzliche

¹⁴⁵ Vgl. BGH, WM 1979 S. 417, 419.

¹⁴⁶ Hierzu Canaris, ZHR 1979 S. 114, 119.

¹⁴⁷ BGH, WM 1978 S. 234, 235.

¹⁴⁸ Vgl. auch Kümpel, WM 1977 S. 694, 705.

¹⁴⁹ Hierzu im einzelnen Canaris, ZHR 1979 S. 114 ff.

¹⁵⁰ Hierzu auch Hopt, ZHR 1979 S. 163 f.; im einzelnen auch BGH, WM 1979 S. 1176, 1178 ff. — allerdings zu Ziff. 17 Satz 2.

¹⁵¹ Hierzu auch Canaris, ZHR 1979 S. 114, 119.

¹⁵² LG Frankfurt, WM 1978 S. 801; BGH, WM 1979 S. 1176; vgl. auch OLG Düsseldorf, WM 1978 S. 1300.

¹⁵³ Vgl. OLG Düsseldorf, WM 1978 S. 1300, 1304.

¹⁵⁴ BGH, WM 1979 S. 1176, 1179.

¹⁵⁵ OLG Düsseldorf, a. a. O.

¹⁵⁶ BGH, a. a. O.; Canaris, Anh. zu § 357 HGB Rdnr. 1304; a. M. Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 156.

¹⁵⁷ BGH, a. a. O.

¹⁵⁸ Vgl. BGH, WM 1979 S. 1176, 1179 f.; vgl. auch LG Frankfurt, WM 1978 S. 801.

Sicherheit hat, was — nach der hier vertretenen Auffassung — nur dann zu verneinen ist, wenn in bezug auf einen speziellen Kredit bestimmte Sicherheiten verlangt wurden, wie z. B. bei einem Kontokorrentkredit¹⁵⁹.

13. Ziff. 18 hat folgenden Wortlaut:

„(1) Mit der Beendigung der Geschäftsverbindung wird der Saldo jedes für den Kunden geführten Kontokorrents sofort fällig; Von diesem Zeitpunkt ab gilt für Zinsen, Gebühren und Provisionen Nr. 14 Abs. 3. Der Kunde ist außerdem verpflichtet, die Bank von allen für ihn oder in seinem Auftrag übernommenen Verpflichtungen zu befreien und bis dahin bankmäßige Sicherheit zu leisten. Die Bank darf auch selbst Haftungsverpflichtungen kündigen und sonstige Verpflichtungen, insbesondere solche in fremder Währung, glattstellen, sowie diskontierte Wechsel sofort zurückbelasten.

(2) Nach Beendigung der Geschäftsverbindung gelten bis zu ihrer völligen Abwicklung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiter.“

a) Als Rechtsfolge der in Ziff. 17 geregelten Beendigung der Geschäftsverbindung bestimmt Ziff. 18 die Fälligkeit des Saldos sowie weiterhin, daß im Hinblick auf Zinsen, Gebühren und Provisionen die gleichen Regelungen gelten wie im Fall der Kontoüberziehung. Es besteht in der Literatur — unter Anlehnung an die Judikatur¹⁶⁰ — ein beachtlicher Trend, die Fälligkeit von Krediten deswegen als Vertragsstrafeversprechen zu werten, weil damit — im Hinblick auf die Vorfälligkeit — Rechtsnachteile gegenüber dem Kunden bewirkt werden¹⁶¹. Würde man in der in Ziff. 18 Abs. (1) Satz 1 getroffenen Regelung eine Verfallklausel mit Vertragsstrafecharakter sehen, dann wäre diese Bestimmung gemäß § 11 Nr. 6 unwirksam. Dabei würde man jedoch außer acht lassen: Eine Verfallklausel kann nur dann Vertragsstrafecharakter besitzen, wenn sie Rechtsnachteile vorsieht, die weiter gehen als die gesetzlich verankerten, z. B. eine Verfallklausel bei einem Ratenkredit- oder Leasingvertrag, sofern lediglich Zahlungsverzug vorliegt. Eine solche Fallkonstellation ist jedoch nicht Regelungsbestand der Ziff. 18 Abs. (1) Satz 1. Die dort verankerte Beendigung der Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde ist vielmehr als Kündigung zu werten. Eine Kündigung hat aber ohnedies die Rechtsfolge, daß alle vertraglichen Vereinbarungen mit Wirkung ex nunc beendet werden; mit anderen Worten: Die in Ziff. 18 Abs. (1) Satz 1 geregelte Bestimmung ist nichts weiter als die typische Rechtsfolge einer Kündigung; die Verbindlichkeiten werden fällig. Deshalb kann diese Regelung nicht als Vertragsstrafeversprechen bewertet werden, auf das § 11 Nr. 6 Anwendung findet¹⁶². Vielmehr erschöpft sich die Kontrolle der in Ziff. 18 enthaltenen Regelung darin, ob die Bank bzw. der Kunde berechtigterweise das in Ziff. 17 verankerte Kündigungsrecht eingesetzt haben, wobei — vor allem bei Kontokorrent-, Aval- und Diskontkrediten — auch auf die gesetzliche Regelung des § 723 BGB hinzuweisen ist: Wenn nämlich bei gesellschaftsrechtlichen Vertragsverhältnissen „jederzeit“ eine Kündigung in Betracht kommt, so liegt es nahe, diesen Rechtsegedanken — im Hinblick auf die Angemessenheitskontrolle ge-

mäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 — auch auf den Bankenvertrag anzuwenden, zumal, wie Canaris¹⁶³ zutreffend herausgearbeitet hat, die in § 609 Abs. (2) BGB enthaltene Dreimonatsfrist als Regelfrist ohnehin — zumindest in den vorerwähnten Fällen — nicht paßt.

b) Nach der hier vertretenen Auffassung sind die in Ziff. 14 Abs. (3) geregelten Zinsen, Gebühren und Provisionen ebenfalls nicht als Vertragsstrafeversprechen gemäß § 11 Nr. 6 zu werten; es handelt sich vielmehr um eine sich aus § 315 BGB abzuleitende Schadenspauschalierung, auf welche — mangels abstrakt-typisierender Pauschalierung — § 11 Nr. 5 nicht ohne weiteres anwendbar ist.

c) Soweit jedoch die in Ziff. 18 Abs. (1) getroffene Regelung auf Ratenkredite Anwendung finden soll, ist darauf hinzuweisen: Die sofortige Fälligkeit eines Ratenkredits setzt ebenfalls eine Kündigung voraus, ist aber dann als Vertragsstrafeversprechen gemäß § 11 Nr. 6 zu qualifizieren, wenn die Bank außer Betracht läßt, daß sie durch die Vorfälligkeit mehr erhält als sie eigentlich beanspruchen darf; deshalb ist es mindestens erforderlich, eine entsprechende Abzinsungsvereinbarung vorzusehen¹⁶⁴.

14. Ziff. 19 hat folgenden Wortlaut:

„(1) Die Bank hat dem Kunden gegenüber jederzeit Anspruch auf die Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten, auch soweit sie bedingt oder befristet sind.

(2) Die irgendwie in den Besitz oder die Verfügungsgewalt irgendeiner Stelle der Bank gelangten oder noch gelangenden Sachen und Rechte, einschließlich der Ansprüche des Kunden gegen die Bank selbst, dienen als Pfand für alle bestehenden und künftigen — auch bedingten oder befristeten — Ansprüche der Bank gegen den Kunden. Dieses Pfandrecht besteht auch für Ansprüche gegen den Kunden, die von Dritten auf die Bank übergehen, und für Ansprüche der Bank gegen Firmen, für deren Verbindlichkeiten der Kunde persönlich haftet. Es macht keinen Unterschied, ob die Bank den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz, die tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt über die Gegenstände erlangt hat.

(3) Abs. (2) gilt nicht für Aktien, bei denen der Erwerb eines Pfandrechtes durch die Bank der Bestimmung des § 71 des Aktiengesetzes unterliegt sowie für im Ausland ruhende in- und ausländische Wertpapiere.

