

# Die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (1974) und die Einheitlichen Richtlinien für Inkasso im Licht des AGB-Gesetzes

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

Mit einer vielfach geübten Praxis, die Internationalität des Welthandels zu nationalisieren, hat es nichts zu tun, wenn im Folgenden der Versuch unternommen wird, die Auswirkung des AGB-Gesetzes auf die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ER)<sup>1</sup> und auf die Einheitlichen Richtlinien für Inkasso (ER)<sup>2</sup> zu untersuchen. Denn die Bestimmungen des AGB-Gesetzes gehören nicht dem immer weiter um sich greifenden Bereich des öffentlichen Rechts an, welches in wachsendem Maß die privatrechtlich gestalteten Rechtsverhältnisse im Weltwirtschaftsverkehr zu beherrschen beginnt; es ist vielmehr ein Gesetz, welches dazu bestimmt ist, die typischerweise mit der Verwendung von AGB-Klauseln der Vertragsgerechtigkeit dienenden Gefahren Einhalt zu gebieten<sup>3</sup>.

## I. Die ER als AGB-Klauseln im Sinn des § 1 AGB-Gesetz

Die ER (Revision 1974) verdanken ihre Entstehung den Bemühungen der Internationalen Handelskammer, Paris<sup>4</sup>, welche bemüht war, die Verwendung von Dokumenten-Akkreditiven — aufgrund vereinheitlichter Bedingungen — zu erleichtern, womit sie — das ist unbestreitbar — einen ganz hervorragenden Beitrag zur Entwicklung des internationalen Handelsverkehrs leistete<sup>5</sup>. Die Kommission für internationales Handelsrecht der Vereinten Nationen (UNCITRAL) hat unter dem 17. April 1975 einstimmig die Empfehlung ausgesprochen, daß die ER mit Wirkung vom 1. Oktober 1975 an bei allen Dokumenten-Akkreditiv-Geschäften Anwendung finden sollten<sup>6</sup>.

## 1. Meinungsstand

Die rechtliche Qualifizierung der ER 1974 ist schwankend<sup>7</sup>. Teilweise wird die Meinung vertreten, es handele sich hierbei um einen Teil einer autonomen Rechtsordnung<sup>8</sup>; mehr noch: die ER seien ein überaus eindrucksvolles Beispiel einer neuen *lex mercatoria*, die immer weiter im Vordringen sich befinde<sup>9</sup>. Mitunter werden die ER auch als „international festgestellter Handelsbrauch“ qualifiziert<sup>10</sup> oder sie werden — bezugnehmend auf deutsch-rechtliche Vorstellungen — als Handelsbrauch gemäß § 346 HGB bewertet<sup>11</sup>. Verschiedentlich findet sich allerdings auch die Ansicht, die ER seien Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>12</sup>, oder sie seien teilweise als Allgemeine Geschäftsbedingungen, teilweise aber auch als Handelsbrauch zu bewerten<sup>13</sup>. Der Bundesgerichtshof selbst hat in einem obiter dictum<sup>14</sup> angedeutet, die ER besäßen die Qualität eines Handelsbrauchs i. S. des § 346 HGB.

## 2. Stellungnahme

Ohne weiteres ist zuzugeben: Die Auffassung, wonach die ER ausschließlich als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu bewerten sind, wird ihrer weitverbreiteten — internationalen — Bedeutung nicht gerecht<sup>15</sup>; man wird demzufolge die ER zutreffenderweise zumindest teilweise in den Rang eines Handelsbrauchs verweisen, um damit sicherzustellen, daß Auslegung und Anwendung der ER — soweit vertretbar — international einheitlich vorgenommen werden. Der Unterschied zwischen der Kategorisierung der ER als Handelsbrauch einerseits ist indessen nur für die Bewältigung der Einbeziehungsvoraussetzungen gemäß § 2 AGB-Gesetz von Bedeutung<sup>16</sup>, nicht aber, wie noch zu zeigen sein wird, für die Anwendung der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß §§ 9—11 AGB-Gesetz, weil nämlich auch ein Handelsbrauch nicht gegen grundlegende Gerechtigkeitsprinzipien — und damit auch nicht gegen die zwingenden Bestimmungen der §§ 9—11 AGB-Gesetz — verstoßen darf<sup>17</sup>. Mit anderen Worten: Zwingende gesetzliche Bestimmungen rangieren in jedem Fall höher als Handelsbrauch oder Handelsgewohnheiten, welche ja weder formell noch materiell Gesetzeskraft besitzen. Mit hin sind die Bestimmungen des AGB-Gesetzes — in-

<sup>1</sup> Hierzu neuestens Eisemann/Eberth, Das Dokumenten-Akkreditiv Internationalen Handelsverkehr, 2. Aufl., Heidelberg 1979, S. 44 ff.

<sup>2</sup> Hierzu Graf von Westphalen, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 2. Aufl., Heidelberg 1978, S. 113.

<sup>3</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Kommentar, 3. Aufl., Köln 1978, Einl. Rdnr. 47 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Eisemann/Eberth aaO, S. 40 ff; Nielsen, B. u. B. Rdnr. /250.

<sup>5</sup> 90% der Akkreditive werden heute auf Basis der ER abgewickelt, vgl. Peters, WM 1978 S. 1030, 1032; im internationalen Warenverkehr werden etwa im Jahr Akkreditive im Gegenwert von rund 100 Milliarden DM eröffnet, Liesacke, WM 1976, S. 258.

<sup>6</sup> Hierzu Herber, REW/AWD 1976 S. 125 ff; vgl. Eberth, RWE/ABD 1975 S. 365 ff.

<sup>7</sup> Hierzu Schönle, NJW 1968 S. 726; Peters, aaO; Eberth/Eisemann, aaO, S. 44 ff; Graf von Westphalen, aaO, S. 122 ff; Nielsen, aaO Rdnr. /5/256 ff jeweils m. w. N.

<sup>8</sup> Vgl. insbesondere v. Caemmerer, in: Schmitthoff, The Sources of the Law of International Trade, London 1964 S. 88 ff, 97.

<sup>9</sup> Eisemann, Recht und Praxis des Dokumenten-Akkreditivs, Heidelberg 1963, S. 81 ff; derselbe, ABD 1963 S. 139, 142.

<sup>10</sup> Schinnerer, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1968 S. 185, 212; Liesacke, WM 1966 S. 458.

<sup>11</sup> Zahn, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, 5. Aufl., Berlin 1976, S. 7 ff; Angersbach, Beiträge zum Institut des Dokumenten-Akkreditivs, Diss. Würzburg 1965 S. 15 ff.

<sup>12</sup> Canaris, Bankenvertragsrecht, 1975, Anhang zu § 357 Rdn. 365; Nielsen, aaO, Rdnr. 5/256.

<sup>13</sup> Schiegelberger/Hefermehl, Anhang zu § 365, Rdnr. 148; Schönle, NJW 1968 S. 726, 728; Graf von Westphalen, aaO, S. 122 f; Baumbach/Duden, Anhang IV n. § 406 Anm.

<sup>14</sup> BGH, 14. Februar 1958, AWD 1958 S. 57, 58.

<sup>15</sup> Hierzu Fußnote 12; zum Auslegungsproblem Nielsen, aaO, Rdnr. 5/258; vgl. Schinnerer/Avancini, Bankverträge, Teil III, Wien 1976, S. 3 ff; Eisemann, FS für Bärmann, München 1975, S. 265 ff; ablehnend auch Eisemann/Eberth, aaO S. 46 f; Steindorff, in: FS für v. Caemmerer, Tübingen 1978 S. 761, 765 f.

<sup>16</sup> Hierzu Graf von Westphalen, aaO, S. 123; Peters, aaO.

<sup>17</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdnr. 80.

nerhalb ihres sachlichen Anwendungsbereichs — für die Beurteilung der Bestimmungen der ER heranzuziehen.

Damit ist gleichzeitig gesagt: Die ER sind entgegen der Auffassung von Eisemann/Eberth<sup>18</sup> nicht als „besonderes System rechtlicher Vorschriften“ zu qualifizieren, was den ER einen Rang oberhalb von Handelsbrauch und AGB verleihen könnte<sup>19</sup>. Denn ungeachtet der internationalen Verbreitung der ER ist daran festzuhalten: Die IHK, Paris, besitzt keine autonome Gesetzgebungskompetenz; sie hat lediglich Usancen — im wohlverstandenen Interesse des Welthandels — vereinheitlicht, was aber rechtstechnisch bewertet nicht zu dem Schluß verleiten darf, daß damit die von der IHK, Paris, redigierten und zur Anwendung empfohlenen Regelwerke einen besonderen Rang verleihen könnte, der Berücksichtigung zwingender nationaler Bestimmungen von vornherein ausschließt. Ungeachtet aller sicherlich notwendigen Vereinheitlichungstendenzen ist daran festzuhalten, daß der nationale Gesetzgeber die legislatorische Kompetenz besitzt, auch international vereinheitlichte Sachverhalte zu normieren — ein Faktum, welches man bedauern, jedoch nicht ändern kann. In diesem Zusammenhang ist auch die — sicherlich vorsorglich zu verstehende — Praxis der Banken zu erwähnen, daß diese angesichts der Meinungsunterschiede über die rechtliche Qualifikation der ER einen ausdrücklichen Hinweis auf die Anwendbarkeit der ER auf jeden einzelnen Akkreditiv-Auftrag für zweckmäßig erachten.

Nach alledem kann davon ausgegangen werden, daß es sich weder um ein autonomes noch um ein besonderes System rechtlicher Vorschriften handelt, sondern um Vertragsbestimmungen, welche — nach deutsch-rechtlichen Vorstellungen — nur Handelsbrauch<sup>20</sup>, AGB<sup>21</sup> oder teilweise Handelsbrauch und teilweise AGB sein können<sup>22</sup>. Unter dieser Perspektive sollen im Folgenden die Art. 9, 10, 11 und 12 der ER (Revision 1974) näher auf ihre Vereinbarkeit mit dem AGB-Gesetz untersucht werden.

## II. Die Vereinbarkeit der Art. 9—12 ER (Revision 1974) mit den §§ 9—11 AGB-Gesetz

### 1. Der Akkreditiv-Vertrag

Nach deutschem Recht liegt im Verhältnis zwischen Akkreditiv Auftraggeber/Käufer einerseits und Akkreditiv-Bank andererseits ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 BGB mit Werkvertragscharakter (§§ 631 ff BGB) vor<sup>23</sup>. Die Akkreditiv-Bank schuldet einen Erfolg, nämlich: Zahlung zugunsten des Begünstigten für Rechnung des Akkreditiv-Auftraggebers Zug um Zug gegen Aushändigung bestimmter Dokumente oder gegen vom Begünstigten gezogene Wechsel zu bezahlen, zu akzeptieren oder zu negotieren oder eine andere Bank zur Ausführung solcher Zahlungen oder zur Zahlung, Akzeptierung oder Negotierung derartiger Wechsel zu ermächtigen — je nach Ausgestaltung der Akkreditiv-Bedingungen<sup>24</sup>. Weiter ist anerkannt, daß für die Akkreditiv-Bank drei Hauptpflichten bestehen:

— die Mitteilungs- und Eröffnungspflicht<sup>25</sup>,

— die Prüfungspflicht der eingereichten Dokumente<sup>26</sup> und

— die Zahlungspflicht<sup>27</sup>.

Dieses Pflichtenbündel — losgelöst von dem jeweiligen Grundgeschäft zwischen Verkäufer und Käufer<sup>28</sup> — bildet das Charakteristikum eines Akkreditiv-Vertrages — eine Feststellung, die in diesem Zusammenhang nicht weiter vertieft werden muß<sup>29</sup>. Doch reicht sie aus, um daraus abzuleiten, daß für die Beurteilung der Art. 9 ff ER in erster Linie § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz heranzuziehen ist — soweit nicht § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz zum Zuge gelangt —, weil sich die Rechte und Pflichten eines Akkreditiv-Vertrages in der Terminologie des § 9 AGB-Gesetz aus der „Natur“ dieses Vertragsverhältnisses ergeben, nicht aber uneingeschränkt i. S. des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz Grundgedanken einer bereits vorhandenen gesetzlichen Regelung entsprechen<sup>30</sup>.

