

DANIEL SCHWEIGER

DIE AUFGEDRÄNGTE DIGITALISIERUNG

Die aufgedrängte Digitalisierung

Schranken der Obliegenheit zu rechtsgeschäftlicher Kommunikation über elektronische Medien dargestellt am Beispiel der Verlagerung konventionell erbrachter Girodienstleistungen auf Bankautomaten.

Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Bielefeld

vorgelegt von

Daniel Schweiger
Fritschestrasse 43 a
10627 Berlin

Erstgutachter: Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke
Zweitgutachter: Prof. Dr. Gerhard Otte
Tag der mündlichen Prüfung: 17. Dezember 2004

Inhaltsverzeichnis

Teil 1 - Die aufgedrängte Digitalisierung

<i>Kapitel 1 - Fragestellung</i>	<i>1</i>
I. Die aufgedrängte Digitalisierung.....	1
II. Ausgangsfrage und Definitionen	4
1. Digitalisierung	4
a.) Digitalisierung von Rechtsgeschäften.....	4
b.) Die Willenserklärung als Instrument der Digitalisierung.....	5
c.) Die elektronische Willenserklärung	6
d.) Verhältnis zu § 312 e BGB (Elektronischer Geschäftsverkehr).....	6
e.) Verhältnis zu § 312 b BGB (Fernabsatz)	8
2. Aufdrängen	8
III. Gang der Untersuchung	12

Teil 2 - Allgemeine Schranken der Obliegenheit zu elektronischer Kommunikation

<i>Kapitel 2 - Recht auf freie Wahl des Kommunikationsmediums</i>	<i>13</i>
I. Ausgangspunkt: Freie Wahl der Übermittlungsart	13
1. Wahlrecht als Ausdruck allgemeiner Handlungsfreiheit	13
a. Art. 2 Abs. 1 GG	13
b. Recht auf informationelle Selbstbestimmung?	15
c. Drittwirkung der Grundrechte	16
2. Gleichwertigkeit aller Kommunikationsmittel	17
3. Das sog. Korrespondenzprinzip in § 147 Abs. 2 BGB als Schranke?	18
II. Kriterien der Wahl	19
1. Beweisinteressen bei elektronischer Kommunikation	20
2. Fehlende Urkundeneigenschaft elektronischer Dokumente	20
3. Zugangsnachweis	22
<i>Kapitel 3 - Formvorschriften als Schranken des Wahlrechts</i>	<i>26</i>
I. Formzwang als Ausnahme im Zivilrecht	27
II. Textform	27
III. Natürliche Schranken elektronischer Willenserklärungen	29
1. Eigenhändigkeit der Testamentserrichtung	29

2. Gleichzeitige Anwesenheit	30
3. Formularzwang	30
4. Entgegenstehende Verfahrensvorschriften	31
IV. § 126 BGB	32
1. Urkunde	32
a. Wahrnehmbarkeit elektronischer Willenserklärungen	33
b. Verkörperung	34
2. Eigenhändige Unterschrift	36
3. Weiterentwicklung der §§ 126 ff. BGB in der Literatur	37
4. Weiterentwicklungen des § 126 BGB in der Rechtsprechung ?	38
5. Zusammenfassung	39
V. § 127 BGB	40
VI. § 126 a BGB, elektronische Form.....	42
1. Gesetzliche Grundlagen	43
2. Funktionsweise elektronischer Signaturen	46
a. Signieren einer Erklärung	47
b. Verifizieren durch den Empfänger	48
VII. Ersatzfunktion der qualifizierten elektronischen Signatur, § 126 a Abs. 3 BGB	49
1. Funktionsäquivalent	49
a. Funktionen der Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB	50
b. Funktionsäquivalenz der elektronischen Form	51
2. Gesetzliche Ausnahmen als Schranke	53
a. Richtlinienkonforme Umsetzung	54
b. Arbeitsrecht	55
c. Besonderes Schutzbedürfnis	55
VIII. §§ 128, 129 BGB	56
IX. Zusammenfassung	57

Kapitel 4 - Zugangserfordernis als Schranke des Wahlrechts **59**

I. Das Fehlen technischer Empfangsmöglichkeit beim Adressaten	60
II. Relevanz des Empfängerwillens im Rahmen des § 130 Abs. 1 BGB	61
1. Die sog. Annahmeverweigerung	63
2. Konkretisierung des sog. Machtbereichs	65
3. Schaffung von Empfangseinrichtungen	67
4. Rechtsnatur der Widmung	69
5. Widmung einer Mailbox als Empfangseinrichtung	69
6. Rechtsfolge fehlender Widmung	73
7. Zwischenergebnis	75
III. Der Zugang schriftformbedürftiger Willenserklärungen in elektronischer Form, § 126 a BGB	76

**Teil 3 - Grenzen der Verlagerung von Girotransaktionen
auf Bankautomaten**

<i>Kapitel 5 - Ökonomische Hintergründe der Automatisierung des Zahlungsverkehrs</i>	79
I. Entwicklung der Automatisierung im Zahlungsverkehr	82
II. Automatenbanking als Spielart des sog. electronic banking	85
III. Strukturwandel des Finanzsektors als Auslöser von Automatisierungstendenzen	86
IV. Automatisierung als Gegenstrategie	89
1. Erlösorientierte Modernisierung	90
2. Rationalisierung	90
V. Lenkung des Kundenverhaltens durch Gebührengestaltung	92
1. Gebührengestaltung	92
2. Begrenzte Zulässigkeit	93
<i>Kapitel 6 - Giroüberweisung und Bargeldauszahlung – Rechtliche Grundlagen</i>	95
I. Rechtliche Grundlagen der Giroüberweisung nach § 676 a BGB	95
1. Begriff, Wesen und Bedeutung	95
2. Rechtsbeziehungen zwischen Kunde und Bank	97
a. Überweisungsvertrag	97
b. Die elektronische Überweisung	99
c. Kartenvertrag über die Nutzung von SB-Automaten	100
II. Rechtliche Grundlagen der Bargeldauszahlung	101
1. Girovertrag	101
2. Kontokorrentabrede	102
3. Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag	102
4. Bargeldauszahlung am Geldausgabeautomaten	103
III. Gleicher Erfüllungserfolg konventioneller und elektronischer Transaktionen	103
<i>Kapitel 7 – Zugang von Anweisungen gegenüber der Bank</i>	106
I. Vertraglich vereinbarte Empfangsvorrichtungen	106
II. Konkludent bereitgestellte Empfangsvorrichtungen	108
<i>Kapitel 8 - Einseitiges Gestaltungsrecht über Empfangsvorrichtungen</i>	110
I. Grenzen einer AGB-Lösung über Änderungsklauseln	110
1. Kündigung bei Widerspruch	112

2. Grenzen vertraglicher Gestaltung des Empfangsbereichs nach §§ 305 ff. BGB.....	113
II. Einseitige Gestaltungsmacht kraft Entwidmung von Empfangseinrichtungen	114
1. Einseitige Schließung vertraglich vereinbarter Zugangswege als unzulässige Verengung einer Hauptleistungspflicht	115
2. Entwidmung konkludent bereitgestellter Zugangswege	117
III. Allgemeine Grenzen einseitiger Gestaltungsmacht über den Empfangsbereich	117
1. Berücksichtigung widerstreitender Interessen	117
2. Garantienpflicht kraft Widmung	118
3. Kritik des Ansatzes von Benedict	120
IV. AGB-rechtliche Grenzen einseitiger Gestaltungsakte	121
V. Automatisierung als unzulässiges Form- und Zugangserfordernis	
i.S.v. § 309 Nr. 13 BGB	123
1. Strengere Form bzw. besondere Zugangserfordernisse	124
2. Teleologische Reduktion bei Zahlungsverkehrsgeschäften?	125
3. Unvereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben	128
<i>Kapitel 9 - Automatisierung durch Schließung von Filialen</i>	130

Teil 4 - Die Digitalisierung als Gleichheitsproblem

<i>Kapitel 10 - Diskriminierung behinderter oder alter Kunden</i>	133
I. Behinderung als Abwägungsbelang	135
1. Behinderung i.S.v. Art 3 Abs. 3 S. 2 GG	135
2. Der "Durchschnittskunde" als Maßstab	136
a. Generalisierender Prüfungsmaßstab	137
b. Berücksichtigung von Individualinteressen nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB ?	139
II. Grundrechtsbindung der Sparkassen -	140
1. Materielle Vorgaben der Verfassung.....	142
a. Ungleichbehandlung	142
b. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	144
2. Ergebnis	145
<i>Kapitel 11 - Einfachgesetzliche besondere Sparkassenpflichten</i>	147
I. Anspruch auf ungehinderten Zugang aus den Sparkassengesetzen	147
II. Anspruch auf barrierefreie Gestaltung der Automatentechnik aus den Behindertengleichstellungsgesetzen.....	147
1. Materielle Vorgaben des BGG	148

2. Inhaltsgleiches Landesrecht	149
3. Anspruch auf barrierefreie Sparkassenautomaten	150
4. Einfachgesetzliches Diskriminierungsverbot	151
5. Beschränkte Wirkung für Privatbanken	152
<i>Kapitel 12 - Übertragung der Ergebnisse auf Technikinkompetenz</i>	153
I. (Länder-) Behindertengleichstellungsgesetze	154
1. Behinderungsbegriff der sog. Behindertengleichstellungsgesetze	155
2. Technikinkompetenz als soziales Phänomen	157
3. Analoge Anwendung	158
II. Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	159
1. Neuerer sozialorientierter Behinderungsbegriff	160
2. Reichweite des sozialorientierten Behinderungsbegriffs	161
III. Technikinkompetenz als mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters	163
1. Internationale sowie bundesrechtliche Diskriminierungsverbote	164
2. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	167
3. Ergebnis	169
4. Entwurf eines zivilrechtlichen "Anti-Diskriminierungsgesetzes"	169
<i>Anhang</i>	
Zusammenfassung der Ergebnisse	171
Literaturverzeichnis	175

Teil 1 - Die aufgedrängte Digitalisierung

Kapitel 1

- Fragestellung -

I. Die aufgedrängte Digitalisierung

Elektronische Informationstechnologien - allen voran das Internet – durchdringen nahezu die gesamte Arbeitswelt und zunehmend alle Bereiche des Privatlebens. Die Möglichkeit, Informationen elektronisch zu einem Bruchteil der Kosten zu sammeln, zu verarbeiten und weltweit zu übermitteln, die für eine hergebrachte Kommunikation per Brief oder Telefon aufzuwenden wären, hat das Internet aus Sicht der Industrie zu einer umwälzenden Schlüsseltechnologie gemacht, die fast alle Geschäftsbereiche erfasst¹; *Online* können heute nicht nur Waren wie Bücher, CD's oder Filme bestellt werden. Ausschreibungen, Bestellungen, Abrechnungen, Bankgeschäfte sowie andere Rechtsgeschäfte werden über das Internet und andere Formen elektronischer Kommunikation abgewickelt. Elektronische Medien durchdringen zum einen hergebrachte Märkte, zum anderen kreieren sie gänzlich neue Geschäftsmodelle, etwa Online-Auktionen oder digitale Marktplätze.

Im Jahr 2002 wurde in Europa im Rahmen von Geschäften, die im Internet begonnen oder abgeschlossen wurden, ein Geschäftsvolumen von knapp 170 Milliarden US-Dollar erreicht, wobei der deutsche Anteil daran mit 48 Milliarden EUR rund ein Drittel betrug². Der Anteil von Online-Geschäften mit dem privaten Endverbraucher am gesamteuropäischen E-Commerce-Umsatz beträgt dabei etwa 20 %³. Wegen erhöhter Investitionen in Informationstechnologie, stetig zunehmender Verbreitung des Internets und politisch unterstützte Bestrebungen, E-Commerce attraktiver zu machen, wird für die sog. *Business-to-Consumer*-Umsätze bei Online-Geschäften mit nicht-gewerblichen Kunden innerhalb Europas bis zum Jahr 2004 mit einer jährlichen Wachstumsrate von rund 120 % gerechnet⁴. Auf Basis gegenwärtiger Wachstumsvorhersagen prognostiziert der Ende 2002 veröffentlichte Bericht der UN-Handels- und Entwicklungskonferenz (UNCTAD) „E-Commerce and Development Report“, dass bis 2006 weltweit rund 18 % aller Einkaufsaktivitäten von Unternehmen und Konsumenten online abgewickelt werden könnten⁵.

Die Digitalisierung und Automatisierung des Geschäftsverkehrs wird dadurch

¹ Porter, in: Harvard Business Review, 03/2001, S. 63.

² Umfassender und aktueller Überblick über die Entwicklung des sog. E-Commerce weltweit, innerhalb Europas sowie in der BRD in: *Monitoring Informationswirtschaft*, Nr. 6, 2003, S. 246 ff.

³ *Monitoring Informationswirtschaft*, Nr. 6, 2003, S. 303.

⁴ *Monitoring Informationswirtschaft*, Nr. 6, 2003, S. 304.

⁵ Zitiert nach *Monitoring Informationswirtschaft*, Nr. 6, 2003, S. 232.

vorangetrieben, dass Unternehmen - Rationalisierungsinteressen folgend - Teile ihrer bisher konventionell erbrachten Dienstleistungen auf eine elektronische Abwicklung verlagern: Die Deutsche Telekom AG z. B. bietet ihren Kunden einen online-Zugriff auf das Gebührenkonto als Ersatz für die althergebrachte papierene Telefonrechnung an⁶. Wo die elektronische Abwicklung nicht als Alternative zur bestehenden konventionellen Abwicklung tritt, verdrängt sie diese. Reisende mit der Deutschen Bahn AG können seit geraumer Zeit vorbestellte Fahrscheine nur noch an Automaten bzw. am heimischen Computer ausdrucken⁷ – die frei werdenden Schalterkapazitäten sollen eine effektivere Beratung anderer Kunden ermöglichen. Mit wachsendem Erfolg der Kommunikation per E-Mail und Telefax stehen auch klassische Kommunikationsformen wie der Telegramm-Dienst der Deutschen Post AG auf dem Prüfstand⁸. Der steigenden Bedeutung elektronischer Medien im privaten Wirtschaftsverkehr entsprechen die Bemühungen von Bund, Ländern⁹ und Kommunen, möglichst alle internetfähigen Leistungen der öffentlichen Hand binnen weniger Jahre online bereitzustellen¹⁰. In der aktuellen Diskussion steht nicht zuletzt die Zulässigkeit von Wahlen und Abstimmungen über das Internet.

Eine solche Entwicklung kann das Recht nicht unberührt lassen. Zum Teil zwingenden europarechtlichen Vorgaben folgend¹¹ hat der bundesdeutsche Gesetzgeber insbesondere das Zivilrecht dem elektronischen Rechtsverkehr durch eindeutige Regelung der Formqualität (§ 126 Abs. 3, § 126 a, § 126 b BGB) sowie des prozessualen Wertes elektronischer Willenserklärungen geöffnet. Der § 126 Abs. 3 BGB ermöglicht die elektronische Abwicklung von Rechtsgeschäften, die bisher an die papierene Schriftform gebunden waren. Den besonderen verbraucherpolitischen Gefahrenlagen des E-Commerce soll mit flankierenden Vorschriften (etwa § 312 b-d, § 312 e BGB) begegnet werden.

Wo der Zugang zu Informationen, Waren und Dienstleistungen des wirtschaftlichen und staatlichen Lebens künftig (vermehrt) elektronisch erfolgen soll, wird die Verfügbarkeit und die Bedienung der zum Zugang notwendigen Technologien zur unabdingbaren Voraussetzung der Teilhabe. Umgekehrt droht denjenigen Personen, die entweder keinen Zugang zu entsprechender Technologie besitzen oder sie schlicht nicht bedienen können, der Ausschluss von weiten Teilen des wirtschaftlichen und privaten Lebens.

⁶ www.telekom.de/aktuell.

⁷ Siehe die Geschäftsbedingungen der Deutschen Bahn AG unter www.bahn.de

⁸ FAZ–Rhein Main Zeitung vom 08.01.1999: „Tigerente Motiv kostet extra; Post rettet das Telegramm/Telekom plante Einstellung“.

⁹ Einen detaillierten Überblick über E-Government Projekte der Bundesländer und ausgewählter bundesdeutschen Kommunen vermittelt das Jahrbuch „Monitoring eGovernment“, S. 10 ff.

¹⁰ So die Zielvorgabe der sog. Initiative „BundOnline2005“ für Dienstleistungen der Bundesverwaltung, www.bundonline2005.de.

¹¹ Beispielhaft genannt seien: die „Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, (sog. E-Commerce-RiLi), AblEG Nr. L 178 vom 17.07.2000, S. 1ff., sowie durch die Richtlinie über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, AblEG 2000 Nr. L 13, S. 12 ff. (SignaturRiLi).

Im Kontrast zur wachsenden elektronischen Durchdringung, auch des rechtsgeschäftlichen Bereichs, steht die Tatsache, dass mehr als die Hälfte der deutschen Bevölkerung das Internet nach wie vor nicht nutzt und auch künftig nicht seine Anschaffung plant. Bei der Nutzung moderner Kommunikationstechnologien entwickelt sich die Bundesrepublik Deutschland zu einer gleich geteilten Zweiklassen-Gesellschaft: Rund 26 Millionen Online-Nutzern und etwa 7 Millionen sog. Offlinern mit Beschaffungsabsicht¹² stehen über 36 Millionen sog. Internet-Verweigerer gegenüber¹³. Der Anteil der Nicht-Nutzer in bestimmten Gebieten wächst sogar¹⁴. Obwohl die Verweigerung mit zunehmendem Alter steigt, liegt ein Generationen übergreifendes Problem vor. Mehr als ein Fünftel der 14- bis 19-Jährigen, mehr als ein Viertel der 20- bis 29-Jährigen und sogar etwa ein Drittel der 30- bis 39-Jährigen lehnt die Internet-Nutzung ab¹⁵.

Das in der öffentlichen Diskussion unter dem Stichwort der digitalen Spaltung der Gesellschaft, dem „*digital divide*“¹⁶, apostrophierte Phänomen, ist Gegenstand wirtschaftlicher und politischer Maßnahmen zum Abbau von Akzeptanzhürden zur Internet-Nutzung¹⁷. Sie darzustellen und zu bewerten, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Vielmehr soll hier der Befund, dass sich Teile der Bevölkerung – teils durch finanzielle oder sonstige Umstände erzwungen, teils bewusst – der Kommunikation über elektronische Medien entziehen, zum Anlass genommen werden, die Möglichkeiten und Grenzen sowie die Konsequenzen einer solchen Verweigerungshaltung aus zivilrechtlicher Perspektive zu beleuchten.

Das Privatrecht hat sich nach dem Willen des Gesetzgebers¹⁸ ersichtlich der elektronischen Kommunikation, dem Austausch elektronischer Willenserklärungen und damit der Möglichkeit des wirksamen Vertragsschlusses über neue elektronische Kommunikationsmedien geöffnet. Offen bleibt, was geschehen soll, wenn eine Person

¹² Darunter sind Internet-Nichtnutzer zu verstehen, die innerhalb der kommenden 12 Monate die Anschaffung der zum Zugang notwendigen Technologien beabsichtigen.

¹³ „Der VerweigererAtlas – Basiserhebung“, TNS EMNID 2001, www.emind.emnid.de auf Grundlage einer repräsentativen telefonischen Befragung von rund 20.000 Bundesbürgern im Alter ab 14 Jahren im Zeitraum März–Mai 2001. Zum „Digital Divide“ in Deutschland siehe ferner ausführlich *Monitoring Informationswirtschaft*, Nr. 6, 2003, S. 198 ff.

¹⁴ Nach Daten des *Monitoring Informationswirtschaft*, Nr. 6, 2003, S. 191: War Berlin noch im Jahr 2002 mit 45 % Hochburg der Internet-Nutzer und ließ der hohe Anteil von Anschaffungsplanern starke Zuwächse erwarten, ist das Gegenteil eingetreten: Der Anteil der Nicht-Nutzer 2003 ist in Berlin um nahezu 6 Prozentpunkte gestiegen.

¹⁵ „Der VerweigererAtlas“, Management Summary S. 3, www.emind.emnid.de. Als Kernbefund neuerer Studien kann festgehalten werden, dass Nicht-Nutzer des Internets ohne Beschaffungsabsichten im Durchschnitt deutlich älter und überwiegend weiblich sind, über ein formal niedriges Bildungsniveau und ein deutlich niedrigeres Einkommen verfügen. Diese sog. Offliner finden sich überwiegend in ländlichen Gebieten und vorwiegend in den Neuen Bundesländern, *Monitoring Informationswirtschaft*, Nr. 6, 2003, S. 189.

¹⁶ *Monitoring Informationswirtschaft*, Nr. 6, 2003, S. 192 ff. Zur US-amerikanischen Diskussion siehe nur unter www.digitaldividenetwork.org.

¹⁷ Siehe etwa das Programm der Bundesregierung „Agenda21“ u. a. zur Förderung der Internet-Durchdringung der Gesellschaft, www.bmwi.de.

¹⁸ BT-Drcks. 14/4987, S. 1 der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr.

die neuen Möglichkeiten elektronischer Kommunikation nicht nutzen kann oder will. Kann ihr etwa zur Auflage gemacht werden, eine Willenserklärung über elektronische Kommunikationsmedien abgeben zu müssen?

Wo beide Parteien sich einig sind, ein Rechtsgeschäft entweder konventionell oder elektronisch abzuwickeln, ergeben sich aus der Art und Weise der gewählten Kommunikation keine Konflikte. Anders hingegen steht es dort, wo nur eine Partei eine elektronische Abwicklung wünscht. Ihr Wille kollidiert mit einem entgegenstehenden Willen der Gegenpartei, wenn diese das Rechtsgeschäft elektronisch nicht vornehmen kann oder will, sondern auf einer konventionellen Abwicklung besteht – etwa durch Austausch von Schriftstücken statt von E-Mails, durch Erhalt einer papiernen statt einer elektronischen Rechnung. Denkbar ist ferner, daß ein Kunde den Vertragsschluss z.B. am Fahrkartenschalter dem elektronischen - am Fahrkartenautomaten – vorzieht oder es ablehnt, auf Online-Banking-Automaten verwiesen zu werden, da er sein Überweisungsformular persönlich übergeben möchte.

II. Ausgangsfrage und Definitionen

Vor diesem Hintergrund soll untersucht werden, ob ein Teilnehmer am Rechtsverkehr seine Rechtsgeschäfte auch dann über elektronische Medien abwickeln muss, wenn er es – aus beliebigen Gründen, seien sie nachvollziehbar oder irrational - nicht will und eine elektronische Abwicklung ihm förmlich *aufgedrängt* wird. Diese allgemeine Fragestellung soll zunächst begrifflich präzisiert werden.

1. Digitalisierung

Der Begriff der Digitalisierung bezieht sich auf die Digitalisierung einer Rechtsbeziehung. Die Digitalisierung einer Rechtsbeziehung ist die Teilnahme am Rechtsverkehr über elektronische Medien durch die Abgabe und den Empfang elektronischer Willenserklärungen.

a. Digitalisierung von Rechtsgeschäften

Die Teilnahme am Rechtsverkehr ist die Beteiligung einer Person am *Rechtsgeschäftsverkehr*. Rechtsgeschäfte sind alle privaten Willenserklärungen, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist¹⁹. Zeichnen sich solche Geschäfte somit dadurch aus, dass sie aus mindestens einer Willenserklärung eines Rechtssubjekts bestehen, rückt – unabhängig von der Art und vom Inhalt des

¹⁹ Mot., Band 1, S. 126.

Rechtsgeschäfts – allgemein die private Willenserklärung als Zentrum der zivilrechtlichen Rechtsgeschäftslehre in den Mittelpunkt der Betrachtung.

b. Die Willenserklärung als Instrument der Digitalisierung

Die Willenserklärung ist damit die Grundlage rechtsgeschäftlichen Handelns. Eine Willenserklärung ist jede private Willensäußerung, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist²⁰. Die Beteiligung einer Person am elektronischen Rechtsgeschäftsverkehr ist somit zu allererst deren Teilnahme daran entweder als Erklärender oder als Empfänger von Willenserklärungen. Eine Person kann eine Kündigung aussprechen oder erhalten, sie kann eine Erklärung anfechten (einseitige Rechtsgeschäfte) oder einen Vertrag abschließen (als Hauptfall eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts).

Da die allgemeinen Regeln für Willenserklärungen auch auf geschäftsähnliche Handlungen, wie insbesondere die Mahnung (§ 286 BGB) und neuerdings die Auftragsbestätigung i. S. v. § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB im Rahmen des elektronischen Geschäftsverkehrs angewendet werden, sollen diese in die Betrachtung aufgenommen werden. Auch wenn sich geschäftsähnliche Handlungen dadurch auszeichnen, dass ihre Rechtsfolge *unabhängig* vom Willen des Erklärenden auftritt²¹, enthalten sie die Äußerung eines Willens oder einer Vorstellung²². Die Ausführungen zum Recht des *Transports* von Willenserklärungen, die Regeln zur Abgabe und zum Zugang als Wirksamkeitsvoraussetzungen sowie über die Formvorschriften sind im Folgenden entsprechend²³ auf geschäftsähnliche Handlungen zu übertragen. Eine Person nimmt damit am Rechtsgeschäftsverkehr teil, wenn sie Willenserklärungen (oder geschäftsähnliche Handlungen) abgibt oder empfängt.

Die Willenserklärung ist damit Hauptinstrument des privaten Geschäftsverkehrs und zugleich Brücke, über die neue elektronische Medien Einzug in das Privatrecht halten. Basieren alle Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, einseitige wie Kündigung oder Anfechtung oder mehrseitige wie der Vertrag, letztlich darauf, dass eine Person gedankliche Erklärungen in der Form einer Willenserklärung absendet, stellen neue Medien neue Wege zur Beförderung dieses Gedankeninhalts zur Verfügung.

²⁰ Zuletzt BGH, in: NJW 2001, S. 289 (290).

²¹ Palandt/Heinrichs, BGB, 80. Aufl. vor § 104 Rn. 6.

²² Brox, BGB AT, Rn. 93.

²³ Statt aller Palandt/Heinrichs, 80. Aufl. vor § 106 Rn. 6.

c. Die elektronische Willenserklärung

Die Rechtswissenschaft hat für diesen Umstand mit zunehmender Verbreitung elektronischer Telekommunikationstechnik und der Durchdringung immer weiterer Lebensbereiche mit modernen Kommunikations- und Übertragungsmedien den Begriff der *elektronischen Willenserklärung* geprägt. Eine Willenserklärung ist eine *elektronische*, wenn und weil sie über elektronische Medien - und nicht konventionell - übertragen wird.

Elektronische Willenserklärungen zeichnen sich dadurch aus, dass sich Erklärender und Empfänger *elektronischer Mittel*, wie beispielsweise Computer, Telefax und Datenübermittlung per E-mail oder sog. SMS über Mobiltelefone, nicht nur für ihre Versendung und den Empfang von Erklärungen bedienen, sondern auch schon für deren Erstellung, die unter Umständen auch automatisiert erfolgen kann²⁴. Sie steht damit im Gegensatz zur *konventionellen*, natürlichen Erklärung menschlichen Willens, die z. B. durch die Erzeugung akustischer Vorgänge, durch ein Gespräch, durch Übermittlung gesprochener oder geschriebener Nachrichten, durch Zeichen, Rauchzeichen, Trommelschläge, durch handschriftliche oder maschinenschriftliche Niederschrift²⁵ dem Adressaten nahe gebracht wird. Eine telefonische Übertragung wird auch dann zum konventionellen Bereich gezählt²⁶, wenn sie – wie zunehmend üblich - über einen digitalisierten Dienst wie das ISDN stattfindet.

Es ist mittlerweile allgemeine Meinung, dass der *elektronische Übertragungsweg* nichts an der Eigenschaft der Erklärung als Willenserklärung ändert: Sofern die allgemeinen Voraussetzungen einer Willenserklärung vorliegen²⁷, sind *elektronische Willenserklärungen* echte Willenserklärungen - auch dann, wenn sie automatisch von einer Datenverarbeitungsanlage abgegeben werden (sog. Computererklärung)²⁸. Eine *elektronische Willenserklärung* ist eine Willenserklärung, die sich lediglich durch ein besonderes Übertragungsmedium auszeichnet.

d. Verhältnis zu § 312 e BGB (Elektronischer Geschäftsverkehr)

Soweit hier zur Definition des elektronischen Rechtsgeschäftsverkehrs auf die Übermittlung von elektronischen Willenserklärungen zurückgegriffen wird, ist auf die Vorschrift des § 312 e BGB hinzuweisen, der für das BGB erstmals²⁹ eine

²⁴ Heun, in: CR 1994, S. 595 (595). Süßenberger, Rechtsgeschäft, S. 39.

²⁵ Beispiele bei Clemens, NJW 1985, S. 1998 (1999).

²⁶ Fringuelli/Wallhäuser, in: CR 1999, S. 93 (93).

²⁷ Zur Anwendung der allgemeinen Regeln über die Willenserklärung auf elektronische Varianten siehe nur Köhler, BGB AT, S. 59 ff.

²⁸ Allg. Meinung, siehe schon Köhler, in: AcP 182 (1982), S. 126 (133) m. w. N.

Forderungen nach einer Neukonzeption des Rechts der Willenserklärungen haben sich nicht durchsetzen können, vgl. zum Streitstand Süßenberger, Rechtsgeschäft, S. 49 f.: Auch die sog. Computererklärung, bei der die Abgabe einer Willenserklärung allein vom Ablauf eines Programmalgorithmus bestimmt wird, wird nicht als Ausnahme verstanden, da der Wille zur Abgabe sich im Programm selbst niederschlägt.

²⁹ § 312 e BGB ist durch das Schuldrechtmodernisierungsgesetz, BGBl. I S. 3138, vom 26.11.2001,

Legaldefinition des elektronischen Geschäftsverkehrs enthält: Um einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr handelt es sich dann, wenn zum Zwecke eines Vertragsschlusses über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen ein *Tele- oder Mediendienst* benutzt wird. Der Begriff des Teledienstes wird in § 2 TeledienstG³⁰ definiert³¹. Was unter Mediendiensten zu verstehen ist, ergibt sich aus Art. 2 des Mediendienste-Staatsvertrages³².

Weitgehend deckungsgleich ist die hier verwendete Definition des *elektronischen Rechtsgeschäftsverkehrs* mit dem Begriff der Teledienste (§ 2 TDG), soweit es um die Nutzung elektronischer Telekommunikationsmittel (§ 2 Abs. 1 TDG) geht. Insofern kann zumindest zur Verdeutlichung, insbesondere neuer elektronischer Medien, auf die Vorschrift verwiesen werden, auch wenn diese sich - ihrer Zielsetzung entsprechend - nicht um die Beschreibung elektronischer Übertragungsmittel, sondern um die damit betriebenen Dienste kümmert. Der hier verwendete Terminus *elektronischer Rechtsgeschäftsverkehr* geht über § 2 TDG hinaus, wo es etwa um Übermittlung von Faxmitteilungen geht. Weitgehend andere Sachverhalte als die hier interessierenden regelt hingegen § 2 des Mediendienste-Staatsvertrages, so dass er zur Konkretisierung des elektronischen Rechtsgeschäftsverkehrs außer Betracht bleibt. Nur unter diesen Einschränkungen kann zur Eingrenzung dessen, was elektronische Übermittlung von Willenserklärungen bedeuten soll, daher auf § 312 e BGB mit seinem anders gelagerten Regelungsbereich Bezug genommen werden.

eingefügt worden. Er dient der Umsetzung der RiLi 2000/31/EG, sog. E-Commerce-Richtlinie.

³⁰ Gesetz über die Nutzung von Telediensten (TDG), eingefügt durch das Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG), BGBl. 1997 I S. 1870, vom 28.07.1997.

³¹ § 2 TDK – Geltungsbereich: (1) Die nachfolgenden Vorschriften gelten für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt (Teledienste). (2) Teledienste im Sinne von Absatz 1 sind insbesondere Angebote im Bereich der Individualkommunikation (zum Beispiel Telebanking, Datenaustausch), Angebote zur Information oder Kommunikation soweit nicht die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht (Datendienste, zum Beispiel Verkehrs-, Wetter-, Umwelt- und Börsendaten, Verarbeitung von Informationen über Waren und Dienstleistungsangebote), Angebote zur Nutzung des Internets oder weiterer Netze, Angebote zur Nutzung von Telespielen, Angebote von Waren und Dienstleistungen in elektronisch abrufbaren Datenbanken mit interaktivem Zugriff und unmittelbarer Bestellmöglichkeit (...).

³² Mediendienste-Staatsvertrag vom 02.07.1997, ausführliche Nachweise der Fundstellen finden sich bei Gounalakis, in: NJW 1997, S. 2993 (2993). § 2 Mediendienste-Staatsvertrag lautet: (1) Dieser Staatsvertrag gilt für das Angebot und die Nutzung von an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten (Mediendienste) in Text, Ton oder Bild, die unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters verbreitet werden. Die Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrages bleiben unberührt. Ferner bleiben die Bestimmungen des Teledienstegesetzes in der in einem Bundesgesetz erstmalig beschlossenen Fassung sowie des Telekommunikationsgesetzes unberührt.

(2) Mediendienste im Sinne von Absatz 1 sind insbesondere: 1. Verteildienste in Form von direkten Angeboten an die Öffentlichkeit für den Absatz von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt (Teleshopping), 2. Verteildienste, in denen Messergebnisse und Datenermittlungen in Text oder Bild mit oder ohne Begleitton verbreitet werden, 3. Verteildienste in Form von Fernsehtext, Radiotext und vergleichbaren Textdiensten, 4. Abrufdienste, bei denen Text-, Ton- oder Bilddarbietungen auf Anforderung aus elektronischen Speichern zur Nutzung übermittelt werden, mit Ausnahme von solchen Diensten, bei denen der individuelle Leistungsaustausch oder die reine Übermittlung von Daten im Vordergrund steht, ferner von Telespielen.

e. Verhältnis zu § 312 b BGB (Fernabsatz)

Eine ebenso neue Regelung aus dem Bereich des Vertragsschlusses über Kommunikationsmittel enthält § 312 b BGB mit seiner Regelung der Fernabsatzverträge, also solcher, die unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen werden. Nach Abs. 2 sind Fernkommunikationsmittel solche, die eine fehlende körperliche Anwesenheit überbrücken, insbesondere Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-mails sowie Rundfunk- Tele- und Mediendienste. Soweit § 312 b BGB auch den Vertragsschluss über konventionelle Willenserklärungen (insbesondere Brief) sowie Rundfunk- und Mediendienste erfasst, geht auch er über den Bereich rein elektronischer Medien, der hier interessiert, hinaus.

Die Besonderheit elektronischer Übermittlung gegenüber konventionellen Erklärungen liegt zum einen in der Stofflosigkeit im Entstehen, in der Übermittlung und im Empfang³³: Während die konventionelle Willenserklärung durch Schallwellen, optische Zeichen oder über durch bewegliche Stoffe gesetzte Zeichen übermittelt wird, bleibt die elektronische Erklärung für die menschlichen Sinne stofflos in dem Sinne, dass sie ohne technische Hilfsmittel - welche die elektronischen Signale in den menschlichen Sinnen zugängliche Erklärungszeichen umwandeln – nicht wahrnehmbar wäre.

Zum anderen gehört es zu den Charakteristika elektronisch übermittelter Willenserklärungen, dass jeder Versuch ihres Nachweises nicht über die Originalerklärung erfolgen kann, weil diese als elektronische eben stofflos ist und den menschlichen Sinnen als Original damit nicht zugänglich. Eine elektronische Willenserklärung findet zwar eine Verkörperung³⁴ unter Umständen in einer technischen Aufzeichnung, etwa als Datei auf der Festplatte eines Computers oder als Zeichensatz auf dem Bildschirm eines Mobiltelefons, ihre Wahrnehmung etwa auf dem Computerbildschirm und erst recht jeder Versuch des Nachweises, etwa über einen Computer- oder Fauxdruck, offenbart jedoch nicht das Original, sondern nur eine technische Umsetzung, ein Derivat bzw. eine Kopie der ursprünglichen Erklärung³⁵. Dieser Umstand bestimmt wesentlich das Beweisinteresse der Parteien.

2. Aufdrängen

Fraglich bleibt, welche Bedeutung dem in der Fragestellung erwähnten entgegenstehenden Willen der Person in diesem Zusammenhang zukommen soll. Wenn im Folgenden auf den Willen einer Partei abgestellt wird, ist auch insoweit eine Präzisierung der Fragestellung notwendig. Die Fragestellung nach einer

³³ Clemens, in: NJW 1985, S. 1998 (1999).

³⁴ Siehe unten Kapitel 2, II, 2.

³⁵ Schneider, EDV-Handbuch, Rn. 670.

Willenserklärung ohne oder gegen den *Willen* des Erklärenden könnte missverstanden werden als Problematik des fehlerhaften subjektiven Tatbestandes einer Willenserklärung.

Der Tatbestand einer Willenserklärung wird üblicherweise als *objektive nach außen tretende* Kundgabe eines *subjektiven inneren Rechtsbindungswillens* verstanden³⁶. Beim inneren Willen wird zwischen dem Handlungs³⁷- und Geschäftswillen³⁸ sowie dem Erklärungsbewusstsein³⁹ differenziert. Ein fehlender Handlungswille etwa führt zu einer Scheinerklärung; eine Erklärung gegen den Geschäftswillen zieht Anfechtungsprobleme (§§ 119 ff. BGB) nach sich. Darum soll es hier jedoch nicht gehen. Die elektronische Willenserklärung *gegen den Willen* des Erklärenden oder Empfängers ist kein Problem von fehlendem Handlungs-, Geschäftswillen oder mangelndem Erklärungsbewusstsein. Wer willentlich eine elektronische Erklärung versendet, hat Handlungsbewusstsein, wer *online* einen Kaufvertrag abschließen muss, handelt mit Erklärungs- und Geschäftswillen auf Abschluss eines Kaufvertrages, auch wenn er seine Erklärung lieber per Brief versandt hätte.

Der Wille, eine Erklärung auf einem *ganz bestimmten Wege* – nämlich *konventionell oder elektronisch* - zum Adressaten zu befördern, fällt weder unter den Handlungswillen, noch ist er als Fehlen des Erklärungs- oder Geschäftswillens zu begreifen; der auf das Kommunikationsmittel zur Übertragung einer Willenserklärung gerichtete Wille bildet kein die Willenserklärung konstituierendes Tatbestandsmerkmal. Während die Trias von Handlungs-, Geschäftswillen und Erklärungsbewusstsein sich auf den Erklärungsinhalt der Willensäußerung bezieht, bezieht sich letzterer auf die *Art und Weise*, wie die Erklärung transportiert wird. Wenn im Folgenden von elektronischen Willenserklärungen *gegen den Willen* der Betroffenen die Rede ist, geht es nicht um Fehler im subjektiven Tatbestand elektronischer Willenserklärungen, sondern schlicht darum, dass der Erklärende oder der Adressat einer Willenserklärung nicht damit einverstanden sind, eine Erklärung auf elektronischen Weg empfangen oder versenden zu müssen.

Der Wille des Erklärenden spielt darüber hinaus dort eine Rolle, wo es ohne dessen Willen schon an einer wirksamen Abgabe der Willenserklärung fehlen wird. Dazu ist bei *empfangsbedürftigen Willenserklärungen* neben einer Entäußerung des Willens notwendig, dass diese *mit dem Willen des Erklärenden*⁴⁰ in den Verkehr gebracht wird. Ohne den auf Abgabe gerichteten Willen des Absenders wird eine

³⁶ Zum Folgenden statt aller Brox, BGB AT, Rn. 80 ff.

³⁷ Der Handlungswille bezeichnet das allgemeine Bewusstsein, überhaupt zu handeln, Brox, BGB AT, Rn. 81.

³⁸ Der Geschäftswille ist der Wille zu einer *ganz bestimmten* Rechtsfolge, Brox, BGB AT Rn. 84.

³⁹ Beim Erklärungsbewusstsein oder Erklärungswillen geht es um das Bewusstsein des Handelnden, dass seine Willenserklärung *irgendeine* rechtserhebliche Erklärung darstellt, Brox, BGB AT Rn. 83. Die Streitfrage, ob das Erklärungsbewusstsein ein Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung bildet, oder bloß potenziell vorliegen muss, kann hier offen bleiben; siehe zum Streitstand Medicus, Bürgerliches Recht, § 6, 3 b..

⁴⁰ BGHZ 65, 12 (13).

empfangsbedürftige Willenserklärung grundsätzlich⁴¹ nicht wirksam.

In diesem Sinne ist der Verweis auf den Willen der Person jedoch nicht zu verstehen. Entscheidend kann es im Hinblick auf die Abgabe elektronischer Willenserklärungen nun darum gehen, ob jemand auch gegen seinen Willen eine elektronische Übermittlung abgeben muss, weil er sonst Nachteile dadurch zu befürchten hat, dass einer nur konventionell, etwa per Briefpost, überbrachten Erklärung die Wirksamkeit verweigert wird, indem sich der Erklärungsempfänger etwa darauf beruft, nur elektronisch zugewogene Willenserklärungen annehmen zu wollen. Die Pflicht, die hier in Frage steht, ist damit eine Pflicht des Erklärenden gegenüber sich selbst und dogmatisch nicht als Verpflichtung, sondern als Obliegenheit⁴² zu erfassen. Der Erklärende wird eine konventionelle Übertragung wählen können, riskiert jedoch unter Umständen entweder, dass seine Erklärung mangels elektronischen Zugangs keine Wirksamkeit erlangt, oder vom Erklärungsgegner deswegen zurückgewiesen wird. Sehen die AGB des Vertragspartners zum Beispiel für die Kündigung die Schriftform vor, geht ein solches Risiko ein, wer seine Kündigungserklärung per Telefon übermittelt.

Spiegelbildlich dazu stellt sich etwa einem Vertragspartner in der Rolle des Erklärungsempfängers die Frage, ob er eine an ihn gerichtete elektronisch übermittelte Willenserklärung ernst nehmen muss oder ob er – aus beliebigen Gründen – gleichsam eine *Nachbesserung* verlangen darf und seinen Vertragspartner ohne Nachteile darum ersuchen darf, eine Erklärung mit gleichem Inhalt noch einmal, diesmal jedoch nicht elektronisch, sondern *konventionell* zu übermitteln. Aus Sicht des Erklärungsempfängers stellt sich damit die Frage, ob eine an ihn gerichtete elektronische Willenserklärung auch dann Wirksamkeit erlangt, wenn er eine andere Übermittlungsart bevorzugt, ob und in welchem Maße also das Wirksamwerden einer an ein Rechtssubjekt gerichteten Willenserklärung von dessen Billigung abhängt.

Der Umstand, dass die Person, die elektronischen Geschäftsverkehr ablehnt, einmal in der Rolle des Erklärenden, einmal in der des Erklärungsempfängers steht, deutet in seiner Spiegelbildlichkeit die Möglichkeit einer vertraglichen Pattsituation an, in der eine Partei auf konventionelle, die andere auf elektronische Kommunikation beharrt. Nehmen beide Seiten eine Verweigerungshaltung an, entsteht eine Pattsituation: Angenommen, A wüsste eine Sache von B zu kaufen, ergäben sich für diesen an sich einfachen Fall Probleme dann, wenn B auf einem elektronischen Antrag bestünde, A jedoch diesen nur konventionell abgeben möchte. Nach dem oben Gesagten kann A nicht gezwungen werden, eine elektronische Willenserklärung abzugeben. A darf sein Angebot auch in konventioneller Form abgeben. Damit ist jedoch wenig gewonnen, wenn man davon ausgeht, dass das Recht der Wahl der

⁴¹ Eine ausnahmsweise Zurechnung nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht wird für abhanden gekommene Willenserklärungen überwiegend für zulässig erachtet, Staudinger/Dilcher, BGB, § 130 Rn. 5.
Palandt/Heinrichs, BGB, Einl v § 241, Rn. 15.

Kommunikationsmittel nicht nur dem A, sondern umgekehrt auch dem B zustehen muss. Auch zu seiner Vertragsfreiheit gehört nach den obigen Ausführungen die Wahl der Übermittlungsart für seine Willenserklärung – B hat das Recht, eine aufgedrängte - nun - konventionelle Willenserklärung abzulehnen und darf von A die Abgabe einer elektronischen Willenserklärung verlangen. Für A wäre die “Verweigerungshaltung” ein Nullsummenspiel: er dürfte zwar ein Angebot konventionell abgeben, jedoch entfaltete eine konventionelle Willenserklärung B gegenüber keine rechtliche Wirkung, wenn dieser auf elektronischer Kommunikation bestehen könnte.

Da in solchen Fällen beiderseitiger *Verweigerungshaltung* die formale Rechtsposition - im Sinne eines *Verkörperungsrechts* für die Partei, die eine elektronische Kommunikation ablehnt - und das wirtschaftliche Optimum - der Abschluss des Vertrages - auseinander fällt, müssen beide Parteien eine Entscheidung dahingehend treffen, ob sie ihre Position hinsichtlich des zu wählenden Kommunikationsmittels ändern oder auf das Zustandekommen des Vertrages verzichten. *De facto* wird jede Partei - unterstellt, sie handelt rational, also mit objektiv nachvollziehbaren Zielen - diese Entscheidung nicht ohne Blick auf die wirtschaftlichen Folgen treffen. Man braucht dazu nicht das Menschenbild des *homo oeconomicus* zu bemühen, des rational egoistischen Menschen, der überall ein definiertes Ziel bei möglichst geringen Kosten verfolgt⁴³, um dies zu begründen; ökonomische Überlegungen üben einen deutlich *messbaren* Einfluss auf das rechtliche Verhalten von Verbrauchern aus⁴⁴. Je höher die wirtschaftlichen Folgen der *Verweigerungshaltung*, desto eher wird diese zu einer faktisch unsinnigen Handlungsalternative.

In der Praxis wird der stärkere Vertragspartner seine Vorstellungen über den zu wählenden Kommunikationsweg auch gegen den Willen des Gegenübers durchsetzen und einen Kommunikationsweg etwa in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu regeln versuchen oder schlicht dadurch, dass er seinem Gegenüber nur bestimmte Kommunikationsmittel anbietet, der Vertragspartner damit keine Wahl hat, als den vorgeschriebenen Kommunikationsweg zu benutzen, will er nicht auf das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts verzichten.

Damit ist die eingangs gestellte Frage nach der Teilnahme am elektronischen Rechtsverkehr folgendermaßen zu präzisieren: Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Frage, ob eine Person sich dem elektronischen Rechtsgeschäftsverkehr entziehen kann, also ob und wie weit sie umgekehrt eine Obliegenheit trifft, elektronische Willenserklärungen übermitteln zu müssen oder zu empfangen. Für den Absender wird sich eine solche Obliegenheit dann ergeben, wenn seine Willenserklärung sonst keine Wirksamkeit erlangt, für den Empfänger hingegen umgekehrt, wenn eine an ihn adressierte elektronische Willenserklärung auch gegen

⁴³ Zum ökonomischen Modellmenschen, dem sog. REMM (resourceful, evaluative, maximizing man), siehe etwa Schäfer, H.-B./Ott, C., *Ökonomische Analyse*, S. 46.

⁴⁴ Zur Psychologie von Konsumentenentscheidungen siehe die Ausführungen von: Wiendieck, G., in: Irle, M., *Marktpsychologie*, S. 1–63.

seinen Willen wirksam wird.

III. Gang der Untersuchung

Entsprechend diesem Aufriss soll die Untersuchung wie folgt stattfinden: Im Mittelpunkt des allgemeinen Teils der Arbeit (*Teil 2*) soll untersucht werden, ob und wie weit sowohl der Erklärende als auch der Adressat es in der Hand haben, die Art und Weise zu bestimmen, in der sie Willenserklärungen abgeben bzw. empfangen wollen.

Dabei wird zunächst auf prozessuale Beweisprobleme als praktisch gewichtigster Nachteil elektronischer Willenserklärungen eingegangen.

Entsprechend der Prämisse, dass eine Obliegenheit zum Empfang bzw. zur Absendung elektronischer Willenserklärungen vom Wirksamwerden solcher Erklärungen auch gegen den Willen der Beteiligten abhängig ist, folgt im Anschluss die Darstellung der Wirksamkeitsvoraussetzungen von Willenserklärungen

Insbesondere ist auf die Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung des „Zugangsbereichs“ durch den Empfänger einzugehen.

Im folgenden Teil der Arbeit sollen anhand eines Giroverhältnisses zwischen einem Kreditinstitut i. S. v. § 1 (1) 1 KWG und einem Verbraucher (§ 13 BGB) die (AGB-) rechtlichen Grenzen der Vereinbarung elektronischer Kommunikation innerhalb eines Dauerschuldverhältnisses dargestellt werden (*Teil 3*). Verdeutlicht werden soll dies anhand der Frage, ob es dem Kreditinstitut möglich wäre, die Bargeldauszahlung sowie die Giroüberweisung unter Schließung der Schalter für diese Art von Transaktionen von der konventionellen Abwicklung solcher Geschäfte auf die elektronische Abwicklung ausschließlich über Geld- sowie sonstige Bankautomaten zu verlagern. In Frage stehen damit die Grenzen der *Automatisierung* der Girobeziehung. Es sollen dabei insbesondere die wirtschaftlichen Motive hinter der Automatisierung von Girotransaktionen ausgeleuchtet werden und die Automatisierung als Teil einer Strategie zur Kostenreduzierung im Kundengeschäft präzisiert werden.

Im Anschluss an die Darstellung der einschlägigen Rechtsverhältnisse steht die Automatisierung der Barauszahlung sowie der Giroüberweisung auf dem Prüfstand, wobei unter Gleichheitsgesichtspunkten insbesondere auf Interessen Behinderter sowie technisch im Umgang mit der Technologie überforderter Kunden einzugehen sein wird (*Teil 4*).

Teil 2 – Allgemeine Schranken der Obliegenheit zu elektronischer Kommunikation

Kapitel 2

– Recht auf freie Wahl des Kommunikationsmediums –

I. Ausgangspunkt: Freie Wahl der Übermittlungsart

Eine Partei in der Rolle des Erklärenden hat die freie Wahl des Kommunikationsmittels für die Übermittlung ihrer Willenserklärung. Der allgemeine Teil des BGB macht keine Vorschriften im Hinblick auf das zu wählende Kommunikationsmedium. Im Rahmen der Formvorschriften der §§125 ff. BGB hat, wer am Rechtsverkehr durch Abgabe von Willenserklärungen teilnehmen möchte, damit zunächst die freie Wahl, auf welchem Weg er seine Willenserklärung abgibt. Ihm stehen dazu sowohl die natürlichen und konventionellen Erklärungswege zur Verfügung, er kann sich jedoch auch elektronischer Kommunikationsmittel bedienen. Möglich ist, dass eine Person einen Antrag also mündlich, durch Zeichen, telefonisch oder per Brief abgibt bzw. sich dazu elektronischer Geräte wie Telefax, Mobiltelefonen zur Versendung von SMS oder eines E-mail-Dienstes bedient. Wer elektronische Übermittlung ablehnt, kann seine Willenserklärung konventionell übertragen.

1. Wahlrecht als Ausdruck allgemeiner Handlungsfreiheit

Jenseits von Fällen des Kontrahierungszwangs, in denen eine gesetzliche Verpflichtung zur Annahme eines Antrags auf Vertragsschluss - und damit gleichsam zur Äußerung der Annahme - besteht¹, kann eine Person nicht dazu gezwungen werden, überhaupt eine Willenserklärung abzugeben. Eine *Aussagepflicht* – wenn auch nur zur Bezeugung, nicht aber zur Willenserklärung, also mit dem Ziel der Setzung einer *Rechtsfolge* - trifft allenfalls das (seinem Charakter öffentlich-rechtliche) Prozessrecht: Zu den mit Zwangsgeld bzw. Zwangshaft durchsetzbaren Pflichten eines Zeugen gehört u. a. die *Aussage*, es sei denn, es liegen Zeugnisverweigerungsrechte vor (vgl. etwa §§ 390 Abs. 1, 383 ff. ZPO).

a. Art. 2 Abs. 1 GG

Wer nicht *will, muss überhaupt keine* Willenserklärung abgeben, dies ergibt sich schon

¹ Nachweise bei Palandt/Heinrichs, Einf vor § 145, Rn. 8.

aus der grundrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Handlungsfreiheit. Dem Schweigen kommt grundsätzlich kein Erklärungswert zu². Erst Recht muss niemand für seine Willenserklärung *in einer bestimmte Art und Weise* (d. h. konventionell bzw. elektronisch) *übermitteln*.

Nach heute ganz herrschender Ansicht ist die Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 GG, wonach jeder das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit in den dort genannten Schranken besitzt, als Ausdruck einer umfassenden, subjektiv-rechtlichen Freiheitsgarantie zu verstehen, die einen *lückenlosen Grundrechtsschutz für jedes menschliche Verhalten* gewährt³. Ist nach Art. 2 Abs. 1 GG somit jeder frei, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt⁴, so gehört dazu auch die willentliche Entscheidung darüber, *ob* und *wie* eine Willenserklärung abgegeben werden soll.

Enthält Art. 2 Abs. 1 GG damit eine prinzipielle Freiheitsvermutung⁵ gegenüber der öffentlichen Gewalt, kann die entscheidende Ausgangsfrage über das Recht zur Bestimmung der Art und Weise von Kommunikation im Rechtsgeschäftsverkehr nicht lauten, *ob* und *warum* einem Rechtssubjekt die Wahl darüber zusteht, auf welchem Wege er seine Willenserklärungen unterbreitet; dies beantwortet schon Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne allgemeiner Handlungsfreiheit.

Nicht das *Wahlrecht* ist somit begründungsbedürftig, sondern nach Art. 2 Abs. 1 GG dessen *Einschränkung* durch den Gesetzgeber durch Ausgestaltung der verfassungsmäßigen Ordnung als Schranke allgemeiner Handlungsfreiheit. Zur verfassungsmäßigen Ordnung als Summe aller mit der Verfassung im Einklang stehender formeller und materieller Vorschriften⁶ gehört das Zivilrecht, das dem Individuum den Rahmen zu seiner wirtschaftlichen Betätigung vorgibt und ausformt.

In seiner Funktion als *status negativus* kommt Art. 2 Abs. 1 GG die Bedeutung zu, jede hoheitliche Vorgabe - auch hinsichtlich einer Einschränkung der Form oder inhaltlichen Gestaltungsvorgaben im Zusammenhang mit der Vertragsgestaltung⁷ - abzuwehren, soweit diese sich als nicht gerechtfertigter Eingriff in die Privatautonomie (als zivilrechtliches Pendant zur allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG⁸) darstellt. Gerechtfertigt ist ein Eingriff dann, wenn er von der erwähnten Schrankentrias (verfassungsmäßige Ordnung, Rechte anderer, Sittengesetz) gedeckt ist. Hier kommen insbesondere die gesetzlichen Formvorschriften in Betracht.

Ist von Art. 2 Abs. 1 GG die Vertragsfreiheit als solche geschützt, muss dies auch für die

² Zu den Ausnahmen vgl. statt aller Palandt/Heinrichs, BGB, Einf v § 116, Rn. 7 ff.

³ St. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 6, S. 32 (36) – Elfes-Urteil, siehe ferner BVerfGE 54, S. 143 (146); BVerfGE 63, S. 88 (108), BVerfGE 65, S. 196 (210). Aus der Literatur statt aller Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 12 f.

⁴ So der Wortlaut der ersten, aus rein sprachlichen Gründen geänderten Entwurfsversion des Art. 2 Abs. 1 GG, zur Entstehungsgeschichte siehe den Abdruck in: JöR 1 (1951), S. 1 (55 f.).

⁵ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 2.

⁶ Seit BVerfGE 6, S. 32 (38) st. Rspr., siehe zuletzt BVerfG, in: NJW 2001, S. 1709 ff.

⁷ Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 121 ff.

⁸ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 101.

Willenserklärungen, die Grundlage eines jeden Vertrages sind, gelten⁹.

Jeder Kommunikationsakt, der eine Übertragung von Willenserklärungen zum Gegenstand hat, ferner schon die Wahl des Kommunikationsmittels, ist damit ein Akt privatautonomer Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch ein Rechtssubjekt und als solche gegenüber der öffentlichen Gewalt (Art. 1 Abs. 3 GG) nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

b. Recht auf informationelle Selbstbestimmung?

Sofern in der Literatur überhaupt der Versuch unternommen worden ist, explizit ein Recht auf die Wahl eines Kommunikationsmediums festzusetzen, ist eine solche Garantie als Ausdruck der *informationellen Selbstbestimmung* gewertet worden¹⁰.

Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, wie es vom BVerfG in einer Reihe von Entscheidungen geprägt und ausgestaltet worden ist¹¹, beinhaltet nicht nur ein Recht auf Ausübung, sondern auch auf Wahl der Qualität und Art der Kommunikation. Dies wird mit einem Verweis auf das Volkszählungsurteil des BVerfG belegt.

Dort ist ausgeführt, Selbstbestimmung sei eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlich demokratischen Gemeinwesens¹². Unter den Bedingungen moderner Kommunikation setze individuelle Selbstbestimmung aber voraus, dass dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Möglichkeit zu verhalten; daraus wird gefolgert, dass im Rahmen der *informationellen Selbstbestimmung* ein Recht des Bürgers auf Wahl des Kommunikationsmittels anzunehmen ist¹³.

Zuzustimmen ist dem Befund, dass nicht nur der Vertragschluss als solcher, sondern auch die zum Vertragsschluss führenden Willenserklärungen in die grundrechtliche Garantie aufzunehmen sind. Zu widersprechen ist jedoch der Verortung des Problems im Recht der *informationellen Selbstbestimmung*. Dieses hat sich in der Rechtsprechung dahingehend entwickelt, dass es in weitem Sinne vor *jeder Form der Erhebung, schlichter Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung* von persönlichen – d. h. individualisierten oder individualisierbaren – Informationen schützt¹⁴.

Ohne darauf einzugehen, ob schon die Wahl des Kommunikationsmediums, die im Akt der Kommunikation vom Staat ggf. nachvollzogen und gespeichert werden kann, eine *persönliche* Information enthält, erscheint die Verankerung im Recht der informationellen

⁹ BVerfGE 12, S. 334 f.

¹⁰ Clemens, in: NJW 1985, S. 1998 (2003).

¹¹ Etwa BVerfG, 65, S. 1 (43) m. w. N.; BVerfG 27, S. 1 (7 f.) – Mikrozensus; BVerfGE 32, S. 373 (375) – Patientenakten; BVerfG 89, S. 69 (82 f.) – MPU.

¹² BVerfG 65, S. 1 (43).

¹³ Clemens, in: NJW 1985, S. 1998 (2003).

¹⁴ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 176.

Selbstbestimmung, - also im Recht des Datenschutzes - unpassend; die dort behandelten Problemkreise liegen woanders¹⁵.

Von der hier vertretenen Auffassung unterscheidet sich die Zuordnung eines grundrechtlichen Rechts auf die Wahl eines Kommunikationsmittels im Recht des Datenschutzes jedoch insofern kaum, als auch die *informationelle Selbstbestimmung* nur eine Ausprägung allgemeiner Handlungsfreiheit i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG ist. Im Ergebnis unterscheiden sich beide Positionen daher nicht.

c. *Drittwirkung der Grundrechte*

Soweit Grundrechte nach allgemeiner Ansicht unmittelbare Ansprüche im Grundsatz lediglich gegen den Staat und dessen Organe (Art. 1 Abs. 3 GG) gewähren¹⁶, wird sich eine Person auf das oben beschriebene Wahlrecht der Kommunikationsart nicht gegenüber einem privaten Vertragspartner berufen können. Wo ein Privater im Geschäftsverkehr – wie wohl in den allermeisten Fällen - einem *privaten Vertragspartner* gegenübertritt, verliert das beschriebene Abwehrrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG seine Funktion; obwohl auch und gerade Private Vereinbarungen hinsichtlich der Art und Weise der Kommunikation treffen werden, fällt dieser Bereich nicht mehr unter die Grundrechtsgewährleistung, soweit die Grundrechte nicht im Privatrechtsverhältnis gelten¹⁷.

Die Gefährdungslage für die Freiheit des Kommunikationspartners hingegen ist die gleiche: Wer privatautonom - ähnlich wie der Staat etwa in §§ 125 ff. BGB - beschränkende Vorschriften hinsichtlich Form oder Zugang von Willenserklärungen aufstellen darf, dem ist zugleich die Macht verliehen, Schranken und Barrieren für die Rechtsdurchsetzung seines Gegenübers aufzustellen, die dieser nur mit Mühe überwinden kann. Dass auch Private Formvorschriften vereinbaren können, ist nach dem oben zur Vertragsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG Gesagten selbstverständlich; das BGB setzt diese Macht etwa in § 127 Abs. 1 BGB voraus.

Die Funktion der Grundrechte in einem solchen Fall, in dem die Gefährdung der Freiheit nicht vom Staat, sondern von einem privaten Vertragspartner ausgeht, richtet sich auf die Beschränkung der vertragsautonomen Gestaltungsmacht des übermächtigen Partners selbst. Das BGB leistet diesem Schutz praktisch überwiegend durch Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB, indem es der privatautonomen Gestaltungsmacht durch Vertragsklauseln Schranken setzt. Entsprechende Vorschriften bedeuten für *eine* Partei damit die Absicherung ihrer Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 BGB gegenüber einem überlegenen Verwender. Für den Verwender selbst hingegen bedeuten sie einen Eingriff in sein seinerseits durch Art. 2 Abs. 1 GG geschütztes Recht

¹⁵ Einen Überblick gibt Duttge, in: Staat 36 (1997), S. 281 ff.

¹⁶ Siehe zur Wirkung von Grundrechten im Privatrecht exemplarisch an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ausführlich Kapitel 13.

¹⁷ Ebd.

auf freie Wahl des Kommunikation.

Im Privatrechtsverhältnis wird sich die Problematik in grundrechtlicher Hinsicht als ein Fall einer Grundrechtskollision zwischen dem Recht auf freie Wahl der Kommunikation durch den Verwender und dem korrespondierenden Recht des Vertragspartners darstellen.

2. Gleichwertigkeit aller Kommunikationsmittel

Dass das BGB überhaupt Notiz davon nimmt, auf welchem Weg eine Willenserklärung ihren Weg vom Erklärenden antritt, lässt sich nur an vereinzelt Normen ablesen, in denen insbesondere technische Übermittlungswege erwähnt werden: Der § 147 Abs. 1 S. 2 BGB erwähnt den *Fernsprecher* sowie die *sonstige technische Einrichtung*. Unterschiedliche Rechtsfolgen werden daran nicht geknüpft, soll doch der in S. 1 der Vorschrift ausgesprochene Grundsatz, dass der einem Anwesenden gegenüber gemachte Antrag sofort anzunehmen ist, *auch* dann gelten, wenn die Vertragspartner miteinander telefonieren. Das Telefon wird den übrigen Erklärungsarten unter Anwesenden also gleichgestellt. § 127 Abs. 2 S. 1 BGB erwähnt eine *telekommunikative (ehem. telegrafische¹⁸) Übermittlung*, ferner den *Briefwechsel*. Die Kommunikation über *Fernkommunikationsmittel* regelt § 312 b BGB.

Soweit überhaupt BGB-Vorschriften an ein bestimmtes Kommunikationsmittel knüpfen, beschränken sie sich darauf, die Pflichten diesbezüglich bloß zu modifizieren. § 312 c BGB etwa statuiert im Hinblick auf den Vertragsschluss über *Fernkommunikationsmittel* besondere Informationspflichten des Verwenders gegenüber dem Verbraucher, § 312 d BGB verleiht ein *zusätzliches* Rückgabe- oder Widerrufsrecht. Auch soweit BGB-Vorschriften damit an durch besondere Kommunikationsmittel übermittelte Willenserklärungen besondere Rechtsfolgen knüpfen, setzen sie im Grundsatz jedoch gerade deren Zulässigkeit voraus: § 147 Abs. 1 S.2 BGB, mit seinem Verweis auf die telefonische Annahme, erlaubt diese nicht etwa, sondern setzt die Wirksamkeit einer telefonisch übermittelten Willenserklärung voraus. Ganz ähnlich verfährt § 312 b BGB, der Sonderregelungen für den Fall enthält, dass ein Vertrag über Fernkommunikationsmittel *abgeschlossen wird*; daraus ist zu folgern, dass die Zulässigkeit der besonderen Übertragung von Antrag oder Annahme eben nicht erst vom Gesetz erklärt werden muss, sondern von diesem vorgefunden wird. Soweit in der Literatur also die Zulässigkeit elektronischer Übermittlung von Willenserklärungen ihrerseits häufig bloß mit Literaturziten belegt wird¹⁹, ist daran zu erinnern, dass sich die Zulässigkeit einer Übermittlungsart nicht kraft allgemeiner Billigung ergibt, sondern allein kraft *Privatautonomie* als Ausdruck allgemeiner Handlungsfreiheit i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG.

Weil im Zivilrecht keine Norm existiert, die einen *numerus clausus* zulässiger

¹⁸ § 127 BGB insoweit neugefügt durch Art. 1 G. vom 13. 07. 2001 (BGBl. I S. 1542).

¹⁹ Stellvertretend für andere etwa Fringuelli/Wallhäuser, in: CR 1999, S. 93 (93).

Übermittlungsarten für Erklärungen enthielte, erlaubt das BGB im Ausgangspunkt die beliebige Art und Weise der Übermittlung von Erklärungen. Die Auswahl eines Kommunikationsweges bedarf damit im Grundsatz keiner Rechtfertigung. Das BGB erlaubt im Ausgangspunkt offenbar jede Form der Übermittlung und beschränkt sich damit – ganz im Sinne der Privatautonomie als Ausdruck des Art. 2 Abs. 1 GG – auch hinsichtlich der Kommunikation auf die Regelung bloßer Ausnahmen zum Grundsatz. Diese Ausnahmen werden hauptsächlich durch Festlegung von Formvorschriften geschaffen. Auch soweit Sonderregeln zu besonderen Übermittlungsarten bestehen, bestätigen diese die Ausgangsentscheidung des BGB für eine grundsätzliche Zulässigkeit und Gleichwertigkeit aller Kommunikationsmittel. Der Erklärende hat damit gleichsam das Recht des *ersten Zugriffs* auf das Kommunikationsmittel und darf, wenn er vor der Entscheidung steht, für eine Willenserklärung einen Übertragungsweg wählen zu müssen, sich desjenigen bedienen, der seinen Interessen am ehesten entgegen kommt. Dies schließt nicht aus, dass sich der Erklärende vertraglich zur Wahl eines ganz bestimmten Übertragungsweges verpflichten kann.

3. Das sog. Korrespondenzprinzip in § 147 Abs. 2 BGB als Schranke?

Fraglich ist das so festgestellte Recht zur freien Wahl des Kommunikationsmittels allenfalls mit Blick auf § 147 Abs. 2 BGB. Dieser regelt, dass der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden kann, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

Ein Teil der Literatur sieht hierin die Verankerung eines sog. *Korrespondenzprinzips*²⁰: Der Antrag des Ersterklärenden durch ein besonders schnelles Beförderungsmittel bedinge, dass auch die Antwort darauf an Schnelligkeit dem für den Antrag gewählten Übertragungsweg gleichkommen müsse²¹. Damit läge in der Wahl des Transportmittels für den Antrag im gewissem Umfang schon die Vorentscheidung für die Art und Weise, wie die Annahme zu erfolgen habe. Im Verhältnis zum Antrag relativ langsamere Übertragungswege kämen damit nicht in Betracht. Der telegrafische Antrag erfordert daher .i. d. R. eine telegrafische Annahme; ein Antrag per Fax muss spätestens innerhalb von 2 Tagen angenommen werden²² – ein Brief wird in diesem Zeitraum nicht immer seinen Adressaten erreichen, so dass eine schriftliche Antwort praktisch zugunsten eines schnelleren Übertragungsweges verdrängt wird.

Auch wenn man in § 147 Abs. 2 BGB die Festlegung für ein entsprechendes Korrespondenzprinzip erblicken sollte, lässt sich daraus jedoch keine Einschränkung der freien Wahl von Kommunikationswegen herleiten. Zuzugeben ist, dass die Wahl des Übertragungsweges, den eine Person für ihre Willenserklärung wählt, bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht im theoretischen Raum erfolgt, sondern

²⁰ Hefermehl, in: Soergel-BGB, § 147 Rn. 8.

²¹ Palandt/Heinrichs, BGB, § 148 Rn. 7.

²² Palandt/Heinrichs, BGB, § 148 Rn. 7.

maßgeblich von den Umständen des Rechtsgeschäfts bestimmt wird. Im Rahmen eines Vertrages wird der Ersterklärende durch die Wahl des Kommunikationsweges erheblichen – wenn nicht den entscheidenden – Einfluss auf den künftigen Vertragspartner schon durch die tatsächliche Wahl des Übertragungsmediums für seinen Antrag haben.

In rechtlicher Hinsicht wird man über den engen Anwendungsbereich des § 147 Abs. 2 BGB aus der Norm jedoch keine weitergehenden Folgerungen etwa dahin ziehen können, dass dem *Ersterklärenden* gleichsam kraft ersten Zugriffs auf den Übertragungsweg ein Recht zur Vorbestimmung auch der Art und Weise an die Hand gegeben wäre, in welcher der *Zweiterklärende* auf den Antrag zu antworten hätte.

§ 147 Abs. 2 BGB als Sondervorschrift zur Bemessung der Frist zur Annahme von Anträgen kann als solche nicht sinnvoll für weitergehende Überlegungen zu den Grundentscheidungen der Kommunikation im Allgemeinen Teil des BGB herangezogen werden²³. Von Rechts wegen stehen dem Erklärenden weiterhin grundsätzlich alle Wege zur Übertragung seiner Willenserklärung offen.

II. Kriterien der Wahl

In tatsächlicher Hinsicht wird die Wahl von einer Vielzahl von Umständen abhängen, die u. U. eine komplexe Interessenlage des Erklärenden mit einander zum Teil entgegenstehenden Interessen widerspiegeln.

Entscheidend - vor allem im privaten Bereich - werden die schlichte technische *Verfügbarkeit* und die *Fähigkeiten des Erklärenden* sein; nur wer Zugriff auf die technische Ausstattung besitzt, wird die diversen Formen elektronischer Kommunikation überhaupt nutzen können. Nur wer sie bedienen kann, wird sie nutzen wollen. Nur derjenige, der schreiben kann, wird einen Brief wählen; wer nicht sprechen oder hören kann, wird sich Übertragungswege bedienen, die dieses Handicap umgehen.

Des Weiteren werden die aufzuwendenden *Kosten*, die *Mühe* oder *Lästigkeit* - etwa der Gang zur Postfiliale für einen eingeschriebenen Brief - genauso Bedeutung haben, wie die *Verkehrsüblichkeit* einer bestimmten Übertragungsart. Schriftliche Erklärungen werden bei Bargeschäften des täglichen Lebens keine Rolle spielen, genauso wie etwa der Einsatz berittener Boten unter heutigen Umständen abwegig wäre, obwohl eine solche Übermittlung der Willenserklärung nach dem oben gesagten vom BGB ohne weiteres zulässige wäre.

Zum Teil wird die *Sicherheit* des Übertragungsweges den Ausschlag geben, so dass vertrauliche Erklärungen kaum unverschlüsselt per E-mail übertragen werden. Zum anderen wird die Wahl davon abhängen, in welcher Frist eine Erklärung beim Empfänger vorliegen soll - hier wird schlicht die *Übertragungsgeschwindigkeit* entscheiden, denn, wie gezeigt, bedroht schon § 147 Abs. 2 BGB eine zu langsame Übertragung mit

²³ In diesem Sinne auch Clemens, NJW 1985, S. 1998 (2003).

Präklusion, anderswo drohen Verjährung § 214 Abs. 1 BGB oder Verfristung. Bei bedeutenden Rechtsgeschäften wird die mündliche Erklärung wohl schon aus *Beweisüberlegungen* von verkörperten Erklärungen ersetzt werden.

1. Beweisinteressen bei elektronischer Kommunikation

Beweisrechtliche Überlegungen spielen bei der Wahl des Kommunikations- oder Übertragungsmittels für Willenserklärungen, besonders im Recht des elektronischen Geschäftsverkehrs, eine entscheidende Rolle. Hier hat sich gezeigt, dass weniger der Geschäftsabschluss als solcher als dessen Nachweis problematisch ist²⁴.

Die Darstellung von Beweisproblemen in diesem Rahmen hat somit zum einen die Bedeutung, einen der wesentlichen praktischen Aspekte bei der Wahl der Art und Weise der Übertragung von Willenserklärungen durch den *Erklärenden* näher zu beleuchten.

Zum anderen sollen aus beweisrechtlicher Sicht die Interessen des *Empfängers* solcher Erklärungen untersucht werden, um Gesichtspunkte aufzuzeigen, die diesen dazu bewegen könnten - um der eigenen Beweisinteressen willen - ihm (nur) elektronisch zugewandene Willenserklärungen abzulehnen und statt dessen eine konventionelle Übermittlung vom Erklärungsgegner zu fordern.

2. Fehlende Urkundeneigenschaft elektronischer Dokumente

Der Empfänger einer elektronischen Willenserklärung steht vor dem Problem, dass diese nicht unmittelbar wahrnehmbar ist. Sie besteht als digitale Datei aus einer Abfolge gespeicherter binärer Daten – allenfalls als Nullen und Einsen für das menschliche Verständnis zu übersetzen - die für die Sinne des Empfängers damit weder sichtbar noch verständlich sind²⁵. Die auf einem Datenträger verkörperte Gedankenerklärung²⁶ wird erst mit Hilfe besonderer Hard- oder Software verständlich und damit verkehrsfähig, indem die digitalen Signale auf einem Bildschirm oder durch Ausdruck auf einem Blatt Papier in für Menschen sinnvolle Zeichen umgesetzt werden. Damit ist unter Umständen aufwändige Technik notwendig, um an den digital gespeicherten oder übermittelten Inhalt eines Dokuments zu gelangen.

Zum Wesen des elektronischen Dokuments gehört damit, dass es notwendigerweise selbst nicht wahrgenommen werden kann; jede Sichtbarmachung der auf ihm verkörperten Erklärung ist schon nicht das Original, sondern dessen Kopie - ein bloßes Derivat²⁷, nicht jedoch das Original selbst.

Unabhängig von der Art der Übermittlung oder der Speicherung²⁸ fehlen elektronisch

²⁴ Schneider, EDV-Recht, Rn. 664; Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (24); Hoeren, in: Schulte-Nölke/Schulze, Schuldrechtsreform, S. 320.

²⁵ Jungermann, in: CR 2001, S. 868 (870).

²⁶ Jungermann, in: CR 2001, S. 868 (870).

²⁷ Schneider, EDV-Recht, Rn. 681.

²⁸ Eine Differenzierung je nach Verfälschungssicherheit der benutzten Datenträger versucht Schuppenhauer,

übermittelten oder gespeicherten Dokumenten mit der *unmittelbaren Wahrnehmbarkeit* und der *dauerhaften Speicherung in verkehrsfähiger Form* wesentliche Elemente, die nach allgemeiner Meinung die zivilprozessuale Urkundeneigenschaft nach §§ 415 ff. ZPO begründen²⁹.

Mit der Verbreitung elektronischer Datenverarbeitung sind zwar vermehrt Bestrebungen verbunden gewesen, technische Aufzeichnungen und sonstige elektronische Daten unter dem zivilprozessualen Urkundenbegriff zu subsumieren³⁰; diesen Überlegungen hat indes der Gesetzgeber mit § 371 Abs. 1 S. 2 ZPO den Boden entzogen, indem er den Beweis mit elektronischen Dokumenten in die Regelungen zum Augenscheinsbeweis aufgenommen hat. Damit wurde der Empfänger, zumindest in den Fällen, in denen er statt eines elektronischen Dokuments üblicherweise ein Schriftstück erhalten hätte, regelmäßig um ein gängiges Beweismittel des Zivilprozessrechts gebracht, das ihm einen *vollen Beweis* des beurkundeten Vorgangs (§ 415 Abs. 1 aE ZPO) gebracht hätte³¹ - etwa einer *Bestellung* oder einer *Auftragsbestätigung* nach § 312 c Abs. 1 Nr. 3 BGB. Als Augenscheinsobjekt unterliegt etwa der Papierausdruck einer E-Mail als schlichter Computerausdruck der freien Beweiswürdigung durch den Richter (§ 286 Abs. 1 und 2 ZPO). Als bloße Reproduktion der ursprünglichen Willenserklärung wird ihm soweit wenig Beweiskraft zufallen, wie ein Ausdruck einer E-Mail-Datei äußerlich nicht von einem Dokument zu unterscheiden ist, das mit einem Textverarbeitungsprogramm erstellt und entsprechend gefälscht sein könnte. Bei einer elektronischen Willenserklärung, die per SMS auf das Mobiltelefon versandt wird, besteht regelmäßig nicht einmal die Möglichkeit, die Datei auszudrucken. Der Empfänger wäre im Prozessfalle darauf angewiesen, das Mobiltelefon als Augenscheinsobjekt vorzulegen.

Eine teilweise Neuregelung hat das Beweisrecht im elektronischen Geschäftsverkehr im Hinblick auf elektronisch signierte Dokumente i. S. d. § 126 a BGB erfahren. Sind materiellrechtlich Willenserklärungen in elektronischer Form des § 126 a BGB unter den dort genannten Voraussetzungen der Schriftform des § 126 BGB angeglichen, öffnet sich nunmehr auch das Prozessrecht dem elektronischen Geschäftsverkehr, indem es in § 292 a ZPO dem Erklärungsempfänger eine Beweiserleichterung in Form eines Anscheinsbeweises zur Verfügung stellt. Der Anschein der Echtheit einer in elektronischer Form vom Empfänger vorliegenden Willenserklärung soll nur durch Tatsachen erschüttert werden können, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung mit dem Willen des Signaturschlüssel-Inhabers abgegeben worden ist. Umgekehrt ist damit jedoch entschieden, dass qualifizierte elektronische Dokumente nicht analog unter den Schutz der Privaturkunden nach §§ 416 ff. ZPO gestellt werden³². Der Schutzzweck der Vorschrift geht dahin, den Empfänger vor unbegründeten

in: DB 1994, S. 2041 (2042 f.).

²⁹ Allg.M., vgl. nur Thomas/Putzo, ZPO, § 371 Rn. 6; Geimer, in: Zöller, ZPO, Vor § 451 Rn. 2; Schreiber, in: MüKo-ZPO, § 415 Rn. 6; Schumann, in: Stein/Jonas, Vor § 371 Rn. 4 m. w. N..

³⁰ Einen ausführlichen Überblick darüber bietet Jungermann, in: CR 2001, S. 868 (869 f.).

³¹ Schreiber, in: MüKo-ZPO, § 415 Rn. 10

³² Prütting, in: MüKo-ZPO, § 292 a Rn. 3.

Einwänden des Signatursausstellers zu schützen, der die Echtheit der elektronisch signierten Willenserklärung bestreitet³³. Dies ist insofern notwendig, weil dem Erklärungsempfänger ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Zertifizierungsdiensteanbieter des Signatursausstellers fehlt³⁴.

Die Vorschrift des § 292 a ZPO ist indes als verfehlt kritisiert worden, weil sie entgegen dem ersten Anschein dem Erklärungsempfänger nur wenig prozessualen Schutz biete. Diesem werde es nämlich schon regelmäßig nicht gelingen, die Grundlagen für den Anscheinsbeweis vorzubringen – das Vorliegen einer ordnungsgemäßen qualifizierten elektronischen Signatur³⁵. Wenn er es doch schaffen sollte, brauche er den Anscheinsbeweis jedoch gar nicht mehr – die Norm sei dann schlicht überflüssig³⁶.

Angesichts dieser nur scheinbaren Beweiserleichterung wird der Signatursaussteller auch trotz § 292 a ZPO das Ausstellen der Signatur unter Umständen erfolgreich leugnen können. Eine Sicherheitslücke besteht dort, wo der Signatursaussteller keine *akkreditierte* Signatur anbietet; nur bei Signatordiensteanbietern, bei denen eine Vorabüberprüfung der technisch-organisatorischen Sicherheit nach § 15 Abs. 1 S. 4 SigG³⁷ erfolgt ist, wird dem Erklärungsempfänger kraft Vermutung des § 15 Abs. 1 S. 4 SigG das Vorbringen für den Augenscheinsbeweis notwendiger Tatsachen möglich sein³⁸.

Ungelöst ist trotz der beschränkten prozessualen Erleichterungen für elektronisch signierte Willenserklärungen die Frage, in welcher Form – als Datenträger, Ausdruck etc. - elektronisch signierte Daten dem Gericht vorgelegt werden müssen. Hier können dem Empfänger tatsächliche Probleme entstehen.

3. Zugangsnachweis

Den Absender, der vor der Wahl steht, seine Willenserklärung elektronisch oder konventionell abzugeben, treffen andere Beweisinteressen als den Erklärungsempfänger. Ihm wird nicht daran gelegen sein, dem Empfänger unbedingt ein Beweismittel an die Hand zu geben, mit dem dieser den bestmöglichen (Urkunden-) Beweis führen kann. Aus Sicht des Erklärenden sprechen also eher Gründe dafür, Willenserklärungen elektronisch zu übermitteln. Im Gegensatz zur Papierform der Urkunde bleibt die Möglichkeit, die Echtheit der seinem Erklärungsgegner elektronisch – jedoch nicht in qualifizierter elektronischer Form des § 126 a BGB – zugegangenen Willenserklärungen zu bestreiten. In prozessualer Hinsicht erfährt der Erklärende, der Willenserklärungen in Urkundenform oder in qualifizierter elektronischer Form des § 126 a BGB versendet, nur Nachteile. Diese Überlegung wird als entscheidendes Hemmnis bei der Verbreitung der qualifizierten elektronischen Signatur gesehen: dem Konsumenten fehlten Anreize, sich

³³ Rossnagel, in: NJW 2001, S. 1817 (1826).

³⁴ Rossnagel, in: NJW 2001, S. 1817 (1826).

³⁵ Hoeren, in: Schulte-Nölke/Schulze, Schuldrechtsreform, S. 322.

³⁶ Rossnagel, in: MMR 2000, S. 459 (459).

³⁷ Signaturgesetz vom 22. 05. 2001, BGBl. I, S. 876 ff.

³⁸ Rossnagel, in: NJW 2001, S. 1817 (1826).

der für ihn prozessual ungünstigen qualifizierten elektronischen Form zu unterwerfen³⁹. Auf Seiten des Erklärenden werden beweisrechtliche Überlegungen des Zugangsnachweises seiner Willenserklärung beim Empfänger vorherrschend sein. Hat der Zugang einer Willenserklärung Bedeutung für den Erklärenden, wird dieser eine Übermittlungsart wählen, die ihm eine Sicherstellung des Zugangsnachweises erlaubt. Empfangsbedürftige Willenserklärungen werden (erst) mit Zugang wirksam, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Beweisbelastet ist der Erklärende, der den Zugang darlegen und beweisen muss⁴⁰. Bei der Übertragung *konventioneller* Willenserklärungen bedient sich der Rechtsverkehr seit langem bewährter Verfahren, die einen Zugangsnachweis zumindest erleichtern. Im Inlandsbriefverkehr stehen einem Absender sowohl das Übergabe- als auch das Einwurf-Einschreiben zu. Beide Formen werden bei der Einlieferung registriert, und der Absender erhält einen datierten Einlieferungsnachweis. Der Einlieferungsnachweis begründet nach ständiger Rechtsprechung keine tatsächliche Vermutung im Sinne eines Anscheinsbeweises für den Zugang des Einschreibebriefes, stellt jedoch einen Beleg dar, aus dem sich die registrierten Daten ergeben⁴¹. Zumindest die Absendung kann so bewiesen werden⁴². Beim Übergabe-Einschreiben liefert ein Zusteller den Brief persönlich an den Empfänger und lässt sich die Übergabe durch Unterschrift bestätigen. Dieses Dokument wird von der Post drei Jahre lang archiviert, wobei der Absender eine Kopie des Beleges anfordern kann⁴³. Das Einschreiben mit Rückschein dokumentiert sogar den Zugang eines Schriftstücks beim Empfänger, der den Rücksendeschein, der dem Absender wieder zugestellt wird, eigenhändig zu unterzeichnen hat⁴⁴. Das Einwurf-Einschreiben wird von dem Zusteller der Post in den Briefkasten oder in das Postfach eingeworfen und die Einlieferung dokumentiert. Auch dieses Dokument wird von der Post archiviert⁴⁵. Die Zustellung eines Schriftstücks per Boten liefert dem Absender einen Zeugen und damit ein gegebenenfalls prozessual gut verwertbares Beweismittel.