(4) Die Bank kann ferner ihr obliegende Leistungen an den Kunden wegen eigener — auch bedingter oder befristeter — Ansprüche zurückhalten, auch wenn sie nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

¹⁵⁹ Wesentlich weitergehend und für Individualvertragliche Abbedingung von Ziff. 19: Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 156.

¹⁶⁰ BGH, NJW 1960 S. 1568; BGH, NJW 1968 S. 1625; BGH, NJW 1972 S. 1893.

¹⁶¹ Palandt/Heinrichs, § 11 Anm. 6; Coester-Waltjen, § 11 Nr. 6 Rdnr. 4, 11; Quittnat, BB 1979 S. 1530, 1532; Erman/Westermann, Vorbem. 8 vor § 39 BGB; Söllner, in: MünchKomm, Vorbem. 11 f. vor § 339 BGB; vgl. aber OLG Hamm, BB 1980 S. 441, 442 — Finanzierungsleasing.

¹⁶² So auch Canaris, ZIP 1980 S.

¹⁶³ ZHR 1979 S. 114, 119.

¹⁶⁴ Vgl. auch Hadding, DJT-Gutachten, 1980, S. 260 ff. m. w. N.

(5) Über die Erhaltung und Sicherung aller der Bank als Sicherheit dienenden Sachen und Rechte sowie über den Einzug der ihr haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden hat der Kunde selbst zu wachen und die Bank entsprechend zu unterrichten.

(6) Die Bank ist verpflichtet, auf Verlangen des Kunden Sicherungsgegenstände nach ihrer Wahl freizugeben, soweit der Wert des Sicherungsgutes die vereinbarte Deckungsgrenze nicht nur vorübergehend überschreitet. Ist keine Deckungsgrenze vereinbart, so hat die Bank auf Verlangen des Kunden Sicherungsgegenstände nach billigem Ermessen freizugeben, soweit sie diese nicht nur vorübergehend nicht mehr benötigt."

a) Die in Abs. (1) getroffene Regelung ist nach § 9 nicht zu beanstanden; es ist das legitime Recht der Bank, für ausreichende und angemessene Kreditsicherung Sorge zu tragen¹⁶⁵. Dies ist auch instanzgerichtlich inzwischen bestätigt¹⁶⁶. Ziff. 19 Abs. (1) ist grundsätzlich auch nicht als überraschende Klausel gemäß § 3 zu qualifizieren¹⁶⁷. Vielmehr fügt sich die in Ziff. 19 Abs. (1) getroffene Regelung in das bestehende Vertragsverhältnis zwischen Bank und Kunde nahtlos ein; dies gilt selbst dann, wenn und soweit ein Kredit eingeräumt wurde, ohne daß über Sicherheiten gesprochen wurde, weil — vgl. Ziff. 17 — die Bank dann jedenfalls eine Verstärkung ihrer Sicherheiten verlangen kann, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Kunden verschlechtern. Nach der hier vertretenen Auffassung kann allerdings Ziff. 19 Abs. (1) — abhängig vom Ergebnis der Auslegung des Einzelfalles — mit § 4 kollidieren; dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn im Zusammenhang mit der Einräumung eines Kredits zwischen Bank und Kunde Einvernehmen über die zu stellenden Sicherheiten erzielt wurde¹⁶⁸ und diese objektiv als ausreichend anzusehen sind¹⁶⁹. Der Anspruch der Bank auf Verstärkung der Sicherheiten gemäß Ziff. 19 Abs. (1) ist jedoch selbst in diesen Fällen einer individualvertraglichen Sicherheitenbestellung dann anzuerkennen, wenn und soweit eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kunden eintritt¹⁷⁰.

b) Aus der hier vorgenommenen Interpretation von Ziff. 19 Abs. (1) ergibt sich also: Das Tatbestandsmerkmal — „jederzeit“ — erfährt zum einen aufgrund des Individualvertrages eine Begrenzung; zum anderen ergibt sich aus Ziff. 17, daß die Bank nur dann zur Beendigung der Geschäftsverbindung mit dem Kunden berechtigt ist, wenn der Kunde der Aufforderung zur Verstärkung der Sicherheiten „nicht innerhalb angemessener Frist“ nachgekommen ist¹⁷¹. Mit anderen Worten: Der Anspruch auf Verstärkung der Sicherheiten gemäß Ziff. 19 Abs. (1) kann im Einzelfall durch die individualvertragliche Vereinbarung sowie aufgrund der von der Bank zu beachtenden Treuegebote ausgeschlossen oder eingeschränkt sein¹⁷². Soweit eine derartige Ausnahme nicht gegeben ist, kann die Bank unter Berufung auf Ziff. 19 Abs. (1) auch dann eine Verstärkung der Sicherheiten verlangen, wenn keine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kunden vorliegt¹⁷³. Es gilt vielmehr: Der Anspruch gemäß Ziff. 19 Abs. (1) kann „ohne besonderen Anlaß“¹⁷⁴ geltend gemacht werden, ist aber — außer durch den Individualvertrag und das Treuegebot —

auch durch den Grundsatz der Übersicherung begrenzt¹⁷⁵.

c) Die in Ziff. 19 Abs. (2) getroffene Regelung ist grundsätzlich nicht als überraschend im Sinn des § 3 zu werten. Dies ergibt sich aus der zu Ziff. 19 Abs. (1) dargelegten Erwägung, wonach die Bank ein legitimes Interesse daran hat, gewährte Kredit zu sichern; dieses erstreckt sich auch auf Pfandrechte¹⁷⁶. Mit Recht ist deshalb darauf hingewiesen worden: Die in Ziff. 19 Abs. (2) getroffene Regelung liegt — nicht zuletzt — auch im Interesse des Kunden, weil er — aufgrund der antizipierten Pfandrechtsbestellung — schnell und ohne Einhaltung der Formalitäten, welche bei einer zusätzlichen Sicherheitenbestellung erforderlich würden, Kredite, insbesondere im Rahmen der Kontoüberziehung in Anspruch nehmen kann, was vor allem bei einem Dispositionskredit hohe praktische Bedeutung besitzt¹⁷⁷. Dabei ergeben sich folgende Gesichtspunkte:

aa) Soweit Ziff. 19 Abs. (2) vorsieht, daß es für die rechtsgeschäftliche Pfandbestellung ausreicht, daß Sachen und Rechte „irgendwie“ in den Besitz der Bank gelangen, ist aus systematischen Gründen eine Einschränkung erforderlich: Notwendig ist es nämlich, daß dies mit Willen des Kunden geschieht¹⁷⁸. Geraten Sachen und Rechte nur rein zufällig in die Verfügungsgewalt der Bank, dann fehlt es am Erfordernis der antizipierten Einigung. Ob man diese dogmatische Ungereimtheit, welche sich aus der Verwendung der Vokabel „irgendwie“ ergibt, durch das Instrument der restriktiven Auslegung bewältigen kann, erscheint indessen fraglich¹⁷⁹; zum gleichen Resultat kommen freilich auch die Vertreter der Auffassung, wonach eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht kommt (vgl. zu Ziff. 8). Aber auch nach der mehrheitlich vertretenen Meinung, welche die geltungserhaltende Reduktion ablehnt, führt die Verwendung der Vokabel „irgendwie“ aufgrund der gebotenen generell-typisierenden Betrachtungsweise nicht dazu, die Rechtsfolge von § 6 Abs. (2) eingreifen zu lassen, weil der Fall — gemessen an der Typizität im Sinn von § 15 Abs. (2) — extrem selten ist, daß Sachen und Gegenstände ohne oder gegen den Willen des Kunden in die Verfügungsgewalt der Bank gelangen. Hinzu kommt: Es ist durchaus vertretbar, die Vokabel „irgendwie“ auf die Tatsache der Besitzerlangung — ausschließlich — zu beziehen, ohne daß dadurch eine etwa fehlende Kongruenz des Willens des Kunden substituiert wird.

bb) Soweit künftige Ansprüche in die Pfandrechtsbestellungsklausel der Ziff. 19 Abs. (2) einbe-

¹⁶⁵ Brandner, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 660; Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 156; Liesecke, WM 1969 S. 546 f.