### 2. Die Angemessenheit der Regelung in Art. 9 ER

#### a) Der Zweck dieser Bestimmung

*„Die Banken übernehmen keine Verantwortung oder Haftung für Form, Vollständigkeit, Genauigkeit, Echtheit, Verfälschung oder Rechtswirksamkeit irgendwelcher Dokumente, oder für die allgemeinen und/oder besonderen Bedingungen, die in den Dokumenten angegeben oder denselben hinzugefügt sind. Sie übernehmen auch keine Haftung oder Verantwortung für Bezeichnung, Menge, Gewicht, Qualität, Beschaffenheit, Verpackung, Lieferung, Wert oder Vorhandensein der durch die Dokumente vertretenen Waren, oder in bezug auf Treu und Glauben oder die Handlungen und/oder Unterlassung sowie für Zahlungsfähigkeit, Leistungsvermögen oder Ruf des Absenders, der Frachtführer oder der Versicherer der Waren oder irgendwelcher anderer Personen.“*

Satz 1 dieser Bestimmung überwälzt das sog. „Fälschungsrisiko“ der einzureichenden und von der Akkreditiv-Bank zu prüfenden Dokumente auf den Akkreditiv-Auftraggeber/Käufer<sup>31</sup>. Satz 2 konkretisiert demgegenüber das allgemeine Prinzip des Akkreditiv-Geschäfts, daß sich nämlich alle Beteiligten beim Dokumentenakkreditiv-Geschäft lediglich mit Dokumenten, nicht aber mit Waren und den sich daraus ergebenden Besonderheiten befassen<sup>32</sup>.

<sup>18</sup> S. 49.

<sup>19</sup> Hierzu auch Nielsen, aaO, Rdnr. /256 f.

<sup>20</sup> Vgl. Fn. 11.

<sup>21</sup> Hierzu insbesondere Canaris, aaO.

<sup>22</sup> Nachweise bei Fn. 13.

<sup>23</sup> Canaris, aaO, Rdnr. 373; Peters, WM 1978 S. 1030, 1034; Graf von Westphalen, aaO, S. 125.

<sup>24</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO Rdnr. 155 m. w. N.

<sup>25</sup> Hierzu Nielsen, aaO, Rdnr. 5/288; Canaris, aaO, Rdnr. 374; Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 157 f; Graf von Westphalen, aaO, S. 127.

<sup>26</sup> Nielsen, aaO, Rdnr. 5/289; Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 159; Eisemann/Eberth, aaO, S. 147 ff m. w. N.

<sup>27</sup> Eisemann/Eberth, aaO, S. 186 f; Graf von Westphalen, aaO, S. 131.

<sup>28</sup> Hierzu insbesondere Wessely, Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehungen und Kaufvertrag, München 1975.

<sup>29</sup> Hierzu Eisemann/Eberth, aaO; Nielsen, aaO, Rdnr. 5/269 ff; Canaris, aaO, Rdnr. 373 ff.

<sup>30</sup> Hierzu Nielsen, aaO, Rdnr. 5/264; Graf von Westphalen, aaO, S. 125 ff; Peters, WM 1978 S. 1030, 1033 ff.

<sup>31</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 184; Canaris, aaO, Rdnr. 392.

<sup>32</sup> Hierzu Art. 8 lit. a ER.

## b) Angemessenheitskontrolle

Gegen die Bestimmung des Art. 9 Satz 2 ER bestehen unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz keine Bedenken; diese Vorschrift föhgt sich vielmehr — wie bereits angedeutet — nahtlos in die besondere Typizität des Dokumentenakkreditivs ein, was sich nicht zuletzt auch aus lit. c der „Allgemeinen Regeln und Begriffsbestimmungen“ der ER ergibt. Durchgreifende Bedenken gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz müssen jedoch gegen die Freizeichnungsklausel gemäß Satz 1 vorgebracht werden. Ausgangspunkt dieser Überlegungen muß sein, daß die Akkreditiv-Bank gemäß Art. 7 ER verpflichtet ist, die ihr eingereichten Akkreditiv-Dokumente rechtzeitig auf ihre Ordnungsgemäßheit, d. h. auf ihre Übereinstimmung in ihrer äußeren Aufmachung mit den Akkreditiv-Bedingungen<sup>33</sup> zu prüfen<sup>34</sup>. Dabei gilt der Grundsatz der „strikten Observanz“<sup>35</sup>; hinsichtlich der von der Akkreditiv-Bank zu beachtenden Sorgfalt ist Maßstab der § 347 HGB<sup>36</sup>. Bezogen ist diese Prüfpflicht auf die Vollständigkeit der Dokumente<sup>37</sup>, auf deren Ordnungsgemäßheit<sup>38</sup> sowie auf deren inhaltliche Entsprechung mit den jeweiligen Akkreditiv-Bedingungen<sup>39</sup>. Erweisen sich die eingereichten Akkreditiv-Dokumente nach angemessener — und sorgfältiger — Prüfung durch die Akkreditiv-Bank als nicht-akkreditiv-gerecht, dann ist die Akkreditiv-Bank verpflichtet, diese zurückzuweisen, was sich aus Art. 8 lit. c-g ER im einzelnen herleiten läßt.

Angesichts der überragenden Bedeutung der Art. 7 und 8 ER ist die Regelung des Art. 9 ER keineswegs als Leistungsbeschreibung zu bewerten, die gemäß §§ 8 ff AGB-Gesetz von der richterlichen Inhaltskontrolle ausgenommen wäre<sup>40</sup>. Denn eine objektiv-generalisierende Auslegung von Art. 9 ER läßt — und dies unzweifelhaft — erkennen, daß Art. 9 ER darauf abzielt, zugunsten der Akkreditiv-Bank einen Haftungsfreizeichnungstatbestand innerhalb des Parameters von Satz 1 zu verankern, und zwar ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens. Daß Art. 9 Satz 1 ER einen Haftungsfreizeichnungstatbestand normiert, ist im übrigen auch in der Literatur unbestritten<sup>41</sup>. Gerade deswegen aber ist wiederholt darauf aufmerksam gemacht worden<sup>42</sup>, daß eine Akkreditiv-Bank sich nur dann auf das sog. „Fälschungsrisiko“ gemäß Art. 9 Satz 1 ER mit Erfolg berufen kann, wenn es sich um eine solche Fälschung handelte, die bei Beachtung der gemäß Art. 7 und 8 ER gebotenen Sorgfalt bei Durchführung der Dokumentenprüfung nicht erkennbar war. Ersichtlich ist dies eine restriktive Auslegung, die im praktischen Ergebnis eine Angemessenheitskontrolle im Sinn der „richterlichen Inhaltskontrolle“ von AGB-Klauseln ersetzt; denn der Wortlaut von Art. 9 Satz 1 ER ist an sich eindeutig und keiner restriktiven Auslegung zugänglich, was angesichts der Systematik der §§ 5 und 9 AGB-Gesetz Berücksichtigung verdient<sup>43</sup>; Infolge des Verbots einer restriktiven Auslegung in Form einer „verdeckten“ Inhaltskontrolle ist daher Art. 9 Satz 1 ER ausschließlich an § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz zu messen.

Da aber — wie aufgezeigt — die sich aus Art. 7 und 8 ER herleitende Dokumentenprüfung Hauptpflicht der Akkreditiv-Bank ist, verstößt Art. 9

Satz 1 ER insoweit gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz, als sich die Haftungsfreizeichnung der Akkreditiv-Bank auf die „Form, Vollständigkeit“ und auf die „Genauigkeit“ bezieht. Denn die Regelung des Art. 7 ER erstreckt sich zweifelsfrei auf die Überprüfung, ob die eingereichten Dokumente den Akkreditiv-Bedingungen formal, d. h. vollständig und genau entsprechen. Würde man selbst insoweit eine Haftungsfreizeichnung der Akkreditiv-Bank gemäß Art. 9 Satz 1 ER als angemessen erachten, so würde dies der sich aus dem Akkreditiv-Geschäft ergebenden Kardinalpflicht zur ordnungsgemäßen und sorgfältigen Prüfung der vorgelegten Dokumente widersprechen.

Anders ist die Beurteilung im Hinblick auf das sog. „Fälschungsrisiko“ der der Akkreditiv-Bank vorgelegten Dokumente. Es ist als sachgerecht anerkannt<sup>44</sup>, daß die Akkreditiv-Bank das „Fälschungsrisiko“ auf den Akkreditiv-Auftraggeber überwälzen kann — vorausgesetzt, sie hat die ihr obliegenden Pflichten zur ordnungsgemäßen und sorgfältigen Prüfung der eingereichten Dokumente erfüllt. Daß der Akkreditiv-Auftraggeber mit dem „Fälschungsrisiko“ gemäß Art. 9 Satz 1 ER belastet wird, rechtfertigt sich — nicht zuletzt dadurch, daß zwischen der Akkreditiv-Bank einerseits und dem Begünstigten andererseits keine vertragsrechtlichen Beziehungen bestehen<sup>45</sup>; die der Akkreditiv-Bank eingereichten Dokumente stammen eben nicht von ihrem Kunden<sup>46</sup>.

Festzuhalten ist also, daß Art. 9 Satz 1 ER insoweit mit § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz nicht vereinbar ist, als sich die Akkreditiv-Bank darin von der Pflicht zur sorgfältigen und ordnungsgemäßen Prüfung der ihr eingereichten Dokumente freizeichnet, weil dies dem Wesen des Akkreditiv-Geschäfts widerspricht; ausgenommen bleibt hiervon das bei sorgfältiger und ordnungsgemäßer Prüfung für die Akkreditiv-Bank nicht erkennbare „Fälschungsrisiko“. Doch auch hiervon kann sich die Akkreditiv-Bank nur in den Fällen wirksam freizeichnen, in denen sie kein Verschulden — gemessen am Sorgfaltsmaßstab des § 347 HGB — trifft. Dieses Ergebnis ist angesichts der bereits früher in der Literatur geäußerten Meinungen<sup>47</sup> keineswegs neu oder über-

<sup>33</sup> Hierzu: Eise mann/Eberth, aaO, S. 147 ff; Schinnerer/Avancini, aaO, S. 105 ff.

<sup>34</sup> BGH, 9. Januar 1958, WM, 1958 S. 291; BGH, 24. März 1958, WM 1958, S. 587; BGH, 19. November 1959, WM 1960 S. 38; BGH, 15. Januar 1964, WM 1964 S. 476; BGH, 9. Februar 1970, WM 1970 S. 552, 554 f; BGH, 10. Dezember 1970, WM 1971 S. 158.

<sup>35</sup> RG, 14. Januar 1919, RGZ 97 S. 144, 148; RG, 12. Dezember 1922, RGZ 106 S. 26, 30; RG, 29. Juni 1926, RGZ 114 S. 268, 271; Zahn, aaO, S. 103 ff.

<sup>36</sup> Zahn, aaO, S. 106.

<sup>37</sup> Eise mann/Eberth, aaO, S. 151 ff m. w. N.

<sup>38</sup> Ebenda, S. 154 f ebenfalls m. w. N.

<sup>39</sup> Ebenda, S. 155 ff ebenfalls m. w. N.

<sup>40</sup> Hierzu Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, Heidelberg 1977, § 8 Rdnr. 6 ff; neuestens Brandner, FS für Hauß, Karlsruhe 1978, S. 1 ff — unter Bezugnahme auf das Problem der AVB.

<sup>41</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 184; Canaris, aaO, Rdnr. 392; Zahn, aaO, S. 108.

<sup>42</sup> Graf von Westphalen, aaO, S. 130; Liesecke, WM 1976 S. 258, 262, der lediglich eine Haftung im Fall grober Fahrlässigkeit annimmt; demgegenüber auch Canaris, aaO; ähnlich auch Schinnerer/Avancini, S. 109; ebenso Eise mann/Eberth, aaO, 149.

<sup>43</sup> Hierzu auch Graf von Westphalen, aaO.

<sup>44</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 3 Lit. b ER; statt aller Peters, aaO, S. 1035.

<sup>46</sup> Vgl. OLG Frankfurt, 4. April 1978, WM 1978, S. 886.

<sup>47</sup> Hierzu FN 41 und 42.

raschend; vielmehr folgt aus der Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz lediglich eine neue juristische Begründung, die sich im übrigen auch nahtlos in das Haftungskonzept der Bank einfügt. Danach haftet die Bank, wenn sie Urkunden für ihren Kunden (Akkreditiv-Auftraggeber) entgegenzunehmen und auf Echtheit, Gültigkeit oder Vollständigkeit zu überprüfen hat, für grobes Verschulden (Nr. 5 I AGB Banken). Im Rahmen dieses von ihr zu vertretenden Verschuldens haftet sie auch für ihre Mitarbeiter (Nr. 25 I AGB)<sup>47a</sup>.