Als weiterer „sicherer Weg“⁴⁶ der Zustellung eines Dokuments kann § 132 BGB den Ersatz des Zugehens durch Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher nach §§ 166 ff. ZPO zur Verfügung stellen. Nach § 169 Abs. 1 ZPO können *Schriftstücke*, nicht jedoch elektronische Dokumente, zugestellt werden.

Bei elektronischen Dokumenten verbleibt als Möglichkeit des Zugangsnachweises allenfalls ein elektronisches Dokument – in Form eines *Sendebereiches*. Hier stellt sich die Frage nach dem Beweiswert solcher Dokumente. Auf eine ausgeprägte Praxis kann hier bisher nur im Hinblick auf die Übermittlung per Telefax zurückgegriffen werden⁴⁷.

³⁹ So insb. Hoeren, in: Hoeren/Holzengel, Rahmenbedingungen, S. 66 ff.

⁴⁰ Schneider, EDV-Recht, Rn. 718.

⁴¹ BGHZ 24, S. 308 (312); OLG Köln, in: MDR 1987, S. 405; OLG München, OLG Report 1995, S. 238; LG Potsdam, in: NJW 2000, S. 3722 (3722).

⁴² LG Potsdam, in: NJW 2000, S. 3722 (3722).

⁴³ BGHZ 137, S. 205 ff.

⁴⁴ Heun, in: CR 1994, S. 595 (599).

⁴⁵ LG Potsdam, in: NJW 2000, S. 3722 (3722).

⁴⁶ Palandt/Heinrichs, BGB, § 132 Rn. 1.

⁴⁷ Ein Schwerpunkt der Fälle betrifft Rechtsanwaltsklagen um Einsetzung in den vorigen Stand nach

Das Gerät des Erklärenden wird regelmäßig ein sog. *Sendeprotokoll* erstellen können, aus dem sich die Liste der abgesandten Telefaxe, deren Seitenzahl, die gewählte Empfängernummer sowie des sog. Sendestatus ergeben, der etwaige Störungen bei der Übertragung dokumentiert⁴⁸. Auf Seiten des Empfängers besteht bei entsprechender Einstellung ein *Empfangsprotokoll*.

Regelmäßig wird aus dem Sendeprotokoll allein keinerlei Schluss auf die Frage des Zugangs der Faxkopie beim Empfänger zugelassen. Ein Sendeprotokoll begründet weder den Beweis des ersten Anscheins für das Zugehen⁴⁹ eines Faxes beim Empfänger, noch kann umgekehrt eine Beweislastumkehr eintreten, dass ohne Aufzeichnung ein Fax *nicht* zugegangen ist⁵⁰. Begründet wird dies mit der Komplexität, Manipulationsanfälligkeit und auch Fälschbarkeit eines Sendeprotokolls⁵¹. Sowohl Uhrzeit als auch Datum der Absendung sind durch Einstellungen am Faxgerät zu manipulieren; stehen dem Absender zwei Faxleitungen zur Verfügung, lässt sich sogar die Absendernummer fälschen⁵².

Vermittelnde Ansichten gehen dahin, aus dem Sendeprotokoll zumindest das Indiz für einen Zugang zu ziehen, das jedoch aufgehoben werden kann, wenn der Empfänger den Zugang seinerseits durch Vorlage eines *Empfangsprotokolls*, das keinen Empfang vermerkt hat⁵³ belegen kann.

Im Fall einer Übermittlung eines Dokuments durch einen Rechtsanwalt ist der BGH zu dessen Gunsten von einer erfolgreichen Übertragung der Faxmitteilung ausgegangen, als der Absender eine eidesstattliche Versicherung seiner Bürokraft beibrachte, die selbst das Telefax bedient hatte, während des Sendevorgangs am Gerät gestanden und anschließend ordnungsgemäß das Sendeprotokoll auf Fehlerfreiheit der Übermittlung *überprüfte*⁵⁴. Ob damit jedoch die Grundsätze der so aufgestellten sog. *Ausgangskontrolle* über den Verkehrskreis der Rechtsanwälte und den speziellen Fall der Übermittlung einer Prozesshandlung auf andere Geschäftskreise auszudehnen sind, ist fraglich.

Erst recht ohne Bedeutung werden - vor dem Hintergrund der überwiegenden Rechtsprechung zum fehlenden Zugangsnachweis bei Telefaxen - Protokolle sein, die im Zusammenhang mit der Versendung anderer elektronischer Willenserklärungen erstellt werden können. Sofern überhaupt eine Möglichkeit zur Protokollierung der Versendung möglich ist (im Falle von SMS etwa fehlt eine solche; eine sinnvolle Archivierung der Sendedaten ist auch bei E-Mail-Programmen faktisch nur vom eigenen Computer möglich), wird diese regelmäßig allenfalls als Computerausdruck eines Sendevermerks

gescheiterter Telefaxübermittlung, siehe etwa BGH, in: NJW 2000, S. 1043 f.; BGH, in: BB 1995, S. 5 ff., zuletzt BGH, in: NJW-RR 2002, S. 60.

⁴⁸ BGH, in: NJW 1995, S. 2303.

⁴⁹ BGH, in: NJW 1995, S. 2303; KG Berlin, in: CR 1994, S. 27; Anderer Ansicht (im Sinne des Anscheinsbeweises) OLG München, in: CR 1994, S. 402, jedoch in einem Sonderfall der Übermittlung durch einen Rechtsanwalt.

⁵⁰ Schneider, EDV-Recht, Rn. 732.

⁵¹ LG Darmstadt, in: NJW 1993, S. 2448.

⁵² LG Darmstadt, in: CR 1994, S. 98 (99).

⁵³ LG Darmstadt, in: NJW 1993, S. 2448.

⁵⁴ BGH, in: CR 1993, S. 547 (547 f.).

existieren. Damit teilt sie die Beweisschwäche, die allen Computerausdrucken eigen ist. Ein solches Dokument ist zudem erheblich leichter zu fälschen als etwa das Sendeprotokoll älterer Faxgeräte, deren Ausdruck noch auf speziellem Thermopapier erfolgt und daher nicht einfach im Computer-Drucker erstellt werden kann.

Das Fehlen einer wirksamen und gerichtsfesten Protokollierung – insbesondere von neutraler dritter Seite⁵⁵, wie es im Fall der Einschreibesendungen der Deutschen Post der Fall ist - wird vor allem im Rahmen der elektronischen Signatur nach § 126 a BGB als erhebliche Schwäche der Regelung angesehen. Wer mit großem technischen Aufwand ein nicht manipulierbares elektronisches Signaturverfahren einführt, müsse dafür sorgen, dass bei der elektronischen Übermittlung zwischen Sende- und Empfangsgerät auf beiden Seiten ein Protokoll erstellt werde, das im Nachhinein nicht verändert werden könne⁵⁶. In Anlehnung an die Telefax-Protokolle soll ein solches die Kennung von Sende- und Empfangsgerät, Datum und Uhrzeit der Übermittlung, Datenumfang des Klartext-Dokuments sowie den Datenumfang des verschlüsselten Dokuments beinhalten⁵⁷. Die technische Umsetzung eines solchen Protokolls steht indes aus. Auch wer sich einer qualifizierten elektronischen Signatur bedient, liefert nach § 292 ZPO den Anschein des ersten Beweises zwar für die Echtheit des Dokuments⁵⁸; dem Sendebereich kommt dieser prozessuale Schutz nach dem Wortlaut der Norm nicht zu.

Kontrovers diskutiert wird neuerdings der Beweiswert von E-Mails, seit Instanzgerichte die schlichte Vorlage einer einfachen, nicht digital signierten E-Mail als Beweis der Unverfälschtheit der vorgelegten Erklärung bzw. der Zurechnung zum Aussteller als ausreichend angesehen haben⁵⁹. Zum Teil wird in der Literatur darüber hinausgehend sogar für die Anwendung der Regeln des Anscheinsbeweises für einfache E-Mails plädiert⁶⁰. Ganz überwiegend wird demgegenüber davon ausgegangen, dass ungesicherte E-Mails ungeeignet sind, den Nachweis der Integrität und Authentizität einer Erklärung zu beweisen⁶¹. Dies erst sei Grund für die Entwicklung und rechtliche Regelung der elektronischen Signatur gewesen⁶².

Festzuhalten bleibt, dass die Rechtsprechung – anders als bei konventioneller Kommunikation – dem (elektronischen) Nachweis der Versendung bzw. des Zugangs elektronischer Willenserklärungen nur sehr geringen Beweiswert zumißt. In Bezug auf den Nachweis des Zugangs sind Absender *elektronischer* Willenserklärungen daher deutlich im Nachteil, wo die elektronische Kommunikation eine konventionell *schriftliche* ersetzen soll.

⁵⁵ Heun, in: CR 1994, S. 595 (599).

⁵⁶ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (24).

⁵⁷ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (24).

⁵⁸ Siehe dazu unten Kapitel 3, VII, 1.

⁵⁹ AG Hannover, in: WuM 2000, S. 412; AG Ettlingen, in: JurPC Web-Dok, 65/2002.

⁶⁰ Mankowski, in: NJW 2002, S. 2822 (2824), ders., in: NJW 2004, S. 1901 (1906). Zu Recht entschieden gegen ihn Roßnagel/Pfitzmann, in: NJW 2003, S. 1209 (12 11 ff.).

⁶¹ Siehe mit zahlreichen Nachweisen Rossnagel/Pfitzmann, in: NJW 2003, S. 1209 (1209 f.).

⁶² Rossnagel/Pfitzmann, in: NJW 2003, S. 1209 (1210).

Kapitel 3

- Formvorschriften als Schranken des Wahlrechts -

Dem Erklärenden steht nach der Grundkonzeption des BGB somit die Wahl der Art und Weise zu, in der er seine Willenserklärungen ggfs. zum Erklärungsgegner transportieren will. Bei der Wahl wird er sich von seinen Interessen, wozu insbesondere Beweisfragen zählen, leiten lassen.

Eine erste Schranke findet dieses Wahlrecht in § 125 S. 1 BGB. Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist demnach nichtig. Die Abgabe von Willenserklärungen macht vor dem Hintergrund der Nichtigkeitsandrohung des § 125 S. 1 BGB nur innerhalb des vom Gesetz vorgegebenen Rahmens der gesetzlichen Formvorschriften Sinn. Nach § 125 S. 2 BGB hat der Mangel der *durch Rechtsgeschäft* zwischen den Parteien vorgeschriebenen Form *im Zweifel* ebenfalls Nichtigkeit zur Folge. In Fällen, in denen sich die Parteien über Formvorschriften einigen und dadurch Einfluss auf die Art und Weise der Kommunikation nehmen, wird sich die hier behandelte Problematik kaum je in der Schärfe stellen. Diese können die elektronische Kommunikation notfalls explizit ausschließen. Wo sie aber lediglich die „*Schriftform*“ vereinbart haben, können auch weiterhin Streitigkeiten darüber entstehen, ob etwa eine Wohnungskündigung per Fax oder E-Mail den vereinbarten Formanforderungen ausnahmsweise entspricht, zumal die Anforderungen an die Schriftform des § 127 Abs. 1 BGB weniger streng ausgelegt werden als an die gesetzlichen Form⁶³. In die Betrachtung sollen daher sowohl gesetzliche als auch vertraglich vereinbarte Formvorschriften einfließen und im Hinblick darauf untersucht werden, ob elektronische Willenserklärungen ihnen genügen.

Wo Formvorschriften entgegenstehen, ist ein Empfänger davor sicher, elektronische Willenserklärungen gegen sich wirken lassen zu müssen, wenn er es nicht wünscht. Diese sind nach § 125 BGB (im Zweifel) nichtig. Wo Formvorschriften entgegenstehen, macht es umgekehrt auch für den Erklärenden keinen Sinn, eine unwirksame Willenserklärung abzugeben. Die Frage, ob und wie weit elektronisch übermittelte Willenserklärungen den hergebrachten Formvorschriften entsprechen können, ist in den vergangenen Jahren Gegenstand einer zum Teil lebhaften Auseinandersetzung⁶⁴ gewesen. Das Bemühen ging dabei vor allem dahin, den elektronischen Geschäftsverkehr auch für solche Geschäfte zu öffnen, die von Gesetzes wegen *schriftlich* abzuschließen sind.

Ein gewisse Klarstellung ist mit dem Eingreifen des Gesetzgebers durch das sog. Formvorschriftenanpassungsgesetz⁶⁵ und der Einfügung der §§ 126 a und b BGB geschaffen worden.

⁶³ Siehe dazu unten Kapitel 3, II.

⁶⁴ Vgl. die Zusammenfassung bei Süßenberger, Rechtsgeschäft, S. 90 ff.

⁶⁵ Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, BGBl. I 2001, S. 1542 ff.

I. Formzwang als Ausnahme im Zivilrecht

Das BGB geht vom Prinzip der Formfreiheit aus⁶⁶. Dies ergibt sich vor dem Hintergrund der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) schon daraus, dass keine Norm existiert, die einen generellen Formzwang statuiert, der dann ausnahmsweise zugunsten der Formfreiheit aufzulösen wäre. Das Gesetz ordnet immer nur *die Form* an, nicht die *Formlosigkeit* (siehe nur § 125 S. 1 BGB: „durch Gesetz vorgeschriebene *Form*“). Formvorschriften bilden damit die Ausnahme, so dass die privatautonome Formfreiheit im Umkehrschluss als Grundfall gelten muss. Sieht das Gesetz für eine Willenserklärung⁶⁷ *keine Form* vor, können ihrer Wirksamkeit auch keine Formvorschriften entgegenstehen. In einem solchen Fall braucht auf die Frage, ob eine elektronisch versandte Willenserklärung den gesetzlichen oder vereinbarten Formvorschriften entspricht, nicht eingegangen zu werden.

Ob ein Empfänger eine solche Erklärung gegen sich gelten lassen muss, bestimmt sich dann nach den sonstigen Regeln über die Wirksamkeit einer Willenserklärung. Diese ist nach dem oben genannten Grundsatz der Formlosigkeit ohne weiteres wirksam, wenn sie abgegeben wird; bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen muss sie zum Wirksamwerden dem Empfänger zugehen (§ 130 BGB). Formvorschriften jedenfalls stehen der Wirksamkeit nicht entgegen.

II. Textform

Im Hinblick auf den elektronischen Rechtsverkehr enthält § 126 b BGB mit seiner Forderung nach der *Textform* eine meist bedeutungslose Formhürde. Die allermeisten elektronischen Erklärungen werden zumindest in Textform vorliegen, sofern sie den Absender erkennen lassen – was bei Emails, bei denen die Absenderangabe häufig fehlt, nicht immer der Fall ist. Ist durch Gesetz die *Textform* vorgeschrieben⁶⁸, muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneter Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden (§ 126 b BGB).

Wesentliches Merkmal der Textform ist der Verzicht auf das Erfordernis der

⁶⁶ Palandt/Heinrichs, BGB, § 125 Rn. 1.

⁶⁷ Der Gesetzeswortlaut des § 125 S. 1 BGB spricht nur von Rechtsgeschäft. Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind synonym zu verstehen, Hk-BGB/Dörner, Vor §§ 104-185, Rn.1.

⁶⁸ Eingefügt ist die Textform an Stelle der Schriftform in § 541 b BGB (Mitteilung des Vermieters von Verbesserungsmaßnahmen), ferner haben Erklärungen in Textform vor allem mietrechtliche Bedeutung: § 552 a BGB (Anzeige der Aufrechnungsabsicht), § 554 Abs. 3 BGB (Erklärung über Modernisierungsmaßnahmen), § 556 a Abs. 2 BGB (Abrechnung von Betriebskosten), § 556 b Abs. 2 BGB (Fälligkeit der Miete), 557 b Abs. 3 BGB (Indexmiete), 558 a Abs. 1 BGB (Mieterhöhung); § 559 b Abs. 1 BGB (Mieterhöhung); § 560 BGB (Betriebskosten), § 651 g BGB (Zurückweisung von Ansprüchen des Reisenden). Darüber hinaus finden sich Textformvorschriften im HGB: § 420 Abs. 1 S. 2 HGB, § 438 Abs. 4 HGB, § 355 Abs. 1 S. 2 HGB sowie anderen Gesetzen: WEG, SachenRBERG, BörsenG, BörsenZulO, GmbHG, KWG, VVG.

eigenhändigen Unterschrift, die durch eine faksimilierte Unterschrift oder durch einen abschließenden Text ersetzt werden kann; sogar die Nennung eines Namens ist nicht erforderlich, sofern sich der Urheber ersehen lässt⁶⁹- ausreichend ist ein Abschluss durch eine Datierung. Damit verlieren solche Erklärungen zugleich die prozessuale Urkundenqualität⁷⁰.

Mindestvoraussetzung der Textform ist eine zur dauerhaften Wiedergabe von Schriftzeichen geeignete Darstellungsweise der Erklärung. Dem genügen alle Papierdokumente⁷¹, aber auch elektronische Dokumente, wenn sie lesbar sind⁷². Dazu reicht die elektronische Anzeige von Schriftzeichen auf einem Bildschirm aus⁷³. Die Textform erfüllen daher elektronische Willenserklärungen, die einem Adressaten per Fax oder unsignierter E-Mail, SMS oder auf eine sonstige Art der Datenübertragung zugehen, wenn nur die Lesbarkeit gegeben ist. Ausscheiden müssen lediglich *mündliche* Willenserklärungen; da die Telefonie hier nicht zu den elektronischen Willenserklärungen gerechnet wird, bleiben für elektronisch übertragene *mündliche* Willenserklärungen allenfalls die seltenen Fälle von sog. Voicemails⁷⁴, Video- und Audioaufzeichnungen, etwa bei Videokonferenzen oder neuerdings bei Übertragung solcher Aufzeichnungen über Mobiltelefone.

Weil sich der Zweck der Textform darauf reduzieren lässt, bloß mündliche Erklärungen zu verhindern, ist die Regelung des § 126 b BGB als Festlegung einer „qualifizierten Formlosigkeit“⁷⁵ und damit im Ergebnis als überflüssige Regelung kritisiert worden⁷⁶. Ob die an dieser Form geübte Kritik⁷⁷ berechtigt ist⁷⁸, soll hier dahingestellt bleiben; aus dem hier gewählten Blickwinkel ist entscheidend, dass § 126 b BGB für die Beschränkung elektronischer Willenserklärungen weitestgehend keine Relevanz hat. Dies verwundert insofern nicht, als die Norm dazu eingeführt wurde, Hindernisse für den elektronischen Informationsaustausch auszuräumen – nicht um neue Hürden aufzubauen. Die Textform soll den Bedürfnissen des modernen Rechtsverkehrs entgegenkommen, indem sie die Erschwernisse wegen der vorgeschriebenen eigenhändigen Unterschrift in geeigneten Fällen beseitigen und damit zugleich die formwahrende Verwendung neuer Medien ermöglichen soll⁷⁹.

⁶⁹ Palandt/Heinrichs, § 126 b BGB, Rn. 4.

⁷⁰ Hähnchen, in: NJW 2001, S. 2831 (2833).

⁷¹ Süßenberger, Rechtsgeschäft, S. 117.

⁷² Palandt/Heinrichs, BGB, § 126 b Rn. 3.

⁷³ Eichler, in: DSWR 2001, S. 56 (57).

⁷⁴ Eichler, in: DSWR 2001, S. 56 (57).

⁷⁵ So die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drcks. 14/6044, S. 1.

⁷⁶ Um die Regelung zur Textform wurde im Vermittlungsausschuss besonders gerungen, vgl. dazu die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drcks. 14/6044, S. 1 ff., sowie etwa den Redebeitrag des MdB Götzer (CDU/CSU), 158. Sitzung vom 15. 03. 2001.

⁷⁷ Dazu auch Hähnchen, in: NJW 2001, S. 2831 (2833).

⁷⁸ Begrüßt wird die Einführung der Textform von Scheffler/Dressel, in: CR 2000, S. 378 (380).

⁷⁹ Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsverkehr, BMJ I B 1 – 3414/2, B. Zu Art. 1, Zu Nr. 6, Zu § 126 b (S. 20).

III. Natürliche Schranken elektronischer Willenserklärungen

Schon aus Formgründen sind elektronische Willenserklärungen hingegen dort ausgeschlossen, wo das Gesetz besondere, über die §§ 126 ff. BGB hinausgehende Vorschriften macht, die elektronisch nicht oder nicht sinnvoll erfüllbar sind. Unabhängig davon, ob der elektronische Rechtsverkehr Geschäfte dieser Art bereits erfasst hat oder je erfassen wird, besteht das Gesetz hier auf Formvoraussetzungen, die eine elektronische Abwicklung über Kommunikationsmittel unmöglich oder unsinnig machen.

1. Eigenhändigkeit der Testamentserrichtung

Die Errichtung eines eigenhändigen Testaments nach § 2247 BGB bzw. eines Ehegattentestaments nach §§ 2265, 2267 BGB ist wirksam nur möglich, wenn die Urkunden nicht nur eigenhändig unterschrieben, sondern auch geschrieben werden, was die Zuhilfenahme elektronischer Medien zur Erstellung des Dokuments unzulässig macht⁸⁰.

Ferner steht dem Erblasser die Errichtung eines öffentlichen Testaments als Alternative⁸¹ zum eigenhändig verfassten zur Verfügung. Die besonderen Formvorschriften der Testamentseröffnung schließen eine elektronische Testamentserrichtung aus und binden den Erblasser faktisch an herkömmliche Kommunikationsmittel. Das Testament ist papiergebunden, obwohl der Gesetzgeber weder für das Schreibgerät noch für den Schriftträger besondere Vorgaben gemacht hat.

Beim eigenhändigen Testament sind sowohl die Vorschriften über die eigenhändige Nieder- als auch die Unterschrift zwingend, so dass ein Verstoß dagegen nach § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit des Testaments führt⁸². Die eigenhändige *Niederschrift* soll dabei insbesondere den Beweis über die Unverfälschtheit des Testamentinhalts sowie die Echtheit des Testaments anhand der individuellen Schriftzüge leisten⁸³. Anders als beim maschinell erstellten gibt der eigenhändig geschriebene Text Aufschluss darüber, dass das Schriftstück auch wirklich vom Erblasser stammt und somit der Grundsatz der persönlichen Testamentserrichtung in § 2064 BGB gewahrt ist⁸⁴. Der Nachweis darüber verlangt willentlich, individuell und originär gestaltete Schriftzüge des Erblassers⁸⁵.

An der Eigenhändigkeit einer Niederschrift fehlt es, wo vorgefertigte, fremde und insbesondere mechanische Schriftzeichen verwendet werden⁸⁶. Eine Einschaltung elektronischer Schreibhilfen oder Telekommunikationsmittel hebt die originäre, willentliche und individuelle Gestaltung der Niederschrift durch den Erblasser auf. Dies

⁸⁰ Palandt/Edenhofer, BGB, § 2247 Rn. 5.

⁸¹ Zwischen beiden Formen - dem eigenhändigen oder dem öffentlichen Testament - kann der Erblasser frei wählen, Burkart, in: MüKo-BGB, § 2231 Rn. 1.

⁸² Schmidt, in: Erman-BGB, § 2247 Rn. 1.

⁸³ Palandt/Edenhofer, BGB, § 2247 Rn. 5.

⁸⁴ Palandt/Edenhofer, BGB, § 2064 Rn. 1.

⁸⁵ Werner, in: DNotZ 1972, S. 6 (7 f.).

⁸⁶ Werner, in: DNotZ 1972, S. 6 (7).

gilt sowohl in den Fällen, in denen das Testament etwa per Computertastatur getippt wird, als auch dort, wo der Text ursprünglich handschriftlich erstellt und vom Erblasser nachträglich etwa per Fax kopiert wird⁸⁷. Denn anders als bei der Durchschrift eines Testaments durch Kohlepapier, die bei Vorliegen des Testierwillens als formwirksames Testament angesehen wird⁸⁸, werden bei der maschinell erstellten Kopie die Schriftzüge eben nicht handschriftlich als Durchschlag, sondern maschinell oder elektronisch hergestellt⁸⁹. Der Erblasser ist bei der eigenhändigen Testamentserrichtung faktisch an Stift und Papier⁹⁰ gebunden.

Aus denselben Gründen ist die *Unterschrift* unter⁹¹ das Testament nur zu leisten, wenn diese eigenhändig und originär vom Erblasser geleistet wird. Eine eingescannte Unterschrift, ein schlichter Computerschriftzug oder eine digitale Signatur ersetzen nicht das Eigenhändigkeitserfordernis des §§ 2247 BGB. Nach § 126 Abs. 3 BGB kann die digitale Signatur allein die *schriftliche Form des § 126 Abs. 1 BGB* ersetzen, nicht jedoch die des § 2247 BGB als spezielle erbrechtliche Form. Selbst wenn man eine digitale Signatur als Unterschriftersatz in § 2247 BGB aufnehmen sollte, scheiterte eine formwirksame Testamentserrichtung immer mangels eigenhändiger Niederschrift.

2. Gleichzeitige Anwesenheit

Wo das Gesetz eine gleichzeitige Anwesenheit vor einer zuständigen Stelle verlangt, wird der Einsatz von Telekommunikation unsinnig sein; nach §§ 1311 BGB sind die Erklärungen der Eheschließenden persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Partner abzugeben. Nach § 1410 BGB, § 7 LPartG gilt dies für den Ehevertrag genauso wie für den Abschluss einer Lebenspartnerschaft, wo der Lebenspartnerschaftsvertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Partner zur Niederschrift des Notars geschlossen wird (S. 2). Gleiches gilt für einen Erbvertrag nach § 2276 Abs. 1 S. 1 BGB. Zumindest die Verwendung von Telekommunikationsmitteln erübrigt sich, wo sich die Parteien gleichsam gegenüber sitzen. Eine physische Anwesenheit verlangt des Weiteren § 40 Abs. 1 BeurkG: Eine Unterschrift ist danach in Gegenwart des Notars zu leisten.

3. Formularzwang

Eine elektronische Übermittlung ist zudem dort ausgeschlossen, wo der Empfänger die Übermittlung von Willenserklärungen auf *Formularen* festlegt. Von Gesetzes wegen besteht eine solche Verpflichtung jedoch nicht im Recht der Rechtsgeschäfte, sondern nur

⁸⁷ Rapp, Rahmenbedingungen, S. 209.

⁸⁸ BGHZ, 47, S. 65 (68); KLG, in: FamRZ 1995, S. 258.

⁸⁹ Werner, DNotZ 1992, S. 6 (6 ff.).

⁹⁰ Die Verwendung anderer, ungewöhnlicher Materialien kann sich dahingehend nachteilig auswirken, als hier u. U. ein bloßer Testamentsentwurf vorliegen könnte, Palandt/Edenhofer, BGB, § 2247 Rn. 5.

⁹¹ Zum Erfordernis der Unterschrift als *Abschluss* des Testaments siehe nur Palandt/Edenhofer, BGB, § 2247 Rn. 16.

bezüglich der zivilprozessualen Handlungen im Mahnverfahren nach § 703 c Abs. 2 ZPO. Soweit vom Gericht Vordrucke für Anträge und Erklärungen eingeführt sind, *müssen* sich die Parteien dieser bedienen. Dies gilt unbeschadet des § 690 Abs. 3 ZPO, wonach Mahnbescheidenanträge auch in maschinell-lesbarer Form zulässig sind, wenn es dem Gericht für seine maschinelle Bearbeitung geeignet erscheint. Schon nach dem Wortlaut des Gesetzes dient der Formularzwang nicht allein Rationalisierungsinteressen der Justiz, sondern zugleich dem Schutz des Antragsgegners, wie § 703 c ZPO zum Ausdruck bringt („zur Vereinfachung des Mahnverfahrens und zum Schutze der in Anspruch genommenen Partei“).

Ein Formularzwang verhindert die Verwendung elektronischer Medien zur Übermittlung. Wegen des dadurch festgelegten Verwendungszwangs weisen etwa Gerichte Anträge, die zwar auf dem richtigen Vordruck, aber per Telefax übermittelt werden, als unzulässig zurück⁹². Im rechtsgeschäftlichen Verkehr sind Formulare *kraft Vereinbarung* zwischen den Parteien im Massengeschäft üblich, insbesondere bei Banken und Versicherungen⁹³. Die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen wird im Hinblick auf das Klauselverbot des § 309 Nr. 13 BGB zum Teil kritisiert⁹⁴.

4. Entgegenstehende Verfahrensvorschriften

Eine elektronische Abwicklung macht auch dort keinen Sinn, wo allein ein Teilakt, nicht jedoch ein gesamtes Verfahren wirksam elektronisch durchgeführt werden kann.

Die Gesetzesbegründung zum Formvorschriftenanpassungsgesetz nennt beispielhaft das Grundbuch oder Schiffsregisterverfahren⁹⁵. Diese Ausnahme etwa für das Grundbuchverfahren wird vor dem Hintergrund des § 29 GBO verständlich. Danach soll die Eintragung im Grundbuch nur dann vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch *öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden* nachgewiesen werden (§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO). Der Antrag selbst ist nach § 13 Abs. 2 S. 1 GBO zwar schriftlich oder zur Niederschrift der Behörde zu stellen, könnte damit nach § 126 Abs. 3 BGB unter Umständen in elektronischer Form erfolgen; für die beizufügenden Urkunden verlangt § 29 GBO weiterhin die genannten strengeren Beglaubigungen. Diese können schon dem Wortlaut des § 126 Abs. 3 BGB nach nicht durch elektronisch signierte Dokumente ersetzt werden⁹⁶.

In einigen Bundesländern wird das Grundbuch inzwischen zwar elektronisch geführt⁹⁷,

⁹² Vollkommer, in: Zöller, ZPO, § 703 c Rn. 6, zum Teil jedoch wird diese Ansicht bestritten. Zu den Nachweisen siehe ebd.

⁹³ Etwa ABG-Sparkassen, Nr. 20 lit. d.: "Verwendung von Vordrucken: Für bestimmte Geschäfte, insbesondere im Scheck- und Lastschriftverkehr, bei Barabhebungen, Überweisungen sind die von der Sparkasse zugelassenen Vordrucke zu verwenden."

⁹⁴ Siehe dazu unten Kapitel 7, I, 2, b.

⁹⁵ Begründung zum Regierungsentwurf, BR-Drcks. 535/00, S. 22.

⁹⁶ Siehe zu den Anforderungen an die Beglaubigung nach §§ 128, 129 BGB dieses Kapitel, VIII.

⁹⁷ Dazu zählen Bayern, Hamburg, Sachsen sowie Sachsen-Anhalt; siehe zum elektronischen Grundbuch

jedoch ist die elektronische Abwicklung hier auf die Grundbuchdaten selbst beschränkt; Anträge nach § 13 GBO bleiben davon soweit unberührt, wie § 29 GBO für die dem Antrag beizulegenden Unterlagen elektronisch nicht zu erfüllende Formvorgaben macht. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 GBO sind solche Urkunden in Papierform aufzubewahren. Auch wenn § 10 a GBO mittlerweile auch die Möglichkeit zur Aufbewahrung von Datenträgern vorsieht, ändert dies nichts daran, dass die Einreichung elektronischer Dateien im Hinblick auf § 29 GBO keinen Sinn macht. Faktisch steht hier eine besondere Verfahrensvorschrift der elektronischen Abwicklung entgegen.

IV. § 126 BGB

Fraglich und umstritten ist, ob die *Schriftform* der wirksamen elektronischen Willenserklärung entgegensteht. Hier stand bis zur Einführung der Regelung des § 126 a BGB durch das Formvorschriftenanpassungsgesetz eine restriktive h. M. in Literatur und Rechtsprechung, die eine Subsumtion elektronischer Dokumente unter die Voraussetzungen des § 126 BGB ablehnte, einer progressiven Minderansicht gegenüber, die für eine extensive Interpretation der Schriftform plädierte. Mit Einführung des § 126 a BGB und der elektronischen Signatur als Substitut für die eigenhändige Unterschrift ist die Notwendigkeit zur extensiven Interpretation der Formvorschriften so weit weggefallen, wie die Schriftform nach § 126 Abs. 3 BGB durch die elektronische Form ersetzt werden kann.

Wo das Gesetz die Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB verlangt⁹⁸, muss eine Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Die Schriftform nach § 126 zeichnet sich demnach durch die zwei Elemente der *Urkunde* und der *eigenhändigen Unterschrift* aus, die durch notariell beglaubigtes Kürzel ersetzt werden kann.

Auch in vielen Verträgen ist vorgesehen, dass die Erklärungen *schriftlich* zu erfolgen haben. Hierbei handelt es sich *im Zweifel* (§ 127 Abs. 1 BGB) ebenfalls um die gesetzlich in §§ 126, 126 a und b BGB festgelegten Vorschriften. Hier gewährt § 126 Abs. 2 S. 2 BGB den Vertragsparteien insoweit eine Erleichterung, als die Unterschriften nur auf der jeweils für die andere Partei bestimmten Urkunde genügen.

1. Urkunde

Die Frage, ob vom Gesetz *schriftlich* abzuschließende Rechtsgeschäfte auch elektronisch wirksam abgewickelt werden können, wird von der h. M. an einer weitgehend am Wortlaut des § 126 Abs. 1 BGB orientierten Auslegung des Urkundenbegriffs

Erber-Faller, in: ZfIR 1999, S. 971 ff.

⁹⁸ Im BGB gehören dazu § 32, § 37 Abs. 1, § 81 Abs. 1, § 111 S. 2, § 368, § 409, § 410, § 416 Abs. 2, § 550, § 557 a, § 557 b, § 568, § 574 b, § 577, § 585a, § 594 f., § 623, § 761, § 766, § 780 f., § 793 ff., § 1154 sowie zahlreiche Vorschriften außerhalb des BGB und des Zivilrechts, etwa § 11 BauGB.

beantwortet. Diskutiert wird bei der elektronischen Erklärung, ob diese ihrer Natur nach Urkundeneigenschaft besitzen kann, was vom Wortlaut des § 126 Abs. 1 BGB vorausgesetzt wird.

Eine Urkunde ist eine schriftlich verkörperte Gedankenerklärung, die ihren Aussteller erkennen lässt und zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist⁹⁹, wobei sich die Gedankenerklärung auf einem gegenständlich abgrenzbaren Träger befinden und aus sich selbst heraus wahrnehmbar und verständlich sein muss¹⁰⁰.

a. Wahrnehmbarkeit elektronischer Willenserklärungen

Zum Wesen elektronischer Erklärungen gehört, dass sie als digitale Dateien nicht selbst den menschlichen Sinnen zugänglich sind, sondern allein ihre Übersetzungen, Kopien oder Derivate auf Bildschirmen, Papierausdrucken etc. Ohne entsprechende technische Geräte können die Dateien einer elektronischen Willenserklärung aus sich heraus nicht wahrgenommen werden; das Erfordernis einer technischen Visualisierung steht der unmittelbaren Wahrnehmbarkeit elektronischer Willenserklärungen entgegen¹⁰¹. Der besondere Wert einer Urkunde drückt sich in der Möglichkeit aus, sich ihres Inhalts jederzeit problemlos vergewissern zu können¹⁰². Allenfalls könnte dahin argumentiert werden, dass Computerdateien, ähnlich wie etwa Dokumente in Fremdsprachen oder Blindenschrift¹⁰³, in jedermann verständliche Inhalte übersetzt werden können; solchen Dokumenten kommt Urkundenqualität zu¹⁰⁴, obwohl sie für den durchschnittlichen Betrachter nicht aus sich heraus verständlich sind; die Übersetzung erfolgte im Fall elektronischer Dateien eben durch ein technisches Gerät, nicht durch einen Dolmetscher. Diese Parallele verbietet sich jedoch, weil die Wahrnehmbarmachung elektronischer Dateien nicht als schlichte Übersetzung gewertet werden kann. Anders als bei der Übersetzung müssen bei der Sichtbarmachung von Daten technische Hürden überwunden werden. Die entsprechende Technik muss zur Verfügung stehen, verschiedene Datenformate können dabei Schwierigkeiten bereiten, nicht zuletzt bestehen Probleme bei der Präsentation. Schließlich kann die Frage, ob die Darstellung der Daten auch richtig und vollständig ist, anders als bei einer Papierurkunde - auf der etwa Radierungen nachvollziehbar sind - nur von einem Gutachter geprüft werden. Die Unzuverlässigkeit der Technik und der Umstand, dass diese u. U. nur schwer zu erkennen ist, spricht gegen die Einordnung der Sichtbarmachung elektronischer Willenserklärungen als ein dem Übersetzen vergleichbarer Vorgang: Die Zuverlässigkeit, insbesondere der Schutz vor Fälschungen ist der Grund für die Heraushebung der Urkunde aus den übrigen

⁹⁹ Tröndle/Fischer, StGB § 267 Rn. 1.

¹⁰⁰ Schreiber, in: Zöller, ZPO, § 415 Rn. 4 ff.

¹⁰¹ Fringuelli/Wallhäuser in: CR 1999, S. 93 (96); Heun, in: CR 1994, S. 595 (560); Schneider, EDV-Recht, Rn. 681; Geis, in: CR 1993, S. 653 (654); Süßenberger, Rechtsgeschäft, S. 98; Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (19).

¹⁰² Schreiber, in: Zöller, ZPO, § 415 Rn. 4.

¹⁰³ Palandt/Heinrichs, BGB, § 126 Rn. 2.

¹⁰⁴ Schreiber, in: Zöller, ZPO, § 415 Rn. 4.

Beweismitteln¹⁰⁵. Es bleibt festzuhalten, dass elektronische Dokumente nicht aus sich heraus wahrnehmbar sind.

b. Verkörperung

Eine Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die nach herkömmlicher Auffassung auf einem Material niedergelegt sein muss, das geeignet ist, Schriftzeichen dauerhaft festzuhalten¹⁰⁶. Angesichts der Eigenart elektronischer Erklärungen als Ansammlung binärcodierter elektrischer Signale, als „flüchtiger Fluss von Elektrizität“¹⁰⁷, wird in der Literatur die zur Annahme der Urkundeneigenschaft notwendige Verkörperung der Erklärung mit sog. Perpetuierungsfunktion¹⁰⁸ zum Teil abgelehnt¹⁰⁹. Nach dieser Ansicht scheiden elektronische Willenserklärungen auch deswegen als Urkunden aus, weil sie nicht verkörpert sind.

Um dieses Ergebnis zu verhindern, wurden in der Literatur verschiedene Ansätze gewählt, um eine Körperlichkeit elektronischer Erklärungen zu begründen. Zum Teil sind schon die elektronischen Signale als solche als verkörpert angesehen worden¹¹⁰.

Überwiegend werden jedoch nicht schon die Daten als solche, sondern erst ihre Speicherung als *Verkörperung* gewertet. Verlangt man für dieses Tatbestandsmerkmal, dass zumindest ein dauerhaftes Festhalten¹¹¹ der Informationen gegeben sein muss, macht die konkrete Art und Weise, auf welcher die Speicherung verwirklicht wird, tatsächlich keinen Unterschied: Auch eine elektromagnetische Speichermöglichkeit¹¹² (Festplatte, Diskette) oder sonstige, etwa auf CD-ROM, halten die übersandten Informationen dauerhaft fest¹¹³. Keinen Ausschlag sollte die Überlegung geben, dass elektronische Dateien gelöscht werden können. Auch eine Papierurkunde kann vernichtet werden¹¹⁴.

Dagegen wird argumentiert, dass der *Verkörperung* einer elektronischen Willenserklärung durch Speicherung immer noch die Unkörperlichkeit während des Transports entgegenstehe¹¹⁵. Auch wenn man in der Speicherung der Daten eine der Urkunde genügende Materialisierung der Informationen erblicken sollte, so werde diese mit dem Sendevorgang wieder aufgelöst; eine beim Empfänger wieder eintretende Speicherung stelle eine Verkörperung dar, jedoch auf einem anderen als dem

¹⁰⁵ Rosenberg/Schwab, ZPO, § 112 III 1.

¹⁰⁶ Förstler, in: MüKo-BGB, § 126 Rn. 4; Palandt/Heinrichs, BGB, § 126 Rn. 2; Brox, in: Erman-BGB, § 126 Rn. 4.b

¹⁰⁷ Süßenberger, in: Rechtsgeschäft, S. 95.

¹⁰⁸ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (19).

¹⁰⁹ Hoeren, Rechtsfragen, S. 121 f.; Köhler/Arndt, Internetrecht, Rn. 129; Süßenberger, in: Rechtsgeschäft, S. 95;

¹¹⁰ Ernst, in: NJW-CoR 1997, S. 166.

¹¹¹ Palandt/Heinrichs, BGB, § 126 Rn. 2.

¹¹² Ausführlich dazu Bohatiuk, in: CR 1989, S. 535 ff.

¹¹³ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (19); Fringuelli/Wallhäuser, in: CR 1999, S. 93 (95); Heun, in: CR 1995, S. 595 (560); Ultsch, in: DZWIR 1997, S. 467.

¹¹⁴ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (19).

¹¹⁵ Süßenberger, in: Rechtsgeschäft, S. 96.

ursprünglichen Träger¹¹⁶.

Das hergebrachte Verständnis von Urkunden gehe aber von einer untrennbaren Bindung der Erklärung an ihren Träger aus; nicht die Erklärung sei bei einer Papierurkunde Gegenstand des Rechtsverkehrs, sondern der Träger selbst¹¹⁷.

Denkbar wäre es, zumindest solche Fälle elektronischer Übermittlung als *verkörpert* aufzufassen, wo – wie beim herkömmlichen Faxgerät – zunächst eine Papierurkunde hergestellt wird, die als elektronische Kopie versandt wird, wobei die Papierverkörperung beim Versender bleibt. Eine solche Differenzierung wird aber zu Recht abgelehnt, denn *verkörpert* ist allenfalls das Original, das jedoch beim Erklärenden verbleibt und somit niemals in den Rechtsverkehr gelangt¹¹⁸. Auch die Möglichkeit des Ausdrucks einer gespeicherten Datei spricht nicht zwingend für die Annahme der *Verkörperung* elektronischer Daten. Hier ist schon fraglich, worauf abzustellen ist. Stellte man darauf ab, dass ein Ausdruck der Datei tatsächlich erfolgt sein muss, hätte es der Empfänger in der Hand, die Urkundenqualität einer Erklärung schlicht dadurch zu verhindern, indem er das Dokument nicht ausdruckt¹¹⁹. Auch wenn man schon die *Ausdrucksmöglichkeit* genügen lassen wollte, ergeben sich Probleme für den Fall, dass der Empfänger etwa keinen Drucker besitzt oder das zugesandte Dateiformat nicht lesen kann, weil ihm das dafür notwendige Programm fehlt. Man wird dann wohl kaum darauf abstellen können, ob der Empfänger etwa *Microsoft Word* als gängigstes Textverarbeitungsprogramm installiert hat.

Für den Bereich des *Btx* ist die Formwirksamkeit zum Teil tatsächlich vom Vorhandensein eines Druckers als Ausgabemedium abhängig gemacht worden. Eine formgerechte Willenserklärung (allerdings im Rahmen des § 127 Abs. 1 BGB) läge nur vor, wenn der Empfänger über eine Ausgabevorrichtung verfüge und einen Bildschirmausdruck vornehmen könne¹²⁰. Es erscheint aber im Hinblick auf die Rechtssicherheit widersinnig, ein objektives und zwingend nachzuvollziehendes Kriterium wie die Formwirksamkeit einer Willenserklärung derart an (kaum überprüfbare) technische Gegebenheiten beim Empfänger zu binden. Die Ausgabemöglichkeit und die damit zusammenhängenden Probleme verbieten es, die Urkundeneigenschaft elektronischer Dokumente von diesem Kriterium abhängig zu machen. Die Urkundeneigenschaft elektronischer Dateien scheitert ebenso mangels *Verkörperung* der in ihnen enthaltenen Gedankenerklärungen.

Auch wenn man mit Teilen der Literatur die *Verkörperung* elektronischer Dokumente bejahte, stünde einer Subsumtion elektronischer Willenserklärungen unter § 126 Abs. 1 BGB das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift als zweites Kriterium der Schriftform entgegen.

¹¹⁶ Heun, in: CR 1995, S. 1 (3).

¹¹⁷ Süßenberger, Rechtsgeschäft, S. 96.

¹¹⁸ Schneider, in: EDV-Recht, Rn. 682; Heun, in: CR 1995, S. 2 (3), Fringuelli/Wallhäuser, in: CR 1999, S. 93 (94).

¹¹⁹ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (20); Süßenberger, Rechtsgeschäft, S. 97.

¹²⁰ Kreis, in: jur-pc 1994, S. 2883.

2. Eigenhändige Unterschrift

Nach § 126 Abs. 1 BGB muss der Aussteller *die Urkunde* eigenhändig, zumindest durch Namensunterschrift unterzeichnet haben. Elektronische Willenserklärungen erfüllen dieses Erfordernis dort nicht, wo schon die technische Möglichkeit nicht besteht, eine eigenhändige Unterschrift zu leisten, also bei allen Eingabemedien wie Tastaturen, Mikrofonen, bei denen nicht die charakteristischen individuellen Schriftzüge des Erklärenden¹²¹ erfasst werden können. Der Eigenhändigkeit steht jede Verwendung mechanischer Schreibhilfen entgegen¹²².

Fraglich bleibt, ob elektronische Willenserklärungen eine eigenhändige Unterschrift dort enthalten können, wo das Dokument eine den Schriftzügen des Erklärenden nachgebildete Form besitzt, also bei faksimilierten Unterschriften (insbesondere eingescannten Unterschriften sowie Faxkopien). Dem steht jedoch der Wortlaut des § 126 Abs. 1 BGB entgegen, der eine Unterschrift *auf der Urkunde* verlangt. Unabhängig davon, ob man elektronischen Dokumenten die Urkundeneigenschaft zuerkennt oder nicht, besteht die Besonderheit faksimilierter Unterschriften darin, dass diese nicht auf dem in den Rechtsverkehr gebrachten Dokument selbst entstehen. Wird ein unterzeichnetes Dokument per Fax übertragen oder eine Unterschrift als digitalisierte Bilddatei auf einem per Computer übertragenen Fax sichtbar gemacht, besteht wiederum das bei elektronischen Dokumenten immanente Problem, dass den Empfänger allenfalls eine Kopie oder ein Derivat erreicht. Auf seinem Dokument erscheint keine Unterschrift, sondern nur eine Reproduktion der eigentlichen Unterschrift, eine schlichte Kopie¹²³.

Eine progressive Argumentation ist dort versucht worden, wo im Geschäftsverkehr moderne Formen der Unterschriftsleistung verlangt werden, so insbesondere bei der Auslieferung von Paketen durch die Deutsche Post AG, die sich elektronischer Eingabegeräte bedient, auf denen der Kunde auf einem Display mit einem Druckstift unterschreiben kann¹²⁴. Fraglich ist hier, ob eine solche elektronisch geleistete Unterschrift, bei der zumindest die charakteristischen Schriftzüge aus den elektronisch abgelegten Daten wieder hergestellt werden können, als Unterschriftersatz dienen können.

Weitergehend stellt sich die Frage für die elektronische Signatur als Substitut für die eigenhändige Unterschrift¹²⁵. Ein solcher Signaturersatz wirft jedoch zu viele ungelöste Probleme auf, um ihn unbesehen als Unterschriftsleistung i. S. d. § 126 Abs. 1 BGB werten zu können. Zum einen besteht bei Signaturen auf einem elektronischen Notepad ebenso das Problem, dass die Unterschrift digitalisiert und dann ggf. mit einem Dokument abgespeichert werden kann; das Ergebnis einer Wiederherstellung durch erneutes Aufrufen des Dokuments stelle nicht die Unterschrift her, sondern sei die bloße

¹²¹ Palandt/Heinrichs, BGB, § 126 Rn. 9.

¹²² Hefermehl, in: Soergel-BGB, § 126 Rn. 7.

¹²³ Mit dieser Argumentation insb. der BGH in Fällen der Bürgschaftserklärung per Fax, BGH, in: NJW 1993, S. 1125/1126, BGH, in: NJW 1997, S. 648 (649); Schneider, EDV-Recht, Rn. 706.

¹²⁴ Bizer/Hammer, in: DuD 1993, S. 619 ff.

¹²⁵ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (20 f.).

Reproduktion einer digital gespeicherten Datei. Die geleistete Unterschrift werde so gar nicht perpetuiert¹²⁶. Wo ein solcher Unterschriftersatz als digitalisierte Datei an ein anderes digitales Dokument gleichsam angehängt werde, fehle es zudem an der von der Urkunde vorausgesetzten *Einheit des Dokuments*, indem die Unterschrift vom eigentlichen Dokument getrennt werde. Diese *Entkörperung*¹²⁷ stehe der Annahme einer Unterschrift durch elektronische Signatur entgegen.

Eine Subsumtion elektronischer Willenserklärungen unter den Wortlaut des § 126 Abs. 1 BGB stößt damit auf nur schwer überwindbare Hindernisse. Unter das hergebrachte Verständnis von Urkunde und eigenhändiger Unterschrift lassen sich elektronische Erklärungen kaum einordnen.

3. Weiterentwicklung der §§ 126 ff. BGB in der Literatur

Jenseits von Forderungen *de lege ferenda* sind in der Literatur angesichts der Problematik, dass sich elektronische Willenserklärungen nur schwer in die Systematik bestehender Formvorschriften einfügen lassen, Versuche unternommen worden, insbesondere § 126 BGB *de lege lata* zeitgemäß unter Einschluss elektronischer Medien zu interpretieren¹²⁸. Wengleich elektronische, insbesondere digital signierte Erklärungen nicht dem hergebrachten Verständnis der Schriftform entsprächen, beanspruchten sie eine Qualität, welche weit über den formfreien Bereich hinausginge¹²⁹. Dies müsse folglich auch im Rahmen des § 126 BGB berücksichtigt werden. Dieser sei weniger im Hinblick auf den engen *Wortlaut* (Urkunde, Unterschrift) als vielmehr *teleologisch* mit Blick auf Sinn und Zweck der Vorschriften über die Schriftform zu interpretieren. Die bestehenden Formerfordernisse seien daraufhin zu untersuchen, ob sie den Herausforderungen moderner Technologien noch entsprächen¹³⁰.

Formvorgaben dienen verschiedenen Zwecken, die sowohl dem Erklärenden selbst als auch dem Adressaten zugute kommen können¹³¹. Eine *Beweisfunktion* (*Klarstellungs- und Nachweisfunktion*¹³²) kommt Formbestimmungen zu, wenn sie dem Zweck dienen sollen, den Abschluss eines Rechtsgeschäfts und dessen Bedingungen den Betroffenen klarzumachen und ggf. für Dritte zu dokumentieren. Soweit Vorschriften einen Übereilungsschutz verankern sollen, erfüllen sie eine *Warnfunktion*. Das Schriftformerfordernis müsse bei einer Neu-Interpretation des § 126 BGB insbesondere in seiner *Identitätsfunktion* beachtet werden¹³³. Das von § 126 Abs. 1 BGB verlangte Schriftstück müsse in einer den Aussteller vor allem eindeutig identifizierenden Art und Weise unterzeichnet werden.

¹²⁶ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (18).

¹²⁷ Schneider, EDV-Recht, Rn. 711.

¹²⁸ So insb. Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (21 ff.); Ebbing, in: CR 1996, S. 271 ff.

¹²⁹ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (20).

¹³⁰ Ebbing, in: CR 1996, S. 271 ff.

¹³¹ Vgl. im Folgenden Hagen, in: FS Schippel 1996, S. 173 ff.

¹³² Schneider, in: EDV-Handbuch, Rn. 677.

¹³³ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (20).

Diesen Überlegungen wäre allenfalls dann zu folgen, wenn die Möglichkeiten elektronischer Dokumente einen wirksamen Ersatz für die in § 126 Abs. 1 BGB verlangte Schriftform darstellten. Hier sind – zumindest soweit es um andere Unterschriftsubstitute als die elektronische Signatur, nunmehr § 126 a BGB, geht – jedoch schon tatsächliche Bedenken geäußert worden. Allenfalls eine digitale Signatur könne der *Identifikationsfunktion* der Schriftform genügen¹³⁴.

Kommen als Unterschriftssubstitut im Rahmen des § 126 BGB auch nach dieser Ansicht ohnehin nur digitale Signaturen in Betracht, ist einer erweiternden Auslegung des § 126 BGB nunmehr durch die Einfügung des § 126 a BGB, der die Voraussetzungen qualifizierter elektronischer Signaturen regelt, der Boden entzogen worden.

Da der enge Wortlaut des § 126 BGB mit seiner Anknüpfung an die eigenhändige Unterschrift ohnehin nur sehr begrenzten Interpretationsspielraum bot¹³⁵, wäre eine entsprechende Fortentwicklung des Rechts nur als *Analogie* möglich. Dem steht jedoch entgegen, dass § 126 BGB nicht analogiefähig ist¹³⁶. Eine Analogie scheitert nach neuer Rechtslage zudem mangels planwidriger Regelungslücke. Mit § 126 a BGB hat nunmehr der Gesetzgeber ein elektronisches Substitut der Schriftform zur Verfügung gestellt. Die Schriftform kann danach (nur) durch eine qualifizierte elektronische Signatur ersetzt werden. Daraus kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass andere – weniger strenge – Formen elektronischer Willenserklärungen der Schriftform nicht genügen können.

4. Weiterentwicklungen des § 126 BGB in der Rechtsprechung?

Mit der Frage, ob elektronische Willenserklärungen der Schriftform des § 126 BGB genügen können, hat sich die Rechtsprechung des BGH vor allem im Zusammenhang mit dem Telefax beschäftigt. Zum einen stand dabei die Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung und –begründung per Fax im Streit. Zum anderen hatte der BGH die Wirksamkeit per Faxkopie übersandter Bürgschaftserklärungen zu beurteilen. Eine Neuregelung in Bezug auf vorbereitende Schriftsätze (§ 130 Abs. 1 ZPO), die nunmehr ausdrücklich die Möglichkeit des Ersatzes der Schrift- durch die elektronische Form vorsieht, hat hier zumindest in Bezug auf den ersten Komplex eine Klarstellung erreicht. Nach §§ 129, 130, 253, 340, 518, 569 ZPO sind Schriftsätze schriftlich einzureichen. Eine breite h. M. hat – auch vor Klarstellung durch § 130 a ZPO – die Zulässigkeit einer per Fax eingereichten Schrift bei Gericht trotz des Schriftformerfordernisses bejaht¹³⁷. Diese Praxis ist nunmehr vom Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes gebilligt worden¹³⁸. Daraus jedoch herleiten zu wollen, dass auch per Fax eingereichte

¹³⁴ Fritzsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (21).

¹³⁵ Süßenberger, Rechtsgeschäft, S. 104.

¹³⁶ Förchler, in: MüKo-BGB, § 126 Rn. 1.

¹³⁷ Siehe etwa BVerfG, in: CR 1996, S. 722 ff.; BGH, in: CR 1989, S. 382 (382); BGH, in: NJW 1992, S. 244 (245); BGH, in: CR 1995, S. 530 (531); BGH, in: NJW 1995, S. 1431 (1432); BAG, in: CR 1995, S. 485 (485).

¹³⁸ GemS-OGB 1/98, Beschluss, vom 05. 04.2000, in: NJW 2000, S. 2340.

Willenserklärungen der *Schriftform des § 126 BGB* genügen können, ist verfehlt. Hierbei ist nämlich zu berücksichtigen, dass für das prozessuale Schriftformbedürfnis andere Maßstäbe gelten als für § 126 BGB, der – wie gezeigt - andere Funktionen erfüllt. § 126 BGB gilt nur für rechtsgeschäftliche Erklärungen, nicht jedoch für prozessuale Handlungen¹³⁹.

Mit einer Unterschrift unter einen Schriftsatz soll lediglich sichergestellt werden, dass der Unterzeichnende als postulationsfähige Person bestimmbar und der Schriftsatz mit seinem Willen dem Gericht zugeleitet worden ist¹⁴⁰. Aus der genannten Rechtsprechung lassen sich für den Umfang des § 126 BGB daher keine Schlüsse ziehen.

Im Hinblick auf die Übersendung von Bürgschaftskopien per Fax hat der BGH daher stets betont, dass solche Erklärungen dem Schriftformerfordernis des § 766 S. 1 BGB nicht genügen könnten¹⁴¹. Insofern haben sich in der Rechtsprechung bisher kaum den § 126 BGB erweiternde Tendenzen feststellen lassen. Die Entscheidungen zur Rechtsmitteleinlegung bestätigen als Ausnahmen die Regel.

Nur eine scheinbare Ausnahme hingegen stellt die Rechtsprechung zur *Bankquittung* dar, die scheinbar, entgegen § 368 S. 1 BGB, der die Schriftform i. S. v. § 126 Abs. 1 BGB fordert, nicht handschriftlich unterzeichnet werden muss, sondern - Rationalisierungsinteressen der Bank folgend – auch mit einer faksimilierten Unterschrift oder einem Stempel versehen werden kann¹⁴². Hierbei ist jedoch zu beachten, dass § 368 BGB auf die Bankquittung nicht direkt, sondern nur analog angewandt wird¹⁴³. Auch das Schriftformerfordernis gilt damit nur *entsprechend*. Die Rechtsprechung zur Bankquittung kann daher nur bedingt als Beitrag zur Weiterentwicklung des § 126 Abs. 1 BGB verstanden werden.

5. Zusammenfassung

Elektronische Willenserklärungen erfüllen weder die von § 126 Abs. 1 BGB geforderte Urkundeneigenschaft, noch können sie eigenhändig unterschrieben werden. Versuchen, den § 126 BGB im Wege extensiver Interpretation oder der Analogie auch dem elektronischen Geschäftsverkehr zu öffnen, ist mit der Neuregelung des § 126 a BGB der Boden entzogen worden. Da eine elektronische Willenserklärung nicht der Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB genügen kann, erweist sich dieser als relevante Schranke der Wirksamkeit elektronischer Willenserklärungen. Wo das Gesetz die Schriftform verlangt,

¹³⁹ BGHSt 31, 7 (8); Clemens, in: NJW 1985, S. 1999 (2003)

¹⁴⁰ BAG, in: NJW 1989, S. 1822 (1824).

¹⁴¹ Siehe nur BGH, in: NJW 1997, S. 684 (685).

¹⁴² Palandt/Heinrichs, BGB, § 368 Rn. 4.

¹⁴³ Nach alter Rechtslage, die der Rspr. zur Bankquittung zugrunde lag, handelte es sich bei der Banküberweisung, die von der Bank mit einer *Auftragsbestätigung* zu quittieren war, nicht um einen eigenständigen Vertrag i. S. v. § 662 BGB, sondern um eine unselbstständige Einzelweisung innerhalb des Giroverhältnisses, siehe unten Kapitel 7, I, 2. Entsprechend war die Bank bei einem Überweisungsauftrag des Kunden weder *Gläubiger* des Kunden, wie von § 368 BGB verlangt, noch war dieser Empfänger der Leistung aus der Überweisung, Trölitsch/Jaeger, in: BB 1994, S. 2152 (2154).

dringt eine elektronische Willenserklärung wegen § 125 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht durch.

V. § 127 BGB

Dieses Ergebnis ist für das rechtsgeschäftlich vereinbarte Schriftformerfordernis zu überprüfen. Nach § 127 Abs. 1 gelten die Schriftformbestimmungen des § 126 BGB für die durch Rechtsgeschäft bestimmte Form nur *im Zweifel*. Die Regelung greift als Auslegungsregel immer dann ein, wenn die Parteien, die es im Rahmen ihres Vertragsschlusses in der Hand haben, die Formbestimmungen grundsätzlich¹⁴⁴ frei zu wählen, keine weiteren Bestimmungen hinsichtlich der Anforderungen an die gewählte Form festgelegt haben und sich auch durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB nichts Näheres bestimmen lässt¹⁴⁵.

Nach § 127 Abs. 2 S. 1 BGB genügt zur Wahrung der rechtsgeschäftlich bestimmten Schriftform die *telekommunikative Übermittlung*. Fraglich ist daher, wie weit die durch die Norm gewährte Lockerung der gesetzlichen Formstrenge reicht.

In die *telekommunikative Übermittlung* im Sinne des § 127 Abs. 2 S. 1 BGB fiel auch bisher nach überwiegender Meinung zumindest die Übertragung von Willenserklärungen per Telefax. Der Eingang einer Willenserklärung per Telefax wahrt im Zweifel die Schriftform des § 127 Abs. 1 BGB zumindest dann, wenn der Empfänger seinerseits die Erklärung in Papierform bringen konnte¹⁴⁶. Umstritten war allerdings, ob dies auch dann der Fall sein sollte, wenn die Nachricht nicht von einem herkömmlichen Fax stammte, das also ein zu kopierendes Papieroriginal voraussetzte, oder von einem Computerfax versandt wurde, also beim Absender nur als elektronische Datei existierte¹⁴⁷. Mit dem Argument, dass § 127 Abs. 2 S. 1 BGB aF allein vom Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift befreien, nicht jedoch auch die Notwendigkeit der *Verkörperung* beseitigen wolle, sollten rein digitale körperlose Erklärungen nicht mehr unter die Norm fallen und folglich die rechtsgeschäftlich vereinbarte Schriftform nicht erfüllen¹⁴⁸. Im Zweifel sollte so eine E-Mail, ein Computerfax oder eine andere körperlose elektronische Willenserklärung bei vereinbarter Schriftform im Zweifel nichtig sein (§ 127 S. 2 BGB). Nach der Neuregelung des § 127 Abs. 2 S.1 BGB durch das Formvorschriftenanpassungsgesetz soll der Anwendungsbereich der Vorschrift über den engen Bereich verkörperter Erklärung hinaus auf alle Willenserklärungen mit Ausnahme nur gesprochener ausgedehnt werden. Es gebe mittlerweile keinen Grund, andere Möglichkeiten der Telekommunikation, die herkömmliche papiergebundene Formen wie Telegramm verdrängt hätten, zur Übermittlung von Nachrichten und Erklärungen von der

¹⁴⁴ Zu den Ausnahmen gehören neben §§ 138, 242 BGB insb. die §§ 305 ff. BGB.

¹⁴⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, § 127 Rn. 1 a.

¹⁴⁶ BGH, in: NJW-RR 1996, S. 866 (866); Förschler, in: MüKo-BGB, § 127 Rn. 10 a.

¹⁴⁷ Kreis, in: jur-pc, S. 2883 f.

¹⁴⁸ Insb. Süßenberger, Rechtsgeschäft, S. 107;

Formerleichterung auszunehmen, insbesondere gelte dies für die E-Mail und das Computerfax.

Der Schriftform i. S. d. § 127 Abs. 2 S. 1 BGB genügen alle Arten der Kommunikation mittels Telekommunikationsanlagen¹⁴⁹, soweit die Übermittlung nicht in der Form der Sprache erfolge. Allein eine nur mündliche Übermittlung einer Erklärung reiche für die Formwahrnehmung nicht mehr aus¹⁵⁰. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Zweifelsregelung nunmehr so auszulegen, dass allenfalls gesprochene Erklärungen nicht mehr einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Schriftform genügen sollen. Dem folgt auch ein Teil der Literatur¹⁵¹; diesem ist zuzustimmen. Innerhalb des § 127 BGB sind an die Strenge der Form geringere Anforderungen zu stellen als im Rahmen der gesetzlichen Formvorschriften, auf die der Einzelne keinen Einfluss hat¹⁵². Wo die Vertragspartner autonom über die Form entscheiden können, ist es angebracht, zugunsten der privatautonomen Gestaltungsfreiheit die Schranken des § 127 Abs. 2 S. 1 BGB im weitest möglichen Sinne auszulegen. Ist die Form eines Rechtsgeschäfts nicht vom Gesetz vorgegeben, treten auch die den gesetzlichen Vorschriften zugrunde liegenden Formfunktionen zurück. Es besteht dann kein Bedürfnis, die *Schriftform* streng im Sinne der Urkunde des § 126 Abs. 1 BGB auszulegen. Es ist daher gerechtfertigt, die Schriftform i. S. d. § 127 BGB gleichsam negativ zu definieren und – als äußersten Sinn des Wortlauts - allenfalls nicht-schriftliche, mündliche Formen herauszunehmen. Wollen die Parteien eine engere Regelung, können sie eine solche vereinbaren.

Haben die Parteien die Schriftform in einem Vertrag festgelegt, scheitern an einer solchen Formvorgabe allenfalls Telefonate und andere Formen mündlicher Übertragung. Entgegen § 126 BGB ist der Großteil elektronischer Willenserklärungen (insbesondere E-Mails sowie andere Erklärungen in Textform des § 126 b BGB) hingegen wirksam. Vertraglich festgelegte Schriftformerfordernisse bilden im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung der § 126 ff. BGB kaum eine relevante Schranke für elektronische Willenserklärungen. Auch wer ohne nähere Angaben die Schriftform im Vertrag verlangt, ist durch die Formvorschriften nicht davor sicher, eine Willenserklärung etwa per Fax oder E-Mail zu empfangen.

Im Hinblick auf das Beweisinteresse der Parteien, das durch die weitestgehende Öffnung der rechtsgeschäftlich vereinbarten Form für elektronische Erklärungen tangiert ist, enthält § 127 Abs. 2 S. 2 BGB jedoch eine Sonderregelung. Danach steht dem Empfänger einer über Telekommunikationsmittel versandten Willenserklärung das Recht zu, nachträglich eine dem § 126 BGB entsprechende Beurkundung, also eine handschriftlich unterschriebene Urkunde, zu erhalten. Diese Regelung betrifft jedoch nicht die Formwirksamkeit der Erklärung, sondern verbessert lediglich die beweisrechtliche Position der Parteien. Für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts ist sie damit ohne

¹⁴⁹ § 3 Nr. 16 und 17 des Telekommunikationsgesetzes, BGBl. I 1996, S. 1120 ff.

¹⁵⁰ Entwurfsbegründung zum Formvorschriftenanpassungsgesetz, BT-Drcks. 14/4987, S. 20 f. Ferner Stellungnahme der Bundesregierung, a. a. O., S. 43.

¹⁵¹ Palandt/Heinrichs, BGB, § 127 Rn. 2.

¹⁵² Förschler, in: MüKo-BGB, § 127 Rn. 10 f.

Bedeutung¹⁵³.

Im Ergebnis entspricht die Position der Parteien bei der gewillkürten Schriftform dank § 127 Abs. 2 S. 2 BGB damit demjenigen Schutz, den § 126 BGB in Fällen gesetzlicher Schriftform nach § 126 BGB durch das Erfordernis einer Urkunde verleiht.

VI. § 126 a BGB, elektronische Form

Wo das Gesetz die *Schriftform* verlangt, scheitern elektronische Willenserklärungen gleichsam kraft Natur der Sache an der Hürde des § 126 BGB. Die gesetzliche Schriftform erfüllen weder einfache noch solche elektronischen Erklärungen, die mit einer qualifizierten digitalen Signatur nach den Vorgaben des Signaturgesetzes¹⁵⁴ versehen sind. Dieses Ergebnis wird durch § 126 Abs. 3 BGB sowie durch § 126 a Abs. 1 BGB bestätigt. Im Rahmen der Neuregelung der Formvorschriften ist nunmehr klargestellt, dass die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform durch die *elektronische Form* des § 126 a BGB ersetzt werden kann, wo das Gesetz nicht entgegensteht (§ 126 Abs. 3 BGB). Das Gleiche soll gelten, wenn das Gesetz ausdrücklich die *eigenhändige Unterschrift* verlangt¹⁵⁵. Dies bestätigt im *Umkehrschluss* zum einen, dass eine elektronische Willenserklärung, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (§ 126 a BGB) versehen wurde, nicht die Schriftform selbst erfüllen kann, denn sie *ersetzt* diese bloß. *Erst Recht* gilt dies für eine einfache elektronische Willenserklärung. Einfache elektronische Willenserklärungen erfüllen damit allenfalls die Text-, jedoch nicht die Schriftform. Wo die Schriftform vorgesehen ist, ist – zumindest grundsätzlich¹⁵⁶ – eine eigenhändige Unterschrift notwendig¹⁵⁷. Elektronische Willenserklärungen scheiterten bisher somit an den von § 126 BGB aufgestellten Schriftformhürden. § 126 BGB stellte in seinem Anwendungsbereich eine relevante Schranke für den elektronischen Geschäftsverkehr dar.

Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund europarechtlicher Richtlinienvorgaben¹⁵⁸ unhaltbar geworden. Mit der Zulassung der elektronischen Form als Ersatz für die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB in § 126 Abs. 3 BGB hat der Gesetzgeber mit dem Formvorschriftenanpassungsgesetz diesen Befund weitgehend beseitigt und den elektronischen Geschäftsverkehr auch solchen Rechtsgeschäften zugänglich gemacht, für die das Gesetz die Schriftform verlangt. Nach §§ 126 Abs. 3, 126 a BGB kann ein mit einer *qualifizierten elektronischen Signatur* versehenes Dokument die Schriftform zumindest *ersetzen*. Dies impliziert, dass dem Erklärenden im Rahmen von Normen, die

¹⁵³ Palandt/Heinrichs, BGB, § 127 Rn. 4.

¹⁵⁴ Signaturgesetz vom 22.05.2001, BGBl. I, S. 876 ff.

¹⁵⁵ BT-Drcks. 14/4987, S. 14.

¹⁵⁶ Eine anerkannte Ausnahme zu diesem Prinzip findet sich in § 368 Abs. 1 BGB, bei dem die Rechtsprechung trotz des Schriftformerfordernisses auch maschinell erstellte Unterschriften – insb. auf Bankbelegen – genügen lässt. Palandt/Heinrichs, BGB, § 368 Rn. 3.

¹⁵⁷ BT-Drcks. 14/4987, S. 12.

¹⁵⁸ Siehe dazu sogleich unter 1.

Erklärungen in Schriftform verlangen, nach § 126 Abs. 3 BGB ein *Wahlrecht* darüber zusteht, ob er eine Erklärung nach § 126 Abs. 1 BGB konventionell schriftlich oder i. S. v. § 126 a BGB elektronisch abgeben möchte. Umgekehrt käme einem Adressaten durch die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB soweit kein Schutz gegenüber elektronischen Willenserklärungen zu, wie diese vom Versender durch elektronisch signierte Dokumente wirksam ersetzt werden könnten.

Bevor im Folgenden der Regelungsbereich des § 126 Abs. 3 BGB genauer dargestellt wird, soll zum Verständnis digital signierter Dokumente sowohl auf die rechtlichen Rahmenbedingungen elektronischer Signaturen als auch auf das im § 126 a BGB vorausgesetzte technische Verfahren der elektronischen Signierung eingegangen werden, soweit dieses für den Anwender relevant ist.

1. Gesetzliche Grundlagen

Die durch das Formvorschriftenanpassungsgesetz¹⁵⁹ geschaffenen §§ 126 Abs. 3, 126 a BGB setzen zum Teil richtlinienrechtliche Vorgaben um¹⁶⁰. Nach Art. 249 Abs. 3 EGV i. V. m. Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (ECommerce-RiLi) sind die EG-Mitgliedstaaten verpflichtet, den wirksamen Abschluss elektronischer Verträge zu gewährleisten. Wo mitgliedstaatliche Formvorschriften wie § 126 BGB in ihrem Anwendungsbereich das wirksame Zustandekommen elektronisch abzuschließender Verträge verhinderten, bestand somit gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 ECommerce-RiLi haben die Mitgliedstaaten insbesondere sicherzustellen, dass ihre Rechts- insbesondere Formvorschriften¹⁶¹ nicht dazu führen, dass Verträge nur deswegen keine rechtliche Wirksamkeit oder Gültigkeit haben, weil sie auf elektronischen Wege zustande kamen.

Streng genommen beschränkte sich der mit der ECommerce-RiLi geschaffene Anpassungsbedarf bürgerlichrechtlicher Vorschriften damit allein für Verträge, nicht jedoch für einseitige Rechtsgeschäfte. Mit der Änderung der allgemeinen Formvorschriften in § 126 Abs. 3 BGB folgt das BGB einer einheitlichen Lösung, die nicht zwischen Vertrag und einseitigem Rechtsgeschäft differenziert.

Des Weiteren zählt Art. 9 Abs. 2 ECommerce-RiLi Ausnahmetatbestände auf, in denen keine Gleichstellung elektronischer und konventioneller Vertragsschlüsse stattfinden müsse. Von der elektronischen Abwicklung ausgenommen werden können demnach Verträge, die Rechte an Immobilien mit Ausnahme von Mietrechten begründen oder

¹⁵⁹ Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, BGBl. I 2001, S. 1542 ff.

¹⁶⁰ Zwingend umzusetzende Vorgaben im Hinblick auf den elektronischen Rechtsverkehr ergaben sich aufgrund der europarechtlichen „Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (sog. E-Commerce-RiLi), ABLEG Nr. L 178 vom 17.07.2000, S. 1ff. sowie durch die Richtlinie über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABLEG 2000 Nr. L 13, S. 12 ff. (SignaturRiLi).

¹⁶¹ Erwägungsgrund Nr. 34 zur E-Commerce-RiLi.

übertragen, bei denen die Mitwirkung von Gerichten, Behörden oder öffentliche Befugnisse ausübenden Berufen gesetzlich vorgeschrieben ist (hierunter fallen insbesondere solche Rechtsgeschäfte, bei denen das deutsche Recht eine notarielle Beurkundung nach § 128 BGB bzw. eine öffentliche Beglaubigung nach § 129 BGB erfordert; der Notar übt nach § 1 BNotO bei der Beurkundung nach § 1 BeurkG öffentliche Befugnisse), Bürgschaftsverträge und Verträge über Sicherheiten, die von Personen außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit eingegangen werden, sowie Verträge im Bereich des Erbrechts oder des Familienrechts. Relevant werden diese Ausnahmetatbestände dort, wo das BGB Rechtsgeschäfte von der Abwicklung über elektronische Medien ausdrücklich ausnimmt¹⁶².

Vor dem Hintergrund des Ermöglichungsgrundsatzes¹⁶³ nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 ECommerce-RiLi hat sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden, den elektronischen Vertragsschluss dort, wo Schriftformvorschriften entgegenstehen, dadurch zu ermöglichen, dass eine Alternative zur Schriftform in Gestalt der qualifizierten elektronischen Signatur geschaffen wurde¹⁶⁴. § 126 Abs. 3 BGB ist dabei durchaus keine zwingende Folge der ECommerce-RiLi; ebenso denkbar wäre, entweder Schriftformerfordernisse schlicht aufzuheben, wo sie Art. 9 Abs. 1 ECommerce-RiLi entgegenstehen, oder diese im Gegenteil so (etwa i. S. v. § 128, 129 BGB) anzuheben, dass sie unter die Ausnahmetatbestände des Art. 9 Abs. 2 ECommerce-RiLi fallen¹⁶⁵. Eine Aufhebung der Schriftformerfordernisse verbietet sich jedoch dort, wo diesen ein besonderer Schutz auch des Erklärenden zugemessen wird (etwa § 766 BGB); einer Verschärfung der Form stehen Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs entgegen.

Nach § 126 Abs. 3 BGB kann die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden. § 126 a BGB verlangt dazu, dass der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen muss. Mit dem Begriff der *qualifizierten elektronischen Signatur* nimmt das BGB ausdrücklich Bezug auf das sog. Signaturgesetz (SigG)¹⁶⁶, das in Umsetzung der sog. SignaturRiLi¹⁶⁷ das überholte Gesetz zur digitalen Signatur von 1997¹⁶⁸ an neue europarechtliche Vorgaben angepasst hat¹⁶⁹. Ziel der SignaturRiLi ist in erster Linie die Sicherstellung der grenzüberschreitenden rechtlichen Anerkennung elektronischer Signaturen¹⁷⁰ als

¹⁶² Siehe dieses Kapitel, VII, 2.

¹⁶³ So bezeichnet Maennel, in: MMR 1999, S. 187 (190) die Vorgabe der Richtlinie zur Gleichstellung elektronischer und konventioneller Vertragsabschlussmöglichkeiten.

¹⁶⁴ Zum sehr umstrittenen Gesetzgebungsverfahren siehe Roßnagel, in: NJW 2001, S. 1817 (1818).

¹⁶⁵ Rapp, Rahmenbedingungen, S. 140.

¹⁶⁶ Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, BGBl. I 2001, S. 876 ff.

¹⁶⁷ Richtlinie über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, AbIEG 2000 Nr. L 13, S. 12 ff.

¹⁶⁸ Vorgängergesetz zum heutigen Signaturgesetz ist das *Gesetz zur digitalen Signatur*, das am 01.08.1997 als Art. 3 des G zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG) in Kraft trat, BGBl. 1997 I, S. 1870 ff.

¹⁶⁹ Zum Umsetzungsbedarf wegen der SignaturRiLi siehe Roßnagel, in: NJW 2001, S. 1817 (1818).

¹⁷⁰ Erwägungsgrund 6, 9 und 10 Der SignaturRiLi

Schlüsselfunktion für den Handel über das Internet¹⁷¹. Das deutsche¹⁷² SigG wird entsprechend seinem § 24 von einer Verordnung konkretisiert¹⁷³. Signaturgesetz und Signaturverordnung beschränken sich darauf, grundsätzliche technische und organisatorische Anforderungen für die Sicherheitsinfrastruktur digitaler Signaturen festzulegen; die Auswirkungen auf das Zivilrecht ergeben sich aus dem Formvorschriftenanpassungsgesetz.

Nach § 2 Nr. 1 SigG sind elektronische Signaturen alle Daten, die anderen elektronischen Daten beigelegt werden und zur Authentifizierung dienen. Mit der Authentifizierung der in einer Datei verkörperten Erklärung ist bereits die wesentliche Aufgabe elektronischer Signaturen umrissen. Zugleich deutet § 2 Nr. 1 SigG den dazu verwandten Mechanismus der Verknüpfung einer elektronischen Datei mit einer anderen, der eigentlichen Signaturdatei, an. Einfache Signaturen erfüllen noch nicht die Voraussetzungen des § 126 a BGB, denn sie haben keinen Sicherheitswert, müssen weder fälschungssicher noch fest mit dem Dokument verbunden sein¹⁷⁴. Damit eine elektronische Signatur die von § 126 a BGB gestellten Anforderungen erfüllt, muss sie weitere Sicherheitsmerkmale erfüllen.

Das SigG folgt einer Einteilung, die sich in der SignaturRiLi findet, welche ihrerseits zwischen *einfachen*, *fortgeschrittenen* und *qualifizierten elektronischen Signaturen* unterscheidet¹⁷⁵. Gegenüber einfachen müssen fortgeschrittene elektronische Signaturen die in § 2 Nr. 2 SigG festgelegten besonderen technischen und organisatorischen Anforderungen erfüllen, die der technischen, personellen und organisatorischen Sicherheit des Signierverfahrens dienen sollen¹⁷⁶.

Qualifizierte elektronische Signaturen, die nach § 126 Abs. 3 BGB allein als Schriftformersatz in Frage kommen und an die allein auch das SigG spezifische Rechtsfolgen knüpft¹⁷⁷, setzen zusätzliche Anforderungen an die Authentifizierung und Identifizierung des Erklärenden. Als derart qualifizierte elektronische Signaturen kommen allein *fortgeschrittene elektronische Signaturen*, die auf einem gültigen *qualifizierten Zertifikat* beruhen und mit einer *sicheren Signaturerstellungseinheit*¹⁷⁸ erzeugt wurden (§ 2 Nr. 3 SigG/wortgleich mit der SignaturRiLi).

Damit folgt das SigG im Hinblick auf die Authentifizierung und Identifizierung den Vorgaben der SignaturRiLi. Die *qualifizierte elektronische Signatur* dient der Authentifizierung und soll folglich kenntlich machen, dass die Signatur auch von dem angegebenen Aussteller stammt. Nach Art. 2 Nr. 2 lit. a, c und d SignaturRiLi ist die

¹⁷¹ Möglich, in: MMR 2000, S. 7 (8).

¹⁷² Zu ausländischen Signaturvorschriften siehe Lisch; in: Hoeren/Schüngel, Rechtsfragen, S. 357 ff.

¹⁷³ Verordnung zur elektronischen Signatur, SigV 2001, BGBl. I, S. 3074 ff.

¹⁷⁴ Geis, in: MMR 2000, S. 667 (669).

¹⁷⁵ Vgl. Art. 2 Nr. 1, 2 und 3 SignaturRiLi.

¹⁷⁶ Büllsbach/Rieß/Miedbrodt, in: Geis (Hrsg.), Signatur, S. 1 (13).

¹⁷⁷ Rossnagel, in: NJW 2001, S. 1817 (1820).

¹⁷⁸ *Qualifizierte Zertifikate* sind nach § 2 Nr. 7 SigG Zertifikate, welche die Voraussetzungen des § 7 SigG erfüllen und die von Zertifizierungsdiensteanbietern ausgestellt werden, die alle Anforderungen des Gesetzes und der künftigen Signaturverordnung erfüllen.

Sichere Signaturerstellungseinheiten sind nach § 2 Nr. 10 SigG Software und Hardwareeinheiten zur Speicherung und Anwendung des jeweiligen Signaturschlüssels, die für die qualifizierte elektronische Signaturen bestimmt sind und die Gesetzesanforderungen erfüllen.

Signatur ausschließlich dem Unterzeichner zugeordnet und wird mit Mitteln erstellt, die der Unterzeichner in seiner alleinigen Kontrolle halten kann und so mit den Daten, auf die sie sich bezieht, verknüpft ist, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann. Fälschungen sollen weiterhin durch die Verwendung einer sicheren Signaturerstellungseinheit möglichst ausgeschlossen werden.

Die qualifizierte Signatur soll ebenso der sicheren Identifizierung des Unterzeichnenden dienen, weshalb ihr nach Art. 2 Nr. 2 lit. b und Nr. 9 SignaturRiLi ein *qualifiziertes Zertifikat* beizufügen ist¹⁷⁹.

2. Funktionsweise elektronischer Signaturen

Bei Schriftstücken im Sinne des § 126 Abs. 1 BGB übernimmt die Verkörperung der Erklärung auf einer Urkunde die Gewährleistung der Authentizität – oder Unverfälschtheit – des Erklärungsinhalts. Dessen nachträgliche Veränderungen setzen Manipulationen der Urkunde selbst voraus, erfordern damit einigen Aufwand und können unter Umständen (etwa anhand sichtbarer Radierungen) leicht nachvollzogen werden. Die eigenhändige Unterschrift gewährleistet die Identifizierung des Erklärenden.

Elektronische Erklärungen hingegen haben mangels Verkörperung keine Geschichte; nachträgliche Veränderungen der Erklärungen können damit nicht ohne weiteres nachvollzogen werden¹⁸⁰. Sowohl eine spurlose Veränderung einer Datei als auch die Generierung einer gänzlich frei erfundenen Erklärung unter fremdem Namen sind so möglich.