¹⁶⁶ LG Frankfurt, WM 1978 S. 801.

¹⁶⁷ Vgl. aber Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 156.

¹⁶⁸ OLG Düsseldorf, WM 1978 S. 1300, 1304.

¹⁶⁹ BGH, WM 1979 S. 1178.

¹⁷⁰ A. M. Staudinger/Schlosser, a. a. O.

¹⁷¹ Vgl. auch Liesecke, WM 1969 S. 546, 547.

¹⁷² Vgl. auch BGH, WM 1979 S. 1176, 1179.

¹⁷³ BGH, a. a. O.

¹⁷⁴ BGH, WM 1979 S. 1176, 1179.

¹⁷⁵ BGH, a. a. O.; Canaris, Rdnr. 1304.

¹⁷⁶ Canaris, Rdnr. 1306; Steuer, Die Bank 1978, S. 34, 39; Werhahn, Kreditpraxis 1977 S. 69.

¹⁷⁷ Kümpel, WM 1978 S. 970; Canaris, a. a. O.

¹⁷⁸ Canaris, Rdnr. 1310 m. w. N.

¹⁷⁹ So aber wohl Kümpel, WM 1978 S. 970, 971.

zogen werden, ist es erforderlich, daß diese nach ihrem Entstehungsgrund bereits bestimmbar sind¹⁸⁰.

cc) Soweit Ziff. 19 Abs. (2) eine Filialklausel enthält, wonach es ausreicht, daß Sachen oder Rechte des Kunden in die Verfügungsgewalt „irgendeiner Stelle der Bank“ gelangen, ist stets zu prüfen, ob nicht das Vorrangsprinzip des § 4 zum Zuge kommt. Dies ist immer dann anzunehmen, wenn und soweit eine konkrete Vereinbarung im Hinblick auf die Sicherheitenbestellung vorliegt, verbunden mit der Abrede, daß diese Sicherheiten nur für bestimmte Forderungen einer bestimmten Zweigniederlassung dienen sollen¹⁸¹. Eine solche individualvertragliche Vereinbarung dürfte jedoch regelmäßig dann nicht vorliegen, wenn und soweit eine übliche Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde besteht, in deren Verlauf der Kunde z. B. Schmuck oder Wertpapiere der Bank anvertraut¹⁸². Zudem ist darauf hinzuweisen, daß Filialen und Zweigstellen einer Bank — im Gegensatz zu Zweigniederlassungen — keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, so daß oft von einer Überdehnung des Individualvertrages in diesen Fällen keine Rede sein kann.

dd) Von besonderer Problematik ist indessen die in Ziff. 19 Abs. (2) Satz 2 getroffene Regelung, wonach das Pfandrecht auch für die Ansprüche gegen den Kunden besteht, „die von Dritten auf die Bank übergehen“. Ob diese Klausel als überraschend im Sinn des § 3 zu bewerten ist, ist bislang offen. Teilweise wird die Auffassung vertreten, diese Bestimmung dürfe sich nicht auf Forderungen Dritter gegen den Bankkunden erstrecken¹⁸³; demgegenüber vertritt vor allem Canaris die Meinung, sofern der Erwerb in banküblicher Weise, z. B. im Rahmen eines Diskontgeschäfts, sich vollziehe, müsse der am Geschäftsleben beteiligte Kunde damit rechnen, daß gegen ihn gerichtete Forderungen in die Hand anderer Gläubiger — und damit auch in die Hand einer Bank fallen; so gesehen sei diese Klausel nicht überraschend¹⁸⁴. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen¹⁸⁵.

ee) Ausgeschlossen ist jedoch der Pfandrechtserwerb gemäß Ziff. 19 Abs. (2), wenn es sich um Wechsel oder Schecks handelt, welche zum Diskont hereingegeben werden, sofern eine Diskontierung abgelehnt wird; die bloße Besitzerlangung reicht nicht aus¹⁸⁶. Gleiches gilt dann, wenn ein Wechsel oder Scheck der Bank mit einer bestimmten Weisung eingereicht wurde, sofern die Durchführung des Auftrags von der Bank abgelehnt wird¹⁸⁷. Anders kann es jedoch dann sein, wenn dem Kunden bekannt ist, daß die Bank den Auftrag ablehnt und er dessenungeachtet den Wechsel oder Scheck der Bank einreicht¹⁸⁸. Unanwendbar ist Ziff. 19 Abs. (2) jedoch auch dann, wenn es sich um ein offenes Treuhandkonto handelt, die Bank also weiß, daß die auf dem Konto eingehenden Gelder dem Kontoinhaber nur als Treuhänder zustehen¹⁸⁹.

d) Die in Ziff. 19 Abs. (6) geregelte Freigabeklausel ist weder nach § 138 BGB noch nach § 9 Abs. (1) zu beanstanden. Denn aufgrund dieser Klausel ist die Bank verpflichtet, überschießende Sicherheiten freizugeben, ohne daß — wie z. B. beim Eigentumsvorbehalt — eine Wertgrenze angegeben ist¹⁹⁰. Vielmehr ist die Verpflichtung der Bank zur Freigabe überschießender Sicherheiten bereits dann anzunehmen, wenn und soweit — nicht nur vorüberge-

hend — die Deckungsgrenze überschritten wird, d. h. wenn die Bank über ein höheres Maß an Sicherheiten verfügt als objektiv erforderlich ist¹⁹¹. Daß also Ziff. 19 Abs. (6) mit § 9 Abs. (1) vereinbar ist, ergibt sich letztenendes auch daraus, daß gemäß Satz 2 die Freigabepflicht der Bank an deren „billigem Ermessen“ anknüpft; Bezugspunkt ist damit das Kriterium des § 315 BGB, wonach eine unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. (1) ausgeschlossen ist. Denn im Zweifel ist das Gericht befugt, eine in Wirklichkeit unbillige Entscheidung der Bank durch Urteil gemäß § 315 Abs. (3) BGB zu ersetzen.

15. Ziff. 20 hat folgenden Wortlaut:

„(1) Kommt der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nach, so ist die Bank befugt, die Sicherheiten ohne gerichtliches Verfahren unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden zu beliebiger Zeit an einem ihr geeignet erscheinenden Ort auf einmal oder nach und nach zu verwerten. Unter mehreren Sicherheiten hat die Bank die Wahl. Sie darf zunächst aus dem sonstigen Vermögen des Kunden Befriedigung suchen. Über den Erlös wird die Bank dem Kunden eine Gutschrift erteilen, die als Rechnung für die Lieferung des Sicherungsgutes gilt und den Voraussetzungen des Umsatzsteuerrechts entspricht.

(2) Eine Androhung der Verwertung, der Innehaltung einer Frist und der Ausbedingung sofortiger Barzahlung des Kaufpreises bedarf es nicht. Einer Abweichung von der regelmäßigen Art des Bankverkaufs kann nicht verlangt werden. Die Bank wird nach Möglichkeit Art, Ort und Zeit der Verwertung mitteilen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist.“

a) Soweit das nach Ziff. 20 Abs. (1) Satz vorgesehene Verwertungsrecht an die Voraussetzung der „Fälligkeit“ anknüpft, entspricht diese Regelung dem Tatbestand des § 1228 Abs. (2) BGB; gem. § 9 bestehen also keine Bedenken¹⁹². Soweit Ziff. 20 Abs. (1) Satz 1 jedoch der Bank das Recht einräumt, die Pfandverwertung „zu beliebiger Zeit“ vorzunehmen, ergibt sich aus Ziff. 20 Abs. (2) Satz 3 insoweit eine Einschränkung, als die Bank gehalten ist, den Kunden über den Versteigerungsort zu benachrichtigen, es sei denn, dies ist „untunlich“. Aufgrund des Charakters des Bankenvertrages, insbesondere unter Berücksichtigung der beiderseitig bestehenden Treuepflichten ist die Bank gehalten, stets den Kunden u. a. von dem Ort der Pfandverwertung zu unterrichten, soweit — aufgrund der der Bank erkenn-

¹⁸⁰ Hierzu OLG Bremen, WM 1973 S. 1229; Palandt/Bassenge, § 1204 Anm. 3 b.