## 2. Die Angemessenheit der Regelung in Art. 10 ER (Revision 1974)

### a) Der Zweck der Regelung

Art. 10 ER hat folgenden Wortlaut:

*„Die Banken übernehmen keine Haftung oder Verantwortung für die Folgen von Verzögerungen und/oder Verlusten bei Übermittlung von Nachrichten, Briefen oder Dokumenten, sowie für Verzögerung, Verstümmelung oder sonstige Irrtümer, die aus der Übermittlung von Kabeln, Telegrammen oder Fernschreiben resultieren. Die Banken übernehmen keine Haftung oder Verantwortung für Irrtümer bei der Übersetzung oder Auslegung von technischen Ausdrücken und behalten sich das Recht vor, Akkreditiv-Bedingungen unübersetzt weiterzugeben.“*

Es ist anerkannt: Eine Akkreditiv-Bank, welche einen Akkreditiv-Auftrag angenommen hat, ist verpflichtet, den Begünstigten von der ordnungsgemäß erfolgten Stellung des Akkreditivs unverzüglich Mitteilung zu machen<sup>48</sup>; dies ergibt sich auch mittelbar aus den in Art. 5 und 6 ER enthaltenen Verpflichtungen, welche gleichermaßen für die Bestätigung als auch für die Avisierung eines Akkreditivs gelten. Erst durch den Zugang der Eröffnungsmittteilung der Akkreditiv-Bank beim Begünstigten ist ein Akkreditiv eröffnet; auf die Zugangsbedürftigkeit dieser Eröffnungsmittteilung kann gemäß § 130 BGB nicht verzichtet werden, wohl aber auf den Zugang der entsprechenden Annahmeerklärung des Begünstigten, die gemäß § 151 BGB als nicht notwendig anzusehen ist<sup>49</sup>. Mit anderen Worten: Geht die Mitteilung über ein zu eröffnendes Akkreditiv dem Begünstigten nicht zu, so ist das Akkreditiv nicht wirksam eröffnet<sup>50</sup>. Für den Begünstigten sind indessen nicht die Bedingungen des Akkreditiv-Auftrags maßgebend, weil ja zwischen dem Begünstigten und der Akkreditiv-Bank kein Vertragsverhältnis besteht; zwischen ihnen gelten ausschließlich die tatsächlich dem Begünstigten mitgeteilten Akkreditiv-Bedingungen<sup>51</sup>.

Art. 10 Satz 1 ER zielt darauf ab, eine Haftungsfreizeichnung der Bank für alle Folgen von Verzögerungen und/oder Verlusten bei der Übermittlung von Nachrichten, Briefen oder Dokumenten oder für „sonstige Irrtümer“ zu verankern; gemäß Art. 10 Satz 2 ER behalten sich die Banken das Recht vor, die Akkreditiv-Bedingungen unübersetzt weiterzugeben, und sie übernehmen auch keine Haftung für Übersetzungsfehler oder Irrtümer bei der Auslegung technischer Ausdrücke.

### b) Angemessenheit der Regelung in Art. 10 ER aa) Art. 10 Satz 1 ER

Bei der Beurteilung der Angemessenheit dieser Klausel ist davon auszugehen, daß eine der Hauptpflichten der Akkreditiv-Bank darin besteht, dem Begünstigten die Eröffnung eines Akkreditivs mitzuteilen<sup>52</sup>. Folglich kann sich die Akkreditiv-Bank gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz nicht wirksam von der Erfüllung dieser als „Kardinalpflicht“ zu klassifizierenden Hauptpflicht des Akkreditiv-Vertrages freizeichnen, ohne gegen den wesentlichen Gehalt des Dokumenten-Akkreditiv-Geschäfts zu verstoßen. Dies schließt ein, daß sich die Akkreditiv-Bank insoweit nicht auf die Haftungsfreizeichnungsklausel, als nicht zweifelsfrei klargestellt ist, ob die „Verzögerungen“ — insbesondere aber die „Verluste“ — lediglich auf dem Postweg eingetreten sein müssen, oder ob damit auch solche Fälle erfaßt werden, in denen „Verzögerungen“ oder „Verluste“ innerhalb des Herrschafts- und Organisationsbereichs der Akkreditiv-Bank vorliegen. Daß eine solche umfassende Auslegung nicht völlig aus der Luft gegriffen ist, ergibt sich auch aus dem sehr summarisch aufgeführten Tatbestand des letzten Halbsatzes, in welchem von „sonstigen Irrtümern“ die Rede ist, welche aus der „Übermittlung von Kabeln, Telegrammen oder Fernschreiben resultieren“. Denn damit ist sicherlich — wenngleich nicht abschließend auch der Herrschafts- und Organisationsbereich der Akkreditiv-Bank erfaßt. Wenn aber — wie dargelegt — die Akkreditiv-Bank eine Hauptpflicht übernimmt, den Begünstigten von den Akkreditiv-Bedingungen in Kenntnis zu setzen und damit das Akkreditiv zu eröffnen, so verstößt es gegen diese „Kardinalpflicht“ i. S. des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz, wenn sich die Akkreditiv-Bank von dieser Hauptpflicht in AGB insoweit freizeichnen will, als Mängel, Fehler oder Irrtümer innerhalb ihres eigenen Herrschafts- oder Organisationsbereichs die Ursache für „Verzögerung, Verstümmelung oder sonstige Irrtümer“ sind.

Dieser Wertung entspricht es, wenn anerkanntermaßen<sup>53</sup> die Stellung eines Akkreditivs — allerdings im Rechtsverhältnis zwischen Begünstigtem und Akkreditiv-Auftraggeber — den Charakter eines Fixgeschäfts i. S. der §§ 361 BGB, 376 HGB besitzt, was aus der Besonderheit eines Akkreditiv-Geschäfts folgt<sup>54</sup>. Der Akkreditiv-Auftraggeber ist vital darauf angewiesen, daß die Akkreditiv-Bank dem Begünstigten die Eröffnung eines Akkreditivs unverzüglich mitteilt. Hinzu kommt, daß Akkreditive gemäß Art. 37 ER stets befristet sind.

<sup>47a</sup> Vgl. Schlosser WM 1978 S. 562, wonach grobes Verschulden und Verletzung von Kardinalpflichten nahe beieinander liegen.

<sup>48</sup> Hierzu Elsemann/Eberth, aaO, S. 124 ff.

<sup>49</sup> Zahn, aaO, S. 73; Canaris, aaO, Rdnr. 410.

<sup>50</sup> Hierzu Elsemann/Eberth, aaO, S. 125 f.; Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 199.

<sup>51</sup> Vgl. Nielsen, aaO, Rdnr. 5/292 f.

<sup>52</sup> Hierzu auch Graf von Westphalen, aaO, S. 127.

<sup>53</sup> RG, 3. Februar 1922, RGZ 104 S. 39, 41; Canaris aaO, Rdnr. 460; Liesecke, WM 1978/Beilage Nr. 3 S. 21.

<sup>54</sup> Hierzu Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 245; Graf von Westphalen, aaO, S. 147 f.

Folglich verstößt der Haftungsfreizeichnungstatbestand des Art. 10 Satz 1 ER insoweit gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz, als sich die Akkreditiv-Bank von eigenem Verschulden für die nicht rechtzeitige Mitteilung über ein eröffnetes Akkreditiv bzw. im Hinblick auf „sonstige Irrtümer“ freizeichnet. Dieses Ergebnis ist auch in der bisherigen Literatur im wesentlichen anerkannt<sup>55</sup>.

Selbst wenn man dieses Resultat nicht für richtig ansehen würde, wäre die Haftungsfreizeichnung des Art. 10 Satz 1 ER gleichwohl deswegen unwirksam, weil sich die Klausel auch auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit der Akkreditiv-Bank sowie ihrer Erfüllungsgehilfen bezieht. So gesehen aber verstößt Art. 10 Satz 1 ER ersichtlich gegen § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz, soweit, was selten vorkommen dürfte, der Akkreditiv-Auftraggeber Nicht-Kaufmann i. S. des § 24 AGB-Gesetz ist — eine Wertung, die durch die gesetzlichen Verbotstatbestände der §§ 11 Nr. 8 und Nr. 9 AGB-Gesetz untermauert wird. Soweit der Akkreditiv-Auftraggeber allerdings gemäß § 24 AGB-Gesetz als Kaufmann einzuordnen ist, ist nach der bisherigen BGH-Judikatur eine Haftungsfreizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des AGB-Verwenders, also der Akkreditiv-Bank, stets unwirksam<sup>56</sup>; soweit der Schuldvorwurf, vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt zu haben, leitende Angestellte trifft, gilt das gleiche<sup>57</sup>. Diese Rechtsprechungsergebnisse werden allerdings von der überwiegend in der Literatur vertretenen Auffassung im Hinblick auf § 9 AGB-Gesetz dahin erweitert, daß schlechthin in Fällen grob fahrlässiger Vertragsverletzung eine Haftungsfreizeichnung — auch im kaufmännischen Verkehr — scheitert<sup>58</sup>. Auch unter diesem Gesichtswinkel ist also Art. 10 Satz 1 ER mit § 9 Abs. (1) AGB-Gesetz bzw. mit §§ 11 Nr. 7 und 11 Nr. 8 AGB-Gesetz nicht vereinbar.

Gleichgültig, welcher Auffassung man den Vorzug gibt, die Haftungsfreizeichnungsklausel von Art. 10 Satz 1 ER ist unwirksam. Auch diese Unwirksamkeit steht jedoch im Einklang mit dem Haftungskonzept der AGB-Privatbanken bei Schäden aus Übermittlungsfehlern, Mißverständnissen und Irrtümern im telefonischen, telegrafischen, drahtlosen oder fernschriftlichen Verkehr mit den Kunden oder Dritten (Akkreditivbegünstigten) — vgl. Nr. 8 Abs. I AGB der Banken.

#### bb) Art. 10 Satz 2 ER

Soweit eine Haftungsfreizeichnung der Akkreditiv-Bank im Hinblick auf „Irrtümer bei der Übersetzung oder Auslegung von technischen Ausdrücken“ vorgesehen ist, gelten die gleichen Erwägungen, die in bezug auf die Unwirksamkeit der Haftungsfreizeichnung gemäß Art. 10 Satz 1 ER vorgebracht worden sind. Der Akkreditiv-Bank ist es verwehrt, sich auf derartige „Irrtümer“ in Form eines Haftungsfreizeichnungstatbestandes zu berufen, zumal es der Akkreditiv-Bank ja unbenommen bleibt — was ja auch praktisch in der Regel geschieht —, die Akkreditiv-Bedingung „unübersetzt weiterzugeben“. Denn daraus folgt: Wenn und soweit die Akkreditiv-Bank, was sie ja nicht muß, fremdsprachige Übersetzungen vornimmt oder technische Ausdrücke auslegt, dann ist es unangemes-

sen, den Akkreditiv-Auftraggeber mit etwa daraus resultierenden „Irrtümern“ und weiteren Folgen zu belasten. Dies gilt selbstverständlich — wenn man dieser Auffassung nicht folgen sollte — allemal dann, wenn und soweit die Akkreditiv-Bank — gleichgültig, auf welcher Ebene — vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Auch bei dieser Freizeichnungsklausel zeigt sich die weitgehende Übereinstimmung der hier vertretenen Auffassung mit den vergleichbaren Haftungsregelungen in den AGB des Kreditgewerbes (vgl. z. B. Nr. 34 AGB der Sparkassen und Landesbanken/Girozentralen, Nr. 5 Abs. 1 AGB Privatbanken und Volksbanken).

### 3. Die Angemessenheit des Art. 11 ER

Art. 11 ER hat folgenden Wortlaut:

*„Die Banken übernehmen keine Haftung oder Verantwortung für die Folgen der Unterbrechung ihrer Geschäftstätigkeit durch Fälle höherer Gewalt, Unruhen, Aufruhr, Aufstand, Kriege oder irgendwelche anderen Ursachen, die außerhalb ihrer Kontrolle liegen sowie durch irgendwelche Streiks oder Aussperrungen. Sofern sie hierzu nicht ausdrücklich ermächtigt sind, nehmen die Banken nach Ablauf der Gültigkeitsdauer von Akkreditiven, die während einer solchen Unterbrechung der Geschäftstätigkeit verfallen, keine Zahlung, Akzeptleistung oder Negotiation vor.“*

Gegen diese Haftungsfreizeichnung bestehen unter dem Blickwinkel des AGB-Gesetzes keinerlei Bedenken; diese Haftungsfreizeichnungstatbestände bewegen sich im Bereich des § 275 BGB, wie er in § 323 BGB im Hinblick auf den gegenseitigen Vertrag Ausdruck gefunden hat. Zwischen Leistungsbefreiungstatbeständen, die vom Schuldner — der Akkreditiv-Bank — nicht zu vertreten sind sowie solchen Fällen, denen die Geschäftstätigkeit der Banken aufgrund von Umständen unterbrochen werden, „die außerhalb ihrer Kontrolle liegen“, besteht kein rechtlich relevanter Unterschied<sup>59</sup>.