Diesen Schwachpunkten elektronischer Dokumente begegnet das Prinzip elektronischer Signaturen mit kryptografischen Verschlüsselungsverfahren. Der öfters verwandte Terminus der *elektronischen Unterschrift*¹⁸¹ führt insoweit in die Irre, als damit auch eigenhändige Unterschriften assoziiert werden können, die auf sog. Notepads als Automatisierung des Schriftbildes des Unterzeichnenden erfolgen können. Eine digitale oder¹⁸² elektronische Signatur hingegen ist – wie schon der Definition des § 2 Abs. 1 SigG zu entnehmen ist – eine Computerdatei, also eine digitale Abfolge von Zahlen, die anderen elektronischen Daten beigefügt wird. Die eigenhändige Unterschrift wird bei elektronischen Signaturen durch mathematische kryptografische Verfahren ersetzt.

In der Praxis folgt die Technik der elektronischen Signatur dem Prinzip des sog. asymmetrischen Verschlüsselungsverfahrens. Im Gegensatz zur gleichsam *klassischen symmetrischen* Verschlüsselung, bei der ein Absender ein Dokument mit demselben

¹⁷⁹ Näher zum Angebot *qualifizierter Signaturverfahren* sowie zum *akkreditierten Signaturverfahren* Rossnagel, in: NJW 2001, S. 1817 (1820 f.).

¹⁸⁰ Sanner, Digitale Signatur, S. 4.

¹⁸¹ Deville/KaltheGener, in: NJW-CoR 1997, S. 168 (168).

¹⁸² Wenn beide Begriffe synonym verwendet werden, ist zu beachten, dass lediglich das SigG 1997 von *digitalen*, das geltende Recht (SigG 2001) hingegen nur noch von *elektronischen Signaturen* spricht.

Schlüssel verschlüsselt, mit dem der Empfänger es öffnet¹⁸³, setzt das *asymmetrische Signaturverfahren*¹⁸⁴ unterschiedliche Schlüssel zur Ver- und Entschlüsselung der übertragenen Datei voraus. Schlüssel in diesem Sinne sind alle mathematisch-technischen Hilfsmittel, welche es ermöglichen, ein für jedermann lesbares Dokument so zu chiffrieren, dass es ohne die Anwendung des dazugehörigen öffentlichen Schlüssels niemandem möglich ist, den Inhalt des Dokuments zu entziffern oder zu verändern¹⁸⁵.

Der Absender verwendet einen privaten, geheimen Schlüssel zur Verschlüsselung der Daten, der Empfänger benutzt dann einen allgemein zugänglichen öffentlichen Schlüssel¹⁸⁶ zum Entschlüsseln (sog. Public Key System¹⁸⁷).

Die Teilnahme am elektronischen Signaturverfahren, wie es im SigG ausgestaltet und von § 126 a BGB erwartet wird, setzt damit das Vorhandensein einer technischen Infrastruktur bei jedem Teilnehmer voraus. Jeder Benutzer erhält ein aus einem privaten und einem öffentlichen Algorithmus¹⁸⁸ bestehendes, mathematisch einmaliges Schlüsselpaar. Mit einem privaten Schlüssel verschlüsselt der Anwender sein elektronisches Dokument; der Empfänger kann das Dokument mit dem korrespondierenden öffentlichen Schlüssel des Absenders (und nur mit diesem) entziffern.

Das Schlüsselpaar erhält jeder Anwender meist durch eine unabhängige Stelle (Zertifizierungsstelle, vgl. § 3 Nr. 8 SigG) auf Antrag¹⁸⁹ zugewiesen. In der Praxis wird der geheime, eigene Schlüssel auf einer nicht auslesbaren Chipkarte gespeichert. Den dazugehörigen öffentlichen Schlüssel erhält der Empfänger entweder vom Absender oder aus einer öffentlichen Datenbank der Zertifizierungsstelle¹⁹⁰.

a. Signieren einer Erklärung

Die elektronische Signierung eines Dokuments setzt neben der zum Anschluss der Chipkarte an den Computer notwendigen Hardware (sog. Lesegerät) eine entsprechende Signatursoftware¹⁹¹ voraus. Diese greift auf einen Menübefehl hin auf vom Anwender – etwa mit Hilfe eines Textverarbeitungsprogramms – bereits erstellte Dateien zu und wählt ein bestimmtes Dokument aus, um es elektronisch zu signieren - also mit Hilfe des geheimen Algorithmus zu chiffrieren.

Dieser Algorithmus wird aus Zeitgründen nicht direkt auf das zu signierende Dokument

¹⁸³ Kühn, in: Hoeren/Schüngel, Rechtsfragen, S. 65 (72).

¹⁸⁴ Ausführlich zu den kryptografischen Grundlagen der elektronischen Signatur siehe Bieser/Kersten, Elektronisch unterschreiben, S. 20 ff.

¹⁸⁵ Schweppe, in: Hoeren/Queck, Informationsgesellschaft, S. 120 (122).

¹⁸⁶ Sanner, Digitale Signatur, S. 8.

¹⁸⁷ Schwemmer, in: DuD 2000, S. 70 (71).

¹⁸⁸ Als Algorithmus werden mathematisch-technische Verfahren zur Erzeugung und Prüfung digitaler Signaturen verstanden, Kühn, in: Hoeren/Schüngel, Rechtsfragen, S. 65 (68).

¹⁸⁹ Zum Verfahren zwischen Antrag und Freischaltung der Chipkarte siehe, Mertes, in: Geis, Signatur, S. 29 (30 ff.).

¹⁹⁰ Mertes, in: Geis, Signatur, S. 29 (39).

¹⁹¹ Ein gängiges Signaturprogramm bietet etwa die Deutsche Telekom AG mit dem Produkt PKS Desktop zum kostenlosen download unter <http://www.telesec.de> an.

angewandt; für die Verschlüsselung einer umfangreichen Dokumentendatei ist das komplizierte asymmetrische Verfahren zu langsam¹⁹².

Um den sonst unverhältnismäßigen Rechenaufwand zu reduzieren, wird die eigentlich zu signierende Datei zunächst auf ihren sog. *Hashwert* reduziert. Dieser errechenbare Wert ergibt sich gleichsam als eine mathematische Quersumme des ursprünglichen Dokuments, vergleichbar einer spezifischen und praktisch einzigartigen¹⁹³ Kurzfassung der Ursprungsdatei. Wird eine Datei – auch noch so gering – verändert, ändert sich auch ihr *Hashwert*, ihr *digitaler Fingerabdruck*.¹⁹⁴

Erst (und nur) dieser neben der Ursprungsdatei existierende *Hashwert* ist nunmehr mit Hilfe des privaten Schlüssels zu chiffrieren. Nur dieser verschlüsselte Wert ist die *elektronische Signatur*¹⁹⁵. Somit muss an den Empfänger der Erklärung zunächst das eigentliche (unverschlüsselt gebliebene und somit ohne weiteres lesbare) Dokument übertragen werden, die elektronische Signatur wird dieser Datei lediglich *angehängt*.

b. Verifizieren durch den Empfänger

Eine Willenserklärung in elektronischer Form besteht damit mindestens¹⁹⁶ aus zwei Dateien, dem Quelldokument und der elektronischen Signatur. Da der Signiervorgang nur den *Hashwert*, nicht jedoch die eigentliche Ursprungsdatei verschlüsselt, bleibt diese – wenn sie der Absender nicht zusätzlich verschlüsselt hat¹⁹⁷ – für den Empfänger frei lesbar, sofern er über ein entsprechendes Programm (meist ein Standardprogramm zur Textverarbeitung) verfügt.

Die Verifizierung der elektronischen Signatur erfolgt zunächst allein anhand der verschlüsselten *Hashwert-Datei*. Voraussetzung dazu ist auf Empfängerseite ebenfalls eine entsprechende Signatursoftware, mit deren Hilfe aus der verschlüsselten Datei der ursprüngliche *Hashwert* rückerrechnet wird.

Gleichzeitig bildet der Empfänger aus dem ihm zugesandten Originaldokument seinerseits mit der entsprechenden Funktion den *digitalen Fingerabdruck* des Quelldokuments. Stimmen der entschlüsselte und der errechnete Wert überein, steht fest,

¹⁹² Im Vergleich zu einem symmetrischen Verschlüsselungsverfahren benötigt eine asymmetrische Chiffrierung um den Faktor 1000 mehr Rechenzeit. Zudem tendiert das Verfahren zu einer Vergrößerung der Datenmenge, Sanner, Signatur, S. 7.

¹⁹³ Vgl. die Motive zum SignaturG 1997, BR-Drcks. 966/96, S. 31: „Es muss praktisch unmöglich sein, verschiedene digitale Daten mit demselben digitalen Fingerabdruck zu finden.“

¹⁹⁴ Dobbertin, in: DuD 1997, S. 82 (83).

¹⁹⁵ Sanner, Signatur, S. 8.

¹⁹⁶ Üblich ist es, zusätzlich zum Quelldokument und der elektronischen Signatur eine weitere verschlüsselte Datei mit dem sog. *elektronischen Zertifikat* zukommen zu lassen. Durch dieses bestätigt der Zertifizierungsdiensteanbieter die Zuordnung eines öffentlichen Schlüssels zu einer bestimmten Person (des Absenders). Dieser zusätzliche Schutz erst komplettiert die Sicherheitsmechanismen der elektronischen Signatur, indem er dem Empfänger die Identifizierung des Absenders erlaubt. Dieser kann davon ausgehen, dass das Dokument von der Person stammt, die sich als Aussteller ausgibt und nach der Signierung nicht nachträglich verändert wurde, Rapp, Rahmenbedingungen, S. 10. Wird das *elektronische Zertifikat* nicht mit den Ursprungsdateien übertragen, kann es in einem öffentlichen Verzeichnis der Zertifizierungsstelle eingesehen werden, Schweppe, in: Hoeren/Queck, Rechtsfragen, S. 121 f.

¹⁹⁷ Die Verschlüsselung des Quelldokuments selbst ist keine notwendige Operation im Rahmen der elektronischen Signierung eines Dokuments, Mertes, in: Geis, Signatur, S. 46 ff.

dass die Signatur mit dem zum öffentlichen Schlüssel korrespondierenden privaten Schlüssel erzeugt wurde und während des Transports unverfälscht geblieben ist¹⁹⁸.

Durchaus denkbar ist danach, dass ein Empfänger zwar das ursprüngliche Dokument lesen, nicht jedoch die elektronische Signatur verifizieren kann, wenn ihm die dazu notwendige Software fehlt.

VII. Ersatzfunktion der qualifizierten elektronischen Signatur, § 126 Abs. 3 BGB

§ 126 Abs. 3 BGB lässt als Ersatz der durch das Gesetz vorgeschriebenen Schriftform grundsätzlich die elektronische Form nach § 126 a BGB genügen, soweit nicht das Gesetz Ausnahmen statuiert¹⁹⁹.

Damit hat der Erklärende, dem das Gesetz eine Willenserklärung in *Schriftform* abverlangt, die Wahl, ob er diese als unterschriebene Urkunde i. S. d. § 126 BGB in den Rechtsverkehr entlässt oder als mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehenes Dokument. Die Regelung des § 126 Abs. 3 BGB erweitert dort, wo das Gesetz die Schriftform verlangt, mithin das einem Absender schon bisher zustehende Wahlrecht über die Form seiner Willenserklärung. Nach bisheriger Rechtslage konnte die Schriftform des § 126 BGB ebenso durch eine nach § 128 BGB notariell beurkundete oder eine nach § 129 BGB öffentlich beglaubigte Willenserklärung eingehalten werden²⁰⁰.

Im Hinblick auf §§ 128, 129 BGB wird dies damit begründet, dass beide Formen ein *Mehr* gegenüber der schlichten Schriftform darstellen²⁰¹. Die elektronische Form soll die Schriftform nach dem Willen des Gesetzgebers hingegen ersetzen können, weil sie dieser weitestgehend *gleichwertig* ist²⁰².

1. Funktionsäquivalent

Die behauptete (oder bestrittene) Funktionsäquivalenz zwischen schriftlichen und elektronischen Dokumenten ist seit Beginn der Diskussion um die Formwirksamkeit elektronischer Willenserklärung stets ein zentrales Topos der Begründung gewesen²⁰³.

¹⁹⁸ Kühn, in: Hoeren/Schüngel, Rechtsfragen, S. 65 (77).

¹⁹⁹ Vgl. auch die Gesetzesbegründung des FormvorschriftenanpassungsG, BT-Drcks. 14/4987, S. 14.

²⁰⁰ Palandt/Heinrichs, BGB, § 126 Rn. 13 sowie § 129 Rn. 3.

²⁰¹ Palandt/Heinrichs, a. a. O.

²⁰² Gesetzesbegründung des FormvorschriftenanpassungsG, BT-Drcks. 14/4987, S. 15.

²⁰³ Vor Änderung der §§ 126 ff. BGB zogen etwa folgende Autoren den Vergleich der Erfüllung von Formfunktionen durch schriftliche und elektronische Dokumente als Begründungsmuster heran: Ebbing, in: CR 1996, S. 271 ff.; im Ansatz auch Fritsche/Malzer, in: DNotZ 195, S. 3 (21 ff.). Allgemein zur teleologischen Auslegung der Formvorschriften im Hinblick auf den elektronischen Rechtsverkehr Hagen, in: Bundesnotarkammer, FS Schippel, S. 173 ff. Im Internationalen Bereich vgl. vor allem Art. 5 Abs. 1 der EU-SigRiLi. Dieser bestimmt, dass qualifizierte elektronische Signaturen „die rechtlichen Anforderungen an eine Unterschrift in Bezug auf in elektronischer Form vorliegende Daten in gleicher Weise erfüllen wie handschriftliche Unterschriften in Bezug auf Daten, die auf Papier vorliegen.“

Auch der Gesetzgeber des Formvorschriftenanpassungsgesetzes geht zur Begründung der grundsätzlichen Ersatzfunktion qualifiziert elektronisch signierter Dokumente davon aus, dass jene so ausgestaltet sei, dass sie die mit der Schriftform bezweckten Leistungsfunktionen regelmäßig sicherstellt (sog. Funktionsäquivalenz)²⁰⁴. Fortgeschrittene elektronische Signaturen, die auf einem qualifizierten Zertifikat eines Diensteanbieters beruhen und von einer sicheren Signaturerstellungseinheit erstellt würden, seien grundsätzlich in der Lage, diese Funktionsäquivalenz zu gewährleisten. Als zentrale Rechtfertigung dafür, dass vom Gesetz in Schriftform geforderte Erklärungen nunmehr dank § 126 Abs. 3 BGB grundsätzlich auch elektronisch formwirksam abgegeben werden können, soll dieses Argument im Folgenden näher beleuchtet werden.

a. Funktionen der Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB

Der Eingriff in die Privatautonomie durch Errichtung von Schriftformerfordernissen wird wie folgt gerechtfertigt: Der Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB kommen verschiedene Funktionen zu²⁰⁵, die je nach Vorschrift unterschiedlich gewichtet sind, sich überschneiden oder nur zum Teil wirksam werden²⁰⁶.

- Die Schriftform mit ihrem Unterschriftserfordernis dient dem räumlichen Abschluss des Textes, wodurch der Vertragsschluss von bloßen Vorverhandlungen abgegrenzt werden soll (sog. *Abschlussfunktion*);
- eine Niederschrift sichert die dauerhafte Wiedergabe des Erklärungsinhalts in einer Urkunde, wodurch dieser dauerhaft überprüfbar bleibt (*Perpetuierungsfunktion*),
- Durch die eigenhändige Namensunterschrift ist eine Zuordnung der Erklärung zum Unterzeichner möglich, wodurch zugleich die Identität des Erklärenden offengelegt wird (*Identitätsfunktion*),
- die Individualität der Schriftzüge der Namensunterschrift und die räumliche Verbindung von Unterschrift und Urkunde erlauben (etwa durch einen Unterschriftenvergleich) den Rückschluss darauf, dass die Erklärung inhaltlich vom Unterzeichner herrührt und nicht nachträglich verändert wurde (*Echtheits- und Verifikationsfunktion*),
- die eigenhändige Unterschrift dient dem Interesse an der Beweisführung (insbesondere § 416 ZPO) und der Offenlegung des Geschäftsinhalts (*Beweisfunktion*),
- die Unterschrift stellt einen Übereilungsschutz dar (*Warnfunktion*).

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden die Erfüllung der sonst der Schriftform zukommenden Funktionen durch die elektronische Form des § 126 a BGB dargestellt

²⁰⁴ Begründung zum Formvorschriftenanpassungsgesetz, BT-Drcks. 14/4987, S. 15 ff.

²⁰⁵ Die nachfolgende Zusammenstellung ist entnommen: Heldrich, in: AcP 147 (1941) S. 89 ff. (grundlegend); Kindl, in: MittBayNot 1999, S. 29 (36 ff.); Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (21 ff.) sowie der Gesetzesbegründung BT-Drcks. 14/4987, S. 15 ff.

²⁰⁶ Brox, BGB AT, § 13 II..

werden.

b. Funktionsäquivalenz der elektronischen Form

Wo der Schriftform die Funktion zukommen soll, den *Abschluss* der Erklärung zu dokumentieren, wird diese Abschlussfunktion elektronisch durch die *Hashwertfunktion* als erfüllt angesehen. Die elektronische Signatur bezieht sich auf den elektronischen Fingerabdruck, der sich zwingend erst aus dem abgeschlossenen Dokument errechnen lässt²⁰⁷.

Die *Perpetuierungsfunktion*, die sonst der Verkörperung von Urkunden zukommt, ist bei elektronischen Dokumenten durch die Möglichkeit der Speicherung und jederzeitigen Wiedergabemöglichkeit etwa als Bildschirminhalt bzw. Computerausdruck gewährleistet²⁰⁸. Der im Rahmen des Urkundenbegriffs geführte Streit um die *Körperlichkeit* elektronischer Erklärungen²⁰⁹ ist damit nach dem Willen des Gesetzgebers zumindest dahingehend entschieden, dass eine Speicher- und Wiedergabemöglichkeit der Verkörperung zumindest gleichkommt.

Die Sicherstellung der *Identität des Erklärenden* als einer der zentralen Gesichtspunkte der Schriftformfunktion kann durch das rein mathematische Verfahren der elektronischen Signierung allein naturgemäß nicht erfüllt werden: Die Errechnung und Signierung des *Hashwerts* eines Dokuments kann von jedermann geleistet werden, der – dann unberechtigt - im Besitz der Schlüsselzertifikate eines Dritten ist. Der mathematische Prozess weist nicht den spezifischen und unverwechselbaren Bezug zum Zertifikatsinhaber auf, wie es eine eigenhändige Unterschrift leistet²¹⁰. Daran ändert auch nichts, dass der Erklärung nach § 126 a BGB der Name anzufügen ist, der per Tastatur von jedermann herstellbar ist.

Die Identitätsfunktion wird erst durch das Hilfsmittel des Signaturschlüssel-Zertifikates des Zertifizierungsdiensteanbieters als gewahrt angesehen. Durch jene - meist im Anhang an die eigentliche digitale Signatur des Quelldokuments zusätzlich anzuhängende – Datei bestätigt damit erst ein unparteiischer Dritter die Zuordnung eines öffentlichen Schlüssels zu einer bestimmten Person (des Absenders)²¹¹.

Die Wahrung der Identitätsfunktion hängt damit entscheidend von der Zuverlässigkeit des Zertifizierungsdiensteanbieters als Drittem ab. Die Sicherstellung dessen Vertrauenswürdigkeit durch das Aufsichts-, Bußgeld und Haftungssystem des Signaturgesetzes hingegen wird allgemein als ausreichend angesehen²¹². Die

²⁰⁷ Kindl, in: MittBayNot 1999, S. 29 (37).

²⁰⁸ BT-Drcks. 14/4987, S. 16.

²⁰⁹ Die *Körperlichkeit* elektronischer Daten bejahend Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1995, S. 3 (19); Fringuelli/Wallhäuser, in: CR 1999, S. 93 (95); Heun, in: CR 1995, S. 595 (560); Ultsch, in: DZWir 1997, S. 467

²¹⁰ Erber-Faller, in: CR 1996, S. 375 (377 f.).

²¹¹ Fritsche/Malzer, in: DNotZ 1996, S. 3 (21).

²¹² Geis, in: Geis, Signatur, S. 155 (166): „Diese nachgewiesene Sicherheit, wie sie auch in anderen technischen Bereichen zum Sicherheitsstandard gehört, bedeutet höchste Beweisqualität im elektronischen Geschäftsverkehr.“; Ferner Rapp, Rahmenbedingungen, S. 159; Ausführlich zum Sicherungskonzept

verbleibenden Risiken im Hinblick auf die Identitätsfunktion werden darin gesehen, dass zwar bei der anfänglichen Zertifikatserstellung eine wirksame Kontrolle der Identität des Antragsstellers gegeben ist (§ 5 Abs. 1 SigG), der nachträgliche Einsatz der Signiermedien hingegen über unpersönliche Mechanismen, durch Passwörter und PIN-Nummern, möglich ist, so dass nicht auszuschließen ist, dass die Zertifikate unerkannt und missbräuchlich von einem Dritten benutzt werden können²¹³ - die Identitätsfunktion ist folglich gefährdet. Besonders angesichts der Fälschbarkeit papiergebundener Dokumente wird dieses Risiko für vertretbar gehalten²¹⁴; die Lücke soll mit Hilfe biometrischer²¹⁵ Verfahren geschlossen werden²¹⁶.

Im Hinblick auf die *Echtheits-* und *Verifikationsfunktion* ist die elektronische Form des § 126 a BGB der herkömmlichen Schriftform sogar überlegen. Die Verifizierung einer elektronischen Signatur anhand des *Hashwertvergleichs* offenbart mit praktisch²¹⁷ absoluter Zuverlässigkeit nachträgliche Veränderungen der abgesandten Erklärung. Nachträgliche Änderungen einer Unterschrift hingegen sind nicht immer erkennbar²¹⁸.

Die Verifikation und Authentifizierung des Erklärenden und damit die Tatsache, dass der übermittelte Erklärungsinhalt tatsächlich von der Person stammt, die signiert hat, ist angesichts des technisierten und damit unpersönlichen Signierverfahrens wiederum nur mit Hilfe des Signaturschlüssel-Zertifikates eines Dritten möglich. Dieses ermöglicht ihm, angesichts der Sicherungsmechanismen des SigG einen zuverlässigen Rückschluss auf die Person des Signatursausstellers²¹⁹.

Die *Beweisfunktion* eines qualifiziert elektronisch signierten Dokuments dokumentiert nunmehr § 292 a ZPO. Soweit der Gesetzgeber jedoch davon ausgeht, mit dem dort verankerten Anscheinsbeweis eine gegenüber dem Urkundenbeweis der §§ 416 ff. ZPO stärkere prozessuale Position geschaffen zu haben, ist dem die zutreffende Kritik der Literatur an der Regelung des § 292 a ZPO entgegenzuhalten: Die trotz § 292 a ZPO verbliebene Sicherheitslücke²²⁰ stellt den *Beweiswert* elektronisch signierter Dokumente gegenüber dem Urkundenbeweis der §§ 416 ff. ZPO in Frage.

Eine Einschränkung der Funktionsäquivalenz ergibt sich im Hinblick auf die *Warnfunktion* der Schriftform. Diese wird allgemein darauf gestützt, dass die Schriftform durch die Notwendigkeit, ein Dokument herzustellen und es anschließend zu

Sanner, Digitale Signatur, S. 23 ff.

Zur Haftung von Zertifizierungsstellen ausführlich: Büllsbach/Pooth/Stauder, in: Hoeren/Schüngel, Rechtsfragen, S. 175 ff.

²¹³ BT-Drcks. 14/4987, S. 16.

²¹⁴ Rapp, Rahmenbedingungen, S. 159.

²¹⁵ Als biometrische Verfahren gelten alle Sicherungsmechanismen, die physiologische oder motorische Kennzeichen einer Person zu deren Identifizierung nutzen, etwa Fingerabdrücke, Scans der Augeniris, Stimmanalysen, DNS-Prüfung. Vgl. bei Bankautomaten Russenschuck, Auszahlung, S. 39 ff.

²¹⁶ BT-Drcks. 14/4987, S. 16 f.

²¹⁷ Die rechnerische Möglichkeit sog. *Kollisionen zweier identischer Hashwerte*, die ein Austausch zweier Ursprungsdokumente zulassen, untersucht Sanner, Digitale Signaturen, S. 10 ff. Bei entsprechender Bit-Länge der *Hashwerte* sei das System jedoch faktisch sicher herstellbar.

²¹⁸ Köhler, in: FS Schippel, S. 209 (219).

²¹⁹ Rapp, Rahmenbedingungen, S. 162.

²²⁰ Eine Sicherheitslücke besteht dort, wo Signatursaussteller keine *akkreditierte* Signatur anbieten, somit auch keine Vorabüberprüfung der technisch-organisatorischen Sicherheit nach § 15 Abs. 1 S. 4 SigG erfolgt ist.

unterschreiben, zum einen ein *retardierendes Moment* besitze²²¹; der Unterzeichnende gewinne Zeit, sich über die Reichweite des Geschäfts bewusst zu werden und es notfalls zu unterlassen. Zum anderen werde die Warnfunktion dadurch erreicht, dass die „Schriftform die Aufgabe des Warnens und des Schutzes vor Übereilung in erster Linie aufgrund ihrer langen *Tradition* und nicht wegen ihrer inhaltlichen Ausgestaltung so gut zu erfüllen vermag“²²².

Das retardierende Moment kann durch die verschiedenen Schritte, die bis zur Erstellung einer formwirksamen Signatur notwendig sind, noch durchaus als erfüllt angesehen werden²²³ – von der Erstellung des Dokuments über das Einstecken der Signaturkarte und das Eintippen der PIN bis hin zur Übermittlung der Dateien.

Hingegen sieht schon der Gesetzgeber, dass sich angesichts der relativ jungen Medien der elektronischen Übermittlung im Rechtsverkehr und der bisher im Privatrecht fehlenden Verankerung noch keine soziale Tradition der rechtsverbindlichen elektronischen Signatur entwickeln konnte²²⁴; das zweite Element der Warnfunktion der Schriftform – das Bewusstsein der Rechtserheblichkeit des Vorgangs – steht damit bei elektronisch signierten Dokumenten in Frage²²⁵.

Die in § 6 Abs. 2 SigG verankerte Belehrungspflicht des Signaturdiensteanbieters hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit einer digitalen Signatur wird in der Literatur als nicht ausreichend angesehen, um ein dahingehendes soziales Bewusstsein zu schaffen²²⁶.

Soweit die elektronische Form in dieser Hinsicht (noch) hinter die konventionelle Schriftform zurückfällt, spricht dies nicht gegen die grundsätzliche Funktionsäquivalenz der elektronischen Form. Wo besonderes Gewicht auf der Warnfunktion der Schriftform liegt, kann der Gesetzgeber angemessen dadurch reagieren, dass er entsprechende Rechtsgeschäfte als Ausnahmen zum Grundsatz des § 126 Abs. 3 BGB von einer elektronischen Abwicklung ausnimmt²²⁷.

Mit dieser Einschränkung jedoch erfüllt die elektronische Form die sonst mit der Schriftform gewährten Formfunktionen. Die in § 126 Abs. 3 BGB festgelegte Ersatzfunktion der elektronischen Form findet so ihre innere Rechtfertigung im System der zivilrechtlichen Formvorschriften.

2. Gesetzliche Ausnahmen als Schranke

Nach § 126 Abs. 3 BGB kann die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Soweit das BGB damit Ausnahmen für bestimmte Rechtsgeschäfte macht, kann die Schriftform dort nicht durch

²²¹ Fringuelli/Wallhäuser, in: CR 1999, S. 93 (100).

²²² BT-Drcks. 14/4987, S. 17.

²²³ Malzer, in: DNotZ 1998, S. 98 (107).

²²⁴ BT-Drcks. 14/4987, S. 17.

²²⁵ So auch Palandt/Heinrichs, BGB, § 126 a Rn. 5.

²²⁶ Kindl, in: MittBayNot 1999, S. 29 (37); a. A. hingegen Deville/Kalthegeger, in: NJW-CoR 1997, S. 168 (172).

²²⁷ So ausdrücklich Rapp, Rahmenbedingungen, S. 166.

qualifiziert elektronisch signierte Dokumente erfüllt werden, da sonst die Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 1 BGB droht. Gesetzliche Ausnahmen stellen damit für § 126 a BGB eine relevante Formschranke des elektronischen Rechtsgeschäftsverkehrs dar. Im Rahmen folgender Rechtsgeschäfte des BGB können elektronische Willenserklärungen nicht rechtswirksam abgegeben werden: § 484 Abs. 1 S. 2 (ehem. § 3 TzWrG), § 492 Abs. 1 S. 2 (ehem. § 4 VerbrKG), § 623, § 630 S. 2, § 761, § 766, § 780, § 781. Außerhalb des BGB sind § 73 S. 3 HGB (Zeugnis des Handlungsgehilfen) sowie § 2 Abs. 1 NachweisG (Arbeitnehmer-Informationen über Vertragsbedingungen) von elektronischen Übermittlung ausgeschlossen.

a. Richtlinienkonforme Umsetzung

Zum Teil ergeben sich die genannten Ausnahmen aus richtlinienrechtlichen Vorgaben.

§ 484 Abs. 1 S. 2 BGB (ehem. § 3 TzWrG) regelt die Teilnutzung von Wohngebäuden als Sonderfall des Rechtskaufs, bei dem die Übertragung des Nutzungsrechts im Gegenleistungsverhältnis zur Kaufpreiszahlung steht²²⁸.

Damit unterfällt das Teilzeitwohnrecht schon der Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 2 E-Commerce RiLi, der festlegt, dass für Verträge, die „Rechte an Immobilien mit Ausnahme von Mietrechten begründen und übertragen“ nicht dem elektronischen Rechtsverkehr zugänglich gemacht werden müssen. Obwohl eine Rechtfertigung der Ausnahme zu § 126 Abs. 3 BGB somit gar nicht erforderlich ist, stellt die Gesetzesbegründung zum Formvorschriftenanpassungsgesetz fest, dass der Ausschluss in § 484 Abs. 1 S. 2 BGB notwendig sei, um das Schriftlichkeitserfordernis, das auf Art. 4 der Time-Sharing-RiLi²²⁹ zurückgehe, zu erfüllen.

Diese Begründung ist nur vor dem Hintergrund des Art. 1 Abs. 3 ECommerce-RiLi verständlich. Dieser bestimmt, dass durch die Gleichstellung von schriftlicher elektronischer Form das Schutzniveau des europäischen Verbraucherschutzes unberührt bleibt, soweit die Freiheit, Dienste der Informationsgesellschaft anzubieten, nicht eingeschränkt wird. Ob damit – wie der Gesetzgeber darlegt – wirklich zwingend erforderlich ist, die genannten Verträge vom Regelungsbereich der ECommerce-RiLi auszunehmen, um Verbraucherschutzvorschriften vorgehender Richtlinien genügen zu können, mag fraglich sein²³⁰. Forderten frühere Richtlinien die Schriftform, die ECommerce-RiLi hingegen die Ermöglichung elektronischer Form, so löst sich der Konflikt schon nach der allgemeinen Regel *lex posterior derogat legi priori*. Soweit das Niveau des Verbraucherschutzes als solches nicht berührt ist (etwa durch Beseitigung bestehender Rechte), setzen sich im Hinblick auf die Regelungen zur Schriftform die

²²⁸ Palandt/Putzo, BGB § 481 Nr. 1.

²²⁹ RiLi 94/97/EWG.

²³⁰ Rapp, Rahmenbedingungen, S. 170 f. sieht hier einen Fall der Kollision zweier europarechtlicher Richtlinien, der im Sinne der E-Commerce-RiLi aufzulösen sei, so dass die genannten Verträge durchaus auf elektronischem Wege abgeschlossen werden könnten.

neueren Bestimmungen der ECommerce-RiLi durch. Die Ausnahme wäre, entgegen der Ansicht des Gesetzgebers, damit nicht zwingend notwendig gewesen.

Für die hier zu beantwortende Frage nach den Schranken für Willenserklärungen in elektronischer Form soll dieser Umstand jedoch dahingestellt bleiben. Die Ausnahme des § 484 Abs. 1 S.2 BGB ist nach Art. 9 der ECommerce-RiLi ohnehin gerechtfertigt.

Mit verbraucherrechtlichen Zwängen aus vorgegangenen Richtlinien rechtfertigt der Gesetzgeber ebenso § 492 Abs. 1 S. 2 BGB (ehem. § 4 VerbrKG) sowie § 2 NachweisG. Jeweils ergäben sich die Ausnahmen aus europarechtlichen Vorgaben²³¹. Auch hier mag zweifelhaft sein, ob die Begründung des Gesetzgebers trägt. Für die hier darzustellenden Grenzen für Willenserklärungen in elektronischer Form soll die Frage jedoch dahingestellt bleiben. Entscheidend ist die Festlegung von Ausnahmen zu § 126 Abs. 3 BGB durch den Gesetzgeber. Europarechtlich sind die Ausnahmen durch Art. 9 Abs. 2 E-Commerce-RiLi gedeckt.

b. Arbeitsrecht

§§ 623, 630 S. 2 BGB sowie § 73 S. 2 HGB schließen für die Kündigung elektronische Form aus, Zeugnisse dürfen nicht elektronisch übersandt werden. Die Beschränkung der Kündigung auf die Schriftform diene dem Übereilungsschutz des Arbeitnehmers; die elektronische Form könne die Warnfunktion hier nicht gleichwertig erfüllen²³².

Die Zeugniserteilung sei hingegen deshalb auf die konventionelle Übermittlung beschränkt, weil es noch nicht üblich sei, Dritten Arbeitszeugnisse anders als in Schriftform zu präsentieren²³³.

Europarechtlich zulässig sind die Ausnahmen, weil die ECommerce-RiLi (§ 9 Abs. 1 RiLi) die Gleichstellung von Schrift- und elektronischer Form lediglich für *Verträge*, nicht jedoch für einseitige Rechtsgeschäfte oder Realakte fordert.

c. Besonderes Schutzbedürfnis

Ein Teil der Ausnahmen zu § 126 Abs. 3 BGB versteht sich vor dem Hintergrund der Einschätzung des Gesetzgebers, die elektronische Form erfülle (noch) nicht im selben Maße die Warnfunktion, wie dies die Schriftform mit ihrer langen Tradition vermöge. Entsprechend nimmt § 761 S. 2 BGB das Leibrentenversprechen, § 766 S. 2 BGB die Bürgschaftserklärung sowie §§ 780, 781 BGB das Schuldversprechen bzw. -anerkennnis von der elektronischen Abwicklung aus. „Bis sich die elektronische Form im Rechtsverkehr in gleicher Weise etabliert hat und die Warnfunktion vergleichbar der

²³¹ Richtlinie des Rates 91/533/EWG über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, ABL. 1991 Nr. L 288, S. 32 ff.; Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG. Siehe Gesetzesbegründung zum Formvorschriftenanpassungsgesetz, BT-Drcks. 14/4987, S. 27 ferner S. 31.

²³² BT-Drcks. 14/4987, S. 22.

²³³ BT-Drcks. 14/4987, S. 22 sowie 28.

Schriftform erfüllen kann, soll daher die Erteilung²³⁴ der genannten Erklärungen weiterhin nur in Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB wirksam sein.

VIII. §§ 128, 129 BGB

Dem Wortlaut des § 126 Abs. 3 BGB nach ersetzt eine Willenserklärung, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, die Schriftform – und damit nur diese, nicht jedoch die notarielle Beurkundung nach § 128 BGB oder die öffentliche Beglaubigung nach § 129 BGB. Nach § 126 Abs. 4 BGB kann die Schriftform durch die notarielle Beurkundung ersetzt werden; diese ersetzt nach § 129 Abs. 2 BGB auch die öffentliche Beglaubigung. *Systematisch* ergibt sich daraus die Höherrangigkeit der besonderen Formvorgaben der §§ 128, 129 BGB²³⁵. Die notariellen Formen können die Schrift- bzw. gem. § 126 Abs. 3 BGB die elektronische Form ersetzen, nicht jedoch umgekehrt.

Wo das Gesetz die in §§ 128, 129 BGB festgelegte Form erfordert, scheitern elektronische Erklärungen an § 125 S. 1 BGB, da für diese besonderen Formen notarieller Mitwirkung kein elektronischer Ersatz nach dem Vorbild des § 126 Abs. 3 BGB geschaffen worden ist. Die bestehenden formalen Beurkundungs- und Beglaubigungsvorschriften des BeurkG stehen einer elektronischen Abwicklung entgegen. Wo das Gesetz die notarielle Mitwirkung zur Wirksamkeit einer Willenserklärung verlangt, erhält der Adressat faktisch ein Blatt Papier.

Ist durch Gesetz für eine Erklärung eine öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden, § 129 S. 1 BGB. Die Beglaubigung setzt mit dem Erfordernis der schriftlichen Abfassung und der Unterschrift des Erklärenden das Vorhandensein einer Urkunde voraus; elektronischen Dokumenten fehlt die Urkundeneigenschaft genauso wie der notarielle Beglaubigungsvermerk. Dieser ist nach § 40 Abs. 3 S. 1 BeurkG, § 418 ZPO seinerseits eine öffentlich beglaubigten Urkunde, die belegt, dass die Unterschrift persönlich in Anwesenheit des Notars geleistet wurde und darüber hinaus von besagter Person stammt. Der Beglaubigungsvermerk ist nach § 20 Abs. 1 S. 1 BNotO von Notaren zu leisten, und kann so insbesondere nicht durch elektronische Zertifikate von Zertifizierungsdiensteanbietern ersetzt werden²³⁶. Ein elektronisches Zertifikat kann die Formfunktionen der öffentlichen Beglaubigung nicht ersetzen.

§ 40 Abs. 1 BeurkG steht einer Beglaubigung durch elektronische Kommunikationsmittel auch soweit entgegen, wie es die physische Anwesenheit des Unterzeichners und Notars verlangt und folglich als Verbot einer Fernbeglaubigung zu verstehen ist²³⁷. Eine

²³⁴ BT-Drecks. 14/4987, S. 22.

²³⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, § 129 Abs. 3.

²³⁶ Malzer, in: DNotZ 2000, S. 169 (181 f.) weist auf die unzureichende Formäquivalenz zwischen öffentlicher Beglaubigung und elektronischer Form hin und belegt, dass die elektronische Form in ihrer geltenden Form nicht auf notariell geprägte Rechtsgeschäfte auszudehnen ist.

²³⁷ Rapp, Rahmenbedingungen, S. 190.

fernkommunikative Übermittlung der Unterschrift zum Notar scheidet daher aus.

Auch im Hinblick auf die Verwahrung und Dokumentation elektronischer Daten sind die Vorschriften des BeurkG sowie der Dienstordnung für Notare (DONot) noch ersichtlich für papiergebundene Urkunden ausgelegt²³⁸. Die *Herstellung* einer Erklärung in der Form des § 129 BGB über elektronische Kommunikationsmittel ist damit *de lege lata* ausgeschlossen. Auch die *Übermittlung* einer so geschaffenen Urkunde an den Adressaten über elektronische Kommunikationsmittel scheidet damit aus. Eine elektronische Übermittlung einer ursprünglich formwirksamen Erklärung, etwa per Telefax, lässt gemäß der Natur elektronischer Kommunikation nicht das Original zugehen, sondern lediglich dessen Kopie. Dieser jedoch fehlt die Form des § 129 BGB. Eine Erklärung nach § 129 BGB setzt einen Zugang beim Empfänger in Form des § 129 BGB voraus; die Übersendung einer Kopie genügt hingegen nicht²³⁹. Insofern ergeben sich keine Unterschiede zur Problematik der Telefaxübermittlung im Rahmen der Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB. Wo das Gesetz eine öffentliche Beglaubigung verlangt, ist jede dem Adressaten zugehende elektronische Willenserklärung nach § 125 S. 1 BGB unwirksam.

Im Ergebnis gilt dies ebenso für die Form der notariellen Beurkundung als höchste Formstufe. Nach §§ 8, 9 BeurkG ist bei der Beurkundung von Willenserklärungen eine Niederschrift über die Verhandlungen aufzunehmen. Nach § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG ist die Niederschrift von den Parteien zu *unterschreiben*. Gem. § 13 Abs. 3 S. 1 BeurkG hat der Notar das Schriftstück *eigenhändig* zu unterschreiben. Eine elektronisches Dokument scheidet nach dem oben zur Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB gesagten schon daran, dass hier keine eigenhändige Unterschrift möglich ist. Schließlich ist ein elektronisches Dokument keine öffentliche Urkunde nach § 415 Abs. 1 ZPO, wie sie die notarielle Urkunde darstellt. Elektronische Dokumente können im Rahmen des § 128 BGB weder formwirksam hergestellt noch dem Empfänger übersandt werden.

Die Schaffung elektronischer Beglaubigungs- und Beurkundungsformen wird als Perspektive nur *de lege ferenda*, im Rahmen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung für zulässig erachtet²⁴⁰.

IX. Zusammenfassung

Der Empfänger einer elektronischen Willenserklärung muss diese nur im Rahmen des § 125 S. 1 BGB für und gegen sich gelten lassen. Die allgemeinen Formvorschriften

²³⁸ Nach § 45 Abs. 1 BeurkG bleibt die Urschrift der Urkunde in der Verwahrung des Notars und ist gem. § 18 DNotO in der Urkundensammlung des Notars zu verwahren. Beurkundungen sind nach § 7 DONot in einer Urkundenrolle einzutragen. Hier scheidet wegen § 6 Abs. 1 DONot eine Speicherung auf anderen Medien als Papier grundsätzlich aus. *De lege lata* ist das notarielle Verfahren faktisch und rechtlich papiergebunden, vgl. zu allem Malzer, in: DNotZ 2000, S. 169 ff.

²³⁹ Palandt/Heinrichs, BGB, § 129 Rn. 1.

²⁴⁰ Zum Stand der Diskussion m. w. N. Malzer, in: DNotZ 2000, S. 169 ff. sowie ausführlich Rapp, Rahmenbedingungen, S. 187 ff.

filtern so aus Sicht des Adressaten gleichsam einen Teil unerwünschter elektronischer Willenserklärungen kraft Unwirksamkeitsfolge des § 125 S. 1 BGB heraus.

Vor dem Hintergrund der Formbestimmungen der §§ 125 ff. BGB muss dieser nur dort mit dem Zugang formwirksamer elektronischer Willenserklärungen rechnen, wo das Gesetz (1.) Formfreiheit vorsieht oder (2.) Erklärungen in Text- bzw. (3.) in qualifiziert elektronischer Form als Schriftformersatz zulässt.

Für den Absender einer Willenserklärung ergibt sich eine Besonderheit daraus, dass das Gesetz elektronische Willenserklärungen allenfalls als *Ersatz* konventionell übermittelter Willenserklärungen zulässt. Ein Absender ist also – sofern keine rechtsgeschäftlichen Formabreden i. S. v. § 127 Abs. 1 BGB vorliegen – niemals gezwungen, eine elektronische Willenserklärung abzugeben, wenn er es nicht wünscht; er kann seine Erklärung auch konventionell immer formwirksam übertragen. Wo Formfreiheit herrscht, versteht sich dies schon daraus; wo das Gesetz Textform verlangt, genügt auch ein Brief; wo die Schriftform erforderlich ist, *kann* nach § 126 Abs. 3 BGB die elektronische Form gewählt werden – sie *muss* es aber nicht.

Hat der Erklärende damit grundsätzlich die Wahl des Kommunikationsmittels und schreibt das Gesetz niemals die elektronische Form zwingend vor, sondern erlaubt sie allenfalls, reduziert sich die Problematik der aufgedrängten elektronischen Willenserklärung allein auf die Person des Empfängers. Jenseits rechtsgeschäftlicher Formvereinbarungen muss der *Absender* niemals elektronische Willenserklärungen abgeben, wenn er es nicht wünscht.

Kapitel 4

- Zugangserfordernis als Schranke des Wahlrechts –

Mit Abgabe erlangt eine Willenserklärung dort Geltung, wo es nicht auf den Empfang durch einen Adressaten ankommt¹. Eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung wird so mit Abgabe wirksam, sofern sie eventuelle Formvorschriften erfüllt.

Zu diesen sog. streng einseitigen Rechtsgeschäften², bei denen es nicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch einen Dritten ankommt, gehören z. B. das Stiftungsgeschäft³, § 81 BGB, die Auslobung, § 657 BGB, die Eigentumsaufgabe nach § 959 BGB oder das Testament nach § 2247 BGB. Wie gezeigt, stellt sich in solchen Fällen, in denen es allein auf die Abgabe durch den Erklärenden geht, die Problematik der aufgedrängten elektronischen Willenserklärung gar nicht.

Alle anderen – empfangsbedürftigen - Erklärungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit zumindest der möglichen Wahrnehmung durch den Empfänger, bei Erklärungen unter Abwesenden ist dazu nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB der *Zugang* erforderlich. Auf den Zugang wird auch bei Willenserklärungen unter Anwesenden abgestellt, sofern diese nicht unverkörpert, also mündlich oder bloß konkludent angegeben werden⁴. Mündliche Willenserklärungen (etwa über digitale Telefone) sind jedoch oben aus der Betrachtung ausgeschlossen worden. Das Zugangserfordernis als allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzung von Willenserklärungen stellt damit eine Wirksamkeitsvoraussetzung auch elektronischer Willenserklärungen dar. Ist eine elektronische Willenserklärung formwirksam abgegeben worden, hängt ihr Wirksamwerden damit vom Zugang ab. Ein Adressat muss eine elektronische Willenserklärung gegen sich gelten lassen, wenn und weil sie ihm zugeht.

Der Zugang elektronischer Willenserklärungen kann zum einen fraglich sein, wenn dem Erklärungsempfänger schon nicht die technischen Geräte zur Verfügung stehen, um die Erklärung sichtbar und verständlich zu machen (I.). Verfügt ein Adressat über die technische Infrastruktur (etwa einen Computer mit E-Mail-Adresse) und ist er daher theoretisch in der Lage, eine elektronische Erklärung zu empfangen, stellt sich die Frage, ob ihm diese auch dann zugeht, wenn er es nicht möchte, etwa weil er die Möglichkeit elektronischer Kommunikation nur privat, nicht jedoch für Geschäfte nutzen will (II.).

Dieser Gesichtspunkt zeigt sich dort in neuer Schärfe, wo beim Empfänger im Rahmen eines schriftformgebundenen Rechtsgeschäfts ein qualifiziert elektronisch signiertes Dokument eingeht, dieser jedoch nicht über Soft- und Hardware zur Verifizierung der

¹ Allgemeine Meinung, siehe nur Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 1.

² Palandt/Heinrichs, BGB, Überbl vor § 104, Rn. 11.

³ Die Stiftungsgründung ist, wenn sie als Rechtsgeschäft unter Lebenden mit Nebenabreden versehen ist, eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, Neuhoff, in: Soergel-BGB, § 80 Rn. 2.

⁴ Nach h. M. wird bei mündlichen Erklärungen unter Anwesenden entsprechend der sog. Vernehmungstheorie auf das Vernehmen der Willenserklärung durch den Adressaten abgestellt, vgl. nur Förtscher, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 3 und 20; Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 14.

Signatur verfügt. Wie dargestellt kann in solchen Fällen zwar das Quelldokument mit der eigentlichen Erklärung ohne weiteres geöffnet und gelesen werden, die Signatur hingegen bleibt unverständlich. Es ist fraglich, ob eine solche Erklärung Wirksamkeit entfaltet (3.).

I. Das Fehlen technischer Empfangsmöglichkeiten beim Adressaten

Eine Willenserklärung geht zu, wenn sie so in den Bereich des Erklärungsempfängers gelangt, dass dieser von ihr Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist⁵. Unabhängig davon, wie das Element der Kenntnisnahmemöglichkeit näher zu definieren ist⁶, stellt ein wesentliches Element des Zugangs dar, dass der Empfänger in der Lage ist, vom Inhalt der Willenserklärung überhaupt Kenntnis zu nehmen⁷.

Elektronische Erklärungen sind in dem Moment zugegangen, in welchem die digitalisierten Signale das Empfangsgerät (Faxgerät, Online-Server etc.) abrufbar erreicht haben⁸. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht schon nicht, wo die technische Ausrüstung beim Empfänger fehlt, um die elektronische Erklärung, die als solche aus digitalisierten Zeichenketten besteht, in eine dem menschlichen Verständnis entgegenkommende Gestalt zu übersetzen. Wer etwa kein Faxgerät besitzt, besitzt nicht die Möglichkeit, Faxdaten lesbar zu machen; es fehlt an der Möglichkeit der Kenntnisnahme und damit am Zugang einer Faxnachricht. Ähnlich verhält es sich mit allen Formen elektronischer Willenserklärungen, deren Wesenseigenheit ist, dass sie dem Menschen nur als Kopie oder Derivat zugänglich sind und zu ihrer Entzifferung damit immer ein technisches Gerät notwendig ist. Fehlt beim Empfänger ein solches Gerät, fehlt es auch am Zugang einer elektronischen Willenserklärung. Der gedachte Empfänger wird von einem Zustellungsversuch durch den Erklärenden schon gar nichts bemerken.

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt, wer für den Zugang auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme verzichtet und allein auf die Erlangung der Verfügungsgewalt über die Erklärung abstellt⁹. Die tatsächliche Verfügungsgewalt an der Erklärung erlangt, wer Verfügungsgewalt über das die Erklärung verkörpernde Substrat erlangt¹⁰. Bei elektronischen Willenserklärungen, die als elektronische Datei auf dem Speichermedium verkörpert werden, besteht Verfügungsgewalt folglich durch die Möglichkeit des Zugriffs auf die Datei¹¹. Kann auf die Nachricht erst zugegriffen werden, wenn sie im Endgerät

⁵ So die gängige Zugangsdefinition der h. M., BGHZ 67, S. 271 (275); BGH, in: WM 1989, S. 852 (853 ff.); Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 5, Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 21. A. A. Flume, BGB, § 14, 3 b: Danach ist die Erklärung bereits zugegangen, wenn sie bloß in den Machtbereich gelangt ist.

⁶ Zu den Konkretisierungsversuchen der Literatur und Rspr. siehe umfassend dieses Kapitel, II.

⁷ Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 21; Brox, BGB AT, Rn. 152.

⁸ Benedict, Zugangsproblematik, S. 83.

⁹ Flume, BGB, § 14, 3 b. Das Kriterium der tatsächlichen Verfügungsgewalt findet sich vor allem in der älteren Rspr. des RG, vgl. RGZ 50, S. 191 (194); RGZ 56, S. 262 (263); ebenso BGH, in: NJW 1965, S. 965 (966).

¹⁰ RGZ 50, S. 191 (194); RGZ 56, S. 262 (263).

¹¹ Ultsch, in: NJW 1997, S. 3007 (3007).

des Empfängers gespeichert ist¹² oder besteht eine Zugriffsmöglichkeit erst bei Speicherung auf dem Server des Providers eines E-Mail-Dienstes¹³, wird deutlich, dass auch die Verfügungsgewalt über elektronische Willenserklärungen das Vorhandensein technischer Hilfsmittel beim Empfänger voraussetzt. Wem die Technik nicht zur Verfügung steht, der hat keine Verfügungsgewalt über elektronische Erklärungen.

In den meisten Fällen, wo auf Empfängerseite die technische Infrastruktur zur Lesbarmachung elektronischer Erklärungen fehlt, wird schon fraglich sein, ob überhaupt eine Abgabe der Erklärung auf Seiten des Erklärenden vorliegt. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist abgegeben, wenn der Wille entäußert wird und die Erklärung mit dem Willen des Erklärenden in den Verkehr gebracht wird¹⁴.

Das In-Verkehr-Bringen elektronischer Daten durch technische Geräte setzt die Eingabe einer E-Mail-Adresse, einer Telefaxnummer etc. voraus. Wo keine Zieladresse angegeben wird, weil eine solche schlicht nicht vorhanden ist, wird eine Willenserklärung schon mangels Abgabe nicht wirksam werden können, weil sie die Sphäre des Erklärenden nicht verlässt. Für den Absender ist es widersinnig, die Daten *irgendwo hin* statt zum gewünschten Adressaten zu senden.

II. Relevanz des Empfängerwillens im Rahmen des § 130 Abs. 1 BGB

Anders stellt sich die Lage dort dar, wo der Adressat über die technischen Möglichkeiten zur Sichtbarmachung der Erklärung verfügt und tatsächlich auch in der Lage ist, eine an ihn versandte elektronische Erklärung lesbar zu machen. Hier kann der Zugang nicht mehr mit der Begründung fehlender Kenntnisnahmemöglichkeit abgelehnt werden.

Wird der Zugang von Willenserklärungen i. S. v. § 130 BGB überwiegend dahingehend definiert, dass eine Erklärung derart in den *Machtbereich* des Empfängers verbracht werden muss und nach gewöhnlichen Umständen eine Kenntnisnahme *möglich und zu erwarten* ist¹⁵, scheint etwa eine E-Mail dann zugegangen, wenn sie in den Server des Providers eines E-Mail-Dienstes¹⁶ oder als lesbarer Text auf dem Bildschirm des Adressaten erscheint. Als Machtbereich kann das vom Empfänger eingerichtete E-Mail-

¹² Darauf dürfte etwa im Fall von Computerfaxen oder per Mobiltelefon versandten SMS-Nachrichten abzustellen sein. Inkonsequent ist insofern, dass die Rechtsprechung bei Computerfaxen von Gerichten nicht nur auf die elektronische Speicherung der Faxnachricht abstellt, sondern zusätzlich auch den Ausdruck verlangt, BGHG, in: CR 1994, S. 753 (753). Zur Ausnahme bei Verstümmelung der Nachricht, BGH, in: CR 1989, S. 382 (383).

¹³ So der Zugangszeitpunkt bei E-Mails nach Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 7a; Ultsch, in: NJW 1997, S. 3007 (3007).

¹⁴ BGHZ 65, 12 (13).

¹⁵ H. M.: Förstler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 10; Soergel/Hefermehl, § 130 Rn. 8; Erman/Brox, BGB, § 130 Rn. 6 f.; Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 3 f.; Medicus, BGB AT, Rn. 274; Ausführliche Darstellung abweichender Zugangsbegriffe bei Benedict, Zugangsproblematik, S. 68 ff. Die noch heute gebräuchliche o. g. Zugangsformel geht auf die Rspr. des RG zurück, RGZ 144, S. 289 (292); ferner RGZ 170, S. 285 (288) und ist auch vom BGH in St. Rspr. übernommen worden. Nachweise der Rspr. finden sich bei Brinkmann, Zugang, S. 29.

¹⁶ So der Zugangszeitpunkt bei E-mails nach Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 7a; Ultsch, in: NJW 1997, S. 3007 (3007).

Konto als sog. Empfangseinrichtung angesehen werden¹⁷; die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist gegeben. Ob der Erklärende sie womöglich entgegen den Weisungen des Adressaten an dessen ihm zufällig bekannte E-Mail Adresse gesendet hat, anstatt sie per Post zu versenden, scheint angesichts der o. g. Definition, die *prima facie* nicht auf den Willen des Erklärungsempfängers abstellt, irrelevant. Dies soll als Ausgangshypothese überprüft werden. Will man den entgegenstehenden Willen des Adressaten nicht für irrelevant erklären und in jedem Fall vom Zugang elektronischer Erklärungen ausgehen, muss untersucht werden, inwieweit der Zugang einer Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB vom Willen und der Gestaltungsmacht des Adressaten abhängig ist.

Der Einfluss des Adressaten auf den Zugang von Willenserklärung muss von vornherein in zweierlei Hinsicht begrenzt werden: Zum einen verstieße es gegen eine Grundentscheidung des Gesetzgebers, den Zugang von Willenserklärungen vom Willen des Empfängers abhängig zu machen. Das Anliegen des BGB-Gesetzgebers in § 130 Abs. 1 S. 1 BGB war es mit der Entscheidung für die sog. *Empfangstheorie*¹⁸, das Wirksamwerden verkörperter Willenserklärungen möglichst frei von Mitwirkungshandlungen des Empfängers zu stellen, der sonst die Möglichkeit hätte, ihm unliebsame Erklärungen etwa durch Weigerung der Kenntnisnahme ins Leere laufen zu lassen¹⁹. Da die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Adressaten in dessen Belieben steht und vom Absender nicht beeinflusst werden kann, soll die tatsächliche Kenntnisnahme auch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung von Willenserklärungen sein²⁰.

Zum anderen ist festzuhalten, dass keine generelle Pflicht dazu besteht, überhaupt Willenserklärungen zu empfangen oder gar Empfangsvorrichtungen dafür zu schaffen²¹. Pointiert bemerkt Dilcher, Weltabkehr sei nicht *per se* treuwidrig²². Eine solche Empfangspflicht (i. S. e. Obliegenheit²³) zur Schaffung von Zugangsvoraussetzungen wird von der h. M. jedoch im Einzelfall als vorvertragliche oder rechtsgeschäftliche (Neben-)Pflicht²⁴ angenommen. Es könne dann nicht mehr ins Belieben des Adressaten gestellt werden, ob er überhaupt Erklärungen empfangen will oder nicht, wenn er in einer angebahnten oder bestehenden Geschäftsbeziehung steht, die auch den Austausch von

¹⁷ Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 5.

¹⁸ “Wird eine Willenserklärung, zu deren Wirksamkeit es erforderlich ist, dass sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben wird, in Abwesenheit desselben abgegeben, so können (...) verschiedene Zeitpunkte für den Eintritt der Wirksamkeit als maßgebend in Betracht kommen: (...) c.) derjenige, in welchem die Willensäußerung dem Adressaten zukommt (durch Ablieferung des Briefes, des Telegramms, durch Ausrichtung von Seiten des Boten (...))”, Mot I, 156 (Mugdan I, 438). Der gemeinrechtliche Streit ist für die Willenserklärung unter Abwesenden dahingehend entschieden, dass der Zugang der maßgebliche Zeitpunkt für das Wirksamwerden der Willenserklärung ist, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB, Förschler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 4.

¹⁹ Brinkmann, Zugang, S. 33.

²⁰ Förschler, in: MüKo-BGB³, § 130 Rn. 4.

²¹ Allgemeine Ansicht, BGH, in: NJW 1977, S. 194 (195); BGH, in: NJW 1996, S. 1967 (1968) m. w. N.; Benedict, Zugangsproblematik, S. 118; Soergel/Hefermehl, BGB, § 130 Rn. 25; Förschler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 26; RGRK/Krüger-Nieland, BGB, § 130 Rn. 24; Siehe schon Titze, in: JheringsJB 47 (1904), S. 379 (450); von Blume, in: JheringsJB 51 (1907), S. 1 (14).

²² Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 56.

²³ Einsele, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 36.

²⁴ Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 56.

Willenserklärungen notwendig macht²⁵. Wer derart “damit rechnen müsse”²⁶, dass ihm Willenserklärungen zugehen, muss auch die notwendigen Voraussetzungen für deren Wirksamwerden dafür schaffen²⁷. Muss der Adressat also mit rechtserheblichen Erklärungen rechnen, hat er aber vorsätzlich oder fahrlässig keine Empfangsvorrichtungen bestimmt, kann er sich nicht auf den fehlenden Zugang berufen²⁸. In der früheren Literatur ist weitergehend sogar ein “Recht zum Empfang” propagiert worden, dessen Verletzung Schadensersatzansprüche nach §§ 823 Abs. 1, 249 BGB auslösen sollte²⁹. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass ohne eine solche Verpflichtung zum Empfang in Einzelfällen der Empfänger die Verwirklichung von gegnerischen Rechten unmöglich machen könne³⁰. Die Präzisierung entsprechender Empfangspflichten wird dabei vorwiegend kasuistisch vollzogen³¹, zum Teil finden sich auch grundsätzlichere Ansätze, die etwa aus der Natur der *empfangsbedürftigen Willenserklärung* pauschal eine Pflicht zu deren Empfang herleiten wollen, der *Empfangsbedürftigkeit* damit die *Empfangspflicht* gegenüberstellen³².

Nach h. M. bestimmt die Auslegung rechtsgeschäftlicher Pflichten, *ob* der Adressat überhaupt verpflichtet ist, erreichbar zu sein. *Ob* er Empfangsvorrichtungen organisieren muss oder es zu unterlassen hat³³, schon bestehende zu beseitigen – seine *Obliegenheit zu Empfangsvorkehrungen* also – ist ein Ergebnis der Auslegung rechtsgeschäftlicher Pflichten. Deren Eingehung liegt in der privatautonomen Gestaltungsmacht der Parteien.

Hat es ein Rechtssubjekt dadurch, dass es in rechtliche Beziehungen zu einem anderen tritt oder es unterlassen kann grundsätzlich in der Hand, zu bestimmen *ob* es Willenserklärungen überhaupt empfangen will, muss ihm dies *erst recht* hinsichtlich der *Art und Weise* seiner Übermittlung (elektronisch-konventionell) möglich sein.

Sowohl das *Ob* als auch das *Wie* des Empfangs von Willenserklärungen steht damit nicht allgemein fest, sondern steht letztlich im Belieben der Parteien. Die Grenzen der Gestaltungsmacht sollen im Folgenden nachgezeichnet werden.

1. Die sog. Annahmeverweigerung

Unter welchen Umständen der Adressat einer Willenserklärung das Recht hat, eine an ihn

²⁵ Habicht, in: DJZ 1901, S. 265 (265); Förstler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 26; Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 56 f.; Soergel/Hefermehl, BGB, § 130 Rn. 25; Dilcher, in: AcP 54 (1955), S. 120 (131);

²⁶ Schon RGZ 110, S. 34 (36) - Vorkehrungen für das Wirksamwerden von Willenserklärungen muss treffen, wer eine Annahmeerklärung zu erwarten hat.

²⁷ BGH, in: NJW 1977, S. 194 (195).

²⁸ Einsele, in: MüKo, BGB, § 130 Rn. 36.

²⁹ Cohn, Zuehen, S. 57 f.

³⁰ Habicht, in: DJZ 1901, S. 265 (265).

³¹ Siehe etwa die Nachweise bei Förstler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 26.

³² Habicht, in: DJZ 1901, S. 265 (265): “Dass eine Verpflichtung des Gegenübers (zum Empfang, d. Verf.) besteht, kann nicht bezweifelt werden; sie folgt daraus, dass das Gesetz alle diese Erklärungen für empfangsbedürftig hält.”

³³ Dass die Frage der *Pflicht zu Empfangsvorkehrungen* sowohl den Aufbau als auch das Unterlassen des Abbaus umfassen, ergibt sich indirekt aus der Tatsache, dass eine entsprechende Differenzierung sich innerhalb der h. M. nicht finden lässt, beide Fälle damit offenbar gleich gelöst werden sollen.

gerichtete Erklärung abzulehnen und dadurch ihren Zugang zu verhindern, wird in Literatur und Rechtsprechung ausführlich unter dem Stichwort der *Zugangsverhinderung* und damit als besonderer Aspekt der sog. *Zugangshindernisse*³⁴ behandelt. Unter diesem Stichwort werden Fälle behandelt, in denen Willenserklärungen dem Empfänger wegen seines eigenen Verhaltens entweder gar nicht oder verspätet zugehen³⁵.

Auf den ersten Blick scheint die Frage, ob ein Adressat eine elektronische Willenserklärung ablehnen darf, zu seinen Lasten durch die Figur der *Annahmeverweigerung*³⁶ bzw. allgemein durch Einstufung als *Zugangshindernis*³⁷ gelöst. Verweigert etwa der Adressat die Annahme einer schriftlichen Erklärung, wird überwiegend danach unterschieden, ob die Verweigerung *berechtigt* oder *unberechtigt erfolgt*. Der Empfänger ist zur Verweigerung der Annahme nur dann berechtigt, wenn dies *nicht grundlos* geschieht³⁸. Verweigert der Adressat berechtigt die Annahme, fehlt es am Zugang³⁹.

Als anerkannte Gründe, die zu einer Verweigerung der Annahme berechtigen sollen, werden wiederholt genannt: die fehlerhafte Frankierung von Briefen mit der Folge des Strafportos⁴⁰, nicht eindeutige Adressierung⁴¹, mündliche Erklärungen beleidigenden Charakters⁴², bei denen sich der Empfänger die Ohren zuhalten dürfe. Soweit berechtigte Ablehnungsgründe so oder ähnlich konkretisiert werden, wird deutlich, dass allenfalls Fälle erfasst werden, in denen der Absender *kein korrektes Verhalten an den Tag gelegt hat*⁴³. Eine *Berechtigung zur Annahmeverweigerung* wird man nicht schon aus der Tatsache herleiten können, dass die Erklärung elektronisch ist. Auch wenn der Adressat im Einzelfall gute Gründe für dafür haben sollte, eine konventionelle Willenserklärung empfangen zu wollen, mangelt es insoweit am Fehlverhalten des Absenders.

Die Frage, ob einem Adressaten einer elektronischen Willenserklärung eine solche auch gegen seinen Willen zugeht, ist mit Bezugnahmen auf den Topos der *Annahmeverweigerung* bzw. allgemeiner *Zugangshindernisse* schon daher nicht zu beantworten. Gemeinsam ist all solchen Fällen das Element der *Arglist, Fahrlässigkeit der Treuwidrigkeit* etwa dort, wo eine treuwidrige Zugangsverhinderung durch den Adressaten im Raum steht. Schon daher sind die oben skizzierten Lösungen zur Bewältigung der Problematik untauglich.

Ob eine elektronische Willenserklärung auch gegenüber demjenigen wirksam wird, der sie zwar wiedergeben und lesen kann, jedoch die elektronische Übermittlung ablehnt, ist anhand des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zu entscheiden. Eine Willenserklärung, die einem

³⁴ Etwa Brox, BGB AT, Rn. 160.

³⁵ Förchler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 26.

³⁶ So Brox, BGB AT, Rn. 160;

³⁷ Brinkmann, Zugang, S. 151 ff.

³⁸ Schon RGZ 110, S. 34 (36): unfrankierter Brief, Palandt/Heinrichs, § 130 Rn. 16.

³⁹ Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 16.

⁴⁰ RGZ 125, S. 75; Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 52; Soergel/Hefermehl, BGB, § 130 Rn. 10; Einsele, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 36.

⁴¹ Flume, BGB Allgemeiner Teil II, § 14, 3 c.

⁴² Brox, BGB AT, Rn. 160.

⁴³ Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 52.

abwesenden Adressaten gegenüber abzugeben ist, wird in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie diesem *zugeht*. Die Antwort auf die Frage muss damit anhand allgemeiner Zugangskriterien gefunden werden. Dies soll im Folgenden durch einen detaillierteren Blick auf die Voraussetzungen des Zugangs nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgen.

2. Konkretisierung des sog. Machtbereichs

Wann und wodurch eine Willenserklärung *zugeht*, ist vom Gesetzgeber nicht geregelt und in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung folglich der Ausprägung durch Literatur und Rechtsprechung überlassen worden.

Der herrschende Ansatz zur Konkretisierung des Zugangsbegriffs in § 130 Abs. 1 S. 1 BGB betont die Risikoverteilung nach Einflussphären und stellt wesentlich auf das Gelangen der Erklärung in den *vom Empfänger beherrschten Bereich* ab⁴⁴. Der Grundgedanke des *Machtbereichs* findet sich in Lit. und Rspr. in zahlreichen begrifflichen Varianten. Als ähnliche Kriterien zur Präzisierung des Zugangsbegriffs werden etwa erwähnt: die *Einflussosphäre*, *Verfügungsgewalt*, *Möglichkeit der Kenntnisnahme*⁴⁵. Nach anderer - jedoch kaum noch vertretener - Lehre soll die *Besitzerlangung*⁴⁶ konstituierendes Merkmal des Zugangs sein.

Der *Machtbereich* der h. M. hat keinen fest umgrenzten Inhalt und wird in seinen Feinheiten kasuistisch konkretisiert⁴⁷; allgemein kann er als räumlich-gegenständlicher Bereich⁴⁸ gesehen werden, damit als "exklusiver Einwirkungsbereich"⁴⁹ des Adressaten oder als eine vom Adressaten beherrschte Organisation⁵⁰. Gemeinsam ist allen Ansätzen die Idee, der Adressat solle nur das Risiko tragen, welches *seinem Machtbereich zugeordnet werden kann*, das zu beherrschen er überhaupt in der Lage ist⁵¹.

Auch wenn das Kriterium des Machtbereichs ö. ä. in erster Linie die Erforderlichkeit ausdrücken soll, dass die Erklärung überhaupt in eine gewisse *räumliche Beziehung* zum Adressaten gelangen muss⁵², lassen sich die oben skizzierten Ansätze sich noch in einem weiteren Sinne fruchtbar machen. Wenn der Terminus *Machtbereich o. ä.* die Sphäre beschreibt, in welcher *der Empfänger* überhaupt die *Möglichkeit zur Vornahme einer Handlung* besitzt⁵³, stellt die h. M., unabhängig vom terminologischen Ansatz, entscheidend auf die Einflussnahmemöglichkeiten des Adressaten⁵⁴ ab.

Der Kern dieser Idee findet sich bereits in der Rspr. des Reichsgerichts, wenn dieses

⁴⁴ Brinkmann, Zugang, S. 25.

⁴⁵ Siehe insb. die Zusammenstellung begrifflicher Ansätze bei Benedict, Zugangsproblematik, S. 68 ff.

⁴⁶ RGZ 50, S. 191 (194); RGZ 56, S. 262 (263); ebenso BGH, in: NJW 1965, S. 965 (966).

⁴⁷ Brinkmann, Zugang, S. 25 f.

⁴⁸ Etwa Förschler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 10.

⁴⁹ Brinkmann, Zugang, S. 51.

⁵⁰ Brinkmann, Zugang, S. 51.

⁵¹ Mit dem Hinweis auf Treu und Glauben schon Titze, in: Jherings JB 47 (1904), S. 379, (384 f.).

⁵² Brox, BGB AT, Rn. 152, Förschler, in: MüKo-BGB, §130 Rn. 10.

⁵³ So Benedict, Zugangsproblematik, S. 72 mit Verweis auf die gemeinsame sprachliche Bedeutung der Begriffe "Möglichkeit" und "Macht" im lateinischen *potestas*.

⁵⁴ Siehe etwa Förschler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 5: "Einwirkungsbereich des Empfängers" sowie mit Nachweisen zu weiteren in Lit. und Rspr. verwandten Begrifflichkeiten in Rn. 11.

feststellt, es obliege *dem Adressaten*, seinen Empfangsbereich in zumutbarer Weise so zu gestalten, zu organisieren und zu überwachen, dass ihm dort ankommende Erklärungen auch alsbald zur Kenntnis kommen⁵⁵. Dem Adressaten obliegt die Gestaltung des *Wie* seines Empfangsbereichs.

Soweit der Machtbereich sich offenbar über die Einflussnahmemöglichkeiten des Adressaten definiert, liegt es nahe, anzunehmen, dass der Adressat selbst es in der Hand hat, durch Ausgestaltung des räumlichen-gegenständlichen Bereichs oder seiner Organisation den Machtbereich zu definieren, dadurch die Zugangswege und letztlich das Wirksamwerden von Willenserklärungen selbst zu beeinflussen.

Dies impliziert nicht nur, dass der Adressat die grundsätzliche Möglichkeit besitzt, neue Kommunikationswege zu schaffen und ihm auch umgekehrt die Möglichkeit zusteht, unerwünschte Übertragungswege zu beseitigen. Unter Umständen hat es ein Adressat so schon kraft *Natur der Sache* in der Hand, seinen Empfangsbereich als Machtbereich i. S. d. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zu formen, Zugangswege zu eröffnen und zu schließen – und sich so einer bestimmten Art und Weise der Kommunikation zu verweigern. Dann liegt es nicht mehr fern, ihm im Rahmen des § 130 Abs. 1 BGB auch die Entscheidung darüber in die Hand zu geben, ob er elektronische Willenserklärungen empfangen möchte oder nicht.

Betont man so eine gewisse Verantwortung des Adressaten für seinen Empfangsbereich, stellt sich damit die Frage, wie weit die Freiheit des Empfängers zur Ausgestaltung seines Machtbereichs reicht. Ernüchternd wirkt jedoch ein genauerer Blick auf die Kriterien, nach denen die h. M. den *Machtbereich* konkretisiert: der weite und konturenlose Begriff⁵⁶ wird rein kasuistisch⁵⁷ nach der *Verkehrssitte* bzw. nach den *gewöhnlichen Umständen*⁵⁸ bestimmt. Was zum Machtbereich gehört, obliegt damit offenbar nicht der freien Gestaltungsmacht des Adressaten, sondern bestimmt sich auch nach objektiven Kriterien. Vom propagierten Gestaltungsrecht des Empfängers bleibt damit nur wenig übrig. Das objektivierende Kriterium der Verkehrssitte entzieht die Bestimmungsmacht über den Empfangsbereich wieder den Händen des Empfängers, um sie letztlich dem Richter zuzuordnen, der im Streitfall im Wege der Auslegung darüber zu bestimmen hat. Der *Machtbereich* umfasst nach diesem Ansatz letztlich nur, was nach Verkehrssitte und *nicht kraft Gestaltungsmacht* des Adressaten als ein solcher gelten soll.

Konkretisiert man die *Möglichkeit der Kenntnisnahme* objektiv mit Bezug allein auf den *Machtbereich*, wird man den Zugang einer elektronischen Willenserklärung konsequent kaum verneinen können, wenn ein Adressat eine elektronische Willenserklärung empfängt – auch dann, wenn er nach Kenntnisnahme feststellt, dass er diese Erklärung lieber konventionell empfangen hätte.

Schon indem ein Empfänger von einer an ihn gesandten elektronischen Willenserklärung

⁵⁵ RGZ 99, S. 20 (23).

⁵⁶ So Brinkmann, Zugang, S. 51 mit Hinweis darauf, dass schon eine allgemeine Definition des Begriffes nicht existiert.

⁵⁷ Förchler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 11.

⁵⁸ Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 5.

Kenntnis erlangt, erst recht, wenn er sie lesen und speichern kann, demonstriert er, dass er in der Lage ist, auf die Erklärung zuzugreifen. Dies schon impliziert, dass jene in seinen *räumlich-gegenständlichen Bereich*⁵⁹, einen *exklusiven Einwirkungsbereich*⁶⁰ des Adressaten oder in einer von ihm beherrschten Organisation⁶¹ eingetreten ist.

Eine Korrektur dieses Ergebnisses ist nach dem oben Gesagten allenfalls im Rahmen der *Verkehrssitte* möglich.

3. Schaffung von Empfangseinrichtungen

Deutlicher leistet die vermeintliche Zuordnung einer willentlichen Gestaltungsmacht über die Zugangswege zum Adressaten die Lehre von den sog. *Empfangseinrichtungen*. Nach dieser Lehre werden empfangsbedürftige Willenserklärungen dem Adressaten gegenüber wirksam, wenn und weil sie eine *Empfangsvorrichtung*⁶² erreichen oder von einer Empfangsperson⁶³ vernommen werden.

Soweit der Begriff der *Empfangsvorkehrung* in Rechtsprechung und Literatur als Kriterium des Zugangsbegriffs verwendet wird⁶⁴, erfolgt dies auf dem Boden der h. M. in Konkretisierung des von dieser verwendeten allgemeinen Zugangsbegriffs. Zur Konkretisierung dessen, wann vom Empfänger die Kenntnisnahme der Erklärung nach der Verkehrsanschauung erwartet werden kann, wird nach diesem Ansatz auf die *getroffenen Empfangsvorkehrungen* abgestellt. Zumutbar soll die Kenntnisnahme für den Adressaten der Erklärung schon immer dann sein, wenn eine Verkörperung der Erklärung die vom Empfänger getroffenen *Empfangseinrichtungen* erreicht hat⁶⁵. Ferner wird so der Blankettbegriff des *Machtbereichs* dahingehend präzisiert, dass es zu seiner Bestimmung eben auf die *vom Empfänger geschaffenen Empfangsvorrichtungen* ankommt.

Um Empfangseinrichtungen bzw. -vorrichtungen handelt es sich dann, wenn "der Empfänger nach den von ihm selbst zur Empfangnahme derartiger Erklärungen im Allgemeinen getroffenen Einrichtungen (...) in den Stand gesetzt worden ist, von ihnen Kenntnis zu nehmen"⁶⁶. Dilcher, auf den der Ansatz zurückgeht, definiert *Empfangsvorkehrungen* als "all diejenigen Vorkehrungen (...), die ein präsumtiver Empfänger allgemein im Verhältnis zu allen präsumtiven Absendern getroffen hat, um sich deren Erklärungen zugehen zu lassen, also etwa Vorkehrungen zum Empfang von Postsendungen, wie Briefkästen, Miete eines Schließfachs, Vereinbarung der

⁵⁹ Etwa Förchler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 10.

⁶⁰ Brinkmann, Zugang, S. 51.

⁶¹ Brinkmann, Zugang, S. 51.

⁶² Zu dieser Begrifflichkeit bereits RZG 144, S. 289 (292); ferner Dilcher, in: AcP 154 (1955), S. 120 (127 f.); Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 22.

⁶³ Soergel/Hefermehl, BGB, § 130 Rn. 8; Dilcher, in: AcP 154 (1955), S. 120 (129); Förchler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 15.

⁶⁴ RZG 144, S. 289 (292); BGH, in: NJW 1965, S. 965 (966); Dilcher, in: AcP 154 (1955), S. 120 (128); Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 22; Soergel/Hefermehl, § 130 Rn. 8;

⁶⁵ Dilcher, in: Staudinger-BGB, § 130 Rn. 22; Brinkmann, Zugang, S. 57 ff.

⁶⁶ So bereits die Definition des Reichsgerichts in: RGZ 144, S. 289 (292).

Postlagerung u. ä." ⁶⁷.

Nach dieser Lehre ist es der Empfänger selbst, der zumindest durch Schaffung technischer *Empfangsvorrichtungen* oder durch Bevollmächtigung von Personen zum Empfang von Willenserklärungen überhaupt die Voraussetzung dafür schafft, dass ihm Willenserklärungen zugehen. Die Formung und Ausgestaltung des Empfangsbereichs obliegt zu einem wesentlichen Teil dem Empfänger selbst. Durch Errichtung von *Empfangseinrichtungen* erweitert der Empfänger bewusst seinen Wahrnehmungsbereich, seine Möglichkeiten, eine Erklärung zur Kenntnis zu nehmen, und bestimmt gleichsam eine *alternative Schnittstelle*, an welcher das Übermittlungsrisiko eben mit Zugang der Erklärung endet ⁶⁸.

Damit ist angedeutet, dass die Eröffnung der *Zugangsmöglichkeiten* zu einem wesentlichen Teil zur Aufgabensphäre des Empfängers gehört und mit Errichtung entsprechender technischer Vorkehrungen auch einseitig vom Empfänger geleistet werden kann. Dieser formt seinen Machtbereich im Wesentlichen dadurch, dass er Vorrichtungen für den Empfang von Willenserklärungen zur Verfügung stellt.

Hängt die Schaffung von *Empfangseinrichtungen* vom Willen des Adressaten ab, belegt dies seinen grundsätzlichen Einfluss darauf, auf welchen Kanälen er Willenserklärungen entgegennehmen möchte.

Obliegt die Ausformung des Empfangsbereichs durch Schaffung von *Empfangsvorkehrungen* im Grundsatz dem Adressaten, so scheint es folgerichtig, dass dies nicht kraft Verkehrssitte, sondern durch privatautonome Gestaltung geschieht. Eine Vorrichtung des Adressaten wird dadurch zur *Empfangsvorrichtung*, wenn und weil der Inhaber dadurch zum Ausdruck bringt, diese stehe für den Empfang von Erklärungen zur Verfügung ⁶⁹. Entscheidend ist damit ein Akt der *Widmung* ⁷⁰, der eine ausdrückliche oder konkludente Erklärung der *Empfangsbereitschaft* ⁷¹ ausdrückt. Die *Widmung* macht den Empfänger zum *Garanten kraft Ingerenz* ⁷², da sich der Erklärende darauf verlassen können muss, dass seine Willenserklärung auf einem verbindlich mitgeteilten Weg nicht einfach ins Leere gehe, weil eine entsprechende Empfangsmöglichkeit unerkannt beseitigt worden ist.

Eine solche aktuelle Empfangsbereitschaft wird beispielsweise für alle Orte anzunehmen sein, die "infolge einer Erklärung des Adressaten zum Empfang geeignet sein" sollen ⁷³. In der Sache ähnlich formuliert schon Dilcher, wenn er fordert, wesentliches Kriterium einer Empfangsanstalt müsse sein, dass sie "erkennbar im Verhältnis zum Absender getroffen"

⁶⁷ Dilcher, in: AcP 154 (1955), S. 120 (128).

⁶⁸ Benedict, Zugangsproblematik, S. 81 f.

⁶⁹ Für das private E-Mail-Konto: Ultsch, in: NJW 1997, S. 3006 (3007).

⁷⁰ In der Sache Ultsch, in: NJW 1997, S. 3006 (3007) zur Widmung privater E-Mail Konten.

⁷¹ Auf den privatautonomen Akt der Widmung stellt insbesondere Benedict, Zugangsproblematik, S. 85 ab und führt diese als entscheidendes Kriterium zur Bestimmung des Empfangsbereiches ein.

⁷² Benedict, Zugangsproblematik, S. 122.

⁷³ So bereits Jösting, Willenserklärung, S. 35 f., (1917), der die *Empfangsbereitschaft* betont.

wurde⁷⁴.

Dieser Ansatz kann einleuchtend erklären, warum auch eine ungewöhnliche *Empfangsvorrichtung* als zulässiger Zugangsort in Frage kommt. Kommen die Parteien beispielsweise überein, Briefe - statt in einem Briefkasten - auf einem Baum im Garten zu deponieren⁷⁵, so wird man im Hinblick auf die Privatautonomie den Zugang auch ungeachtet dessen bejahen müssen, dass ein solches Verfahren keiner erkennbaren Verkehrssitte entspricht. Auch sonst steht es Vertragsparteien offen, einen besonderen Zugangsweg für Erklärungen zu vereinbaren⁷⁶. Das Abstellen auf die *Widmung* zur Begründung von Zugangswegen ist dem Ansatz der h. M., der letztlich auf die Verkehrssitte abstellt, in dieser Hinsicht überlegen.

Mit dem Abstellen auf die *Widmung* als privatautonomer Gestaltungsakt wird der Zugangsbegriff zutreffend in die Verantwortung der Parteien eines Rechtsgeschäfts gerückt. *Ob* und *wie* zwischen den Parteien Willenserklärungen hin und her gehen sollen, bestimmt eben nicht die *Verkehrssitte*, sondern die Parteien selbst eben durch *Widmung* von Empfangseinrichtungen. Dies deckt sich mit der oben getroffenen Aussage, dass sowohl das *ob* als auch das *wie* des Empfangs von Willenserklärungen letztlich eine Frage der von den Parteien eingegangenen Pflichten ist.

4. Rechtsnatur der Widmung

Mit der Widmung erweitert der Empfänger willentlich seinen Empfangsbereich. Sie zieht letztlich die Rechtsfolge des § 130 Abs. 1 BGB nach sich.

Systematisch ist die Widmung als willensbestimmte, auf einen rechtlichen – nicht tatsächlichen - Erfolg (i. e. Zugang) gerichtete Handlung, deren Erfolg (Wirksamwerden zugehender Willenserklärungen) nicht kraft Parteiwillens, sondern von Gesetzes wegen eintritt. Sie ist damit eine *geschäftsähnliche Handlung*. Die Vorschriften für Willenserklärungen finden auf sie grundsätzlich analoger Anwendung⁷⁷.

5. Widmung einer Mailbox als Empfangseinrichtung

Für die Problematik der aufgedrängten elektronischen Willenserklärung ergibt sich als Konsequenz, dass der Adressat einer Willenserklärung durch *Widmung* als Ausdruck aktueller Empfangsbereitschaft die Möglichkeit besitzt, Empfangsvorkehrungen zu bestimmen und so Einfluss auf das Wirksamwerden durch Zugang nehmen kann. Eine elektronische Willenserklärung geht ihm zu, wenn und weil sie eine *von ihm bestimmte Empfangsvorkehrung* erreicht. Der Zugang einer elektronischen Willenserklärung setzt

⁷⁴ Dilcher, in: AcP 154 (1955), S. 120 (128); ebenso Einsele, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 36: Der Empfänger müsse ein Faxgerät als seine Empfangsvorrichtung *bestimmt haben*.