¹⁸¹ So auch Kümpel, WM 1978 S. 970, 971.

¹⁸² Kümpel, a. a. O., S. 972.

¹⁸³ So Schmidt-Salzer, AGB, 1971, Rdnr. 226; Canaris Rdnr. 1319.

¹⁸⁴ So auch im Ergebnis Kümpel, a. a. O., S. 971.

¹⁸⁵ So auch Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, 5. Aufl., PR/21.

¹⁸⁶ RGZ 126 S. 348, 350; BGH, WM 1968 S. 695; Liesecke, WM 1969 S. 548.

¹⁸⁷ BGH, WM 1973 S. 167.

¹⁸⁸ Vgl. LG Bochum, WM 1958 S. 1110; Liesecke, a. a. O.

¹⁸⁹ BGH, WM 1973 S. 896; so auch Scholz/Lwowski, a. a. O., PR/23.

¹⁹⁰ Vgl. BGHZ 26 S. 178, 183 f.; BGHZ 26 S. 185, 190; BGH, BB 1969 S. 1109; Graf von Westphalen, DB 1977 S. 1665, 1667. Hierzu auch neuestens BGH, WM 1980 S. 1306.

¹⁹¹ Vgl. auch Kümpel, WM 1978 S. 970, 972 f.

¹⁹² So auch Kümpel, WM 1978 S. 970, 973.

baren Umstände — nicht ganz ausgeschlossen ist, daß der Kunde die ihm obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt. Deshalb dürfte die Unterlassung der entsprechenden Benachrichtigung — unter Berufung auf die in Ziff. 20 Abs. (1) Satz 1 getroffene Regelung — nur dann nicht rechtsmißbräuchlich sein, wenn die Bank positive Kenntnis besitzt, daß der Kunde nicht in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, so daß eine vorherige Benachrichtigung praktisch leere Förmerei wäre¹⁹⁸. Soweit die Bank gemäß Ziff. 20 Abs. (1) Satz 1 das Recht ausbedingt, die Pfandverwertung „an einem ihr geeignet erscheinenden Ort“ durchzuführen, verstößt diese Bestimmung zwar gegen § 1236 BGB; dies hat indessen nicht die Konsequenz, daß die Klausel wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 oder § 9 Abs. (1) unwirksam wäre¹⁹⁴. Denn die Bank bindet sich in Ziff. 20 Abs. (1) Satz 1 — (vgl. „ihr geeignet erscheinender Ort“) — an die Prinzipien von Treu und Glauben gem. § 242 BGB, wie sie Tatbestandmerkmal des § 315 BGB im Rahmen des „billigen Ermessens“ sind; soweit die Bank gegen die Pflicht zur angemessenen Rücksichtnahme auf die Interessen des Kunden — unter Berücksichtigung von § 1234 BGB — verstößt, macht sie sich ja auch schadensersatzpflichtig¹⁹⁵.

b) Bedenklich ist indessen die in Ziff. 20 Abs. (2) getroffene Regelung, da die Bank dort sowohl auf die Androhung der Verwertung als auch auf die Einhaltung der Wartefrist verzichtet. Im Hinblick auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 — unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 1234 BGB — ist freilich eine Differenzierung geboten: Unbedenklich ist es, wenn die Bank gem. Ziff. 20 Abs. (2) davon absieht, die Verwertung anzudrohen; die Bank ist nämlich gem. Ziff. 20 (2) Satz 3 gehalten, dem Kunden — soweit dies nicht „untunlich“ ist — schriftlich von „Art, Ort und Zeit der Verwertung“ zu verständigen. Der Zweck der Verwertungsandrohung besteht gem. § 1234 Abs. (1) BGB darin, sicherzustellen, daß der Eigentümer von der bevorstehenden Pfandverwertung Kenntnis erlangt¹⁹⁶; aus § 1234 Abs. (1), Satz 2 BGB folgt jedoch, daß die Androhung der Pfandverwertung dann unterbleiben kann, wenn sie „untunlich“ ist. Dies ist dann anzunehmen, wenn sie besondere Schwierigkeiten macht¹⁹⁷. Unter Berücksichtigung der in Ziff. 20 Abs. (2) Satz 3 vorgesehenen Mitteilungspflicht über „Art, Ort und Zeit der Verwertung“ ergibt sich aber, daß der in Ziff. 20 Abs. (2) Satz 1 geregelte Verzicht auf die Verwertungsandrohung praktisch nur in den Fällen unterbleiben kann, die dem gesetzlichen Ausnahmetatbestand des § 1234 Abs. (1) Satz 2 BGB entsprechen. Mit anderen Worten: Die Bestimmung der Ziff. 20 Abs. (2) Satz 1 im Hinblick auf den Verzicht der Verwertungsandrohung — in Verbindung mit der Mitteilungspflicht gem. Ziff. 20 Abs. (2) Satz 3 — entspricht dem Zweck der in § 1234 Abs. (1) BGB getroffenen Regelung. Deshalb liegt insoweit kein Verstoß gegen § 9 Abs. (2) Nr. 1 oder § 9 (1) vor¹⁹⁸.

Schwieriger ist die Antwort auf die Frage, ob der in Ziff. 20 Abs. (2) Satz 1 vorgesehene Verzicht auf die Einhaltung der Wartefrist wegen Verstoßes gegen § 1234 Abs. (2) BGB nicht gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam ist. Dies wird von der mehrheitlich vertretenen Auffassung in der Literatur bejaht¹⁹⁹. Wie bereits betont, steht jedoch der in Ziff. 20 Abs. (2)

Satz 1 geregelte Verzicht auf die Einhaltung der Wartefrist in engem Verhältnis zu der in Ziff. 20 Abs. (2) Satz 3 vorgesehenen Mitteilungspflicht über „Art, Ort und Zeit der Verwertung“²⁰⁰. Wenn aber die Bank — zumindest im Regelfall — verpflichtet ist, den Kunden gem. Ziff. 20 Abs. (2) Satz 3 vor Durchführung der Pfandverwertung zu benachrichtigen, dann ist damit der wesentliche Zweck der in § 1234 Abs. (2) BGB geregelten Wartefrist erfüllt. Denn der Kunde erhält ja Kenntnis von der bevorstehenden Pfandverwertung; und die Angemessenheitskontrolle einer AGB-Klausel gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 erfordert sicherlich nicht, daß jegliche Abweichung vom dispositivem Recht zur Unwirksamkeit der Klausel führt. Entscheidend ist vielmehr, daß die Unwirksamkeitsanktion von § 9 Abs. 2 Nr. 1 voraussetzt, daß die AGB-Klausel in erheblichem Umfang vom dispositiven Recht abweicht. Dies aber ist dann nicht der Fall, wenn — zumindest im Regelfall — sichergestellt ist, daß der Kunde Kenntnis von der bevorstehenden Pfandverwertung erhält; unter diesem Betracht kommt es dann nicht mehr entscheidend darauf an, daß die in § 1234 Abs. (2) BGB vorgesehene Wartefrist von einem Monat strikt eingehalten wird. Ausreichend, aber auch erforderlich ist es, daß die Bank eine angemessene Wartefrist vor Durchführung der Pfandverwertung einhält; dies ist Frage es Einzelfalls²⁰¹.

c) Das in Ziff. 20 Abs. (1) vorgesehene freihändige Verwertungsrecht der Bank verstößt nicht gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1; dies ergibt sich bereits daraus, daß die Bank aufgrund der besonderen Treuepflichten des Bankvertrages gehalten ist, die Interessen des Kunden — auch bei der freihändigen Pfandverwertung — angemessen zu berücksichtigen²⁰². Insoweit hat Ziff. 20 Abs. (1) Satz 1 klarstellende Funktion, weil danach die Bank die Verwertung der Sicherheiten „unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden“ durchzuführen verpflichtet ist²⁰³.