### 4. Die Angemessenheit von Art. 12 ER (Revision 1974)

Diese als wesentlich einzustufende Haftungsfreizeichnungsklausel differenziert nach zwei Sachverhalten: Zum einen enthält sie eine Haftungsregelung bei Einschaltung einer Zweitbank (vgl. unter a), zum anderen bezieht sich die Haftungsfreizeichnung auf Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten, welche sich aufgrund ausländischer Gesetze und Gebräuche ergeben (vgl. unter b).

<sup>55</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 157; Eisemann/Eberth, aaO, S. 127 f; Graf von Westphalen, aaO, S. 127.

<sup>56</sup> RG, 1. Oktober 1921, RGZ 102 S. 396; BGH, 29. September 1960, BGHZ 33 S. 216 — ständige Rechtsprechung.

<sup>57</sup> BGH, 6. März 1958, BGHZ 20 S. 164; BGH, 13. März 1969, WM 1969 S. 561 — ständige Rechtsprechung.

<sup>58</sup> Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, aaO, § 11 Nr. 7 Rdnr. 17; Schlosser/Coester/Waltjen/Graba, AGB-Kommentar, Bielefeld 1977, § 11 Nr. 7 Rdnr. 84; Kötz, in: Münch Komm., § 11 Rdnr. 64; Koch/Stübing, AGB-Kommentar, Neuwied 1977, § 11 Rdnr. 20; Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 11 Nr. 7 Rdnr. 34. Gegenteilige Auffassung Palandt/Heinrichs, § 11 Anm. 7c; Schmidt-Salzer, AGB F 201 derselbe, BB 1980 S. 1, 4 f; Dittmann/Stahl, AGB, Wiesbaden und Berlin 1977, Rdnr. 435; Stein, AGB, Stuttgart 1977, § 11 Rdnr. 61 — jedoch einschränkend.

<sup>59</sup> Vgl. auch hierzu die Formulierung in Art. 74 EKG.

a) Der Zweck der Regelung des Art. 12 lit. a und lit. b

Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„(a) Banken, welche die Dienste anderer Banken in Anspruch nehmen, um die Weisungen des Akkreditiv-Auftraggebers auszuführen, tun dies für Rechnung und Gefahr dieses Auftraggebers.

(b) Die Banken übernehmen keine Haftung oder Verantwortung, wenn die von ihnen erteilten Weisungen nicht ausgeführt werden, auch wenn sie selbst die Auswahl dieser anderen Bank von sich aus getroffen haben.“

Beim Akkreditiv-Geschäft ist es üblich und unumgänglich, daß die Akkreditiv-Bank eine Zweitbank einschaltet; dies geschieht entweder mit der Maßgabe, daß die eingeschaltete Zweitbank nur als Avis-Bank fungiert<sup>60</sup> oder als Zahlstellen- oder Bestätigungsbank auftritt<sup>61</sup>. Zwischen der Akkreditiv-Bank einerseits und der von dieser eingeschalteten Zweitbank andererseits besteht ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 BGB, der — je nach den Umständen — Werkvertrags- oder Dienstvertragscharakter besitzt<sup>62</sup>.

Wird die Zweitbank lediglich damit beauftragt, das Akkreditiv gegenüber dem Begünstigten zu avisieren, so übernimmt sie damit gemäß Art. 3 lit. b Satz 1 ER keine eigene Verbindlichkeit; ihre Aufgaben beschränken sich vielmehr auf die Erfüllung rein technischer Funktionen: Sie setzt den Begünstigten von der Eröffnung des Akkreditivs in Kenntnis, leitet, soweit erforderlich, weitere Nachrichten der Akkreditiv-Bank an den Begünstigten weiter und nimmt die Dokumente entgegen, um diese der Akkreditiv-Bank zu übermitteln, ohne zu deren rechtliche Prüfung verpflichtet oder ermächtigt zu sein<sup>63</sup>. Wird jedoch die Zweitbank als Zahlstelle eingesetzt, so ist sie verpflichtet, dem Begünstigten die Eröffnung des Akkreditivs anzuzeigen und die ihr eingereichten Dokumente mit verbindlicher Wirkung für die Akkreditiv-Bank zu prüfen und die Akkreditiv-Summe an den Begünstigten auszuzahlen, sofern sich die Ordnungsmäßigkeit der Dokumente erwiesen hat<sup>64</sup>.

Von Wichtigkeit ist dabei: Durch die Einschaltung einer Zweitbank als Zahlstelle entsteht zwischen dem Begünstigten einerseits und der Zweitbank andererseits kein Vertragsverhältnis, verpflichtet gegenüber dem Begünstigten bleibt vielmehr die Akkreditiv-Bank; nur gegenüber dieser besteht ein unmittelbar Anspruch auf Einlösung der Dokumente zugunsten des Begünstigten<sup>65</sup>. Wird allerdings die Zweitbank im Rahmen eines bestätigten Akkreditivs tätig, so übernimmt sie gegenüber dem Begünstigten eine selbständige Akkreditiv-Verbindlichkeit i. S. des § 780 BGB<sup>66</sup>. Der Begünstigte erhält damit eine zusätzliche — neben der Verpflichtung der Akkreditiv-Bank bestehende — selbständige Sicherheit in Form des Akkreditiv-Versprechens der Zweitbank: Akkreditiv-Bank und Zweitbank haften in diesen Fällen dem Begünstigten gesamtschuldnerisch<sup>67</sup>.

Es liegt auf der Hand: Die Haftungsfreizeichnungsklausel gemäß Art. 12 lit. a und lit. b ER hat für die Bankenpraxis überragende Bedeutung; im Kern zielt diese Regelung darauf ab, daß im Dokumenten-Akkreditiv-Geschäft von der Akkreditiv-

Bank eingeschaltete Zweitbanken stets „für Rechnung und Gefahr“ des Akkreditiv-Auftraggebers tätig werden; anders gewendet: Die von der Akkreditiv-Bank eingeschalteten Zweitbanken sind stets als Substituten i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB anzusehen, nicht aber als Erfüllungsgehilfen i. S. des § 278 BGB. Dieses Ergebnis deckt sich in zweierlei Hinsicht mit den AGB der Banken. Nach Ziff. 28 Abs (1) Satz 2 der Banken-AGB sind zum einen die „Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive“ stets anwendbar; zum anderen gilt die auf eine Substituten-Regelung hinauslaufende Klausel der Ziff. 9 der Banken-AGB, welche folgenden Wortlaut aufweist:

„Die Bank darf mit der Austüfung 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 Kundenauftrages 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 insoweit verpflichtet, ihrem Kunden auf Verlangen die etwa bestehenden Ansprüche gegen den Dritten abzutreten.“

bb) Die Angemessenheit von Art. 12 lit. a und lit. b ER i. V. m. Ziff. 9 Banken-AGB

Angesichts der Parallelität zwischen der Regelung des Art. 12 lit. a und lit. b ER einerseits und der Bestimmung der Ziff. 9 Banken-AGB andererseits ist es geboten, zunächst grundsätzlich die Frage zu ventilieren, welche Abgrenzungskriterien für die Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB sowie für die Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB heranzuziehen sind (vgl. unter aaa), um sodann näher zu untersuchen, inwieweit beim Dokumenten-Akkreditiv-Geschäft eingeschaltete Zweitbanken die Stellung eines Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB besitzen (vgl. unter bbb). Erst dann ist es möglich, auf Basis der gefundenen Ergebnisse die Wirksamkeit der Haftungsfreizeichnung gemäß Art. 12 lit. a und b ER sowie der Ziff. 9 der Banken-AGB i. S. der §§ 9—11 AGB-Gesetz zu konstatieren (vgl. weiter unten ccc).

aaa) Dogmatisch-systematische Abgrenzung zwischen der Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB und der Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB

Die Neufassung der Banken-AGB basiert — nicht zuletzt — auf der grundlegenden Trennung der Haftungsstatbestände für die eigenen Mitarbeiter, wel-

<sup>60</sup> Hierzu statt aller Eisemann/Eberth, aaO, S. 78 f.

<sup>61</sup> Ebenda, S. 79 f.

<sup>62</sup> Canaris, aaO, Rdnr. 403; Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 118; für Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit Dienstvertragscharakter Schönle, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., München 1976, S. 122.

<sup>63</sup> Hierzu Nielsen, aaO, Rdnr. 5/304; Eisemann/Eberth, aaO, S. 78 f.

<sup>64</sup> Hierzu Zahn, aaO, S. 55; Nielsen, aaO, Rdnr. 5/305.

<sup>65</sup> Eisemann, ABD 1961, S. 180, 181.

<sup>66</sup> Statt aller Eberth/Eisemann, aaO, S. 81 ff.

<sup>67</sup> Canaris, aaO, Rdnr. 414; Liesecke, WM 1976 S. 258, 260; Schinnerer/Avancini, aaO, S. 67.

che stets Erfüllungsgehilfen der Bank i. S. des § 278 BGB sind, und der Einschaltung sonstiger Dritter in Form der Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB<sup>68</sup>.

Daß eine Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB auch im Bereich der entgeltlichen Geschäftsbesorgung gemäß § 675 BGB in Betracht kommt, dürfte inzwischen gesichert sein<sup>69</sup>. Freilich darf dadurch die — nach wie vor — scharf zu ziehende Trennlinie zwischen einer Substitution im Sinn dieser Bestimmung und der Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB nicht verwischt werden. Denn daß eine Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB zulässig ist, bedeutet noch nicht, daß nicht in Wirklichkeit — bei der Analyse des jeweiligen Vertragsverhältnisses — Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB vorliegt — ein Ergebnis, das sinnfällig durch die eindeutige Klarstellung in § 664 Abs. (1) Satz 3 BGB verdeutlicht wird.

Eine Erfüllungsgehilfenschaft i. S. 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 wird<sup>70</sup>. Vorausgesetzt, der eingeschaltete Dritte wird im Rahmen des dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger obliegenden Pflichtenkreises tätig, ist es i. S. des § 278 BGB unschädlich, daß die Einschaltung eines Dritten notwendig ist, und daß den Schuldner dem Dritten gegenüber jegliche Einwirkungsmöglichkeit fehlt<sup>71</sup>; es handelt sich dann um den klassischen Fall des „selbständigen Erfüllungsgehilfen“<sup>72</sup>. Demgegenüber ist von einer Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB nur dann die Rede, wenn der Beauftragte die Geschäftsbesorgung *vollständig* einem Dritten zur Eigenverantwortung übertragen hat und demzufolge selbst aus jeder Tätigkeit für den Gläubiger ausscheidet<sup>73</sup>.

In diesem Zusammenhang ist nun von Erheblichkeit, daß bei — zulässiger — Einschaltung eines Substituten sich die Haftung des Beauftragten auf eigenes Verschulden bei der Übertragung des Auftrags, also auch auf Auswahlverschulden im Regelfall<sup>75</sup> reduziert<sup>76</sup>. Bei der sicherlich im Einzelfall sehr schwierigen Abgrenzung zwischen einer Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB und einer Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB stellen sich mithin jeweils zwei Vorfragen: Zunächst ist zu fragen, ob eine eigene Leistungspflicht des Schuldners gegenüber dem Gläubiger besteht<sup>77</sup>. Dies ist z. B. dann nicht der Fall, wenn eine inländische Bank sich verpflichtet, für eine Auslandsaufbewahrung von Wertpapieren Sorge zu tragen, weil dann allein die Auslandsbank zur Durchführung der Verwahrung und Verwaltung verpflichtet ist<sup>78</sup>. Sodann ist zu prüfen, ob die dem Schuldner obliegende Leistung vollständig oder nur teilweise auf einen Dritten übertragen worden ist, weil nur im ersten Fall eine Substitution begrifflich-terminologisch i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB nach der hier vertretenen Ansicht vorliegt.