⁷⁵ So das Beispiel von Dilcher, in: AcP 154 (1955), S. 120 (128).

⁷⁶ Soergel/Hefermehl, BGB, § 130 Rn. 15.

⁷⁷ Palandt/Heinrichs, BGB, Überbl vor § 104 Rn. 7.

damit grundsätzlich voraus, dass durch Widmung die aktuelle Empfangsbereitschaft gegenüber dem Absender kundgetan worden ist. Die Möglichkeiten der Widmung sollen im Folgenden am Beispiel der E-Mail dargestellt werden.

Die technische Empfangsvorkehrung zum Empfang von E-Mails ist der virtuelle elektronische Briefkasten (sog. *Mailbox*⁷⁸) des Empfängers entweder beim Diensteanbieter⁷⁹ oder beim ihm selbst, falls in den Vorgang kein Provider eingeschaltet ist⁸⁰. Eine Willenserklärung geht dann mit Passieren der Schnittstelle zum Empfänger in dessen Verfügungsbereich über⁸¹. Die zielgerichtete Übermittlung einer E-Mail setzt technisch die Zuordnung der Daten zu einem Empfänger durch eine eindeutige E-Mail-Adresse voraus, die eine Länderkennung, den Namen des Zielservers sowie denjenigen der Mailbox beinhaltet. Die Abgabe einer Willenserklärung in Richtung auf den Adressaten setzt beim Absender die Kenntnis der E-Mail-Adresse voraus.

Die *Widmung* der Mailbox als elektronische Empfangsvorrichtung kann ausdrücklich erfolgen. Der potenzielle Adressat vereinbart etwa mit seinem Geschäftspartner, dass die Kommunikation zwischen den Parteien (womöglich ausschließlich) über E-Mails erfolgen soll. Damit erklärt er seine aktuelle Empfangsbereitschaft für E-Mails seines Kommunikationspartners. Mit Erreichen der Mailbox als Empfangsvorrichtung ist der elektronischen Willenserklärung die Zugangshürde genommen⁸² und hat nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB Wirksamkeit erlangt.

Wo es an einer ausdrücklichen Abrede über den Kommunikationsweg fehlt, kann die Widmung elektronischer Übertragungswege *konkludent* erklärt werden. Hier ist im Wege der Auslegung an ein Verhalten anzuknüpfen, mit dem der Empfänger die Grenze seines Machtbereichs in einer Weise markiert hat, dass der Absender annehmen kann, das Kenntnisnahmerisiko gehe nunmehr auf den Empfänger über⁸³.

Eine konkludente Widmung kann etwa dann angenommen werden, wenn der Empfänger seinem Gegenüber eine Visitenkarte mit einer E-Mail-Adresse überreicht. Schränkt er dabei nicht ein, wie er im Folgenden erreicht werden möchte, ist anzunehmen, dass er konkludent damit einverstanden ist, auf allen üblicherweise auf Visitenkarten wiedergegebenen Kommunikationswegen für den Empfang von Willenserklärungen bereit zu sein. Der Absender hat im Rahmen der gesetzlichen oder vereinbarten Formvorschriften die Wahl, ob er einen Brief oder eine E-Mail schickt, falls die Karte den Aussteller als Inhaber eines E-Mail-Kontos ausweist.

Ähnlich wie eine Visitenkarte wird auch die Nennung einer E-Mail-Adresse in einem Briefkopf für die Bereitschaft des Urhebers zur elektronischen Kommunikation sprechen. Aus den Umständen ergibt sich eine Empfangsbereitschaft ebenso, wo das Rechtsgeschäft erkennbar über elektronische Kommunikationsmittel abgewickelt werden

⁷⁸ Ultsch, in: NJW 1997, S. 3007 (3007).

⁷⁹ Ernst, in: NJW-CoR 1997, S. 166; Hefermehl, in: Soergel-BGB, § 130 Rn. 13 d;

⁸⁰ Krüger/Büttner, in: WM 2001, S. 228.

⁸¹ Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 7 a.

⁸² Ultsch, in: NJW 1997, S. 3007 (3007).

⁸³ Dilcher, in: AcP 154 (1955), S. 120 (128).

soll, insbesondere also im Rahmen der elektronischen Vertriebsformen des Fernabsatzes nach § 312 b BGB; wo ein Angebot per E-Mail eingeht, ist davon auszugehen, dass auch die Antwort dazu korrespondierend per E-Mail erfolgen soll. Eine Billigung kann sich konkludent auch aus bisherigen Geschäftsgepflogenheiten innerhalb einer längerfristigen Geschäftsbeziehung ergeben.

Uneingeschränkt wird man von diesen Grundsätzen allerdings nur dort ausgehen können, wo der Aussteller mit Brief oder Visitenkarte im Rechts- und Geschäftsverkehr auftritt. Nur dann kann angenommen werden, dass die Kundgabe einer E-Mail-Adresse auch die Bereitschaft zum Empfang rechtlich erheblicher Willenserklärungen einschließt⁸⁴.

Dies wird bei Kaufleuten stets der Fall sein. Einschränkungen sind hinsichtlich des privaten Nutzers geboten. Hier besteht die Besonderheit, dass E-Mail-Dienste – anders als etwa der Postbriefkasten – je nach Nutzer oft unregelmäßig auf den Zugang von Nachrichten kontrolliert werden. Den elektronischen Kommunikationsmedien fehlt noch die Selbstverständlichkeit, mit der etwa der Briefverkehr als hergebrachte und akzeptierte Form rechtsgeschäftlicher Kommunikation auftritt. Soweit E-Mail-Dienste vorwiegend noch zur privat-sozialen Kommunikation verwendet werden, fehlt nach der Verkehrsanschauung das Bewusstsein der auch rechtlichen Bedeutung der privaten Mailbox als Empfangseinrichtung für rechtlich relevante Erklärungen⁸⁵. Es droht Verfristung, wo ein Empfänger seinen elektronischen Briefkasten nur unregelmäßig leert. Missbrauch durch den Absender ist möglich, wo dieser Umstand dazu genutzt wird, dem Adressaten eine E-Mail gleichsam unbemerkt *unterzuschieben*.

In der Literatur wird bei Privatleuten daher beim Zugang von E-Mails nicht auf den Zeitpunkt des Eingangs der Nachricht in die Mailbox abgestellt; der Zugang soll erst mit tatsächlicher Kenntnisnahme der elektronischen Willenserklärung vorliegen, um den Adressaten von der Obliegenheit zu entbinden, unter Umständen mehrmals täglich seine Mailbox auf Eingänge zu untersuchen⁸⁶. Dem ist zuzustimmen. Bei Nicht-Kaufleuten wird man unter Hinzuziehung der Verkehrsanschauung zum E-Mail-Verkehr hinsichtlich der Widmung der Mailbox strengere Kriterien anlegen müssen.

Die Kenntnis der E-Mail-Adresse aus einem Briefkopf oder einer ähnlichen Mitteilung des Adressaten ist nur dann als Kundgabe einer Empfangsbereitschaft auch für rechtlich relevante Erklärungen zu sehen, wenn sie im *engen Zusammenhang* mit dem Rechtsgeschäft erfolgt, etwa wenn der Austausch der E-Mail-Adressen im Rahmen der Vorverhandlungen erfolgt. Die Kenntnis einer privat erlangten E-Mail-Adresse kann umgekehrt nicht ohne weiteres zu rechtlichen Zwecken genutzt werden.

Aus dem Erfordernis der Widmung als Erklärung der Empfangsbereitschaft *gegenüber dem potenziellen Kommunikationspartner* ergibt sich grundsätzlich, dass das

⁸⁴ Zwischen dem rein privaten und dem geschäftlichen Nutzer differenzierend im Ergebnis ebenso Ultsch, in: NJW 1997, S. 3007 (3008).

⁸⁵ Ultsch, in: NJW 1997, S. 3007 (3008).

⁸⁶ Ultsch, in: NJW 1997, S. 3007 (3008).

Vorhandensein einer E-Mail-Adresse in einer öffentlich zugänglichen Informationsquelle, etwa einem öffentlichen E-Mail-Adressenverzeichnis einer Organisation, nicht zur Annahme berechtigt, der Genannte habe damit einen elektronischen Kommunikationskanal gerade zum Erklärenden geöffnet⁸⁷. Anerkannt ist, dass ein Brief an einen Geschäftspartner, der nur mit seiner Geschäftsadresse auftritt, diesem nicht an die Privatanschrift zugeht, falls der Absender diese aus dem Telefonbuch als öffentlich zugängliche Stelle erhalten hat⁸⁸. Es kann somit nicht von einer Widmung ausgegangen werden, wenn sich der Absender die Adressinformationen eigenmächtig verschafft. Entsprechend muss für die E-Mail Adresse gelten, dass sie erkennbar auch gegenüber dem Absender als Zugangsweg bekannt gegeben wird. Wann dies der Fall ist, ist Auslegungsfrage.

Auch hier ist eine Differenzierung zwischen Privat- und Geschäftsleuten sinnvoll. Die Nennung einer E-Mail-Adresse auf einer privaten Internetseite erkennbar ohne geschäftlichen Inhalt wird man nicht als Widmung der Mailbox auch zum geschäftlichen E-Mail-Verkehr werten können. Anders ist dies beim Internetauftritt eines Kaufmanns. Hier wird man die Bekanntgabe einer E-Mail-Adresse regelmäßig als Aufforderung auch zur Abgabe rechtlich relevanter Erklärungen werten können. Der Akt der Widmung kann jedoch auch bei Kaufleuten nicht ohne Rücksicht auf die Interessen der Parteien ausgelegt werden. Bietet ein großes Unternehmen – etwa eine Bank - auf ihrer Website den E-Mail-Kontakt zu verschiedenen, womöglich Hunderten von Mitarbeitern verschiedener Abteilungen, bedeutet dies nicht, dass nunmehr etwa ein Überweisungsauftrag im Rahmen des Internet-Bankings⁸⁹ an eine beliebige Adresse im Unternehmen zugehen soll. Das Interesse der Bank an einer Wahrung interner Zuständigkeiten ist im Rahmen der Auslegung des öffentlichen Widmungsaktes zu berücksichtigen. In der Praxis sichern sich die Kreditinstitute im Rahmen des Online-Bankings durch entsprechende Klauseln, wonach der Kunde für seine Aufträge im Rahmen der Geschäftsbesorgung nur die vereinbarten Kommunikationskanäle zu nutzen hat⁹⁰. Nach der hier vertretenen Auffassung besitzt eine solche Klausel nur klarstellenden Charakter, da sich ihr Inhalt schon unmittelbar aus den Zugangsregeln nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt.

Der Akt der *Widmung* gegenüber dem Erklärungspartner bietet auch eine interessengerechte Lösung von Fällen an, in denen ein Adressat Erklärungen auf ein E-Mail-Konto erhält, von dessen Existenz oder Fortbestehen er keine Kenntnis hat, weil ihm die Errichtung eines solchen Kontos nicht bekannt ist oder er fälschlicherweise von einer Löschung ausgeht. Es kommt häufig vor, dass E-Mail-Adressen etwa bei Eintritt in eine Organisation oder bei der „Anmeldung“ zu einer Internetseite mit beschränktem Zutrittsrecht auch ohne Kenntnis des Betroffenen automatisch generiert werden. Es ist

⁸⁷ Für die schriftliche Kommunikation Benedict, Zugangsproblematik, S. 85.

⁸⁸ Koch, Zugang, S. 38 ff.

⁸⁹ Siehe dazu ausführlich unten Teil 3.

⁹⁰ Siehe unten Kapitel 7, II, 2.

denkbar, dass auf solchen gleichsam verwaisten Konten zahlreiche Nachrichten auflaufen.

Der Zugang rechtlich relevanter Erklärungen setzt die Widmung einer solchen Adresse durch den Empfänger voraus. Daran fehlt es jedoch, wenn schon das Bewusstsein der Existenz eines E-Mail-Kontos nicht vorhanden ist. Ergibt allerdings eine Auslegung auch mit Berücksichtigung beiderseitiger Interessen den äußeren Anschein einer Widmung durch den potenziellen Empfänger, wird eine solche Handlung als geschäftsähnliche Handlung entsprechend den Regeln für die Rechtsgeschäfte⁹¹ eine Zurechnung zum Adressaten rechtfertigen, wenn er zurechenbar den Rechtsschein einer Widmung gesetzt hat⁹². Die gleiche Wertung zugunsten des Absenders einer Erklärung muss dort erfolgen, wo eine veraltete aber noch empfangsbereite E-Mail-Adresse versehentlich nicht korrigiert wird, sondern als Kontaktadresse bestehen bleibt. Der einmal gesetzte Rechtsschein einer Widmung gegenüber einem potenziellen Erklärenden besteht weiter, bis er durch einen entsprechenden *actus contrarius* beseitigt worden ist. Die Widmung besteht weiter bis zur *Entwidmung* des entsprechenden Kommunikationskanals⁹³.

Lehnt man das Kriterium der *Widmung* insgesamt ab und folgt der h. M., welche die Möglichkeit der Kenntnisnahme i. R. d. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB als *Machtbereich* kasuistisch nach der Verkehrsanschauung bestimmt, wird man in den gerade genannten Fällen im Ergebnis zu gleichen Wertungen kommen. Wie gezeigt, muss auch die Reichweite der Widmung im Einzelfall anhand derselben Parteiinteressen ausgelegt werden.

So können die Einschränkungen, die oben für private E-Mail-Konten festgelegt worden sind, statt mit dem *Widmungsbegriff* auch objektiv unter Bezugnahme auf die den Machtbereich des Empfängers formende Verkehrssitte erfolgen. Solange das Kommunikationsmedium E-Mail im Rechts- und Geschäftsverkehr noch nicht so weit verbreitet ist, kann das schlichte Innehaben einer E-Mail-Adresse nach der Verkehrsanschauung nicht als Bereitschaft zum Empfang von Willenserklärungen gedeutet werden⁹⁴. Die h. M. kommt insoweit zu gleichen Ergebnissen⁹⁵.

6. Rechtsfolge fehlender Widmung

Fraglich bleibt, welche Folgen das Verbringen einer elektronischen Willenserklärung in

⁹¹ Auf geschäftsähnliche Handlungen finden die Regeln für Rechtsgeschäfte entsprechend Anwendung, Palandt/Heinrichs, BGB, Überbl v § 104 Rn. 10.

⁹² Die wäre z. B. dann der Fall, wenn er die Errichtung einer Website in Auftrag gibt, auf der die Möglichkeit des E-Mail-Kontakts ausdrücklich für alle Arten von Erklärungen besteht.

⁹³ So ausdrücklich Benedict, Zugangsproblematik, S. 110.

⁹⁴ Ultsch, in: NJW 1997, S. 3007 (3008).

⁹⁵ Die Lehre von den Empfangseinrichtungen führt zu einer von der h. M. ganz abweichenden Risikoverteilung dort, wo der Erklärende die Empfangseinrichtungen nicht benutzt, sondern die Erklärung in anderer Weise in den Bereich des Adressaten gelangen lässt, vgl. ausführlich Brinkmann, Zugang, S. 58 ff.

eine im Einzelfall nicht gewidmete Empfangseinrichtung nach sich zieht.

Ist die Widmung konstitutiv für das Vorhandensein einer Empfangsvorrichtung und ist das Verbringen einer Erklärung in eine Empfangsvorrichtung für diese wiederum Zugangsmerkmal, folgt daraus, dass eine Erklärung nicht schon dann zugegangen ist, wenn sie eine Stelle erreicht, die nicht als Empfangseinrichtung gewidmet worden ist.

Zum selben Ergebnis wird eine interessengerechte Auslegung des *Machtbereichskriteriums* nach h. M. gelangen, indem sie einen bestimmten Bereich aus der Einflussphäre des Empfängers ausnimmt. Wenn nach der Verkehrsanschauung etwa die Existenz einer privaten Mailbox nicht ohne weiteres auf die Empfangsbereitschaft auch für rechtlich relevante E-Mails schließen lässt, wird man diese konsequent nicht zum Machtbereich des Empfängers zählen dürfen, in dem dieser mit dem Eingang elektronischer Willenserklärungen rechnen muss. Der Zugang allerdings ist in solchen Fällen nicht dauerhaft ausgeschlossen, sondern lediglich durch die *tatsächliche Kenntnisnahme* der Willenserklärung durch den Empfänger bedingt. Der Adressat wird zumeist – früher oder später – die ihm weisungswidrig gesandte elektronische Willenserklärung bemerken, indem er etwa das an seine Privatnummer gesandte geschäftliche Telefax findet oder den rechtlichen Charakter einer E-Mail in seiner privaten Mailbox überhaupt erst durch Lesen der Nachricht entdeckt. In solchen Fällen geht auch die weisungswidrig abgesandte Erklärung im Zeitpunkt der Kenntnisnahme zu. Über alle Streitigkeiten zum Zeitpunkt des Zugangs einer Willenserklärung hinweg ist allgemein anerkannt, dass eine empfangsbedürftige Willenserklärung *spätestens*⁹⁶ und *immer* dann zugeht, wenn sie der Empfänger *in der Hand hält*⁹⁷, sie ihm zur Kenntnis gelangt⁹⁸ oder von ihm sinnlich wahrgenommen⁹⁹ wird.

Der Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme einer Willenserklärung als Wirksamkeitszeitpunkt entspricht der *Vernehmungstheorie*, die sich als Extremposition in der Zugangsdiskussion des gemeinen Rechts herausgebildet hat¹⁰⁰. Aus der gemeinrechtlichen Diskussion, in der zur Frage der Wirksamkeit einer Willenserklärung auf alle denkbaren Zeitpunkte abgestellt wurde – von der bloßen Äußerung der Erklärung (sog. Äußerungstheorie), der Entäußerung (sog. Entäußerungstheorie)¹⁰¹ – stellte die *Vernehmungstheorie* mit der Kenntnisnahme durch den Empfänger auf den äußerst möglichen Zeitpunkt ab. Da im Vergleich alle anderen Positionen lediglich eine Vorverlagerung des Wirksamkeitszeitpunkts befürworteten, kann daraus auf den Konsens dahingehend geschlossen werden, dass der Zugang *spätestens, aber immer* mit tatsächlicher Kenntnisnahme durch den Empfänger erfolgt.

Die Kenntnisnahme der Willenserklärung setzt voraus, dass der Empfänger die Erklärung

⁹⁶ Vgl. etwa Brox, BGB AT, Rn. 143.

⁹⁷ Motive I, S. 157; „Es ist erforderlich, dass die Erklärung *in die Hand* des Adressaten kommt“.

⁹⁸ Benedict, Zugangsproblematik, S. 78 f.

⁹⁹ Oertmann, in: Recht 1906, S. 721 (725).

¹⁰⁰ Etwa Oertmann, in: Recht 1906, S. 721 ff.

¹⁰¹ Zur gemeinrechtlichen Diskussion ausführlich Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 158 II A, Flume, Allgemeiner Teil, § 14, 1.

selbst, also das den *Inhalt* vermittelnde Medium wahrgenommen haben muss¹⁰². Es genügt also nicht, wenn der Adressat lediglich die Mitteilung von der Existenz einer an ihn gerichteten Willenserklärung erlangt. Bietet ein E-Mail-Dienst etwa an, per Mitteilung auf das Mobiltelefon (SMS-Nachricht) über den Eingang von E-Mails in die Mailbox eines Nutzers zu informieren, erfolgt die Kenntnisnahme des Empfängers nicht schon bei Zugang der SMS-Nachricht, sondern erst mit Lesen der eigentlichen E-Mail. Die tatsächliche Kenntnisnahme elektronisch übersandter Erklärung erfolgt nach Wiedergabe auf dem Empfangsgerät mit dem Vernehmen des Erklärungsinhalts.

Eine widmungswidrig in einen nicht gewidmeten Empfangsbereich des Adressaten verbrachte elektronische Willenserklärung geht diesem damit nicht schon zum Zeitpunkt zu, in dem er die theoretische Verfügungsgewalt durch die *Möglichkeit der Kenntnisnahme* erlangt; der Zugang setzt vielmehr die *tatsächliche Kenntnisnahme* voraus. Die fehlende Widmung der Empfangseinrichtung verhindert also nur dort einen Zugang der Willenserklärung, wo der Adressat die Nachricht nicht zur Kenntnis genommen hat. Dies kann zum einen der Fall sein, wenn ihm die Existenz der Erklärung nicht bekannt ist, weil er etwa bestimmte Empfangsvorkehrungen nur sporadisch auf den Eingang von Nachrichten untersucht.

Das Gleiche muss auch gelten, wenn der Empfänger die Erklärung vernichtet, wenn er von ihrem rechtlich relevanten Charakter – etwa aus der sog. Betreffzeile einer E-Mail - erfährt, jedoch bevor er den Erklärungsinhalt zur Kenntnis genommen hat. Wird in Fällen der bewussten Zugangsverhinderung der Empfänger nach Treu und Glauben üblicherweise so behandelt, als sei ihm die Erklärung zugegangen¹⁰³, ist hier das durch die Möglichkeit der *Widmung* verkörperte Interesse des Adressaten an einer Gestaltung seines Empfangsbereichs zu berücksichtigen. Im Briefverkehr ist zwar anerkannt, dass ein Einsendeschreiben dann als zugegangen gilt, wenn der Adressat zwar einen Abholschein erhalten hat, es dann treuwidrig unterlässt, den Brief abzuholen, obwohl ihm das möglich wäre¹⁰⁴. Anders als hier gehört der Postverkehr zum üblicherweise gewidmeten Empfangsbereich; dort kann sich der Adressat dem Zugang nicht durch bewusste Verhinderung der Kenntnisnahme entziehen.

7. Zwischenergebnis

Wo ein Empfänger gegenüber dem Erklärungspartner durch Widmung einer Empfangseinrichtung einen Bereich bestimmt hat, in dem er elektronische Willenserklärungen empfangen will, werden diese ihm gegenüber schon mit Einbringen in den Empfangsbereich durch Zugang nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam. Ein entgegenstehender Wille des Adressaten, der nicht gegenüber dem Erklärenden in der Widmung Ausdruck gefunden hat, ist irrelevant. Mit der bloßen *Möglichkeit der*

¹⁰² Oertmann, Recht 1906, S. 721 (725).

¹⁰³ Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 18.

¹⁰⁴ Benedict, Zugangsproblematik, S. 110.

Kenntnisnahme gehen auch solche elektronischen Willenserklärungen zu, die der Adressat lieber konventionell empfangen hätte.

Der entgegenstehende Wille, der in der Widmung Ausdruck gefunden hat, führt dazu, dass aufgedrängte elektronische Willenserklärungen erst dann wirksam werden, wenn der Empfänger tatsächlich Kenntnis von ihnen erlangt.

III. Der Zugang schriftformbedürftiger Willenserklärungen in elektronischer Form, § 126 a BGB

Nach § 126 Abs. 3 BGB hat der Erklärende bei Rechtsgeschäften in Schriftform vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmetatbestände die Wahl, ob er seine Erklärung in Schriftform abgibt oder stattdessen die elektronische Form nach § 126 Abs. 3 BGB wählt. Die elektronische Form ist als Option zur Schriftform ausgestaltet¹⁰⁵.

Weder §§ 126 Abs. 3 BGB noch § 126 a BGB behandeln dabei ausdrücklich den Fall, dass der Erklärende eine Willenserklärung in elektronischer Form abgibt, der Adressat jedoch nicht über die technische Ausrüstung verfügt, um qualifizierte elektronische Signaturen verifizieren zu können. Der Fall, dass der Empfänger einer elektronischen Willenserklärung nicht über die erforderliche technische Ausrüstung verfügt, wirft somit die Frage nach den Grenzen des Optionsrechts auf. Die Gesetzesbegründung enthält hierzu den Hinweis, dass die elektronische Form die Schriftform im Ergebnis nur dann ersetzen könne, wenn die Beteiligten ausdrücklich oder nach Maßgabe bisheriger Geschäftsgepflogenheiten die Anwendung der elektronischen Form billigen und deshalb mit dem Zugang von Willenserklärungen in elektronischer Form rechnen müssen¹⁰⁶. Diese Aussage bedarf der Erläuterung.

Hat ein Adressat gegenüber dem Erklärenden schon nicht seine Mailbox als Empfangseinrichtung für Willenserklärungen gewidmet, geht die Erklärung in elektronischer Form trotz Eingangs in den elektronischen Briefkasten bereits nicht zu; ohne Widmung des elektronischen Kommunikationskanals hängt der Zugang einer Willenserklärung von der tatsächlichen Kenntnisnahme ab, also davon, ob der Empfänger Kenntnis vom Erklärungsinhalt erlangt hat. Das ursprünglich übermittelte Quelldokument bleibt für den Empfänger auch dann lesbar, wenn er die angehängte Signaturdatei als solche nicht entziffern kann. Nur die Signatur als solche ist also unlesbar und kann nicht verifiziert werden.

Wo der Adressat, dem die technische Ausrüstung zur Signaturverifizierung fehlt, somit zwar Kenntnis vom Inhalt der Datei, jedoch nicht von der Signatur als solcher erlangt, stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit der mit einer qualifiziert elektronischen Signatur versehenen Willenserklärung.

Eine formgerecht nach § 125 S. 1 BGB abgegebene empfangsbedürftige

¹⁰⁵ Siehe BT-Drcks. 14/4987, S. 12.

¹⁰⁶ BT-Drcks. 14/4987, S. 15.

Willenserklärung wird nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB gegenüber dem Adressaten dann wirksam, wenn sie ihm zugeht. Gibt der Erklärende eine Willenserklärung in elektronischer Form ab, kann diese an der Form- und der Zugangshürde scheitern. Das Wirksamwerden einer elektronischen Willenserklärung ist nach dem oben Gesagten daher entweder ein *Form-* oder ein *Zugangsproblem*. Für formbedürftige Willenserklärungen wird allgemein formuliert, diese müssten beim Empfänger auch *formgerecht zugehen*¹⁰⁷. Das ist insoweit missverständlich, als es die Existenz einer Rechtsfigur des „formgerechten Zugangs“ impliziert, für die sich im Gesetz keine Anhaltspunkte finden und darüber hinaus keine Notwendigkeit besteht. Mit fehlendem *formgerechten Zugang* wird etwa die Unwirksamkeit von Telefaxkopien bei schriftlichen Rechtsgeschäften begründet. Bei einer Urkundenversendung per Telefax liege das formgerecht unterschriebene Original beim Absender. Dieses werde opto-elektronisch erfasst (gescannt) und übermittelt. In diesem Falle komme beim Empfänger jedoch nicht das Original an, sondern nur eine Kopie¹⁰⁸. Das formgerechte Original gehe somit nicht zu, während das zugegangene telefaxkopierte Dokument nicht formgerecht sei¹⁰⁹. Soweit diese Begründung als Problem des „formgerechten Zugangs“ umschrieben wird, ist klarzustellen, dass es sich dabei entgegen dem durch den Wortlaut erzeugten Schein nicht um ein Zugangs-, sondern um ein schlichtes Formproblem handelt¹¹⁰. Beim Empfänger geht spätestens mit Lesen der Telefaxerklärung eine elektronische Willenserklärung zu; die zugegangene Erklärung scheitert jedoch an § 125 S. 1 BGB mangels Unterschrift und damit an Formvorschriften¹¹¹.

Zu überprüfen bleibt die Übertragbarkeit dieser Wertungen für den Fall fehlender Signatureinrichtungen beim Empfänger. Diesem muss die elektronische Willenserklärung zugehen und diese muss die Formvoraussetzungen erfüllen. Fraglich ist hier schon der Zugang der Willenserklärung beim Empfänger. Hat er seine Mailbox grundsätzlich für den Empfang elektronischer Willenserklärungen gewidmet, gehen ihm diese zu, wenn und weil er die *Möglichkeit der Kenntnisnahme* besitzt. Mit Eingang in die Mailbox als gewidmete Empfangseinrichtung hat der Adressat die Möglichkeit, den Inhalt des unverschlüsselten *Quelldokuments* wahrzunehmen. Damit ist ihm dieses zugegangen. Mangels entsprechender technischer Ausrüstung ist er jedoch nicht in der Lage, die an das Dokument angehängte Signaturdatei zu lesen. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme elektronischer Signaturen muss jedoch sinnvoll die Möglichkeit zur Wahrnehmung ihres verschlüsselten Erklärungsinhalts beinhalten. Wie es für die Kenntnisnahme einer

¹⁰⁷ BGHZ 121, S. 224; Förchler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 23; Dilcher, in: Staudinger, BGB, § 130 Rn. 26.

¹⁰⁸ Schneider, EDV-Recht, Rn. 689.

¹⁰⁹ Siehe etwa BGH, in: NJW 1993, S. 1126 (1127).

¹¹⁰ So auch Benedict, Zugangsproblematik, S. 106.

¹¹¹ In der Diskussion ist, ob die Parteien für formgebundene Erklärungen von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB abweichende Regelungen treffen können und auf den Zugang der formgerechten Erklärung verzichten können. Grundsätzlich wird § 130 BGB für abdingbar gehalten, Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 19.

Bei formwirksamen Willenserklärungen wird jedoch differenziert. Soweit das Gesetz vorschreibt, dass eine schriftliche Erklärung *erteilt* werden müsse (§§ 766, 780, 781, 1154 BGB) sei die Entäußerung der Originalurkunde gegenüber dem Adressaten zwingend erforderlich.

In anderen Fällen seien von § 130 abweichende Regelungen möglich, Köhler, in: FS Schippel, S. 209 (219), Rapp, Rahmenbedingungen, S. 149.

Willenserklärung nicht genügt, nur von deren Existenz zu wissen, ohne jedoch den Inhalt wahrgenommen zu haben, muss dem Adressaten zumindest die Überprüfung der Signatur möglich sein. Besitzt er nicht die dazu erforderlichen technischen Mittel, geht ihm zwar das unverschlüsselte Ursprungsdokument zu, jedoch nicht der Anhang, welcher die elektronische Signatur enthält. Das beim Adressaten *zugegangene* Quelldokument ist damit nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen, da für diese beim Empfänger nicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Damit erfüllt dieses auch nicht mehr die Voraussetzungen des § 126 a BGB und entfaltet wegen § 125 S. 1 BGB gegenüber dem Adressaten keine Rechtswirkungen. Wo die technischen Voraussetzungen zur Verifizierung einer elektronischen Signatur fehlen, gehen elektronische Willenserklärungen nicht in der Form des § 126 a BGB zu. Der Zugang elektronischer Willenserklärungen in der Form des § 126 a BGB hängt somit davon ab, ob der Adressat über die technischen Möglichkeiten der Verifizierung von Signaturen verfügt. Fehlt es daran, geht eine elektronisch signierte Erklärung dem Empfänger nicht formgerecht zu (§ 125 S. 1 BGB).

Verfügt der Empfänger über entsprechende technische Möglichkeiten, wird der Zeitpunkt des Zugangs formwirksamer elektronischer Willenserklärungen davon abhängen, ob gegenüber dem Erklärenden eine Empfangsvorrichtung für Erklärungen in elektronischer Form *gewidmet* worden ist. Ist dies der Fall, gehen sowohl das Quell- als auch das verschlüsselte Signatordokument mit Eingang der Daten in die Mailbox des Empfängers zu. Fehlt es an der Widmung, hängt der Zugang von der tatsächlichen Kenntnisnahme vom Inhalt *beider Dateien* durch den Empfänger ab. Gegenüber dem Adressaten werden Willenserklärungen in Form des § 126 a BGB damit faktisch nur dann wirksam, wenn er sich mit dem Absender über die Verwendung der elektronischen Form ausdrücklich oder konkludent verständigt hat.

Teil 3 - Grenzen der Verlagerung von Girotransaktionen auf Bankautomaten

Kapitel 5

-Ökonomische Hintergründe der Automatisierung des Zahlungsverkehrs -

Im folgenden zweiten Teil der Arbeit sollen anhand eines Girovertrages zwischen einem Kreditinstitut i. S. v. § 1 (1) 1 KWG (Bank) und einem Verbraucher (§ 13 BGB) die Grenzen der Einführung elektronischer Kommunikationsmittel in eine vertragliche Beziehung anhand der Frage untersucht werden, ob und inwieweit von Filialbanken bisher konventionell erbrachte Dienstleistungen innerhalb eines Giroverhältnisses auf eine elektronische Abwicklung über technische Geräte (insbesondere Bankautomaten) verlagert werden dürfen, mit dem Ergebnis, dass die Rechtsbeziehung gleichsam *automatisiert* wird. Der seit Jahren innerhalb des Girogeschäfts mit nicht-gewerblichen Kunden zu beobachtende Trend zur Verlagerung von Standard-Dienstleistungen (insbesondere Giroüberweisungen, Bargeldauszahlungen, Kontostandsabfragen etc.) auf Bankautomaten soll zum Anlass genommen werden, die rechtlichen Grenzen einer solchen Entwicklung nachzuzeichnen.

Es soll daher untersucht werden, ob eine Filialbank (bzw. Sparkasse) die Ausführung von Überweisungs- bzw. Auszahlungsaufträgen ihrer nicht-gewerblichen Kunden davon abhängig machen kann, dass ihr entsprechende Anträge nur noch elektronisch, also per Online-Banking oder über von der Bank aufgestellte Bankautomaten zugehen.

Aus Sicht des Verbrauchers, der eine elektronische Abwicklung seiner Giroaufträge ablehnt, weil er etwa – tatsächlich keine Seltenheit - von der Bedienung der Automatentechnik überfordert ist oder ein solches Verfahren aus schlicht irrationalen Gründen ablehnt, stellt sich die Frage, ob er eine solche Praxis zu dulden hätte. Die Beschränkung der Betrachtung auf nicht-gewerbliche Bankkunden geschieht vor dem Hintergrund, dass eine solche Automatisierung der Rechtsbeziehung wohl nur diese vor tatsächliche Probleme mit der Bedienung der Geräte stellen wird.

Obwohl sich – soweit ersichtlich – bisher noch keine klassische Filialbank zu dem Schritt entschließen konnte, Giroüberweisungen und Barauszahlungen ausschließlich auf Bankautomaten zu verlagern, sind solche Maßnahmen durchaus Gegenstand von Überlegungen innerhalb der Bankenbranche gewesen. So ist offenbar im Rahmen der Einführung des sog. Basiskontos auf Guthabenbasis für einkommensschwache Kundengruppen durch den Sparkassen- und Giroverband erwogen worden, die darin enthaltenen Leistungen dahingehend zu kürzen, dass Standarddienstleistungen wie die Banküberweisung sowie die Bargeldauszahlung nicht mehr vom Schalterpersonal,

sondern ausschließlich über Bankautomaten abgewickelt werden sollten¹. Die Umsetzung dieser Überlegungen im Sinne eines Minimalstandards für ein Konto auf Guthabenbasis ist dabei anscheinend aus Imagegründen verworfen worden.

Soweit mit der Verlagerung bestimmter Transaktionen auf Bankautomaten in Frage steht, ob ein Bankkunde gegen seinen Willen elektronische Willenserklärungen über elektronische Bankautomaten etc. abzugeben hat, kann im Wesentlichen auf die oben gefundenen Ergebnisse verwiesen werden: Jenseits des Kontrahierungszwangs kann sich jedermann der Abgabe einer Willenserklärung entziehen, wenn er es nicht wünscht; auch gegenüber der Bank kann der Kunde eine solche *Verweigerungshaltung* einnehmen. Je *intensiver* jedoch eine Rechtsbeziehung ist, desto stärker werden die tatsächlichen Zwänge für eine der Parteien sein, ihre *Verweigerungshaltung* aufzugeben. Eine dem zugrunde liegende Rechtsposition wird bedeutungslos, wenn eine Partei dem Oktroy der Gegenpartei unterliegt und deren Bedingungen hinsichtlich der Art des Kommunikationsmittels akzeptieren muss. Der stärkere Partner des Schuldverhältnisses wird die notwendige Einwilligung zur Kommunikation über neue Medien faktisch erzwingen können. Der Bankkunde wird notgedrungen eher eine ihm unliebsame Art und Weise der Kommunikation auf sich nehmen, als den Vertragspartner zu wechseln.

Zum einen sind die Abwanderungshürden in einer Girobeziehung hoch. Das Giroverhältnis macht nur als Dauerschuldverhältnis von mehrjähriger Dauer überhaupt Sinn². Unter dem Gesichtspunkt der Transaktionskostenanalyse – als ökonomisches Kriterium zur Bewertung der Intensität einer Rechtsbeziehung³ – zeigt sich beim Girovertrag die Besonderheit der sog. *asymmetrischen Abwanderungskosten*⁴ zu Lasten des Kunden. Im Laufe der langjährigen Geschäftsbeziehung entwickelt zwar auch die Bank vertragspezifische Kenntnisse und Fertigkeiten, die bei einer Lösung des Vertrags wertlos würden (sog. *asset specificity*⁵ – Dazu gehören insbesondere die Informationen über den Kunden und seine Kreditwürdigkeit). Diese sind aber zu vernachlässigen im Vergleich zu den *Abwanderungskosten*, die der Kunde bei Lösung vom Vertrag zu tragen hat. Er trägt den entstehenden nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand für eine – meist ohnehin gebührenpflichtige – Kontoauflösung und Neueröffnung; unter Umständen müssen mehrere Lastschrift- und Daueraufträge umgeschrieben werden. Oft werden die Geschäftsräume der neuen Bank nur mit mehr Zeitaufwand zu erreichen sein⁶. Um diese Abwanderungskosten auf sich zu nehmen, muss der Kunde aus der neu geplanten Bankverbindung – etwa durch erheblich bessere Zinskonditionen oder aufgrund einer

¹ Gößmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch § 54 Rn.1.

² So: Köndgen, J. in: ZBB 1997, S. 117 (121).

³ Der Begriff der *Transaktionskosten* ist in bewusster Anlehnung an einen der zentralen Begriffe der *Ökonomischen Analyse des Rechts* gewählt, ohne damit jedoch die gesamten Ausführungen der spezifischen Sichtweise dieser Rechtsschule unterwerfen zu wollen. Zu den Protagonisten dieser im ökonomischen Gedankengut der Chicagoer Schule um Milton Friedman verwurzelten Strömung gehören aus amerikanischer Sicht: Coase, R.H, Social Cost; Posner, Law; juristisch aus deutscher Sicht etwa: Schäfer, H.-B./Ott, C., (1986): Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts.

⁴ Meyer zu Selhausen, H., in: ZBB 1989, S. 77 (78 ff.).

⁵ Köndgen, J., a. a.O., S. 122.

⁶ Nach Umfragen spielt dieser Aspekt der Bequemlichkeit für Bankkunden eine erhebliche Rolle, vgl. etwa Ambros, H./Altenburger, R., (1998), S. 145 ff.

günstigeren Gebührenstruktur - Vorteile gewinnen, welche die beschriebenen Kosten zumindest aufwiegen. Dies wird angesichts der meist ähnlichen Konditionen⁷ auf einem Großteil des Bankmarktes nicht der Fall sein.

Beim Girovertrag handelt es sich des Weiteren um eine Standarddienstleistung der Banken⁸. Standardisierte Leistungen zeichnen sich dadurch aus, dass der Kunde keinen Verhandlungsspielraum hinsichtlich einzelner Konditionen - hier insbesondere hinsichtlich der Einführung von Telekommunikation in die Vertragsbeziehung - hat. Dem Kunden bleibt nichts anderes übrig als den Vertrag *als Ganzes* entweder anzunehmen oder abzulehnen. Die Verhandlungsposition des einzelnen Kunden hinsichtlich einzelner Bedingungen ist damit denkbar schwach.

Obwohl es sich bei der Kreditwirtschaft um einen funktionierenden Wettbewerbsmarkt handelt, auf dem eine Vielzahl von Anbietern auftritt, wird sich für die Durchschnittskunden die tatsächliche Möglichkeit, eine andere Bank zu wählen - wenn er mit den Konditionen der Vertragsbank unzufrieden ist - meist auf die am Wohnort ansässigen Banken verengen. Dies werden zumeist die Grossbanken (Deutsche Bank, Commerzbank, Dresdner Bank, HypoVereinsbank) und die Sparkassen sein⁹. Die Auswahl verengt sich auf die am Ort ansässigen Banken insbesondere dann, wenn für den Kunden die Möglichkeit einer Kontoführung per Internet etwa bei einer sog. Direktbank nicht in Frage kommt. Nicht gesagt ist schließlich, ob ein Wechsel der Bankverbindung bei Unzufriedenheit des Kunden mit den Vertragsbedingungen überhaupt Abhilfe schafft. Zum einen herrscht durch die weitgehend einheitliche Anwendung von AGB in der Bankenbranche ohnehin eine Monopolisierungstendenz hinsichtlich der Konditionen¹⁰. Auch bei einem Wechsel der Bankverbindung läuft der Kunde so Gefahr, dieselben - auf den ersten Blick oft unübersichtlichen - Bedingungen auch bei der Konkurrenzbank akzeptieren zu müssen. Zum anderen finden sich im Hinblick auf die Einführung von neuen Technologien in die Bankverbindung zum Kunden quer durch die Branche ähnliche Tendenzen¹¹, so dass gerade dann ein Bankwechsel sinnlos ist, wenn er als Reaktion auf die *Automatisierung* der Vertragsbeziehung gemeint ist. Ein Wechsel innerhalb der Branche ist nutzlos, wenn die gesamte Branche ihre Beziehungen zum Kunden digitalisiert. Es sollte nicht unerwähnt bleiben, dass für manche Kunden ein Wechsel der Bankverbindung schon daran scheitern wird, dass keine andere Bank sie als Kunden akzeptieren wird¹². Ihnen ist der Wechsel schon daher versperrt.

⁷ Bunte, in: Schimansky, H., u. a., Bankrechts-Handbuch, § 4 Rn. 26, 31.

⁸ Picot, A./Neuburger, R., Firmenkundengeschäft, S. 42.

⁹ Wenn man davon ausgeht, dass für den Durchschnittskunden eine Zweigstelle vor Ort ein wesentlicher Anlaufpunkt ist, um Beziehungen zu einer neuen Bank zu eröffnen, werden etwa von den 314 Kreditinstituten, die im Jahr 2000 in Deutschland tätig waren, schon daher viele für den Kunden nicht in Frage kommen, weil sie in der betreffenden Stadt keine Filiale unterhalten werden. Von den 6520 von Kreditbanken betriebenen Zweigstellen, wurden fast die Hälfte (2873) allein von den erwähnten Grossbanken betrieben; 3567 entfielen auf Regionalbanken und sonstige kleinere Kreditinstitute. Das aufwändigste Zweigstellennetz betreiben nach wie vor die 562 Sparkassen mit fast 17.000 inländischen Zweigstellen. Zahlen nach: Huber, Ch./Mielk, H. (2001), S. 10.

¹⁰ Bunte, in: Schimansky, H., u. a., Bankrechts-Handbuch, § 4 Rn. 26, 31.

¹¹ Näheres dazu sogleich unten.

¹² Nur in den Sparkassengesetzen und -verordnung der Länder findet sich ein Kontrahierungszwang für

Zuletzt ist die hohe wirtschaftliche und soziale Bedeutung des Girovertrages für den Kunden zu beachten, die diesen in die Nähe der Rechtsgeschäfte der Daseinsvorsorge rückt. Der Zugang zum bargeldlosen Zahlungsverkehr ist eine mittlerweile unentbehrliche Voraussetzung für die Beteiligung am Wirtschaftsleben¹³. Verbraucher ohne Girokonto sind ausgegrenzt, sie müssen mit Schwierigkeiten bei der Auszahlung von Löhnen und Gehältern und mit Mehrkosten bei der Abwicklung sonstiger Zahlungsgeschäfte rechnen¹⁴. Die so entstehenden Transaktionskosten wirken im Hinblick auf eine Vertragskündigung durch den Kunden meist prohibitiv.

Darüber hinaus sollen die Grenzen der *Automatisierung* von Rechtsverhältnissen aus Gründen praktischer Relevanz am Girovertrag aufgezeigt werden. Der Zahlungsverkehr ist besonders von der Automatisierung betroffen. Für den Kunden ist die Konfrontation mit dem Phänomen der *Automatisierung* im Rahmen eines Girovertrages faktisch unausweichlich: 95 % der Haushalte verfügen über ein Girokonto¹⁵; und gerade auf diesem standardisierten Massengeschäft haben die Banken ein starkes wirtschaftliches Interesse an der Einführung neuer Technologien in die Kundenbeziehung.

I. Entwicklung der Automatisierung im Zahlungsverkehr

Die Vorreiterrolle der Banken bei der Implementierung elektronischer Kommunikationswege zum Kunden erklärt sich als Ausschnitt einer komplexen Gegenstrategie und Reaktion auf eine als fundamental empfundene Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für die Finanzbranche. Im Folgenden soll nach einer Darstellung der Erscheinungsformen elektronischer Vertriebswege zum Kunden im Bankenbereich auf den strukturellen Wandel der Bankenbranche als wesentlichen Auslöser dieser Entwicklung eingegangen werden, bevor zuletzt die damit verfolgten betriebpolitischen Zwecke erläutert werden. Ziel dieser einleitenden Darstellung ist es, einen äußeren Verständnis- und Erklärungsrahmen für Tendenzen zur Verlagerung des Zahlungsverkehrsgeschäfts auf Bankautomaten zu schaffen. Ferner soll das durch *Automatisierung* einer Rechtsbeziehung erreichbare wirtschaftliche Rationalisierungspotenzial aufgezeigt werden.

Girokonten (exemplarisch: § 4 Abs.2 S.2 SpkG NW (1995 GVBl. S. 92). Umfassender Überblick bei Busche, Privatautonomie, S. 634 Fn. 15). Die vereinzelt Versuche, ein "Recht auf ein Girokonto" gesetzlich zu verankern, sind bisher erfolglos geblieben, vgl. den Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drcks. 13 /351; der SPD-Fraktion, BT-Drcks.13/856, zuletzt der PDS-Fraktion, BT-Drcks. 14/8093. An der seit 1995 von den im Zentralen Kreditausschuss (ZKA) zusammengeschlossenen Verbänden der Kreditwirtschaft abgegebenen Selbstverpflichtung, grundsätzlich für jedermann auf dessen Wunsch ein Girokonto zu führen, soll nichts geändert werden (sog. Initiative "Girokonto für jedermann"). Trotz dieser Selbstverpflichtung kritisieren Sozialverbände zahlreiche Verstöße gegen die Selbstverpflichtung. Ohne Kontoverbindung sind derzeit rund 90.000 Arbeitslosengeld- bzw. Arbeitslosenhilfeberechtigte und 70.000 Empfänger von Kindergeld. Vgl. zur Kritik an der Selbstverpflichtung den Entschließungsantrag der PDS-Fraktion, BT-Drcks. 14/8093.

¹³ Bunte, H.-J., in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 47 RdNr.2.

¹⁴ Bunte, H.-J., in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 47 RdNr.2.

¹⁵ Bunte, H.-J., in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 47 RdNr.2.

Seit ihrem Erscheinen haben elektronische Datenverarbeitungsanlagen für die Organisation von Banken eine wichtige Rolle gespielt; insofern könnte schon mit Einsetzung des Arbeitskreises "Automation" durch die Spitzenverbände der deutschen Kreditwirtschaft im Jahr 1959¹⁶ von einer *Automatisierung* der Bankenbranche gesprochen werden. Dieser Prozess betraf jedoch noch kaum die Beziehung zum Kunden. Parallel zur wachsenden wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung des privaten Girokontos und dem damit einhergehenden starken Anstieg der über das Konto abgewickelten Transaktionen¹⁷ entstand bei Banken der Zwang zur Rationalisierung der internen Arbeitsprozesse durch Einsatz von EDV-Technik zunächst schlicht aus der Tatsache, das massenhafte Aufkommen von Überweisungen, Schecks und Lastschriften manuell sonst nicht mehr bewältigen zu können. Im Zentrum der Bemühungen stand die Verbreitung des *beleglosen Zahlungsverkehrs*¹⁸, der im Folgenden sowohl bankenintern, in der Kommunikation zwischen den Banken¹⁹ als auch im Kontakt zu großen Unternehmen und Behörden auf nationaler wie internationaler Ebene weitestgehend lückenlos durchgesetzt werden konnte²⁰.

Die *Automatisierung* der Beziehung zwischen Bank und Kunde begann erst in den 80er Jahren mit der Verbreitung von *Geldausgabe-* und *Bankautomaten*, mit deren Hilfe es den Privatkunden erstmals möglich war, mit einer Bedienungskarte und einer Identifikationsnummer über eine Tastatur - und damit in Selbstbedienung ohne Einbindung des Bankpersonals - Geld abzuheben und zunehmend auch sonstige einfache Transaktionen zu tätigen, etwa Überweisungen und die Abfrage des Kontostandes²¹. In denselben Bereich der Verlagerung von Bankleistungen aus der Bank nach außen fielen die Einführung des *Electronic-Cash-Verfahrens*²² sowie des *automatisierten Lastschriftverfahrens*²³.

¹⁶ Süchting, P./Paul, S., Bankmanagement, S. 270.

¹⁷ Insbesondere in den 1970-er Jahren fand sich - wesentlich bedingt durch die Umstellung der "Lohntüte" auf bargeldlose Zahlung durch Unternehmen und Behörden - eine hohe Steigerung der über Girokonten getätigten Umsätze (z. T. über 100 % über einen 5-Jahres-Zeitraum). Siehe Süchting, P./Paul, S., Bankmanagement, S. 270 für die Deutsche Bundesbank.

¹⁸ Darunter fällt die Abwicklung der Transaktionen mit Hilfe *belegloser Datenträger* (Magnetband, Magnetplatte, Diskette) sowie die Datenfernübertragung. Im Gegensatz dazu fallen unter den *beleggebundenen* Zahlungsverkehr alle maschinell nicht lesbaren Belege - wie sie handschriftlich insbesondere im Privatkundenverkehr anfallen -, nach Ausfüllen einer Codierzeile maschinell lesbare Belege sowie solche, die maschinell voll lesbar sind. Vgl. Deutsche Bundesbank, in: Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, Nr. 8/1994, S. 47 - 63.

¹⁹ Eine detaillierte Geschichte der internen Zahlungsverkehrsautomation bietet Hikel, D. A., EDV-Risiko, S. 6 - 20. Systematisch zu Vernetzungsstrukturen zwischen Banken: Konert, B., Electronic Banking, S. 33 ff.

²⁰ Zu den Einzelheiten dieser Entwicklung sowie zu den technischen Kommunikationsstandards, die den Prozess erst ermöglicht haben, - EZÜ-Verfahren, EDIFACT, TARGET etc. - siehe Reiser, C., WM 1990, 745 ff.

²¹ Konert, B., Electronic Banking, S. 46.

²² Dieses Verfahren, das häufig noch unter der veralteten Bezeichnung *POS (Point-Of-Sale)-Banking* zu finden ist, ermöglicht Zahlungen des Kunden mit der *ec-Karte* sowie einer Geheimnummer an Orten, an denen eine Konzentration von Zahlungstransaktionen auftritt, insb. in Einkaufszentren, Flughäfen etc. Wegen der höheren Kosten droht dem Verfahren eine Ablösung durch das *POZ-Zahlungssystem*. Siehe dazu die folgende Fn.

²³ Das sog. *POZ-Verfahren (Point-Of-Sale-ohne Zahlungsgarantie)* erlaubt dem Verwender (meist Händler) eine automatische Generierung von Lastschriften aufgrund der Daten der *ec-Karte* und der Unterschrift des Kunden. Der wesentliche Unterschied zum *POS-Verfahren* besteht darin, dass hier weder die Eingabe der Geheimzahl erforderlich ist, noch eine online-Überprüfung des Kunden-Guthabens durchgeführt wird.

Hinter dieser Entwicklung stand zum einen der Wunsch der Kunden nach einer bequemen Zahlungsart; auch die Banken profitierten jedoch von der Verbreitung der bargeldlosen Zahlung, da sie so von der zunehmend schwieriger zu lösenden Aufgabe entlastet wurde, große Bargeldmengen vorhalten und verteilen zu müssen²⁴. Für Kunden, die in den neu eingeführten Dienstleistungskonzepten eine Möglichkeit sahen, ihre Bankgeschäfte schneller, bequemer und vor allem unabhängig von den bisherigen Öffnungszeiten erledigen zu können²⁵, brachten die Neuerungen eine Verkürzung der Wege und Vereinfachung der Geschäfte mit sich.

Inzwischen haben diese Formen der Zahlung die althergebrachte Form der bargeldlosen Zahlung per Scheck gänzlich abgelöst: deutsche Banken geben seit Beginn des Jahres 2001 keine Scheckformulare mehr heraus; die Spitzenverbände der europäischen Kreditwirtschaft haben zudem beschlossen, den Scheck als Zahlungsform ganz abzuschaffen, weil der Versand und die Bearbeitung der papierenen Schecks insbesondere bei grenzüberschreitenden Transaktionen sehr aufwändig sind²⁶. Diese ambivalente Motivation, die Vorteile sowohl der Bank (Rationalisierung) als auch dem Kunden (Bequemlichkeit, Sicherheit vor Bargelddiebstahl) verspricht, ist für die Automatisierung der Bankbeziehungen symptomatisch und verbietet eine Betrachtungsweise, die einseitig Bankinteressen als allein treibenden Motor der Entwicklung sieht.

Der Ausbau der Kommunikation zwischen Bank und Kunde über *Telekommunikationstechnik* erfolgte noch im selben Jahrzehnt mit der Einführung des *Bildschirmtextes (Btx)* in die Bankgeschäfte²⁷, erreichte jedoch erst Anfang der 90er Jahre einen unvorhergesehenen Schub - zunächst mit der Möglichkeit, Bankgeschäfte über das *Telefon* bzw. das *Telefax*, später über den *Computer*, insbesondere über das *Internet*, von zu Hause aus zu erledigen. Gegenwärtig bieten - soweit ersichtlich - fast alle in Deutschland tätigen Banken *electronic banking*-Angebote mit unterschiedlichem Inhalt an²⁸.

Gemessen an der Anzahl eingerichteter Online-Konten wächst dabei seit Jahren die Anzahl der Kunden, die Bankgeschäfte elektronisch tätigen. Ende 2000 wurden über 15 Millionen Konten in Deutschland online geführt²⁹. Nach neueren Umfragen nutzen schon mehr als 16 Mio. Deutsche *Electronic Banking* und bis zum Jahr 2005 sollen es sogar 32

Trotz dieser Risiken für den Händler setzt sich das System wegen des Kostenvorteils für den Händler gegenüber dem Electronic-Cash-Verfahren zunehmend durch. Süchting, P./Paul, S., Bankmanagement, S. 277.

²⁴ Siebert, L. M., Direktbankgeschäft, S. 18.

²⁵ Krupp, G., in: Die Bank 1996, S. 712 ff.

²⁶ "Europas Banken schaffen den Scheck ab", in: F.A.Z. vom 05.04.02, S. 13.

²⁷ Borsum, W./Hoffmeister, U., BB 1983, S. 1441 ff.

²⁸ Eine weitgehend vollständige Liste der Links zu den mittlerweile zahllosen Internet-Auftritten deutscher und ausländischer Banken ist zu finden unter: <http://www.banken.de>. Einen geschichtlichen Abriss der Verbreitung von Internet-Angeboten in Deutschland und den USA bietet Siebert, L. M., Direktbankgeschäft, S. 42 ff.

²⁹ So eine Studie des Bundesverbandes Deutscher Banken (2000); Quelle: <http://www.bdb.de/download/demoskopie/00-10.pdf>.

Mio. sein³⁰. Damit hat sich ein Aufwärtstrend der vergangenen Jahre fortgesetzt. Die Zahl der Online-Konten stieg im Vergleich zum Jahr 1999 um etwa 50 %. In den letzten fünf Jahren sogar um den Faktor acht.

Marktführer sind private Banken. Sie wickelten mit rund 7,4 Millionen Online-Konten fast die Hälfte des elektronischen Bankverkehrs ab. Die Sparkassen geben eine Gesamtzahl von 4,2 Millionen Online-Konten (Marktanteil: 28 %) an, die Postbank notiert 1,1 Millionen Konten (7 %). Kunden von Volks- und Raiffeisenbanken führen inzwischen rund 2,4 Millionen Konten (16 %) online³¹. Unbeschadet dieser Entwicklung kommen jedoch nur 6 % der Bankkunden nach eigenen Angaben völlig ohne Bankfiliale aus³².

Selbst unter den Nutzern des Internets sind Sicherheitsbedenken und persönliche Kontakte immer noch die Hauptkriterien, die gegen die umfassende Nutzung von *electronic banking*-Angeboten sprechen. Bei knapp der Hälfte der im Rahmen einer Studie befragten Internetnutzer, die bisher kein Internet-Banking betrieben haben, standen diese Argumente an oberster Stelle. Ein Drittel der Befragten sah so auch weiterhin keinen Anlass, zum Online- oder Internetbanking zu wechseln³³.

Unterschiedlich stellt sich damit noch die Akzeptanz und die damit zusammenhängende Nutzung der verschiedenen *elektronischen Vertriebswege* seitens des Kunden dar.

Befragt nach der Bedeutung der einzelnen *elektronischen Vertriebswege* für die Abwicklung ihrer Bankgeschäfte, geben die meisten Bankkunden dem *SB-/Automatenbanking* die größte Bedeutung. Demgegenüber fallen insbesondere das Internet- und Online Banking deutlich ab³⁴. Die Automatisierung der Bankenbranche vollzieht sich auch gegenwärtig noch weitgehend über die von den Kreditinstituten gestellte Infrastruktur der SB-Automaten.

II. Automatenbanking als Spielart des sog. electronic banking

Die zuletzt beschriebenen Tendenzen der Automatisierung des Giroverkehrs zum Kunden lassen sich unter dem Oberbegriff des *electronic banking* (synonym: *e-banking*, *elektronisches Bankgeschäft*) zusammenfassen. *Electronic banking* ist die Abwicklung von Bankgeschäften über *elektronische Vertriebswege*. Elektronische Vertriebswege sind Kommunikationskanäle zwischen Bank und Kunden zur Übertragung ausschließlich elektronischer Willenserklärungen³⁵. Wenn im Folgenden von einer *Automatisierung* des

³⁰ Quelle: ecin-news - <http://www.ecin.de/news/2002/02/08/03887>.

³¹ Bundesverband Deutscher Banken, Online Studie 2000, Quelle: <http://www.bdb.de/download/demoskopie/00-10.pdf>.

³² Quelle: <http://www.ecin.de/news/2002/02/08/03887>.

³³ a. a. O.

³⁴ So die Ergebnisse der umfangreichen Studie von Stahl, E./Wimmer, A., SB-Internet-Terminals, S. 37 f.: Fast 85 % der Befragten Kunden billigen dem Vertriebsweg SB-/Automaten-Banking eine große (eher wichtig/wichtig) Bedeutung bei. Nur knapp 30 % der Kunden gaben dagegen an, dass sie den Vertriebsweg Internet eine große Bedeutung beimessen.

³⁵ Diese Definition der *elektronischen Vertriebswege* als charakterisierendes Merkmal von *electronic banking* findet sich bei Siebert, Direktbankgeschäft, S. 29.

Zahlungsverkehrsgeschäfts die Rede ist, ist damit eine Verlagerung von einer konventionellen Abwicklung am Bankschalter auf das *electronic banking* gemeint.

Das *electronic banking* stellt damit eine besondere Möglichkeit für den Austausch (elektronischer) Willenserklärungen zwischen Bank und Kunden dar; es handelt sich dabei mithin nicht um ein eigenständiges Bankprodukt, also eine als solche am Markt absetzbare Bankleistung³⁶, sondern um einen bloßen Vertriebsweg für schon bestehende Bankleistungen wie eben solche im Rahmen eines Girovertrages. Das *electronic banking* ist folglich eine technische Möglichkeit, Bankdienstleistungen zu nutzen³⁷. Das wesentliche Rationalisierungspotenzial des *electronic banking* liegt zum einen in der *Unpersönlichkeit* der Kommunikation³⁸. In der Sprache der Informatik ausgedrückt liegt *Unpersönlichkeit* nur dann vor, wenn ohne Dazwischentreten einer Person auf Seiten der Bank eine reine *Datenkommunikation* des Kunden mit der Bank über eine Datenschnittstelle stattfindet³⁹. Dies bedeutet, dass am Kommunikationsvorgang auf Seiten der Bank keine natürliche Person beteiligt ist, die Kundenerklärungen entgegennimmt oder bearbeitet. Ein weiterer Rationalisierungsumstand beim *electronic banking* liegt darin, dass hier der Kunde - zumindest teilweise - den Leistungserstellungsprozess übernimmt, indem er etwa durch Ausfüllen von Formularen die Eingabe von Daten in bereits maschinenlesbarer Form übernimmt, die auf Seiten der Bank ohne weitere Bearbeitung weiterverarbeitet werden können.

Beim *Automaten-* bzw. synonym dem *Selbstbedienungs-(SB-)Banking* befinden sich die technischen Kommunikationsgeräte an der Schnittstelle zum Kunden in der Sphäre der Bank. Wesentlich ist, dass die technische Infrastruktur von den Banken zur Verfügung gestellt und unterhalten wird. Dem Kunden entstehen dabei keine direkten Kosten für die Beschaffung eigener technischer Geräte; die Infrastrukturkosten werden vielmehr über die allgemeine Gebührengestaltung auf alle Bankkunden umgelegt. In den Bereich des *SB-Bankings* fallen insbesondere Geldausgabeautomaten, Kontoauszugsdrucker sowie sog. multifunktionale Automaten insbesondere zur Durchführung von Überweisungen, Daueraufträgen sowie anderer einfacher Dienstleistungen⁴⁰.

III. Strukturwandel des Finanzsektors als Auslöser von Automatisierungstendenzen

Es ist angedeutet worden, dass die Automatisierung des Zahlungsverkehrsgeschäfts als Teil einer komplexen Gegenstrategie zur Bewältigung einer Strukturkrise der Bankenbranche gedeutet werden. Der Befund vom "Strukturwandel des Finanzsektors" -

³⁶ Schierenbeck, Bankmanagement, S. 430.

³⁷ Wiesgickl, M., WM 2000, S. 1039 (1042).

³⁸ Die im Folgenden wiedergegebenen drei charakterisierenden Merkmale des *electronic banking* finden sich bei Wörner, G., Wirtschaftlichkeitsanalyse, S. 15.

³⁹ Siebert, Direktbankgeschäft, S. 28 f..

⁴⁰ Eine Zusammenstellung bereits durch Automaten angebotener Dienstleistungen findet sich bei Kreuzer, M., (1996), S. 38.

mit tiefgreifenden Änderungen insbesondere für die Banken als dessen Teil - gehört heute zu den Gemeinplätzen der bankbetriebswirtschaftlichen⁴¹ genauso wie der öffentlichen⁴² Diskussion. Auch im Selbstverständnis der Branche befindet sich die Bankenwelt seit zwei Dekaden im Umbruch⁴³. Die stürmischen Veränderungen des nationalen wie internationalen Bankenmarktes bewirken einen tiefgreifenden Wandel der Wettbewerbsposition der Kreditinstitute und setzen den Industriezweig unter einen als drängend empfundenen Innovations- und Investitionsdruck.

Der gegenwärtige "Umbruch" wird durch mehrere, gleichzeitige und stark interdependente Faktoren ausgelöst, welche die Wettbewerbsbedingungen für deutsche Kreditinstitute verändern. Gleichsam von außen geraten Banken durch die teils mit aggressiven Marketingstrategien in den Markt drängenden sog. Non-/oder Nearbanks⁴⁴, die als Quereinsteiger klassische Finanzprodukte, die bisher den herkömmlichen Filialbanken vorbehalten waren, zumeist für diese unerreichbar günstigen Bedingungen⁴⁵ anbieten.

Verstärkt wird dieser Trend durch Veränderungen der Branche von innen her, die auf eine fortschreitende Deregulierung und Liberalisierung des Bankensektors auf europäischer und globaler Ebene zurückzuführen sind. Mehr noch als die *Globalisierung* der Finanzmärkte⁴⁶ hat die Liberalisierung im Rahmen der Entwicklung des EU-

⁴¹ Siehe schon *Juncker/Muthesius*, Rationalisierung im Kreditwesen, 1979. Aus der aktuellen Diskussion dazu etwa: *Picot, A./Neuburger, R.*, Banken und das Firmenkundengeschäft im Internet-Zeitalter, 2000; *Oberender*, Finanzdienstleistungen und Finanzmärkte im Umbruch, Berlin 2001; *Francke, H.-H./Ketzel, E.*; Finanzmärkte im Umbruch, in: Kredit und Kapital - Beiheft zu Heft 15/2000, Berlin 2000.

⁴² Siehe zuletzt etwa: F.A.Z vom 29.01.2002 : "Wetterleuchten am Finanzplatz Frankfurt"; sowie F.A.Z. 29.01.2002: "Die Angst vor dem schleichenden Abzug der Banken - Fusionen, Entlassungen, neue Strukturen: Die Kreditbranche ist im Umbruch wie nie/Verliert Frankfurt seine Bedeutung als Finanzplatz?". „Die Finanzdienstleister stecken in einer schweren Krise“, in: FAZ vom 25.07.2002, S. 16. Ferner: „Großbaustelle Bank“, in: Bank der Zukunft, Verlagsbeilage zur Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 83, 10.04.2002, S. 1; In diesem Sinne ebenso „Bank der Zukunft“, Verlagsbeilage zur Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 83, 08.04.2003, S. 1.

⁴³ Aus den zahlreichen Stellungnahmen von Branchenvertretern siehe etwa: *Schüller, S.*, WM 1998, 542 (542). Zum Stimmungsbild siehe auch *Bundesverband Deutscher Banken*, Bankenbericht 2000 und Bankenbericht 2002, Quelle: <http://www.bdb.de>. Siehe auch Issing (EZB), „Kursverfall bei Bankaktien ist dramatisch“ in: FAZ vom 10. 10. 2002, S. 21.

⁴⁴ Gemeint sind damit Unternehmen, die Bankleistungen anbieten, ohne einen Bankstatus nach § 1 (1) KWG zu besitzen. Waren Vorreiter dieses Trends anfangs insbesondere Autohersteller (mit Leasinggesellschaften), von branchenfremden - etwa Fluggesellschaften - betriebene Kreditkartenunternehmen und Kaufhäuser, so hat sich schon in den 1980-er Jahren eine kaum mehr übersehbare Anzahl von Anbietern auf dem Markt etabliert. Siehe dazu die umfangreiche Übersicht von Stracke/Pohl, in: *Die Bank*, 1987, 231 ff, 421 ff., 539 ff. Ambros, erwartet, dass Non-/Nearbanks in Zukunft ihre Angebote erheblich erweitern und auf das Passivgeschäft ausdehnen werden, vgl. Ambros, H., in: WM 2000, 563 (563).

⁴⁵ Der Preis- und Konditionenunterschied zwischen solchen Anbietern und traditionellen Mitbewerbern wird im Wesentlichen durch den Wegfall der kostenintensiven Zweigstellenfinanzierung sowie über neue Besoldungsschemata innerhalb der Unternehmen erreicht. Siehe zum Praxisbeispiel der Quelle Bank Österreich und anderen: Ambros, H./Altenburger, R., Retail Banks. Extreme Beispiele stammen aus der Automobilindustrie, die durch hauseigene Leasinggeber zum Teil Kredite zu einem Zins von 0 % gewähren. Erreicht werden solche Konditionen nur mit der Quersubventionierung aus dem Kerngeschäft des Mutterunternehmens. Vgl. etwa das Angebot der Bank des Automobilherstellers Ford unter www.fordbank.de.

⁴⁶ Die Deregulierung bedeutete im Wesentlichen die Beseitigung von Devisen- und Kapitalverkehrskontrollen, die Deregulierung von Anlagevorschriften für Institutionelle Investoren, sowie die Lockerung bestehender Emissionsvorschriften. Siehe dazu: Jochimsen, R., in: Süchting, P./Heitmüller, H.-M., Bankmarketing. Zu aktuellen Tendenzen der fortschreitenden Liberalisierung von Bankdienstleistungen in der WTO siehe: Bundesverband Deutscher Banken (2001).

Binnenmarktes⁴⁷ (*Europäisierung*) den deutschen Finanzmarkt durch Beseitigung von institutionellen Markteintrittsschranken für ausländische Anbieter aus dem schützenden Windschatten eines weitgehend isolierten nationalen Marktes in den stürmischen Bereich des internationalen Wettbewerbs entlassen⁴⁸. Eine neue Dimension ist in diesem Prozess durch die Einführung des Euro als einheitliche europäische Währung erreicht worden⁴⁹. Zunehmend unter Druck geraten Banken auch von Seiten der Kunden, die - nicht zuletzt aufgrund kritischer Presseberichterstattung⁵⁰ - im Hinblick auf Service und Vertragsbedingungen zunehmend anspruchsvoller geworden sind, neue günstige Angebote schnell annehmen und mit diesem Verhalten einen Druck auf die Preise sowie einen Zwang zur Einführung von Neuerungen ausüben⁵¹. Dies gilt nicht nur für die besonders unworbene Zielgruppe der höher gebildeten, gut verdienenden und zunehmend mobilen Kunden. Die steigende Preissensibilität wird verschärft durch eine spürbar schwindende Kundenloyalität⁵², wodurch sich Wechsel von Bankverbindungen und Mehrfach-Bankbeziehungen häufen⁵³. Das Internet- und Online-Banking ermöglicht erst diese neue Form der Kundenmobilität. Die "lebenslange Bankbeziehung", die Banken einen weitgehend festen Stamm an Kundschaft gesichert hat, scheint somit der Vergangenheit anzugehören.

Als Hauptursache für die Umwälzungen der Bankenbranche wird jedoch die Einführung von Informationstechnologie in die Beziehung zum Kunden angesehen⁵⁴. Wenn oben festgestellt worden ist, dass die Automatisierung im Wesentlichen eine *Reaktion* auf ein sich änderndes Umfeld zu verstehen ist, so gehört es zu den Paradoxa der Branche, dass die Einführung von Informationstechnologie als wesentlicher Auslöser der Strukturkrise und zugleich als Mittel zu ihrer Bewältigung gesehen wird. Neue Technologien bieten neue Vertriebswege zum Kunden und senken für Mitbewerber - inländische wie ausländische - wesentlich die Markteintrittsschranken. Wie insbesondere das Beispiel der sich zunehmend etablierenden Direktbanken zeigt, ist für einen erfolgreichen Markteintritt kein aufwändiges Filialsystem mehr erforderlich. Nischenanbietern ermöglicht diese Tatsache schon mit vergleichsweise geringem Kapitaleinsatz einen

⁴⁷ Einen Überblick über aktuelle Harmonisierungsbestrebungen gibt: Wiesner, P. M., in: BB 2001, Beilage zu Heft 44; Zu den Gesetzgebungsvorhaben auf EU-Ebene siehe auch die Berichte der von der EU-Kommission eingesetzten "Gruppe 2005" und den "Action Plan for Financial Services - APFS". Die umfangreichen Gesetzgebungsvorschläge sowie der Stand der bis zum Jahr 2005 geplanten Umsetzung können eingesehen werden unter: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm.

⁴⁸ Lange, T. A., in: Internet Banking, S. 32; Schüller, WM 1998, 542 (542).

⁴⁹ Zum "Integrationschub" durch den EURO siehe Weiss, Europa-Strategie, S. 435.

⁵⁰ Siehe etwa Das Wertpapier, 08.07.1994, S. 12: "Minusmacher und Gebührenzocker"; Capital 01.08.1994 "Mehr Schein als Sein", "Bankraub"; test 8/1991, S. 14: "Raffgier mit Methode: Mit immer neuen Gebühren bitten die Banken ihre Kunden zur Kasse". Ausführlich: Ogger, G.: Das Kartell der Kassierer; Die Imagekrise, die in der weitverbreiteten Kritik an der "Macht der Banken" ihren Ausdruck findet, macht offenbar auch vor der Rechtsprechung nicht halt, was von Wesphalen in WM 1992, S. 853 anhand eines Praxisbeispiels belegt und seinerseits kritisch beurteilt.

⁵¹ Svindland, E., in: Kredit und Kapital - Beiheft zu Heft 15/2000, S. 108.

⁵² Schüller, WM 1998, S. 542 (542).

⁵³ Pallas, Preisverzeichnisse, S. 134.

⁵⁴ Wie viele andere, so auch Kerscher, Telekommunikation, S. 3.

Markteintritt⁵⁵. Nach erfolgreicher Etablierung am Markt kann eine Kostenersparnis, zu welcher der Wegfall des Fixkostenfaktors *Filiale* führt, über den Umweg attraktiverer Preise und Konditionen an den Kunden weitergegeben werden und so wiederum zu einem wesentlichen Wettbewerbsvorteil umgemünzt werden⁵⁶.

Neue mediengestützte Vertriebskanäle stärken die Verhandlungsposition des Kunden, der bereit ist, seine Finanzen etwa per Internet zu regeln, indem sie ihm Zugang zu Angebotsseiten verschiedener Anbieter gewähren und ihm so einen theoretisch weltweiten Vergleich unterschiedlicher Konditionen ermöglichen. Die Abwicklung von Bankgeschäften insbesondere über das Internet verringert die *Informationsasymmetrie* zwischen Bank und Kunde. Günstige Angebote, etwa bei Direktbanken, bringen dem Kunden wirtschaftliche Vorteile, welche die für einen Bankenwechsel notwendigen Transaktionskosten weit überwiegen.

IV. Automatisierung als Gegenstrategie

Angesichts dieses wettbewerblichen Drucks besteht Einigkeit darüber, dass die Zukunft klassischer Universalbanken langfristig nur durch umfassende Strukturveränderungen und Rationalisierungsmaßnahmen gesichert werden kann⁵⁷. Der Einsatz von Telekommunikation in der Bankbeziehung ist dabei als der wesentliche Kern einer Gegenstrategie der Banken für die durch die beschriebenen Entwicklungen hervorgerufene Herausforderung zu verstehen⁵⁸.

Die Motive der Banken für den Einsatz von Telekommunikationstechnologie zur Bewältigung der Bankdienstleistungen sind vielfältig und nicht auf einen Aspekt reduzierbar. Studien zu den Zielen hinter dem Aufbau von *electronic banking* und Selbstbedienungsautomaten zeigen ein ganzes Motivbündel. Befragt nach den hauptsächlichen Zielen, die mit dieser Automatisierung der Kundenbeziehung verfolgt wurden, nennen Banken in der Reihenfolge ihrer Bedeutung: Verkaufsförderung durch Information des Kunden (für 26 % von 100 % der befragten Banken am wichtigsten), Imagesteigerung (23 %), Kundenbindung (15 %), Ergänzung zum Filialnetz (6 %), Rationalisierung sowie die Ausweitung der Geschäftszeiten durch Rund-um-die-Uhr Verfügbarkeit (je 5 %)⁵⁹. Es zeichnet sich eine Verschiebung der geschäftspolitischen Ziele ab. Dominierten in den Aufbaujahren der Computerisierung in der Bankenbranche

⁵⁵ Nach Lange, T. A., Internet-Banking, S. 32, ermöglichen reine Internet-Banken bei einem Gründungsaufwand von rund ein bis zwei Mio. US-Dollar Cost-Income Ratios von 15-20 % verglichen mit 60 % bei traditionellen Banken.

⁵⁶ Hruby, A., E-Commerce, S. 7. Nach Thießen, F., Bank und Markt 1996, 15 (15), können Direktbank-Kunden im Vergleich zu einer herkömmlichen Filialbank-Verbindung pro Jahr 1.500,- € an Zinsen und Gebühren sparen.

⁵⁷ Siehe etwa Picot, A./Neuburger, R., Firmenkundengeschäft, S. 77 ff.

⁵⁸ Betsch, O., Bank und Markt 1996, S.10 (10).

⁵⁹ So die Ergebnisse der Expertenumfrage von Stahl, E./Wimmer, E. unter 600 Vorständen, Marketing- und Organisationsleitern deutscher und österreichischer Banken, in: Stahl, E./Wimmer, E., SB-Internet-Terminals. Zu sehr ähnlichen Ergebnissen hinsichtlich der Motive - allerdings für ausländische Banken - kommt auch Aladwani, A., in: International Journal of Information Management 21 (2001), S. 213 (218).

noch eindeutig Kostensenkungs- und Rationalisierungsinteressen, treten nun erlösorientierte Modernisierungskonzepte in den Vordergrund, die auf eine Intensivierung der Kundenbeziehungen ausgerichtet sind⁶⁰. Für die Banken bedeutet dies eine prekäre Gratwanderung zwischen Eigen- und Kundeninteressen.

1. Erlösorientierte Modernisierung

Einsatz von *electronic banking* eröffnet neue Marketingmöglichkeiten durch neue Vertriebs-, Informations- und Beratungskanäle. Diese zu nutzen - etwa für ein aktives Marketing von Bankprodukten - liegt nicht nur im Interesse der Bank; moderne Technologien in der Bank werden auch vom Kunden erwartet⁶¹, der - von der Notwendigkeit befreit, Bankschalter aufsuchen zu müssen - eine zeitsparende, bequeme und von den Öffnungszeiten unabhängige Möglichkeit⁶² besitzt, seine Bankgeschäfte zu erledigen. Auf Bankenseite fördert der Einsatz von Telekommunikationstechnik ein modernes Image, erweitert die Werbemöglichkeiten durch neue Präsentationsformen und erschließt den Zugang zu Neukunden durch globale Präsenz im Internet⁶³.

2. Rationalisierung

Im vorwiegend preisbestimmten Wettbewerb, dem die Banken im Privatkundengeschäft ausgesetzt sind⁶⁴, bleibt die Rationalisierung der Geschäftsabläufe trotz allem ein Schlüssel zum Verständnis der Automatisierung der Branche. Die Rationalisierung setzt bei den klassischen Filialbanken primär am kostenintensiven und verlustträchtigen Filial- und Schaltergeschäft⁶⁵ an. Diente die Filiale bisher als rentabler Abschottungsfaktor gegenüber der Konkurrenz, die bei Markteintritt die hohen Hürden überspringen musste, die der Aufbau eines Filialnetzes mit sich brachte, so verliert sich dieser Vorteil mit Einführung elektronischer Vertriebswege. Die Filiale wird wegen der hohen Fixkosten zu einem belastenden Faktor für die Bank⁶⁶.

Zum einen reagieren die Kreditinstitute darauf mit einer Ausdünnung ihrer Filialstruktur durch Schließung zahlreicher nicht-profitabler Bankfilialen⁶⁷.

⁶⁰ Konert, B., *Electronic Banking*, S. 126.

⁶¹ Nach einer bei Ambros, H./Altenburger, R., *Retail Banks*, S. 107, zitierten Umfrage erwarten im Durchschnitt fast 60 % der Kunden moderne Technologien in der Bank. Noch höher liegt der Anteil bei der Zielgruppe der leitenden Angestellten, Freiberufler, Selbstständigen, (ca. 73 %).

⁶² Die Bedeutung dieser Aspekte heben Ambros, H./Altenburger, R., a. a. O., S. 119 anhand von Ergebnissen einer Kundenbefragung hervor.

⁶³ Hruby, A., *E-Commerce*, S. 8.

⁶⁴ Hruby, A., *E-Commerce*, S. 5.

⁶⁵ Stockmann, C., *Bankfilialen*, S. 109.

⁶⁶ Ein Beispiel - nach Balzer, A., *Banken im Umbruch*, *Manager Magazin*, Nr. 4/1996, S. 48 (51) - mag dies verdeutlichen: Allein die Raumkosten für die 1500 Filialen der Deutschen Bank im Jahre 1996 betragen rund 350 Millionen Euro (700 Mio. DM). Schätzungen der vergangenen Jahre ergaben, dass in Deutschland alle Geldinstitute zusammen 7,5 bis 10 Mio. Euro allein für den Unterhalt der Filialen aufwenden müssen, Drechsler, D., *FAZ* vom 04.02.1997, S. B 5.

⁶⁷ Bundesverband Deutscher Banken, *Bankenbericht 2000*, S. 56. Trotz Schließung zahlreicher Bankstellen seit Beginn der neunziger Jahre gilt Deutschland weiterhin als "overbanked", a. a. O. Nach Prognosen -

Zum anderen werden bei den verbleibenden Stellen die Filialstrukturen durch die Förderung der Kunden-Selbstbedienung und die Einführung abgestufter – d. h. insbesondere nach der Finanzkraft der Kunden differenzierender - Filialkonzepte verändert⁶⁸. Ziel der Bemühungen ist es, durch Umstellung von *Standarddienstleistungen des Massengeschäfts*⁶⁹ auf die Kundenselbstbedienung dann überflüssige Kapazitäten abzubauen oder freiwerdendes Beratungspotenzial im weitaus lukrativeren *Individualgeschäft* einzusetzen⁷⁰. Insbesondere der Zahlungsverkehr enthält ein hohes Kosteneinsparungspotenzial und unterliegt folglich besonders der Rationalisierung⁷¹. Kosteneinsparungen sollen durch die konsequente Automatisierung und dadurch bedingte Automation der Zahlungsverkehrsprozesse (Ein- und Auszahlungen, Überweisungen, Kontostandsinformationen) zwischen Bank und Kunde erreicht werden, wobei Routinetätigkeiten der Beschäftigten - insbesondere das Ausfüllen und Bearbeiten von Belegen - auf den Kunden übertragen werden.

Jede vom Kunden online von zu Hause oder per Selbstbedienungsterminal abgewickelte Transaktion belastet weder das Bankpersonal, noch aufwändige Beleg-Lesetechnik. Ziel ist die vollständige Integration des Kunden in die elektronischen Prozessabläufe, die zum einen den Datenerfassungs-Aufwand komplett auf den Kunden verlagert, zum anderen der Bank von vornherein maschinenlesbare Daten zur Verfügung stellt, die ohne Verzögerung automatisch verarbeitet werden können (sog. Medienbruchfreiheit)⁷².

Untersuchungen für den US-amerikanischen Bankensektor machen das Rationalisierungspotenzial deutlich: Kostet eine Überweisung, die als Beleg in der Filiale abgegeben wird, die Bank rund 1 US\$, verursacht die gleiche Überweisung per Internet nur rund 0,10 US\$ an Kosten⁷³. Trotz hoher Anfangsinvestitionen in die technische Infrastruktur rentiert sich damit die konsequente *Automatisierung* der Standardgeschäfte.

zitiert bei Siebertz, P./Drechsler, D., in: Süchting, P./Heitmüller, H.-M., Bankmanagement, S. 203 -wird es in der BRD bis zum Jahr 2006 zwischen 30 und 50 % weniger Bankstellen geben. Zur Reduktion des Geschäftsstellen-Netzes auch: Priewasser, E., Prognose, S. 197 f.

⁶⁸ Picot, A./Neuburger, R., (2000), S. 42 f.

⁶⁹ *Standarddienstleistungen* sind in Anlehnung an die Definition bei Süchting, P./Paul, S., Bankmanagement, S. 693, Routineleistungen der Bank, die *massenhaft* und *kontaktarm*, d. h. weitgehend ohne Beratungsbedarf, abgewickelt werden können. Dazu zählt insbesondere der Zahlungsverkehr, Überweisungen sowie der Lastschriftverkehr. Umgekehrt sind *Individualleistungen* durch eine *geringe Kontakthäufigkeit* sowie durch eine *hohe Beratungsintensität* gekennzeichnet. Als Hauptbeispiel dienen die Vermögensverwaltung sowie das *Kreditgeschäft*.

⁷⁰ Siebertz, P./Drechsler, D., Süchting, P./Heitmüller, H.-M., Bankmanagement, S. 203.