16. Die in Ziff. 21 getroffene Regelung hat folgenden Wortlaut:

„(1) Pfänder, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, darf die Bank börsen- oder marktmäßig, andere Pfänder durch öffentliche Versteigerung verwerten. Der Verpfänder ist nicht berechtigt, die Herausgabe von Zins- und Gewinnanteilscheinen der als Pfand haftenden Wertpapiere zu verlangen. Die Bank darf diese Scheine auch vor Fälligkeit ihre Forderung verwerten und den Erlös als Sicherheit behandeln.

(2) Die Bank darf die ihr als Pfand zu haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden schon vor Fälligkeit ihre Forderung kündigen und einziehen, wenn dies zur Erhaltung der Sicherheit er-

¹⁹³ So im Ergebnis auch Kumpel, a. a. O., S. 974.

¹⁹⁴ A. M. Schmidt-Salzer, AGB Rdn. 233.

¹⁹⁵ Statt aller Palandt/Bassenge, § 1236 Anm. 1.

¹⁹⁶ Statt aller Soergel/Augustin, § 1234 Rdn. 1.

¹⁹⁷ Soergel/Augustin, § 1234 Rdn. 2.

¹⁹⁸ So im Ergebnis auch Kumpel, a. a. O., S. 974; Serick, Bd. III, S. 469 f.; a. M. Schmidt-Salzer, AGB, Rdn. 231; Brandner, Anh. zu §§ 9–11 Rdn. 660; die gegenteilige Ansicht, § 9 Rdn. 109 wird aufgegeben.

¹⁹⁹ Staudinger/Schlosser, § 9 Rdn. 157; Brandner, Anh. zu §§ 9–11, Rdn. 660; Schmidt-Salzer, AGB, Rdn. 232.

²⁰⁰ Kumpel, a. a. O., S. 974; Scholz/Lwowski, a. a. O., S. 389.

²⁰¹ So auch im Ergebnis Staudinger/Schlosser, § 9 Rdn. 157.

²⁰² Kumpel, a. a. O., S. 976, 977.

²⁰³ Vgl. auch Scholz/Lwowski, a. a. O.

forderlich ist. Der Kunde ist verpflichtet, auf Verlangen der Bank die Zahlung an die Bank auf seine Kosten zu betreiben. Die Bank darf alle sonstigen Maßnahmen und Vereinbarungen mit dem Drittschuldner treffen, die sie zur Einziehung von Forderungen für zweckmäßig hält, insbesondere Stundungen oder Nachlässe gewähren und Vergleiche abschließen; sie wird sich bemühen, den Kunden vorher zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist. Eine Verpflichtung zum Einzug übernimmt die Bank nicht.

(3) Zur Sicherung übertragene Sachen und Rechte darf die Bank nach bestem Ermessen, insbesondere auch freihändig verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die Bank freihändig mangels Zustimmung des Sicherheitsbestellers nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Abs. (2) entsprechend.“

a) Die in Ziff. 21 Abs. (1) Satz 2 getroffene Regelung ist im Hinblick auf § 1296 Satz 2 BGB nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht zu beanstanden. Zwar hat der Kunde gemäß § 1296 Satz 2 BGB einen Herausgabeanspruch gegenüber der Bank, sobald die Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine im Sinn des § 1228 Abs. (2) BGB fällig sind, doch unterliegt dieser Herausgabeanspruch seinerseits wiederum dem Pfandrecht gem. Ziff. 19 Abs. (2) Satz 1²⁰⁴. Da die Bank gem. Ziff. 19 Abs. (6) im Fall der Übersicherung zur Freigabe von Sicherheiten verpflichtet ist, hält Ziff. 21 Abs. (1) Satz 2 der Inhaltskontrolle gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 stand; es fehlt an der unangemessenen Benachteiligung. Wenn und soweit die der Bank als Pfand dienenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine ihrerseits fällig sind, ohne daß die Forderung der Bank gegenüber dem Kunden fällig ist, verstößt die in Ziff. 21 Abs. (1) Satz 3 getroffene Verwertungsregelung nicht gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1. Denn die alsbaldige Verwertung fälliger Coupons liegt im eigenen Interesse des Kunden, zumal für den Zeitraum zwischen Fälligkeit und Auszahlung keine Zinsen vergütet werden²⁰⁵.

b) Das in Ziff. 21 Abs. (2) Satz 1 geregelte Recht der Bank zur Verwertung der als Pfand haftenden Forderungen verstößt nicht gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und zwar ungeachtet der Tatsache, daß dieses Verwertungsrecht bereits vor Eintritt der Fälligkeit eingreift. Entscheidend ist insoweit: Die in Ziff. 21 Abs. (2) Satz 1 getroffene Regelung entspricht dem gesetzlichen Leitbild von § 1273 Abs. (2) BGB unter besonderer Berücksichtigung von § 1219 Abs. (1) BGB, weil Ziff. 21 Abs. (2) Satz 1 die Einschränkung macht, daß die vorzeitige Pfandverwertung für die „Erhaltung der Sicherheit erforderlich“ sein muß. Zwar bezieht sich § 1219 BGB lediglich auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen, doch ist anerkannt, daß der Grundgedanke dieser gesetzlichen Regelung auch auf Pfandrechte an Forderungen auszudehnen ist²⁰⁶. Selbst wenn man den Grundgedanken von § 1219 BGB nicht auf § 1273 BGB erstreckt, folgt daraus nicht, daß die in Ziff. 21 Abs. (2) Satz 1 getroffene Regelung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam wäre. Denn die Abweichung dieser Klausel vom Inhalt des dispositiven Rechts ist so minimal, daß daraus keineswegs eine unangemessene Benachteiligung des Kunden — unter gleichzeitiger

Berücksichtigung der legitimen Interessen der Bank an Erhalt und Verwertung ihr zustehende Sicherheiten — abgeleitet werden kann²⁰⁷.

c) Auch die Erweiterung der der Bank zustehenden Verfügungsbefugnisse gem. Ziff. 21 Abs. (2) Satz 3 verstößt nicht gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1. Zwar bestimmt § 1282 Abs. (2) BGB, daß dem Pfandgläubiger nur das Recht zusteht, die Forderung einzuziehen; doch darf daraus nicht entnommen werden, daß „sonstige Maßnahmen und Vereinbarungen“, welche die Bank mit dem Drittschuldner trifft den Kunden unangemessen im Sinn des § 9 Abs. 2 Nr. 1 benachteiligen. Denn die Bank ist aufgrund der bankvertraglichen Treuepflicht gehalten, nur solche Verfügungen — außer der Forderungseinziehung — mit dem Drittschuldner zu vereinbaren, die auch die Interessen des Kunden angemessen schützen: Soweit die Bank dieses Gebot verletzt, macht sie sich Schadensersatzpflichtig²⁰⁸. Übt also die Bank die ihr gemäß Ziff. 21 Abs. (2) Satz 3 eingeräumten Rechte auch im Interesse ihres Kunden aus, ist diese Klausel nicht nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu beanstanden²⁰⁹. Zudem: Soweit eigene Ansprüche der Bank gegenüber ihrem Kunden betroffen sind, kommt die in Ziff. 21 Abs. (2) Satz 3 enthaltene Regelung überhaupt nicht zum Zug; sie setzt nämlich voraus, daß ein Dritter vorhanden ist²¹⁰. Das heißt: Soweit Schecks oder Wechsel der Bank eingereicht werden und ein Vollindossament tragen, erwirbt die Bank ohnedies kein Pfandrecht, sondern erhält Sicherungseigentum²¹¹. Bei allen sonstigen Inkassopapieren, wie z. B. bei Anweisungen, Lastschriften und Rechnungen fehlt die Wertpapiereigenschaft. Es kommt deswegen keine Pfandrechtsbestellung, sondern gem. Ziff. 44 eine Zession in Betracht. Diese steht daher auch in der Praxis im Vordergrund, so daß die in Ziff. 21 Abs. (2) Satz 3 getroffene Regelung keine große praktische Bedeutung besitzt²¹². Dabei ist des weiteren zu berücksichtigen, daß die Bank — ähnlich der in Ziff. 20 Abs. (2) Satz 3 getroffenen Regelung — gehalten ist, den Kunden „vorher zu benachrichtigen“, es sei denn, diese Benachrichtigung ist im Einzelfall untunlich. Auch wenn diese Bestimmung nur den Charakter einer Bemühensklausel hat, so darf sich die Bank gleichwohl nicht ohne weiteres von dieser Verpflichtung entbinden, ohne das Risiko zu laufen, dem Kunden gegenüber Schadensersatzpflichtig zu werden.