### bbb) Die Einschaltung einer Zweitbank im Dokumenten-Akkreditiv-Geschäft

Nachdem im Vorstehenden die begrifflichen Unterscheidungskriterien zwischen Substitution und

Erfüllungsgehilfenschaft festgelegt worden sind, ist nunmehr zu untersuchen, ob die von einer Akkreditiv-Bank eingeschalteten Zweitbanken beim Dokumenten-Akkreditiv-Geschäft als Erfüllungsgehilfen i. S. des § 278 BGB oder als Substituten i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB tätig werden. Dabei ist mit Nachdruck vor dem Zirkeschluß zu warnen, der sich freilich durch die Formulierung der Ziff. 9 der Banken-AGB aufdrängt; Danach könnte es nämlich den Anschein haben, als bestände keine — auch haftungsrechtlich relevante — Trennlinie zwischen Substitution einerseits und Erfüllungsgehilfenschaft andererseits, als sei vielmehr die Bank schlechthin im Rahmen billigen Ermessens i. S. der §§ 315 ff BGB ermächtigt, der Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB den Vorzug zu geben, und zwar auch in den Fällen, in denen — streng genommen — eine Erfüllungsgehilfenschaft der eingeschalteten Zweitbank (oder des Dritten) i. S. des § 278 BGB vorliegt<sup>78</sup>. Vielmehr ist darauf aufmerksam zu machen, daß der Anwendungsbereich der Ziff. 9 der Banken-AGB — zutreffender Ansicht nach<sup>78a</sup> — nicht alle Fälle der Einschaltung eines „Dritten“ erfaßt, sondern daß die Fälle ausgenommen sind, in denen die Bank Leistungen von einem „Dritten“ erbringen läßt, welche als Hauptpflichten im Rahmen des zwischen der Bank und dem Kunden bestehenden Vertragsverhältnisses zu qualifizieren sind. Wenn z. B. eine Bank ein neutrales Rechenzentrum im Rahmen eines bestehenden Giro-Vertragsverhältnisses einschaltet, so besteht kein Zweifel daran, daß das Rechenzentrum nicht Substitut, sondern Erfüllungsgehilfe i. S. des § 278 BGB ist, weil die ordnungsgemäße Verbuchung Kardinalpflicht — nicht aber nur Nebenpflicht — des Giro-Vertragsverhältnisses ist. In dieser Sicht reduziert sich dann der Anwendungsbereich der Ziff. 9 der Banken-AGB auf Fälle, in denen „Dritte“ zur Erfüllung der den Banken obliegenden Nebenpflichten eingeschaltet werden. Nach der hier vertretenen Ansicht ist allerdings der Anwendungsbereich der Ziff. 9 der Banken-AGB noch weiter eingeschränkt: Auszugehen ist davon, daß, wie zuvor dargelegt, nur dort eine Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB vorliegt, in denen der Schuldner

<sup>68</sup> Hierzu Kumpel, WM 1977 S. 694 ff; Rehbein, DB 1977 S. 1349 ff.  
<sup>69</sup> So Soergel/Mühl, § 675 Rdnr. 23; Palandt/Thomas, § 664 Anm. 4; Larenz, Schuldrecht, Bd. II, § 56 V; im einzelnen auch Kumpel, WM 1977 S. 694, 700 m. w. N.; ablehnend allerdings Steffen, in: RGRK/BGB, § 675 Rdnr. 26.

<sup>70</sup> Hierzu neuestens BGH, 8. Februar 1974, BGHZ 62 S. 119 ff m. w. N.  
<sup>71</sup> Hierzu Jauernig/Vollkommer, § 278 Anm. 2a; daß der Erfüllungsgehilfe selbständig tätig ist, spricht nicht notwendigerweise für das Vorliegen einer Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB, so aber Nielsen, aaO, Rdnr. 5/303.

<sup>72</sup> Hierzu BGH, aaO.

<sup>73</sup> Grundlegend, RG, 4. Juli 1939, RGZ 161 S. 68, 73; so auch Jauernig/Vollkommer, § 664 Anm. 2a; Erman/Hauß, § 664 Rdnr. 1; Soergel/Mühl, § 664 Rdnr. 2; Palandt/Thomas, 39. Aufl., § 664 Anm. 1; Fikentscher, Schuldrecht, 6. Aufl., S. 491; für Bejahung einer teilweisen Substitution bei Übertragung von Teilbereichen eines einheitlichen Auftrags Steffen, in: RGRK/BGB, § 664 Nr. 2; Larenz, aaO, S. 301 f; die Berufung von Larenz auf die Entscheidung des RG, 2. März 1912 (RGZ 78 S. 310, 312) deckt jedoch die von Larenz und Steffen gezogene Schlußfolgerung nicht. Denn auch das RG (S. 312 aE) stellt fest, daß die Geschäftsführungspflicht „vollständig abgegeben“ sein muß; sofern sich jedoch der eingeschaltete „Dritte“ dieser Geschäftsführungspflicht „nur teilweise erledigt, so daß der Dritte nur zu seiner Unterstützung zugezogen ist, so liegt der Fall der Substitution nicht vor“.

<sup>75</sup> Statt aller Steffen, in: RGRK/BGB, § 664 Rdnr. 6.

<sup>76</sup> Hierzu auch Staudinger/Nipperdey, § 664 Rdnr. 17 m. w. N.

<sup>77</sup> Hierzu auch Kumpel, aaO, S. 700 ff, der allerdings die zweite Vorfrage nicht stellt, weil er sogleich auf die Formulierung von Ziff. 9 der Banken-AGB übergeht (S. 702).

<sup>78</sup> Hierzu Coing, WM 1977 S. 472.

<sup>78</sup> Hierzu insbesondere auch Nielsen, aaO, Rdnr. 5/303.

<sup>78a</sup> Kumpel, WM 1977 S. 664, 702.

eine ihm obliegende Leistung *vollständig* auf einen Dritten überträgt, während bei der Erfüllungsgehilfenschaft i. S. des § 278 BGB der Schuldner bei der Erbringung der Leistung nicht vollständig untätig bleibt, sondern hierfür nur partiell einen Dritten als Erfüllungsgehilfen einschaltet. Hinzu kommt, daß die Haftungsnormen in beiden Fällen höchst unterschiedlich sind. Außerdem ist anerkannt<sup>79</sup>, daß AGB-Klauseln, wie z. B. in Ziff. 9 der Banken-AGB, nicht die Rechtsmacht besitzen, individualvertraglich determinierte Rechtsverhältnisse umzuqualifizieren; und es unterliegt keinem Zweifel, daß Substitution und Erfüllungsgehilfenschaft voneinander wesentlich verschieden sind. Rechtlich ergibt sich dies zum einen aus § 4 AGB-Gesetz, zum anderen aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz, weil es zum Wesensgehalt der gesetzlichen Regelung der Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB gehört, daß der Schuldner die jeweilige Leistung nicht selbst erbringt, so daß hiervon in AGB-Klauseln zum Nachteil des AGB-unterworfenen Kunden nicht abgewichen werden kann, ohne daß eine unangemessene Benachteiligung i. S. des § 9 AGB-Gesetz daraus resultiert.

#### aaaa) Die Einschaltung der Zweitbank als Avis-Bank

In diesen Fällen liegt mit Sicherheit keine Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB vor, weil ja, wie bereits dargelegt, die Funktion der eingeschalteten Zweitbank darauf beschränkt ist, rein deklaratorisch dem Begünstigten Mitteilung von der Eröffnung des Akkreditivs zu machen, weitere Mitteilungen der Akkreditiv-Bank dem Begünstigten weiterzuleiten und die eingereichten Dokumente entgegenzunehmen, um diese der Akkreditiv-Bank weiterzuleiten, ohne eine eigene Prüfung vorzunehmen oder gar die Auszahlung der Akkreditiv-Summe zu bewirken. In diesem Fall ist die als Avis-Bank eingeschaltete Zweitbank vielmehr — uneingeschränkt — als Erfüllungsgehilfin der Akkreditiv-Bank gemäß § 278 BGB tätig.

#### bbbb) Die Zweitbank als Zahlstelle

Sofern sich die Zweitbank bereiterklärt, daß das von der Akkreditiv-Bank eröffnete Akkreditiv bei ihr zahlbar gestellt wird, konzentriert sich im praktischen Ergebnis die Abwicklung des Akkreditiv-Geschäfts bei ihr<sup>80</sup>. Gegenüber dieser tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit der Erststelle ist von minderer Bedeutung, weil dies alles rechtliche, nicht faktische Wertungen sind: Nach zutreffender Auffassung<sup>81</sup> verlagert sich der Erfüllungsort gemäß § 269 BGB bei dieser Variante des Akkreditiv-Geschäfts nicht; er verbleibt vielmehr bei der Akkreditiv-Bank. Die als Zahlstelle fungierende Zweitbank handelt auch — bezogen auf das Außenverhältnis zum Begünstigten — im Namen und für Rechnung der Akkreditiv-Bank, die ja das Akkreditiv eröffnet hat. Diese Stellvertreterfunktion erfüllt die Zweitbank auch im Hinblick auf die von ihr mit verbindlicher Wirkung gegenüber der Akkreditiv-Bank durchzuführenden Dokumentenprüfung und der danach erfolgenden Auszahlung der Akkreditiv-Summe zugunsten des Begünstigten<sup>82</sup>. Im Hinblick auf die Laufzeit des Akkreditivs ist von Wichtig-

keit: Wird die Zweitbank als Zahlstelle eingeschaltet — nicht aber nur als Avis-Bank —, dann reicht es aus, wenn die anzudienenden Dokumente am letzten Gültigkeitstag bei der Zweitbank eingereicht werden<sup>83</sup>.

Diese Konstruktion rechtfertigt den Schluß: Die als Zahlstelle fungierende Zweitbank wird aufgrund ihrer *tatsächlichen* Leistungserbringung im Rahmen des Akkreditiv-Geschäfts als Substitut der Akkreditiv-Bank gemäß § 664 Abs. (1) BGB tätig. Diese Sicht entspricht freilich nicht der in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>84</sup>. Die Zweitbank wird in diesen Fällen, wie gezeigt, zwar als Stellvertreterin der Akkreditiv-Bank tätig. Doch die Akkreditiv-Bank scheidet vollständig aus dem Akkreditiv-Geschäft aus; zwischen Zweitbank und Akkreditiv-Bank bleibt im Grunde genommen nur eine rechtliche Verbindung, die sich tatsächlich — nach Aushängung der Dokumente — als Verrechnung der von der Zahlstelle verauslagten Gelder erfassen läßt; mit den typischen Akkreditivpflichten hat dies aber nichts mehr gemein.

#### cccc) Einschaltung der Zweitbank im Rahmen eines bestätigten Akkreditivs

Wie bereits weiter oben ausgeführt, übernimmt die Zweitbank im Fall der Bestätigung eines Akkreditivs eine selbständige, akkreditivmäßige Verpflichtung gegenüber dem Begünstigten: Akkreditiv-Bank und bestätigende Zweitbank haften dem Begünstigten gesamtschuldnerisch. Da die bestätigende Bank in der Regel im Heimatland des Begünstigten domiziliert, erhält der Begünstigte auf diese Art einen inländischen — im Regelfall höchst solventen — Schuldner, der ihm zudem das Transferisiko abnimmt<sup>85</sup>.

Bei dieser Konstruktion kann weder von einer Erfüllungsgehilfenschaft i. S. des § 278 BGB noch von einer Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB die Rede sein; vielmehr erfüllt die Zweitbank eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Begünstigten: Sie ist mithin selbst Schuldnerin des von ihr abgegebenen Erfüllungsversprechens.

#### dddd) Eröffnung eines Akkreditivs durch eine Zweitbank

Besonders bei Importgeschäften kommt es vor, daß eine in Deutschland domizilierende Bank ihre ausländische Korrespondenzbank darum bittet, zugunsten des deutschen Importeurs ein Akkreditiv im Wohnsitzland des ausländischen Exporteurs zu eröffnen. In diesen Fällen übernimmt die das Akkreditiv eröffnende Korrespondenzbank die gesamten, sich aus dem Akkreditiv-Geschäft ergebenden Verpflichtungen; diese läßt sich dann — wobei die ver-

<sup>79</sup> Hierzu insbesondere Schmidt-Salzer, E 24.

<sup>80</sup> Eiseemann/Eberth, aaO, S. 79 ff.

<sup>81</sup> Nielsen, aaO, Rdnr. 5/306 Schinnerer/Avancini, aaO, S. 62; Eiseemann/Eberth, aaO, S. 79 bei Fn. 52.

<sup>82</sup> Eiseemann/Eberth, aaO, S. 80.

<sup>83</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 193.

<sup>84</sup> Hierzu insbesondere Zahn, aaO, S. 82; Schinnerer/Avancini, aaO, S. 62; differenzierend nach dem Einzelfall Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 195; Canaris, aaO, Rdnr. 405; Eiseemann/Eberth, aaO, S. 18; differenzierend und teilweise Substitution bejahend Graf von Westphalen, aaO, S. 133 f.; gänzlich auf eine Substitution abstellend allerdings Nielsen, aaO, Rdnr. 5/302.

<sup>85</sup> Hierzu Graf von Westphalen, aaO, S. 135 f.

schiedensten Varianten in Betracht kommen — von der Hausbank des deutschen Importeurs rembourseren<sup>86</sup>.