⁷¹ Einen detaillierten Überblick über die Kosten des Zahlungsverkehrs - jedoch auf Basis einer Untersuchung des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes und damit allein für den Sparkassensektor gültig - gibt Dötsch, in: Süchting, Handbuch des Bankmarketings, S. 177: Die Gesamtkosten des Zahlungsverkehrs aller Sparkassenfilialen beliefen sich pro Jahr auf ca. 10 Mrd. DM. 70 % davon sind reine Kosten der Zahlungsverkehrstransaktionen. Von den Transaktionskosten i. H. v. 7 Mrd. DM entfielen 80 % auf die manuelle und lediglich 20 % auf die elektronisch abgewickelte Zahlungsverkehrsvorgänge. Der Großteil (rund zwei Drittel) der noch manuell bearbeiteten Überweisungen und Zahlscheine seien Einzelaufträge von Privatkunden.

⁷² Stockmann, C., Bankfilialen, S. 110.

⁷³ So eine Studie von Booz, Allen & Hamilton, zitiert in: Siebert, U., F.A.Z. vom 26.10.2001.

V. Lenkung des Kundenverhaltens durch Gebührengestaltung

Auch wenn der Einsatz von SB-Terminals seitens des Kunden auf eine hohe Akzeptanz dieser *elektronischen Vertriebsform* schließen lässt, zeigen sich auch im Bereich des *SB-/Automatenbankings* noch deutliche Rationalisierungspotenziale.

Schwerpunktmäßig (90 % der SB-Transaktionen) benutzen die Bankkunden SB-Automaten in ihrer Funktion als Geldausgabeautomaten und Kontoauszugsdrucker⁷⁴.

Andere Leistungen des Zahlungsverkehrs werden deutlich seltener in Selbstbedienung abgewickelt. Insbesondere die Abwicklung von Überweisungen am Automaten macht weniger als ein Zehntel aller so *elektronisch* abgewickelten Transaktionen aus. Das so erreichte Rationalisierungspotenzial für die Filialbanken wird jedoch dadurch geschmälert, dass die Mehrheit der Privatkunden (80 %) auch für Standardgeschäfte auf die Beratung in der Filiale nicht völlig verzichten wollen⁷⁵ und die Banken trotz elektronischer Vertriebswege zur Aufrechterhaltung einer Filialstruktur gezwungen sind, wenn sie Kundeninteressen entgegenkommen wollen (sog. Multikanalbank⁷⁶, die sowohl herkömmliche als auch elektronische Vertriebswege anbietet).

Erfahrungen im Bereich des Btx-Bankings und der ec-Geldausgabeautomaten zeigen, dass diese Vertriebswege von Kunden nicht als *Ersatz* des Schaltergeschäfts, sondern vielmehr als *zusätzliche* Dienstleistung - meist erst nach Schalterschluss - in Anspruch genommen wurden⁷⁷.

1. Gebührengestaltung

Um dennoch eine Änderung des Kundenverhaltens hin zu einer Nutzung der für die Bank kostengünstigsten Vertriebswege und so zur besseren Auslastung gegebener Kapazitäten zu erreichen, sind die Banken zu einer Steuerung über die Gebührenpolitik⁷⁸ übergegangen. Anreize zur Nutzung der neuen Techniken werden durch entsprechende Preisvariationen versucht; etwa die Verteuerung konventionell durchgeführter Transaktionen durch Erhebung von *Schalterauszahlungsgebühren*⁷⁹ oder umgekehrt durch Verbilligung elektronisch durchgeführter Zahlungsaufträge gegenüber beleggebundenen Transaktionen.

Während die gängigsten Giroverträge keine gesonderten Gebühren für eine am Selbstbedienungsautomaten abgegebene Giroüberweisung vorsehen, ist eine Gebühr für eine per Beleg angewiesene Girotransaktion nicht unüblich: die Gebühren dafür schwanken zwischen rund 0,20 und 2 Euro⁸⁰.

⁷⁴ Stahl, E./Wimmer, A., SB-Internet-Terminals, S. 39.

⁷⁵ Schüller, S., WM 1998, 542 (542 f.).

⁷⁶ Blessing, M., WM 2001, 1146 (1146).

⁷⁷ Konert, B., Electronic Banking, S. 188.

⁷⁸ Pallas, Preisverzeichnisse, S. 136; Walter, H., in: bank und markt 1980, S. 21 (21).

⁷⁹ Siehe das Urteil des BGH vom 07.05.1996, in: NJW 1996, 2032 ff. - Zusatzentgelte für Bartransaktionen am Kassenschalter.

⁸⁰ Eine beleggebundene Überweisung im Rahmen des Girokontos der Dresdner Bank kostet 0,18 Cent; für dieselbe Transaktion berechnet die Volkswagen Bank direkt 2 Euro. Die Zahlen entstammen dem

2. Begrenzte Zulässigkeit

Der Lenkungswirkung dieser und ähnlicher Preisgestaltungsmodelle ist in den vergangenen Jahren durch die Rechtsprechung ein enger Rahmen gesteckt worden. In der sog. *Barauszahlungsentscheidung* vom 30.11.1993 hatte der BGH auf eine Verbandsklage hin die Wirksamkeit eines Entgelts für Barauszahlungsvorgänge am Schalter im Privatgirogeschäft zu überprüfen, das von der beklagten Großbank neben einer Kontoführungsgebühr formularmäßig in Form eines „Zusatzpreises“ pro Vorgang bzw. eines gegenüber Abhebungen am Geldautomaten „höheren Einzelpreises“ für Leistungen an der Kasse berechnet wurde⁸¹.

Im Gegensatz zu den Vorinstanzen⁸² ordnete der BGH entsprechende Klauseln als nach § 8 AGBG a. F. kontrollfähige sog. Preisnebenabreden ein und erklärte diese für unwirksam, weil gegen wesentliche gesetzliche Wertungen verstoßend⁸³.

Fortgeführt wurde diese Position durch die sog. Postenpreisentscheidung vom 07.05.1996⁸⁴. Die Entscheidung war notwendig geworden, weil die Kreditwirtschaft im Zuge des Barauszahlungsurteils schlicht dazu übergegangen war, die für unzulässig erklärten Gebühren für Schalterbarauszahlungstransaktionen durch sog. *Buchungsgebühren* zu ersetzen⁸⁵. Die von der beklagten Sparkasse verwendete Klausel sah unter der Überschrift „Kontoführung“ neben einer monatlichen Pauschale auch Postenpreise für die einzelnen Buchungsvorgänge vor, und zwar für „Daueraufträge, Barverfügungen am Geldautomaten, Einzugsermächtigungen“ 0,25 DM sowie 0,40 DM für alle anderen Vorgänge.

Bei den nur zum Teil der Inhaltskontrolle unterworfenen Postenpreisklauseln sah der Senat den Tatbestand des § 9 AGBG (§ 307 BGB n. F.) nicht erfüllt. Als entscheidend wertete der BGH dabei, dass entsprechende Klauseln fünf sog. Freiposten vorsahen, d. h. die Kostenbelastung für den Kunden erst ab der sechsten Verfügung auftrat. Nur der Bereich dessen, was bei verständiger Würdigung noch als normale Inanspruchnahme von Ein- und Auszahlungen zugerechnet werden könne, dürfe keine besondere Vergütungspflicht auslösen. Eine besondere Zahlungspflicht über diesen Bereich hinaus jedoch verstoße nicht gegen Treu und Glauben⁸⁶; wer Kassendienste in außergewöhnlichem Umfang in Anspruch nehme, werde nicht unangemessen behandelt,

ausführlichen Konditionenvergleich der Stiftung Warentest, in: *Finanztest* Nr. 6/2002, S. 28 ff. Die Erhebung umfasst die Kontoführungspreise von 114 Kontomodellen von 55 Kreditinstituten, darunter 12 überregional arbeitenden Großbanken und 11 Direktbanken.

⁸¹ BGH Ur. vom 30.11.1993, in: BGHZ 124, S. 254 ff.

⁸² LG Ffm, in: WM 1992, S. 521 ff; OLG Ffm, in: WM 1993, S. 742 ff.

⁸³ Im Wesentlichen argumentiert der BGH dabei wie folgt: Barauszahlungen zu Lasten eines passiv geführten Kontos seien rechtlich als Zurverfügungstellung von Darlehensvaluta durch den Darlehensgeber nach § 607 BGB zu werten, Bareinzahlungen des Kunden demgegenüber nach § 362 Abs. 1 BGB als Tilgungsleistungen mit Hilfe gesetzlicher Zahlungsmittel anzusehen. Wie aber eine gesetzliche Grundwertung der § 270 Abs. 1 BGB und § 369 Abs. 1 BGB zu entnehmen sei, könne jede Geldschuld durch Barzahlung des Nennbetrags erfüllt werden. Die Bank als Gläubigerin sei demnach nicht berechtigt, für die Entgegennahme einer Rückzahlung in Bargeld eine gesonderte Vergütung zu verlangen, BGHZ 124, S. 254 (256 ff.).

⁸⁴ BGHZ 133, S. 10 ff.

⁸⁵ Siehe umfassend, Pallas, Preisverzeichnisse, S. 200.

⁸⁶ BGHZ 133, S. 10 (16 f.).

wenn er in maßvollem Ausmaß zu einem Entgelt für den damit verbundenen Aufwand herangezogen werde.

In der Literatur ist die sog. Postenpreisentscheidung als Ausdruck einer allgemeinen Kostenfreiheit von Barzahlungstransaktionen gedeutet worden⁸⁷. Aus der BGH-Judikatur lasse sich ein Anspruch des Bankkunden auf einen Basisschutz herleiten, der verhindert, dass Kunden durch prohibitive Gebühren für die Bargeldnutzung andere Transaktionsformen aufgedrängt werden können⁸⁸. Die begrenzte Zulässigkeit der nur mittelbaren Lenkung des Kundenverhaltens durch Gebührengestaltung wirft für die Kreditinstitute die Frage nach der Möglichkeit einer direkteren Einflussnahme auf das Kundenverhalten auf – etwa durch schlichte Mitteilungen gegenüber dem Kunden, dass entsprechende Zahlungstransaktionen nur noch über Automaten, nicht mehr „am Schalter“ entgegengenommen werden.

⁸⁷ Pallas, Preisverzeichnisse, S. 202.

⁸⁸ Metz, FS Schimansky, S. 83 (93 f.).

Kapitel 6

- Giroüberweisung und Bargeldauszahlung – Rechtliche Grundlagen -

I. Rechtliche Grundlagen der Giroüberweisung nach § 676 a BGB

1. Begriff, Wesen und Bedeutung

Die Überweisung ist ein Zahlungsmechanismus, bei dem nicht Bargeld in Form von Banknoten als gesetzliches Zahlungsmittel¹ den Eigentümer wechselt, sondern das auf der Übertragung von sog. *Buchgeld* beruht². Buchgeld - auch Giralgeld genannt - ist die bei Banken verzeichnete Wertgröße, die banktechnisch als Saldo auf einem Konto verzeichnet ist³. Das abstrakte, unkörperliche Giralgeld bedarf damit, anders als das Sachgeld, notwendigerweise eines Bankkontos. Nur auf einem Konto kann es entstehen, aufbewahrt und verfügt werden⁴. Zweck der Überweisung, der sich aus dem sog. Valutaverhältnis zwischen Auftraggeber als Schuldner und dem Empfänger als Gläubiger eines Zahlungsanspruchs ergibt⁵, ist die Erfüllung einer Geldschuld. Die Überweisung ist damit eine Form des *bargeldlosen* Zahlungsverkehrs, die es ermöglicht, Zahlungen in der Regel⁶ dadurch vorzunehmen, dass eine bestimmte Summe vom Konto des Auftraggebers abgeschrieben wird, um sie dem Konto des Begünstigten gutzuschreiben⁷.

Damit ist auch der wesentliche Unterschied in der dogmatischen Konstruktion zwischen Barzahlung und Überweisung angedeutet. Während die Barzahlung - gleichsam *sachenrechtlich* geprägt - auf der Übereignung von *Sachgeld* i. S. v. körperlichen Gegenständen nach § 90 BGB beruht, wird die Überweisung *schuldrechtlich* durch die Begründung und das Erlöschen von Forderungen zwischen den Beteiligten einer Überweisung abgewickelt⁸. Trotz dieser *schuldrechtlichen* Konstruktion, nach der sich das Buchgeld als ein bloßes Geflecht von gegenseitigen Forderungen darstellen lässt,

¹ Für die Ausgabe von DM-Scheinen und Münzen, die nach Art. 9 EuroVO II bis zum 31.12.2001 alleiniges gesetzliches Zahlungsmittel innerhalb der Bundesrepublik blieben, siehe § 14 BundesbankG (für Banknoten), §§ 2, 3 MünzG (für Münzen). Rechtsgrundlage für den Barzahlungsverkehr in Euro seit dem 01.01.2002 : Art. 10 und 11 EuroVO II. (sog. EuroVO II, ABl Nr. L 139 vom 03.05.1998, S. 1 ff., abgedruckt bei: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Anlage 1 im Anhang zu § 115).

² Huber, Ch., in: ders., Bankrecht, Rn. 1122.

³ Schmidt, C., in: Staudinger-BGB, Vorbem. zu §§ 244 ff., Rn. A 28.

⁴ Claussen, C. P., Bankrecht, § 5 Rn. 1.

⁵ Claussen, C. P., Bankrecht, § 7 Rn. 20 ff.

⁶ Zu der in der Praxis seltenen Form der Bar-Überweisung, bei welcher der Überweisungsgegenwert nicht vom einem Konto des Auftraggebers abgebucht wird - vgl. Gößmann, W./van Look, F., WM-Sonderbeilage 1/2001, S. 25.

⁷ Hadding/Häuser, in: Schmidt, K., MüKo-HGB, Bd. 5 - Zahlungsvertrag, Rn. A 1.

⁸ Canaris, C.-W., Bankvertragsrecht, Rn. 301.

herrscht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass das Buchgeld dem staatlichen Sachgeld gleichgestellt ist⁹.

Obwohl sich die Zahlungsgewohnheiten der Kunden in den vergangenen Jahren stark verändert haben¹⁰, ist die Überweisung immer noch Hauptzahlungsinstrument im System der Zahlungsmittel, alle anderen sind bloße Nebenzahlungsinstrumente¹¹. Die praktische Vorherrschaft der Überweisung zeigt sich sowohl an dem *betragsmäßigen* Volumen, das auf diesem Wege national wie international abgewickelt wird, als auch an der *Zahl* der Transaktionen. Im inländischen und internationalen Zahlungsverkehr werden rund 80 % des Volumens (von umgerechnet etwa 110 Billionen Euro) durch Überweisung abgewickelt¹². Der Umfang des bargeldlosen Zahlungsverkehrs erreicht in der Bundesrepublik Deutschland (nach Zahlen für das Jahr 1991) 29,1 Billionen DM¹³. Gerechnet nach der Zahl der Transaktionen erreicht die Überweisung einen Anteil von 50-60 %¹⁴. Eine ähnlich hohe und seit Jahren steigende Bedeutung von Überweisungen zeigt sich auch im Sparkassen- und Genossenschaftsbanken-Sektor, deren Zahl - ähnlich wie bei den privaten Banken¹⁵ - um rund 50-65 % gestiegen ist¹⁶. Die soziale Bedeutung der Überweisung ergibt sich daraus, dass ein Großteil des privaten Zahlungsverkehrs der Bürger *bargeldlos* abgewickelt wird. Insbesondere bei Lohn-, Gehalts- oder Sozialhilfefzahlungen (§ 47 Abs. 1 SGB-AT) sowie die Entrichtung des Mietzinses und die Begleichung anderer Lebenshaltungskosten (Stadtwerke, Versicherungen etc.) wird fast ausnahmslos bargeldlose Zahlung vorausgesetzt und folglich vorwiegend im Wege von Überweisungen abgewickelt¹⁷.

Der Großteil der von deutschen Kunden veranlassten Überweisungen sind Inlandsüberweisungen. Eine Inlandsüberweisung liegt dann vor, wenn sowohl das den Überweisungsauftrag annehmende Kreditinstitut, das in der Regel auch das Konto des

⁹ Vgl. dazu und zu Nachweisen der gegenteiligen Ansicht nur Münch, Giralgeld, S. 100 ff.

¹⁰ Huber, Ch., in: Huber, Ch., Bankrecht, Rn. 1131. F.A.Z. vom 25. 04. 02, S. 25: "Bargeldloses Bezahlen immer beliebter".

¹¹ Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, BankR II, Rn. II 1.

¹² Die häufig zitierten Zahlen entstammen einer Studie der Bank for International Settlements, Payment Systems, S. 519 (für 1993), sowie: Bank for International Settlements, Statistics, S. 42 (für 1996/1997). Zitiert u. a. bei Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 46 Rn. 3.

¹³ Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 46 Rn. 3.

¹⁴ Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, BankR II, Rn. II 1 ("60 %"). Anders Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 46 Rn. 3: ("etwa die Hälfte"). Die restlichen 40-50 % teilen sich die Nebenzahlungsinstrumente: Kartenzahlung (Kreditkarten, POS-System, POZ-System, elektronisches Geld) sowie Lastschrift - und zunehmend bedeutungslos - der Scheck; Grundmann, S., WM 2000, S. 2269 Fn. 2.

¹⁵ Zahlen dazu finden sich bei Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 46 Rn. 3.

¹⁶ Einen detaillierten Überblick über den Zahlungsverkehr im Sparkassensektor gibt eine Untersuchung des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes, zitiert bei Dötsch, in: Süchting, P. u. a., Handbuch des Bankmarketings, S. 177. Für die Genossenschaftsbanken siehe: Jahresbericht des BVR für 1993, sowie: Bundesverband der deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, Jahresbericht des BVR für 1993; sowie ders., Jahresbericht des BVR für 1997.

¹⁷ Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 47 Rn. 2.

Auftraggebers führt, als auch das kontoführende Institut des Empfängers im Inland liegen¹⁸.

2. Rechtsbeziehungen zwischen Kunde und Bank

Um die rechtlichen Grenzen der Automatisierung des Zahlungsverkehrs am Beispiel der in der Praxis häufigsten Formen der Überweisung darstellen und untersuchen zu können, ist es notwendig, zunächst auf die rechtliche Ausgestaltung der Geschäftsverbindung und der dieser Transaktion zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte einzugehen.

Hier haben sich nach dem Inkrafttreten des Überweisungsgesetzes am 14.08.1999¹⁹ durch die erfolgte erstmalige ausdrückliche Normierung des Überweisungsrechts im 2. Buch des BGB²⁰ Änderungen im Recht der Banküberweisung ergeben.

Den rechtlichen Rahmen für die vertraglichen Beziehungen zwischen Kunden als Auftraggeber (Überweisender) oder Begünstigter einer Überweisung (Empfänger) und der Bank bilden - in Ermangelung eines *allgemeinen Bankgesetzes* - im Wesentlichen die bankvertragrechtlichen Vorschriften des BGB und des HGB, die maßgeblich durch weitgehend einheitliche²¹ allgemeine Geschäftsbedingungen und Sonderbedingungen für einzelne Geschäfte (AGB) der Banken und Sparkassen ergänzt und konkretisiert werden.

Waren vormals gesetzliche Regelungen im BGB insoweit noch weitgehend lückenhaft, hat nun das Überweisungsgesetz das Recht der Überweisung durch Einfügung der Figuren des Überweisungs- (§§ 676 a, b, c BGB), Zahlungs- (§§ 676 d, e BGB) und Girovertrages (§§ 676 f, g, h BGB) als Unterfälle des allgemeinen Geschäftsbesorgungsvertrages in § 675 Abs. 1 BGB²² auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt. Vorschriften zur elektronischen Überweisung sind künftig auch von Seiten des Europarechts zu erwarten.

a. Überweisungsvertrag

Bei der Überweisung wird das Deckungsverhältnis zwischen dem Überweisenden und der beauftragten Bank nunmehr durch den Überweisungsvertrag nach § 676 a BGB als Herzstück des Überweisungsgesetzes²³ geregelt. Durch den Überweisungsvertrag wird das überweisende Kreditinstitut gegenüber demjenigen, der die Überweisung veranlasst

¹⁸ Palandt/Sprau, BGB, § 676 a Rn. 3.

¹⁹ Überweisungsgesetz (ÜG) vom 21.07.1999, BGBl. I, 1642 in Umsetzung der europarechtlichen Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.07.1997 über grenzüberschreitende Überweisungen, ABl. EG Nr. L 43, S. 25. Daneben wurde mit dem Überweisungsgesetz die Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.05.1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- und Wertpapierliefer- und Abrechnungssystemen, ABl. EG Nr. L 166, S. 45., teilweise umgesetzt.

²⁰ §§ 676 a - 676 h BGB.

²¹ Bunte, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 207.

²² Vgl. die Systematik des 8. Abschnitts, 12. Titels des 2. Buchs des BGB: Die besagten Verträge sind dort als Kapitel 2., 3. und 4. des Untertitels 2.) Geschäftsbesorgungsvertrag aufgeführt.

²³ So ausdrücklich Gesmann-Nuissl, D., in: JA 2000, S. 465 (466).

(Überweisender), im Wesentlichen dazu verpflichtet, dem Begünstigten einen bestimmten Geldbetrag zur Gutschrift auf dessen Konto zur Verfügung zu stellen (§ 676 a Abs. 1 S. 1 BGB). Entgegen der alten Rechtslage, die in dem *Überweisungsauftrag* bloß eine einseitige Weisung i. S. d. §§ 665 S. 1, 675 BGB im Rahmen des zwischen der Bank und dem Kunden bestehenden Girovertrages sah²⁴, geht die überwiegende Meinung nunmehr entsprechend dem Gesetzeswortlaut davon aus, dass der *Überweisungsvertrag* als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft mit gegenseitigen vertraglichen Rechten und Pflichten zu qualifizieren ist²⁵, und trennt somit zwischen dem Dauerschuldverhältnis Girovertrag und der Überweisungspflicht aufgrund des Überweisungsvertrages²⁶. Ist ein Überweisungsvertrag im Rahmen eines Giroverhältnisses geschlossen worden, ist die Bank aber sowohl nach § 676 a Abs. 1 S. 1 BGB als auch nach § 676 f S. 1 BGB zur Ausführung der Überweisung verpflichtet (Anspruchskonkurrenz²⁷). Auf die gesetzlichen Vorgaben haben die Kreditinstitute mittlerweile mit neuen Geschäftsbedingungen für den Überweisungsverkehr reagiert²⁸. Der wesentliche Unterschied zur alten Rechtslage besteht darin, dass das Zustandekommen eines *Überweisungsvertrages* nunmehr nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB eines entsprechenden Angebots (*Überweisungsauftrag*²⁹) und dessen Annahme durch die Bank bedarf³⁰. Nach der Gesetzesbegründung kann die Bank den Abschluss des Überweisungsvertrages nach billigem Ermessen ablehnen³¹. Eine Pflicht zum Abschluss von Überweisungsverträgen ergibt sich - entgegen dem bisherigen Weisungsmodell³² - offenbar auch nicht etwa aus einem bestehenden Girovertrag nach § 676 f S. 1 BGB, da die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur schon *abgeschlossene* Überweisungsverträge

²⁴ So die ganz h. M. zum alten Recht. Vgl. statt vieler Canaris, C. W., Bankvertragsrecht, Rn. 320; Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, BankR, Rn. II 35; Martinek, in: Staudinger-BGB, § 675 Rn. B 24; Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 49 Rn. 1; Schmidt, K., Handelsrecht, § 35 III 3, S. 1010; Häuser/Welter, in: Soergel-BGB, § 675 Rn. 94.

²⁵ Str., aber wohl neue, z. T. gegenüber der Gesetzessystematik sehr kritische, h. M.: Claussen, C. P., Bankrecht, § 7 Rn. 16; Gößmann, W./van Look, F., WM-Sonderbeilage 1/2001, S. 10, 21 f.; Schulz, C., in: ZBB 1999, S. 287 (290 f.); Einsele, D., in: JZ 2000, S. 9 (10): "(...) keine generelle Notwendigkeit für Vertragskonstruktion."; Klamt/Koch, in: NJW 1999, S. 2776 (2776); Palandt/Sprau, BGB, § 676 a, Rn. 9. Anders hingegen Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 49 Rn. 1 a ff.: Auch nach § 676 a BGB sei der Überweisungsauftrag als einseitige Weisung zu interpretieren. Weder der Gesetzestext, der auf einer Missinterpretation der EG-Richtlinie beruhe, noch die Zahlungsrichtlinie selbst zwingen zur Aufgabe des bisherigen Weisungsmodells. Ähnlich Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, BankR, Rn. II 36, sowie Grundmann, in: WM 2000, S. 2269 (2275) - "Geltung des Weisungsmodells auch nach neuem Recht".

Diese Auslegung des § 676 a BGB scheint hingegen aus mehreren Gründen unhaltbar: Zum einen spricht der Wortlaut der §§ 676 a, f BGB an diversen Stellen ausdrücklich von "Überweisungsverträgen". Systematisch impliziert die Dreiteilung des 2. Untertitels (Geschäftsbesorgungsvertrag) in die Kapitel 1.) Überweisungsvertrag, 2.) Zahlungsvertrag und 3.) Girovertrag, dass drei gleiche Vertragstypen vorliegen; die Vertragsnatur des Zahlungs- und Girovertrages wird nämlich nicht angezweifelt. Zuletzt geht der Gesetzgeber in seiner Begründung davon aus, mit dem Überweisungsvertrag ausdrücklich einen neuen Vertragstypus geschaffen zu haben; Gesetzesbegründung, BT-Drcks., 14/745, S. 11.

²⁶ Häuser, F., in: WM 1999, S. 1037 (1041).

²⁷ Gößmann, W./van Look, F., in: WM-Sonderbeilage 1/2001, S. 11.

²⁸ Für die Privatbanken: Neue Bedingungen für den Überweisungsverkehr, in: ZBB 2002, S. 60 ff.; Zu den AGB der Sparkassen siehe Göbel, K., in: ZBB 1999, S. 395 ff.

²⁹ Auftrag ist in einem weiten Sinne zu verstehen als der Antrag auf den Abschluss eines Vertrages. Palandt/Thomas, BGB, Einführung vor § 662, Rn. 2.

³⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drcks. 14/745, S. 18.

³¹ Gesetzesbegründung, BT-Drcks. 14/745, S. 19.

³² Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 49 Rn. 1.

erfasst und damit keine Aussagen zu deren Abschluss macht³³. Die Vertragskonstruktion ist daher aus verbraucherpolitischer Sicht zum Teil scharf kritisiert worden³⁴.

b. Die elektronische Überweisung

Nach § 676 a Abs. 1 S. 1 BGB ist für jede Überweisung ein separater Überweisungsvertrag zu schließen³⁵. Der Auftraggeber erteilt seiner Bank einen Überweisungsauftrag, den diese entgegennimmt. Der zu überweisende Betrag wird vom Konto des Auftraggebers abgebucht. Wegen der Rechtsnatur des Überweisungsvertrages als entgeltliche Geschäftsbesorgung³⁶ wird die Belastungsbuchung auf dem Konto des Auftraggebers als Ausdruck eines Anspruchs der Bank auf Aufwendungsersatz nach § 670 BGB oder als Vorschussverlangen nach § 699 BGB angesehen³⁷.

§ 676 a BGB enthält für den Überweisungsauftrag des Kunden keine Formvorschriften. Der Auftrag kann damit nach der Gesetzeskonzeption beliebig auch stillschweigend konkludent³⁸, mündlich am Bankschalter, fernmündlich³⁹ oder fernschriftlich⁴⁰ erteilt werden. Mündliche Aufträge kommen in der Praxis jedoch nicht vor – mündlich abgegebene Willenserklärungen werden dazu nochmals auf Formularen festgehalten und damit verschriftlicht. Offen sind sowohl konventionelle Kommunikationswege (*konventionelle/beleggebundene Überweisung*) als auch elektronische, bei denen der Überweisungsauftrag etwa per Internet/Online bzw. vom SB-Automaten (*elektronische/beleglose Überweisung*) übermittelt wird. Auch die AGB-Banken enthalten zur Form des Überweisungsauftrags keine Regelungen, sondern beschränken sich auf inhaltliche Vorschriften hinsichtlich erforderlicher Angaben⁴¹. In der Wahl des Kommunikationswegs ist der Kunde damit insoweit frei, als weder Gesetz noch AGB besondere Formvorschriften enthalten.

³³ Palandt/Sprau, BGB, § 676 f Rn. 14.

³⁴ Von einem "Rückschritt" im Vergleich zur alten Systematik spricht etwa Bydlinski, P., in: WM 1999, S. 1046 (1048).

Um diese Nachteile zu kompensieren, nimmt ein Teil der Literatur einen Kontrahierungszwang der Bank hinsichtlich des Überweisungsvertrages aus einem bestehenden Girovertrag an: Schulz, C., ZBB 1999, S. 287 (291). Überwiegend wird dies abgelehnt. Gößmann, W./van Look, F., in: WM-Sonderbeilage 1/2001, S. 22 : "contra legem", ebenso Einsele, D., in: JZ 2000, S. 9 (10). Der Regierungsentwurf spricht sich ausdrücklich gegen diesen Gedanken aus; BR-Drsks. 163/99, S. 44.

Zunehmend setzt sich die Ansicht durch, dass aufgrund einer schon "im Gesetz angelegten Verknüpfung von Girovertrag und Überweisungsvertrag" - Gößmann, W./van Look, F., a. A. O. - die Bank den Abschluss des Überweisungsvertrages nur aus wichtigem Grund ablehnen dürfe. Einsele, D., a. A. O.; Palandt/Sprau, BGB, § 676 f Rn. 14; Klamt/Koch, in: DB 1999, S. 943 (945); Gesmann-Nuissl, D., in: JA 2000, S. 465 (467).

³⁵ Häuser, in: WM 1999, S. 1037 (1041), kritisiert dieses Konzept als lebensfremd.

³⁶ Palandt/Sprau, BGB, § 676 a Rn. 9.

³⁷ Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 345. Kritisch zu dieser Einordnung der Belastungsbuchung Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 49 Rn. 1 mit eigenem Konzept.

³⁸ Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 49 Rn. 1.

³⁹ BGH, in: WM 1970, S. 244 f. (fernmündlich).

⁴⁰ BGH, in: WM 1976, S. 904 f. (fernschriftlich).

⁴¹ Siehe die Musterbedingungen "Neue Bedingungen für den Überweisungsverkehr, ZBB 2002, S. 60 ff, Ziff. II./1. Erforderliche Angaben. "Der Kunde muss für die Ausführung der Überweisung folgende Angaben machen: Name des Begünstigten, Kontonummer des Begünstigten sowie Bankleitzahl und der Name des Kreditinstituts des Begünstigten (...)"

Soweit Vorschriften in den AGB-Sparkassen die Nutzung ausschließlich zugelassener Formulare vorschreiben⁴², wird damit nicht etwa die Schriftform i. S. v. § 127 Abs. 1 BGB vereinbart, wie sich aus der in Nr. 20 Abs. 1 lit. c AGB-Sparkassen genannten Möglichkeit, Aufträge auch telefonisch, telegrafisch oder sonst wie drahtlos zu erteilen, ergibt⁴³. Da einheitliche Überweisungsformulare ausschließlich der leichteren Bearbeitung dienen, liegt in ihnen nicht die konkludente Vereinbarung von Formerfordernissen⁴⁴.

In der Praxis wird die konventionelle beleggebundene Überweisung meist über standardisierte *Zahlungsverkehrsvordrucke* in Gang gesetzt, die der Kunde entweder selbst ausfüllt, oder die nach dessen Anweisungen von der Bank ausgefüllt werden⁴⁵. Am Bankautomaten aufgegebene Überweisungsanträge wickelt die Bank im Folgenden banktechnisch wie jede andere Überweisung ab⁴⁶. Die elektronische beleglose Überweisung unterscheidet sich von der konventionellen damit allein durch die Wahl des Kommunikationsmediums für den Antrag des Überweisenden. Eine Vereinbarung der Abwicklung von Bankgeschäften im Wege des *SB-Automatenbankings* ist damit bloß die Einigung über die Nutzung eines besonderen Kommunikationsmediums⁴⁷.

c. Kartenvertrag über die Nutzung von SB-Automaten

Die Auftragserteilung an SB-Terminals ist nur im Rahmen eines kartengestützten Verfahrens möglich. Elektronisch übermittelte Überweisungsaufträge vom SB-Automaten setzen voraus, dass der Kunde über eine Codekarte mit zugehöriger PIN verfügt. Die Codekarte ist i. d. R. mit der ec-Karte (als sog. Debit- bzw. Debetkarte⁴⁸) identisch⁴⁹, kann aber auch eine sonstige kontobezogene Karte sein, deren Leistungsumfang die Auftragserteilung an die Bank (und zugleich den Abruf kundenbezogener Informationen) an den Kundenterminals der Bank ermöglicht. Hauptbeispiel hierfür sind die von Banken herausgegebenen Kundenkarten⁵⁰.

Die Nutzung der Codekarte zur Auftragserteilung bedarf einer gesonderten Abrede. Dass insbesondere die ec-Karten-Nutzung nicht schon zu den girovertraglich festgelegten

⁴² AGB-Sparkassen Nr. 20 Abs. 1 d.

⁴³ Häuser, in: Schmidt, K., MüKo-HGB, Zahlungsverkehr, Rn. B 9.

⁴⁴ Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 49 Rn. 2.

⁴⁵ Zahlungsverkehrsvordrucke sind gemäß den Abkommen der Spitzenverbände der Kreditwirtschaft vereinheitlicht. Vgl. die "Richtlinien für einheitliche Zahlungsverkehrsvordrucke" der Spitzenverbände des Kreditgewerbes, Bundesanzeiger Nr. 1 vom 03.01.1979, aktualisiert 1989 (Bundesanzeiger Nr. 20 a vom 28.01.1989) und 1997, Abdruck bei Hellner, BuB Rn. 6/37 ff.

⁴⁶ Escher, in: WM 1997, S. 1173 (1174).

⁴⁷ Escher, in: WM 1997, S. 1173 (1174).

⁴⁸ Ika, K., Debetkarten, S. 1 ff.

⁴⁹ Canaris, C. W., Bankvertragsrecht, Rn. 527 a.

⁵⁰ Die von den Banken ihren Kunden zur Verfügung gestellten sog. "Kundenkarten" haben gegenüber der ec-Karte einen verringerten Leistungsumfang und beschränken die Nutzung meist auf den Abruf von Kontoauszügen an SB-Terminals sowie auf das Abheben von Bargeld an Geldautomaten (Mit diesem Leistungsumfang etwa: Die *SB-Card 24* der Deutschen Bank 24, www.deutschebank24.de). Kundenkarten eröffnen gerade Minderjährigen Zugang zum bargeldlosen Zahlungsverkehr, Lwowski, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 34 Nr. 2 Rn. 2.

Pflichten gehört, ergibt sich schon aus einer an den Parteiinteressen orientierten Vertragsauslegung. Es muss im Ermessen der Bank stehen, ob sie ein so risikobehaftetes Geschäft wie die Ausgabe der ec-Karte⁵¹ mit jedem ihrer Girokunden abschließen will.

Nach h. M. basiert die ec-Karten-Nutzung daher auf einem vom Girovertrag zu trennenden eigenständigen sog. ec-Karten-Vertrag⁵², sie ist damit wegen der hohen Bedeutung nicht bloß Nebenabrede zum Girovertrag⁵³. Ausgestaltet wird der Vertrag durch Sonderbedingungen für ec-Karten⁵⁴. Diese unterliegen der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB und regeln Besonderheiten der elektronischen Kartenverfügung sowie damit verbundene - aus systemspezifischen Risiken folgende - Rechte und Pflichten.

II. Rechtliche Grundlagen der Bargeldauszahlung

1. Girovertrag

Der Girovertrag nach § 676 f, g BGB prägt das zwischen der Empfängerbank und dem Begünstigten der Überweisung bestehende *Inkassoverhältnis* und bildet zugleich die wesentliche vertragliche Grundlage für das zur Überweisung regelmäßig unabdingbare Konto. Schon vor Inkrafttreten des Überweisungsgesetzes verpflichtete der damals als eine Form eines gemischttypischen Geschäftsbesorgungs- bzw. Dienstvertrags i. S. v. §§ 611, 675 BGB qualifizierte⁵⁵ Girovertrag das Kreditinstitut dazu, Zahlungsaufträgen des Kunden nachzukommen⁵⁶. Der Girovertrag ist damit von jeher⁵⁷ das Rechtsverhältnis zwischen einem Bankkunden und einer Bank (Giroverhältnis), das darauf gerichtet ist, bargeldlose Zahlungen durch Überweisungen im Deckungsverhältnis oder Entgegennahme von Geldeingängen im Inkassoverhältnis durchzuführen⁵⁸.

Diese Hauptleistungspflichten⁵⁹ sind nun in § 676 f S. 1 BGB kodifiziert, wonach das Kreditinstitut durch den Girovertrag verpflichtet wird, für den Kunden ein Konto einzurichten, eingehende Zahlungen auf dem Konto gutzuschreiben und abgeschlossene Überweisungsverträge zu Lasten dieses Kontos abzuwickeln. Weitere Einzelheiten des

⁵¹ Gößmann, W., in: WM 1998, S. 1264 (1265).

⁵² Gößmann, in: WM 1998, S. 1264 (1265); Gößmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 54 Rn. 6; Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, BankR, Rn. II 288; Claussen, C. P., Bankrecht, § 7 Rn. 4.

⁵³ Für die Charakterisierung als bloße Nebenabrede dagegen Pfeiffer, in: von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, ec-Bedingungen, Rn. 12. Die genaue dogmatische Einordnung der Abrede kann dahingestellt bleiben, da die sich aus ihr ergebenden rechtlichen Unterschiede im Sinne der Fragestellung nach den Grenzen der Automatisierung keine Relevanz besitzen.

⁵⁴ Die "Bedingungen für ec-Karten" der Banken sowie die weitgehend identischen "Bedingungen für die Verwendung der ec-Karte (Sparkassen und Genossenschaftsbanken)" sind abgedruckt bei: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, Anh. 5 bzw. 6 zu §§ 60-63.

⁵⁵ Martinek, in: Staudinger, BGB, § 675 Rn. B 17. Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Überweisungsgesetzes ausführlich Canaris, C. W., Bankvertragsrecht, Rn. 300 ff.

⁵⁶ Huber, Ch., in: Huber, Ch., Bankrecht, Rn. 1126.

⁵⁷ Siehe schon die Charakterisierung des Reichsgerichts in RGZ 54, S. 329 (331).

⁵⁸ Hadding/Häuser, in: Schmidt, K., MüKo-HGB, Zahlungsverf., Rn. A 55.

⁵⁹ Claussen, C. P., Bankrecht, § 7 Rn. 16.

Girovertragsverhältnisses soweit sie nicht durch §§ 676 f, g BGB geregelt werden (wie die Nutzung von Zahlungskarten, ec-Karten, Kontoauszugsdruckern o. ä.) bedürfen, wie festgestellt, einer gesonderten Abrede zwischen Bank und Kunde⁶⁰.

2. Kontokorrentabrede

Das Girokonto wird in der Praxis - nicht begriffsnotwendig, aber typischerweise⁶¹ - als sog. Kontokorrentkonto geführt. Der Girovertrag wird dazu um eine Kontokorrentabrede i. S. v. § 355 HGB erweitert⁶². Entsprechend der Vereinfachungs- und Vereinheitlichungsfunktion des Kontokorrents⁶³ werden die in Gutschriften und Belastungsbuchungen verkörperten gegenseitigen Einzelansprüche zwischen der Bank und dem Kunden durch Verrechnung zu einem Anspruch verdichtet. Im alltäglichen Sprachgebrauch wird oft nicht zwischen dem Girovertrag und der rechtlich daneben bestehenden Kontokorrentabrede unterschieden⁶⁴.

3. Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag

Für Girokonten auf Guthabenbasis wird für das Guthaben daneben ein vom Girovertrag strikt zu trennender *unregelmäßiger Verwahrungsvertrag* i. S. v. § 700 BGB abgeschlossen⁶⁵. Auch wenn das Konto im Einzelfall keine Deckung hat, kann der Kunde dennoch Überweisungen vornehmen, falls er eine *Kreditabrede* mit der Bank (Überziehungskredit i. S. v. § 493 Abs. 1 und 2 BGB) abschließt⁶⁶. Wird das Konto also debitorisch geführt, verbindet sich mit dem Girovertrag ein Kreditgeschäft⁶⁷. Bedeutung erlangt der Verwahrungsvertrag bei der Überweisung besonders im Deckungsverhältnis, wenn der Kunde das auf dem Konto stehende Buchgeld in Bargeld umwandeln will, also Auszahlung eines Geldbetrags verlangt. Der Auszahlungsanspruch des Kunden gegen die Bank wird aus §§ 700 Abs.1, 695, 697 BGB hergeleitet⁶⁸. Er stellt damit ein Rückgabeverlangen des Hinterlegers dar.

⁶⁰ Hartmann, in: Die Bank 1999, S. 541.

⁶¹ Hadding/Häuser, in: Schmidt, K., MüKo-HGB, Zahlungsverf., Rn. 200 f. Die Nr. 7 der AGB - Banken, "Rechnungsabschlüsse bei Kontokorrentkonten (Konto in laufender Rechnung)"regelt zwar nicht ausdrücklich das Kontokorrent, setzt es aber im mutmaßlichen Interesse der Parteien und entsprechend der Verkehrssitte als selbstverständlich vorausgesetzt. Bunte, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 12 Rn. 32. Im Gegensatz dazu enthalten die AGB - Sparkassen in Nr. 7 Abs. 1 eine ausdrückliche Kontokorrentabrede, nach der alle Geschäfts- und Privatkonten als Kontokorrentkonten i. S. v. § 355 HGB geführt werden.

⁶² Canaris, C. W., Bankvertragsrecht, Rn. 319. Ausführlich zum Kontokorrent Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 47.

⁶³ Claussen, C. P., Bankrecht, § 5 Rn. 57.

⁶⁴ Claussen, C. P., Bankrecht, § 5 Rn. 56.

⁶⁵ Hadding/Häuser, in: Schmidt, K., MüKo-HGB, Zahlungsverf., Rn. A 200 ff.

⁶⁶ Dies kann auch konkludent dadurch geschehen, dass die Bank eine etwa geringfügige Überziehung des Kontos duldet.

⁶⁷ Canaris, C.W., Bankvertragsrecht, Rn. 318.

⁶⁸ BGHZ 84, S. 325 (329); BGHZ 124, S. 254 (257).

4. Bargeldauszahlung am Geldausgabeautomaten

Der Auszahlungswunsch des Kunden am Bankschalter stellt schuldrechtlich die Geltendmachung der bestehenden Forderung auf die (Teil-) Auszahlung des Guthabens (Tagessaldos) dar⁶⁹. Die Auszahlung durch die Bank ist entsprechend (Teil-) Erfüllung nach § 362 BGB und sachenrechtlich eine Verfügung über das Eigentum an den Geldscheinen. Nach allgemeinen Vorschriften ist zur Übertragung des Eigentums an Bargeld erforderlich, dass die Sache dem Erwerber übergeben wird und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll (§ 929 S. 1 BGB). Die dazu notwendige Kommunikation des Kunden findet gegenüber dem Bankmitarbeiter statt. Die Barabhebung am Geldausgabeautomaten hingegen erfolgt unter Nutzung der Barabhebungs- oder Auszahlungsfunktion der ec-Karte oder einer entsprechenden Kundenkarte.

Rechtlich gestaltet sich die Geldabhebung bei Automaten der eigenen Bank ähnlich wie bei der Barabhebung am Schalter, da die Codekarte dem Kunden keine neuen Zahlungsansprüche gegenüber der Bank gibt, sondern ihm lediglich eine zusätzliche Möglichkeit zur Geltendmachung des ohnehin bestehenden Auszahlungsanspruchs gegenüber der Bank eröffnet⁷⁰. Damit ist die Geldabhebung am Automat als eine geschäftsbesorgungsrechtliche Weisung im Rahmen des Girovertrages einzuordnen⁷¹.

Der Bar-Auszahlungsanspruch des Kunden gegen die Bank ergibt sich aus dem mit dem Girovertrag verbundenen unregelmäßigen Verwahrungsvertrag nach §§ 700 Abs. 1, 695, 697 BGB⁷², ist also vertraglicher Natur. Ein gesetzlicher Auszahlungsanspruch, wie er ursprünglich im Referentenentwurf des ÜG enthalten war, ist nicht Gesetz geworden⁷³. Das sachenrechtlich nach § 929 S. 1 BGB notwendige Übereignungsangebot der Bank an jeden mit einer ec-Karte und PIN ausgestatteten Kontoinhaber⁷⁴ liegt - antizipiert - in der Aufstellung der Geldautomaten, dessen Annahme durch den Kunden in der Entgegennahme des Geldes⁷⁵.

III. Gleicher Erfüllungserfolg konventioneller und elektronischer Transaktionen

Im Hinblick auf den rechtlichen Erfolg sind sowohl die Überweisung als auch die Bargeldauszahlung am Automaten den am Schalter vorgenommenen Transaktionen identisch. Bei der Auszahlung im Rahmen eines Giroverhältnisses schuldet die Bank allgemein die Herausgabe gesetzlicher Zahlungsmittel (Schuldinhalt i. S. d. § 362 Abs. 1 BGB). Die Bank erfüllt ihre daraus erwachsene Pflicht durch Verfügung über das Eigentum an Geldscheinen. Da die Übertragung des Eigentums sowohl am Bankschalter durch einen Angestellten erfolgen kann als auch am Geldausgabeautomaten (durch

⁶⁹ Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, Zahlungsverkehr, Rn. II 279.

⁷⁰ Canaris, C. W., Bankvertragsrecht, Rn. 527 h.

⁷¹ Gößmann, Zahlungsverkehr, Rn. 358.

antizipierte Übereignungserklärungen der Bank und anschließende Herausgabe), stehen der Bank damit verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, im Inkassoverhältnis schuldbefreiend an den Kunden zu leisten.

Der Kunde fordert in beiden Fällen nicht etwa verschiedene Ansprüche gegen die Bank ein; es handelt sich bei der Barabhebung am Automaten um die Geltendmachung des ohnehin bestehenden Auszahlungsanspruchs aus §§ 700 Abs. 1, 695, 697 BGB. Übereignung gesetzlicher Zahlungsmittel an den Kunden ist damit "geschuldete Leistung" i. S. d. § 362 Abs. 1 BGB, unabhängig davon, ob sie persönlich oder automatisiert abgewickelt wird. In beiden Fällen - der Barabhebung am Schalter einerseits und am GAA andererseits - ist für die Bank der Schuldinhalt damit derselbe. Der Bankschalter und der Geldausgabeautomat stellen demnach nur verschiedene - im Hinblick auf die Erfüllungswirkung gleichwertige - Möglichkeiten zur Abwicklung der Schuld dar.

Gegenüber dem *einheitlichen Schuldinhalt* ("Übereignung von gesetzlichen Zahlungsmitteln") sind die verschiedenen banktechnischen Abwicklungswege damit - ähnlich wie Zeit, Ort der Erfüllung oder die konkrete Transportart, die innerhalb von Schuldverhältnissen üblicherweise als bloße Modalitäten der Leistung angesehen werden⁷⁶ - ebensolche schlichten *Erfüllungsmodalitäten*. Unabhängig von der gewählten Art und Weise der Erfüllung (*Auszahlung am Schalter/über GAA*) tritt gegenüber dem Kunden die gleiche Erfüllungswirkung (§ 362 Abs. 1 BGB) ein.

Da sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik - weder der Allgemeinen Bank-/Sparkassenbedingungen noch der Sonderbedingungen für *ec-* bzw. *Kundenkarten* - ein Vorrang eines dieser Kommunikationswege ersehen lässt, stehen beide Erfüllungsarten gleichwertig nebeneinander⁷⁷.

Anders als bei der Geldauszahlung kann die Begründung der rechtlichen Gleichwertigkeit des am Automaten und am Schalter abgegebenen Überweisungsantrags nicht mit Blick auf Erfüllungsmodalitäten erfolgen. Die Unterscheidung zwischen konventionellen und elektronischen Überweisungsanträgen betrifft nicht die Erfüllung der Bankenschuld, sondern allein die Art und Weise der Übermittlung des Vertragsangebotes zum Abschluss des Überweisungsvertrages nach § 676 a BGB seitens des Kunden. Die Wahl zwischen konventioneller und elektronischer Überweisung beschränkt sich auf die Auswahl der *Art*

⁷² BGHZ 84, S. 325 (329); BGHZ 124, S. 254 (257); Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 47 Rn. 27.

⁷³ Der Referentenentwurf des ÜG regelte ursprünglich den sog. *Auszahlungsauftrag* an den Kunden. Auf die Prüfbitte des Bundesrats (BT-Drcks. 14/1067 ff.) hat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung entsprechende Vorschriften zur Umsetzung der Überweisungs-Richtlinie gestrichen. Der Barauszahlungsanspruch sei zum einen für Direktbanken unerfüllbar, stelle zudem einen unverhältnismäßigen Eingriff in Rechte der Empfängerbank dar. Gößmann, W./van Look, F., in: WM-Sonderbeilage 1/2001, S. 19.

⁷⁴ Gößmann, Zahlungsverkehr, Rn. 359.

⁷⁵ Canaris, C. W., Bankvertragsrecht, Rn. 527 e.

⁷⁶ Beispiele bei Keller, in: MüKo-BGB, § 262 Rn. 12; Staudinger/Salb, § 262 Rn. 4.

⁷⁷ Soweit die AGB (Allgemeine Bank- bzw. Sparkassenbedingungen, Sonderbedingungen für die Nutzung der *ec-* bzw. *Kundenkarte*) überhaupt Aussagen zum Kommunikationsweg bei der Abwicklung von Zahlungstransaktionen enthalten, beschränken sie sich ihrem Wortlaut und ihrer Systematik nach demnach darauf, den *jeweiligen Vertriebskanal* als einen zusätzlichen Zugangsweg zur Bank darzustellen.

und Weise der Abgabe und des Zugangs einer Willenserklärung. Der Kunde kann das Angebot zum Abschluss des Überweisungsvertrages konventionell übermitteln wollen (am Bankschalter beleggebunden unter Anwesenden (vgl. § 147 Abs. 1 BGB), bzw. durch Einwurf in die üblicherweise von Bankenseite installierten *Briefkästen* gegenüber einem abwesenden Erklärungsgegner) oder er wählt mit dem Home-/Onlinebanking bzw. dem SB-Automaten den elektronischen Übermittlungskanal⁷⁸.

Beim Überweisungsvertrag werden alle vom Kunden erteilten Überweisungsaufträge im Rahmen des banküblichen Arbeitsablaufs bearbeitet (vgl. Nr. 5 der Online-Bedingungen), so dass der Bank zur Erfüllung ihrer Pflicht aus dem Überweisungsvertrag nach § 676 a Abs. 1 S. 1 BGB keine Wahl zwischen verschiedenen Erfüllungsmodalitäten zusteht; unabhängig davon, ob der Kunde den Antrag zum Abschluss des Überweisungsvertrages konventionell oder elektronisch übermittelt, ist die Bank aus §§ 676 a Abs. 1 S.1, 676 f BGB immer einheitlich verpflichtet, dem Begünstigten einen bestimmten Geldbetrag zur Gutschrift auf dessen Konto bei der Empfängerbank zur Verfügung zu stellen. Diese Überweisungswege im Interbankenverhältnis verlaufen einheitlich, schon weil sie streng standardisiert sind. Was den Erfüllungserfolg angeht, gleicht die konventionelle Variante der elektronischen.

⁷⁸ Bei elektronisch erteilten Weisungen und Vertragsangeboten handelt es sich um Willenserklärungen unter Abwesenden nach § 147 Abs. 2 BGB, weil über die elektronischen Vertriebskanäle keine Kommunikation, sondern nur eine Übermittlung stattfindet. Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 55 Rn. 22.

Kapitel 7

- Zugang von Anweisungen gegenüber der Bank –

Empfangsbedürftige Willenserklärungen, zu denen der Überweisungsantrag sowie das Barauszahlungsverlangen des Girokunden gehören, werden nach allgemeinen Vorschriften gegenüber der Bank wirksam, wenn sie abgegeben wurden und der Bank formgerecht zugehen¹. Weder das Gesetz noch besondere Vertragsbedingungen enthalten Einschränkungen hinsichtlich der Form i. S. d. §§ 125 S. 1, 127 BGB, in welcher der Girokunde sich gegenüber der Bank zu erklären hat. Das Wirksamwerden von Willenserklärungen gegenüber der Bank als Empfängerin hängt damit allein vom Zugang nach § 130 BGB ab. Willenserklärungen gehen zu wenn und weil sie vom Empfänger *gewidmete Empfangsvorrichtungen* erreichen. Dieses eingangs² gefundene Ergebnis ist für das Giroverhältnis zu präzisieren.

I. Vertraglich vereinbarte Empfangsvorrichtungen

Im Giroverhältnis finden sich zum einen ausdrückliche Abreden über die Nutzung bestimmter Kommunikationsmittel. Ausdrückliche Vereinbarungen in diesem Sinne bestehen dort, wo die Übertragung über technische, meist elektronische Geräte erfolgt.

Entsprechende Vereinbarungen bestehen bei Abwicklung von Bankgeschäften über Telefon, Telefax und für sonstige elektronischen Übertragungsmöglichkeiten, insbesondere das Home- bzw. Onlinebanking. Gleiches gilt für *Selbstbedienungs-Automaten*: die ausdrückliche Vereinbarung bestimmter Kommunikationswege erfolgt hier durch spezielle Nutzungsbedingungen in Form von ec- bzw. Kundenkartenbedingungen.

Entsprechende Vereinbarungen der Parteien enthalten die Erklärung der *Empfangsbereitschaft* durch die Bank und sind daher als *Widmung* des entsprechenden Zugangsweges zur Bank zu deuten³. Am deutlichsten lässt sich dieser Inhalt entsprechender Vereinbarungen dem Wortlaut der Homebanking-Bedingungen entnehmen, wo hinsichtlich des Leistungsumfangs Folgendes geregelt ist: "Die Bank

¹ Siehe oben Teil 1.

² Siehe oben Kapitel 4.

³ Als Beispiel soll folgende Klausel angeführt werden: " Das (...) Multikanal-Banking ermöglicht die Kommunikation zwischen Konto-/Depotinhaber (Kunde) bzw. anderen Nutzungsberechtigten und der (...) Bank über standardisierte Kommunikationswege (Internet, Call Center usw.), (...) " - *Sonderbedingungen für das Dresdner Multikanalbanking*, www.dresdnerbank.de; "Der Kontoinhaber und die Bank vereinbaren, dass nach Freischaltung Willenserklärungen im Rahmen von Bankgeschäften auch über die der Bank zur Verfügung stehenden Online-Systeme abgegeben werden können (...) " - *Commerzbank OnlineBanking Bedingungen*, www.commerzbank.de; "Die ec-Karte kann für folgende Dienstleistungen genutzt werden: a.) zur Abhebung von Bargeld (...) c. zur Auftragserteilung und zum Abruf kundenbezogener Informationen an den Kundenterminals der Bank." - Bedingungen für die ec-Karte der Deutschen Bank 24, www.deutschebank24.de; "Der Online-Nutzer kann nach Freischaltung im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehung folgende Willenserklärungen abgeben..." - *Sonderbedingungen für Commerzbank WAP mobile banking*, www.commerzbank.de;

steht ihren Kunden für die elektronische Datenübermittlung im Wege des Online-Dialogs zur Verfügung"⁴. Ähnlich in den Formulierungen, aber in der Sache gleich, enthalten alle Nutzungsbedingungen für die Formen des *electronic banking* Vereinbarungen, die als *Widmung* des entsprechenden Zugangsweges zur Bank gedeutet werden müssen⁵. Diese erfolgt ausdrücklich durch Vereinbarung in Sonderbedingungen (AGB) damit als Nebenabrede zum Girovertrag oder als eigenständiger Vertrag.

Eine Widmung entsprechender Zugangsmöglichkeiten kann nicht schon in der Aufstellung einer entsprechenden technischen Infrastruktur gesehen werden; dies verbietet eine interessengerechte Auslegung. Der Bank muss wegen der verschiedenen Missbrauchsrisiken, die mit der Nutzung elektronischer Zugangswege verbunden sind, eine Steuerungsmöglichkeit besitzen, welchen Kunden sie die Möglichkeit eröffnen will, darüber Willenserklärungen wirksam abzugeben. Der Aufbau der technischen Voraussetzungen kann schon daher nicht *per se* als Kundgabe der *Empfangsbereitschaft* i. S. d. *Widmung* eines Zugangsweges gesehen werden.

Das Wirksamwerden elektronischer Willenserklärungen gegenüber der Bank setzt den Eintritt dieser Erklärungen in eine *gewidmete Empfangsvorrichtung* der Bank voraus. Die Widmung erfolgt nach interessengerechter Betrachtung erst durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem Kunden. Deklaratorische Bedeutung dürfte daher den Neuregelungen der Sparkassen-AGB⁶ zukommen, soweit sie bestimmte Erklärungen des Kunden mit der Formulierung "schriftlich oder, wenn im Rahmen der Geschäftsbeziehung der elektronische Kommunikationsweg vereinbart wurde, auf diesem Wege"⁷ ausdrücklich auf die Fälle beschränkt, in denen eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde⁸. Auch ohne eine solche ausdrückliche Klarstellung ergeben sich dieselben Rechtsfolgen bei richtiger Interessenabwägung schon aus den allgemeinen Zugangsvorschriften.

⁴ Bedingungen für die konto-/depotbezogene Nutzung des Online-Bankings mit elektronischer Signatur (Homebanking-Bedingungen), abgedruckt bei Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, Anh. 6 zu §§ 52 - 55.

⁵ "Das (...) Multikanal-Banking ermöglicht die Kommunikation zwischen Konto-/Depotinhaber (Kunde) bzw. anderen Nutzungsberechtigten und der (...) Bank über standardisierte Kommunikationswege (Internet, Call Center usw.)" - *Sonderbedingungen für das Dresdner Multikanalbanking*, www.dresdnerbank.de;

"Der Kontoinhaber und die Bank vereinbaren, dass nach Freischaltung Willenserklärungen im Rahmen von Bankgeschäften auch über die der Bank zur Verfügung stehenden Online-Systeme abgegeben werden können" - *Commerzbank OnlineBanking Bedingungen*, www.commerzbank.de;

"Die *ec-Karte* kann für folgende Dienstleistungen genutzt werden: a.) zur Abhebung von Bargeld (...) c. zur Auftragserteilung und zum Abruf kundenbezogener Informationen an den Kundenterminals der Bank." - *Bedingungen für die ec-Karte der Deutschen Bank 24*, www.deutschebank24.de;

"Der Online-Nutzer kann nach Freischaltung im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehung folgende Willenserklärungen abgeben: (...)" - *Sonderbedingungen für Commerzbank WAP mobile banking*, www.commerzbank.de;

⁶ Änderung der AGB der Sparkassen/Girozentralen zum 01.04.2002; dokumentiert in ZBB 2002, S. 139 ff.

⁷ Vgl. AGB-Sparkassen i. d. F. vom 01.04.2002: Nr.2 Abs.2 (Widerspruch bei AGB-Änderungen) ; Nr. 4 Abs. 2 (Bekanntgabe von Vertretungsbefugnissen u. ä.); Nr. 7 Abs. 3 (Widerspruch bei Rechnungsabschlüssen) ; Nr. 20 Abs. 1 lit. a. (Bekanntgabe sonstiger wichtiger Informationen).

⁸ Die bisherige Fassung der Sparkassen-AGB sah für jene Erklärungen die Schriftform i. S. v. § 127 BGB vor. Da es sich um vertragliche Schriftformerfordernisse handelt und den Klauseln kein entgegenstehender Wille zu entnehmen war, konnten die Erklärungen seit Einführung des Formvorschriftenanpassungsgesetzes - G. vom 13.07.2001, BGBl. I, S. 1542 - auch elektronisch per E-Mail abgegeben werden. Siehe dazu Danco, in: ZBB 2002, S. 136 (136).

Festzuhalten bleibt, dass Überweisungs- und Zahlungsaufträge des Kunden, die dieser elektronisch, d. h. via Internet o. ä. bzw. von Terminals der Bank aus abgibt, der Bank nur dann zugehen können, wenn und weil diese mit dem Kunden den Zugang entsprechender Erklärungen *vereinbart* hat.

II. Konkludent bereitgestellte Empfangsvorrichtungen

Auf ausdrückliche Abreden kann nicht zurückgegriffen werden, soweit es um *konventionelle* Zugangswege für Willenserklärungen des Kunden geht. Hierzu zählen im Girogeschäft traditionell der "Bankschalter" sowie "Briefkasten" für Überweisungsaufträge.

Dessen ungeachtet gilt hier der o. g. Grundsatz, dass Erklärungen des Kunden der Bank zugehen, wenn und weil diese einen entsprechenden Zugangsweg *bereitgestellt hat*: Der Rechtsgrund für den Zugang verkörperter wie unverkörperter Willenserklärungen "am Bankschalter" - genauer: gegenüber einem Empfangsvertreter der Bank als Zugang unter Anwesenden⁹ - kann nach h. M. mit Hinweis auf die Verkehrssitte begründet werden. Der Bankschalter ist nach herkömmlicher Verkehrsanschauung die traditionelle Schnittstelle zum Kunden. Richtiger dürfte es sein, den Schalterangestellten aufgrund *stillschweigender Widmung kraft Duldung*¹⁰ einer entsprechenden Praxis seitens der Bank als zum Empfang von Überweisungs- und Zahlungsaufträgen ermächtigt anzusehen.

Werden innerhalb einer Geschäftsbeziehung am Schalter abgegebene Aufträge von der Bank offensichtlich anstandslos ausgeführt, kann die Duldung einer solchen Praxis vom Kunden so lange als Kundgabe einer Empfangsbereitschaft gedeutet werden, wie die Bank einen entsprechenden Rechtsschein nicht beseitigt.

Überweisungsaufträge, die der Kunde in einem dafür im Schalterbereich der Bank installierten "Briefkasten" deponiert, gehen der Bank zu, wenn und weil eine solche Vorrichtung- einem *üblichen Briefkasten* ähnlich ist und damit unter Berücksichtigung der Verkehrssitten in der Bankenbranche zumindest als *typische Vorkehrung*¹¹ für den Empfang von Überweisungsaufträgen angesehen werden muss. Der Briefkasten ist auch von der h. M. kasuistisch als eine für den Erklärungsempfang erkennbar getroffene Anstalt anzusehen¹². Zutreffender dürfte jedoch auch hier sein, auf die *Widmung* der Empfangsvorkehrung durch die Bank abzustellen, die *konkludent mit dem Aufstellen* entsprechender Briefkästen im Schalterbereich erfolgt. Da bei der Abgabe

⁹ Nach § 164 Abs. 3 BGB kommt es hinsichtlich des durch den Empfangsvertreter vermittelten Zugangs auf den Zugang bei diesem selbst an, nicht bei dem Vertretenen, Palandt/Heinrichs, § 130 Rn. 8.

¹⁰ Für den Begriff: Benedict, Zugangsproblematik, S. 85.

Zur Begründung des Zugangs von Willenserklärungen kraft Duldung - ohne jedoch ausdrücklich auf den Begriff "Widmung" abzustellen - siehe bereits RGZ 170, S. 285 (288): "Denn tatsächlich hatte dieser (...) (seinen, d. Verf.) Angestellten mindestens stillschweigend und durch dauernde Übung ermächtigt, über die für ihn bestimmten Briefeingänge für ihn zu quittieren (...)". LG Berlin, Grundeigentum 1994, S. 1383 (1383) zur jahrelangen Duldung des Zugangs in einen beschädigten Briefkasten.

¹¹ Förchler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 12.

¹² Förchler, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 13; Palandt/Heinrichs, BGB, § 130 Rn. 5; RGRK/Krüger-Nieland, § 130 Rn. 20; Dilcher, in: AcP 154 (1955), S. 120 (130), Larenz/Wolf, BGB Allgemeiner Teil, § 26 Rn 17.

unterschiedlicher Überweisungsformulare für die Bank andere Risiken als etwa im Bereich des Online-Banking auftreten¹³, kann - anders als dort - schon das Aufstellen entsprechender Vorkehrungen als Akt der Widmung begriffen werden, es muss nicht auf eine gesonderte Vereinbarung abgestellt werden. Sind entsprechende Briefkästen aufgestellt, darf der Kunde davon ausgehen, dass der Empfänger sich schon dadurch bereiterklärt, im Rahmen der üblichen Geschäftszeiten Erklärungen auf diesem Weg aufzunehmen¹⁴.

¹³ Sowohl die Anzahl der in entsprechende Briefkästen abgegebenen Überweisungsträger als auch der Kreis der Auftraggeber ist gegenüber den technischen Zugangswegen schon daher deutlich begrenzt, dass der Kunde die Bankfiliale aufsuchen muss. Zum einen ist damit der Auftragsanfall überschaubar, zum anderen entfallen die spezifischen Missbrauchsrisiken des *electronic banking*.

¹⁴ OLG Köln, NJW 1990, S. 1608 (1609): Angabe eines Btx-Anschlusses im Briefkopf trotz - dem Kunden nicht erkennbarer - dauerhafter technischer Probleme.

Kapitel 8

- Einseitige Gestaltungsmacht über

Empfangsvorrichtungen -

I. Grenzen einer AGB-Lösung über Änderungsklauseln

Möchte das Kreditinstitut Überweisungs- und Auszahlungsaufträge ihrer Kunden mit dem Ziel einer Rationalisierung der Geschäftsprozesse künftig nicht mehr beleggebunden annehmen, sondern ausschließlich maschinenlesbar und damit elektronisch etwa über Online-Banking oder per SB-Terminals, liegt es nahe, sich mit dem Kunden *vertraglich* dahingehend zu *einigen*, dass entsprechende Willenserklärungen des Kunden künftig nur noch angenommen und weiterbearbeitet werden, wenn sie diese Form- und Zugangsvoraussetzungen erfüllen. Das geltende Recht stellt mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, ein Instrument zur rationellen Vertragsänderung zur Verfügung. Eine solche vertragliche Einigung der Parteien würde die Rahmenbedingungen des Giroverkehrs im Hinblick auf die notwendige Form und die Art der zu wählenden Kommunikationsmittel betreffen und ginge damit einher mit einer Einengung der zwischen Bank und Girokunden bestehenden Vertragsbedingungen, die für Zahlungsaufträge im Rahmen des Girokontos - wie gezeigt - bisher keine Einschränkungen hinsichtlich des zu wählenden Kommunikationsweges aufstellen.

Denkbar wäre eine Änderung etwa der Bedingungen für Überweisungen bzw. von ec-Kartenbedingungen wonach kundenseitige Überweisungs- oder Barauszahlungsaufträge nur dann berücksichtigt würden, wenn sie der Bank über elektronische Medien, etwa per Online-Banking oder Selbstbedienungsautomaten zur Verfügung gestellt würden. Eine solche Klausel könnte dann im Kern folgenden Wortlaut haben: *„Bei Aufträgen und Weisungen des Kunden im Rahmen des Giroverkehrs (Auszahlung von Bargeld, Überweisungsanträge nach § 676 a BGB) ist die Bank nur dann zur Ausführung verpflichtet, wenn ihr diese über elektronische Zugangswege übermittelt werden. Dazu gehören namentlich die von der Bank zur Verfügung gestellten Selbstbedienungsautomaten. (...)“*. Im Folgenden soll daher auf die rechtlichen Grenzen dieser naheliegenden Möglichkeit eingegangen werden.

In Dauerschuldverhältnissen entsteht im Laufe der Vertragsbeziehung auf Seiten des Leistungsanbieters häufig das Bedürfnis, den Inhalt des Vertrages geänderten Rahmenbedingungen anzupassen, sei es, dass eine Änderung der Rechtslage oder der Rechtsprechung dazu zwingt, seien es Änderungen der tatsächlichen Bedingungen, die eine Vertragsanpassung gebieten. Im Fall von Kreditinstituten gäben Entwicklungen elektronischer Kommunikationsmittel und das durch ihre Einbindung in die Beziehung zum Kunden mögliche Rationalisierungspotenzial Anlass zur Anpassung bestehender Verträge. Da auch bei Dauerschuldverhältnissen grundsätzlich sowohl die vertraglichen

Leistungen als auch deren Modalitäten mit dem Vertragsschluss auch für die Zukunft feststehen, müssen bei gewünschten Anpassungen der Vertragsbedingungen die Verträge geändert werden. Nach allgemeinen Regeln bedarf es zur Änderung von Vertragsbedingungen daher entweder einer neuerlichen Einigung in Form eines *Änderungsvertrages* oder der *Änderungskündigung*. Im ersten Fall - des *Änderungsvertrages* - wird mit dem Vertragspartner eine einvernehmliche Änderung der Vertragsbedingungen vereinbart; im Fall der *Änderungskündigung* hingegen wird die Kündigung des Vertrags mit bisherigem Inhalt zugleich mit dem Angebot auf Abschluss eines neuen Vertrags mit nunmehr veränderten Bedingungen gekoppelt¹. Beide Möglichkeiten setzen damit für eine wirksame Vertragsänderung die individuelle Willensübereinstimmung mit dem Vertragspartner voraus, dass er den neuen Vertrag abschließen will bzw. den Vertrag abändern will. Auch die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen folgt diesem Muster und setzt die Einigung mit dem Vertragspartner voraus, wenn der Anbieter seine AGB ändern will². Die Änderung der AGB unterliegt den besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 BGB; als Vertragsänderung unterliegt sie den gleichen Voraussetzungen wie der Vertragsschluss selbst³.

Im AGB-bestimmten Girogeschäft mit einer kaum noch überblickbaren Kundenanzahl und dem daraus erwachsenen Zwang zur Rationalisierung und Standardisierung von Geschäftsprozessen⁴ würde das Festhalten an der Notwendigkeit einer individuellen Einigung zu lähmenden Abwicklungsproblemen führen. Böte die Bank im Giroverkehr einen *Änderungsvertrag* an, würden nur die Verträge mit positiver Antwort geändert, während die anderen weiterhin zu unveränderten Bedingungen bestünden; der Rationalisierungseffekt hingegen setzt im Zahlungsgeschäft eine *Standardisierung der Vertragsbedingungen* voraus⁵.

Die *Änderungskündigung* ferner würde die Bank dazu zwingen, alle Kunden persönlich anzuschreiben und sie unter Nennung einer Frist aufzufordern, sich zum Abschluss eines Neuvertrages zu äußern. Für Großbanken mit einer kaum überschaubaren Kundenstruktur wäre dies zum einen mit einem personellen und organisatorischen Aufwand verbunden⁶, der jeder Rationalisierungsmaßnahme, die Ziel der Vertragsänderung wäre, ins Gegenteil zu verkehren drohte. In der Praxis zeigt sich zudem häufig, dass bei großen Informationskampagnen ein Teil der angeschriebenen Kunden schlicht nicht reagiert; so entsteht Rechtsunsicherheit dahingehend, dass bei denjenigen Kunden, die sich nicht gemeldet haben unklar bleibt, ob sie den neuen Vertrag abschließen möchten oder sich

¹ Für das Arbeitsrecht siehe nur Palandt/Putzo, BGB, Vor § 620 Rn. 40.

² Deutlich wird dies nunmehr in § 305 a S. 1 BGB, der für die Einbeziehung von AGB unter besonderen Umständen zwar die Vorschriften des § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB für entbehrlich erklärt, jedoch am Erfordernis der Einigung der Parteien festhält.

Für die Rechtslage vor Geltung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes siehe Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 23 Rn. 403 m. w. N..

³ Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 2 Rn. 64.

⁴ Bunte, in: Bankrechts-Handbuch, § 4 Rn. 21.

⁵ Bunte, in: Bankrechts-Handbuch, § 4 Rn. 21.

⁶ Draznin, in: ArchivPT 1998, S. 126 (128).

mit der Kündigung einverstanden erklären oder schlicht vergessen haben, sich zurückzumelden⁷.

Nicht zuletzt droht so ein erheblicher Verlust am Kundenstamm, wenn ein Teil der Vertragspartner die Kündigung zum Anlass nimmt, das Vertragsverhältnis als solches zu beenden.

Die genannten Probleme umgehen Banken mit den sog. Änderungsklauseln in ihren AGB. Nach Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken⁸ werden Änderungen der Geschäftsbedingungen dem Kunden schriftlich – in der Praxis zumeist im Zusammenhang mit der Übersendung eines Rechnungsabschlusses⁹ bzw. auf „Kontoauszügen“ - bekannt gegeben. Auch ohne eine ausdrückliche Antwort des Kunden gelten sie dann als „genehmigt, wenn nicht schriftlich oder auf dem vereinbarten elektronischen Weg Widerspruch erhoben wird.“ Die Frist dazu beträgt sechs Wochen. In der schriftlichen Benachrichtigung des Kunden ist das Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages zu sehen, das der Kunde durch ausdrückliches oder schlüssiges Verhalten annehmen kann¹⁰. Diese zunächst einseitigen Änderungsklauseln *fingieren* damit das Einverständnis des Vertragspartners und nutzen den Umstand, dass nach geltendem Recht zwar das Schweigen des Vertragspartners grundsätzlich nicht als Erklärung zu deuten ist¹¹, jedoch im Einzelfall etwas anderes zwischen den Parteien vereinbart werden kann¹².

So fingieren die bankenseitigen Änderungsklauseln eine Erklärung des Kunden notfalls nach Ablauf der in ihnen gesetzten Erklärungsfrist. In den Grenzen des § 308 Nr. 5 BGB ist dies gegenüber Nichtkaufleuten zulässig, wenn der Kunde zum einen auf die Folgen des Schweigens besonders hingewiesen wird, zum anderen ihm eine angemessene Frist zum Widerspruch verbleibt. Als solche sind die in der AGB-Praxis der Banken üblichen sechs Wochen obergerichtlich zumindest nicht beanstandet worden¹³.

Mit der Änderungsklausel steht damit den Kreditinstituten ein wirksames Instrument zur Änderung der Vertragsbedingungen zur Hand.

1. Kündigung bei Widerspruch

Das dem Kunden in Nr. 1 Abs. 2 a. E. zustehende *Recht zum Widerspruch* gegen eine solche Klausel ist dort ein schwaches, wo die Bank ein solches Kundenverhalten als Anlass zur Kündigung der Geschäftsbeziehung nimmt¹⁴.

⁷ Böhme, in: ArchivPT 1993, S. 276 (279).

⁸ Nr. 1 Abs. 2 AGB-Sparkassen entspricht Nr. 1 Abs. 1 S. 2 und 3 der AGB-Banken. Nr. 2 Abs. 2 AGB-Sparkassen entspricht Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken.

⁹ Bunte, in: Bankrechts-Handbuch, § 6 Rn. 12.

¹⁰ Bunte, in: Bankrechts-Handbuch, § 6 Rn. 11.

¹¹ Palandt/Heinrichs, BGB, Vor § 116 Rn. 7.

¹² Das Schweigen kann als Erklärungsakt vereinbart werden, vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, Vor § 116 Rn. 7.

¹³ Eine Frist von vier Wochen, wie sie Bestandteil der Banken AGB bis zum 01.01.2000 war, hat der BGH in WM 1999, S. 1367 (1369) als zu kurz gerügt.

¹⁴ Von einem solchen Fall berichtet: FAZ, vom 11.09.02, S. 23, „Wer Widerspruch wagt, dem wird gekündigt“ unter Hinweis auf die Praxis der Frankfurter Sparkasse 1822 - Direkt. Kunden, die gegen die Erweiterung der sog. Schufa-Klausel Widerspruch eingelegt hatten, drohte für den Fall der Aufrechterhaltung des Widerspruchs die Kontoschließung.

Nach Nr.19 AGB-Banken, der als Auffangtatbestand die bankseitigen Kündigungsrechte bei Fehlen einer Individualvereinbarung regelt, kann das Kreditinstitut die gesamte Bankverbindung oder einzelne Geschäftsbeziehungen jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist – regelmäßig von zwei bis sechs Wochen¹⁵ - kündigen. Darüber hinaus unterliegt das Kündigungsrecht der Privatbanken nur den allgemeinen Schranken aus § 242 BGB, der insbesondere das Verbot der Kündigung zur Unzeit, des Rechtsmissbrauchs und der Unverhältnismäßigkeit beinhaltet¹⁶.

Weitergehende Einschränkungen des Kündigungsrechts im Giroverhältnis werden den Sparkassen – als eine Folge des Kontrahierungszwangs gegenüber natürlichen¹⁷ Personen im Sparverkehr - auferlegt. Eine Kündigung des Girokontos wird nur bei begründetem Anlass¹⁸ dann für zulässig erachtet, wenn die Interessen der Sparkasse unmittelbar und wesentlich tangiert sind bzw. das bestehende Vertrauensverhältnis so grundlegend zerstört ist, dass es der Sparkasse nicht zuzumuten ist, dieses fortzusetzen¹⁹; eine grundlose Kündigung allein unter Einhaltung einer angemessenen Frist wie sie für Privatbanken zulässig wäre, ist im Recht der Sparkassen damit ausgeschlossen.

Ob jene Einschränkung des sparkassenseitigen Kündigungsrechts auch tatsächlich das Widerspruchsrecht des Kunden stärkt, ist jedoch zumindest für die Giropraxis fraglich²⁰.

2. Grenzen vertraglicher Gestaltung des Empfangsbereichs nach §§ 305 ff. BGB

Entsprechende Klauseln, die den Empfangsbereich der Bank regeln, sind nicht grenzenlos zulässig. Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Ihre Zulässigkeit bewegt sich damit in den engen Grenzen der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Aus Sicht des Kreditinstituts als Verwender liegt hierin ein Nachteil, der die Frage nach

¹⁵ Der BGH erachtet in: WM 1991, S. 317 (318) zwei Wochen für ausreichend. Nach Bunte gebietet das Erfordernis einer angemessenen Frist „je nach Einzelfall eine Frist von vier bis sechs Wochen“, Bunte, in: Bankrechts-Handbuch, § 24 Rn. 11.

¹⁶ Gößmann, in: BuB 1/556.

¹⁷ Die Kündigung gegenüber juristischen Personen wird hingegen überwiegend auch dann für zulässig erachtet, wenn kein besonders schwerer Grund vorliegt: Vgl. nur LG Frankfurt (Oder), in: NJ 2001, S. 49 (49) stellvertretend für bundesweit etwa 90 Fälle, in denen von Sparkassen Konten der als rechtsradikal eingestuften Partei NPD gekündigt worden sind, Berliner Zeitung vom 23. 11. 2000.

¹⁸ So ausdrücklich BGH, in: BB 1991, S. 371 (371) unter Berufung auf die öffentlich-rechtlichen Bindungen der Sparkassen.

¹⁹ Bunte, in: Bankrechts-Handbuch, § 24 Rn. 61; Gößmann, in: BuB 1/583.

²⁰ Im oben zitierten Fall der Frankfurter Sparkasse 1822 – Direkt wurde die Kündigung der Kontoverbindung wegen Widerspruchs gegen eine Erweiterung der sog. Schufa-Klausel damit begründet, dass die Geschäftsverbindung einheitlich nur auf Grundlage der neuen Sonderbedingungen fortgeführt werden könne, da eine „individuelle vertragliche Regelung nicht möglich“ sei. Ob eine solche Begründung angesichts der o. g. Anforderungen an die Unzumutbarkeit auch einer gerichtlichen Überprüfung stand hielte, soll dahingestellt bleiben.

einer anderweitigen Gestaltungsmöglichkeit der Zugangswege zur Bank aufwirft – jenseits zweiseitiger vertraglicher Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Demzufolge drängt sich die Frage auf, inwieweit der Bank das Recht zusteht, ihren Empfangsbereich einseitig – ohne vertragliche Absprachen mit dem Kunden – im Sinne einer Automatisierung der Auftragsabwicklung abzubauen.

II. Einseitige Gestaltungsmacht kraft Entwidmung von Empfangseinrichtungen

Als Alternative zu der soeben beschriebenen vertraglichen Lösung über Änderungsklauseln bietet sich angesichts der oben beschriebenen Schranken an, eine nicht-vertragliche, einseitige Maßnahme seitens der Bank ins Auge zu fassen. Dabei ist an die oben gefundenen Ergebnisse zum Zugang von Willenserklärungen und den Einflussnahmemöglichkeiten des Empfängers auf seinen Empfangsbereich anzuknüpfen. Kann die Bank ihren Zugangsbereich durch Widmung entsprechender Empfangsvorrichtungen erweitern, drängt sich die Frage auf, inwieweit ihr das Recht zusteht, diesen durch *Schließung*, *Abbau* etc. bestehender Empfangsvorkehrungen wieder zu verkleinern. Hier liegt es nahe, der Bank im Sinne eines *actus contrarius* die Befugnis zur *Entwidmung* einmal bestehender Zugangsmöglichkeiten zu geben – und zwar als einseitigen Gestaltungsakt über den Empfangsbereich.

Eine solche Maßnahme könnte durch ausdrückliche Weigerung des Schalterpersonals, Überweisungsaufträge am Schalter anzunehmen, erfolgen. Eine *Entwidmung* konventioneller Zugangswege könnte konkludent darin liegen, dass Überweisungsformulare, die üblicherweise als Blankovordrucke in den Schalterhallen ausliegen, schlicht entfernt werden. Die Annahme anderer als auf vorgedruckten Formularen abgegebenen Überweisungsträger wird von Seiten der Bank meist ausdrücklich ausgeschlossen²¹. Weiter böte sich an, auch die im Selbstbedienungsbereich der Bankfilialen weit verbreiteten "Briefkästen" für Überweisungsanträge abzubauen.

Zur Abwicklung von Überweisungen und Barauszahlungen *gewidmet* blieben damit nur elektronische Übertragungswege - sei es von Endgeräten der Bank oder des Kunden aus. Der Bank stünde schon kraft einseitiger Gestaltungsmacht über ihren Zugangsbereich durch *Widmung und Entwidmung* von Zugangsmöglichkeiten das Recht zur Ablehnung ihr gegenüber konventionell abgegebener Willenserklärungen. Dem Kunden bliebe die Abwicklung von Giroüberweisungen und Barauszahlungen allein am Bankautomaten. Ungeachtet der betriebspolitischen Verwerfungen, die ein solcher Schritt für das Verhältnis der Bank zum Kunden nach sich zöge, stellt sich vorrangig die Frage nach den rechtlichen Grenzen der Gestaltungsmacht des Empfängers über seinen Zugangsbereich.

²¹ Siehe dazu etwa ABG-Sparkassen, Nr. 20 lit. d. "Verwendung von Vordrucken": "Für bestimmte Geschäfte, insbesondere im Scheck- und Lastschriftverkehr, bei Barabhebungen, Überweisungen, sind die von der Sparkasse zugelassenen Vordrucke zu verwenden."

Die Gestaltung der Empfangssphäre durch *Widmung* ist oben dargestellt worden²². Im Folgenden soll untersucht werden, wie weit gegenüber einem Empfänger einmal gewidmete Empfangsvorrichtungen durch einseitigen Akt des Empfängers wieder abgebaut werden können.

1. Einseitige Schließung vertraglich vereinbarter Zugangswege als unzulässige Verengung einer Hauptleistungspflicht

Wo zwischen Bank und Kunden *ausdrücklich vereinbarte Zugangswege* bestehen, ergibt die Auslegung der daraus resultierenden Rechte und Pflichten der Parteien die Unzulässigkeit des einseitigen Abbaus dieser Zugangswege.

Sofern man mit der h. M. die ausdrückliche Vereinbarung der genannten *elektronischen Zugangswege* als eigenständigen Vertrag ansieht, ergibt sich daraus die Unzulässigkeit deren schlichter Beseitigung durch die Bank. Der *elektronische* Zugang zur Bank via Internet über SB-Terminals etc. gehört danach zur vertraglich festgelegten Leistungspflicht der Bank beim Online-, Home- bzw. SB-Automatenbanking.