d) Auch der in Ziff. 21 Abs. (2) Satz 4 vorgesehene Ausschluß der Inkassopflicht verstößt nicht gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1. Zwar bestimmt § 1285 Abs. (2) Satz 1 BGB, daß der Pfandgläubiger für die ordnungsgemäße Einziehung der Forderung zu sorgen hat. Doch ist mit Recht festgestellt worden, daß dieser Bestimmung kein so hoher Gerechtigkeitsgehalt im Sinn des § 9 Abs. 2 Nr. 1 zukommt, daß die in Ziff. 21 Abs. (2) Satz 4 getroffene Regelung deshalb

²⁰⁴ Kumpel, a. a. O., S. 973.

²⁰⁵ So mit Recht Kumpel, a. a. O.

²⁰⁶ Palandt/Bassenge, § 1273 Anm. 2a; Staudinger/Spreng, § 1273 Rdn. 9; a. M. Soergel/Augustin, § 1273 Rdn. 61.

²⁰⁷ Staudinger/Schlösser, § 9 Rdn. 158; Kumpel, a. a. O., S. 973; a. M. Brandner, Anh. zu §§ 9—11 Rdn. 660.

²⁰⁸ Kumpel, a. a. O., S. 976.

²⁰⁹ So auch Staudinger/Schlösser, § 9 Rdn. 159; Kumpel, a. a. O., S. 973 ff.; Scholz/Lwowski, a. a. O., TR/49.

²¹⁰ Kumpel, a. a. O.; Scholz/Lwowski, a. a. O.

²¹¹ BGH, WM 1977, S. 971; BGH, WM 1969 S. 1320; BGH, WM 1977 S. 49.

²¹² Kumpel, a. a. O., S. 975 f.; Scholz/Lwowski, a. a. O.

wegen der ihr innewohnenden unangemessenen Benachteiligung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu beanstanden wäre²¹³. Dies rechtfertigt sich letztenendes aus der Erwägung: Der Kunde selbst hat ein unmittelbares — eigenes — vitales Interesse daran, daß die Forderung eingezogen wird; auch soweit der Pfandgläubiger dies gem. § 1285 Abs. (2) BGB tut, ist der Kunde verpflichtet, dem Pfandgläubiger die hierbei anfallenden Kosten vorzuschießen²¹⁴. Aus diesem Grund rechtfertigt sich auch die in Ziff. 21 Abs. (2) Satz 2 getroffene Regelung, wonach der Kunde „auf Verlangen der Bank“ die Zahlung „auf seine Kosten zu betreiben“ hat, was in der Sache praktisch die gleiche Belastung für den Kunden auslöst wie die von der Rechtsprechung angenommene Kostenvorschußpflicht im Fall des § 1285 Abs. (2) BGB. Deshalb wird auch die Auffassung vertreten, daß die Inkassopflicht des Pfandgläubigers gem. § 1285 Abs. (2) BGB dann entfällt, wenn Grund zur Befürchtung besteht, daß die insoweit anfallenden Aufwendungen zu Lasten des Pfandgläubigers verbleiben²¹⁵. Daß die Bank sich unter Berufung auf die in Ziff. 21 Abs. (2) Satz 4 getroffene Bestimmung nicht von ihrer Verpflichtung zur Interessenwahrung wirksam freizeichnen kann, ist evident; so aber ist diese Klausel auch nicht zu verstehen²¹⁶. Vielmehr wird die Bank sich — im praktischen Ergebnis — nur dann auf Ziff. 21 Abs. (2) Satz 4 berufen, wenn zu befürchten ist, daß eine gerichtliche Geltendmachung erforderlich ist, d. h. wenn die Bank — nach vorheriger Benachrichtigung des Dritten — berechtigterweise davon ausgehen muß, daß Gerichts- und Anwaltskosten zu ihren Lasten gehen.

e) Das in Ziff. 21 Abs. (3) vorgesehene freihändige Verwertungsrecht ist weder nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 noch nach § 9 Abs. (1) zu beanstanden. Voraussetzung ist jedoch, daß die Bank bei Durchführung der Verwertung die ihr obliegenden Treuepflichten nicht verletzt²¹⁷.

17. Ziff. 23 hat folgenden Wortlaut:

„Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, daß die Bank von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden oder seines Vertreters unverschuldet keine Kenntnis erlangt.“

Diese Klausel ist von der Rechtsprechung — allerdings vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes — für wirksam angesehen worden²¹⁸. Die Literatur ist dem teilweise gefolgt²¹⁹; verschiedentlich wird diese Frage aber auch verneint²²⁰. Zuzugeben ist sicherlich: Der Schutz des Geschäftsunfähigen hat im Zivilrecht überragende Bedeutung; dies rechtfertigt aber noch nicht ohne weiteres, daß Ziff. 23 wegen der Diskrepanz zu § 104 BGB nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 evident unwirksam ist. Entscheidend ist nämlich: Die in Ziff. 23 getroffene Regelung knüpft zunächst daran an, daß das bestehende Vertragsverhältnis mit einem Geschäftsfähigen wirksam zustande gekommen ist, daß die Geschäftsunfähigkeit erst später — im Laufe der Geschäftsbeziehung zur Bank — eintritt. Zudem setzt Ziff. 23 voraus, daß der Mangel der Geschäftsfähigkeit des Kunden der Bank „unverschuldet“ nicht zur Kenntnis gelangt. Es handelt sich also in der Sache um eine ähnliche Regelung, wie sie bei der Gefahrtragung und der damit verbundenen Haftung für Zufallsschäden vorliegt²²¹.

Auch hat die Bank ein berechtigtes Interesse daran, sich vor langwierigen Auseinandersetzungen über die Geschäftsfähigkeit des Kunden zu schützen, zumal der ihr dadurch entstehende Schaden beträchtlich sein kann. So gesehen erscheint es nicht unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1, wenn der Zielkonflikt zwischen dem Schutz der Bank einerseits und dem vom Gesetz gewollten Schutz des Geschäftsunfähigen andererseits wegen der typischerweise eintretenden finanziellen Nachteile zu Gunsten der Bank entschieden wird. Freilich ist demgegenüber zu bedenken, daß der Gesetzgeber dem Schutz des Geschäftsunfähigen überragende Bedeutung zugewiesen hat, so daß hohe Anforderungen an den Nachweis fehlenden Verschuldens gestellt werden müssen, um diese Klausel für angemessen zu halten²²².