Bei dieser Fallkonstellation ist klar: die Hausbank hat zwar einen Akkreditiv-Auftrag mit dem deutschen Importeur abgeschlossen, wird aber im Rahmen des Akkreditiv-Geschäfts praktisch nicht mehr tätig, sobald die Akkreditiv-Bank der Hausbank ihre Bereitschaft bestätigt hat, das Akkreditiv zu eröffnen und dem Begünstigten hiervon Mitteilung gemacht worden ist. In diesem Fall handelt es sich, und das ist eine weitere Differenzierung, weder um eine Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB<sup>87</sup> noch um eine Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB. Die Hausbank des deutschen Importeurs hat sich gegenüber dem Akkreditiv-Auftraggeber lediglich verpflichtet, eine andere (Zweit)Bank zur Eröffnung des Akkreditivs zu *veranlassen*, ohne die mit der Akkreditivöffnung typischerweise verbundenen Verpflichtungen zu übernehmen<sup>87a</sup>. Sobald die Akkreditiv-Bank dem Begünstigten Mitteilung von der Eröffnung des Akkreditivs gemacht hat, ist die Hausbank des deutschen Importeurs aus dem Akkreditiv-Geschäft praktisch ausgeschieden: Alle im Zusammenhang mit der Eröffnung und Abwicklung des Akkreditivs zusammenhängenden vertragsrechtlichen und technischen Fragen konzentrieren sich ausschließlich auf die Akkreditiv-Bank.

### ccc) **Schlußfolgerungen**

Nachdem die grundsätzliche Differenzierung zwischen dem Fall, in dem die Hausbank nur eine Zweitbank zur Erbringung der gewünschten Bankleistung veranlassen soll, eine Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB und einer Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB im vorstehenden herausgearbeitet und die verschiedenen Fälle dargestellt worden sind, in denen eine Zweitbank im Rahmen eines Akkreditiv-Geschäfts eingeschaltet werden kann, ist festzuhalten: Soweit eine Zweitbank als Avis-Bank tätig wird, ist sie Erfüllungsgehilfin der Akkreditiv-Bank gemäß § 278 BGB; soweit die Zweitbank als Zahlstelle fungiert, ist sie Substitutin gem. § 664 BGB; soweit sie ein Akkreditiv bestätigt, übernimmt sie gegenüber dem Begünstigten eine eigene, selbständige Verpflichtung. Soweit eine Bank eine andere Bank ersucht, als Akkreditiv-Bank tätig zu werden, handelt es sich weder um Substitution noch um Erfüllungsgehilfenschaft. Soweit Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB besteht, haftet der Schuldner für jedwedes Verschulden des Erfüllungsgehilfen; es besteht insoweit eine Garantiehaftung<sup>88</sup>; soweit eine Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB gegeben ist, haftet der Beauftragte für Auswahlverschulden sowie — abhängig von den Umständen des Einzelfalles — für Überwachungsverschulden.

### aaaa) **im Hinblick auf Art. 12 lit. a und lit. b ER**

Art. 12 lit. a ER zielt auf eine Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB in all den Fällen, in welchen eine Bank die Dienste einer anderen Bank in Anspruch nimmt, um die Weisungen des Akkreditiv-Auftraggebers auszuführen. Art. 12 lit. b ER enthält — darauf aufbauend — eine vollständige

Haftungsfreizeichnung, und zwar sowohl in bezug auf ein eigenes Auswahlverschulden der Bank als auch auf ein Fremdverschulden der Zweitbank. Soweit gemäß Art. 12 lit. a ER eine Substitution im Hinblick auf die Einschaltung der Zweitbank vorgesehen ist, verstößt diese Klausel gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz, falls — wie dargestellt — die Typizität des jeweiligen Akkreditiv-Geschäfts darauf abzielt, daß die eingeschaltete Zweitbank in Wirklichkeit Erfüllungsgehilfin der Akkreditiv-Bank gemäß § 278 BGB ist. Denn die garantiemäßig ausgeprägte Haftung für Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB gehört zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der dann jedenfalls abgewichen wird, wenn — statt dessen — die für die Akkreditiv-Bank wesentlich günstigere und haftungsmäßig vorteilhaftere Form der Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB gewählt wird. Aber selbst in den Fällen, in denen — angesichts der Typizität des Akkreditiv-Geschäfts — eine Substitution i. S. des Art. 12 lit. a ER vorliegt, begegnet die Haftungsfreizeichnung in lit. a und lit. b durchgreifenden Bedenken. Denn nach dem Zweck dieser Bestimmung erfolgt die Einschaltung der Zweitbank „für Rechnung und Gefahr“ des Auftraggebers, wobei sich die Akkreditiv-Bank vollständig von jeder Haftung freizeichnet. Ein derartig weitreichender Haftungsausschluß aber ist — zumindest — in den Fällen sowohl im nicht-kaufmännischen Bereich als auch im kaufmännischen Verkehr gemäß § 11 Nr. 7 bzw. § 9 Abs. (1) AGB-Gesetz unwirksam, in denen ein Auswahlverschulden in Form von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit vorlag; gleiches gilt dann, wenn Überwachungsverschulden — sofern dessen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen — in Form vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung anzunehmen ist<sup>89</sup>. Selbstverständlich gelten diese Überlegungen auch in den Fällen, in denen in Wirklichkeit keine Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB gegeben war, sondern Erfüllungsgehilfenschaft i. S. des § 278 BGB, weil dann nach dem zwingenden Wortlaut von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz eine Haftungsfreizeichnungsklausel bei Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auf seiten der Erfüllungsgehilfen unwirksam ist — ein Ergebnis, welches auch im kaufmännischen Verkehr zutreffenderweise Berücksichtigung gemäß § 9 Abs. (1) AGB-Gesetz findet<sup>90</sup>.

### bbbb) **im Hinblick auf Ziff. 9 der Banken-AGB**

Es wäre — wie bereits angedeutet — indessen vorzuziehen, würde man aus der Unwirksamkeit der Haftungsfreizeichnung gemäß Art. 12 lit. a und lit. b den Schluß ziehen, daß damit eine Haftung der Akkreditiv-Bank für vorsätzliche oder grob fahrlässige Versäumnisse der Zweitbank — vorausgesetzt, diese ist Erfüllungsgehilfin i. S. des § 278 BGB — unver-

<sup>86</sup> Hierzu neuestens Liesecke, Die Stellung der kreditgebenden Bank beim Dokumenten-Inkasso und Dokumenten-Akkreditiv, FS für Fischer, Berlin 1979 S. 397 ff.

<sup>87</sup> vgl. RG 5. März 1923, RGZ 107 S. 7 ff.

<sup>87a</sup> Palandt/Thomas, § 664 Anm. 1a E; RG, 6. November 1933, RGZ 142 S. 184, 187.

<sup>88</sup> Hierzu neuestens v. Caemmerer, Verschulden von Erfüllungsgehilfen, FS für Hauß, Karlsruhe 1978, S. 33 ff.

<sup>89</sup> Hierzu Fn. 56—58.

<sup>90</sup> Fn. 58.

meidbar ist. Denn die ER (Revision 1974) finden gemäß Ziff. 28 Abs. (1) der Banken-AGB lediglich ergänzende Anwendung; im Vordergrund stehen — auch im Akkreditiv-Geschäft — die allgemeinen Haftungsfreizeichnungsklauseln der Banken, insbesondere Ziff. 9 und Ziff. 25 Abs. (1).

Ziff. 9 der Banken-AGB weicht von Art. 12 lit. a ER in zweifacher Hinsicht — und dies ist von Wichtigkeit — ab: Zum einen ist die rigorose Substitutionsbefugnis gemäß Art. 12 lit. a ER in Ziff. 9 Satz 1 der Banken-AGB entscheidend eingeschränkt; maßgebend ist nämlich, daß eine Substitution gemäß § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB vielmehr dann, aber auch nur dann in Betracht kommt, wenn und soweit die Bank eine Substitution „auch unter Abwägung der Interessen des Kunden für gerechtfertigt“ halten darf. Zum anderen ist gemäß Ziff. 9 Satz 2 der Banken-AGB klargestellt, daß die Bank gerade in den Fällen einer Substitution des Schuldners dafür einstehen muß, daß sie die Zweitbank ordnungsgemäß und sorgfältig ausgewählt und unterwiesen hat. Gleichwohl ist der Unterschied zwischen der garantemäßigen Haftung für Erfüllungsgehilfen des § 278 BGB und der Verantwortlichkeit der Bank gemäß Ziff. 9 Satz 2 der Banken-AGB weitreichend: Die Haftung der Bank beschränkt sich auf Eigenverschulden; Fälle des Fremdverschuldens, die typischerweise in den Bereich der Erfüllungsgehilfenhaftung gemäß § 278 BGB fallen, sind hiervon ausgenommen.

Damit stellt sich die Frage, ob die in Ziff. 9 Satz 1 der Banken-AGB vorgesehene Substitutionsbefugnis mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz im Einklang steht, wenn der eingeschaltete Dritte bei tatsächlicher Wertung seiner Tätigkeit als Erfüllungsgehilfe anzusehen ist. Weiter oben wurde bereits darauf aufmerksam gemacht, daß der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung — innerhalb eines Vergleichs der Haftungsmaßstäbe der §§ 278 BGB einerseits und des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB andererseits — erheblich ist: Liegt nämlich in Wirklichkeit der Fall einer Erfüllungsgehilfenschaft — bei Einschaltung einer Zweitbank — i. S. des § 278 BGB vor, dann bleibt der Schuldner dem Gläubiger für jedwedes Verschulden des Erfüllungsgehilfen verantwortlich, weil ja der Erfüllungsgehilfe eine *eigene* Verbindlichkeit des Schuldners — mit seinem Wissen und Wollen — erfüllt. Soweit Ziff. 9 Satz 1 der Banken-AGB nun darauf abzielt, der Bank — bei Einschaltung einer Zweitbank — für die Fälle, in denen vom Tätigkeitsbereich der Zweitbank her gesehen diese als Erfüllungsgehilfin zu qualifizieren ist, einen haftungsmäßigen Vorteil zu verschaffen, ist der Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung eklatant.

Die sich daraus ergebende unangemessene Benachteiligung des AGB-unterworfenen Kunden i. S. des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz wird auch nicht dadurch beseitigt, daß Ziff. 9 Satz 1 Banken-AGB darauf abhebt, daß die Bank eine Substitution nur dann vornimmt, wenn sie dies angesichts der Interessen des Kunden für gerechtfertigt halten kann. Ersichtlich wird damit der Maßstab der §§ 315 ff BGB angewandt<sup>91</sup>. Zur Konsequenz hat dies, daß die Bank gehalten ist, das ihr selbst eingeräumte Ermessen sachlich angemessen und fehlerfrei auszuüben; geschieht dies nicht, greift § 315 Abs. (3) BGB

ein. Indessen: Im Sinn der Wertungskriterien des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz steht es der Bank nicht frei, durch Einschaltung der Billigkeitskriterien der §§ 315 ff BGB — in AGB-Klauseln — auch die Frage zu regeln, ob eine Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB — anstelle einer Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB — überhaupt in Betracht kommt. Denn dies entscheidet sich ausschließlich nach den durch den Individualvertrag geschaffenen Rechten und Pflichten. Demzufolge wird auch die Substitutionsbefugnis gemäß Ziff. 9 der Banken-AGB nach § 9 AGB-Gesetz bzw. nach § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz für unwirksam bzw. bedenklich angesehen<sup>92</sup>. Daß die Einschaltung Dritter notwendig ist oder der Verkehrssitte entspricht, ist allerdings kein zureichendes Argument, eine erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung i. S. des § 9 AGB-Gesetz zu rechtfertigen, sofern daraus wegen des unterschiedlichen Haftungsrahmens der §§ 664 und 278 BGB eine unangemessene Benachteiligung des AGB-unterworfenen Kunden folgt.

Gerade im Akkreditiv-Geschäft wird dies deutlich: Wenn und soweit eine Akkreditiv-Bank eine Zweitbank als Avis-Bank einschaltet, so wird die Zweitbank — wie gezeigt — als Erfüllungsgehilfin der Akkreditiv-Bank i. S. des § 278 BGB tätig. Würde also — um ein Beispiel zu wählen — eine von der Akkreditiv-Bank eingeschaltete Zweitbank ihren Pflichten als Avis-Bank gröblich bei der Weiterleitung der Dokumente verletzen, so daß ein erheblicher Schaden entsteht, dann würde es den individualvertraglich determinierten Rechten und Pflichten entschieden widerstreiten, würde man der Akkreditiv-Bank gestatten wollen, sich auf die Substitutionsbefugnis i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB mit Erfolg zu berufen und dabei unberücksichtigt lassen, daß die Zweitbank grobfahrlässig gem. § 278 BGB gehandelt hat. Demzufolge haftet die Akkreditiv-Bank gemäß § 278 BGB für derartige Versäumnisse der von ihr eingeschalteten Zweitbank nach den Vorschriften der §§ 675, 667 BGB; möglicherweise auch kann Schadenersatz geltend gemacht werden<sup>93</sup>.