Der BGH umschreibt den Inhalt dieser Pflicht dahingehend, die Bank erkläre die *unbeschränkte*²³ - d. h. *grundsätzlich 24 Stunden täglich bestehende*²⁴ - *Nutzbarkeit* entsprechender Zugangswege, sofern keine ausdrücklichen Nutzungsbeschränkungen festgelegt sind. Der Bank dann das Recht zur schlichten Beseitigung dieser Zugangsmöglichkeiten zu gewähren, hieße, ihr die Befugnis zur unzulässigen nachträglichen Einschränkung ihrer vertraglichen Leistungspflichten an die Hand zu geben²⁵. Die einseitige Beseitigung vertraglich vereinbarter Empfangsmöglichkeiten stellt sich danach als eine Leistungsstörung des Vertrages dar, die Schadensersatzpflichten nach sich zöge; anerkannt ist dies für kurzzeitige und vorübergehende Störungen der Betriebsbereitschaft entsprechender Systeme²⁶, muss also erst recht für deren dauerhafte Beseitigung gelten.

Nichts anderes ergibt sich, wenn man - mit Teilen der Literatur - den Vertragscharakter der genannten Abreden verneint²⁷ und entsprechende Sonderbedingungen als bloße Nebenabreden zum Girovertrag ansieht; die Eröffnung des Zugangs zu den genannten Formen des *electronic bankings* kann dann nicht als Hauptleistungspflicht der Bank angesehen werden²⁸. Auch soweit die Bank nach dieser Ansicht nicht primär die Rund-

²² Siehe oben Kapitel 4.

²³ BGH, Urteil vom 12.12.2000, Az XI ZR 138/00, JurPC Web-Dok. 53/2001, Abs. 14 (abgedruckt in: JZ 2001, S. 607 ff. m. Anm. Einsele). Der BGH überträgt mit der Annahme des unbeschränkten Zugangsrechts anerkannte Grundsätze aus dem Recht der Provider- und Webhosting-Verträge offenbar auf alle technischen Zugangswege zur Bank. "Rund-Um-Die-Uhr" Verfügbarkeit bei Providerverträgen: Komarnicki, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, 12 Rn. 43.

²⁴ Claussen, Bankrecht, § 7 Rn. 16 a.

²⁵ Florian, Wertpapierhandel, S. 68.

²⁶ BGH, Urteil vom 12.12.2000, Az XI ZR 138/00, JurPC Web-Dok. 53/2001: Unzulässige Haftungsbeschränkung beim Online-Banking.

²⁷ Etwa Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 527 i für die ec-Kartenabrede.

²⁸ Einsele, in: JZ 2001, S. 609 (610).

Um-Die-Uhr-Zugangsmöglichkeit schuldet, soll der Kunde nicht schutzlos gelassen werden. Die Unzulässigkeit der Schließung vereinbarter Zugangswege kann dogmatisch nicht mehr mit der pflichtwidrigen nachträglichen Verkleinerung des Leistungsgegenstandes erklärt werden, ergibt sich jedoch durch Auslegung. Zumindest müssten entsprechende Bedingungen interessengerecht dahin ausgelegt werden, dass die Bank die Verpflichtung übernimmt, funktionsfähige *Empfangseinrichtungen* 24 Stunden pro Tag *bereitzuhalten*²⁹. Ähnlich formuliert Siebert, wenn er den Inhalt der Abreden dahin beschreibt, der Kunde dürfe darauf vertrauen, dass die Bank "für die Einsatzfähigkeit" der Anlage Sorge trage³⁰.

Entscheidend ist dabei der Eindruck, der sich dem Kunden aufdrängen muss. Indem die Bank den Kunden etwa zum ec-Geldautomatensystem zulässt, erweckt sie in ihm grundsätzlich das Vertrauen, dass er mit dessen Hilfe seinen Auszahlungsanspruch jederzeit auch außerhalb der Schalterstunden geltend machen und durchsetzen kann³¹.

Die Errichtung des Geldautomatensystems soll dem Kunden eine zusätzliche Möglichkeit zur Bargeldbeschaffung eröffnen, deren Vorteile gerade in der Unabhängigkeit von personellem Einsatz und damit den Schalteröffnungszeiten liegen. Nicht zuletzt wegen der Werbung der Kreditinstitute mit diesen Vorteilen³² erscheint das Vertrauen des Kunden auf die ständige Zugriffsmöglichkeit schützenswert.

Nichts anderes kann sinngemäß für andere Formen des *electronic bankings* gelten; die in diesem Rahmen getroffenen Sonderabreden sind dahingehend auszulegen, dass zumindest eine *Rund-Um-Die-Uhr-Einsatzbereitschaft* der Technik geschuldet wird. Die Schließung eines vereinbarten Zugangswegs bedeutet zugleich die Beseitigung der Empfangsbereitschaft.

Will die Bank einen ausdrücklich vereinbarten Kommunikationsweg schließen, muss sie darüber eine erneute Abrede mit dem Kunden treffen. Die Entwidmung des vertraglich vereinbarten Kommunikationsweges erfolgt als *actus contrarius* ebenfalls durch Vertrag. Eine einseitige Lösung von dieser Abrede hingegen kann, wie bei allen unbefristeten Dauerschuldverhältnissen, grundsätzlich nur durch Kündigung³³ erfolgen. Sieht man in den Sonderabreden zu den Formen des *electronic bankings* unselbstständige Nebenabreden zum Girovertrag, wird zugleich die Kündigung des Girovertrages notwendig sein, die nach Nr. 18, 19 AGB-Banken, Nr. 26 Sparkassen-AGB regelmäßig an eine Monatsfrist gebunden ist. Von dieser Kündigungsregelung gehen auch solche Autoren aus, die in den Sonderbedingungen zum electronic banking selbstständige Verträge erblicken³⁴.

Unberührt bleibt - wie stets im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses - die Möglichkeit

²⁹ Einsele, in: JZ 2001, S. 609 (610).

³⁰ Siebert, Direktbankgeschäft, S. 64 für das Telefon-Banking und in der Sache gleich S. 122 für das Computerbanking.

³¹ Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 527 i.

³² Russenschuck, Auszahlung, S. 85.

³³ Etwa Palandt/Heinrichs, BGB, Einführung vor § 346 Rn. 8.

³⁴ Für den ec-Kartenvertrag Russenschuck, Auszahlung, S. 87.

zur Kündigung aus wichtigem Grund. Ein solches außerordentliches Kündigungsrecht stellt die in Sonderbedingungen regelmäßig festgelegte Befugnis zur “*Sperrung*” der Zugangsmedien dar. Die sich am Faktischen orientierende Wortwahl entsprechender Bedingungen darf nicht verschleiern, dass es sich bei der *Sperrung des Zugangs* um eine außerordentliche Kündigung des Vertrages handelt³⁵. Das Recht der Bank zur Sperrung ist zumeist auf *wichtige Gründe* beschränkt³⁶. Der Kunde kann seine Zugangsmedien jederzeit sperren lassen³⁷.

2. *Entwidmung konkludent bereitgestellter Zugangswege*

Da über die Nutzung *konventioneller* Zugangswege üblicherweise keine vertraglichen Abreden zwischen Bank und Kunden bestehen, kann die Befugnis zu deren Schließung nicht mit Hinweis auf eine unzulässige Verengung der vertraglichen Hauptleistungspflicht verneint werden; anders als im Falle *elektronischer* Empfangswege wird die *konventionelle* Zugangsmöglichkeit als solche - soweit ersichtlich - nirgendwo als primäre Vertragspflicht angesehen. Die Grenzen einseitiger Gestaltungsmacht der Bank ergeben sich hier indes aus allgemeinen Grundsätzen.

III. **Allgemeine Grenzen einseitiger Gestaltungsmacht über den Empfangsbereich**

Ausgangspunkt der Überlegungen muss dabei die Feststellung sein, dass für kein Rechtssubjekt eine generelle Pflicht dazu besteht, überhaupt Willenserklärungen zu empfangen oder gar Empfangsvorrichtungen dafür zu schaffen³⁸.

1. **Berücksichtigung widerstreitender Interessen**

Nach h. M. bestimmt die Auslegung der vertraglichen Pflichten, *ob* der Adressat überhaupt verpflichtet ist, erreichbar zu sein. *Ob* er Empfangsvorrichtungen organisieren

³⁵ Ebenso (allerdings noch für das veraltete Btx-Banking) Gößmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 1. Aufl., § 55 Rn. 8. A. A. wohl Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 527 I für die ec-Karte: Aus der Sperrung durch die Bank folge regelmäßig erst das Recht zur fristlosen Kündigung der ec-Kartenabrede; der Vertrag als solcher soll demnach von der Sperrung etwa der ec-Karte unberührt bleiben.

³⁶ Siehe etwa Bedingungen für die Nutzung des Online-Banking, Nr. 9 Abs. 3. “Das Kreditinstitut wird den Online-Banking-Zugang zum Konto/Depot sperren, wenn der Verdacht einer missbräuchlichen Nutzung des Kontos/Depots über den Online-Banking-Zugang besteht. (...)”. die Homebanking-Bedingungen, Nr. V (Zugangssperre). Die ec-Karten Bedingungen, Nr. 6, Sperre und Einzug der Karte: “Die Bank darf die Karte sperren und den Einzug der Karte (zum Beispiel an Geldautomaten) veranlassen, wenn sie berechtigt ist, den ec-Kartenvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. (...)”.

³⁷ Siehe etwa die Online-Banking Bedingungen, Nr. 9 Abs. 4: “Das Kreditinstitut wird den Online-Banking-Zugang zum Konto/Depot *auf Wunsch des Kunden* sperren. (...)”

³⁸ Allgemeine Ansicht, BGH, in: NJW 1977, S. 194 (195); BGH, in: NJW 1996, S. 1967 (1968) m. w. N.; Benedict, Zugangsproblematik, S. 118; Soergel/Hefermehl, BGB, § 130 Rn. 25; Förchel, in: MüKo-BGB, § 130 Rn. 26; RGRK/Krüger-Nieland, BGB, § 130 Rn. 24; Siehe schon Titze, in: JheringsJB 47 (1904), S. 379 (450); von Blume, in: JheringsJB 51 (1907), S. 1 (14).

muss oder es zu unterlassen hat³⁹, schon bestehende zu beseitigen, spitzt sich danach allein auf die erwähnte Frage nach der *Pflicht zu Empfangsvorkehrungen* zu, die - als Ergebnis einer Auslegung meist ungeschriebener Vertragspflichten - letztlich ein Problem der billigen Abwägung von Empfänger und Versenderinteressen ist. In diesem Sinne stellte sich die Automatisierung des Giroverhältnisses somit dar als Abwägungsproblem zwischen den Gestaltungs- und Rationalisierungsinteressen der Bank und den Kommunikationsinteressen des Kunden

Ist damit die Befugnis zur Schließung aller Zugangswege eine Frage der Auslegung der vertraglichen Pflichten, muss dies *erst recht* für die Schließung eines Teils gelten. (Würde) die Auslegung ergeben, (dass) die Bank *überhaupt* dazu *verpflichtet* ist, Willenserklärungen des Kunden entgegenzunehmen, kann die Verpflichtung, dies *auf eine ganz bestimmte Art und Weise* zu tun - *nämlich konventionelle Aufträge anzunehmen*-, ebenfalls nur Ergebnis einer Auslegung sein. Sowohl das *Ob* als auch das *Wie* des Empfangs von Willenserklärungen ergibt sich nach h. M. erst durch Auslegung (vor-) vertraglicher Pflichten. Dass auch das *Wie* des Zugangs nach h. M. als Ergebnis einer Vertragsauslegung zu verstehen ist, wird auch an der aktuellen bankvertraglichen Diskussion um ein *Recht auf Zugang zum Online-Banking* deutlich - wenn auch mit umgekehrten Vorzeichen (geht es doch dort nicht um die Befugnis zur Schließung eines Zugangsweges, sondern darum, ob Kunden aufgrund des Girovertrages auch das Recht zustehen müsse, zum *Online-Banking* zugelassen zu werden). In Frage steht dort damit die Pflicht zur *Schaffung einer bestimmten Empfangsmöglichkeit* im Verhältnis zum Kunden. Die h. M. lehnt ein solches Recht ab und betont allein in Abwägung der beteiligten Interessen, die Bank müsse nach billigem Ermessen prüfen, ob sie dem Kunden hinreichend Vertrauen in Bezug auf die Einhaltung der Pflichten aus den Online-Bedingungen entgegenbringen kann⁴⁰. Das *Wie* des Zugangs ist damit eine Abwägungsfrage.

2. Garantenpflicht kraft Widmung

Einen alternativen Ansatz verfolgt Benedict: Die Befugnis zum Abbau von Zugangsmöglichkeiten ergibt sich dieser Ansicht nach nicht als Ergebnis einer Auslegung von Pflichten innerhalb eines Rechtsverhältnisses, sondern unmittelbar aus der Befugnis des Adressaten zur privatautonomen Gestaltung seines Empfangsbereiches durch *Widmung* von Empfangseinrichtungen und damit gleichsam als *actus contrarius*. Aus der *Widmung* folgt diesem Ansatz nach auch das Recht (und grundsätzlich auch die Pflicht) zur *Entwidmung* von Zugangsmöglichkeiten. Wenn nach erfolgter Widmung eines

³⁹ Dass die Frage der *Pflicht zu Empfangsvorkehrungen* sowohl den Aufbau als auch das Unterlassen des Abbaus umfassen, ergibt sich indirekt aus der Tatsache, dass eine entsprechende Differenzierung sich innerhalb der h. M. nicht finden lässt, beide Fälle damit offenbar gleich gelöst werden sollen.

⁴⁰ Gößmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 55 Rn. 15; Wiesgickl, in: WM 2000, S. 1039 (1042); Hellner, FS Werner, S. 262. A. A. für ein Recht auf Zugang: Borsum/Hoffmeister, in: BB 1983, S. 1441 (1442) für das Btx-Banking.

Zugangsweges Änderungen in der aktuellen Empfangsbereitschaft einträten, bedeute dies für den Adressaten zunächst die *Befugnis zur Entwidmung* der Empfangsvorrichtung: so dargestellt betont dieser Ansatz stark die privatautonome Gestaltungsbefugnis des Adressaten für den Aufbau von dessen Empfangsbereich. Die Schaffung von *Empfangsmöglichkeiten* durch *Widmung* liegt danach allein in der Hand des Adressaten. Schon die Empfangsmöglichkeit als wesentliches Element des Zugangs definiert sich dort als *Maßnahme eines Empfängers*, die in Bezug auf die Person des Erklärenden zur Wahrnehmung seiner Willenserklärungen *getroffen wird*. Der *Widmung* verbleibt die explizite oder konkludente *Kundgabe der aktuellen Empfangsbereitschaft* des Adressaten. Anders als die h. M. verneint Benedict jede Pflicht zum Empfang von Willenserklärungen als reine Empfangsfiktion. Dementsprechend wird auch jede Pflicht zur Schaffung von Empfangseinrichtungen abgelehnt. Die Übermittlung von Willenserklärungen obliege allein dem Erklärenden. Systemwidrig sei es daher, sie über die Konstruktion von Empfangspflichten ganz oder teilweise auf den Adressaten umzuwälzen.

Ist der Adressat damit frei in der Schaffung von Empfangseinrichtungen, steht es ihm - folgerichtig - frei, seine Empfangsvorkehrungen wieder abzubauen, indem er sie schlicht entwidmet. Ist die *Widmung* als Kundgabe der aktuellen Empfangsbereitschaft zu verstehen, muss die *Entwidmung* als explizite oder konkludente Kundgabe des Adressaten verstanden werden, seine Empfangseinrichtung zur Nutzung nicht mehr anzubieten.

Entwidmung ist nach Benedict das Recht und zugleich die einzige Schranke, die dem Adressaten bei der (Neu-) Gestaltung seines Empfangsbereichs gezogen ist. Jener habe das Recht und zugleich grundsätzlich die Pflicht zur *Entwidmung*. Die *Widmung* mache den Empfänger zum *Garanten kraft Ingerenz*⁴¹, da sich der Erklärende darauf verlassen können müsse, dass seine Willenserklärung auf einem verbindlich mitgeteilten Weg nicht einfach ins Leere gehe, weil eine entsprechende Empfangsmöglichkeit unerkant beseitigt worden ist. In der einseitigen Beseitigung einer Empfangsmöglichkeit *ohne Entwidmung* liege daher ein pflichtwidriges Verhalten, weil und soweit der Zugangsweg dem Erklärenden verbindlich mitgeteilt wurde.

Ausnahmsweise soll sogar die Entwidmung überflüssig sein und ein Zugangsweg auch einseitig und ohne entsprechende Mitteilung an den Kommunikationsgegner möglich sein. Würden mehrere Empfangseinrichtungen dem Erklärenden lediglich *alternativ* angeboten - was durch Auslegung der *Widmung* zu ermitteln sei - könnten einzelne davon auch ohne entsprechende Kundgabe an den Erklärungsgegner schlicht geschlossen werden, sofern die aktuelle Empfangsbereitschaft nur für die verbleibenden Zugangsmöglichkeiten fortbestand. Wer seinem Partner eine Visitenkarte aushändige, auf der sich neben der Geschäftsanschrift auch die Telefon- und Faxnummer sowie E-Mail Adresse befänden, werde zu Recht keine Pflicht darin erblicken können, eine geänderte Telefonnummer oder den Defekt seines Faxgerätes unverzüglich mitzuteilen. In solchen

⁴¹ Benedict, Zugangsproblematik, S. 122.

Fällen könne sogar auf die Kundgabe der Schließung gegenüber dem Erklärenden verzichtet werden; die Entwidmung sei also nur dann notwendig, wenn ausschließlich eine Empfangseinrichtung gewidmet worden sei.

Folgt man dem Ansatz von Benedict, hätte die Bank im Ergebnis freie Gestaltungsmacht über ihren Empfangsbereich auch im Hinblick auf dessen Schließung. Würde man die Beseitigung aller Zugangsmöglichkeiten für konventionelle Kundenaufträge allenfalls unter den Vorbehalt einer *Entwidmung* stellen, ließe dies der Bank freie Hand zur Verlagerung der Abwicklung von Überweisungsgeschäften über electronic banking.

Die Bank träge damit allein die Pflicht zur *Entwidmung* ihrer konventionellen Empfangsvorkehrungen für Überweisungsaufträge und Auszahlungswünsche der Kunden. Dies ließe sich durch rechtzeitige Hinweise an die Kunden – etwa durch Schrifftafeln, Auskünfte des Schalterpersonals, Informationen auf den sog. Kontoausdrucken etc. – bewerkstelligen.

3. Kritik des Ansatzes von Benedict

Soweit sich der Ansatz Benedicts durch die Annahme einer Gestaltungsmacht des Adressaten auch hinsichtlich dessen freien Ermessens zum Abbau von Zugangsmöglichkeiten von der h. M. abhebt, basiert er auf der Annahme, den Empfänger von Willenserklärungen treffe weder eine allgemeine noch eine aus (vor-) vertraglichen Parteiinteressen ableitbare Pflicht, an ihn gerichtete Willenserklärungen zu empfangen. Haltbar ist dieser Ansatz unter der zentralen Prämisse, die Übermittlungshandlung als solche sei schon systemimmanent eine Obliegenheit des *Erklärenden* und nicht des Adressaten⁴². Dieser Satz ist jedoch dogmatisch nicht zwingend, sondern fußt auf einer vorgezogenen Wertung. Weil die Zugangsgewährleistung nicht Sache des Adressaten sein soll, dürften ihm hinsichtlich der Gestaltung seiner Zugangsmöglichkeiten auch keine weitergehenden Schranken auferlegt werden.

Diese Prämisse Benedicts ist nur unter Hinweis auf § 132 BGB haltbar. Benedict kann das unbeschränkte Recht des Adressaten zum Abbau dessen Empfangsvorrichtungen propagieren, weil der Erklärende angeblich stets die Möglichkeit habe, die Wirksamkeit einer wichtigen Willenserklärung von vornherein oder nach gescheitertem Zugangsversuch gem. § 132 BGB durch Zustellung des Gerichtsvollziehers wirksam werden zu lassen⁴³. Auch wenn der Empfänger die üblichen Empfangsvorrichtungen regelrecht abmontiert habe, könne im Rahmen des § 132 BGB immer noch eine wirksame Zustellung und damit der Zugang einer Willenserklärung bewirkt werden. So zutreffend diese Überlegung für einen Großteil rechtsgeschäftlicher Kommunikation ist, geht der Hinweis auf § 132 BGB im *girovertraglichen Massengeschäft* fehl und wird den Interessen der Beteiligten in keiner Weise gerecht. Bei der Giroüberweisung kann der

⁴² Benedict, Zugangsproblematik, S. 120.

⁴³ Benedict, Zugangsproblematik, S. 126.

Kunde nicht darauf verwiesen werden, seinen Antrag i. S. v. § 676 a BGB durch einen Gerichtsvollzieher zustellen zu lassen.

Im girovertraglichen Massengeschäft bildet die *Garantenstellung kraft Ingrenz* allein eine nur unzureichende Schranke des einseitigen Gestaltungsrechts des Empfängers über seinen Empfangsbereich.

IV. AGB-rechtliche Grenzen einseitiger Gestaltungsakte

Die Befugnis zum Aufbau wie zur Beseitigung von Zugangswegen kraft einseitigen Gestaltungsrechts des Empfängers ist - wie eingangs erwähnt - durch Auslegung der widerstreitenden Interessen zu ermitteln. Für die vertragliche Vereinbarung besonderer Zugangsregelungen zugunsten des Empfängers stellen die AGB-rechtlichen Vorschriften des BGB besondere Schranken auf. Eine Abwägung von in der Person des Verwenders einerseits und des Vertragspartners andererseits entgegenstehenden Interessen ist hier für typische Konstellationen vom Gesetzgeber vorweggenommen worden.

Eine *vertragliche* Vereinbarung zweier Rechtssubjekte im Massengeschäft der Banken untersteht regelmäßig als Allgemeine Geschäftsbedingung den Inhaltskontroll-Vorschriften der §§ 307 ff. BGB. Es liegt nahe, auch die Befugnis zur *einseitigen* Gestaltung des Empfangsbereiches an den Vorgaben der AGB-rechtlichen Vorschriften des BGB zu messen. Für die Anwendung der in §§ 307 ff. BGB festgelegten Schranken auf die Frage der Grenzen einseitiger Gestaltung von Zugangsvoraussetzungen spricht die Überlegung, dass eine Regelung, die der Gesetzgeber im Wege des *vertraglichen Konsenses* schon für unzulässig hält, *erst recht* bei einseitigem Oktroy durch den Vertragspartner schlechterdings nicht zulässig sein sollte. Andernfalls droht ein Wertungswiderspruch. Die Zulässigkeit einseitiger Zugangswege-Gestaltung durch Widmung und Entwidmung von Empfangseinrichtungen ist aus diesem Grund dort, wo schon *vertragliche* Regelungen an den Vorschriften der §§ 307 ff. BGB zu messen wären, ebenfalls der Inhaltskontrolle dieser Vorschriften zu unterwerfen. Diese Hypothese soll im Folgenden am Gesetz überprüft werden.

Will man den Akt der Entwidmung von Empfangseinrichtungen am Maßstab der §§ 307 ff. BGB messen, setzt dies die direkte (oder analoge) Anwendbarkeit der Vorschriften voraus. Jedes Gesetz regelt seinen Anwendungsbereich selbst; im Falle der §§ 307 ff. BGB ist dieser durch den Begriff der *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* umrissen.

Der direkten Inhaltskontrollen wären einseitigen Gestaltungsakten eines Vertragspartners dann zu unterwerfen, wenn es sich dabei um *Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB* handeln würde. Nach der Legaldefinition sind diese alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Setzt man die übrigen Voraussetzungen der Norm im Girogeschäftsverkehr moderner Kreditinstitute als erfüllt voraus, verbleibt die Frage, ob unter die von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB

geforderten *Vertragsbedingungen* auch die Entwidmung einer Empfangseinrichtung durch den Empfänger fallen kann.

Einseitige Rechtsgeschäfte des Verwenders fallen grundsätzlich nicht unter den Begriff der *Vertragsbedingungen*⁴⁴. Der Verwender nimmt nicht fremde, sondern lediglich eigene Gestaltungsmacht in Anspruch⁴⁵. Weder die Widmung noch die Entwidmung als *actus contrarius* sind damit grundsätzlich als einseitige Rechtsgeschäfte den AGB-rechtlichen Vorschriften unterworfen. Eine Ausnahme dazu ist jedoch im Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 BGB gefordert: Der o. g. Grundsatz findet im Rahmen von Verbrauchergeschäften keine Anwendung⁴⁶. Auch einseitige Rechtsgeschäfte eines Verwender gegenüber einem Verbraucher i. S. v. § 13 BGB unterliegen den BGB-Vorschriften zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hergeleitet wird dies aus richtlinienkonformer Auslegung der § 310 BGB zugrundeliegenden europarechtlichen Richtlinie 93/13/EG vom 05. 04. 1993⁴⁷. Wo nationales Recht in Umsetzung europarechtlicher Richtlinienvorgaben ergeht, ist es im Lichte deren Wortlauts und Zwecks auszulegen⁴⁸. Für Verbraucherverträge enthält die o. g. Richtlinie in ihrem Anhang⁴⁹ Konkretisierungen von Klauselverboten, die zwar für den Gesetzgeber nach h. M. nicht in dem Sinne verbindlich sind, dass er diese wortgleich umzusetzen hätte⁵⁰, die jedoch die Auslegung der Norm durch mitgliedstaatliche Gerichte binden⁵¹.

Nr. 1 lit n.) des Anhangs zur Richtlinie bestimmt Klauseln als unzulässig, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass „die Verpflichtung eines Gewerbetreibenden zur Erhaltung der von seinem Vertreter eingegangenen Verpflichtungen eingeschränkt wird oder diese Verpflichtung von der Einhaltung einer besonderen Formvorschrift abhängig gemacht wird.“ Der zweite Teil der Regelung wird dahingehend verstanden, dass im Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 BGB auch Regelungen der Inhaltskontrolle unterliegen, für die der Unternehmer ausschließlich eigene rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt, etwa indem er die seinem Vertreter gegenüber erteilte Vollmacht zum Nachteil des Kunden beschränkt⁵². Entsprechendes muss auch für die einseitige Gestaltung des Empfangsbereichs gelten.

Um den eingangs dargestellten Wertungswiderspruch aufzulösen, bietet § 310 Abs. 3 BGB einen Ansatzpunkt, indem er die AGB-Kontrolle an sich kontrollfreier einseitiger Gestaltungsakte des Verwenders erlaubt. Der Begriff der Vertragsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ist folglich nicht nur auf vertragliche Abreden, sondern auch auf einseitige Gestaltungsakte des Verwenders zu erstrecken, wo der Vertragspartner Verbraucher i. S. d. § 13 BGB ist. Soweit unterliegt die Gestaltung des Empfangsbereichs

⁴⁴ Schlosser, in: Staudinger-BGB, § 1 AGBG, Rn. 8; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 1 Rn. 18.

⁴⁵ Palandt/Heinrichs, § 305 Rn. 4 a

⁴⁶ Palandt/Heinrichs, BGB, § 310 Rn. 11.

⁴⁷ Abl. L 95 vom 21.04.1993, S. 29 ff.

⁴⁸ Etwa EuGH, Rs. 14/1983 – von Colson vs. Kamann, Slg. 1984, S. 1891 (1909).

⁴⁹ Abgedruckt etwa bei Palandt/Heinrichs, BGB, § 310 Rn. 27 ff.

⁵⁰ Heinrichs, in: NJW 1993, S. 1820 (1821).

⁵¹ Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, RiLi-Anhang Rn. 1.

⁵² Palandt/Heinrichs, BGB, § 310 Rn. 42.

durch einen Verwender auch gleichen Schranken, unabhängig davon, ob sie klauselmäßig als Vertragsänderung oder als einseitige Entwidmung einer Empfangsvorrichtung durch die Bank als Adressatin ergeht.

Damit stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit von Maßnahmen, die den Kunden darauf verweisen, seine Überweisungsaufträge sowie die Auszahlungsverfügungen elektronisch - statt beleggebunden – abzugeben. Wie gezeigt, handelt es sich dem Inhalt nach um Regelungen betreffend die Form und die Art und Weise des Zugangs von Willenserklärungen des Kunden; sie ergänzen damit die allgemeinen Form- und Zugangsregelungen des BGB. Sowohl bei vertraglicher Vereinbarung als auch unter Ausnutzung einseitiger rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht sind sie nach § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle unterworfen. Gleiches gilt auch für Maßnahmen von Sparkassen, die trotz ihrer Eigenschaft als Anstalten des öffentlichen Rechts das Vertragsverhältnis zum Kunden rein privatrechtlich ausgestaltet haben⁵³; §§ 307 ff. BGB finden auf Geschäftsbedingungen der Sparkassen damit, ohne eine Sonderstellung einzunehmen, Anwendung⁵⁴.

Die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen beurteilt sich nach den Maßstäben, die §§ 307 ff. BGB für die Inhaltskontrolle vorgeben. Im Folgenden soll daher eine Regelung, die den Kunden zur Erledigung seiner Überweisungs- bzw. Auszahlungsgeschäfte auf die elektronische Abwicklung über Bankautomaten verweisen würde, daran gemessen werden.

V. Automatisierung als unzulässiges Form- und Zugangserfordernis i. S. v. § 309 Nr. 13 BGB

Prima facie scheint eine solche Klausel schon am Klauselverbot des § 309 Nr. 13 BGB zu scheitern. Danach sind Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, in denen “Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden.” Formulärmäßig kann die Bank allem Anschein des § 309 Nr. 13 BGB nach vom Kunden nicht mehr als die Einhaltung der Schriftform für dessen Erklärungen verlangen⁵⁵. Jede weitere Verengung der Form- oder Zugangserfordernisse - insbesondere die Beschränkung der Kommunikation auf bestimmte Geräte, die eine elektronische Übermittlung der Kundenaufträge vorschreiben - scheint vor diesem Hintergrund klauselmäßig nicht durchsetzbar; sie droht an der Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 13 BGB zu scheitern.

⁵³ Siehe unten Kapitel 11, II.

⁵⁴ BGHZ 111, S. 295 (297); Palandt/Heinrichs, BGB, vor § 307–309 Rn. 4.

⁵⁵ Hefermehl/Werner, in: Erman, BGB, § 11 Nr. 16 AGBG Rn. 3. Nach einhelliger Meinung verbietet § 11 Nr. 16 AGBG (unverändert § 309 Nr. 13 BGB) nicht die formulärmäßige Festlegung der Schriftform, siehe etwa Basedow, in: MüKo-BGB, § 11 Nr. 16 AGBG Rn.4; Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 6. Ein im Gesetzentwurf zum AGBG (AGBG-E, BT-Drcks. 7/3919) enthaltenes Schriftformverbot (§ 11 Nr. 17 AGBG-E) ist nicht Gesetz geworden, woraus auf die Zulässigkeit formulärmäßiger Schriftformklauseln geschlossen wird.

1. Strengere Form bzw. besondere Zugangserfordernisse

Die Beschränkung der Abgabe von Auszahlungsaufträgen auf den Automaten begründet für den Kunden die Obliegenheit, seine Zahlungsaufträge nicht mehr am Schalter, sondern nur noch elektronisch abzugeben. Damit stellt sich die Frage, ob dadurch die Anforderungen an die *Form der Erklärung* verschärft bzw. besondere *Zugangsvoraussetzungen geschaffen werden*. Nr. 16 erklärt zunächst die Festsetzung einer strengeren Form als der Schriftform (§§ 126 Abs. 1, 127 BGB⁵⁶) für unzulässig. Im Sinne des § 309 Nr. 13 BGB werden als *strengere Formen* als die gesetzlich vorgesehene Schriftform zunächst die in §§ 128, 129 BGB geregelten angesehen⁵⁷. Der Verweis des Kunden auf die Erledigung seiner Bankgeschäfte über Bankautomaten legt dem Kunden jedoch keine der in §§ 128, 129 BGB festgelegten Formerfordernisse auf.

Zweifelhaft könnte sein, ob dem Bankkunden überhaupt Formvorgaben gemacht werden, die über die gesetzlich geregelte Schriftform hinausgehen: Auch am Geldautomaten wird vom Kunden bloß die Schriftform i. S. v. §§ 126 Abs. 1 i. V. m. 127 Abs. 2 S. 1 BGB verlangt: Die Schriftform ist dank der gesetzlichen Formerleichterungen des § 127 BGB auch bei elektronischer Übermittlung (etwa per E-Mail) gewahrt. Der Verweis des Kunden auf die elektronische Übermittlung legt diesem strenggenommen nur die auch trotz Nr. 13 weiterhin zulässige⁵⁸ Schriftform auf.

Als eine nach § 309 Nr. 13 BGB unzulässige Verschärfung der Formerfordernisse wird jedoch auch Beschränkungen auf *eine bestimmte Art* der Schriftform verstanden⁵⁹. Unzulässig ist etwa das Erfordernis einer *ausschließlich telegrafischen* Anzeige, die - obwohl dadurch nach § 127 Abs. 2 S. 1 in der Regel auch die Schriftform gewahrt wird - deswegen als Verschärfung der gewöhnlichen Schriftform anzusehen ist, weil diese besondere Unterart der Übermittlung den Kunden zusätzliche Mühen und Kosten verursacht⁶⁰. Dem Kunden sei durch die Formulierung des Gesetzes, das lediglich von „Schriftform“ redet, gerade auch die Freiheit der Wahl gelassen worden, die ihm nicht eine bestimmte Form des Textes aufdrängt⁶¹.

Entsprechend wird man - trotz der neuerdings festgeschriebenen weitestgehenden Gleichwertigkeit von konventioneller und elektronischer Form in § 126 Abs. 3 BGB - für die elektronische zu übermittelnde Willenserklärung urteilen müssen. Der Kunde muss statt alle Bankgeschäfte am Schalter erledigen zu können, für die Geldauszahlung den Weg zum Automaten machen, die ec-Karte stets mitführen, die richtige PIN eingeben etc. Die Beschränkung des Kunden allein auf die elektronische Übermittlung per Bankautomat bzw. Computer ins Datennetz der Bank als bloßer Unterfall der weitergehenden gesetzlichen Schriftform wird man als Festlegung von strengeren

⁵⁶ Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 3.

⁵⁷ Stein, in: Soergel, BGB, § 11 Nr. 16 Rn., 175.

⁵⁸ An der Zulässigkeit von Klauseln, die dem Kunden die Schriftform vorschreiben, wollte § 11 Nr. 16 AGBG, § 309 Nr. 13 BGB nichts ändern, vgl. nur Basedow, in: MüKo-BGB, § 11 Nr. 16 AGBG, Rn. 4.

⁵⁹ Soergel/Stein, BGB, § 11 Nr. 16 AGBG Rn. 175.

⁶⁰ Trinkner, in: Löwe/von Westphalen/Trinkner, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 7.

⁶¹ Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 7.

Formvorschriften i. S. v. § 309 Nr. 13 BGB werten müssen.

Ähnliches gilt auch unter dem Gesichtspunkt der Zugangserfordernisse. *Besondere Zugangserfordernisse i. S. d. § 309 Nr. 13 BGB* stellt der Verwender dann auf, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Anzeige oder Erklärung des Kunden als zugegangen gelten soll, von denjenigen abweichen, die nach § 130 BGB dafür ausreichen⁶². Danach genügt es für den Zugang, wenn die Anzeige bloß in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Verwenders gelangt⁶³. Jede Beschränkung auf einen bestimmten Bereich aus dem Sektor ist nicht statthaft⁶⁴. Besondere Erfordernisse für den Zugang liegen vor, wenn eine bestimmte Art und Weise des Zugangs vorgeschrieben wird, z. B. durch Einschreiben, allgemein durch Post oder auf elektronischen Wege am Bildschirm⁶⁵. Durch Schließung der Schalter für die Entgegennahme von Auszahlungswünschen des Kunden verengt die Bank durch Entwidmung einen Großteil der bestehenden Zugangswege.

Gilt somit jede klauselmäßige Verengung des Zugangsbereichs als Aufstellen besonderer Zugangsvoraussetzungen nach § 309 Nr. 13 BGB, so muss auch der Verweis des Kunden auf die Bankautomaten zur Abgabe seiner Zahlungsaufträge unter den Tatbestand der Norm fallen, wenn daneben auch andere Möglichkeiten des Zugangs bestehen.

2. Teleologische Reduktion bei Zahlungsverkehrsgeschäften?

Fraglich ist allerdings, ob das in § 309 Nr. 13 BGB formulierte Verbot seinem Sinn nach Anwendung auch auf Weisungen im Rahmen des Giroverhältnisses finden sollte. Hier ist zweifelhaft, ob solche Weisungen in den Bereich der Anzeigen und Erklärungen fallen, die nach § 309 Nr. 13 BGB ohne Wertungsmöglichkeiten⁶⁶ - und damit ohne Ansehung des Einzelfalles - von strengeren Form- und Zugangsvorschriften befreit werden sollten.

Erfasst werden von § 309 Nr. 13 BGB *Anzeigen und Erklärungen des Kunden*. Folglich müssten sowohl das Angebot des Kunden auf Abschluss eines Überweisungsvertrages nach § 676 a BGB als auch das Barauszahlungsverlangen nach §§ 700 Abs.1, 695, 697 BGB Anzeigen oder Erklärungen i. S. d. Norm darstellen. Handelt es sich in beiden Fällen um Willenserklärungen des Kunden, die auf die Setzung einer Rechtsfolge (i. e.: Vertragsschluss bzw. Erlöschen des Barauszahlungsanspruchs durch Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB), scheint eine am Wortlaut orientierte Auslegung eine zwanglose Subsumtion unter das in § 309 Nr. 13 BGB genannte Merkmal zu erlauben. Willenserklärungen scheinen zumindest als *Erklärungen* Teil des in der Norm genannten Begriffspaars zu sein. Gestützt werden kann diese Auslegung durch

⁶² Basedow, in: MüKo-BGB, § 11 Nr. 16 AGBG Rn. 5.

⁶³ BGH, NJW 1965, S. 965 (966).

⁶⁴ Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 8.

⁶⁵ Basedow, in: MüKo-BGB, § 11 Nr. 16 AGBG Rn. 9.

⁶⁶ Vgl. nur die amtliche Überschrift des § 309 BGB.

Kommentarstimmen, die als Anzeigen und Erklärungen pauschal *alle Äußerungen*⁶⁷ bzw. *Erklärungen jeder Art im Rahmen der Abwicklung, Durchführung oder Beendigung des Vertragsverhältnisses*⁶⁸ verstehen. Die Norm erfasste so *Erklärungen jeder Art, seien sie rechtsgeschäftlicher oder rein tatsächlicher Natur*⁶⁹. Als solche fielen auch Willenserklärungen im Rahmen der Abwicklung von Zahlungsverkehrsgeschäften darunter.

Andererseits besitzen die in der Kommentarliteratur überwiegend aufgeführten Beispiele für Anzeigen und Erklärungen, die unter die Regelung des § 309 Nr. 13 BGB fallen, ein Element, das schlichten Überweisungs- oder Auszahlungsaufträgen fehlt und somit die Vergleichbarkeit beider Gruppen in Frage stellt. Erfasst von der Norm sollen demnach beispielhaft sein: Mängelanzeigen, Kündigungserklärungen, Anfechtungserklärungen, Erklärungen über die Ausübung von Rechten wie Wandlung oder Minderung, Mahnungen, Fristsetzungen, Zahlungsaufforderungen etc.⁷⁰ Weiterhin erwähnt werden das Verlangen der Nachbesserung oder der Ersatzlieferung⁷¹. Wie diese Aufzählung verdeutlicht, handelt es sich bei den genannten Erklärungen um meist einmalige oder seltene Erklärungen aus dem Umkreis von vertraglichen Leistungsstörungen, die damit zumeist das Element der drohenden Konfrontation der Vertragsparteien in sich tragen. Überweisungs- und Auszahlungsaufträge hingegen stellen regelmäßig wiederkehrende Anweisungen des Kunden im Rahmen der regulären Abwicklung eines Dauerschuldverhältnisses dar.

Dass die Häufigkeit, mit der eine Erklärung abgegeben wird, im Rahmen der Auslegung des § 309 Nr. 13 BGB durchaus eine Rolle spielt, zeigt sich daran, dass auch in der Literatur an dieses Kriterium angeknüpft wird⁷². Es ist damit fraglich, ob das dort formulierte Verbot aufgrund seines Sinns und Zwecks überhaupt auf die hier relevante Konstellation anwendbar ist. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

Wie gezeigt, bietet der Wortlaut der Norm nur wenig eindeutige Anhaltspunkte. Historisch reagierte der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift insbesondere auf die zuvor verbreitete Praxis der Verwender, die Wirksamkeit von Kundenerklärungen von der *eingeschriebenen Form* abhängig zu machen⁷³. § 309 Nr. 13 BGB sollte den Vertragspartner entsprechend vor unverhältnismäßigen Präklusionsfolgen schützen, die sich bei Verwendung im Gesetz nicht vorgesehener ungewöhnlicher Form- bzw. Zugangsvorschriften dadurch ergeben, dass solche Erfordernisse bei Abgabe der

⁶⁷ Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 4.

⁶⁸ Hefermehl/Werner, in: Westermann, Erman-BGB, § 11 Nr. 16 AGBG Rn.2.

⁶⁹ Stein, in: Soergel, BGB, § 11 AGBG Rn. 174.

⁷⁰ Beispielhafte Aufzählung bei Stein, Soergel, BGB, § 11 AGBG Rn. 174.

⁷¹ Fast identisch in ihren Beispielen zeigt sich die überwiegende Kommentarliteratur, vgl. Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 4; Coester-Waltjen, in: Staudinger-BGB, § 11 Nr. 16 AGBG, Rn. 4; Trinkner, in: Löwe/von Westphalen/Trinkner, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 4.; Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 4; Basedow, in: MüKo-BGB, § 11 Nr. 16 Rn. 3.

⁷² Alich, in: JZ 1982, S. 706 (708) etwa will aus der Häufigkeit bestimmter Willenserklärung im kaufmännischen Rechtsverkehr auf die Anwendung der Regeln der Nr. 13 auch gegenüber Kaufleuten schließen.

⁷³ Hensen, in: Brandner/Ulmer/Hensen, AGBG, § 11 Nr. 16 Rn. 2.

Erklärung entweder schlicht übersehen werden, der Kunde sie nach längerer Vertragslaufzeit nicht mehr zur Hand hat oder sie vergessen hat⁷⁴.

Wer vorformulierte Form- und Zugangsvorschriften aufstellen darf, kann Barrieren für die Rechtsdurchsetzung errichten⁷⁵; entsprechende Klauseln hatten demnach nur den Sinn, dem Kunden die Durchsetzung seiner Rechte so schwer wie möglich zu machen.

Die Gesetzesbegründung stützt die Vorschrift auf zwei Begründungen: Zum einen werde die Einhaltung solcher vom Gesetz nicht vorgesehenen Formvorschriften bzw. Zugangserfordernisse leicht übersehen, weil sie ungewöhnlich sind, der Kunde die AGB nach längerer Vertragszeit nicht mehr zur Hand hat oder weil sie ihm bei Vertragsschluss nicht ausgehändigt worden sind⁷⁶. Zum anderen komme hinzu, dass der an die Nichteinhaltung der Formvorschrift geknüpfte Rechtsnachteil in der Regel eine unverhältnismäßige Sanktion darstellt⁷⁷. *Ratio legis* der Norm sei es, Erklärungen, die im Umkreis von Störungen in den Rechtsbeziehungen der Partner⁷⁸ oder sonst nicht regelmäßig vorkommen und für die man im entscheidenden Moment an einen Formularzwang nicht denkt, von besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen freizustellen⁷⁹.

Vor dem Hintergrund des so verstandenen Regelungsanliegens ist fraglich, ob § 309 Nr. 13 BGB auch Aufträge im Rahmen des Giroverkehrs erfasst. Zum einen besteht hier die in der Gesetzesbegründung vorausgesetzte Gefahrensituation im Verhältnis zur Bank nicht. Bei Verfügungen im Rahmen des Girogeschäfts wird der Bankkunde kaum die besonderen Form- und Zugangserfordernisse übersehen können; an die Obliegenheit zur Abgabe seiner Erklärung elektronisch vom Computer bzw. vom Bankautomaten aus wird der Kunde regelmäßig spätestens vom Schalterpersonal erinnert werden. Eine vom Schalterpersonal abgelehnte Zahlungsverfügung kann zudem in aller Regel ohne relevante zeitliche Nachteile am Geldautomaten nachgeholt werden, so dass dem Kunden, der mit seinem Überweisungsauftrag am Schalter kein Gehör findet, keine unverhältnismäßigen Präklusionsfolgen drohen. Die Konstellation im Rahmen der girovertraglichen Weisung weicht schon im Grundsatz von derjenigen ab, die der Regelung des § 309 Nr. 13 BGB zugrunde liegt. Nicht zuletzt ist der Festlegung besonderer Form- und Zugangsvoraussetzungen im Giroverkehr das Element der *Schikane* fremd, das gleichsam unterschwellig den Rechtsgedanken der Nr. 13 bestimmt. Das strenge Verbot des § 309 Nr. 13 BGB sieht die Unwirksamkeit entsprechender Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit vor, weil eine entsprechende Wertung und Interessenabwägung stellvertretend von Gesetzgeber in Konkretisierung der allgemeinen

⁷⁴ Gesetzesbegründung zum AGBG, BT-Drcks. 7/3919, S. 39.

⁷⁵ Basedow, in: MüKo-BGB, § 11 Nr. 16 AGBG Rn. 1.

⁷⁶ BT-Drcks. 7/3919, S. 39.

⁷⁷ BT-Drcks. 7/3919, S. 39.

⁷⁸ Vgl. die exemplarische Aufzählung der einschlägigen Erklärungen in der Gesetzesbegründung zum AGBG, BT-Drcks. 7/3919, S. 39: " Kündigung, Rücktritt, Mahnung, Fristsetzung, Mängelanzeige und sonstige Obliegenheiten (...)".

⁷⁹ Coester-Waltjen, in: Staudinger-BGB, § 11 Nr. 16 Rn. 4.

Benachteiligungsverbots aus § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB vorgenommen worden ist⁸⁰. Reagiert eine Norm damit auf eine vom Gesetzgeber erkannte typische Gefahrensituation, ist es gerechtfertigt, nur solche Tatbestände von ihr als erfasst zu sehen, die auch tatsächlich Ausdruck der normierten Gefahr sind.

§ 309 Nr. 13 BGB mit seiner starren Wertung erlaubt dort keine sachgerechte Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen von Kunde und Verwender, wo es um die Verwirklichung anderer Gefahren geht als derer, die seinem Regelungszweck zugrunde liegen: Wo es – wie im Girogeschäft – nicht um die Vereitelung von Kundenrechten geht, sondern um die Zulässigkeit von Rationalisierungsmaßnahmen, ist zweifelhaft, ob die Norm noch Ausdruck einer sachgerechten Interessenabwägung durch den Gesetzgeber ist. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum AGBG hat der Gesetzgeber in der Vorläufervorschrift des § 11 Nr. 16 AGBG Rationalisierungsinteressen der Verwender im Massengeschäft dahingehend berücksichtigt, dass auch weiterhin die Obliegenheit zur Nutzung von Formularen des Verwenders vereinbart werden sollte. Hieß es im Regierungsentwurf noch *einfache Schriftform*, wurde im Gesetzgebungsverfahren des Wort *einfache* im Interesse des rationalen Geschäftsverkehrs gestrichen, mit der Begründung, es solle die Möglichkeit erhalten bleiben, dass schriftliche Erklärungen des Kunden auf bestimmten Formularen des Verwenders abgegeben werden⁸¹. Die seit Wirksamwerden der Norm erfolgte Technisierung weiterer Geschäftsbereiche ist in die Wertung des Gesetzgebers nicht eingeflossen, was den Wert des § 309 Nr. 13 BGB für die hier vorliegende Problematik in Frage stellt.

Dies rechtfertigt an sich die *teleologische Reduktion der Norm*⁸² durch Zurückführung des Anwendungsbereichs auf den durch ihren Zweck geforderten und gerechtfertigten Umfang⁸³.

3. Unvereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben

Gegen eine teleologische Reduktion der Norm spricht jedoch die Auslegung im Lichte des Wortlauts und der ratio legis der europarechtlichen Richtlinie 93/13/EG vom 05. 04. 1993⁸⁴, die in ihrem Anhang gem. Art. 3 Abs. 3 der RiLi für Gerichte verbindliche⁸⁵ Auslegungs- und Kontrollmaßstäbe im Rahmen von Verbraucherverträgen statuiert.

In ihrem Anwendungsbereich erfasst diese sämtliche Verträge über Güter und Dienstleistungen. Diese sind nach Art. 49 EGV alle Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden – Verträge über Dienstleistungen sind damit auch Girogeschäfte⁸⁶.

⁸⁰ Palandt/Heinrichs, BGB, § 309 Rn. 2.

⁸¹ Begründung des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drcks. 7/5422, S. 10.

⁸² Offengelassen noch bei Coester-Waltjen, in: Staudinger, § 11 Nr. 16 Rn. 4: Eine teleologische Reduzierung sei jedoch "zumindst fraglich".

⁸³ Larenz, Methodenlehre, S. 319 ff.

⁸⁴ Abl. L 95 vom 21. 04. 1993, S. 29 ff.

⁸⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, § 310 Rn. 27, h. M..

⁸⁶ Zur Definition von Dienstleistungen i. S. d. Europarechts in Abgrenzung zur Kapitalverkehrsfreiheit siehe

Wo nationales Recht in Umsetzung europarechtlicher Richtlinienvorgaben ergeht, ist es im Lichte von deren Wortlaut und Zweck auszulegen⁸⁷. Nach Nr. 1 lit. n) des Anhangs sind Klauseln unwirksam, die die Einhaltung von Verpflichtungen von der Einhaltung besonderer Formvoraussetzungen abhängig machen. Darauf jedoch liefe eine teleologische Reduktion von § 309 Nr. 16 BGB hinaus, indem die Ausführung von Überweisungen und Barauszahlungen letztlich davon abhinge, dass die Willenserklärungen des Kunden der Bank in elektronischer Übermittlungsart zukämen. Wie gezeigt liegt darin die Vereinbarung einer besonderen Formvorschrift.

Weder dem Wortlaut noch dem Zweck der Richtlinie und ihres Anhangs ist ein Anknüpfungspunkt für eine teleologische Reduzierung der Norm zu entnehmen, wie ihn die deutsche Gesetzesbegründung zum AGBG erlaubt. Der Richtlinienanhang spricht vielmehr unterschiedslos von Verträgen, er umfasst somit alle Verträge. Anknüpfungspunkte für eine teleologische Reduzierung der Norm lassen sich dem Europarecht nicht entnehmen. Zuletzt stünde die Befugnis zu einer verengenden Auslegung der Richtlinienvorschrift nicht nationalen Gerichten, sondern allein dem EuGH zu⁸⁸. Unter Berücksichtigung der Richtlinienvorgaben ist eine teleologische Reduzierung des § 309 Nr. 16 BGB daher abzulehnen.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass § 309 Nr. 16 BGB bei Verbrauchergiroverträgen (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB) einseitige Maßnahmen oder Klauseln verbietet, die für den Kunden auf eine Verengung der Form- oder Zugangserfordernisse hinauslaufen. Der Verlagerung von Barauszahlungen und Überweisungen auf SB-Automaten steht die Norm daher entgegen.

etwa Streinz, Europarecht, Rn. 755 ff.

⁸⁷ Etwa EuGH, Rs. 14/1983 – von Colson vs. Kamann, Slg. 1984, S. 1891 (1909).

⁸⁸ Streinz, Europarecht, Rn. 561 ff.

Kapitel 9

- Automatisierung durch Schließung von Filialen -

Die vermeintlich starke Rechtsposition des Kunden, die nach den obigen Ausführungen aus dem Ausschluss von einseitigen Automatisierungsmöglichkeiten durch die Bank erwächst, erfährt in der Praxis jedoch wegen der Besonderheiten der Vertriebsstrukturen der Bankenbranche eine deutliche Entwertung. Sie schützt den Kunden nicht vor der Möglichkeit der schlichten Schließung von Filialen durch die Bank und die damit meist verbundenen *De-facto-Automatisierung* der Rechtsbeziehung: wie gezeigt reagieren viele Kreditinstitute auf den veränderten Wettbewerbsdruck mit der Ausdünnung ihrer Filialstruktur durch Schließung zahlreicher nicht-profitabler Bankfilialen¹.

Auch bei den verbleibenden Zweigstellen werden die Filialstrukturen gerade durch die Förderung der Kunden-Selbstbedienung bis hin zu einer kompletten Ersetzung der persönlichen Beratung durch reine Selbstbedienungs-Filialen (d. h. völligen *Automatisierung* der Filiale) verändert². Der deutsche Bankkunde tritt - eine Folge der Branchenstruktur- dem Kreditinstitut als seinem Vertragspartner in den allermeisten Fällen jedoch gerade in der Bankfiliale gegenüber³. Schließt die Bank nun eine vom Kunden bevorzugte Filiale unter Aufrechterhaltung von Selbstbedienungsterminals, stellt sich diese Maßnahme für denjenigen, der keine andere (evtl. Konkurrenz-) Filiale in zumutbarer Reichweite findet, wegen der nunmehr notwendigen Nutzung *elektronischer Vertriebswege (SB-Banking)* für Zahlungstransaktionen wie eine *De-facto-Automatisierung* der Girobeziehung dar.

Das Recht des Kunden versagt also dort, wo es um Umstrukturierungsmaßnahmen der Bank durch bloße Neuordnung von Filialstrukturen geht. Dies hängt mit dem Umstand zusammen, dass die Schließung von Filialen im freien Ermessen der Bank liegt. Genauso wie der Kunde gegenüber seiner Bank keinen Anspruch auf die Errichtung einer Filiale besitzt, kann er deren Schließung nicht verhindern, denn sowohl die Errichtung einer Zweigniederlassung als auch deren Aufhebung stellen rein tatsächliche, innerbetriebliche Vorgänge⁴ innerhalb des Unternehmens *Bank*⁵ dar, berühren damit zwar *de-facto*, nicht jedoch *de-iure* die Beziehung zwischen den Parteien.

¹ Bundesverband Deutscher Banken, Bankenbericht 2000, S. 56. Trotz Schließung zahlreicher Bankstellen seit Beginn der neunziger Jahre gilt Deutschland weiterhin als "overbanked", a. a. O. Nach Prognosen - zitiert bei Siebertz, P./Drechsler, D., Stüchtling, P./Heitmüller, H.-M., Bankmanagement, S. 203 - wird es in der BRD bis zum Jahr 2006 zwischen 30 und 50 % weniger Bankstellen geben. Zur Reduktion des Geschäftsstellen-Netztes auch: Priewasser, E., Prognose, S. 197 f.

² Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre, S. 737 Rn. J 2.5.

³ Direktbanken sind entsprechend der Zielsetzung der Arbeit von der Betrachtung daher ausgenommen, soweit sie ausschließlich *elektronische Vertriebswege* gebrauchen.

⁴ Bokelmann, in: Schmidt, K., MüKo-HGB, § 13 Rn. 16.

⁵ Dies gilt auch für Sparkassen, deren Berechtigung zur Errichtung und Übertragung von Zweigstellen sich aus dem Landesrecht ergibt. Siehe etwa § 1 Abs. 2 S. 1 SpkG-NW: "Die Sparkassen können im Gebiet ihres Gewährträgers Haupt- und Zweigstellen errichten." Die Entscheidung über die Errichtung einer Zweigstelle ist allseits eine Selbstverwaltungsangelegenheit der Sparkasse, allenfalls eingeschränkt durch einen Genehmigungsvorbehalt der Aufsichtsbehörde (etwa § 15 SpkG-Nds; § 44 SpkG-Schleswig-H.), Schlierbach, H., Sparkassenrecht, S. 86.

Hinsichtlich der Zweigstellenpolitik unterliegen Banken damit weitestgehend keinen rechtlichen Beschränkungen. Wenn oben festgestellt worden ist, dass der Bank keine einseitigen Maßnahmen zur Verlagerung von Zahlungstransaktionen zustehen, so wirkt diese Rechtsposition des Kunden nur auf der Ebene der allgemeinen vertraglichen Beziehung zwischen der Bank als Rechtssubjekt und den Kunden. Nutzlos sind die Kundenrechte jedoch im Verhältnis zur Filiale. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Einheit der Rechtspersönlichkeit *Bank* als Gesamtunternehmen einerseits und der rechtlichen Unselbstständigkeit ihrer Zweigstellen andererseits. Rechtsbeziehungen des Kunden bestehen allein zum Unternehmensträger *Bank* bzw. *Sparkasse* als Vertragspartner (alleiniges Rechtssubjekt⁶), nicht jedoch gegenüber den einzelnen Filialen der Bank als unselbstständigen Teilen des Unternehmens⁷. Bankfilialen stehen dem Kunden nicht als eigenständige, rechtsfähige Willensträger gegenüber, sondern handeln für den einheitlichen Willensträger *Bank*⁸. Die innerbetriebliche Umstrukturierung durch Schließung von Filialen lässt damit die zwischen den Vertragspartnern bestehenden Rechte und Pflichten grundsätzlich unberührt, weshalb der Bankkunde gegen die Schließung von Filialen mangels rechtlicher Betroffenheit in der Praxis auch keine Einwände erheben kann.

Eine Ausnahme wird man dort zulassen müssen, wo die Filialschließung ein Ausmaß annimmt, das den Charakter einer Bank weg von einer Filialbank hin zu einer Direktbank verändert. Denn bei Auslegung von Bankverträgen und den daraus folgenden Rechten und Pflichten wird man aus Sicht des Kunden (§ 157 BGB) davon ausgehen müssen, daß zu den Pflichten einer Bank, die nach aussen als Filialbank auftritt, auch die Möglichkeit gehört, die Bank über eine Filiale zu erreichen. Nach Treu und Glauben muss die Bank davon ausgehen, dass ihre Kunden sich gerade im Hinblick auf das Angebot von Filialen an sie gewandt haben. Der Bankschalter gehört nach der Verkehrssitte zum hergebrachten Bild deutscher Banken. Eine einseitige schleichende Umwandlung einer Filialbank in eine Direktbank wird an den vertraglichen Pflichten der Bank ihre Grenze finden. Die Schwelle zur Vertragspflichtverletzung wird man als überschritten ansehen können, wenn etwa eine sonst regional aufgestellte Filialbank nur noch in einer Landeshauptstadt oder gar am Unternehmenssitz als Filiale zu erreichen wäre.

Geschützt ist der Kunde effektiver ohnehin durch die Kräfte des Marktes. Auch wenn die (Teil-) Schließung von Filialen als ein rechtlich gangbarer Weg erscheint, bedeutet sie geschäftspolitisch einen tiefgreifenden Einschnitt in die Positionierung des Kreditinstituts am Markt und wird gerade für Banken problematisch, die sich als Filialbanken verstehen und damit überall gut erreichbar sein wollen⁹.

⁶ Jung, P., Handelsrecht, S. 98.

⁷ Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 13 Rn. 17.

⁸ So schon BGHZ 2, S. 218 (225 f.), BGHZ 10, S. 319 (322).

⁹ Zur damit angesprochenen sog. räumlichen Dimension des absatzpolitischen Instrumentariums von Banken aus Marketingperspektive Süchting, P./Heitmüller, H.-M., Bankmanagement, S. 689 ff.

Als breite Geschäftsstrategie kommt die schlichte (Teil-) Schließung von Zweigstellen daher *de-facto* nicht in Frage. Die Abstraktheit und Erklärungsbedürftigkeit der meisten Bankleistungen - verbunden mit dem Bequemlichkeitsbedürfnis - sind für die meisten Bankkunden immer noch zu gewichtig, als dass sie auf die räumliche Nähe einer Bankfiliale verzichten könnten. Insofern erfüllt eine gut erreichbare Bank einer immer noch entscheidende Qualitätsanforderung des Kunden¹⁰. Insgesamt bleibt die Filialgestaltung für die Banken eine Gratwanderung zwischen Rationalisierung und Kundennähe, welche die Schließung von Zweigstellen als flächendeckende Strategie geschäftspolitisch fragwürdig erscheinen lässt.

¹⁰ Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre, S. 737.

Teil 4 – Die Digitalisierung als Gleichheitsproblem

Kapitel 10

- Diskriminierung behinderter oder alter Kunden -

Bei der im vorangehenden Kapitel angestellten Betrachtung der Kundeninteressen ist stillschweigend die Fähigkeit aller Kunden vorausgesetzt worden, die von den Banken zum Zweck der Automatisierung bereitgestellte Technik auch bedienen zu können. Dieser "Idealfall" entspricht jedoch soweit nicht der Realität, wie die Bedienung von Automaten körperliche und geistige (insbesondere technikbezogene) Fähigkeiten voraussetzt, die zwar für die Mehrzahl selbstverständlich sind, für einzelne jedoch eine unüberwindbare Hürde darstellen. Genügen zur Kommunikation am Bankschalter noch Kenntnisse der deutschen Lautsprache oder der deutschen Schrift, um seine Bankgeschäfte - ggf. mit Hilfe des Angestellten - zu erledigen, stellen Geldautomaten und SB-Terminals nun solche Kunden vor Probleme, die etwa nicht schreiben oder nicht sehen können bzw. deren motorische Behinderungen eine selbstständige Gerätebedienung unmöglich machen. Selbst die - vom Bedienkonzept her relativ simple - Geldautomatentechnik droht, derart behinderte Bankkunden von der selbstständigen Erledigung dieses Bankgeschäfts auszuschließen, schlicht weil die Gerätebedienung sowohl dem ihr zugrundeliegenden Vertragskonzept¹ nach als auch nach Erfahrungen der Lebensrealität nicht an den Anforderungen Behinderter orientiert ist. Solchen Kunden bliebe allein, sich bei automatisierten Bankgeschäften - auf eigene Kosten - der Hilfe eines Dritten zu bedienen.

Damit stellt sich die Frage, ob und wie im Rahmen der Interessenabwägung Anforderungen körperlich Behinderter an die Automatentechnik beachtet werden müssen. Unter Umständen stehen die Banken hier vor der Wahl, den Giroverkehr dieser Kunden weiterhin am Schalter zuzulassen oder die Automaten entsprechend behindertengerecht auszurüsten. Der offenbar erste "behindertengerechte" Geldautomat wird von der Sparkasse Gelsenkirchen betrieben². Wegen seiner geringen Höhe ist der Automat einerseits für Rollstuhlfahrer leicht zugänglich. Andererseits kommen auf Knopfdruck die Handlungsanweisungen für die Nutzung des Automaten akustisch vom Band, notfalls über Kopfhörer, die während der Schalter-Öffnungszeiten auch von der Sparkasse zur Verfügung gestellt werden. Den gewünschten Geldbetrag und die Pin-Nummer muss der Nutzer eingeben. Die Tastatur des Automaten ist mit Blindenschrift ergänzt. Die Mehrkosten³ für einen solchen Automaten sollen nur etwa 2 % des üblichen

¹ Die technischen Anforderungen an die Geldautomaten sind zusammengefasst im Anhang 1 zur "Vereinbarung für das institutsübergreifende Geldausgabeautomaten-System" (VGA): "Anhang 1 - Anforderungen an die Geräteausstattung und die Bedienführung".

² <http://www.behindertenbeauftragte.bayern.de/ft.htm#top>.

³ Erfahrungen mit den gesamtwirtschaftlichen Kosten einer behindertengerechten "Anpassung" des täglichen Wirtschaftslebens stammen aus den USA, wo seit 1990 ein Antidiskriminierungsgesetz mit

Automatenpreises ausmachen⁴.

Ähnlich hohe Hürden stellt die Automatisierung von Bankgeschäften technisch nicht versierten Kunden auf. Wem schon das intuitive Verständnis für den technischen Ablauf einer Geldautomatentransaktion fehlt, wird ohne fremde Hilfe kaum Geld am Automaten abheben können⁵ und wohl völlig kapitulieren müssen vor der meist komplexeren Bedienführung von SB-Terminals, die der von Personal-Computern nicht unähnlich ist. Wie die körperliche Behinderung droht so mit zunehmender Verlagerung von Bankgeschäften auf die elektronische Abwicklung auch das Technikverständnis zum faktischen Ausschlusskriterium im Giroverkehr zu werden. In Anlehnung an den soziologischen Begriff der *Medienkompetenz* soll für dieses Phänomen der Begriff der *Technikkompetenz* verwendet werden; um *Technikinkompetenz* handelt es sich folglich dann, wenn die Bedienung der von den Banken zur Verfügung gestellten Automaten am fehlenden Verständnis für die technischen Schritte scheitert.

Derartige technische Inkompetenz ist vorwiegend - jedoch nicht notwendig⁶ - ein Generationenproblem und betrifft zu großen Teilen ältere Menschen⁷. Als Problem erkannt und (etwa unter dem Stichwort der "*Medienkompetenz*") erforscht⁸ ist dies seit längerem für die Internet-Nutzung von Senioren und hat auf politischer Ebene⁹ wie auf Seite der Betroffenen¹⁰ zu einer Reihe von Maßnahmen geführt. Als Gründe für die sich dort offenbarende Inkompetenz im Umgang mit Medientechnologie werden zum einen in unterschiedlichen Lebensansprüchen, Wertorientierungen und differierendem Lebensgefühl vieler älterer Menschen verortet¹¹. Angst vor "dem Fremden" und der mögliche Beweis der eigenen Unfähigkeit treten erschwerend hinzu und sind bei fehlenden Technikenntnissen eher Grund zur Verweigerung der Technik als Ansporn zur Überwindung von Hemmschwellen. Zum anderen stehen Senioren der Anwendung

internationalem Vorbildcharakter in Kraft ist, das auf die Beseitigung von Barrieren für Behinderte in allen Bereichen des öffentlichen Lebens (Arbeit, Bildung, öffentliche Räume, Veranstaltungen, Verkehr und Kommunikation) zielt, sog. Americans With Disabilities Act (ADA), 1990, vgl. Mayerson, ADA, S. 14 ff. ach sind die Kosten sog. "zumutbarer Anpassungen" relativ gering und belaufen sich in mehr als 80 % der Fälle auf weniger als 500 US\$. Die Investitionen gelten als ökonomisch sinnvoll, weil sie neue Märkte und Kundenkreise erschließen, Degener, Referat, S. 3..

⁴ <http://www.behindertenbeauftragte.bayern.de/ft.htm#top>

⁵ Die Hilflosigkeit insb. älterer Menschen bei der Bedienung von Geldautomaten betont auch Leptihn, Ratgeber Technik, S. 120.

⁶ Nimmt man die Statistiken zum "Digital Divide" als Maßstab, zeigt sich, dass das Alter nur ein Faktor ist, der zur Verweigerung gegenüber neuen Technologien führt, vgl. BMWI-Bericht 2002.

⁷ Zu dieser Gruppe (Ältere Menschen/Senioren/older people) werden überwiegend die "über 50-jährigen" Menschen zusammengefasst, etwa: Erkert/Salomon, Seniorinnen und Senioren in der Wissensgesellschaft, S. 5 ff.; Stadelhofer, Internetnutzung durch Ältere, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2000, S. 186 ff.

⁸ Für die Bundesrepublik siehe etwa die Ergebnisse der Delphi-Studie 1998 sowie die Thesen der von der Bundesregierung eingesetzten Gruppe Forum 2000.

⁹ Eine umfassende Zusammenstellung der von der Politik getroffenen Unterstützungsmaßnahmen zur Eingliederung von Senioren in die "Wissensgesellschaft" findet sich bei: Campbell/Dries/Gilligan, Inclusion.

¹⁰ Einen Überblick über einige von Senioren organisierte Selbsthilfeprojekte geben Stadelhofer, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2000, S. 186 ff. Ein Umfassendes internationales Netzwerk bildet mittlerweile das Internetforum "Learning in Later Life (LiLL)", www.uni-ulm.de/LiLL.

¹¹ Stadelhofer, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2000, S. 186 (187).

neuer Technologien kritisch gegenüber, weil sie in ihrem Arbeits- und Lebensumfeld bisher keine oder wenig Gelegenheit hatten, diese kennen zu lernen¹².

Erfährt ein Großteil der arbeitenden Bevölkerung gerade über den technischen Wandel am Arbeitsplatz ihre "Sozialisation" im Hinblick auf den Umgang mit Technik¹³, entfällt dieser Vorteil gerade bei Menschen im Ruhestand. So fehlen häufig schon Grundkenntnisse (etwa über die Funktion und Bedienung der "Maus" oder den Sinn zentraler technischer Begriffe¹⁴). Die fehlende Verhaltenssicherheit älterer Menschen im Umgang mit dem Computer lässt sich auf die Technik der Geldautomaten und SB-Terminals übertragen¹⁵.

Der Problemaufriss wirft die Frage nach der rechtlichen Relevanz der umschriebenen Umstände im Rahmen des Rechtsverhältnisses zwischen Kunde und Bank auf. Im Folgenden soll deswegen darauf eingegangen werden, wie sich die Tatsache, dass bestimmten Kundengruppen aufgrund von Defiziten (körperlicher Behinderung¹⁶ bzw. fehlender technischer Versiertheit/Inkompetenz im Umgang mit Technik(?)) die Bedienung von Bankautomaten ohne fremde Hilfe faktisch unmöglich ist, auf die Zulässigkeit der Automatisierung des Giroverkehrs auswirkt.

I. Behinderung als Abwägungsbelang

1. Behinderung i. S. v. Art 3 Abs. 3 S. 2 GG

Die rechtliche Relevanz von Behinderungen und technischer Inkompetenz im Rahmen der Abwägung setzt rechtliche Relevanz der Aspekte als solche voraus. Soweit die beschriebenen Defizite im Umgang mit der Technik auf körperlicher Behinderung i. S. v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG beruhen, kann dieser als Anknüpfungspunkt dienen. Danach darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Stehen sich im Rahmen des Giroverkehrs Kunde und Kreditinstitut auf dem Boden des Zivilrechts gegenüber, ist daran zu erinnern, dass auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG Geltung bei der Gestaltung einer solchen Rechtsbeziehung erlangen.

Die damit angesprochene Problematik der sog. horizontalen Drittwirkung der

¹² Forum 2000, Forum Info 2000, Arbeitsgruppe 4 "Bildung und Medienkompetenz im Informationszeitalter".

¹³ Die Auswirkungen Neuer Technologien auf den Arbeitsmarkt prognostiziert ausführlich die Delphi-Studie 1998.

¹⁴ Stadelhofer, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2000, S. 186 (189).

¹⁵ Aufruf der Gewerkschaft Ver.di, zitiert nach Beuthin, Ratgeber Technik.

¹⁶ Soweit die Bedienung von Automaten an einer geistigen Behinderung scheitert, sind Sonderregeln zur Geschäftsunfähigkeit (§ 105 BGB) zu beachten: Selbstständiges Handeln Geschäftsunfähiger wird dem Handeln eines gesetzlichen Vertreters weichen müssen. Das Problem der Bedienung technischer Automaten taucht dann nicht mehr auf./Heinrichs, BGB, vor § 104 Rn. 2 a. Der Schutz geschäftsunfähiger Personen ist vom BGB gewährleistet, das die Interessenabwägung schon vorweggenommen hat. Zum "Sonderprivatrecht" der geistig Behinderten Quambusch, Geistigbehinderte.

Grundrechte¹⁷ zwischen Privatrechtssubjekten wird von der überwiegenden Meinung im Sinne der nur mittelbaren Grundrechtseinwirkung beantwortet. Aus dem Wortlaut, der verfassungsgeberischen Regelungsabsicht sowie der systematischen Stellung des Art. 1 Abs. 3 GG wird allgemein gefolgert, dass Privatrechtssubjekte nicht zu den Normadressaten der “nachfolgenden Grundrechte” zählen, also insoweit grundsätzlich¹⁸ keine unmittelbare Drittwirkung besteht¹⁹. Nach dem Willen des verfassungsgebenden Gesetzgebers fließt das Verbot der Benachteiligung Behinderter jedoch als Teil einer *objektiven Wertordnung* in die Auslegung des Zivilrechts ein²⁰. Die sich im auch im privatrechtlichen Vertrag gegenüberstehenden Rechte der Parteien sind daher “im Lichte der grundgesetzlichen Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu sehen”²¹ und werden durch die dort getroffene Grundentscheidung der Verfassung mitgeprägt. Über den “Umweg” der Interessenabwägung des § 307 BGB müssen damit auch innerhalb der Girobeziehung zwischen Bank und Kunden die Wertungen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG grundsätzlich beachtet werden.

Unabhängig davon, welchen Einfluss Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als grundgesetzliche – also öffentlich-rechtliche - Norm auf den Behindertenschutz im Rahmen privatvertraglicher Rechtsverhältnisse besitzt, stellt sich jedoch die Frage nach der Relevanz der Belange behinderter Kunden im Rahmen der Inhaltskontrolle girogeschäftlicher Klauseln.

2. Der “Durchschnittskunde” als Maßstab

Im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten bildet § 307 BGB das Einfallstor für die grundgesetzlichen Wertungen des Behindertenschutzes. Oben ist gezeigt worden, dass sowohl klauselmäßige als auch einseitige Maßnahmen der Bank am Maßstab der §§ 307 ff. BGB gemessen werden können.

Zu beachten ist hier jedoch, dass der Interessenschutz durch die zivilrechtliche Inhaltskontrolle des § 307 BGB nur nach einem generalisierenden, überindividuellen Maßstab gewährt wird. Daraus ergeben sich Konsequenzen gerade für den vertraglichen Behindertenschutz.

¹⁷ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 187.

¹⁸ Eine unmittelbare Drittwirkung wird von der h. M. jedoch für Art. 1 GG angenommen: Die universell-vorstaatliche Dimension des Art. 1 Abs. 2 GG sowie der Absolutheitsanspruch des Art. 1 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 79 GG bedinge, dass Privatrechtssubjekte zumindest die “unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft” zu respektieren haben, Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 28. Stern, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, § 108 Rn. 7. der unmittelbaren Bindung des Art. 1 GG kann auch Art. 3 Abs. 3 S. 2 partizipieren, wenn und soweit eine Benachteiligung “wegen Behinderung” zugleich menschenunwürdigen Charakter besitzt; bejaht wird dies etwa dann, wenn ein Vertragsschluss ohne Sachgründe gerade deshalb abgelehnt wird, weil der Betreffende behindert ist, Neuner, in: NJW 2000, S. 1822 (1823). Finalität liegt hier - wie gezeigt - jedoch nicht vor, so dass auch eine mögliche unmittelbare Wirkung des Art. 1 GG am o. g. Grundsatz der nicht-unmittelbaren Wirkung der Grundrechte im Zivilrechtsverkehr nichts ändert.

¹⁹ Neuner, in: NJW 2000, S. 1822 (1823).

²⁰ Neuerdings vielbeachtet BVerfG, in: NJW 2000, S. 2658 (2659) - Treppenhauslift. BVerfGE 99, S. 341 (356).

²¹ BVerfG, in: NJW 2000, S. 2658 (2659).

a. *Generalisierender Prüfungsmaßstab*

Bei der Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln weicht - wie dargestellt - eine am Einzelfall orientierte, konkret-typisierende Prüfung einem *objektiv* generalisierenden Maßstab, am Willen und Interesse der *typischerweise* an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise²². Die Interessen einzelner am Vertrag beteiligter *konkreter Parteien* finden daher grundsätzlich keine Berücksichtigung²³.

Gegenstand der Überprüfung an § 307 BGB ist nicht die Lösung eines individuellen Konflikts, sondern die Feststellung der generellen Angemessenheit der AGB²⁴, was die Individualinteressen des einzelnen Vertragspartners gegenüber den *typischen* Interessen der an Geschäften dieser Art beteiligten Kreise²⁵ in den Hintergrund treten lässt. Deswegen sind im Rahmen der Inhaltskontrolle einige Besonderheiten im Hinblick auf den § 307 BGB zugrundeliegenden Kontrollmaßstab zu beachten. Diesem liegt ein *genereller Prüfungsmaßstab* sowie eine überindividuell-typisierende Betrachtung zugrunde²⁶.

Der generelle Prüfungsmaßstab bedeutet zunächst, dass bei der Abwägung betroffener Interessen von den Umständen des Einzelfalles sowie Individualinteressen abzusehen ist²⁷. Für eine an den Gesichtspunkten der Einzelfallgerechtigkeit orientierte Billigkeitsentscheidung nach § 242 BGB bietet die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB keinen Platz²⁸. Dies hat insbesondere zur Folge, dass bei der Interessenbewertung nicht auf die individuellen Fähigkeiten jedes denkbaren Vertragspartners Rücksicht genommen wird, sondern dass zur Ermittlung der berechtigten Interessen auf den *durchschnittlichen Kunden* abzustellen ist²⁹. Ferner bedeutet die generelle Betrachtungsweise, dass in die Interessenabwägung nur tatsächliche Umstände einbezogen werden, wie sie sich beim *typischen Durchschnittsfall* darstellen³⁰.

Mit dem Maßstab der *generalisierenden-überindividuellen Kontrolle* Allgemeiner Geschäftsbedingungen folgt die Rechtsprechung Grundsätzen, wie sie auch im Rahmen der Auslegung von AGB festgelegt wurde. Im Bereich Allgemeiner Geschäftsbedingungen weicht eine am Einzelfall orientierte, konkret-typisierende Auslegung unter Anlehnung an die Privatautonomie einem *objektiv* generalisierenden, am Willen und Interesse der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise³¹. Es geht nicht um Durchsetzung von Privatautonomie, sondern um die von Interessenschutz³². Auch die Auslegung von AGB hat sich – wie die Kontrolle - nicht

²² Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 6 Rn. 37 a.

²³ Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 6 Rn. 32.

²⁴ BGH, in: NJW 1982, S. 765 (765).

²⁵ BGHZ 98, S. 303 (308); BGH, in: NJW 1982, S. 1391 (1392).

²⁶ St. Rspr. etwa BGHZ 98, S. 303 (308), Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 9 Rn. 78; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 9 Rn. 51; Palandt/Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 4;

²⁷ Hefermehl, in: Erman-BGB, § 9 Rn. 7.

²⁸ BGH, in: NJW 1993, S. 2369 (2371).

²⁹ BGHZ 106, S. 42 (49); BGH, in: NJW 1992, S. 1097 (1098).

³⁰ BGHZ 90, S. 273 (279); Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 9 Rn. 51.

³¹ Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 6 Rn. 37 a.

³² Roth, in: MüKo-BGB, § 157 Rn. 48.

an den Interessen der am Vertrag beteiligten *konkreten Parteien* zu richten, sondern es ist auf einen *objektiv-generalisierenden*, am Willen und Interesse der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise ausgerichteter Maßstab anzulegen³³. Im Rahmen der Inhaltskontrolle einer Klausel, die Bankkunden zur Ausführung ihrer Zahlungsgeschäfte auf Bankautomaten verweist, ergibt sich für Behinderte wegen des *generalisierenden Prüfungsmaßstabs* die Schwierigkeit, dass die Interessenabwägung nicht individuell vorzunehmen ist, sondern sich - dem Rationalisierungscharakter der AGB folgend - am *“durchschnittlichen”* Kunden orientiert. Schon der Blick auf die Millionen Transaktionen, die tagtäglich an Bankautomaten vorgenommen werden, offenbart, dass deren Bedienung der ganz überwiegenden Mehrheit der Kunden keine unüberwindbaren Hürden bereitet.

Die Behinderung einzelner Kunden fällt damit gleichsam systembedingt durch das Raster der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB und stellt nach den oben aufgestellten Prinzipien der generalisierenden, überindividuellen Prüfung damit keinen im Rahmen der Inhaltskontrolle beachtlichen Umstand dar. Die AGB-Inhaltskontrolle erweist sich angesichts ihrer generalisierenden Auslegungsmaßstäbe daher insgesamt als untaugliches Instrument des vertraglichen Minderheitenschutzes.

Auch wenn Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG Ausstrahlungswirkung auf das Privatrecht besitzt, ist er hier außer Acht zu lassen. Da die Bank bei der Automatisierung damit nicht die Interessen körperlich behinderter Menschen berücksichtigen muss, obliegt es diesen selbst, dafür zu sorgen, dass sie die Automaten bedienen können, was letztlich wohl nur durch Hilfspersonen möglich sein wird.

Die Berücksichtigung der Belange behinderter Kunden gegenüber dem Rationalisierungsinteresse von AGB-Verwendern ist bis zur Neuordnung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz³⁴ im Rahmen von § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB anhand der Problematik der Einbeziehung von AGB gegenüber Blinden diskutiert worden. Hierbei stand in Frage, wie weit AGB-Verwender bei der Gestaltung etwa ihrer Vordrucke auf die Belange sehbehinderter Menschen Rücksicht zu nehmen haben. Tätigte ein Blinder ein Bankgeschäft nach alter Rechtslage, konnte der Schalterangestellte nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB zwar noch ausdrücklich mündlich auf die Einbeziehung der Banken-AGB hinweisen; Schwierigkeiten bereitete jedoch die zusätzliche Forderung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F., wonach der Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen muss, in *zumutbarer Weise* von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Im Rahmen der alten Vorschrift (des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG) genügte dazu die Aushändigung eines Schriftstückes. Als zumutbare Kenntnisnahmemöglichkeit galt wegen der Orientierung am *“Durchschnittskunden”*³⁵ das branchenübliche normale,

³³ Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 6 Rn. 32.

³⁴ Palandt/Heinrichs, BGB, § 305 Rn. 40.

³⁵ Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 2 Rn. 27, 30.

müheles lesbare “Kleingedruckte”³⁶, so dass es etwa einem Blinden oblag, eine Sehhilfe zu benutzen.

War auch diese nicht ausreichend, bestand grundsätzlich keine Verpflichtung des Verwenders, die AGB etwa vorzulesen, da der Behinderte jedenfalls die Aushändigung verlangen³⁷ und sich den Inhalt des Klauselwerks durch Dritte mitteilen lassen konnte.

Diese zumindest von Rechts wegen missliche Lage ist nunmehr durch die Neuregelung des AGB-Rechts bereinigt worden. § 305 Abs. 1 Nr. 2 BGB sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass der Zumutbarkeitsmaßstab zwar weiterhin am “Durchschnittskunden” auszurichten ist³⁸, eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei jedoch angemessen zu berücksichtigen ist³⁹.

Nach der Gesetzesbegründung soll sehbehinderten Kunden der Inhalt der AGB nunmehr durch Übergabe in elektronischer oder akustischer Form oder in Braille-Schrift erfolgen⁴⁰. Sie bedeutet aber nicht, dass der Verwender seine AGB je nach Kunden und Sehkraft in unterschiedlichen Schriftgrößen bereithalten muss⁴¹.

b. Berücksichtigung von Individualinteressen nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB?

Die Pflicht zur Berücksichtigung individueller Interessen – und damit auch der Behinderung einzelner Kunden - könnte sich allenfalls aus der Vorschrift des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB ergeben. Danach sind bei der Beurteilung, ob eine Klausel eine *unangemessene Benachteiligung* darstellt, auch die den Vertragsschluss mit einem Verbraucher begleitenden Umstände zu berücksichtigen. Daraus wird eine gewisse Ergänzung des weiterhin⁴² grundsätzlich generell – überindividuellen Prüfungsmaßstabs um *konkret individuelle Umstände* hergeleitet⁴³.

Die Benachteiligungen behinderter Bankkunden bei der Bedienung von Bankautomaten ergibt sich jedoch nicht aufgrund von Umständen, die den Vertragsschluss begleiten. Als solche gelten etwa die Ausnutzung einer Überrumpelungssituation beim Vertragsschluss, eine strukturelle Unterlegenheit des Vertragspartners, fehlende Geschäftserfahrung⁴⁴. An der Ausrichtung der Prüfung am „Durchschnittskunden“ ändert damit auch § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB nichts. Fraglich ist zudem, ob § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB außerhalb der AGB-

³⁶ BGH, in: NJW 1983, S. 2773 (2773).