18. Ziff. 25 hat folgenden Wortlaut:

„(1) Im Rahmen des von ihr zu vertretenden Verschuldens haftet die Bank auch für ihre Mitarbeiter; hat die Bank im Einzelfall für sonstige Dritte einzustehen, so haftet sie insoweit stets nur für grobes Verschulden.“

(2) Die Bank haftet nicht für Schäden, die durch Störung ihres Betriebes infolge von höherer Gewalt, Aufruhr, von Kriegs- und Naturereignissen oder infolge von sonstigen von ihr nicht zu vertretenden Vorkommnissen (z. B. Streik, Ausspernung, Verkehrsstörung) veranlaßt sind oder die durch Verfügungen von hoher Hand des In- oder Auslandes eintreten.“

Ziff. 25 Abs. (1) — erster Halbsatz — bekräftigt lediglich eine Selbstverständlichkeit: Mitarbeiter der Bank sind stets deren Erfüllungsgehilfen im Sinn des § 278 BGB. Demzufolge muß die Bank, soweit sie ihre Haftung nicht wirksam abbedungen hat, für etwaiges Verschulden der Erfüllungsgehilfen bereits kraft gesetzlicher Wertung einstehen; insoweit enthält diese Klausel lediglich eine Klarstellung. Die in Ziff. 25 Abs. (1) — zweiter Halbsatz — getroffene Regelung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Substitutionsklausel der Ziff. 9. Soweit danach eine Substitution gem. § 664 BGB vorliegt, ist der Substitut kein „sonstiger Dritter“, für den die Bank im Sinn von Ziff. 25 Abs. (1) — zweiter Halbsatz — einzustehen verpflichtet ist. Zwar haftet die Bank im Rahmen von Ziff. 9 stets für Auswahl- und Überwachungsverschulden, doch ist dies keine Haftung für einen Dritten, sondern typische Eigenhaftung, für die die Bank gegebenenfalls auch im Rahmen von Ziff. 25 Abs. (1) — erster Halbsatz — einstehen muß, sofern das Auswahl- oder Überwa-

²¹³ Kümpel, a. a. O., S. 976.

²¹⁴ Soergel/Augustin, § 1285 Rdn. 3; Palandt/Bassenge, § 1285 Anm. 2 a.

²¹⁵ Staudinger/Spreng, § 1285 Rdn. 2; Kümpel, a. a. O., S. 976.

²¹⁶ Vgl. aber Brandner, Anh. zu §§ 9—11, Rdn. 660.

²¹⁷ Serick, Bd. III S. 459; S. 470 ff.; derselbe, BB 1970 S. 541, 543 f.; Schmidt-Salzer, AGB, Rdn. 232; BGH, WM 1961 S. 243, 244 f.; BGH, WM 1973 S. 366; Trinkner, BB 1962 S. 18 f.; Kümpel, a. a. O., S. 976 f.; Canaris, a. a. O., Rdn. 1344; Staudinger/Schlosser S. 9 Rdn. 159.

²¹⁸ BGHZ 52 S. 61 ff.

²¹⁹ Palandt/Heinrichs, vor Bem. 4 vor § 104 BGB; Canaris, a. a. O., Rdn. 1346; Graba, § 9 Rdn. 69; Staudinger/Schlosser, § 9 Nr. 29.

²²⁰ Stein, § 9 Rdn. 22; Emmerich, JuS 1972 S. 361, 368; Gitter, in: MünchKomm, vor Bem. 9 vor § 104 BGB.

²²¹ Graba, a. a. O.

²²² A. M. Schmidt-Salzer, AGB, Rdn. 98; derselbe, NJW 1971 S. 1010, 1013; Löwe, § 9 Rdnr. 39.

chungsver schulden einem Mitarbeiter im Sinn des § 276 BGB anzulasten ist. Die in Ziff. 25 Abs. (1) — zweiter Halbsatz — vorgesehene Regelung hat demzufolge einen limitierten Anwendungsbereich. Sie greift nur dann ein, wenn die Bank sich zur Erfüllung der ihr obliegenden Schuldnerpflichten eines Außenstehenden Dritten bedient, der dann selbständiger oder unselbständiger Erfüllungsgehilfe i. S. d. § 278 BGB ist, z. B. bei Einschaltung eines auswärtigen Rechenzentrums. Gegen die Wirksamkeit der in Ziff. 25 Abs. (1) getroffenen Regelungen bestehen gem. § 11 Nr. 7 bzw. gem. § 9 Abs. (1) keine Bedenken. Allerdings könnte man argumentieren: Ziff. 25 Abs. (1) — zweiter Halbsatz — verstößt deswegen gegen § 11 Nr. 7, weil die Haftung der Bank „nur“ für grobes Verschulden, nicht aber für Vorsatz des als Erfüllungsgehilfen eingeschalteten Dritten bestimmt ist. Allerdings: die Verwendung des Begriffs „grobes Verschulden“ entspricht der Überschrift des § 11 Nr. 7. Zudem führt die Nichterwähnung des in § 11 Nr. 7 enthaltenen Tatbestandsmerkmals der vorsätzlichen Schadensverursachung nicht dazu, Ziff. 25 Abs. (1) als unwirksam zu bezeichnen. Vielmehr ist anerkannt: Haftungsbegrenzung- und Haftungsfreizeichnungsklauseln sind restriktiv auszulegen²²³. Die Anwendung des Restriktionsprinzips im Hinblick auf das Wort „nur“ besagt deshalb im Ergebnis lediglich, daß die Bank eine etwa sie gemäß § 278 BGB treffende Haftung für leichte Fahrlässigkeit wirksam abbedingen, nicht aber, daß sie auch die Haftung für vorsätzliche Schädigung im Rahmen von § 278 BGB ausschließen wollte. Gestützt wird diese Erwägung auch durch das Argument, daß das Restriktionsprinzip den Anwendungsbereich von Haftungsbegrenzung- und Haftungsfreizeichnungsklauseln begrenzt und damit eine Erstreckung des Haftungsbegrenzungstatbestandes von Ziff. 25 Abs. (1) auf den wesentlich schwerer wiegenden Schuldvorwurf vorsätzlicher Schädigung gerade nicht zuläßt.

19. Ziff. 28 hat folgenden Wortlaut:

„(1) Für besondere Geschäftsarten finden neben diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Sonderbedingungen, z. B. für den Scheckverkehr, für Ander- und Sparkonten, für die Annahme von Verwahrstücken und die Vermietung von Schrankfächern sowie für Optionsgeschäfte in Börsenterminhandel und Auslandsgeschäfte in Wertpapieren Anwendung. Ferner sind die von der Internationalen Handelskammer aufgestellten „Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive“ und die „Einheitlichen Richtlinien für das Inkasso von Handelspapieren“ maßgeblich.

(2) Änderungen dieser Geschäftsbedingungen einschließlich der Sonderbedingungen werden dem Kunden, wenn sie ihn nicht nur unwesentlich belasten, durch schriftliche Benachrichtigung, in allen anderen Fällen durch ausdrücklichen Hinweis bekanntgegeben. Sie gelten als genehmigt, wenn der Kunde nicht schriftlich Widerspruch erhebt. Auf diese Folgen wird ihn die Bank bei der Bekanntgabe besonders hinweisen. Der Widerspruch des Kunden muß innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Änderung bei der Bank eingegangen sein.“

Sowohl die in Abs. (1) als auch die in Abs. (2) getroffene Regelung steht im Einklang mit § 2. Dies gilt auch, soweit die Bank als AGB-Verwender eine Änderung ihrer Bedingungen vornimmt. Denn diese werden nicht ohne weiteres Gegenstand der jeweiligen Vertragsbeziehung zwischen Bank und Kunde. Vielmehr bedarf es entsprechend der in Abs. (2) getroffenen Regelung eines auf übereinstimmender Willenserklärung beruhenden Änderungsvertrages. Dieser wird dadurch zustande gebracht, daß die Bank die Verpflichtung gem. Ziff. 28 Abs. (2) übernimmt, entweder den Kunden schriftlich zu benachrichtigen oder ihn — im Fall einer wesentlichen Änderung — ausdrücklich auf diese hinzuweisen. Darin ist ein Antrag im Sinn des § 145 BGB auf Abschluß eines neuen Einbeziehungsvertrages zu sehen. Die Annahme dieses Angebots wird aufgrund der in Abs. (2) Satz 2 getroffenen Bestimmung, also durch eine Fiktion im Sinn von § 10 Nr. 5 erreicht. Bereits aus der Klauselfassung ergibt sich, daß die Bank die einzelnen Tatbestandsmerkmale von § 10 Nr. 5 berücksichtigt: Die nach § 10 Nr. 5 lit. a vorgesehene Frist als Monatsfrist zweifelsfrei angemessen, und was die besondere Hinweispflicht angeht, so enthält die in Ziff. 28 Abs. (2) Satz 3 getroffene Regelung praktisch eine inhaltsgleiche Wiederholung des gesetzlichen Textes.