Deshalb ist beim Dokumenten-Akkreditiv-Geschäft die Substitutionsbefugnis der Banken gemäß Ziff. 9 Satz 1 der Banken-AGB in all den Fällen gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz zu beanstanden, in denen die eingeschaltete Zweitbank in Wirklichkeit als Erfüllungsgehilfin der Akkreditiv-Bank i. S. des § 278 BGB tätig geworden ist<sup>94</sup>. Die Unwirksamkeit von Ziff. 9 Satz 1 der Banken-AGB führt jedoch nicht dazu, daß die Banken gemäß § 6 AGB-Gesetz der stringenten Haftung für Erfüllungsgehilfen i. S. des § 278 BGB unterworfen sind; vielmehr kommt Ziff. 25 Abs. (1) der Banken-AGB — praktisch als Auffangnorm — zum Zug, wonach die Banken für Erfüllungsgehilfen stets nur dann einstehen müssen, wenn grobes Verschulden auf seiten der Erfüllungsgehilfen vorliegt. Diese Regelung aber ist gemäß § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz nicht zu beanstanden; und sie

<sup>91</sup> Hierzu insbesondere Kumpel, aaO, S. 702.

<sup>92</sup> Hierzu neuestens Palandt/Heinrichs, § 9 Anm. 7b; Anhang zu § 11 Rdnr. 156; weitergehend Graf von Westphalen/Trinkner, § 11 Nr. 7 Rdnr. 15 — allerdings unter Bezugnahme auf § 7 AGB-Gesetz.

<sup>93</sup> Hierzu Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 194.

<sup>94</sup> A. M. Brandner, aaO.

ist auch im kaufmännischen Verkehr gemäß § 24 AGB-Gesetz bedenkenfrei zu verwenden. Bei Einschaltung einer Zweitbank im Akkreditiv-Geschäft besteht folglich gemäß Ziff. 9 Satz 2 der Banken-AGB i. V. m. Ziff. 25 Abs. (1) der Banken-AGB eine doppelte Haftung der Akkreditiv-Bank: Zum einen haftet sie für eigenes Auswahl- und Überwachungsver schulden; zum anderen muß sie für grob fahrlässige Pflichtverletzungen der von ihr als Erfüllungsgehilfen eingeschalteten Zweitbanken i. S. des § 278 BGB eintreten.

## b) Die Regelung in Art. 12 lit. c) ER

### aa) Zweck der Regelung

Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

*„Der Akkreditiv-Auftraggeber muß alle Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten übernehmen, die auf ausländischen Gesetzen und Gebräuchen beruhen, und er muß die Banken für alle hieraus resultierenden Folgen schadlos halten.“*

Diese Haftungsfreizeichnungsklausel zielt im Ergebnis darauf ab, die Akkreditiv-Bank vom gesamten Risiko freizuhalten, welches sich aus der Anwendbarkeit bzw. der Berücksichtigung ausländischen Privatrechts bzw. öffentlichen Rechts ergeben kann<sup>95</sup>. Mit anderen Worten: Das Risiko ausländischen Rechts soll in jedem Fall den Akkreditiv-Auftraggeber treffen; die Akkreditiv-Bank soll im praktischen Ergebnis so behandelt werden, als handele es sich in jedem Fall um ein — von ihr ohne weiteres zu überschauendes — inländisches Geschäftsrisiko. Mithin trägt die Akkreditiv-Bank lediglich das Insolvenzrisiko ihres Kunden, des Akkreditiv-Auftraggebers.

### bb) Die Angemessenheit von Art. 12 lit. c) ER i. S. des § 9 AGB-Gesetz

Keine Bank ist verpflichtet, einen Akkreditiv-Auftrag, auf den ausländisches Recht Anwendung findet bzw. bei dessen Durchführung ausländisches Recht zu berücksichtigen ist, auszuführen. Banken sind im Akkreditiv-Geschäft tätig, weil sie damit eigene Geschäftsinteressen verfolgen; dies gilt auch, wenn sie im Rahmen eines Akkreditiv-Geschäfts im Ausland tätig werden. Nicht zuletzt wegen des Auslandsrisikos schalten die Banken Zweitbanken ein, welche im Heimatland des Begünstigten domicilieren, also mit den dort geltenden Gesetzen und Gewohnheiten wohl vertraut sind<sup>96</sup>. Vielfach besteht ein enges Geflecht von miteinander in Verbindung stehenden Korrespondenz-Banken. Diese Beziehungen sind regelmäßig wesentlich intensiver — und damit ist auch die Kenntnis ausländischen Rechts qualitativ höher — als dies normalerweise bei Akkreditiv-Auftraggebern der Fall ist, deren Geschäftskontakte — selbst bei einem hohen Import- bzw. Exportanteil des Geschäftsvolumens — regelmäßig keine so intensive Kenntnis des ausländischen Rechts und der ausländischen Gebräuche vermitteln. Wenn aber die Banken im Akkreditiv-Geschäft ein eigenes Geschäftsinteresse verfolgen, dann erscheint es i. S. des § 9 Abs. (1) AGB-Gesetz teilweise als unangemessene Benachteiligung des Akkreditiv-Auftraggebers, wenn das Risiko ausländischen

Rechts grundsätzlich — und zwar ohne Rücksicht auf die kollisionsrechtliche Qualifikation und ohne Rücksicht auf etwaige Beratungspflichten der Bank<sup>96a</sup> — gemäß Art. 12 lit. c) ER auf den Akkreditiv-Auftraggeber überwältigt wird. Vielmehr bietet sich folgende Differenzierung an: Nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts gilt — im Verhältnis Akkreditiv-Auftraggeber — Akkreditiv-Bank — das Recht, welches am Sitz der Bank Geltung beansprucht<sup>97</sup>; die gleiche Regel gilt im Verhältnis zwischen Akkreditiv-Bank einerseits und Begünstigtem andererseits, und zwar auch dann, was freilich nicht unbestritten ist<sup>98</sup>, wenn und soweit eine Zweitbank als Avis-Bank bzw. als Zahlstelle eingeschaltet wird<sup>99</sup>. Mithin besteht also, nach den deutsch-rechtlichen Kollisionsnormen — gar kein Bedürfnis an der Anwendung ausländischen Privatrechts. Anderes gilt freilich im Hinblick auf etwa zu berücksichtigendes ausländisches öffentliches Recht, wie z. B. das Devisenrecht<sup>100</sup>. Verstößt z. B. eine Akkreditiv-Bank gegen zwingendes ausländisches Devisenrecht, und bestand dieses devisenrechtliche Verbot bereits vor Eröffnung des Akkreditivs, so ist eine Freizeichnung als unangemessen i. S. des § 9 Abs. (1) AGB-Gesetz zu werten. Andererseits: Ergeht das devisenrechtliche Verbot erst in einem Zeitpunkt, in welchem das Akkreditiv bereits eröffnet war, dann erscheint die Haftungsfreizeichnung der Bank gemäß Art. 12 lit. c) ER als angemessen, denn die Eröffnung des Akkreditivs gilt als eine Geschäftsbesorgung zugunsten des Auftraggebers, woran — trotz des eigenen Geschäftsinteresses der Akkreditiv-Bank — festzuhalten ist. Da der Akkreditiv-Auftraggeber im Rahmen seines Vertrages gegenüber seinem Kunden gehalten ist, die Verbotsnormen fremden Devisenrechts zu respektieren, da er mithin die Veranlassung zur Eröffnung des Akkreditivs gegeben hat, die nachhaltig auch in seinem Interesse erfolgt, rechtfertigen diese Gesichtspunkte, Art. 12 lit. c) ER insoweit als angemessen zu qualifizieren.

## 6. Die ER als Handelsbrauch i. S. des § 346 HGB

An den vorstehend entwickelten Ergebnissen ändert sich aber auch dann nichts, wenn man — entsprechend der hier vorgenommenen Definition — die Art. 9—12 ER als Handelsbrauch i. S. des § 346 HGB qualifizieren würde. Denn die §§ 9—11 AGB-Gesetz sind zwingendes Recht; sie gehen daher sowohl dem Handelsbrauch nach § 346 HGB als auch der Verkehrssitte vor<sup>101</sup>. Insbesondere unterstehen sie anerkanntermaßen<sup>102</sup> dem Grundsatz von Treu und Glauben, der sich in den §§ 9—11 AGB-Gesetz kon-

<sup>95</sup> Neuestens Steindorff, in: FS für v. Caemmerer, aaO, S. 761 ff.

<sup>96</sup> vgl. Nielsen, aaO, Rdnr. 5/287; RG, 14. November 1919, RGZ 97 S. 144.

<sup>96a</sup> Nielsen, aaO Rdnr. 5/285 f.

<sup>97</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 151; Graf von Westphalen, aaO, S. 125.

<sup>98</sup> Zahn, aaO, S. 19; Liesecke, WM 1966 S. 458; LG Frankfurt, 2. Dezember 1975, NJW 1976 S. 1044; Eberth, RIW/ABD 1977 S. 522, 526.

<sup>99</sup> A. M. v. Caemmerer, JZ 1959 S. 362; so auch Schütze, WM 1979, S. 348.

<sup>100</sup> Hierzu im einzelnen Graf von Westphalen, aaO, S. 56 ff; 59 ff; 64 ff.

<sup>101</sup> Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 24 Rdnr. 14 f.

<sup>102</sup> Schlegelberger/Hefermehl, § 346 Rdnr. 39 f m. w. N.

kretisiert. Daraus aber ergibt sich: Selbst wenn die Art. 9—12 ER Handelsbrauch i. S. des § 346 HGB wären, rechtfertigt sich — allein daraus — kein von den vorgefundenen Ergebnissen abweichendes Resultat<sup>103</sup>.

### III. Die Vereinbarkeit der Art. 3 — 5 ERI mit §§ 9—11 AGB-Gesetz

#### 1. Die ERI als AGB-Klauseln i. S. des § 1 AGB-Gesetz

Die Rechtsnatur der mit Wirkung zum 1. Januar 1979 erneut vereinheitlichten „Einheitlichen Richtlinien für Inkassi“ (ERI)<sup>104</sup> wird zutreffenderweise von der h. M. ebenso beurteilt wie die der ER<sup>105</sup>: Zuzugeben ist, daß auch die ERI teilweise Bestimmungen enthalten, welche als Handelsbrauch i. S. des § 346 HGB zu qualifizieren sind<sup>106</sup>, überwiegend aber sind sie AGB<sup>107</sup>. Maßgebend für diese rechtliche Einordnung ist — nicht zuletzt — die Tatsache, daß die ERI im Gegensatz zu den ER eine weniger weitreichende Verbreitung gefunden haben<sup>108</sup>.

#### 2. Das Rechtsverhältnis zwischen Inkassobank und dem Dokumenteneinreicher

Bei einem Dokumenteninkasso bringt der Verkäufer/Exporteur die zu verkaufende Ware zum Versand und übergibt Transportdokumente und Rechnung seiner Bank („remitting bank“) mit dem Auftrag, diese dem Käufer vorzulegen, den geschuldeten Betrag (D/P-Geschäft) oder einen akzeptierten Wechsel (D/A-Geschäft) entgegenzunehmen und an den Verkäufer/Exporteur weiterzuleiten<sup>109</sup>. Im Sinne der „Allgemeinen Regeln und Begriffsbestimmungen“ der ERI (vgl. B. 1) wird unter „Inkasso“ die Bearbeitung von „Dokumenten“ verstanden, welche zum einen als „Zahlungspapiere“ (Wechsel, Schecks, Zahlungsquittungen etc.), zum anderen als „Handelspapiere (Rechnungen, Verladungsdokumente, Dispositionsdokumente etc.) definiert werden; Ziel eines von einer Bank durchzuführenden „Inkasso“ ist dabei — wiederum im Sinn der Definition der ERI Akzeptierung und/oder ggf. Zahlung zu erlangen oder Handelspapiere gegen Akzeptierung und/oder ggf. Zahlung auszuhändigen oder Dokumente unter anderen Bedingungen auszuhändigen<sup>110</sup>.