³⁷ Schlosser, in: Staudinger-BGB, § 2 AGBG, Rn. 31 m. w. N..

³⁸ Palandt/Heinrichs, BGB § 305 Rn. 39.

³⁹ Der Inhalt der AGB muss nunmehr gegenüber einem erkennbar Sehbehinderten, der die ausliegenden oder aushängenden AGB nicht lesen kann, etwa durch Übergabe in elektronischer oder akustischer Form oder Braille-Schrift erfolgen, BT-Drcks. 14/6040, S. 150, Nicht notwendig soll hingegen sein, dass der Verwender seine AGB je nach Kunden und Sehkraft in unterschiedlicher Schriftgröße bereithalten muss, BT-Drcks. 14/6040, S. 150.

⁴⁰ BT-Drcks. 14/6040, S. 150.

⁴¹ BT-Drcks. 14/6040, S. 150.

⁴² Davon geht der Gesetzgeber selbst in der Begründung zur Vorgängervorschrift des § 24 a aus, vgl. BT-Drcks. 13/2713 S. 7 f.

⁴³ Palandt/Heinrichs, BGB, § 310 Rn. 19; Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 24 a Rn. 42.

⁴⁴ Die in Nr. 3 zu berücksichtigenden Umstände ergeben sich aus Erwägungsgründe Nr. 16 zur EG-RiLi 93/13, die den § 310 Nr. 3 BGB zugrunde liegt.

Inhaltskontrolle im Individualprozess überhaupt Anwendung finden kann⁴⁵.

Es bleibt daher insgesamt festzuhalten, dass die Belange behinderter Kunden keine im Rahmen des § 307 BGB relevante Größe darstellen. Individuelle Schwierigkeiten im Umgang mit der durch die Bank zur Verfügung gestellten Technik stellen damit von vornherein keinen Umstand dar, der als unbillige Benachteiligung gesehen werden müsste, auch wenn er einen Teil der Verbraucher faktisch von der eigenständigen Erledigung ihrer Bankgeschäfte ausschliesse.

II. Grundrechtsbindung der Sparkassen

Steht die Einwirkung des verfassungsrechtlichen Behindertenschutzes aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf das Verhältnis von Kreditinstitut und Kunde in Frage, sind besondere Pflichten der Sparkassen zu beachten, die aus ihrem Status als öffentlich-rechtliche Anstalten herrühren und eine gegenüber Privat- und Genossenschaftsbanken verstärkte Pflichtenbindung bewirken.

Organe des Staates sind nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte als geltendes Recht gebunden; nach Art. 28 Abs. 1 GG bindet dieser Grundsatz auch die Länder, zu denen die Gemeinden und Gemeindeverbände gehören⁴⁶. Sparkassen sind aufgrund ihres besonderen Status als öffentlich-rechtliche Anstalten⁴⁷ und des ihnen gesetzlich durch die Länder-Sparkassengesetze⁴⁸ zugeordneten öffentlichen Auftrags Teil der öffentlichen Verwaltung der Gemeinden⁴⁹ (sog. mittelbare Staatsverwaltung⁵⁰) und damit ein Teil der "vollziehenden Gewalt" i. S. v. Art. 1 Abs. 3 GG. Sie sind kommunale, im öffentlichen Recht verwurzelte Unternehmen der Leistungsverwaltung⁵¹, auch dann, wenn sich ihre Tätigkeit ganz überwiegend in den Formen des Privatrechts vollzieht und sie in fast allen Geschäftszweigen im Wettbewerb wie jede Privatbank stehen, der sie ihre Betätigung weitestgehend angeglichen hat⁵².

Ein im Vordringen befindlicher Teil der Staatsrechtslehre folgert aus dem klaren

⁴⁵ Nach Palandt/Heinrichs, BGB, gilt Nr. 3 nur im Individual-, nicht jedoch im Verbandsprozess, § 310 Rn. 20.

⁴⁶ NRWVerfGH, in: NVwZ 1987, S. 211 (211).

⁴⁷ Vgl. etwa § 1 SpkG BW; Art. 3 BaySpkG; § 2 LBankG Berlin; § 1 SpkG Bremen; § 1 SpkG Hessen; § 3 SpkG Nds.; § 2 NW SpkG; § 1 SaarlSpkG. Ferner Fabry/Augsten, Öffentliche Hand, S. 6.

⁴⁸ Etwa § 3 SparkassenG NRW. Synoptische Darstellung aller Länder-Sparkassengesetze bei Weides, Sparkassenrecht.

⁴⁹ BVerwGE 41, S. 195 (196); BVerwGE 69, S. 11 (21); OVG Münster, in: DVBl. 1980, S. 70 (71); St. Rspr. des NRWVerfGH, in: DÖV 1980, S. 691 (692); NRWVerfGH, in: NVwZ 1987, S. 211 (212).

⁵⁰ Stern, Staatsrecht III/1, § 74, S. 1334.

⁵¹ NRWVerfGH, in: NVwZ 1987, S. 211 (212).

⁵² Auch das BVerfG hält trotz dieser Umstände weiterhin an einer formalen Beurteilung der Sparkassentätigkeit und verneint wegen deren öffentlich-rechtlichen Charakters etwa wiederholt deren Grundrechtsfähigkeit, BVerfG, in: NJW 1995, S. 582 (583). Ein weiterer Schritt zur Angleichung der Tätigkeit von Privatbanken und Sparkassen ist von gemeinschaftsrechtlicher Seite mit einer Verständigung vom 17.07.2001 erreicht worden, die den jahrzehntelangen Streit um die Beibehaltung der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Sparkassen und Landesbanken beendet: Nach einer Übergangszeit bis zu, 18. Juli 2005 ist demnach die Gewährträgerhaftung abzuschaffen und die Anstaltslast in einer Weise zu modifizieren, die einer faktischen Abschaffung gleichkommt, dazu ausführlich Wiesel, in: ZBB 2001, S. 288.

Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechtsbindung auch solcher Betätigungen der öffentlichen Hand, mit denen sich diese als Teilnehmer am Wirtschaftsleben darstellt. Eine solche fiskalische Erwerbstätigkeit der Länder und Kommunen liegt vor, wenn diese eigene Banken (Landesbanken bzw. Sparkassen) unterhalten⁵³. Letztere handeln zwar nach außen in den Formen des Privatrechts, jedoch müsse der Staat als Zurechnungssubjekt aller Ausübung von Staatsgewalt auch bei privatrechtlicher Betätigung stets die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bindungen der Staatsgewalt beachten, wozu insbesondere die Grundrechtsbestimmungen gehörten⁵⁴.

Die Erwähnung des *vollziehenden Gewalt* in Art. 1 Abs. 3 GG deute darauf hin, dass der Gesetzgeber in der Sprache der Gewaltenteilungslehre die Exekutive in allen ihren Erscheinungsformen – und somit auch die gesamte Verwaltung – in die Pflicht nehmen wolle⁵⁵. Eine Ausnahme wird wegen der spezifischen Grundrechtslage allein für die Arbeit der Rundfunkanstalten zugelassen⁵⁶. Nach dieser Ansicht wären Sparkassen – anders als etwa Privatbanken – unmittelbar aus Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsverpflichtet und hätten die Vorgaben von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG schon daher zu beachten. Alle Maßnahmen von Sparkassen gegenüber Kunden, die sich als Benachteiligten Behinderter darstellen, wären dann unmittelbar an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu messen.

Die hergebrachte Lehre – sowie insbesondere die bisherige Rechtsprechung des BGH – lehnen eine Grundrechtsbindung öffentlicher Gewalt ab, wenn diese fiskalisch als sog. *erwerbswirtschaftliche Betätigung* des Staates auftritt⁵⁷. Es bliebe für die Tätigkeit der Sparkassen dann bei den allgemeinen – oben für die Privatbanken dargestellten – Prinzipien, nach denen Grundrechte allenfalls mittelbar über den Umweg der Generalklauseln Anwendung auf die Rechtsbeziehung zwischen Bank und Kunden finden. Wie gezeigt wären dann wegen des generellen Prüfungsmaßstabs des § 307 BGB die Belange behinderter Kunden nicht in die Abwägung einzustellen.

Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass sich die Problematik der Fiskalgeltung der Grundrechte zwar auf die Tätigkeit der Sparkassen, jedoch nicht mehr auf die Postbank AG übertragen lässt – trotz ihrer hergebrachten Verwurzelung im Bereich des *Postwesens* i. S. d. Verfassungsnormen der Art. 73 Nr. 7, Art. 87 f GG. Nach Neuordnung des *Postwesens*⁵⁸ werden die Dienstleistungen der Postbank AG nicht mehr dem Postwesen und – damit der öffentlichen Hand – zugerechnet, sondern dem Bereich der Bankgeschäfte⁵⁹. Eine verfassungsrechtliche oder gesetzliche Regelung, die der Postbank

⁵³ Ehlers, in: Erichsen, AllgVerwR, § 2 Rn. 73.

⁵⁴ Insb. Ehlers, in: Erichsen, AllgVerwR § 2 Rn. 73; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 143 ff.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 18; Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 348; Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 73.

⁵⁵ Ehlers, in: Erichsen, AllgVerwR § 2 Rn. 73. Ähnlich Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 204 ff.

⁵⁶ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 202.

⁵⁷ BGHZ, 29, S. 76 (80); BGHZ 33, S. 230 (233); BGHZ 52, S. 325 (327); Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 135. Vgl. ferner die Nachweis bei Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 196 (Fn. 235).

⁵⁸ Einen Überblick über die Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost betreffende Reformgesetzgebung mit Wirkung zum 01.01.1998 (sog. Postreform III) gibt Möstl, Grundrechtsbindung, S. 167 ff.

⁵⁹ So inzident das neue PostG, indem es folgerichtig für die Tätigkeit der Postbank AG keine Regelungen

AG eine besondere Rolle bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zuwies und u. U. eine für die öffentliche Hand bestehende unmittelbare Grundrechtsbindung nach sich zöge, ist nicht mehr ersichtlich⁶⁰. Auch wenn die Deutsche Postbank AG noch mehrheitlich in Bundeshand ist, besteht – anders als bei der Tätigkeit von Sparkassen – kein Anlass, eine unmittelbare Grundrechtsbindung zu prüfen⁶¹.

Auf die Entscheidung des Meinungsstreits könnte verzichtet werden, wenn beide Ansichten im Ergebnis keinen Unterschied für die hier interessierende Rechtslage bedeuten würden. Dies wäre dann der Fall, wenn sich aus einer unmittelbaren Grundrechtsbindung der Sparkassen an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ein Verbot einer Klausel herleiten ließe, die mit faktischen Nachteilen für behinderte Bankkunden verbunden wäre. Würden die Ansichten im Ergebnis also auseinanderfallen, müsste der Streit über die Fiskalgeltung der Grundrechte entschieden werden. Damit stellt sich die Frage, ob Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eine Sparkassenklausel verbietet, die Kunden ohne Rücksicht auf ihre körperlichen Behinderungen behandelt.

1. Materielle Vorgaben der Verfassung

a. Ungleichbehandlung

Behinderte stehen neben den allgemeinen Gleichheitsrechten des Weiteren unter dem besonderen Schutz des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, der auf jeden Fall als Unterlassungsgebot⁶² ein Benachteiligungsverbot zu Lasten Behinderter enthält. Zu unterlassen sind demnach alle Regeln oder Maßnahmen, die behinderte Menschen benachteiligen, soweit dies nicht durch zwingende Gründe gerechtfertigt ist⁶³. Als Benachteiligung gilt dabei jede Situation, die nach subjektiver Einschätzung der Betroffenen⁶⁴ bei einem Vergleich mit der Lage Nicht-Behinderter “qualitativ geringwertiger”⁶⁵ ist. Als solche - nicht unerhebliche - Benachteiligung ist hier zu werten, dass behinderte Menschen im Gegensatz zu anderen Bankkunden Automaten entweder gar nicht oder nur mit Hilfe Dritter bedienen könnten, wenn und weil ihre Behinderung gerade die zur Bedienung notwendigen körperlichen Fähigkeiten erfasst. Eine Benachteiligung läge damit vor, wenn diese Menschen nicht weiterhin die Hilfe der Bankangestellten am Schalter in Anspruch nehmen könnten.

trifft, vgl. BT-Drcks. 13/7774, S. 19.

⁶⁰ Lerche, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 87 f Rn. 43 ff.

⁶¹ Möstl, Grundrechtsbindung, S. 177.

⁶² Die Funktion des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als Abwehrrecht i. S. des status negativus ist unbestritten. Statt aller Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 305. Umstritten dagegen sind aus der Norm folgende weitergehende Handlungs- und im Umfang Schutzpflichten des Staates. Zum Streitstand ausführlich mit aktuellen Beispielen Davy, Diskriminierung, S. 36.

⁶³ Davy, Diskriminierung, S. 36.

⁶⁴ Sachs, in: RdJB 1996, S. 154 (168).

⁶⁵ Jürgens, in: ZfSH/SGB 1995, S. 353 (357).

Die Benachteiligung müsste gerade “wegen” der Behinderung erfolgen, setzt also die Kausalität der Behinderung für die Diskriminierung voraus⁶⁶. Jedenfalls bejaht wird die Kausalität dann, wenn die Maßnahme die Behinderung explizit und unmittelbar - womöglich zielgerichtet i. S. einer Finalität⁶⁷ - zum Anknüpfungspunkt der Benachteiligung macht. Die Obliegenheit, Automaten zu benutzen, beträfe jedoch nicht allein die Behinderten, sondern soll als allgemeine Geschäftspolitik im Massengeschäft gegenüber allen Kunden wirksam werden. Damit stellte eine entsprechende Klausel keine zielgerichtete Benachteiligung behinderter Kunden dar.

Aber auch wenn die Maßnahme damit gleichsam neutral sowohl Behinderte als auch Nicht-Behinderte Kunden betrifft und hinsichtlich der Benachteiligung so auch nicht explizit an die Behinderteneigenschaft anknüpft, lässt sich die von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG geforderte Verknüpfung mit der Figur der “mittelbaren Diskriminierung” erfassen⁶⁸. In einer Regelung des Hamburger Ruhegeldgesetzes hielt der Erste Senat des BVerfG zur Figur der *mittelbaren Benachteiligung* fest: “Eine Anknüpfung (*an ein unzulässiges Merkmal. d. Verf.*) kann auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung *überwiegend* Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist”⁶⁹. Diese Aussagen zur Geschlechtsdiskriminierung können entsprechend auf die Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen angewandt werden. Liegt hier die Benachteiligung darin, dass Bankkunden mit körperlichen Defiziten Automaten nicht mehr eigenständig nutzen können, sind dadurch *überwiegend*, wenn nicht *ausschließlich Behinderte i. S. v. Art. 3 Abs. 3 S. 2* betroffen. Dass die Automatisierung nicht explizit darauf angelegt ist, behinderte Menschen auszuschließen, verhindert also nicht die Einordnung als *mittelbare Diskriminierung*: entscheidend ist vielmehr, dass sich die Maßnahme auf behinderte und nicht-behinderte Kunden unterschiedlich auswirkt⁷⁰.

Einen verwandten Anknüpfungspunkt bietet die neuerdings diskutierte Rechtsfigur der *strukturellen Benachteiligung*⁷¹, die im engen Zusammenhang mit der *mittelbaren Diskriminierung* diskutiert wird und zum Teil als schwer von letzterer abgrenzbar gilt⁷².

⁶⁶ Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 106.

⁶⁷ Insb. die frühe Rspr. des BVerfG knüpfte zur Bestimmung der Verknüpfung zwischen den in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Merkmalen noch an die Finalität der Maßnahme (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist erst mit dem G vom 27.10.1994 - BGBl. I, S. 3146 Bestandteil der Verfassung geworden); Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 107.

⁶⁸ Nach anfänglichen Bedenken (offenlassend etwa BVerfGE 37, S. 121 (126) steht auch das BVerfG der Rechtsfigur der *mittelbaren Diskriminierung* heute nicht mehr skeptisch gegenüber, siehe insb. BVerfGE 97, S. 35 (43) - Hamburger Ruhegeldgesetz. Auch von der herrschenden Literatur wird die Rechtsfigur mittlerweile anerkannt: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 53; Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 260; Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 96.

Auch Davy, *Diskriminierung*, S. 27, die jedoch durch konsequente Anwendung der *c.s.q.n.-Formel* zur Bestimmung der Kausalität viele von Literatur und Rechtsprechung als Fälle *mittelbarer Diskriminierungen* besprochenen Beispiele als *unmittelbare Diskriminierung* einordnet. Ähnlich wohl auch Heun, in: Dreier, Art. 3 Rn. 96, der betont, mittelbare Diskriminierungen seien “an sich unmittelbare Diskriminierungen, deren Nachweis...erschwert ist”. Ablehnend gegenüber der Figur der mittelbaren Diskriminierung noch Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 3 Rn. 151 ff.

⁶⁹ BVerfGE 97, S. 35 (43).

⁷⁰ Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 96.

⁷¹ Schweizer, Gleichberechtigungssatz, S. 71.

⁷² Strassmair, Gleichheitssatz, S. 182.

Im Rahmen der Rechtsfigur soll die *Schaffung und Erhaltung von Strukturen* in den Regelungsbereich der Gleichheitssätze⁷³ einbezogen werden, die typischerweise für einen bestimmbar Personenkreis nachteilige Auswirkungen haben. Schon die Orientierung einer bestimmten Lebensumwelt ausschließlich am nichtbehinderten Menschen soll für Behinderte wegen der strukturellen Nachteile eine verfassungsrechtlich relevante Benachteiligung bedeuten⁷⁴. Eine solche Benachteiligung *i. S. e. strukturellen Benachteiligung* läge danach schon darin, dass entsprechende Bankautomaten vom Bedienkonzept nicht den Belangen Behinderter gerecht werden.

Ob diese Rechtsfigur neben der *mittelbaren Diskriminierung* einen eigenständigen Anwendungsbereich besitzt, kann hier offen bleiben, denn die Automatisierung fällt für behinderte Menschen zumindest als *mittelbare Diskriminierung* in den Schutzbereich Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, der damit einen grundsätzlich tauglichen Anknüpfungspunkt für die Interessenabwägung darstellt.

Die Tatsache, dass Behinderte i. S. v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Falle der Automatisierung der Geschäftsbeziehung entweder gar nicht oder nur mit Hilfe Dritter ihre Bankgeschäfte erledigen könnten, stellt eine tatbestandlich einschlägige mittelbare Diskriminierung wegen Behinderung dar und unterliegt damit einer besonderen Rechtfertigungspflicht.

b. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist entgegen seinem Wortlaut kein absolutes Diskriminierungsverbot. Ungleichbehandlungen im Rahmen der Norm werden dann für gerechtfertigt gehalten, wenn sie wegen zwingender Gründe erforderlich sind^{75 76}. Zum Teil wird in der Literatur für mittelbare Diskriminierungen ein weniger strenger Maßstab (nämlich der des Art. 3 Abs. 1 GG) gefordert⁷⁷. Die Herleitung dieses nur verminderten Prüfungsmaßstabs ist indes nicht überzeugend⁷⁸ und wird daher zu Recht abgelehnt. Auch

⁷³ Der Begriff stammt ursprünglich aus dem Diskurs um die Frauendiskriminierung i. R. d. Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG und geht nach Schweizer, Gleichberechtigungssatz, S. 71 auf E. Benda zurück.

⁷⁴ Strassmair, Gleichheitssatz, S. 183.

⁷⁵ Etwa Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 255, Davy, Diskriminierung, S. 29 ff.

⁷⁶ Dies wird allgemein aus der Entstehungsgeschichte der Norm hergeleitet: Nach dem Entwurf der SPD, welcher der Beschlussfassung im BT zugrunde lag, sollen Differenzierungen im Rahmen des Abs. 3 S. 2 in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zum Verbot von Diskriminierungen im Geschlechterverhältnis "zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur bei Behinderten auftreten können, zwingend erforderlich sind." - BT-Drcks. 12/6323, S. 12. BVerfG erklärte in BVerfGE 85, 191 (207). "Allerdings verstößt nicht jede Ungleichbehandlung, die an das Geschlecht anknüpft, gegen Art. 3 Abs. 3 GG. Differenzierende Regelungen können vielmehr zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind."

⁷⁷ Näher Sachs, in: Isensee/Kirchhof, HdbStrR V, 88 ff.

⁷⁸ Der differenzierte Prüfungsmaßstab für mittelbare und unmittelbare Diskriminierungen erklärt sich überwiegend vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH: Die Annahme, mittelbare Diskriminierungen seien einem weniger strengen Prüfungsmaßstab unterworfen, gründet indes auf kompetenzrechtlichen Überlegungen, die im deutschen Verfassungsrecht ohne Belang sind und daher auch nicht als Anknüpfung für eine überzeugende Begründung taugen. Die vom EuGH betriebene Differenzierung rechtfertigte allein die Inanspruchnahme von Kontrollbefugnissen in Bezug auf Rechtsgebiete, die in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind. Ausführlich dazu Davy, Diskriminierungen, S. 31 f.

das BVerfG scheint mittelbare Diskriminierungen am strengen Maßstab der zwingenden Gründe zu messen⁷⁹. Als zwingende Gründe zählen neben den verfassungsrechtlich legitimierten⁸⁰ auch andere. Im Bereich der Geschlechterdiskriminierung etwa lässt das BVerfG Ungleichbehandlungen auch dann zu, wenn sie auf “biologischen Unterschieden”⁸¹ zwischen Mann und Frau beruhen, auch wenn biologische Unterschiede nicht zu den Verfassungswerten zählen. Im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG wird am Maßstab zwingender Gründe eine Ungleichbehandlung dann für gerechtfertigt gehalten, wenn es mit Blick auf den konkreten Regelungsgegenstand zwingend erforderlich ist, behinderten Menschen die Ausübung bestimmter Rechtspositionen vorzuenthalten oder bestimmte Pflichten aufzuerlegen⁸². Bezogen auf das Bankverhältnis müsste es demnach zwingend erforderlich sein, behinderte Menschen von der selbstständigen Erledigung ihrer Zahlungsgeschäfte auszuschließen. Dass ein solches Argument sachlich begründet geführt werden könnte ist nicht ersichtlich. Auch schlichte Rationalisierungsinteressen zwingen nicht zu einer anderen Betrachtung, denn wie das o. g. Praxisbeispiel belegt, besteht die Möglichkeit, Bankautomaten entsprechend den Bedürfnissen behinderter Kunden auszustatten - eine Automatisierung eines Geschäftsvorgangs zieht also keineswegs zwingend den Ausschluss Behinderter nach sich.

Zwingende Gründe für eine Differenzierung lassen sich damit nicht aufführen, so dass der faktische Ausschluss behinderter Menschen als nicht gerechtfertigte Diskriminierung wegen Behinderung gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verstößt.

2. Ergebnis

Unmittelbar am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gemessen wäre eine Klausel, die alle Kunden ohne Beachtung ihrer körperlichen Behinderungen auf Bankautomaten verweist, als ungerechtfertigte Diskriminierung behinderter Menschen unwirksam. Damit kommt es entscheidend darauf an, ob man die privatrechtliche Tätigkeit der Sparkassen unmittelbar am Maßstab der Grundrechte messen kann oder nicht. Dies machte an sich einen Streitentscheid notwendig.

Dennoch soll der Streit hier dahinstehen. Dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gleiche Bindungen der Sparkasse im Handeln gegenüber ihren Kunden lassen sich aus einfachgesetzlichen Vorschriften herleiten, ohne dass es damit also auf die Frage der unmittelbaren Grundrechtsbindung ankäme. Sparkassen obliegen damit ohnehin strengeren Pflichten als nicht-öffentlich-rechtliche Banken. Die besonderen

⁷⁹ Überzeugend Davy, Diskriminierung, S. 30.

⁸⁰ Etwa Art. 12 a GG.

⁸¹ BVerfGE 92, S. 91 (109). Ursprünglich ließ das BVerfG jahrzehntelang neben *biologischen* auch *funktionelle Unterschiede*, die also auf der Arbeitsteilung zwischen Männern und Frauen basierten, als Rechtfertigungsgrund zu, BVerfGE 3, S. 225 (242), BVerfGE 21, S. 329 (343 f.), BVerfGE 43, S. 213 (225), zuletzt 74, S. 163 (179). Diese Rspr. ist offenbar überholt.

⁸² Davy, Diskriminierung, S. 30. Ähnlich formuliert das BVerfG: “Die nachteiligen Auswirkungen müssen unerlässlich sein, um behindertenbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen.”, BVerfGE 99, S. 341 (357).

einfachgesetzlichen Bindungen der Sparkassen sollen im Folgenden dargestellt werden.

Kapitel 11

- Einfachgesetzliche besondere Sparkassenpflichten -

I. Anspruch auf ungehinderten Zugang aus den Sparkassengesetzen

Die Unzulässigkeit entsprechender Klauseln könnte unmittelbar aus dem Sparkassenrecht dort hergeleitet werden, wo Sparkassen nach dem gesetzlichen Unternehmenszweck „jedermann“ offen stehen¹. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 SparkassenG Saarland geben die „(...) *jedermann* Gelegenheit zur sicheren und verzinslichen Anlage von Ersparnissen und anderen Geldern ...“. Der damit formulierte *Unternehmenszweck* schließt behinderte Menschen ein - nicht aus - und deckt damit insbesondere keine Maßnahmen, die deren Ausgrenzung oder einen faktischen Ausschluss von einer Anlage von Ersparnissen und anderen Geldern bewirken². Die Sparkassen stünden im Giroverkehr dann nicht mehr *jedermann*, sondern faktisch allein nicht-behinderten Kunden zur Verfügung. Als ein solcher Ausschluss wäre daher jede Maßnahme zu werten, die einen Teil der Kunden von der eigenständigen Erledigung von Barauszahlungen und Zahlungsaufträgen abschneiden würde. Wo Sparkassen gesetzlich zum Abschluss von Girokonten verpflichtet sind³, sind sie entsprechend ihrem Unternehmenszweck auch verpflichtet, *jedermann* die Anlage von Ersparnissen und anderen Geldern zu ermöglichen.

Eine Klausel, die faktisch den Ausschluss einer Kundengruppe von der eigenständigen Erledigung einfacher Zahlungsverkehrsgeschäfte bewirkt, scheidet schon dort, wo sich ein Diskriminierungsschutz aus Vorschrift des Sparkassengesetzes herleiten lässt.

II. Anspruch auf barrierefreie Gestaltung der Automatentechnik aus den Behindertengleichstellungsgesetzen

Für Träger öffentlicher Gewalt i. S. v. Art. 1 Abs. 3 GG gelten seit Inkrafttreten des sog. Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG, Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen und zu Änderung anderer Gesetze vom 27.04.2002⁴) Besonderheiten im

¹ Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 SparkassenG Saarland: “Die Sparkassen geben *jedermann* Gelegenheit zur sicheren und verzinslichen Anlage von Ersparnissen und anderen Geldern...”. Die meisten Sparkassengesetze umschreiben ihren öffentlichen Auftrag jedoch abweichend, vgl. etwa § 3 S. 1 SparkassenG NRW: “Die Sparkassen dienen der kreditwirtschaftlichen Versorgung *der Bevölkerung, insbesondere des Geschäftsgebietes...*”. Wortgleich insoweit etwa § 4 SpkG Nds.; § 2 SpkG Rh-Pf.; § 2 SpkG Schl-Hol.; Art. 2 SpkG Bayern. Es ist eher zweifelhaft, ob entsprechende Formulierungen noch einen Ansatz für die Herleitung eines Unterlassungsanspruchs behinderter Kunden erlauben. Vollends fragwürdig ist die Herleitung etwa aus § 2 SpkG Hessen: Die Sparkassen “erledigen im Interesse *ihrer Kunden* Dienstleistungen nach Maßgabe der Satzung.”.

² Ähnlich für Regelungen in Allgemeinen Beförderungsbedingungen des ÖPNV, Davy, Diskriminierung, S. 33. m. w. N.

³ Ein Kontrahierungszwang findet sich in etwa in § 4 Abs.2 S.2 SpkG NW (1995 GVBl. S. 92). Umfassender Überblick bei Busche, Privatautonomie, S. 634 Fn. 15.

⁴ BGBl. I, 2002, S. 1467 ff., in Kraft seit 01.05.2002. Zur Entstehungsgeschichte des BGG. www.behindertenbeauftragter.de/gesetzgebung/Behindertengleichstellungsgesetz/sachstand

Hinblick auf die Ausgestaltung von Kommunikation mit behinderten Menschen. Dieses Sonderrecht gilt es damit auch für die Beziehung zwischen Sparkassen und ihren behinderten Kunden zu beachten. Ziel des o. g. Gesetzes ist es, die Benachteiligung von behinderten Menschen zu beseitigen und zu verhindern sowie die gleichberechtigte Teilhabe von behinderten Menschen am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen (§ 1 BGG).

1. Materielle Vorgaben des BGG

§ 4 BGG enthält mit dem Begriff der *Barrierefreiheit*⁵ den wesentlichen Leitgedanken der gesetzgeberischen Maßnahme⁶. Als *barrierefrei* gelten “bauliche und sonstige Anlagen, Verkehrsmittel, technische Gebrauchsgegenstände, Systeme der Informationsverarbeitung, akustische und visuelle Informationsquellen und Kommunikationseinrichtungen sowie andere gestaltete Lebensbereiche, wenn sie für behinderte Menschen in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe zugänglich und nutzbar sind.” Die zentralen Inhalte des Gesetzes stellen das in § 7 BGG verankerte Benachteiligungsverbot für Träger öffentlicher Gewalt dar sowie besondere Rechte, die in § 8 Abs. 1⁷, § 9 Abs. 1⁸, § 10 Abs. 2⁹, § 11 Abs. 1 BGG verankert sind.

Diese Normen sind als subjektive Ansprüche ausgestaltet¹⁰ und prozessual durch ein in § 13 Abs. 1 BGG verankertes Verbandsklagerecht verstärkt. Nach § 7 Abs. 1 BGG haben die verpflichteten Stellen im Rahmen ihres jeweiligen Aufgabenbereiches die in § 1 BGG formulierten Ziele “aktiv zu fördern und bei der Planung von Maßnahmen zu beachten”. Nach dem hier einschlägigen § 11 Abs. 1 BGG gestalten Träger öffentlicher Gewalt “ihre Internetauftritte und -angebote sowie die von ihnen zur Verfügung gestellten grafischen Programmoberflächen, die mit Mitteln der Informationstechnik dargestellt werden, nach Maßgabe „einer zu erlassenden Verordnung“¹¹“schrittweise technisch so, dass sie von behinderten Menschen grundsätzlich uneingeschränkt genutzt werden können.

⁵ Beachte zu diesem Begriff neuerdings auch § 554a BGB, der dem Mieter einen Duldungsanspruch des Vermieters gegenüber Umbauten zur behindertengerechten Ausgestaltung einer Mietwohnung gewährt. Der Begriff der *Barrierefreiheit* entstammt der soziologischen und sozialrechtlichen Diskussion der 1990-er Jahre und markiert dort als Zentralbegriff einen Paradigmenwechsel von einer rein medizinischen hin zu einer sozialen Deutung des Phänomens von *Behinderung*, vgl. aus soziologischer Sicht Oliver, *Understanding Disability*.

⁶ Begründung zum BGG, II Nr. 3, Quelle: www.behindertenbeauftragter.de/gesetzgebung/behindertengleichstellungsgesetz/begrndg.

⁷ § 8 BGG Herstellung von Barrierefreiheit in den Bereichen Bau und Verkehr.

⁸ § 9 BGG Recht auf Verwendung von Gebärdensprache und anderen Kommunikationshilfen.

⁹ § 10 BGG Gestaltung von Bescheiden und Vordrucken.

¹⁰ Vgl. Begründung zum BGG, II Nr. 4 und II Nr. 7, Quelle: www.behindertenbeauftragter.de/gesetzgebung/behindertengleichstellungsgesetz/begrndg.

¹¹ Inzwischen sind zum BGG drei RVO-en ergangen: - Kommunikationshilfeverordnung (KHV), BGBl. I 2002, S. 2650; Verordnung über barrierefreie Dokumente in der Bundesverwaltung (VBD), BGBl. I 2002, S. 2652; Barrierefreie Informationstechnikverordnung (BITV), BGBl. I 2002, S. 2654. Auf die BITV wird in § 11 BGG Bezug genommen.

2. Inhaltsgleiches Landesrecht

Soweit sich das dem (Bundes-) Behindertengleichstellungsgesetz Konsequenzen für das Sparkassenrecht ergeben sollen, setzt dies die Anwendbarkeit dessen Normen für die Tätigkeit der Sparkassen voraus. Gem. § 7 Abs. 1 S. 1 BGG gilt das Gesetz jedoch für “Dienststellen” und sonstige “Einrichtungen der Bundesverwaltung, einschließlich der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts” und damit grundsätzlich nur für Bundesbehörden. Landesbehörden, einschließlich der landesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sind nach S. 2 nur soweit gebunden, wie sie Bundesrecht ausführen.

Sparkassen sind als öffentlich-rechtliche Anstalten¹² nach Maßgabe der Länder-Sparkassengesetze¹³ ein Teil der öffentlichen Verwaltung der Gemeinden¹⁴ (mittelbare Staatsverwaltung¹⁵), damit zwar ein Teil der “vollziehenden Gewalt” i. S. v. Art. 1 Abs. 3 GG, jedoch eben nur derjenigen der Länder¹⁶. Schon vom Grundsatz des Art. 30 GG her, der die Landesverwaltung den Ländern zuschreibt¹⁷, darf das BGG den Landesbehörden - und damit auch der Tätigkeit von Sparkassen - keine verfahrensrechtlichen Vorgaben machen¹⁸. Nach § 7 Abs. 2 BGG ist die Länderverwaltung nur dann an die Vorgaben des BGG gebunden, wenn und soweit sie Bundesrecht ausführt. Die Betätigung der Sparkassen beruht jedoch auf Landesrecht und stellt demnach den Landesvollzug von Landesrecht dar. Das BGG bindet damit nicht die Sparkassen. Eine Inanspruchnahme kann daher nur aufgrund von Landesgesetzen erfolgen. Im Zuge der Bundesgesetzgebung zum BGG hat mittlerweile eine Reihe von Bundesländern eigene - mit dem BGG weitestgehend inhaltsgleiche - (Länder-) Behindertengleichstellungsgesetze in Aussicht gestellt¹⁹.

¹² Vgl. etwa § 1 SpkG BW; Art. 3 BaySpkG; § 2 LBankG Berlin; § 1 SpkG Bremen; § 1 SpkG Hessen; § 3 SpkG Nds.; § 2 NW SpkG; § 1 SaarlSpkG. Ferner Fabry/Augsten, Öffentliche Hand, S. 6.

¹³ Etwa § 3 SparkassenG NRW. Synoptische Darstellung aller Länder-Sparkassengesetze bei Weides, Sparkassenrecht.

¹⁴ BVerwGE 41, S. 195 (196); BVerwGE 69, S. 11 (21); OVG Münster, in: DVBl. 1980, S. 70 (71); St. Rspr. des NRWVerfGH, in: DÖV 1980, S. 691 (692); NRWVerfGH, in: NVwZ 1987, S. 211 (212).

¹⁵ Stern, Staatsrecht III/1, § 74, S. 1334.

¹⁶ Bei der Auslegung der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen der Art. 30 und 83 GG ist die Kommunalverwaltung als mittelbare Staatsverwaltung dem Verfassungsbereich der Länder zuzurechnen, Blümel, in: HdbStR IV, § 74, Rn. 9.

¹⁷ von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 83 Rn. 25.

¹⁸ Die Einwirkungsbefugnisse des Bundes beschränken sich insoweit auf das Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG und die Ausübung von Bundeszwang nach Art. 37 GG, von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 83 Rn. 25.

¹⁹ *Niedersachsen*: Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen und zur Änderung anderer Gesetze (Stand: 02.09.2002), Niedersächsisches Behindertengleichstellungsgesetz (NBGG), *Nordrhein-Westfalen*: Gesetzentwurf der Landesregierung, Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen und zur Änderung anderer Gesetze; *Bayern*: Bayerisches Gesetz zur Gleichstellung, Integration und Teilhabe von Menschen mit Behinderung und zur Änderung anderer Gesetze (Bayerisches Behindertengleichstellungsgesetz und Änderungsgesetze, BayBGG und ÄndG), (Stand 29.11.2002); *Baden-Württemberg*. Seit längerem in Kraft ist das Berliner Gesetz zu Artikel 11 der Verfassung von Berlin (Herstellung gleichwertiger Lebensbedingungen von Menschen mit und ohne Behinderung), Ges. Nr. 99/62/2 vom 17. Mai 1999. Ähnlich wie das BGG enthält es ein behindertenspezifisches Benachteiligungsverbot (§§ 1, 2 BGG-Berlin), besitzt jedoch über den Aspekt der direkten Kommunikation mit Behörden (Gebärdensprache etc.) keine Ausführungen zur Gestaltung von technischen Kommunikationsmitteln. Insofern ist es im Rahmen der Argumentation nur beschränkt heranzuziehen.

Diese Landesgesetze sollen ihrem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich nach die gesamte Landesverwaltung, damit auch die Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts, binden²⁰. Dass die Sparkassen etwa aus dem Anwendungsbereich der Normen der Ländergleichstellungsgesetze ausgenommen sein sollen, ist aus den vorliegenden Gesetzesentwürfen nicht zu ersehen. Die genannten Normen zählen die Anstalten des öffentlichen Rechts insoweit ohne Ausnahme im Katalog der Normverpflichteten auf. Soweit man der Bindung der Sparkassen entgegenhalten sollte, dass ihre Tätigkeit gegenüber dem Bürger dem Privatrecht und daher auch keinen verwaltungsrechtlichen Beschränkungen unterfällt, ist dieses Argument als unzulässig zu verwerfen. Die Sparkassen gelten auch dann als Träger öffentlicher Verwaltung, wenn sie überwiegend privatrechtlich handeln²¹ und unterliegen damit den für diese geltenden Schranken. Auch die *ratio legis* der Gleichstellungsgesetze (vgl. § 1 BGG) spricht für eine Einbeziehung der Sparkassentätigkeit in den Anwendungsbereich. Ländergleichstellungsgesetze binden damit (z. T. *de lege ferenda*) auch die Sparkassen.

Ein allgemeines Benachteiligungsverbot gegenüber behinderten Menschen ergibt sich für diese etwa aus § 7 Nds BGG-Entwurf²², § 3 Abs. 2 S. 2 NW BGG - Entwurf²³ bzw. Art. 9 Abs. 2 BayBGG - Entwurf. Eine dem Bundesrecht entsprechende spezielle Regelung im Hinblick auf Informationstechnik enthalten § 10 NW BGG-Entwurf²⁴, § 11 Nds BGG-Entwurf²⁵ sowie Art. 13 BayBGG-Entwurf. Auch Träger öffentlicher Länderverwaltung haben danach ihre Internetauftritte und -angebote und die von ihnen zur Verfügung gestellten grafischen Programmoberflächen danach so zu gestalten, dass sie von behinderten Menschen grundsätzlich uneingeschränkt genutzt werden können.

3. Anspruch auf barrierefreie Sparkassenautomaten

Aus § 11 Nds BGG bzw. § 10 NW BGG ergeben sich Ansprüche auf die behindertengerechte barrierefreie Ausgestaltung von Internetauftritten und -angeboten sowie von grafischen Benutzeroberflächen. Als Internetauftritt lassen sich weder Geldautomaten noch sonstige Bankautomaten verstehen, weil ihnen das Charakteristikum des Zugangs über freie, also jedermann offene Kommunikationsnetze fehlt. Bankautomaten könnten jedoch als grafische Benutzeroberfläche verstanden werden, die

²⁰ Vgl. § 5 Abs. 1 Nds BGG - Entwurf; § 1 Abs. 2 NW BGG - Entwurf.

²¹ BVerfG, in: NJW 1995, S. 582 (583); NRWVerfGH, in: NVwZ 1987, S. 211 (212).

²² Wortgleich mit § 7 BGG.

²³ § 3 NW BGG - Behinderung, Benachteiligung: (...) (2) Eine Benachteiligung im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn behinderte Menschen aufgrund ihrer Behinderung im Vergleich zu nicht behinderten Menschen unterschiedlich behandelt werden und dadurch in der gleichberechtigten Teilhabe am Leben der Gesellschaft oder in ihrer selbstbestimmten Lebensführung unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt werden, ohne dass hierfür zwingende Gründe vorliegen. Die in § 1 Abs. 2 Sätze 1 und 2 genannten *Träger öffentlicher Gewalt dürfen behinderte Menschen nicht benachteiligen*.

²⁴ § 10 NW BGG - Barrierefreie Informationstechnik: (1) Die in § 1 Abs. 2 Sätze 1 und 2 genannten Träger öffentlicher Gewalt gestalten ihre Online-Auftritte und -angebote sowie die von ihnen zur Verfügung gestellten Programmoberflächen im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung schrittweise technisch so, dass sie von behinderten Menschen genutzt werden können. (...)"

²⁵ Wortgleich mit § 11 BGG.

mit Mitteln der Informationstechnik dargestellt wird. Die o. g. Vorschriften sind zwar ersichtlich mit Blick auf das Internet (i. S. d. sog. e-government) erlassen. Schon die Nennung einer Auffangkategorie („grafische Benutzeroberflächen“) zeigt, dass der Anwendungsbereich über das Internet hinaus gehen sollte. Anknüpfungspunkt für die Regelung ist nicht die konkrete technische Ausführung, sondern die Wirkung (i. S. e. Barriere, § 4 BGG), die Informationstechnologie für den Bürger besitzt. Sowohl Geldausgabeautomaten als auch SB-Terminals geben ihre wesentlichen Informationen in - auf Bildschirmen - grafisch aufbereiteter Form an den Kunden weiter und setzen damit, wie gezeigt, eben die Barrieren, deren Beseitigung Ziel der Behindertengleichstellungsgesetze ist. Bankautomaten fallen damit als grafische Programmoberflächen unter den Anwendungsbereich der Gleichstellungsgesetze.

Aus den eingangs genannten Vorschriften ergibt sich gegenüber der Sparkasse ein Anspruch auf die technische Ausstattung von Bankautomaten dahingehend, dass sie von behinderten Kunden grundsätzlich uneingeschränkt genutzt werden können. Dieser Anspruch besteht „schrittweise“²⁶. Eine Konkretisierung dieses Merkmals enthält bisher allein die (Bundes-) Verordnung „Barrierefreie Informationstechnik (BITV)“²⁷ dahingehend, dass alle genannten Angebote bis Ende des Jahres 2005 barrierefrei ausgebaut²⁸ werden müssen²⁹. Entsprechende Vorschriften begründen damit zwar eine künftige Handlungspflicht im Hinblick auf den Ausbau nicht barrierefreier Bankautomaten. Da sie jedoch keine Unterlassungspflichten statuieren, lässt sich aus ihnen nicht die Unzulässigkeit von Maßnahmen herleiten, die noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist einen faktischen Ausschluss behinderter Menschen bedeuten.

4. Einfachgesetzliches Diskriminierungsverbot

Die Unzulässigkeit von Klauseln, die behinderte Kunden von einer selbstständigen Erledigung ihrer Bankgeschäfte ausschließen, ergibt sich aus der einfachgesetzlichen Verankerung des Behinderten-Benachteiligungsverbots in den § 7 Abs. 1 BGG entsprechenden Landesvorschriften³⁰. Diese Vorschriften beziehen sich durch die Bezugnahme auf „Behinderungen“ schon ihrem Wortlaut nach auf die Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.

Die Maßnahmen, die im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als unzulässige mittelbare

²⁶ § 11 Abs. 1 BGG; § 10 Abs. 1 NW BGG - Entwurf; § 11 Abs. 1 Nds BGG - Entwurf.

²⁷ BGBl. I 2002, S. 2654. Die Landes-Behindertengleichstellungsgesetze enthalten entsprechende Ermächtigungsgrundlagen für Rechtsverordnungen.

²⁸ Die BITV enthält in der Anlage umfangreiche technische Vorgaben zur Präzisierung des Tatbestandsmerkmals der Barrierefreiheit, vgl. die unter „Priorität I“ und „Priorität II“ aufgelisteten Maßnahmen, BGBl. I 2002, S. 2654 (2655 ff.).

²⁹ § 4 Abs. 1 BITV: „(...) Spätestens bis zum 31. Dezember 2005 müssen alle Zugangspfade zu den genannten Angeboten die Anforderungen und Bedingungen der Priorität I der Anlage dieser Verordnung haben.“ „Angebote, die vor Inkrafttreten dieser Verordnung in Internet oder Intranet veröffentlicht wurden, sind bis zum 31. Dezember 2003 gemäß § 3 dieser Verordnung zu gestalten, wenn diese Angebote sich speziell an behinderte Menschen im Sinne des § 3 Behindertengleichstellungsgesetzes richten“, Abs. 2.

³⁰ § 7 Nds BGG-Entwurf bzw. § 3 Abs. 2 S. 2 NW BGG - Entwurf.

Benachteiligung gewertet werden müssen, können auch nicht vor den einfachgesetzlichen Diskriminierungsverboten bestehen, deren Standards ja ihrerseits von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als höherrangige Norm vorgegeben sind.

Sollten die Bankautomaten bis Ende der Ausführungsfrist nicht barrierefrei ausgebaut sein, ist es der Sparkasse auch aufgrund einfachgesetzlicher Vorschriften nicht gestattet, ihre Schalter für Zahlungstransaktionen zu schließen, wenn und soweit dadurch ein faktischer Ausschluss behinderter Kunden erfolgen würde.

5. Beschränkte Wirkung für Privatbanken

Da die (Bundes- und Länder-) Behindertengleichstellungsgesetze nur *Träger der öffentlichen Verwaltung* binden, entfalten sie naturgemäß keine Wirkung für Privatbanken. Entsprechend gelten die eben genannten Vorgaben für diese nicht. Die genannten Gleichstellungsgesetze beinhalten Vorschriften, die auf den Abschluss von Vereinbarungen zwischen Unternehmen oder Unternehmensverbänden sowie den Behindertenverbänden zielen³¹. Die barrierefreie Gestaltung des Giroverkehrs nicht-öffentlich-rechtlicher Banken obliegt damit jedoch weiterhin der privatautonomen Gestaltung durch die Betroffenen.

Die Belange behinderter Menschen stellen im Rahmen der Interessenabwägung allein für öffentlich-rechtlich Banken einen relevanten Abwägungsgesichtspunkt dar; deren öffentlich-rechtliche Bindungen bewirken ein Verbot von Geschäftsbedingungen, die behinderte Kunden mittelbar diskriminieren. Es konnte soweit offen gelassen werden, ob sich entsprechende Diskriminierungsverbote unmittelbar aus den materiellen Vorgaben der Verfassung (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) ergeben. Jedenfalls verbieten einfachgesetzliche Vorschriften (insbesondere die sog. *Länder-Gleichstellungsgesetze*) eine mittelbare Diskriminierung behinderter Bankkunden. Bei der künftigen Ausgestaltung des Informationsangebotes haben diese Kreditinstitute Vorgaben hinsichtlich der behindertengerechten Ausstattung auch von Bank-Automaten zu beachten.

³¹ Vgl. § 5 Abs. 1 BGG: "Soweit nicht besondere gesetzliche oder verordnungsrechtliche Vorschriften entgegenstehen, sollen zur Herstellung der Barrierefreiheit Zielvereinbarungen zwischen den Verbänden, die nach § 13 Abs. 3 anerkannt sind, und Unternehmen oder Unternehmensverbänden der verschiedenen Wirtschaftsbranchen für ihren jeweiligen sachlichen und räumlichen Organisations- oder Tätigkeitsbereich getroffen werden. *Die anerkannten Verbände können die Aufnahme von Verhandlungen über die Zielvereinbarungen verlangen.*" Abs. 2 a. E.: "(Zielvereinbarungen) können ferner eine Vertragsstrafenabrede für den Fall der Nichterfüllung oder des Verzuges enthalten."

Kapitel 12

- Übertragung der Ergebnisse auf Technikinkompetenz -

Im Folgenden soll untersucht werden, ob sich im Verhältnis des Bankkunden zu seinem Kreditinstitut ein entsprechender Schutz - wie er soeben für Menschen mit körperlichen Behinderungen dargestellt worden ist - auch dann entwickeln lässt, wenn die Schwierigkeiten im Umgang und der Bedienung von Automatentechnik nicht auf körperlichen Defiziten des Individuums beruhen, sondern im Umstand begründet sind, dass einzelne Kunden von der Bedienung der zur Verfügung gestellten Technik schlicht überfordert sind. Wer innerhalb seiner Lebens- und Lernbiografie keine Gelegenheit hatte, technische Kompetenz im Umgang mit elektronischen Geräten zu erwerben und so vor der Bedienung zurückschreckt oder nur mit Hilfe Dritter in der Lage ist, entsprechende Geräte zu bedienen, deren Nutzung für die Mehrzahl technisch versierter Kunden selbstverständlich ist, dem droht ebenso ein faktischer Ausschluss und damit eine Diskriminierung.

Gegenstand der nachfolgenden Betrachtungen ist damit die Frage, welchen Stellenwert im Rahmen der Interessenabwägung des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB der Technikinkompetenz einzelner Bankkunden zukommt, die dazu führt, dass diese nicht in der Lage sind, Bankautomaten ohne fremde Hilfe zu benutzen.

Der einer Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln zugrundeliegende *objektiv* generalisierende Maßstab, richtet sich am Willen und am Interesse der *typischerweise* an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise aus¹. Wie im Hinblick auf körperliche Behinderungen hat dieser Maßstab auch hier zur Folge, dass Interessen einzelner am Vertrag beteiligter *konkreter Parteien* grundsätzlich keine Berücksichtigung finden können. Wie körperliche Behinderungen im Rahmen der Inhaltskontrolle des § 307 BGB keine Berücksichtigung finden, sind auch Belange solcher Kundenkreise ohne Relevanz, welche die Automatentechnik nicht bedienen können; angesichts von Millionen täglich elektronisch abgegebener Zahlungsaufträge kann davon ausgegangen werden, dass der *typischerweise* an Geschäften dieser Art beteiligte Kundenkreis technisch versiert im Umgang mit der Automatentechnik ist. Entsprechend dem *generalisierenden Prüfungsmaßstab* ist die Interessenabwägung, nicht individuell an Interessen *atypischer* Kunden auszurichten, die von der Technik überfordert sind, sondern orientiert sich - dem Rationalisierungscharakter der AGB folgend - am *„durchschnittlichen“* Kunden.

Solange Technikinkompetenz in der Bankenbeziehung eine Ausnahme darstellt, ist sie kein Belang, der in die Interessenabwägung nach § 307 BGB einzustellen wäre. Etwas anderes könnte sich jedoch auch hier aufgrund öffentlich-rechtlicher Pflichten der Sparkassen zur Beseitigung von Barrieren in der Kommunikationstechnik ergeben.

¹ Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 6 Rn. 37 a.

I. (Länder-) Behindertengleichstellungsgesetze

Regelungen, die ihrem Zweck nach gerade auf die Schaffung barrierefreier Informationstechnik zielen, die also ohne fremde Hilfe zu bedienen ist (§ 4 BGG), sehen Behindertengleichstellungsgesetze vor. Es liegt systematisch entsprechend nahe, zunächst den Anwendungsbereich der Ländergleichstellungsgesetze näher daraufhin zu überprüfen, ob er auch auf die Problematik von Barrieren Anwendung findet, welche die Automatentechnik technisch nicht versierter Sparkassenkunden in den Weg stellt.

Insgesamt allerdings scheint der Rückgriff auf das Recht der Behinderung im Zusammenhang mit fehlendem technischen Verständnis für die Bedienung von Automaten auf den ersten Blick fernliegend, handelt es sich bei Behinderungen, wie sie im Alltagssprachgebrauch definiert werden, doch vordergründig um ganz andere – vorwiegend von körperlicher Krankheit und sozialen Belangen geprägte – Phänomene. Jeder Versuch der Subsumtion der vorliegenden Problematik unter Vorschriften des Behindertenrechts als Teil des Sozialrechts bedarf schon als Ansatz daher einer Begründung.

Umgangssprachlich wird unter *Behinderung* überwiegend ein medizinisch-biologisches Schicksal verstanden², das eine scheinbar fest umrissene Gruppe von Menschen³ mit bestimmten körperlichen Defiziten betrifft. Wie jedoch zu zeigen sein wird, ist der Begriff der *Behinderung* entgegen seinem scheinbar festen Begriffskern einer – für gesellschaftliche Phänomene offenen - Definition zugänglich, die seinen Bedeutungsgehalt über das im Alltag geprägte Verständnis hinaus erweitert.

Die Untersuchung des Phänomens der Technikinkompetenz mit Blick auf das Behindertenrecht bietet sich deswegen an, weil dort seit langem eine ausgeprägte Diskussion um die Benachteiligung durch technische oder bauliche Strukturen und Einrichtungen, die typischerweise für Menschen mit Behinderungen nachteilige Auswirkungen haben, stattfindet. Die politische und juristische Diskussion der vergangenen zwei Jahrzehnte ist durch einen Paradigmenwechsel hin zu einem modernen Verständnis von Behinderung gekennzeichnet, der es erlaubt, unter Umständen auch technische Barrieren, die sich aus einer Orientierung der Lebensumwelt am nicht-behinderten Menschen ergeben, als Behinderung im Rechtssinne aufzufassen. Der moderne Behinderungsbegriff erlaubt unter Umständen eine Verlagerung des Blicks weg von den individuellen körperlich-geistigen Fähigkeiten der Betroffenen - hin zu den *Auswirkungen* der Automatisierung für Menschen, denen die zur Bedienung der Automaten notwendigen Fähigkeiten fehlen. Hält man sich vor Augen, dass die Automatenbedienung einem (kleinen) Kundenkreis faktisch unüberwindbare Hindernisse

² Degener, in: KJ 2000, S. 425 (425).

³ Davon, dass der Kreis der Menschen mit Behinderungen ohne Schwierigkeiten zu umreißen sei, geht offenbar der Gesetzgeber selbst aus. Siehe die Empfehlung des Rechtsausschusses zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG: "Die Gruppe der Behinderten sei (...) hinreichend groß und - über das dauerhafte Merkmal der Behinderung - klar erkenn- und eindeutig bestimmbar." BT-Drcks. 12/8165, S. 29.

in den Weg legt, so lenkt das den Blick auf die durch Technik geschaffenen *Barrieren als solche* und lässt die konkrete Ursache – medizinisch-biologische Defizite einerseits, fehlende technische Kompetenz andererseits - in den Hintergrund treten. Diese Sichtweise kommt dem ursprünglichen Begriffsinhalt von *Behinderung* sogar insoweit näher, als darunter im Kern verstanden wird, jemandem “Hindernisse in den Weg zu legen”⁴.

Eine bemerkenswerte Annäherung der Problematik der fehlenden technischen Kompetenz an das hergebrachte umgangssprachliche Behinderungsverständnis leistet die englische Sprache mit dem Begriff der *computer illiteracy*⁵ (als Parallelbegriff zur deutschen *Multimediainkompetenz*⁶), der seinem Kern nach als “Computer-Analphabetismus” übersetzt werden kann⁷ und die Problematik zumindest soweit in die Nähe des Behinderungsbegriffes bringt, wie der Analphabetismus im Sinne der *Legasthenie* nach dem Stand wissenschaftlicher Erkenntnis als Behinderung einzustufen ist⁸.

Im Folgenden soll diese Parallelproblematik aufgezeigt werden und der Frage nachgegangen werden, ob sich die aus der Technikinkompetenz bestimmter Kunden ergebenden Probleme zumindest provisorisch in Ermangelung eindeutiger gesetzlicher Vorschriften nicht als Behinderung im Rechtssinne auffassen lässt. Dies hätte zur Folge, dass auch ältere Menschen, für die Bankautomaten faktische *Barrieren* zur Rechtsdurchsetzung sind(?), von dem oben dargestellten *Behinderungs*-Schutz profitieren könnten.

1. Behinderungsbegriff der sog. Behindertengleichstellungsgesetze

Insofern bieten sich schon die Regelungen der Ländergesetze zur Gleichstellung behinderter Menschen als Anknüpfungspunkt an. In deren personellen Anwendungsbereich der Behindertengleichstellungsgesetze fallen nur Menschen mit *Behinderungen*. Für eine direkte Anwendung von Vorschriften der Gleichstellungsgesetze auf die Problematik von Barrieren, die im Zuge der Automatisierung von Geschäftsabläufen erwachsen, müsste die *Technikinkompetenz* älterer Menschen als Behinderung aufgefasst werden können.

Nach § 3 BGG, das als Bundesgesetz weitestgehend Modellcharakter für die Ländervorschriften hat, sind Menschen behindert, „wenn ihre körperliche Funktion,

⁴ “jmdm. hinderlich sein, Hindernisse in den Weg legen; einem Mitspieler den Wettkampf unfair erschweren; jmdn. in seinem Fortkommen behindern (...)” Wahrig Deutsches Wörterbuch, Stichwort: behindern.

⁵ Jones, M. C. & Pearson, R. A. (1996). Developing an instrument to measure computer literacy. *Journal of Research on Computers in Education*, 29, 17-28.

⁶ Ausführlich aus soziologischer Sicht Treumann u. a., *Medienkompetenz*, S. 33 ff.

⁷ “Illiterate: unable to read or write; *broadly* having little or no education (...)”, Longman dictionary of the English language, 2nd ed..

⁸ Wobei über die Ursachen der Legasthenie im Einzelnen jedoch Streit besteht. Durchgesetzt hat sich ein multifaktorieller Erklärungsansatz, der einerseits eine Abhängigkeit von sozialen Einflussfaktoren betont, andererseits aber die Legasthenie als eine individuelle Begabungsstörung mit zumindest in Ansätzen auf hirnorganischen Anomalien beruhenden Ursachen ansieht, vgl. dazu zusammenfassend Reichenbach, *Anspruch*, S. 158.

geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“. In seinem Kern folgt die Definition des BGG, die wortgleich mit dem Begriffsverständnis des für das deutsche Behindertenrecht neuerdings maßgeblichen § 2 SGB IX, mit ihrer Bezugnahme auf die körperliche, geistige oder seelische Gesundheit dem klassischen, sog. medizinisch-pathologischen Verständnis von Behinderung.

Eine erste dahingehende biologische Legaldefinition des Behinderungsbegriffes enthielt der bis zum 30.06.2001 geltende § 3 Abs. 1 SchwbG⁹: Hiernach war Behinderung i. S. d. SchwbG “die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.” Als solches war die Norm Ausdruck einer *medizinisch-pathologischen Deutung*, die weit in die 1980-er Jahre für die Auslegung des Behindertenbegriffs prägend war¹⁰ und die im Wesentlichen auf der international anerkannten Definition der Weltgesundheitsorganisation (WHO) aus dem Jahr 1980 basierte¹¹. Für den an Defiziten des Individuums orientierten Ansatz ist die *Behinderung* damit durch die drei Ebenen 1.) der *Schädigung* (*impairment*), 2.) der daraus folgenden *funktionellen Einschränkung* (*disability*) und 3.) der sich daraus ergebenden *sozialen Beeinträchtigung* (*handicap*) geprägt.

Für den Schaden als Voraussetzung der *Behinderung* ist nach diesem Verständnis zunächst von der Frage auszugehen, ob der jeweilige körperliche, geistige oder seelische Zustand des Betroffenen *regelwidrig* abweicht. Es muss mithin ein gesundheitlicher Defekt vorliegen, der eine medizinische Anomalie darstellt¹², also ein Zustand, der von dem für das Lebensalter *typischen* abweicht¹³. Der Behindertenbegriff wird von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung¹⁴ und Kommentarliteratur¹⁵ im Sinne der Begriffsdefinition des § 3 SchwbG verstanden¹⁶. Dieses Begriffsverständnis von

⁹ In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1986 (BGBl. I S. 1421, 1550). Das SchwbG wurde zum 01.07.2001 durch Art 63 SGB IX aufgehoben und in das neue SGB IX eingegliedert.

¹⁰ Davy, Diskriminierung, S. 12.

¹¹ World Health Organisation, International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH), 1980: “Auswirkung (*handicap*) einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung (*disability*), die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht”, Deutschsprachige Übersetzung der ICIDH, zitiert nach Götze, in: Hauck/Noftz, SGB, § 2 SGB IX, Rn 6. diesem Behinderungsbegriff basieren auch: die Deklaration der Generalversammlung der Vereinten Nationen aus dem Jahr 1975, Yearbook of the United Nations 29 (1975), S. 691; das erste gemeinschaftliche Programm zur beruflichen Rehabilitation von Behinderten aus 1974, Entschließung des Rates, ABIEG 1974 C 80/30; das dritte Programm der Gemeinschaft aus 1993, Beschluss des Rates, ABIEG 1993 L 56/30; die ersten Behindertenberichte der deutschen Bundesregierung, etwa BT-Drcks. 10/1233. Siehe zu den internationalen Bezügen Davy, Diskriminierung, S. 12 f.

¹² Strassmair, Gleichheitssatz, S. 168.

¹³ Spranger, in: DVBl. 1998, S. 1058 (1060).

¹⁴ Siehe insb. BVerfGE 96, S. 288 (304) - Pflicht behinderter Kinder zum Besuch einer Sonderschule. Ferner OLG Köln, in: NJW 1998, S. 763 f. - Ruhestörung durch geistig-behinderte Nachbarn; LG Frankfurt, in: NJW 1980, S. 1169 f. - “Reiseurteile”.

¹⁵ Rüfner, in: Dolzer/Vogel, BK, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 870; Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 228; Jürgens, in: ZfSH/SGB 1995, S. 353 (358); Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 384; Eckertz-Höfer, in: Denninger (u. a.), GG, Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 135; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 80.

¹⁶ Entgegen einem verbreiteten Vorwurf - etwa Spranger, in: DVBl. 1998, S. 1058 (1059) - ist der

Behinderung soll auch dem verfassungsändernden Gesetzgeber bei der Schaffung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vor Augen gestanden haben¹⁷.

Folgt man der h. M., die auch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf ein medizinisch-pathologisches Konzept festlegt, wie es dem § 2 SchwbG zugrundeliegt, kann eine auch alterstypische Inkompetenz im Umgang mit Computertechnik nicht als *Behinderung* i. S. d. Verfassungsnorm verstanden werden. Setzt dieses Begriffsverständnis für die Annahme einer *Behinderung* eine *Schädigung (impairment)* voraus, müsste dazu ein gesundheitlicher Defekt als Ursache technischer Inkompetenz vorliegen, der eine medizinische Anomalie darstellt.

2. Technikinkompetenz als soziales Phänomen

Die fehlende Medienkompetenz älterer Menschen kann jedoch allenfalls *in seltenen Einzelfällen, nicht jedoch in der Breite* mit körperlichen, geistigen oder gar seelischen Anomalien der Individuen erklärt werden. Als plausibler Ansatzpunkt böte sich allenfalls die Annahme einer altersbedingten Abnahme der geistigen Leistungsfähigkeit an, wenn diese als *Lernschwierigkeit* aufgefasst werden könnte. Als solche könnte sie auch auf Basis einer medizinischen Begriffsauslegung als *Behinderung* erfasst werden¹⁸. Eine generelle Annahme einer *altersbedingten Lernschwäche* als Ursache technischer Inkompetenz ist vor dem Hintergrund der geriatrischen und pädagogischen Forschung jedoch nicht haltbar. Wie die Forschung zur Nutzung des Internet durch Ältere belegt, beruht dort festgestellte technische Inkompetenz vorwiegend auf *sozialen* Gegebenheiten, insbesondere auf fehlender Übung im Umgang mit neuen Technologien.

Die Einstiegsvoraussetzungen im Umgang mit digitalen Medien sind durch soziale Faktoren geprägt wie unterschiedliches Vorwissen und im Arbeitsleben erworbene technische Kenntnisse sowie durch eine unterschiedlich stark ausgeprägte Bereitschaft, sich auf neue Medien einzulassen¹⁹. Die Erfahrung im Hinblick auf ältere Menschen²⁰ hat gezeigt, dass die Hemmschwellen zur Nutzung etwa des Internet durch eigens dafür entwickelte pädagogische Konzepte, entsprechende Aktionsformen und auf die Zielgruppen zugeschnittene didaktische Hilfsmittel mit einigem (allerdings beträchtlichen gesellschaftlichen) Aufwand zu überwinden sind²¹. Das Mittel ist der Aufbau von

Adressatenkreis des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht auf "Schwerbehinderte" beschränkt: Das SchwbG enthält in § 3 Abs. 1 SchwbG eine allgemeine Definition der *Behinderung*. Auf diese bezieht sich die Interpretation des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Der Begriff des *Schwerbehinderten* findet sich dagegen an anderer Stelle (§ 1 SchwbG), vgl. Davy, Diskriminierung, S. 16 Fn. 34.

¹⁷ So etwa Jürgens, in: ZfSH/SGB 1995, S. 353 (358). Als "willkürliche Behauptung" kritisiert von Spranger, in: DVBl. 1998, S. 1059 (1060).

¹⁸ So ausdrücklich Davy, Diskriminierung, S. 17.

¹⁹ Treumann u. a., Medienkompetenz, S. 332 f.

²⁰ Ausführliche Praxisbeispiele zu diversen Maßnahmen zur Erschließung der neuen Informations-Kommunikationstechnologien für weiterbildungsinteressierte ältere Erwachsene: Stadelhofer, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2000, S. 186 (190 ff.).

²¹ Forum Info 2000, Arbeitsgruppe 4, "Bildung und Medienkompetenz im Informationszeitalter".

Netzwerken zwischen Einrichtungen der Altenarbeit und Altenbildung, Selbsthilfegruppen, Weiterbildungseinrichtungen, Verbänden und Organisationen sowie zwischen Einzelnutzern²². Die Geriatrie belegt, dass oft nur die Überwindung gesellschaftlicher Vorurteile notwendig ist, um Lebensqualität auch im hohen Alter mit einfachen Mitteln zu verbessern²³. Es fehlt damit an einer allgemeinen medizinisch-biologischen Ursache des Phänomens. Da diese damit keine Folge etwa einer altersbedingten Abnahme der Leistungsfähigkeit ist, verbietet sich insoweit auch die Verortung des Phänomens als Behinderung im Sinne eines Behinderungsbegriffes, wie er den Gleichstellungsgesetzen zugrunde liegt.

Die Subsumtion unter den medizinisch-biologischen Behinderungsbegriff des § 3 BGG und vergleichbarer Vorschriften geht im Übrigen auch aus einem zweiten Grund fehl. Der *Schaden* als Voraussetzung der *Behinderung* setzt ein *regelwidriges*, d. h. vom *für das Lebensalter typischen Zustand* abweichendes²⁴ körperliches, geistiges oder seelisches Defizit des Betroffenen voraus. Es werden aus dem Anwendungsbereich *altersbedingte Behinderungen* aber gerade herausgenommen²⁵. Nicht Folge eines regelwidrigen Zustandes - und damit auch keine Behinderung - ist demnach etwa jede alterstypische allgemeine Verminderung der Leistungsfähigkeit, das altersentsprechende Nachlassen des Gedächtnisses und der geistigen Beweglichkeit²⁶. Selbst wenn es gelänge, technische Inkompetenz mit biologischen Defiziten in Verbindung zu bringen, scheiterte eine Subsumtion unter § 3 BGG am Merkmal der *Regelwidrigkeit*. Nach klassischem medizinisch-biologischen Verständnis kann Technikinkompetenz damit insgesamt nicht als Behinderung im Rechtssinne subsumiert werden. Eine direkte Anwendung der Vorschriften der Gleichstellungsgesetze kommt daher nicht in Frage.

3. Analoge Anwendung

Zu überlegen wäre allenfalls eine analoge Anwendung der Diskriminierungsverbote des BGG und ähnlicher Landesvorschriften über den Wortsinn hinaus - der eine *Behinderung* i. S. d. § 3 BGG voraussetzt - auf Tatbestände, in denen Barrieren im Umgang mit der Informationstechnik nicht auf biologischen Schädigungen, sondern auf sozialen Umständen beruhen. Für eine analoge Anwendung auf Fälle von Technikinkompetenz fehlt es insoweit trotz Vergleichbarkeit der Interessenlagen jedoch schon an einer planwidrigen Regelungslücke des Gesetzes. Zur Feststellung der *Planwidrigkeit* ist vom gesetzlichen Regelungskonzept auszugehen²⁷. Dieses bezieht sich seinem Zweck nach (§ 1 BGG) allein auf den Schutz von Menschen mit Behinderungen. Die Beschränkung des Anwendungsbereiches auf Menschen mit Behinderungen (§ 3 BGG) ist damit eine

²² Stadelhofer, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2000, S. 186 (190).

²³ Götze, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 2 Rn. 12.

²⁴ Spranger, in: DVBl. 1998, S. 1058 (1060).

²⁵ Götze, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 2 Rn. 12.

²⁶ Spranger, in: DVBl. 1998, S. 1058 (1060).

²⁷ Larenz, Methodenlehre, S. 370.

bewusste Entscheidung des Gesetzgebers und kann nicht als planwidrige Regelungslücke verstanden werden.

Eine Subsumtion der Phänomene der Technikinkompetenz kann weder über eine Wortlautinterpretation noch im Wege des Analogieschlusses erfolgen.

II. Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Ein Versuch einer Subsumtion der Problematik unter das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verspricht auf den ersten Blick ebenso wenig Erfolg. Die h. M. versteht die Behinderung im Sinne des Grundgesetzes im biologisch-pathologischen Sinne des § 2 SGB IX oder des wortgleichen § 3 BGG²⁸. Der kurze Verfassungssatz *“Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden”* eröffnet bei genauerer Betrachtung jedoch verschiedene Möglichkeiten seiner Interpretation: *Behinderung* im Sinne der Norm ist ein unbestimmter Verfassungsbegriff, der - entgegen dem umgangssprachlichen Begriffsverständnis - keinen allgemeingültigen traditionellen Rechtsinhalt²⁹ hat und daher auch verschiedenen Auslegungen zugänglich ist³⁰. Bei der Definition des *Behinderungsbegriffes*, der bei seiner Einführung in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG lediglich als Verfassungsbegriff ein *novum* war, kann nur sehr bedingt auf die seit längerem in einzelnen Bereichen des Sozialrechts niedergelegten Vorschriften für Behinderte³¹ (bzw. Behinderungen) angeknüpft werden. Soweit diese Vorschriften überhaupt Definitionen enthalten, nähern sie sich dem Phänomen der *Behinderung* eng bereichsspezifisch³². Eine verallgemeinerungsfähige Definition des Begriffes lässt sich wegen der bereichsspezifischen Färbung der einfachgesetzlichen Vorschriften daher kaum ziehen. Sie werden allenfalls als Interpretationshilfe bei einer allgemeinen Auslegung des Begriffes verwandt³³.

Entgegen dem engen Behinderungs-Verständnis der h. M. vertritt ein Teil der Lehre eine extensivere Interpretation des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Sinne eines neuen sozialorientierten Behinderungsbegriffs. Ob die Verfassungsnorm einer neuen sozialorientierten Interpretation zugänglich ist, ist umstritten³⁴. Im Folgenden soll geprüft werden, ob sich daraus eine Anknüpfungsmöglichkeit für ein Verständnis von Behinderung ergibt, das auch das Phänomen der Technikinkompetenz aufnehmen könnte. Nur wenn dies der Fall wäre, müsste die Frage um den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG entschieden werden.

²⁸ Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 228; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 384; Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 3 Abs. 3, Rn. 176.

²⁹ Sachs, in: RdJB 1996, S. 154 (163 f.).

³⁰ Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 3 Abs. 3, Rn. 176.

³¹ Vgl. nur §§ 1, 29 SGB I, § 19 SGB III; §§ 9, 10, 43, 44 SGB VI; §§ 14 f., 36 ff. SGB XI, §§ 39, 68 BSHG.

³² Strassmair, Gleichheitssatz, S. 167.

³³ Strassmair, Gleichheitssatz, S. 174.

³⁴ Zu den Nachweisen siehe Davy, Diskriminierung, S. 16 Fn. 34.

1. Neuerer sozialorientierter Behinderungsbegriff

Die Kernbegriffe der überkommenen Behinderungsdefinition wie *Schädigung*, *Fähigkeitsstörung* und *Beeinträchtigung* sind allesamt negativ belegt³⁵. Insbesondere bei den Betroffenen und ihren Verbänden stößt dieses, am menschlichen Defekt orientierte Verständnis zunehmend auf Ablehnung³⁶. Gestützt werden die Bemühungen um einen Paradigmenwechsel hin zu einem positiven Verständnis des Phänomens im Behindertenrecht durch einen Wechsel der Behindertenpolitik insbesondere auf internationaler Ebene³⁷. Dort ist eine *gesellschaftsbezogene* Deutung des Behindertenbegriffs seit den 1990-er Jahren vorherrschend. Die neuere sozialorientierte Deutung des Phänomens der Behinderung lenkt das Augenmerk auf die *Barrieren*, die für Behinderte aus ihrer konkreten Lebensumwelt resultieren³⁸. Nach diesem Verständnis ist *Behinderung* nicht als pathologische Eigenschaft oder Persönlichkeitsmerkmal des Betroffenen aufzufassen, sondern muss als das Resultat einer komplexen Interaktion zwischen dem Betroffenen und seiner Umwelt betrachtet werden³⁹: Ein Behinderter *ist* nach diesem Verständnis nicht *per se* behindert, er *wird* durch eine am Nichtbehinderten ausgerichtete Lebensumwelt⁴⁰ behindert⁴¹. Das weite Verständnis des Behinderungsbegriffes fasst unter Behinderung nicht nur Beeinträchtigungen der körperlichen Bewegungsfreiheit, des Hörvermögens oder der Sprechfähigkeit, sondern erlaubt - um die Weite des Behinderungsbegriffes zu verdeutlichen - *unter Umständen*⁴² sogar die Ausdehnung auf etwa ein entstellendes Äußeres oder sogar rein gesellschaftlich missbilligte Verhaltensweisen, wie Alkohol- oder Drogensucht, den Zwang zum Feuerlegen, zum sexuellen Missbrauch oder die Spielsucht und Kleptomanie.

Eine positive Definition des "Forums behinderter JuristInnen e. V." sieht als Behinderung

³⁵ Götze, in: Hauck/Noftz, SGB, § 2 SGB IX Rn. 7.

³⁶ Strassmair, Gleichheitssatz, S. 169.

³⁷ Eine gesellschaftsbezogene Deutung des Behindertenbegriffs prägt die Standard-Regeln der Generalversammlung der Vereinten Nationen 1993, Resolution 48/96 on Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, adopted on December 20th 1993, Yearbook of the United Nations 47 (1993), S. 977. Vgl. ferner eine Reihe von Beschlüssen des EG-Rates, ABIEG 1987 C 211/1, ABIEG 1986 L 225/43, ABIEG 1990 C 162/2, ABIEG 1997 C 12 /1. Entschliefungen des Europäischen Parlaments, ABIEG 1987 C 281/85, ABIEG 1988 C 187/236, ABIEG 1997 C 284/49. Ebenso Empfehlungen des Europarates, Recommendation 1185 (1992) on rehabilitation policies for the disabled, siehe zum Wortlaut der Behindertendefinition, Davy, Diskriminierung, S. 15 Fn. 30. Dem sozialorientierten Ansatz folgt zuletzt die WHO mit einer Nachfolgedefinition zur ICDIH: sog. ICF - International Classification of Functioning, Disability and Health, 2001, World Health Organisation, Resolution WHA 54.21: "Disability is characterized as the outcome or result of a complex relationship between an individual's health condition and personal factors, and of the external factors that represent the circumstances in which the individual lives.", ferner WHO, ICF 2001, S. 19 und Annex 5.

³⁸ Davy, Diskriminierung, S. 13.

³⁹ Götze, in: Hauck/Noftz, SGB, § 2 SGB IX Rn. 8.

⁴⁰ Strassmair, Gleichheitssatz, S. 170; Degener, in: KJ 2000, S. 425 (427).

⁴¹ Besonders prägnant aus soziologischer Sicht Oliver, Understanding Disability, 1996; S. 35: "It is not individual limitations, of whatever kind, which are the cause of the problem but society's failure to provide appropriate services and adequately ensure the needs of disabled people are fully taken into account in its social organisation"

⁴² nach Davy, Diskriminierung, S. 17 fallen diese Beispiele "in den Graubereich". Siehe dort auch rechtsvergleichend zu Regelungen des britischen Disability Discrimination Act 1995 sowie des amerikanischen Americans with Disabilities Act 1990, die jene Umstände per Legaldefinition aus dem Behinderungsbegriff herausnehmen, a. A. O., S. 17 Fn. 37.

“jede Maßnahme, Struktur oder Verhaltensweise, die Menschen mit Beeinträchtigungen Lebensmöglichkeiten nimmt, beschränkt oder erschwert.”⁴³ Eine international beachtete sozialorientierte Auslegung des Behindertenbegriffes in einem Aktionsplan der norwegischen Regierung von 1994 versteht Behinderung allgemein weitergehend als “die Diskrepanz zwischen den Fähigkeiten eines Individuums und den Funktionen, die ihm in der Gesellschaft abverlangt werden.”⁴⁴

In das Blickfeld der Behindertenrechts rücken damit *Barrieren* wie (Treppenstufen)Stufen, die Breite von Türen oder die Größe von Buchstaben⁴⁵ oder eben das Bedienkonzept technischer Geräte, die bestimmten Personengruppen unter Umständen unüberwindbare Hindernisse schaffen. Bloße Mängel im gesellschaftlichen Umfeld können so als Behinderung funktionsbeeinträchtigter Personen angesehen werden⁴⁶. Beschließt eine Gemeinde etwa, eine Sporthalle zu bauen, errichtet beim Zugang jedoch eine hohe Treppe, so wirkt sich diese *strukturelle bauliche Maßnahme* genauso als Ausschluss behinderter Menschen aus wie ein *satzungsmäßiger* Ausschluss solcher Personen⁴⁷. Die behindertenpolitische Verantwortung liegt auf der Beseitigung jener Barrieren (mit dem Ziel der Schaffung sog. *Barrierefreiheit*). Dieser gesellschaftsorientierte Ansatz prägt innerstaatlich die jüngeren Behindertenberichte der Bundesregierung⁴⁸ sowie den neuen § 2 SGB IX als zentrale einfachgesetzliche Begriffsbestimmung von Behinderung⁴⁹, die i. S. e. sog. *Partizipationsmodells* nicht mehr die Defizite des Betroffenen, sondern ihre Teilhabe an den verschiedenen Lebensbereichen in den Vordergrund rückt. So verstanden könnte auch die Technikinkompetenz als soziales Phänomen in den Schutzbereich des Behinderungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG fallen.

2. Reichweite des sozialorientierten Behinderungsbegriffs

Dass der Behinderungsbegriff innerhalb zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse nicht unbedingt im engen medizinisch-biologischen Sinne verstanden werden muss, erkennt offenbar auch der Gesetzgeber selbst an. Als Beleg soll hier die Begründung zum § 319 a BGB-E im (vorerst gescheiterten⁵⁰) *Zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetz* dienen: “Für die Definition des Begriffs der Behinderung (in § 319 a BGB-E, d. Verf.) kann zunächst an die Definition von Behinderung, wie sie etwa im SGB IX oder dem künftigen

⁴³ Forum behinderter JuristInnen e. V; www.fbj.de.

⁴⁴ Zitiert nach Caspar, in: EuGRZ 2000, S. 135 (136).

⁴⁵ Davy, Diskriminierung, S. 13.

⁴⁶ Strassmair, Gleichheitssatz, S. 170.

⁴⁷ Beispiel nach Strassmair, Gleichheitssatz, S. 182.

⁴⁸ Dritter Bericht der Bundesregierung über die Lage der Behinderten und die Entwicklung der Rehabilitation vom 24.03.1994, BT-Drcks. 12/7148; Vierter Bericht der Bundesregierung über die Lage der Behinderten und die Entwicklung der Rehabilitation, BT-Drcks. 13/9514, S. 2 ff.

⁴⁹ § 2 Abs. 1 SGB IX: “Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. (...)”

⁵⁰ Siehe Kapitel 13, III, 4.

Behindertengleichstellungsgesetz vorgesehen ist, angeknüpft werden; diese muss aber im Zweifel weiter ausgelegt werden. Für den Bereich des zivilrechtlichen Verbots von Diskriminierung aufgrund einer Behinderung kommt es nämlich z. B. nicht auf die Begriffsabgrenzungen zwischen den sozialrechtlichen Tatbeständen an, die der Abgrenzung der jeweils verfolgten Leistungs- und Förderzwecke dienen. Insbesondere kommt im Zivilrecht den Abgrenzungen zwischen Behinderung und Schwerbehinderung sowie altersbedingter Behinderungen anders als im Sozialrecht keine Bedeutung zu. Begriff der Behinderung ist für den Bereich des zivilrechtlichen Rechtsverkehrs und den übrigen Anwendungsbereich dieses Gesetzes also weit auszulegen.”⁵¹

Ist damit der Behinderungsbegriff für eine extensivere Interpretation offen, ist zu untersuchen, welchen Umfang und welche Grenzen die - weitere - sozialorientierte Begriffsauslegung im einzelnen besitzt, insbesondere ob sich ein Verständnis von Behinderung nachweisen lässt, das auch eine Technikinkompetenz als (rein) *soziales Phänomen* erfasst. Dies würde nach dem oben gesagten einen Verzicht auf das im hergebrachten Behindertenbegriff vorausgesetzte medizinisch-pathologische Defizit des Betroffenen voraussetzen, den körperlich, seelischen bzw. geistigen Schaden (*impairment*). Soweit ersichtlich, ist dies jedoch auch bei sozialorientierter Deutung der Behinderung nicht der Fall. Diese Begriffsdeutung betont zwar das Element der *sozialen Beeinträchtigung (handicap)* als Kernelement des Behinderungsverständnisses, verzichtet jedoch nicht auf das Merkmal der Schädigung (*impairment*): So setzt etwa die dem gesellschaftsorientierten Behinderungsbegriff verpflichtete Standard-Regel der Generalversammlung der Vereinten Nationen von 1993 in ihrer Definition weiterhin dieses Merkmal ebenso voraus⁵², wie die einschlägigen Dokumente des Europarates⁵³.

Die jüngste relevante Publikation der Weltgesundheitsorganisation (sog. ICF - International Classification of Functioning, Disability and Health) knüpft bei ihrer

⁵¹ BMJ - Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht, S. 32.

⁵² Resolution 48/96 on Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, Yearbook of the United Nations 47 (1993), S. 977: “The term “disability” summarizes a great number of different functional limitations (...). *People may be disabled by physical, intellectual or sensory impairment, medical conditions or mental illness (...)*. The term “handicap” means the loss or limitation of opportunities to take part in the life of the community on equal level with others. It describes the encounter between the person with a disability and the environment. The purpose of this term is to emphasize the focus on the shortcomings in the environment and in many organized activities in society.”

⁵³ Empfehlung des Europarates: Council of Europe, Recommendation 1185 (1992): “A disability is a restriction caused by physical, psychological, sensory, social, cultural, legal or other obstacles that prevent *disabled people* from becoming integrated and taking part in family life and the community on the same footing as everyone else.” (Hervorhebung durch Verf.). Unter Anlehnung an den dreigliedrigen Behinderungsbegriff der WHO: Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (92) 6, of the Committee of Ministers to Member States on a coherent policy for people with disabilities, para. 5.1:

“The concepts underlying this policy are those defined by the World Health Organisation, namely :

- an IMPAIRMENT is any loss or abnormality of psychological, physiological or anatomical structure or functions;
- a DISABILITY is any restriction or lack (*resulting from an impairment*) of ability to perform an activity in the manner of or within the range considered normal for a human being ;
- a HANDICAP is a disadvantage, for a given individual, resulting from an impairment or a disability, that limits or prevents the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex and social and cultural factors) for that individual.”