20. Ziff. 32 hat folgenden Wortlaut:

„Einwendungen gegen Abrechnungen und Ausführungsanzeigen von Wertpapiergeschäften müssen unverzüglich nach Zugang telegrafisch, fernschriftlich oder in den Geschäftsräumen der Bank erhoben werden. Anderenfalls gelten die Abrechnungen, Anzeigen usw. als genehmigt; die Bank wird bei den Abrechnungen, Anzeigen usw. auf diese folgende Unterlassung rechtzeitiger Einwendung besonders hinweisen. Einwendungen wegen Nichtausführung von Wertpapieraufträgen sind unverzüglich telegrafisch, fernschriftlich oder in den Geschäftsräumen der Bank nach dem Zeitpunkt zu erheben, an dem die Abrechnung oder Ausführungsanzeige dem Kunden in gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen.“

a) Soweit Ziff. 32 Satz 1 verlangt, daß etwaige Einwendungen „unverzüglich“ geltend gemacht werden müssen, rechtfertigt sich diese Abweichung gegenüber der in Ziff. 15 enthaltenen Wißbestimmung aufgrund der Besonderheiten des Wertpapiergeschäfts. Deshalb besteht kein Grund, Ziff. 32 Satz 1 nach § 9 Abs. (1) zu beanstanden²²⁴. Bedenken könnten sich jedoch daraus ergeben, daß gemäß Ziff. 32 Satz 1 vorgesehen ist, die Einwendungen müßten „telegrafisch, fernschriftlich oder in den Geschäftsräumen der Bank“ erhoben werden. Darin wird teilweise ein Verstoß gegen § 11 Nr. 16 gesehen, weil die telegrafische oder fernschriftliche Übermittlung als ein Formerfordernis qualifiziert wird, welches über die einfache Schriftform hinausreicht²²⁵. Dies ist jedoch unzutreffend. Denn der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 16 zielt lediglich darauf ab, eine strengere Form als Schriftform vorzusehen; er erfaßt aber nicht solche Übermittlungsmodalitäten, wie z. B. telegrafische oder fernschriftliche Mitteilun-

²²³ OLG Celle, BB 1970 S. 513; BGH, BB 1970 S. 898; BGH, DB 1975 S. 24/26.

²²⁴ So auch Brandner, § 10 Nr. 5 Rdn. 15.

²²⁵ Brandner, § 10 Nr. 5 Rdn. 15.

gen, welche ihrerseits als Ersatzform im Sinn des § 127 BGB anerkannt sind²²⁶. Dieser Standpunkt wird auch in der Literatur zu § 11 Nr. 16 geteilt²²⁷. Deshalb wird auch zutreffend darauf aufmerksam gemacht: Ein Verstoß gegen § 11 Nr. 16 liegt im Hinblick auf telegrafische oder fernschriftliche Übermittlungsobliegenheiten nur dann vor, wenn der Kunde darauf beschränkt ist, ohne daß dies als allgemein übliche Übermittlungsmodalität zu bewerten ist²²⁸. Die in Ziff. 32 Satz 1 getroffene Regelung gestattet jedoch neben einer telegrafischen oder fernschriftlichen Mitteilung auch, daß Einwendungen „in den Geschäftsräumen der Bank“ erhoben werden. Es liegt mithin keine abschließende Beschränkung auf telegrafische oder fernschriftliche Übermittlung von Einwendungen im Sinn von Ziff. 32 Satz 1 vor; und es ist keineswegs zutreffend, daß Ziff. 32 Satz 1 die Möglichkeit ausschließt, daß Einwendungen der Bank schriftlich mitgeteilt werden²²⁹. Denn die Klausel, wonach Einwendungen „in den Geschäftsräumen der Bank“ erhoben werden müssen, besagt keineswegs zwingend, daß danach der Kunde verpflichtet wäre, seine Einwendungen — unter Ausschluß der Schriftform — mündlich vorzubringen. Vielmehr kommt es nach dem objektiv-generalisierenden Zweck von Ziff. 32 Satz 1 vor allem entscheidend darauf an, daß die Bank Kenntnis von den Einwendungen des Kunden „in den Geschäftsräumen“ erhält, d. h. daß diese Einwendungen der Bank auch zugehen und ihr damit zur Kenntnis gelangen. In welcher Weise dies geschieht — also ob telegrafisch, fernschriftlich, schriftlich oder mündlich — ist auch im Hinblick auf die Ziff. 32 Satz 3 getroffene Regelung in der Sache gleichgültig, sofern die Beweisfunktion derartiger Einwendungen ausreichend gewahrt ist.

b) Soweit die Genehmigungsfiktion von Ziff. 32 Satz 2 in Rede steht, fügt sich diese ohne weiteres in das Schema von § 10 Nr. 5 ein und ist danach

nicht zu beanstanden. Wie zu Ziff. 15 bereits festgestellt: Außerhalb von „Saldenbestätigungen“, welche auf Abschluß eines Anerkenntnisvertrages im Sinn des § 781 BGB hinzuzielen, sind Mitteilungen, Anzeigen, Abrechnungen und sonstige Aufstellungen der Bank lediglich geeignet, der zwischen Bank und Kunde unerläßlichen Abstimmung zu dienen²³⁰. Die nach Ziff. 32 Satz 2 vorgesehene „Genehmigung“ löst demzufolge, wie auch bei Ziff. 15, keine rechtsgeschäftliche Erklärung des Kunden — außerhalb einer „Saldenbestätigung“ im Rahmen eines Anerkenntnisvertrages gem. § 781 BGB — aus.

Deshalb liegt bei Unterlassung einer rechtzeitigen Einwendung auch keine Beweislastumkehr vor. Vielmehr ist nach der Judikatur davon auszugehen, daß das Unterlassen eines rechtzeitigen Widerspruchs als schuldhaft Verletzung der bankvertraglichen Treuepflichten aufzufassen, welche den Kunden treffen²³¹.

c) Der Beginn der Frist, welche mit dem Kriterium der „Unverzüglichkeit“ gemäß in Ziff. 32 Satz 1 ausgestattet ist, richtet nach dem Zeitpunkt, an dem die jeweilige Abrechnung oder Ausführungsanzeige dem Kunden „in gewöhnlichem Postlauf hätte zugehen müssen“. Diese Bestimmung knüpft an die Absendevermutung gem. Ziff. 1 Abs. (2) an, welche nach der hier vertretenen Auffassung lediglich als Wiederholung der Tatbestandsvoraussetzungen eines Indizienbeweises qualifiziert wurde, ohne daß dies als Verstoß gegen § 11 Nr. 15 zu bejahen wäre.

²²⁶ Palandt/Heinrichs, § 127 Anm. 2; Soergel/Hofermehl, § 127 Rdn. 7.

²²⁷ Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 16 Rdn. 5; Dietlein/Rebmann, § 11 Nr. 16 Rdn. 2; Stein, § 11 Rdn. 132.

²²⁸ Dietlein/Rebmann, a. a. O.; Löwe, § 11 Nr. 16 Rdn. 5; Koch/Stübing, § 11 Nr. 16 Rdn. 7.

²²⁹ So aber Brandner, a. a. O.

²³⁰ BGH, WM 1979 S. 417, 419 — betreffend Tagesauszug.

²³¹ BGH, WM 1978 S. 998; BGH, WM 1979 S. 417, 419; so auch im Ergebnis Brandner, § 10 Nr. 5 Rdn. 15; Kümpel, WM 1977 S. 694, 703.