Rechtlich bewertet handelt es sich hierbei um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. des § 675 BGB mit Dienstvertragscharakter gemäß §§ 611 ff BGB<sup>111</sup>: Hauptpflicht der Inkassobank ist die ordnungsgemäße Durchführung des Inkassoauftrags, indem nämlich die Inkassobank die Vorlegung der Dokumente beim Schuldner und die Abführung des Erlöses gemäß §§ 675, 667 BGB an den Gläubiger schuldet<sup>112</sup>. Gemäß Art. 1 ERI handeln dabei die Banken „nach Treu und Glauben und mit angemessener Sorgfalt“. Im Gegensatz zum Dokumenten-Akkreditiv-Geschäft besteht beim Dokumenten-Inkasso nur eine sehr eingeschränkte Prüfpflicht der Bank; dies galt bereits vor Inkrafttreten der neuen ERI<sup>113</sup>, ist aber nunmehr in Art. 2 klargestellt, wo es heißt:

*„Die Banken müssen prüfen, ob die erhaltenen Dokumente den im Inkasso-Auftrag aufgezählten Dokumenten zu entsprechen scheinen und vom Fehlen irgendwelcher Dokumente denjenigen Beteiligten sofort verständigen, von dem ihnen der Inkasso-Auftrag zugeht.“*

*Die Banken haben keine weitere Verpflichtung zur Prüfung der Dokumente.“*

#### 3. Die Haftungsfreizeichnungstatbestände der Art. 3—5 ERI

Art. 4 ERI gleicht im wesentlichen der Bestimmung des Art. 10 ER, und Art. 5 ERI entspricht im Kern der Bestimmung des Art. 11 ER. Während gegen die Regelung des Art. 5 ERI keinerlei Bedenken gemäß §§ 9—11 AGB-Gesetz bestehen, kann im Hinblick auf Art. 4 ERI im wesentlichen auf die Ausführungen zu Art. 10 ER verwiesen werden.

Von besonderer Bedeutung ist indessen die Regelung des Art. 3 ERI, die — ungeachtet ihrer weitreichenden Übereinstimmung mit Art. 12 ER — gesondert untersucht werden muß.

#### a) Der Zweck der in Art. 3 ERI enthaltenen Regelung

Diese Bestimmung hat nunmehr folgenden Wortlaut:

*„Um die Weisungen des Auftraggebers auszuführen, betraut die Einreicher-Bank als Inkassobank*

*i) die vom Auftraggeber benannte Inkassobank, oder, mangels einer solchen Benennung,*

*ii) nach eigener Wahl oder bei einer anderen Bank, eine Bank im Land der Zahlung oder ggf. der Akzeptierung.*

*Dokumente und Inkasso-Auftrag können der Inkasso-Bank direkt oder über eine zwischengeschaltete andere Bank übersandt werden.*

*Banken, welche die Dienste anderer Banken in Anspruch nehmen, um die Weisungen des Auftraggebers auszuführen, tun dies für dessen Rechnung und auf dessen Gefahr.*

*Der Auftraggeber trägt alle Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten, die auf ausländischen Gesetzen und Gebräuchen beruhen, und er muß die Bank für alle hieraus resultierenden Folgen schadlos halten.“*

Von maßgebender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang: Inkasso-Aufträge werden regelmäßig unter Einschaltung einer Zweitbank abgewickelt; gemäß Ziff. B. 2 der „Allgemeinen Regeln und Begriffsbestimmungen“ der ERI werden die Funktionen der eingeschalteten Banken wie folgt differenziert:

*„Einreicherbank“ ist die mit dem Inkassovorgang betraute Bank;*

*„Inkassobank“ ist jede mit der Durchführung des Inkassoauftrags befaßte Bank mit Ausnahme der Einreicherbank, und*

*vorlegende Bank“ ist diejenige Inkassobank, die gegenüber dem Bezogenen die Vorlegung der Dokumente vornimmt.*

<sup>103</sup> So auch im Ergebnis Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdnr. 80.

<sup>104</sup> Die IHK-Publikation Nr. 254 ist damit außer Kraft gesetzt.

<sup>105</sup> Hierzu Fn. 7—13.

<sup>106</sup> OLG Hamburg, 27. Oktober 1969, MDR 1970 S. 335.

<sup>107</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 265; Canaris, aaO, Rdnr. 493; Graf von Westphalen, aaO, S. 113 m. w. N.

<sup>108</sup> Nielsen, aaO, Rdnr. 5/441.

<sup>109</sup> Nielsen, aaO, Rdnr. 5/440.

<sup>110</sup> Vgl. die Definition in B 1 ERI.

<sup>111</sup> Nielsen, aaO, Rdnr. 5/448; Canaris, aaO, Rdnr. 494; Graf von Westphalen, aaO, S. 114.

<sup>112</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 267.

<sup>113</sup> Hierzu statt aller Nielsen, aaO, Rdnr. 5/445 m. w. N.

b) Die Rechtsbeziehung zwischen „Einreicherbank“ und „Inkassobank“ sowie „vorlegender Bank“ andererseits

Während das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und „Einreicherbank“ als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter i. S. der §§ 611, 675 ff BGB qualifiziert wurde, ist anerkannt<sup>114</sup>, daß zwischen „Einreicherbank“ einerseits und „vorlegender Bank“ ein zweiter — rechtlich gleich zu bewertender — Inkassoauftrag vorliegt. Demgegenüber bestehen — genauso wie beim Dokumenten-Akkreditiv — zwischen der „vorlegenden Bank“ einerseits und dem Auftraggeber andererseits keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen; gleiches gilt auch — wiederum wie beim Dokumenten-Akkreditiv — im Verhältnis zwischen Inkassobank und Käufer/Begünstigtem<sup>115</sup>. In der Literatur wird durchweg<sup>116</sup> die „Inkasso-Bank“ bzw. die „vorlegende Bank“ als Erfüllungsgehilfin der „Einreicherbank“ i. S. des § 278 BGB bewertet — mit der Maßgabe, daß die „Einreicherbank“ lediglich für Auswahlverschulden haften soll<sup>117</sup>.

aa) Die Angemessenheit der Regelung in Art. 3 ERI gemäß §§ 9—11 AGB-Gesetz

Ähnlich wie Art. 12 lit. a ER enthält Art. 3 (5. Unterabsatz) eine Substitutionsregelung, wonach die Einschaltung einer „anderen Bank“ stets auf Rechnung und Gefahr des Auftraggebers vorgenommen wird. Ob diese Regelung i. S. der §§ 9—11 AGB-Gesetz als angemessen zu bewerten ist, hängt entscheidend davon ab, ob die Einschaltung von Zweitbanken im Dokumenten-Inkasso-Geschäft Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB oder Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB ist. Nach dem weiter oben im einzelnen herausgearbeiteten Abgrenzungskriterium zwischen beiden Instituten ist entscheidend, ob der mit der Geschäftsbesorgung Beauftragte bei Einschaltung eines Dritten *vollständig* aus der übertragenen Tätigkeit ausscheidet — dann liegt Substitution vor —, oder ob die Bank sich lediglich zur Erfüllung einer ihr obliegenden Verbindlichkeit der auf einen bestimmten Pflichtenkreis bezogenen Unterstützung einer anderen Bank bedient, dann liegt Erfüllungsgehilfenschaft vor i. S. des § 278 BGB<sup>118</sup>.

Wendet man diese Kriterien auf die Einschaltung einer „Inkassobank“ bzw. einer „vorlegenden Bank“ im Rahmen eines Dokumenten-Inkassos an, dann spricht vieles dafür, daß diese Banken nicht als Erfüllungsgehilfen der „Einreicherbank“ gemäß § 278 BGB tätig werden<sup>119</sup>. Denn die maßgebende Pflicht bei Dokumenten-Inkasso besteht — wie gezeigt — darin, daß die Bank die Verpflichtung übernimmt, dem Käufer/Bezogenen die Dokumente vorzulegen und den Gegenwert — als Kaufpreis — zu vereinbaren, um diesen dann an den Auftraggeber auszukehren, ohne daß eine mehr als nur oberflächliche Prüfung der vorgelegten Dokumente (vgl. Art. 2 ERI) durchgeführt wird. Wenn aber die Vorlage der Dokumente sowie die Auskehrung des dokumentären Gegenwertes an den Auftraggeber die Hauptpflichten eines Inkasso-Auftrags sind, so drängt sich die Erkenntnis auf: Diese Pflichten werden jeweils von der „vorlegenden Bank“ erfüllt. Diese wird nicht als Vertreter der „Einreicher-

bank“ tätig, sondern handelt im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, gebunden durch den Inkasso-Auftrag zwischen der „Einreicherbank“ bzw. „Inkassobank“ einerseits und ihr andererseits<sup>120</sup>. Mithin: Der gemäß §§ 675, 667 BGB an den Auftraggeber auszukehrende Gegenwert ist deshalb auch — vollstreckungsrechtlich gewertet — noch nicht in dem Augenblick der Hausbank/„Einreicherbank“ zuzurechnen, in welchem er der „vorlegenden Bank“ gutgebracht worden<sup>121</sup>, sondern erst dann, wenn er tatsächlich der Hausbank/„Einreicherbank“ zugeflossen ist. Diese Gesamtkonstruktion läßt aber den Schluß zu: Die „Einreicherbank“ als aufgrund des Inkasso-Auftrags verpflichtete Bank scheidet — tatsächlich bewertet — dann aus der Erfüllung des Inkasso-Auftrags aus, wenn sie pflichtgemäß eine zweite Bank als „Inkassobank“ oder als „vorlegende Bank“ beauftragt, ihr die eingereichten und dem Käufer vorzulegenden Dokumente weitergeleitet hat. Dieser Mechanismus ist dem Auftraggeber/Verkäufer auch regelmäßig bekannt, weil es für die Durchführung von Inkasso-Aufträgen unerlässlich ist, eine möglichst am Wohnsitz des Käufers domizilierende Zweitbank als „Inkassobank“ oder als „vorlegende Bank“ einzuschalten; dies aber rechtfertigt — sollten noch irgendwelche Zweifel bestehen — dann allemal eine Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB.

Geht man also davon aus, daß beim Dokumenten-Inkasso entsprechend der Regelung des Art. 3 ERI eine Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB vorliegt, dann beschränken sich die gegen diese Bestimmung gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vorzubringenden Bedenken darauf, daß keine eigene Haftung der „Einreicherbank“ vorgesehen ist, falls diese ein Auswahlverschulden trifft. Entsprechend den Darlegungen zum Dokumenten-Akkreditiv ist folglich die in Art. 3 ERI getroffene Regelung insoweit mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unvereinbar, als eine grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung im Rahmen des Auswahlverschuldens vorliegt; soweit indessen nur ein Fremdverschulden der eingeschalteten Zweitbank, also der „Inkasso-Bank“ oder der „vorlegenden Bank“ gegeben ist, geht der Haftungsausschluß des Art. 3 ERI entsprechend der Grundwertung des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB in Ordnung.

bb) Art. 3 ERI unter Berücksichtigung von Ziff. 9 und 25 Abs. (1) der Banken-AGB

Gemäß Ziff. 28 Abs. (1) der Banken-AGB sind die ERI ergänzend anzuwenden. Somit stellt sich die Frage, ob das im vorstehenden konstatierte Defizit von Art. 3 ERI durch Ziff. 9 der Banken-AGB ausgeglichen wird. Würde nämlich beim Dokumenten-Inkasso Ziff. 9 der Banken-AGB eine mit § 9 Abs. 2

<sup>114</sup> Hierzu Graf von Westphalen, aaO, S. 115 f m. w. N.

<sup>115</sup> Vgl. Nielsen, aaO, Rdnr. 5/454 f.

<sup>116</sup> Schlegelberger/Hefermehl, aaO, Rdnr. 270; so im Ergebnis auch Canaris, aaO, Rdnr. 496; Zahn, aaO, S. 205; demgegenüber Nielsen, aaO, Rdnr. 5/452.

<sup>117</sup> So ausdrücklich Schlegelberger/Hefermehl, aaO.

<sup>118</sup> Hierzu Fn. 70—76 m. w. N.

<sup>119</sup> Nielsen, aaO.

<sup>120</sup> Vgl. Liesecke, FS für Fischer, aaO, S. 397, 402 f.

<sup>121</sup> Hierzu insbesondere Obermüller, FS für Bärman S. 709 ff, 724 f m. w. N.

Nr. 1 AGB-Gesetz im Einklang stehende Klausel enthalten, so wäre die Unwirksamkeit von Art. 3 ERI praktisch aufgehoben; sie hätte dann nur noch akademischen Wert, weil — wie gezeigt — die ERI lediglich als ergänzende AGB-Klauseln bei Inkasso-Aufträgen herangezogen werden.

Wie zuvor ermittelt, liegt bei der Einschaltung einer „Inkassobank“ bzw. der „vorlegenden Bank“ eine Substitution i. S. des § 664 Abs. (1) Satz 2 BGB

vor. Daraus folgt aber, daß gegen Ziff. 9 der Banken-AGB in diesen Fällen keine durchgreifenden Bedenken bestehen — nicht zuletzt auch deswegen, weil gemäß Ziff. 9 Satz 2 der Banken-AGB die Eigenhaftung der „Einreicherbank“ für Auswahl- und Unterweisungsverschulden — in Erweiterung von Art. 3 ERI — eindeutig geregelt ist. Es bedarf folglich — im Gegensatz zum Dokumenten-Akkreditiv bei der Einschaltung einer Avis-Bank — hier keines Rückgriffs auf Ziff. 25 Abs. (1) der Banken-AGB.