Klassifikation ebenfalls an das *Zusammenspiel* sowohl gesundheitlicher Umstände des betroffenen Individuums als auch sozialer und persönlicher Faktoren⁵⁴ und verzichtet insbesondere nicht auf den Begriff des *impairment* als Umschreibung von gesundheitlichen Defiziten⁵⁵. Auch die progressive Interpretation des *Forums behinderter JuristInnen e. V.*, die unter Behinderung “jede Maßnahme, Struktur oder Verhaltensweise” versteht, “die Menschen mit Beeinträchtigungen Lebensmöglichkeiten nimmt, beschränkt oder erschwert.”⁵⁶, benutzt mit dem Begriff der *Beeinträchtigung* ein Kernelement der klassischen dreigliedrigen Behinderungsdefinition der WHO an.

Soweit die Literatur für eine Erweiterung des Behindertenverständnisses plädiert, wird auch dort offenbar weiterhin von einer körperlichen oder geistigen Schädigung als Voraussetzung des erweiterten Behinderungsverständnisses festgehalten. Nach Davy etwa ist der Behinderungsbegriff des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zwar offen für einen gesellschaftsbezogenen Ansatz, knüpft jedoch im Übrigen weiterhin “*an einen vom “Normalzustand” abweichenden körperlichen oder geistigen Zustand*” (an), “*soweit die Abweichung von einigem Gewicht und länger andauernd ist.*”⁵⁷. Ähnlich äußert sich Strassmair, wenn er für den Behinderungsbegriff verlangt “*den Blickwinkel weg vom Gesundheitsschaden und der Funktionsbeeinträchtigung verstärkt auf die soziale Beeinträchtigung*” zu verlagern⁵⁸; dies impliziert lediglich eine andere Gewichtung innerhalb des klassischen Behinderungsbegriffes, nicht jedoch den Verzicht auf *medizinisch relevante Defizite des Betroffenen* als dessen weiterhin zentrales Element⁵⁹.

Auch eine progressive Deutung des Behinderungsbegriffs im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG böte trotz aller Vergleichbarkeit der Problematik im Hinblick auf die Schaffung von Barrieren durch Informationstechnik keinen Anknüpfungspunkt, darin ein soziales Phänomen wie die technische Inkompetenz zu verankern. Welchem Verständnis des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG daher zu folgen ist, kann hier offen bleiben.

III. Technikinkompetenz als mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters

Kann Technikinkompetenz als Problem vor allem älterer Menschen nicht mit den Begrifflichkeiten und Instrumenten des Behindertenrechts erfasst werden.

⁵⁴ “An individual«s functioning in an specific domain is an interaction or complex relationship between the health condition and contextual factors (i. e. environmental and personal factors). There is a dynamic interaction among these entities (...)”, WHO, ICF 2001, S. 19. “The ICF is based on an integration of these two opposing models.” (i. e. the medical and the social model of disability) “In order to capture the integration of the various perspectives of functioning, a “biopsychosocial” approach is used. Thus, ICF attempts to achieve a synthesis, in order to provide a coherent view of different perspectives of health from a biological, individual and social perspective:”, WHO, ICF 2001, S. 20.

⁵⁵ “Impairment are problems in body function or structure such as significant deviation or loss.”, WHO, ICF 2001, S. 10.

⁵⁶ Forum behinderter JuristInnen, www.fbj.de.

⁵⁷ Davy, Diskriminierung, S. 16.

⁵⁸ Strassmair, Gleichheitssatz, S. 170.

⁵⁹ Strassmair, Gleichheitssatz, S. 175: “Ausgangspunkt für die Auslegung (des Art. 3 Abs. 3 S. 2, d. Verf.) ist daher die defektzentrierte Perspektive (...)”.

Stellt die (Selbst-) Bedienung von Automaten jedoch *besonders* ältere, im Umgang mit Technik ungeübte Menschen vor Schwierigkeiten und werden besonders diese dadurch benachteiligt, dass sie Automaten entweder gar nicht oder nur mit Hilfe Dritter zu bedienen in der Lage sind, könnte dieser Umstand womöglich als Diskriminierung *aufgrund des Alters* erfasst werden. In Anlehnung an die Definition des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG kann Diskriminierung als nicht unerhebliche Benachteiligung verstanden werden. Dazu genügt jede Situation, die nach subjektiver Einschätzung der Betroffenen bei einem Vergleich mit der Lage Nicht-Behinderter - "qualitativ geringwertiger" ist. Wer seine Zahlungstransaktionen nur mit Hilfe Dritter oder gar nicht vornehmen kann, dessen Position ist gegenüber einem Durchschnittskunden durchaus geringwertiger. Ist Technik-Inkompetenz *besonders eine Frage des Alters*, wirkt sich eine Obliegenheit zur ausschließlichen Nutzung von Bankautomaten für den täglichen Zahlungsverkehr der Kunden unterschiedlich auf ältere - technikunerfahrene - und jüngere - technikgeübte - Kunden aus. Dieser Umstand rechtfertigt es, entsprechende Automatisierungsmaßnahmen als eine *mittelbare Diskriminierung älterer Bankkunden* einzuordnen. Fraglich ist jedoch, ob öffentlich-rechtliche Vorschriften existieren, welche sich für die Sparkassen als Verbot der Altersdiskriminierung auswirken könnten.

1. Internationale sowie bundesrechtliche Diskriminierungsverbote

Die Relevanz der *Diskriminierung älterer Bankkunden* setzt - vergleichbar den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG - ein rechtliches Benachteiligungsverbot *aufgrund des Alters* voraus: Für ein etwaiges Verbot von *Altersdiskriminierungen* muss ein relevanter Anknüpfungspunkt im geltenden Recht gefunden werden. Art. 3 Abs. 3 GG selbst enthält dazu mit seinen Verweisen auf *Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen (S. 1) sowie Behinderungen (S. 2)* anscheinend keinen Ansatzpunkt. Anders als in anderen europäischen Verfassungen⁶⁰ ist die *Altersdiskriminierung* im Grundgesetz nicht als explizites verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot ausgestaltet.

Gegenüber über dem Problem der Altersdiskriminierung sensibler erweist sich das Europarecht. Einen Aufhänger für die Berücksichtigung von Benachteiligungen *wegen des Alters* bietet *prima facie* Art. 21 der EU-Grundrechtscharta⁶¹, der ein

⁶⁰ Vgl. etwa § 6 Abs. 2 der *Finnischen Verfassung*, neu erlassen am 11. Juni 1999: "Die Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Niemand darf ohne annehmbaren Grund wegen seines Geschlechtes, seines Alters, seiner Abstammung, seiner Sprache, seiner Religion, seiner Überzeugung, seiner Anschauung, seines Gesundheitszustandes, seiner Behinderung oder eines anderen mit seiner Person in Verbindung stehenden Grundes diskriminiert werden."

Ähnlich Art. 8 der *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* vom 19. April 1999: "Art. 8. Rechtsgleichheit. (1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. (2) Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung."

⁶¹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, vom Dezember 2000, abgedruckt in: Beilage zu NJW 2000, Heft 49, S. 1 ff. Art. 21 EU-Grundrechtscharta lautet: "Nichtdiskriminierung: (1) Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder

Diskriminierungsverbot (auch) wegen des persönlichen Merkmals „Alter“ statuiert. Nach Art. 51 Abs. 1 EU-Grundrechtscharta gilt die Grundrechtscharta jedoch allein „für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“, ist damit jedoch für die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten in den entscheidenden Bereichen ohne verbindliche Wirkung⁶².

Das Verbot der Alterdiskriminierung in Art. 21 EU-Grundrechtscharta findet in der bundesdeutschen Rechtsordnung außerhalb des in Art. 51 EU-Grundrechtscharta genannten Bereichs keine unmittelbare Anwendung. Auch eine nur mittelbare Wirkung europäischer Grundrechte ist zu verneinen. Den europäischen Grundrechten kommt keine der bundesdeutschen Figur der „objektiven Werteordnung“⁶³ vergleichbare Wirkung zu. Als bloßes Interpretationsinstrument zur Präzisierung grundrechtlicher europarechtlicher Positionen kann die Charta nicht zur Begründung objektiv-rechtlicher Funktionen in dem Sinne dienen, dass der EuGH in der Gesamtheit der in ihr niedergelegten Grundrechte ein „Wertsystem“ der Europäischen Union verkörpert sieht, das auf alle Bereiche der europäischen Rechtsordnung ausstrahlt⁶⁴. Ohne eine Verbindlicherklärung der Charta⁶⁵ *de lege ferenda* als - die EU-Mitgliedstaaten unmittelbar bindendes⁶⁶ - Primärrecht kann aus Art. 21 EU-Grundrechtscharta kein innerstaatliches Diskriminierungsverbot „wegen des Alters“ hergeleitet werden.

Als ebenso untauglicher Anknüpfungspunkt muss in diesem Zusammenhang Art. 13 EGV gelten. Dieser erlaubt zwar dem Rat den Erlass von Antidiskriminierungsmaßnahmen, „um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, *des Alters* oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“ seinem Wortlaut nach ist Art. 13 EGV indes als Regelung bloßer Gesetzgebungszuständigkeiten zu verstehen. Auf seiner Grundlage kann die Gemeinschaft etwa Richtlinien oder Verordnungen erlassen bzw. Entscheidungen (Art. 249 EGV) treffen. Art. 13 EGV wendet sich damit als reine Kompetenznorm an die Gemeinschaftsorgane und enthält eine Ermächtigung zum Ergreifen von Vorkehrungen gegen Diskriminierungen, die sich an den genannten persönlichen Merkmalen festmachen, stellt jedoch selbst kein

sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.“

⁶² Wägenbaur, in: ZRP 2001, S. 44 (45).

⁶³ Zuerst BVerfGE 7, S. 198 ff. - Lüth-Urteil, LS. 1: „Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche das Rechts gilt.“

⁶⁴ Schröder, in: JZ 2002, S. 849 (850).

⁶⁵ Die Erhebung der EU-Grundrechtscharta in den Rang (verbindlichen) Primärrechts und damit eine Konstitutionalisierung des europäischen Grundrechtsschutzes ist Gegenstand aktueller integrationspolitischer Überlegungen, vgl. nur die „Erklärung des Europäischen Rates von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union“, in: NVwZ 2002, S. 183 f.

⁶⁶ Die unmittelbare Geltung des Primärrechts entspricht der heute unbestrittenen st. Rspr. des EuGH seit der Leitentscheidung EuGH, Slg. 1963, S. 1 (van Gent & Loos).

Diskriminierungsverbot auf⁶⁷. Er begründet somit weder unmittelbare Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten, noch verleiht er etwa betroffenen Individuen subjektive - vor Gerichten der Mitgliedstaaten einklagbare - Rechte⁶⁸ und unterscheidet sich damit deutlich vom *Diskriminierungsverbot* des Art. 12 EGV⁶⁹.

Verpflichtungen und gegebenenfalls individuelle Rechte können sich allenfalls aus Rechtsakten ergeben, die von der Gemeinschaft auf der Basis des Art. 13 EGV gesetzt werden⁷⁰. Solche Rechtsakte liegen vor mit den genannten Antidiskriminierungs-Richtlinien des Rates 2000/78/EG⁷¹ sowie 2000/43/EG⁷². Die Richtlinie 2000/78/EG zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf sieht in Art. 2 i. V. m. Art. 1 ein Diskriminierungsverbot u. a. wegen des *Alters*⁷³ vor. Auch daraus lassen sich jedoch für die mitgliedstaatliche Relevanz der *Alterdiskriminierung* keine Folgerungen ziehen. Die Richtlinie bedarf der Umsetzung in nationales Recht (Art. 249 Abs. 3 EGV) und entfaltet daher im Mitgliedstaat grundsätzlich⁷⁴ keinerlei unmittelbare Wirkung.

Ein Erster Versuch der Umsetzung der Richtlinienvorgaben lag mit dem "Zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetz"⁷⁵ vor. Der erste Diskussionsentwurf enthielt in § 319 a Abs. 1 BGB-E ein auch an *das Alter* geknüpfted allgemeines Diskriminierungsverbot⁷⁶. Selbst aber wenn das entsprechende Gesetz künftig erlassen werden sollte, ist unklar, ob auch *Alterdiskriminierungen* in den Regelungsbereich der Normen fallen werden. Schon im Verlauf der ersten Gesetzesberatungen ist das Merkmal "Alter" aus dem Katalog des § 319 a BGB-E gestrichen worden - offenbar auf massiven Druck der Arbeitgeberverbände⁷⁷. Selbst *de lege ferenda* ist damit die einfachgesetzliche Relevanz von Maßnahmen, die eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters bedeutet,

⁶⁷ Davy, Diskriminierung, S. 52.

⁶⁸ Statt vieler Lenz, in: Lenz, EGV, Art. 13 Rn. 11, 24.

⁶⁹ Der EuGH prüft nationales Recht unmittelbar an Art. 12 EGV, dessen Regelungsbereich sich jedoch auf Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit beschränkt, vgl. insb. EuGH, Slg. 1989, S. 195 (Cowan/Trésor Public): "Aus Art. 7 EWGV" (heute Art. 12 EGV) folge, "dass Personen, die sich in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befinden, genauso behandelt werden müssen wie Angehörige des betreffenden Mitgliedstaates.", vgl. S. 219.

⁷⁰ Davy, Diskriminierung, S. 53.

⁷¹ Richtlinie des Rates vom 27. 11. 2000, ABl. Nr. L 303, S. 16, abgedruckt in: NJW, Beilage zu Heft 37, 2001, S. 8 ff.

⁷² Richtlinie des Rates vom 29. 06. 2000, ABl. Nr. L 180, S. 22, abgedruckt in: NJW, Beilage zu Heft 37, 2001, S. 5 ff.

⁷³ Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG: "Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, *des Alters* oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten."

⁷⁴ Eine Ausnahme ergibt sich aus der Rspr. des EuGH, der eine unmittelbare (vertikale, d. h. gegen den Mitgliedstaat gerichtete) Rechtswirkung von Richtlinien bei Versäumung der Umsetzungsfrist annimmt, vgl. EuGH, Slg. 1982, S. 53 ff (Becker vs. Finanzamt Münster).

⁷⁵ Siehe sogleich unten Kapitel 13, III, 4. Diskussionsentwurf des BMJ eines "Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht", vom 10.12.2001.

⁷⁶ § 319a BGB-E *Benachteiligungsverbot*: (1) Niemand darf aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei 1. der Begründung, Beendigung und Ausgestaltung von Verträgen, die a) öffentlich angeboten werden, oder b) eine Beschäftigung, medizinische Versorgung oder Bildung zum Gegenstand haben. oder 2. dem Zugang zu und der Mitwirkung in Organisationen, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, unmittelbar oder mittelbar benachteiligt oder belästigt werden (Benachteiligungs- und Belästigungsverbot).

⁷⁷ Vgl. DIE ZEIT, 02/2003: „Kein Bankkredit für Rentner“.

fraglich.

2. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Bieten spezielle Diskriminierungsverbote keinen Ansatzpunkt für die Berücksichtigung von *Altersdiskriminierungen*, bleibt ein Rückgriff auf den in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Gleichheitssatz. Es ist mithin zu klären, ob eine Maßnahme, die mittelbar faktisch *besonders ältere Kunden* benachteiligt, vor den materiellen Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG Bestand haben kann; In einem zweiten Schritt wären die Ergebnisse auf das Rechtsverhältnis der Sparkassen zum Kunden zu übertragen.

Nach Art. 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen vor den Gesetz gleich. In seiner ihm durch Rspr. und Literatur verliehenen Ausprägung gebietet der allgemeine Gleichheitssatz "Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln"⁷⁸ bzw. "weder wesentlich Gleiches *willkürlich* gleich, noch wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln"⁷⁹. Eine Ungleichbehandlung i. S. v. Art 3 Abs. 1 GG kann mithin auch dann vorliegen, wenn zwei Vergleichsgruppen formal gleich behandelt werden, die praktischen Auswirkungen hingegen zu einer Ungleichbehandlung führen; auch *mittelbare* Diskriminierungen sind damit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen⁸⁰. Da alle Bankkunden durch die Automatisierung von Zahlungstransaktionen einheitlich behandelt - d. h. ohne Rücksicht auf ihr Alter und die damit zusammenhängende mangelnde Technikkompetenz - könnte dieser Umstand als rechtswidrige - weil *willkürliche* - Gleichbehandlung von *wesentlich Ungleichen* gewertet werden. Dass der allgemeine Gleichheitssatz auch dann verletzt werden kann, wenn wesentlich Ungleiches ohne weiteres (d. h. *willkürlich*) gleich behandelt wird, ist unbestritten⁸¹.

Das BVerfG weicht bei der Prüfung von Gleichheitsverstößen neuerdings von der sog. *Willkür-* auf eine *Neue-Formel* aus und untersucht i. R. d. Art. 3 Abs. 1 GG, ob zwischen zwei Vergleichsgruppen "keine Unterschiede von *solcher Art und solchen Gewicht* bestehen, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können."⁸². In neueren Entscheidungen des BVerfG werden überwiegend beide Formeln als Maßstab verwandt und bei deren Anwendung danach unterschieden, ob eine Ungleichbehandlung *geringer* oder *größerer Intensität* vorliegt⁸³. Da hiermit aber eine Richtschnur für die

⁷⁸ Etwa BVerfGE 1, S. 14 (16); BVerfGE 42, S. 64 (72); BVerfGE 71, S. 255 (271).

⁷⁹ BVerfGE 49, S. 148 (165); BVerfGE 86, S. 81 (87).

⁸⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 6.

⁸¹ Davy, Diskriminierung, S. 35.

⁸² Insb. der 1. Senat des BVerfG, vgl. BVerfGE 55, S. 72 (84); BVerfGE 84, S. 348 (359); BVerfGE 87, S. 234 (255).

⁸³ Bei Ungleichbehandlungen *geringerer Intensität*, soll die alte Willkür-Formel zur Anwendung kommen und im Wege einer Evidenzkontrolle nur zu prüfen sein, ob sich ein *sachlicher Grund* für die Ungleichbehandlung anführen lässt, vgl. BVerfGE 82, S. 126 ff. – Kündigungsschutz *höherer Intensität* seien nach der *Neuen Formel* darauf zu überprüfen, ob der Grund für die Ungleichbehandlung (*öffentlicher Zweck*) höher wiegt als das Interessen der ungleich behandelten Gruppe an der Unterlassung der Ungleichbehandlung, BVerfGE 88, S. 87 (96); BVerfGE 91, S. 389 (401). Aus der Lit. zustimmend Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 15 - 20 m. w. N. zu den jeweiligen Gruppen. Nach Heun, in:

grundrechtliche Bewertung von *Ungleichbehandlungen* gegeben gelegt wird, ist fraglich, ob die Maßstäbe auch auf *Gleichbehandlungen* - wie sie hier in Frage stehen - Anwendung finden. Soweit das BVerfG die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Gleichbehandlungen prüft, stellt es darauf ab, ob "für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die tatsächlichen Ungleichheiten in dem jeweils in Betracht kommenden Zusammenhang *so bedeutsam* sind, dass der Gesetzgeber sie bei seiner Regelung beachten muss"⁸⁴ bzw. dass ihre Gleichbehandlung mit einer "am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise *unerträglich* scheint"⁸⁵. Soweit damit explizit auf den Gerechtigkeitsgedanken Bezug genommen wird, nähert sich dieser Maßstab eher der herkömmlichen *Willkür-Formel* an; als *willkürlich* gilt nämlich eine Maßnahme, wenn sie nicht am Gerechtigkeitsgedanken orientiert ist⁸⁶. Gleichbehandlungen sind damit am hergebrachten Willkür-Maßstab zu messen.

Eine Maßnahme, die sowohl jüngere, technikgewandte als auch ältere, technikererfahrene Kunden zur ausschließlichen Nutzung von Automaten verpflichtet, ist daran zu messen, ob sie nicht eine willkürliche Gleichbehandlung zweier - wesentlich ungleicher - Gruppen darstellt. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG läge mithin vor, wenn die Verschiedenheit beider Personengruppen so wesentlich wäre, dass eine Gleichbehandlung willkürlich, also nicht mehr am Gerechtigkeitsgedanken orientiert wäre. Am Gerechtigkeitsgedanken nicht mehr orientiert ist eine Maßnahme, wenn sich für sie *keine vernünftigen Erwägungen* finden lassen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder sonst (irgend)wie einleuchtend sind⁸⁷.

Nach diesem Maßstab fällt es schwer, eine Gleichbehandlung von jüngeren und älteren Kunden als *willkürliche* Gleichbehandlung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG zu werten. Genügen als Rechtfertigung *einleuchtende* bzw. (offensichtlich beliebige, nicht sachfremde⁸⁸) *vernünftige Erwägungen* - ist der Gestaltungsspielraum für Gleichbehandlungen mithin sehr weit gezogen - müssen wohl schon schlichte bankenseitige Rationalisierungsinteressen als *vernünftige Erwägungen* gewertet werden. Dass eine Bank gerade im massenhaften Zahlungsverkehr ein Interesse an der Standardisierung ihres Angebots besitzt - und entsprechend nicht mehr auf individuelle Fähigkeiten ihrer Kunden eingehen will - ist durchaus schon aus der Natur von Rationalisierungsmaßnahmen *einleuchtend*.

Entsprechend den skizzierten Maßstäben des Art. 3 Abs. 1 GG liegt in einer Automatisierungsmaßnahme, die keine Rücksicht auf Belange älterer Menschen nimmt, keine relevante Gleichbehandlung *wesentlich ungleicher Personengruppen*. Somit lassen sich entsprechende Klauseln im Sparkassenrecht zwar als mittelbare Diskriminierungen

Dreier, GG, Art. 3 Abs. 20 sind die Unterschiede zwischen beiden Formeln im Ergebnis "geringfügig".

⁸⁴ BVerfGE 86, S. 81 (87) m. w. N.

⁸⁵ BVerfGE 55, S. 261 (269).

⁸⁶ BVerfGE 42, 64 (72), BVerfGE 86, S. 81 (87).

⁸⁷ BVerfGE 10, S. 234 (246); BVerfGE 68, S. 237 (250).

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 17, S. 122 (130): "sachfremd und deshalb willkürlich". Im Rahmen der Willkür-Formel wird zum Teil "irgendein sachlicher Grund" als ausreichend angesehen, Hesse, in: AöR 109 (1984), S. 174 (189). Für *zureichende* Gründe hingegen Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 19.

aufgrund des Alters subsumieren; diese wären jedoch vor Art. 3 Abs. 1 GG nicht unzulässig.

3. Ergebnis

Sparkassen haben bei der Gestaltung ihrer Geschäftsverbindung zum Kunden zwar behindertenbezogene Diskriminierungsverbote zu beachten, die entsprechende Klauselgestaltungen unzulässig machen, die eine mittelbare Diskriminierung behinderter Bankkunden zum Ergebnis haben. Vergleichbare Pflichten, speziell gegenüber älteren Bankkunden, bestehen jedoch jenseits enger Vorschriften der Sparkassengesetze nicht.

4. Entwurf eines zivilrechtlichen “Anti-Diskriminierungsgesetzes”

Eine den dargestellten Sparkassenpflichten vergleichbare Bindung an ein allgemeines Diskriminierungsverbot lässt sich für *nicht-öffentlich-rechtliche Kreditinstitute* nur *de lege ferenda* begründen. Einen neuen⁸⁹ Ansatz hierzu hat die Bundestagsfraktion von SPD und Bündnis 90/Die Grünen am 15.12.2004 (BT-Drcks. 15/4538) mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien vorgelegt⁹⁰. Durch den Entwurf werden die EG-Richtlinien 2000/43/EG vom 29.06.2000 (AbIEG Nr.L 180, S. 22), 2000/78/EG vom 27.11.2000 (AbIEG Nr.L 303, S. 16) und 2002/73/EG vom 23.09.2002 (AbIEG Nr.L 269, S. 15) in bundesdeutsches Recht umgesetzt.

Der Entwurf enthielt ursprünglich in einem Art. 2 das Arbeitsrechtliche Antidiskriminierungsgesetz (AADG). Art. 3 des Gesetzentwurfs sah zunächst im Rahmen einer Neuregelung der §§ 319a bis 319g BGB das Verbot der Benachteiligung aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung für den allgemeinen Zivilrechtsverkehr vor und knüpfte damit an die gescheiterte Vorgängerregelung aus dem Jahr 2001 an. Die geplante Regelung integriert nunmehr den „Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr“ im Abschnitt 3 eines einheitlichen Antidiskriminierungsgesetzes (ADG-Entwurf, ADG-E). Den Kern des zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes stellt § 20 ADG-E, der den Anwendungsbereich des Gesetzes (§ 1 ADG-E) über das Arbeitsrecht auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse erweitert. § 1 ADG-E verbietet eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, *einer Behinderung, des Alters* oder der sexuellen Identität. Eine Benachteiligung wegen eines in § 1 ADG-E

⁸⁹ Zunächst gescheitert ist ein Diskussionsentwurf des BMJ eines “Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht”, vom 10.12.2001. Gesetzesvorhaben der Bundesregierung gingen - in Einzelheiten weniger weitgehende - Fraktionsentwürfe voraus: Vgl. insb. BT/Drcks. 13/9706 “Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung und zur Stärkung von Minderheitenrechten (Antidiskriminierungs- und Minderheitenrechtsgesetz)” der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen. Ferner BT/Drcks. 13/10081: “Entwurf eines Gesetzes zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes des Artikels 3 Grundgesetz (Gleichbehandlungsgesetz)” der SPD Fraktion.

⁹⁰ Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsvorschriften – Antidiskriminierungsgesetz (ADG). Der Entwurf ist veröffentlicht unter www.aus-portal.de/aktuell/gesetze/01/index_6742.htm.

genannten Gründe bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen, ist unzulässig.

Eine Maßnahme einer Bank, die nach den oben genannten Grundsätzen als mittelbare Diskriminierung aufgrund einer Behinderung oder des Alters verstanden werden kann, verstieße dann gegen § 1 ADG-E und zöge die Rechtsfolgen der § 22 ADG-E nach sich. Gem. § 3 Abs.2 ADG-E liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Aus § 22 Abs.1 ADG-E ließe sich bei einer Bankpraxis, die mittelbar technikinkompetente oder behinderte Menschen ohne sachlichen Grund benachteiligte, ein Anspruch auf Beseitigung der Benachteiligung herleiten. Dieser könnte in der „Öffnung“ der Schalter für Personen bestehen, die entsprechende Automaten nicht bedienen können. Denkbar sind weiterhin „technische“ Lösungen etwa durch behindertengerechte Ausgestaltung der Automaten oder durch Einführung einfacherer Automaten-Bedienungskonzepte, wie sie zu Teil bereits verwirklicht werden. So können Auszahlungen⁹¹ an Geldautomaten neuerdings mit Hilfe codierter „Einmal-Auszahlungskarten“ weitgehend ohne Bedienung durch den Kunden vollzogen werden. Dieser muss nur noch eine ihm am Schalter ausgehändigte und mit den entsprechenden Befehlen (inkl. der auszahlenden Geldsumme) programmierte Magnetstreifenkarte in den Bankautomaten schieben, der daraufhin den gewünschten Betrag freigibt. Denkbar ist es auch, die Bank zu einer Schulung von Kunden im Umgang mit der Automatentechnik zu verpflichten, auch wenn eine solche Maßnahme den durch die Digitalisierung erzielten Rationalisierungseffekt zunichte machen würde.

⁹¹ So eine neue Auszahlungspraxis der Deutschen Bank AG.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Kontrast zwischen der zunehmenden Digitalisierung des rechtsgeschäftlichen Lebens einerseits und der Tatsache, dass ein signifikanter Anteil der bundesdeutschen Bevölkerung künftig wohl auf Dauer die technischen Innovationen der als „elektronische Revolution“ apostrophierten Entwicklung nicht nutzen wird, wirft die Frage nach der zivilrechtlichen Position desjenigen auf, der sich der Nutzung neuer Medien widersetzt. Die Arbeit nimmt dies zum Anlass, die rechtlichen Grenzen der Obliegenheit zu elektronischer Kommunikation zunächst allgemein, im Folgenden dann anhand des Giroverhältnisses zwischen Bank und Kunden nachzuzeichnen, das sich in der Vergangenheit stets als Spielplatz von Digitalisierungstendenzen erwiesen hat.

Nach einer Definition des Untersuchungsgegenstandes, der in Anlehnung an die bereicherungsrechtliche Problematik als „Die aufgedrängte Digitalisierung“ genannt wurde, leistet Teil I der Arbeit die Einbettung der Problematik der Medienautonomie im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung in die allgemeine Dogmatik der Willenserklärung. Als aufgedrängte Digitalisierung wird danach die Obliegenheit zur elektronischen Kommunikation im Rahmen eines Rechtsgeschäfts verstanden, bei der der Absender oder Empfänger einer Willenserklärung es vorzöge, konventionell zu kommunizieren, also Willenserklärungen nicht elektronisch versenden oder empfangen zu müssen. Für den Absender besteht eine solche Obliegenheit dann, wenn seine konventionell abgesandte Willenserklärung ansonsten keine Wirksamkeit erlangte; für den Empfänger umgekehrt, wenn eine an ihn adressierte elektronische Willenserklärung auch gegen seinen Willen, diese auf anderem Wege zu empfangen, wirksam würde.

Die Frage nach den allgemeinen Schranken elektronischer Kommunikation wird im Folgenden in einem Dreischritt beantwortet, an dessen Beginn die Feststellung der bürgerlich-rechtlichen Gleichwertigkeit aller Kommunikationsmittel steht. Wer nicht will, muss – ein Ausdruck allgemeiner Handlungsfreiheit i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG - überhaupt keine Willenserklärung abgeben. Erst recht muss niemand eine Willenserklärung auf eine bestimmte Art und Weise (insbesondere also nicht elektronisch) abgeben. Der Absender hat die freie Wahl hinsichtlich der Art und Weise, wie er eine Willenserklärung auf den Weg bringen will.

Beschränkt wird das Wahlrecht in einem zweiten Schritt ausnahmsweise durch Formvorschriften des BGB.

Eine dritte Schranke schließlich ist damit aufgestellt, dass empfangsbedürftige Willenserklärungen gem. § 130 BGB zugehen müssen, um wirksam zu werden. Die Untersuchung der Voraussetzungen des Zugangs einer Willenserklärung hat dabei ergeben, dass der Empfänger über die Rechtsfigur der *Widmung einer*

Empfangseinrichtung steuern kann, ob er elektronische Willenserklärungen empfangen will oder nicht.

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Willenserklärungen, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur i.S.d. § 126 a BGB versehen sind. Verfügt der Empfänger nicht über entsprechende technische Möglichkeiten zur Verifizierung einer Signaturdatei i. S. d. § 126 a BGB, hängt der Zeitpunkt des Zugangs formwirksamer elektronischer Willenserklärungen davon ab, ob gegenüber dem Erklärenden eine Empfangsvorrichtung für Erklärungen in elektronischer Form *gewidmet* worden ist. Ist dies der Fall, gehen sowohl das Quell- als auch das verschlüsselte Signaturdokument mit Eingang der Daten in die Mailbox des Empfängers zu. Fehlt es an der Widmung, hängt der Zugang von der tatsächlichen Kenntnisnahme vom Inhalt *beider Dateien* durch den Empfänger ab. Gegenüber dem Adressaten werden Willenserklärungen in Form des § 126 a BGB damit nur dann wirksam, wenn er sich mit dem Absender über die Verwendung der elektronischen Form ausdrücklich oder konkludent verständigt hat.

Teil 3 der Arbeit überträgt die genannten Grundsätze auf das Giroverhältnis zwischen Bank und Kunde.

Nach einem historischen Abriss der Digitalisierung von Kundenbeziehungen und einer anschließenden Darstellung der ökonomischen Hintergründe dieser Entwicklung wird die Frage nach der Zulässigkeit einer Verlagerung von Giroüberweisungen und Bargeldauszahlungen ausschließlich auf Bankautomaten durch eine Einordnung beider Bankgeschäfte in die Dogmatik der Willenserklärung eingeleitet. Die Qualifizierung der Giroüberweisung als *Willenserklärung* auf den Abschluss eines Überweisungsvertrages sowie der Geldauszahlungsanweisung als *Willenserklärung* im Rahmen des Rückgabeverlangens eines Verwahrungsvertrages verbindet diesen Teil der Arbeit mit den im Teil 2 herausgearbeiteten Grundsätzen.

Kann die Bank danach als Empfängerin von Willenserklärungen durch *Widmung* von Empfangseinrichtungen bestimmen, auf welche Art und Weise – elektronisch oder konventionell – ihr Willenserklärungen zugehen sollen, ist die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der Verlagerung von Giroüberweisung und Geldauszahlung auf Geldautomaten eine solche der Befugnis und den Schranken zur *Entwidmung* von Empfangseinrichtungen.

Die Schranken dieser Entwidmungsmacht bestimmen sich dabei je nach dem, ob der Zugangsweg mit dem Kunden vereinbart (Electronic-Banking etc.) oder lediglich aufgrund tatsächlicher Übung (insbesondere Bankschalter) besteht. Vereinbarte Zugangswege sind nur durch erneute Vereinbarung zu schließen, während der zur Beseitigung durch Übung gewidmeter Zugangswege notwendige *actus contrarius* durch faktische Maßnahmen (z.B. den Abbau der „Überweisungsbriefkästen“) erfolgt.

Die Schranken der Schließung konkludent gewidmeter Zugangswege ergeben sich durch Auslegung des Vertrages zwischen Bank und Kunden. Nach h. M. bestimmt die Auslegung der vertraglichen Pflichten, *ob* der Adressat überhaupt verpflichtet ist, erreichbar zu sein. *Ob* er Empfangsvorrichtungen organisieren muss oder es zu unterlassen hat, schon bestehende zu beseitigen, spitzt sich danach allein auf die erwähnte Frage nach der *Pflicht zu Empfangsvorkehrungen* zu, die - als Ergebnis einer Auslegung meist ungeschriebener Vertragspflichten - letztlich ein Problem der billigen Abwägung von Empfänger und Versenderinteressen ist. In diesem Sinne stellte sich die Automatisierung des Giroverhältnisses somit dar als Abwägungsproblem zwischen den Gestaltungs- und Rationalisierungsinteressen der Bank und den Kommunikationsinteressen des Kunden. Ist damit die Befugnis zur Schließung aller Zugangswege eine Frage der Auslegung der vertraglichen Pflichten, muss dies *erst recht* für die Schließung eines Teils gelten.

Die ausnahmslose und vollständige Verlagerung von Giroüberweisung und Bargeldauszahlung auf Bankautomaten stellt einen Verstoß gegen § 309 Nr. 13 BGB dar, da damit unzulässig Zugangswege verengt und zusätzliche Formhürden aufgebaut werden. Die europarechtskonforme Auslegung des § 310 Abs. 3 BGB ergibt, dass die § 307 ff. BGB im Verhältnis zum Verbraucher ausnahmsweise auch zur Inhaltskontrolle einseitiger faktischer Maßnahmen der Bank heranzuziehen ist. Gegen eine teleologische Reduktion der Norm spricht die Auslegung im Lichte des Wortlauts und der *ratio legis* der europarechtlichen Richtlinie 93/13/EG vom 05. 04. 1993, die in ihrem Anhang gem. Art. 3 Abs. 3 der RiLi für Gerichte verbindliche Auslegungs- und Kontrollmaßstäbe im Rahmen von Verbraucherverträgen statuiert.

Der abschließende Teil 4 der Arbeit untersucht die Schranken einer Digitalisierung der Girobeziehung unter dem Aspekt der Ungleichbehandlung von Behinderten und alten Menschen, denen die Bedienung der Bankautomaten vor teils unüberwindbare Probleme stellt. Dabei zeigt sich, dass Belange dieser Gruppen nicht mit dem Instrumentarium der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle bewältigt werden können, da im Rahmen der §§ 307 ff. BGB eine am Einzelfall orientierte konkret-typisierende Prüfung einem objektiv generalisierendem Maßstab weicht, der sich am Willen und dem Interesse der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise richtet.

Besonderheiten im Hinblick auf die Belange der genannten Gruppen gelten allerdings für Sparkassen als Träger öffentlicher Gewalt i.S.d. Art 1 Abs. 3 GG. Diese sind seit Inkrafttreten von sog. Behindertengleichstellungsgesetzen auf Landesebene dazu verpflichtet, ihre Internetauftritte und sonstigen elektronischen grafischen Programmoberflächen, zu denen auch die Bankautomaten zu zählen sind, nach Maßgabe von Verordnungen schrittweise technisch so auszugestalten, dass sie von behinderten

Menschen grundsätzlich uneingeschränkt genutzt werden können. Auf die Belange lediglich technisch inkompetenter, meist älterer Menschen lassen sich diese Regelungen weder direkt noch analog anwenden.

Eine Benachteiligung älterer Menschen durch eine Bankenpolitik, die zu einem faktischen Ausschluss konventioneller Verhaltensweisen führt, wird künftig wohl unter dem Aspekt mittelbarer Diskriminierung nach dem geplanten Antidiskriminierungsgesetz Bedeutung erlangen können. Aus § 22 Abs.1 ADG-E wird sich bei einer Bankpraxis, die mittelbar technikinkompetente oder behinderte Menschen ohne sachlichen Grund benachteiligte, ein Anspruch auf Beseitigung der Benachteiligung herleiten.

Ein Schutz vor einer Digitalisierung der Kundenbeziehung ist – jenseits aller streitigen Fragen der praktischen Wirksamkeit des als dem deutschen Zivilrecht fremd eingestuften Antidiskriminierungsgesetzes¹ – von den Regelungen dennoch nicht zu erwarten. Eher wird umgekehrt die Beseitigung diskriminierender Hürden einer Automatisierung Vorschub leisten, da damit zum einen die Scheu vor der Bedienung der Geräte gemindert würde, zum anderen mit dem Wegfall von Bedienungsschwierigkeiten der Druck auf Kunden wüchse, die neue Technik auch tatsächlich zu nutzen.

¹ Die Ankündigung eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes hat eine Flut - meist ablehnender - Reaktionen von Seiten der Rechtswissenschaft ausgelöst. Siehe zur Diskussion des ersten Gesetzentwurfs von 2001 etwa: von Koppenfels, in: WM 2002, S. 1489 ff.; Säcker, in: ZRP 2002, S. 286 ff; Picker, in: JZ 2002, S. 880 ff.; ablehnend auch von Münch, in: NJW 1999, S. 260 ff. Zustimmend dagegen Baer, in: ZRP 2002, S. 290 ff. Gegen ein Antidiskriminierungsgesetz von Vermieterverbandsseite insb. Jahn, in: FAZ vom 29.04.2002, S. 13. Zur Diskussion um den neuen Gesetzesentwurf siehe etwa Jobst/Krieger, Ein Halleluja für die Anwaltschaft!, in: BB 2004 Sonderbeilage zu Heft 51, S.20 ff.; Thüsing, in: NZW 2005, S. 32 ff.; Säcker, in: BB 2004 Sonderbeilage zu Heft 51, S. 16 ff..

Literaturverzeichnis

- Aladwani, Adel M.*, Online banking: a field study of drivers, development challenges and expectations, in: *International Journal of Information Management* 21 (2001), S. 213 ff.;
- Alisch, Herbert*, Zur Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung im rein kaufmännischen Geschäftsverkehr, in: *JZ* 1982, S. 706 ff.;
- Ambros, Hans*, Retail Banks am Scheideweg - Veränderte Kundenwünsche, neue Vertriebswege und Mitbewerber, in: *WM* 2000, S. 563 ff.;
- Ambros, Hans / Altenburger, Reinhard*, Retail Banks am Scheideweg, Wien 1998, zitiert als: Ambros, H. / Altenburger, R., Retail Banks;
- Baer, Susanne*, "Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, in: *ZRP* 2002, S. 290 ff.;
- Balzer, Arno*, Banken im Umbruch, in: *Manager Magazin*, Nr. 4 / 1996, S. 48 ff.;
- Bank for International Settlements*, Payment Systems in the Group of Ten Countries, 1993, zitiert als: Bank for International Settlements, Payment Systems; Quelle: www.bis.org / publ.;
- Bank for International Settlements*, Statistics on Payment Systems in the Group of Ten Countries, Figures for 1996, 12 / 1997, zitiert als: Bank for International Settlements, Statistics; Quelle: www.bis.org / publ.;
- Bauer, Jobst-Hubertus / Thüsing, Gregor / Schunder, Achim*, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, in: *NZA* 2005, S. 32 ff.;
- Bauer, Jobst-Hubertus / Krieger, Steffen*, Ein Hallelujah für die Anwaltschaft, in: *BB* 2004, S. 20 ff.;
- Benedict, Jörg*, Versuch einer Entmythologisierung der Zugangsproblematik (§130 BGB), Berlin 2000, zugleich Diss. Univ. Rostock, 1999, zitiert als: Benedict, Zugangsproblematik;
- Betsch, Oskar*, Vertrieb der Zukunft: ohne dem Banktresen?, in: *Bank und Markt* 1996, S. 10 ff.;
- Bieser, Wendelin / Kersten, Heinrich*, Elektronisch unterschreiben. Die digitale Signatur in der Praxis, 2. Auflage, Heidelberg 1999, zitiert als: Bieser / Kersten, Elektronisch unterschreiben;
- Bizer, Johann, / Hammer, Volker*, Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel, in: *DuD* 1993, S. 619 ff.;
- Blessing, Martin*, Auf dem Weg zur Multikanalbank, in: *WM* 2001, S. 1146 ff.;
- Bohatiuk, Erwin*, Beweiswert gespeicherter Informationen, in: *CR* 1989, S. 535 ff.;
- Borsum, Wolfgang / Hoffmeister, Uwe*, Bildschirmtext und Bankgeschäfte, in: *BB* 1983, S. 1441 ff.;

- Böhme, Martin*, Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der Leistungsbeschreibungen und der Preise durch die Deutsche Bundespost Telekom, in: Archiv für Post und Telekommunikation 1993, S. 276 ff.;
- Brinkmann, Franz-Josef*, Der Zugang von Willenserklärungen, Berlin 1984, zitiert als: Brinkmann, Zugang;
- Brox, Hans*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 25. Aufl., Köln u.a. 2001, zitiert als: Brox, BGB AT;
- Bundesnotarkammer (Hrsg.)*, Festschrift für Helmut Schippel, München 1996, zitiert als: Bearbeiter, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), FS Schippel;
- Bundesverband der deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR)*, Jahresbericht des BVR für 1993, Bonn, 1993, zitiert als: Bundesverband der deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, Jahresbericht des BVR für 1993;
- Bundesverband der deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR)*, Jahresbericht des BVR für 1997, Bonn, 1997, zitiert als: Bundesverband der deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, Jahresbericht des BVR für 1997;
- Bundesverband Deutscher Banken*, Liberalisierung von Bankdienstleistungen in der WTO, Berlin 2001, zitiert als: Bundesverband Deutscher Banken (2001), Quelle: <http://www.bdb.de>;
- Bundesverband Deutscher Banken*, Online-Banking Studie, zitiert als: Bundesverband deutscher Banken, (2000), Quelle: <http://www.bdb.de/download/demoskopie/00-10.pdf>;
- Bunte, Hermann-Josef*, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München 1982, zitiert als: Bunte, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen;
- Busche, Jan*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999, zitiert als: Busche, J., Privatautonomie;
- Bydlinski, Peter*, Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes, in: WM 1999, S. 1046 ff.;
- Campbell, P. / Dries, J. / Gilligan, R.*, Inclusion of older people in the information society: Policies and initiatives in Europe at EU and national level and in the USA. A joint research project of the European Institute for the Media, Düsseldorf, and the Netherlands Platform for Older People, Utrecht, Düsseldorf 1999, zitiert als: Campbell / Dries / Gilligan, Inclusion;
- Canaris, Claus-Wilhelm*, in: Canaris, Claus-Wilhelm / Schilling, Wolfgang / Ulmer, Peter, (Hrsg.), HGB - Großkommentar, 4. Auflage, 10. Lieferung: Bankvertragsrecht, Erster Teil, Berlin u.a., 1988, zitiert als: Canaris, Bankvertragsrecht;
- Caspar, Johannes*, Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, in: EuGRZ 2000, S. 135 ff.;
- Claussen, Carsten Peter*, Bank- und Börsenrecht, 2. Auflage, München 2000, zitiert als: Claussen, Bankrecht;
- Clemens, Rudolf*, Die elektronische Willenserklärung – Chancen und Gefahren, in: NJW 1985, S. 1998 ff.;

- Coase, Ronald H.*, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, 3 (1960), Vol. 3, S. 1 ff., zitiert als: Coase, R.H., Social Cost;
- Cohn, Willy*, Das Zugehen einer Willenserklärung, Dissertation Univ. Strassburg, 1910, zitiert als: Cohn, Zugehen;
- Danco, Anne*, Neue AGB der Sparkassen und Landesbanken / Girozentralen, in: ZBB 2002, S. 136 ff.;
- Davy, Ulrike*, Das Verbot der Diskriminierung wegen Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Die Behinderten in der Sozialen Sicherung, Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V., Wiesbaden 2002, zitiert als: Davy, Diskriminierung;
- Degener, Theresia*, Überblick, Referat gehalten auf dem Kongress "Gleichstellung jetzt !" am 20. / 21. Oktober 2000 in Düsseldorf, Quelle: www.behindertenbeauftragter.de, zitiert als: Degener, Referat;
- Degener, Theresia*, Verfassungsrechtliche Probleme mit der Behindertendiskriminierung in Deutschland, in: KJ 2000, S. 425 ff.;
- Delphi-Studie 1998*, Studie zur globalen Entwicklung von Wissenschaft und Technik erstellt vom Fraunhofer-Institut für Systemtechnik und Innovationsforschung (ISI), Karlsruhe 1998, zitiert als: Delphi-Studie 1998;
- Denninger, Erhard u.a. (Hrsg.)*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1, Neuwied 2001, zitiert als: Bearbeiter, in: Denninger / Hoffmann-Riem / Schneider / Stein, GG;
- Deutsche Bundesbank*, Neuere Entwicklungen im unbaren Zahlungsverkehr der Deutschen Bundesbank, in: Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, Nr. 8 / 1994, S. 47 – 63;
- Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, Nr. 12 / 2000, zitiert als: Monatsbericht der Deutschen Bundesbank Nr. 12 / 2000;
- Deville, Rainer / Kalthengener, Regina*, Wege zum Handelsverkehr mit elektronischen Unterschriften; in: NJW-CoR 1997, S. 168 ff.;
- Dilcher, Hermann*, Der Zugang von Willenserklärungen, in: AcP 154 (1955), S. 120 ff.;
- Dobbertin, Hans*, Digitale Fingerabdrücke, in: DuD 1997, S. 82 ff.;
- Dolzer, Rudolf / Vogel, Klaus (Hrsg.)*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Heidelberg 1999, zitiert als: Bearbeiter, in: Dolzer / Vogel, BK;
- Dörner, Heinrich / Ebert, Ina / Eckert, Jörn u.a.*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2002, zitiert als: Hk-BGB / Bearbeiter;
- Dötsch, Reinhard*, Zielorientierte Preispolitik im Zahlungsverkehr, in: Süchting, Joachim / Heitmüller, Hans-Michael (Hrsg.), Handbuch des Bankmarketings, 3. Auflage, Wiesbaden 1998, S. 171 ff., zitiert als: Dötsch, in: Süchting, P. u.a, Handbuch des Bankmarketings;

- Draznin, Daniel*, Allgemeine Probleme der Vertragsänderungen bei Dauerschuldverhältnissen mit Bezug zum Telekommunikationsrecht, in: Archiv für Post und Telekommunikation 1998, S. 126 ff.;
- Duttge, Gunnar*, Recht auf Datenschutz ? – Ein Beitrag zur Interpretation der grundrechtlichen Schutzbereiche, in: Der Staat 36 (1997), S. 281 ff.;
- Ebbing, Frank*, Schriftform und E-Mail, in: CR 1996, S. 271 ff.;
- Ebenroth, Carsten Thomas / Boujong, Karlheinz / Joost, Detlev*, (Hrsg.), Handelsgesetzbuch,
- Band 1, §§ 1 - 342 a, München 2001, zitiert als: Bearbeiter, in: Ebenroth / Boujong / Joost, HGB,
 - Band 2, §§ 343 - 475 h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht, München, 2001, zitiert als: Bearbeiter, in: Ebenroth / Boujong / Joost, BankR;
- Eichler, Alexander*, Signaturgesetz: Formvorschriften im BGB, in: DSWR 2001, S. 56 ff.;
- Einsele, Dorothee*, Das neue Recht der Banküberweisung, in: JZ 2000, S. 9 ff.;
- Einsele, Dorothee*, Anmerkung (zum Urteil des BGH vom 12. 12. 2000, Az XI ZR 138 / 00, d. Verf.), in: JZ 2001, S. 609 ff.;
- Enneccerus, Ludwig / Nipperdey, Hans-Carl*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Halbband - Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte, Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, 15. Auflage, Tübingen 1960, zitiert als: Enneccerus / Nipperdey, BGB Allgemeiner Teil, Halbbd. 2.;
- Erber-Faller, Sigrun*, Das maschinell geführte Grundbuch – Rechtliche und technische Grundlagen, in: ZfIR 1999, S. 971 ff.;
- Erber-Faller, Sigrun*, Gesetzgebungsvorschläge der Bundesnotarkammer zur Einführung elektronischer Unterschriften, in: CR 1996, S. 375 ff.;
- Erichsen, Hans-Uwe*, (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage, Berlin, New York 1995, zitiert als: Bearbeiter, in: Erichsen, AllgVerwR;
- Erkert, T. / Salomon, J.*, Seniorinnen und Senioren in der Wissensgesellschaft, Bielefeld 1998, zitiert als: Erkert / Salomon, Seniorinnen und Senioren in der Wissensgesellschaft;
- Ernst, Stefan*, Der Mausclick als Rechtsproblem – Willenserklärungen im Internet, in: NJW-CoR 1997, S. 166 ff.;
- Escher, Markus*, Bankrechtsfragen des elektronischen Geldes im Internet, in: WM 1997, S. 1173 ff.;
- Europäischer Rat*, Erklärung des Europäischen Rates von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, in: NVwZ 2002, S. 183 f.;
- Fabry, Beatrice / Augsten, Ursula*, Handbuch der Unternehmen der öffentlichen Hand, Baden-Baden 2002, zitiert als: Fabry / Augsten, Öffentliche Hand;
- Florian, Ulrich*, Rechtsfragen des Wertpapierhandels im Internet, München 2001, zugl. Diss. Univ. Münster, 1999 / 2000, zitiert als: Florian, Wertpapierhandel;

- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin u.a. 1979, Nachdruck 1992, zitiert als: Flume, Allgemeiner Teil II;
- Forum 2000*, Forum Info 2000, Ergebnisse der Arbeitsgruppe 4 "Bildung und Medienkompetenz im Informationszeitalter", 1998, zitiert als Forum 2000, Quelle: www.forum-informationsgesellschaft.de;
- Forum 2000*, Forum Info 2000, Ergebnisse der Arbeitsgruppe 5 "Senioren in der Informationsgesellschaft", 1998, zitiert als: Forum 2000, Quelle: www.forum-informationsgesellschaft.de;
- Francke, Hans-Hermann / Ketzel, Eberhart u.a.*, Finanzmärkte im Umbruch, Kredit und Kapital - Beiheft zu Heft 15 / 2000;
- Fringuelli, Pietro Graf / Matthias Wallhäuser*, Formerfordernisse beim Vertragsschluss im Internet, in: CR 1999, S. 93 ff.;
- Fritsche, Jörg / Malzer, Hans Michael*, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, in: DNotZ 1995, S. 3 ff.;
- Geis, Ivo*, Zivilprozessrechtliche Aspekte des elektronischen Dokumentenmanagements, in: CR 1993, S. 653 ff.;
- Geis, Ivo*, Die elektronische Signatur – Eine internationale Architektur der Identifizierung im E-Commerce, in: MMR 2000, S. 667 ff.;
- Geis, Ivo (Hrsg.)*, Die digitale Signatur – eine Sicherheitstechnik für die Informationsgesellschaft, Eschborn 2000, zitiert als: Geis (Hrsg.), Signatur;
- Gesmann-Nuissl, Dagmar*, Das neue Überweisungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch, in: JA 2000, S. 465 ff.;
- Gonalakis, Georgios*, Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, in: NJW 1997, S. 2993 ff.;
- Göbel, Karin*, Neue Sparkassen-AGB für Grenzüberschreitende Überweisungen, in: ZBB 1999, S. 395 ff.;
- Gößmann, Wolfgang / van Look, Frank*, Die Banküberweisung nach dem Überweisungsgesetz, in: WM-Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 19 / 2000, S. 1 - 50;
- Gößmann, Wolfgang*, Recht des Zahlungsverkehrs, Überweisung - Lastschrift - Scheck - Zahlungssysteme, 3. Auflage, Bielefeld 1997, zitiert als: Gößmann, W., Recht des Zahlungsverkehrs;
- Gößmann, Wolfgang*, Aspekte der ec-Karten-Nutzung, in: WM 1998, S. 1264 ff.;
- Grundmann, Stefan*, Grundsatz- und Praxisprobleme des neuen deutschen Überweisungsrechts, in: WM 2000, S. 2269 ff.;
- Habicht, Hermann*, Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung, in: DJZ 1901, S. 265 ff.;

- Hadding, Walther / Häuser, Franz*, Gutschrift und Widerruf des Überweisungsauftrags im Giroverhältnis, in: WM 1988, S. 1149 ff.;
- Hagen, Horst*, Formzwang, Formzweck, Formmangel und Rechtssicherheit, in: Festschrift für Helmut Schippel, München 1996, zitiert als: Bearbeiter, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), FS Schippel;
- Hartmann, Wulf*, Das neue Überweisungsgesetz, in: Die Bank 1999, S. 536 ff.;
- Hartmann-Wendels, Thomas / Pfingsten, Andreas / Weber, Martin*, Bankbetriebslehre, 2. Auflage, Berlin 2000, zitiert als: Hertmann-Wendels / Pfingsten / Weber, Bankbetriebslehre;
- Hauck, Karl / Noftz, Wolfgang*, Sozialgesetzbuch, Kommentar, 1. Band, SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Berlin, Grundwerk Stand 2001, zitiert als: Bearbeiter, in: Hauck / Noftz, SGB;
- Hähnchen, Susanne*, Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, in: NJW 2001, S. 2831 ff.;
- Häuser, Franz*, Zur Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen (97 / 5 / EG) in deutsches Recht, in: WM 1999, S. 1037 ff.;
- Heck, Philipp*, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, Nachdruck 1959, zitiert als: Heck, Schuldrecht;
- Heinrichs, Helmut*, Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: NJW 1993, S. 1820 ff.;
- Hellner, Thorwald, / Steuer, Stephan, (Hrsg.)*, Bankrecht und Bankpraxis (BuB), Loseblatt, Band 5, Köln, zitiert als: Bearbeiter in: Hellner, T. / Steuer, S., BuB;
- Hesse, Konrad*, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, in: AöR 109 (1984), S. 174 ff.;
- Heun, Sven-Erik*, Elektronisch erstellte oder übermittelte Dokumente und Schriftform, in: CR 1995, S. 2 ff.;
- Heun, Sven-Erik*, Die elektronische Willenserklärung, in: CR 1994, S. 595 ff.;
- Hikel, Dieter Andreas*, Tragung des EDV-Risikos im Recht der Banküberweisung, Tübingen, 1988, zugleich Diss. Univ. Tübingen 1988, zitiert als: Hikel, D. A., EDV-Risiko;
- Hoeren, Thomas, / Holznagel, Bernd*, Rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Zahlungsverkehrs, Berlin 1999, zitiert als: Hoeren / Holznagel, Rahmenbedingungen;
- Hoeren, Thomas / Schüngel, Martin (Hrsg.)*, Rechtsfragen der digitalen Signatur: eine Einführung in Recht und Praxis der Zertifizierungsstellen, Berlin 1999, zitiert als: Hoeren / Schüngel, Rechtsfragen;
- Hoeren, Thomas / Queck, Robert (Hrsg.)*, Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, Berlin 1999, zitiert als: Hoeren / Queck, Informationsgesellschaft;

- Hoeren, Thomas (Hrsg.)*, Handbuch Multimediarecht, Loseblatt, München, zitiert als: Bearbeiter, in: Hoeren, Handbuch Multimediarecht;
- Hruby, Alexander*, Der Einsatz von Electronic Commerce in Banken, 1999, Quelle: www.uni-karlsruhe.de/~uon1/ecba.pdf, zitiert als: Hruby, E-Commerce;
- Huber, Christian (Hrsg.)*, Bankrecht, Bankensystem - Bankenaufsicht - Recht der Bankgeschäfte, Baden-Baden, 2001, zitiert als: Bearbeiter, in: Huber, Ch., Bankrecht;
- Ikas, Klaus*, Zum Recht der elektronischen Zahlung mit Debetkarten in bargeldlosen Kassensystemen (EFTPOS), Berlin 1992, zugleich Diss. Univ. Tübingen 1991, zitiert als: Ikas, Debetkarten;
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 1992, zitiert als: Isensee / Kirchhof, HdbStR V;
- Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 5. Aufl., München 2000, zitiert als: Bearbeiter in: Jarass / Pieroth, GG;
- Jones, M. C.; Pearson, R. A.*, Developing an instrument to measure computer literacy. *Journal of Research on Computers in Education*, 29, 1996, S. 17 ff.;
- Jösting, Norman*, Wann geht nach § 130 BGB eine Willenserklärung zu ?, Marburg 1917, zugl.: Diss. Univ. Marburg 1917, zitiert als: Jösting, Willenserklärung;
- Juncker, Klaus / Muthesius, Peter (Hrsg.)*, Rationalisierung im Kreditwesen, Frankfurt am Main 1979;
- Jung, Peter*, Handelsrecht, 2. Auflage, München 1999, zitiert als: Jung, P., Handelsrecht;
- Jungermann, Sebastian*, Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers und die Bedeutung des § 71 ZPO für elektronische Dokumente, in: CR 2001, S. 868 ff.;
- Jürgens, Gunther*, Die verfassungsrechtliche Stellung Behinderter nach Änderung des Grundgesetzes, in: ZfSH / SGB 1995, S. 353 ff.;
- Kerscher, Bernhard A.*, Telekommunikation im Bankgeschäft. Regensburg 1996, Univ. Diss. Regensburg 1996, zitiert als: Kerscher, Telekommunikation;
- Kindl, Johann*, Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signaturen, in: MittBayNot 1999, S. 29 ff.;
- Klamt, Angelika / Koch, Christian*, Das neue Überweisungsgesetz, in: NJW 1999, S. 2776 ff.;
- Klamt, Angelika / Koch, Christian*, Das neue Überweisungsrecht, in: DB 1999, S. 943 ff.;
- Koch, Wilhelm*, Der Zugang der Willenserklärung, Diss. Marburg, 1929, zitiert als: Koch, Zugang.
- Konert, Bertram*, Sozio-ökonomische Aspekte und Perspektiven des Electronic Banking in der Bundesrepublik Deutschland: technische, ökonomische und soziale Determinanten und Wirkungen, Köln u.a 1992, zugleich: Osnabrück, Univ., Diss., 1992, zitiert als: Konert, B., Electronic Banking;

- Köhler, Helmut*, BGB Allgemeiner Teil, 25. Auflage, München 2001, zitiert als: Köhler, BGB;
- Köhler, Helmut*, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge insbesondere von Willenserklärungen, in: AcP 182 (1982), S. 126 ff.;
- Köhler, Markus / Arndt, Hans-Wolfgang*, Das Recht des Internet, Heidelberg 2001, zitiert als: Köhler / Arndt, Internetrecht;
- Köhler, Helmut*, Die Unterschrift als Rechtsproblem, in: Festschrift für Helmut Schippel, München 1996, zitiert als: Köhler, in: FS Schippel;
- Köndgen, Johannes*, Bankgebühren - Ökonomie und Recht kreditwirtschaftlicher Entgeltgestaltung, in: ZBB 1997, S.117 ff.;
- Kreis, Markus*, Thesen zu Vertragsschluss mittels Btx, in: jur-pc 1994, S. 2879 ff.;
- Krüger, Thomas / Büttner, Michael*, Elektronische Willenserklärungen im Bankgeschäftsverkehr – Risiken des Online-Banking, in: WM 2001, S. 221 ff.;
- Krupp, Georg*, Erfolgsstrategien für parallele Vertriebskanäle im Privatkundengeschäft, in: Die Bank 1996, S. 712 ff.
- Lange, Thomas A. (Hrsg.)*, Internet Banking, Der Bankvertrieb im Umbruch, Wiesbaden 1998, zitiert als: Lange, T. A., Internet Banking;
- Larenz, Karl / Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997, zitiert als: Larenz / Wolf, BGB Allgemeiner Teil;
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage, Berlin u.a. 1979, zitiert als Larenz, Methodenlehre;
- Lenz, Carl, Otto*, EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 2. Auflage, Köln 1999, zitiert als: Bearbeiter, in: Lenz, EGV;
- Leptihn, Bernd*, Vorsicht, Ihr Konto wird geklaut!, Hrsg. von der NDR-Redaktion des Ratgebers Technik, Königswinter 2000, zitiert als: Leptihn, Ratgeber Technik;
- Longman Group*, Longman dictionary of the English language, 2nd edition, 1991, zitiert als: Longman dictionary of the English language;
- Löwe, Walter / von Westphalen, Friedrich Graf / Trinkner, Reinhold*, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Band II: §§ 10 - 30, Heidelberg 1983, zitiert als: Löwe / von Westphalen / Trinkner, AGBG;
- Lüke, Gerhard / Wax, Peter (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, §§ 355 – 802 , München 2000 - Ergänzungsband Zivilprozessreform, München 2002, zitiert als: Bearbeiter, in: MüKo-ZPO;
- Macneil, Ian*, Contracts: Adjustment to Long-term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law: in: Northwest Univ. Law Review 72 (1977 / 1978) S. 854 ff.;

- Maennel, Frithjof*, Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, in: MMR 1999, S. 187 ff.;
- Mahler, Alvin*, Strukturwandel im Bankensektor - Der Einfluss neuer Telekommunikationsdienste, Diskussionsbeitrag des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK), Nr. 184, Bad Honnef 1998, zitiert als: Mahler, A. (1998);
- Malzer, Hans Michael*, Zivilrechtliche Form und prozessuale Qualität der digitalen Signatur nach dem Signaturgesetz, in: DNotZ 1998, S. 98 ff.;
- Malzer, Hans Michael*, Die öffentliche Beglaubigung – Wesen, Funktion, Bedeutung und Perspektive einer zivilrechtlichen Formvorschrift, in: DNotZ 2000, S. 169 ff.;
- Mankowski, Peter*, Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?, in: NJW 2002, S. 2822 ff.;
- Mankowski, Peter*, Zum Nachweis des Zugangs bei elektronischen Erklärungen, in: NJW 2004, S. 1901 ff.;
- Manssen, Gerrit*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, Tübingen 1994, zitiert als: Manssen, Privatrechtsgestaltung;
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman (Hrsg.)*, Grundgesetz, Kommentar - Band I, München, Stand: 39. Lieferung, Juli 2001, - Band IV, 37. Lieferung, August 2000, zitiert als: Bearbeiter, in: Maunz / Dürig, GG;
- Mayerson, Arlene B.*, Americans with Disabilities Act Annotated, West Group, St. Paul MN, 1994, zitiert als: Meyerson, Americans with Disabilities Act Annotated;
- Medicus, Dieter*, Bürgerliches Recht, 18. Auflage, Berlin u.a. 1998, zitiert als: Medicus, Bürgerliches Recht;
- Medicus, Dieter*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Auflage, Heidelberg 1997, zitiert als: Medicus, BGB Allgemeiner Teil;
- Metz, Rainer*, Banken und Verbraucher – eine Bilanz der Rechtsprechung des XI. Zivilsenates nach den Erfahrungen der Verbraucherschutzzentrale Nordrhein-Westfalen, in: Horn, Norbert / Lwowski, Hans-Jürgen / Nobbe, Gerd (Hrsg.), Festschrift für Herbert Schimansky, Köln 1999, S. 83 ff; zitiert als: Metz, FS Schimansky;
- Meyer zu Selhausen, Hermann*, Prospektive Lebensdauer-Kalkulation von Kundenverbindungen - Ansatzpunkte für Akquisition, Kundenbetreuung und Geschäftsfeldstrategie, in: ZBB 1989, S. 77 ff.;
- Monitoring eGovernment*, Das Jahrbuch für Deutschland 2002 / 2003, Wegweiser GmbH, Frunhofer eGovernment Zentrum, Berlin 2002, zitiert als: Monitoring eGovernment;
- Monitoring Informationswirtschaft*, 6. Faktenbericht 2003, Studie der NFO Infratest GmbH & Co. KG im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Quelle: www.bmwi.de;

Möstl, Markus, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, Insbesondere die Bindung der Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost an Art. 10 GG nach der Postreform II, München 1999, zugleich Diss. Univ. München 1998, zitiert als: Möstl, Grundrechtsbindung;

Müglich, Andreas, Neue Formvorschriften für den E-Commerce - Zur Umsetzung der EU-Signaturrichtlinie in deutsches Recht, in: MMR 2000, S. 7 ff.;

Münch, Christof, Das Giralgeld in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1990, zugleich Diss. Univ. Würzburg, 1990, zitiert als: Münch, Giralgeld;

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

herausgegeben von Säcker, Franz Jürgen u.a., München,

- Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240, AGBG, 3. Auflage 1993,

- Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240, AGBG, 4. Auflage 2001,

- Band 3, §§ 607 – 704, 3. Auflage 1997,

zitiert als: Bearbeiter, in: MüKo-BGB;

Neuner, Jörg, Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, in: NJW 2000, S. 1822 ff.;

Oberender, Peter (Hrsg.), Finanzdienstleistungen und Finanzmärkte im Umbruch, Berlin 2001, zitiert als: Oberender, Finanzdienstleistungen;

Oertmann, Paul, Zugehen und Vernehmen, in: Recht 1906, S. 721 ff.;

Ogger, Günter, Das Kartell der Kassierer, München 1994, zitiert als: Ogger, G., Das Kartell der Kassierer;

o. V.: Neue Bedingungen für den Überweisungsverkehr, in: ZBB 2002, S. 60 ff.;

o. V.: „Die Finanzdienstleister stecken in einer schweren Krise“, in: FAZ vom 25.07.2002, S. 16;

o. V.: „Kursverfall bei Bankaktien ist dramatisch“ in: FAZ vom 10.10.2002, S. 21;

o. V.: „Wer Widerspruch wagt, dem wird gekündigt“ FAZ, vom 11.09.2002, S. 23;

o. V.: „Großbaustelle Bank“, in: Bank der Zukunft, Verlagsbeilage zur Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 83, 10.04.2002, S. B 4;

o. V.: „Europas Banken schaffen den Scheck ab“, in: FAZ vom 05.04.2002, S. 13;

o. V.: „Wetterleuchten am Finanzplatz Frankfurt“, in: FAZ vom 29.01.2002, S. 15;

o. V.: „Die Angst vor dem schleichenden Abzug der Banken - Fusionen, Entlassungen, neue Strukturen: Die Kreditbranche ist im Umbruch wie nie/Verliert Frankfurt seine Bedeutung als Finanzplatz?“, in: FAZ vom 29.01.2002, S. 15;

o. V.: „Die Finanzdienstleister stecken in einer schweren Krise“, in: FAZ vom 25.07.2002, S. 16;

- o. V.*: „Großbaustelle Bank“, in: Bank der Zukunft, Verlagsbeilage zur Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 83, 10.04.2002, S. 1;
- o. V.*: „Bank der Zukunft“, Verlagsbeilage zur Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 83, 08.04.2003, S. 1;
- o. V.*: “Großbanken wollen Zahlungsverkehr gemeinsam abwickeln”, in: FAZ vom 20.06.2002, S. 16;
- o. V.*: „Das Prinzip Supermarkt“, in: Bank der Zukunft, Verlagsbeilage zur Frankfurter Allgemeinen Zeitung Nr. 83, 08.04.2003, S. B4.
- o. V.*: „Bargeldloses Bezahlen immer beliebter“, in: FAZ vom 25.04.2002, S. 25;
- Oliver, M.*, Understanding Disability, From Theory to Practice, Macmillan, 1996, zitiert als: Oliver, Understanding Disability;
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, München 2002, zitiert als: Palandt/Bearbeiter, BGB;
- Pallas, Alexander*, Die Preisverzeichnisse der Kreditinstitute und ihre AGB-rechtlichen Grundlagen, Berlin 2001, zugl. Diss. Univ. Bremen, zitiert als: Pallas, Preisverzeichnisse;
- Picker, Eduard*, Antidiskriminierungsgesetz - Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, in: JZ 2002, S. 880 ff.;
- Picot, Arnold / Neuburger, Rahild*, Banken und das Firmenkundengeschäft im Internet-Zeitalter, 2000, zitiert als: Picot, A. / Neuburger, R., Firmenkundengeschäft;
- Porter, M.*, Strategy and the Internet, Harvard Business Review, 03/2001, S. 60 ff.;
- Posner, Richard A.*, Economic Analysis of Law, 2. Aufl., Boston 1977; zitiert als: Posner, Law;
- Priewasser, Erich*, Die Priewasser-Prognose, Bankstrategien und Bankmanagement 2009, Frankfurt a.M., 1994, zitiert als: Priewasser, E., Prognose;
- Quambusch, Erwin*, Das Recht der Geistigbehinderten, 4. Auflage, München 2001, zitiert als: Quambusch, Geistigbehinderte;
- Raiser, Ludwig*, Kontrahierungszwang im Monopolrecht, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. II, Karlsruhe 1961, S. 523 ff., zitiert als: Raiser, L., Kontrahierungszwang;

- Rapp, Christiane*, Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen, München, 2002, zugleich Diss. Univ. München, 2001, zitiert als: Rapp, Rahmenbedingungen;
- Reichenbach, Peter*, Der Anspruch behinderter Schülerinnen und Schüler auf Unterricht in der Regelschule, Berlin 2001, zugleich Diss. Univ. Bielefeld 1999 / 2000, zitiert als: Reichenbach, Anspruch;
- Reiser, Cristof*, Fortschreitende Beleglosigkeit im Zahlungsverkehr durch EZÜ- und EZL-Abkommen, in: WM 1990, S. 745 ff.;
- RGRK*, Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes; Kommentar, (BGB - RGRK) / hrsg. von Mitgliedern d. Bundesgerichtshofes – Band 1, §§ 1 – 240, 12. Auflage, zitiert als: RGRK / Bearbeiter, BGB;
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz*, Zivilprozessrecht, 14. Auflage, München 1986, zitiert als: Rosenberg / Schwab, ZPO;
- Roßnagel, Alexander*, Das neue Recht elektronischer Signaturen, in: NJW 2001, S. 1817 ff.;
- Roßnagel, Alexander*, Auf dem Weg zu neuen Signaturregelungen, in: MMR 2000, S. 459 ff.;
- Russenschuck, Viola*, Die Auszahlung von Bargeld an Automaten nach deutschem Zivilrecht, Berlin 2002, zugleich Diss. Univ. Mainz, 2001, zitiert als: Russenschuck, Auszahlung;
- Sachs, Michael*, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1999, zitiert als: Bearbeiter in: Sachs, GG;
- Sachs, Michael*, Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, in: RdJB 1996, S. 154 ff..
- Sanner, Markus*, Die digitale Signatur, Regensburg 2001, zugleich Diss. Univ. Regensburg 2000, zitiert als: Sanner, Digitale Signatur;
- Säcker, Franz-Jürgen*, "Vernunft statt Freiheit!" - Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, in: ZRP 2002, S. 286 ff.;
- Säcker, Franz-Jürgen*, Europäische Diskriminierungsverbote und deutsches Zivilrecht, in: BB 2004, Sonderbeilage zu Heft 51, S. 16 ff.;
- Scheffler, Hauke / Dressel, Christian*, Vorschläge zur Änderung zivilrechtlicher Formvorschriften und ihre Bedeutung für den Wirtschaftszweig E-Commerce, in: CR 2000, S. 378 ff.;
- Schierenbeck, Henner*, Ertragsorientiertes Bankmanagement. Controlling in Kreditinstituten, 4. Aufl., Wiesbaden 1994, zitiert als: Schierenbeck, H., Bankmanagement;
- Schimansky, Herbert / Bunte, Hermann-Josef / Lwowski, Hans-Jürgen*, Bankrechts-Handbuch - Band I, 2. Auflage, München 2001 - Band I, 1. Auflage, zitiert als: Bearbeiter, in: Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechts-Handbuch;
- Schlierbach, Helmut*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in West-Berlin, 2. Auflage, Stuttgart 1971, zitiert als: Schlierbach, H., Sparkassenrecht;

Schlink, Bernhard / Pieroth, Bodo, Grundrechte, Staatsrecht II, 18. Auflage, Heidelberg 2002, zitiert als: Pieroth / Schlink, Grundrechte;

Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
- Band 1 - Erstes Buch. Handelsstand. §§ 1 - 104, München 1996,
- Band 5 - Viertes Buch. Handelsgeschäfte Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§ 343 - 372, Recht des Zahlungsverkehrs u.a., München, 2001,
zitiert als: Bearbeiter, in: Schmidt, K., MüKo-HGB (ZahlungsV);

Schmidt, Karsten, Handelsrecht, 5. Auflage, Berlin u.a. 1999, zitiert als: Schmidt, K., Handelsrecht;

Schneider, Jochen, Handbuch des EDV-Rechts, 2. Auflage, Köln 1997, zitiert als: Schneider, EDV-Recht;

Schröder, Meinhard, Wirkungen der Grundrechtscharta in der europäischen Rechtsordnung, in: JZ 2002, S. 849 ff.;

Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, zitiert als: Bearbeiter, in: Schulte-Nölke / Schulze, Schuldrechtsreform;

Schulz, Carsten, Das neue Recht der Banküberweisung, in: ZBB 1999, S. 287 ff.;

Schuppenhauer, Rainer, Beleg und Urkunde – ganz ohne Papier?, in: DB 1994, S. 2041 ff.;

Schweizer, Kerstin, Der Gleichberechtigungssatz - neue Form, alter Inhalt?, Berlin 1998, zugleich Diss. Univ. München, zitiert als: Schweizer, Gleichberechtigungssatz;

Schwemmer, Jürgen, Frontbericht 1.0. Der steinige Weg zur digitalen Unterschrift, in: DuD 2000, S. 71 ff.;

Schwintowski, Hans-Peter / Schäfer, Frank A., Bankrecht, Commercial Banking / Investment Banking, Köln u.a. 1997, zitiert als: Schwintowski / Schäfer, Bankrecht;

Schäfer, Hans-Bernd / Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin u.a. 1986; zitiert: Schäfer, H.-B. / Ott, C., Ökonomische Analyse;

Schüller, Stephan, Strategische Bedeutung des Filialgeschäftes für eine Großbank, in: WM 1998, S. 542 f.;

Schürmann, Frank, Wohnraumkündigung per Telefax – formungültig und dennoch fristwährend, in: NJW 1992, S. 3005 ff.;

Siebert, Lars Michael, Das Direktbankgeschäft, Baden-Baden 1998, zugleich Diss. Univ. Konstanz 1998, zitiert als: Siebert, L. M., Direktbankgeschäft;

Soergel, Hans Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,
- Band 2, Allgemeiner Teil, §§ 104 - 240, 13. Auflage, Köln 1999,
- Band 2, Schuldrecht I (§§ 241 - 432), 12. Auflage, Köln 1990,
- Band 4, Schuldrecht III 2 (§§ 651 a - 704), 12. Auflage, Köln 1999,
zitiert als: Soergel / Bearbeiter, BGB;

- Spranger, Tade*, Wen schützt Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG?, in: DVBl. 1998, S. 1056;
- Stadelhofer, Carmen*, Möglichkeiten und Chancen der Internetnutzung durch Ältere, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2000, S. 186 ff.;
- Stahl, Ernst / Wimmer, Andreas*, Einsatz von SB-Internet-Terminals bei Banken und Sparkassen, Ibi-Studie 1041, Regensburg, 2001, zitiert als: Stahl, E. / Wimmer, A., SB-Internet-Terminals;
- Staudinger, Julius von (Begrd.)*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
- Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90 – 240, 12. Bearbeitung 1980,
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 652 – 740, 12. Bearbeitung 1991,
- AGBG, 13. Bearbeitung, Berlin 1998,
zitiert als Bearbeiter in: Staudinger-BGB;
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin*, Kommenter zur Zivilprozessordnung, zitiert als: Bearbeiter, in: Stein / Jonas, ZPO;
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III / 1, München 1988, zitiert als: Stern, Staatsrecht III / 1;
- Stockmann, Carsten*, Elektronische Bankfilialen und virtuelle Banken - Das Privatkundengeschäft von Universalbanken im elektronischen Markt, Regensburg 1997, zugleich Diss. Univ. Regensburg 1997, zitiert als: Stockmann, C., Bankfilialen;
- Stracke, Guido / Pohl, Michael*, Financial Services in Deutschland (I), (II), (III), in: Die Bank 1987, S. 231ff, S. 421 ff., S. 539 ff.;
- Strassmair, Stefan M.*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, Berlin 2002, zugleich Diss. Univ. München 2001, zitiert als Strassmair, Gleichheitssatz;
- Streinz, Rudolf*, Europarecht, 5. Auflage, Heidelberg 2001, zitiert als: Streinz, Europarecht;
- Süßenberger, Christoph*, Das Rechtsgeschäft im Internet, Frankfurt a.M. 2001, zugleich Diss. Univ. Frankfurt am Main 2000, zitiert als: Süßenberger, Rechtsgeschäft;
- Süchting, Joachim / Heitmüller, Hans-Michael (Hrsg.)*, Handbuch des Bankmarketings, 3. Auflage, Wiesbaden 1998; zitiert als: Süchting, P. / Heitmüller, H.-M., Bankmarketing;
- Süchting, Joachim / Paul, Stephan*, Bankmanagement, 4. Auflage, Stuttgart 1998, zitiert als: Süchting, J. / Paul, S., Bankmanagement;
- Svindland, Erik*, Elektronische Märkte für Finanzdienstleistungen, in: Francke, Hans-Hermann / Ketzler, Eberhart u.a., Finanzmärkte im Umbruch, Kredit und Kapital - Beiheft zu Heft 15 / 2000, Berlin 2000, S. 103 ff.;
- Thießen, Friedrich*, Positionen zur Zukunft des Privatkundengeschäfts, in: Bank und Markt, 1996, S. 15 ff.;
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 25. Auflage, München 2003, zitiert als: Thomas / Putzo, ZPO;
- Titze, Heinrich*, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen, in: JheringsJB 47 (1904), S. 379 ff.;

- TNS EMNID*, Der Verweigereratlas – Eine Basiserhebung, TNS Interactiv Emind@Emnid, 2001, Quelle: www.emind.emnid.de;
- Treumann, Klaus-Peter / Baacke, Dieter / Haacke Kirsten / Hugger, Kai Uwe / Vollbrecht, Ralf*, Medienkompetenz im digitalen Zeitalter, Opladen 2002, zitiert als Treumann u.a., Medienkompetenz;
- Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 51. Auflage, München 2003, zitiert als: Tröndle / Fischer, StGB;
- Trölitzsch, Thomas / Jaeger, Carsten*, Belege im bargeldlosen Zahlungsverkehr: Grenzen der Rationalisierung im Privatkundengeschäft, in: BB 1994, S. 2152 ff.;
- Ulmer, Peter / Brandner, Erich / Hensen, Harry*, AGB-Gesetz, Kommentar, 9. Auflage, Köln 2001, zitiert als: Bearbeiter, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGBG;
- Ultsch, Michael*, Zivilrechtliche Probleme elektronischer Erklärungen – dargestellt am Beispiel der Electronic Mail, in: DZWir 1997, S. 467 ff.;
- von Blume, Wilhelm*, Versäumnis des Empfangs von Willenserklärungen, in: JheringsJB 51 (1907), S. 1 ff.;
- von Koppenfels, Katharina*, Das Ende der Vertragsfreiheit ? - Erkenntnisse aus dem vorläufig gescheiterten zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetz für die Umsetzung der Richtlinien 2000/43/Eg und 2000/78/EG -, in: WM 2002, S. 1489;
- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian (Hrsg.)*, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar - Band 1, Art. 1 - 19, 4. Aufl., München 1999 - Band 3, Art. 79 - 146, 4. Aufl., München 2001, zitiert als: Bearbeiter, in: von Mangoldt / Klein / Starck, GG;
- von Münch, Ingo*, Antidiskriminierungsgesetz - notwendig oder überflüssig?, in: NJW 1999, S. 260 ff.;
- von Westphalen, Friedrich*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Loseblatt, München, zitiert als: Bearbeiter, in: von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke
- Wahrig, Gerhard*, Deutsches Wörterbuch, Neuausgabe 1985, zitiert als: Wahrig, Deutsches Wörterbuch;
- Walter, Herbert*, Gebührenpolitik - ein Instrument zur Steuerung des Kundenverhaltens im Zahlungsverkehr, in: bank und markt 1980, s. 21 ff.;
- Weides, Peter*, Sparkassenrecht, Synoptische Darstellung, Berlin 1992, zitiert als: Weides, Sparkassenrecht,
- Weiss, Ulrich*, Zur Europa-Strategie der deutschen Banken, in: Süchting, Joachim / Heitmüller, Hans-Michael (Hrsg.), Handbuch des Bankmarketings, 3. Auflage, Wiesbaden 1998, S. 433 ff., zitiert als: Weiss, U., Europa-Strategie;
- Werner, Olaf*, Zur Eigenhändigkeit letztwilliger Verfügungen, in: DNotZ 1972, S. 6 ff.;

- Westermann, Harm Peter (Hrsg.)*, Erman - Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band II, 10. Auflage, Münster 2000, zitiert als: Bearbeiter, in: Westermann, Erman-BGB;
- Wägenbaur, Rolf*, Bericht aus Brüssel - Nizza: Proklamation der Grundrechtscharta, in: ZRP 2001, S. 44 ff.;
- WHO - World Health Organization*, ICF - International Classification of Functioning, Disability and Health, Geneva 2001, zitiert als: WHO, ICF 2001;
- Wiendieck, G. u.a.*, Konsumentenentscheidungen - Darstellung und Diskussion konkurrierender Forschungsansätze, in: Irle, M., Methoden und Anwendungen in der Marktpsychologie, Enzyklopädie der Psychologie, Themengebiet D, Serie III, Band 5, Göttingen 1983, S. 1 - 63, zitiert als: Wiendieck, G.,
- Wiesel, Ernst*, Sparkassen und Landesbanken auf dem Prüfstand des europäischen Wettbewerbsrechts, in: ZBB 2001, S. 288 ff.;
- Wiesgickl, Margareta*, Rechtliche Aspekte des Online-Banking, in: WM 2000, S. 1039 ff.;
- Wiesner, Peter M.*, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Unternehmensrecht, BB 2001, Beilage 8 zu Heft 44;
- Wolf, Manfred / Horn, Norbert / Lindacher, Walter F.*, Gesetz zur Regelung des rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 4. Auflage 1999, zitiert als: Wolf / Horn / Lindacher, AGBG;
- World Health Organization*, International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps, A manual of classification relating to the consequences of disease, 1980, reprint 1993, zitiert als: World Health Organization, International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps;
- Wörner, Gerald*, Wirtschaftlichkeitsanalyse elektronischer Bankvertriebswege, Regensburg 1997, zugleich Diss. Univ. Regensburg 1997, zitiert als: Wörner, G., Wirtschaftlichkeitsanalyse;
- Zöller, Richard*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 23. Auflage, Köln 2002, zitiert als: Bearbeiter, in: Zöller, ZPO;

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier – ISO 9706