

# Rechtsfragen beim Geschäftsverkehr mit Banken

unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Banken

von Dr. Georgios Gounalakis und  
Rechtsanwalt Felix Breidenstein, Frankfurt am Main

**Rechtsquellen:** BGB, HGB, AGBG, VerbrKG, DepotG, AGB-Banken, Rechtsprechung.

**Literatur:** Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Auflage — erschienen als Band 3 Teil 3 des Handelsgesetzbuchs, Großkommentar, 1981; Werhahn/Schebesta, AGB und Sonderbedingungen der Banken, Loseblatt (Stand: Juni 1990); Baumbach/Duden/Hopt, Handelsgesetzbuch Anhang Nr. 7 und 8, 1989; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 150–170, 1990; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 1989.

## I. Einleitung

Der Geschäftsverkehr mit und zwischen den Kreditinstituten (Banken, Sparkassen und Kreditgenossenschaften) ist über weite Bereiche standardisiert. Gleiches gilt für den rechtlichen Rahmen der Bankgeschäfte. Die Kreditinstitute legen ihren Geschäftsbeziehungen heute fast ausschließlich die von ihren Spitzenverbänden ausgearbeiteten **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (AGB) zugrunde, die ständig an die sich verändernden Anforderungen und weiterentwickelten Rechtsprechungsgrundsätze angepaßt werden. Obwohl zur Änderung der AGB keine aufsichtsrechtliche Genehmigung erforderlich ist, werden das Bundeskartellamt (§ 102 GWB) und das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen in die Änderungsprüfung regelmäßig mit einbezogen, wobei diese Vorabprüfung die Kreditinstitute nicht vor nachteiliger Rechtsprechung schützt: Gerade in der jüngsten Vergangenheit haben Gerichte in zahlreichen Urteilen einzelne AGB-Klauseln für unwirksam erklärt bzw. deren Anwendungsbereich begrenzt.

Der nachfolgende Beitrag behandelt schwerpunktmäßig die **AGB-Banken**, da sie von den meisten Kreditinstituten verwendet werden, wie z. B. von allen im **Bundesverband Deutscher Banken e. V.** zusammengeschlossenen privatrechtlich organisierten Kredit-, Regional- und Großbanken sowie — nahezu unverändert — von allen im Bundesverband der Deutschen Volks- und Raiffeisenbanken e. V. zusammengeschlossenen Kreditgenossenschaften. **Anderer AGB bedienen sich die öffentlichen Sparkassen und Girozentralen**, die aber lediglich in der Nummernfolge und einigen Details von denen der Banken und Kreditgenossenschaften abweichen. Für die AGB-Sparkassen gelten daher die Ausführungen entsprechend. Nicht im einzelnen erörtert werden: die Sonderbedingungen für den Scheckverkehr, den ec-Service (vgl. dazu NWB F. 21 S. 1013), für die Beteiligung von Kunden am automatisierten Zahlungsverkehr sowie für Anderkonten der Rechtsanwälte und Notare; schließlich auch nicht die AGB der Kreditkartengesellschaften, Bausparkassen und Hypothekenbanken sowie die AGB der Deutschen Bundesbank.

## II. Einbeziehung der AGB in den Bank-Vertrag

Die AGB müssen zunächst, um Vertragsbestandteil zu werden, wirksam in den jeweiligen Vertrag einbezogen werden. Dabei gelten die AGB zwischen Bank und Kunde, wegen der vielen Textänderungen und der Verschiedenheit der von den Instituten verwendeten AGB, nicht qua Gewohnheitsrecht, sondern **nur Kraft**

**Einbeziehung**, wobei zwischen den Kunden, die Kaufleute gemäß den §§ 1 ff. HGB oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, und nichtkaufmännischen privaten Kunden zu unterscheiden ist:

Bei **privaten Kunden** werden nach § 2 Abs. 1 AGBG die AGB nur dann Vertragsbestandteil, wenn die **Bank den Kunden ausdrücklich darauf hinweist** und ihm die **Möglichkeit verschafft**, in zumutbarer Weise von deren Inhalt **Kenntnis zu nehmen**. Hierbei reicht der übliche schriftliche Hinweis der Bank zu Beginn der Vertragsbeziehungen, die AGB in der Geschäftsstelle der Bank einsehen zu können, grundsätzlich aus. Das darüber hinaus für die Einbeziehung der AGB notwendige Einverständnis des Kunden kann zwar formfrei und daher auch durch schlüssige Handlungen erfolgen (BGH WM 1982, 444, 445), nicht jedoch durch schlichtes Schweigen. Akzeptiert der Kunde den Hinweis der Bank auf die Geltung der AGB und die mögliche Kenntnisnahme ohne weitere Bemerkung, so liegt darin regelmäßig sein Einverständnis.

Bei **kaufmännischen Kunden** gilt nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG die strenge Einbeziehungsregelung des § 2 AGBG nicht. Hier können die AGB auch stillschweigend zum Vertragsbestandteil werden (BGHZ 42, 53, 55), sofern der Vertrag beim Bankkunden zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Rechtsgrundlage der Einbeziehung durch Schweigen ist § 346 HGB. Auch bei **juristischen Personen des öffentlichen Rechts** und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen ist § 2 AGBG durch § 24 Abs. 1 AGBG ausgenommen. Die in der Praxis öfter anzutreffende schriftliche Empfangsbestätigung der AGB, die der kaufmännische Geschäftspartner der Bank zu unterzeichnen hat, dient lediglich einer Beweiserleichterung.

Nach § 2 Abs. 2 AGBG können die AGB auch durch eine **Rahmenvereinbarung** Geltung erlangen. Mit einer derartigen Vereinbarung, die i. d. R. bei der Eröffnung eines Girokontos oder eines Depotkontos abgeschlossen wird, werden die AGB in alle späteren Einzelgeschäfte zwischen den Parteien einbezogen. Die oben beschriebenen Anforderungen an die Einbeziehung müssen lediglich beim Abschluß des Rahmenvertrages bestehen. Eines erneuten Hinweises auf die AGB bei den folgenden Einzelgeschäften bedarf es dann nicht. Der Hinweis auf die **Anwendung der Sonderbedingungen** auf den Bankvertrag nach Ziff. 28 Abs. 1 AGB-Banken ist zwar mit § 2 AGBG vereinbar, befreit aber nicht von seinen Voraussetzungen. Auch die dort aufgeführten Bedingungen müssen in den Vertrag wirksam einbezogen werden.

Die AGB-Banken und Sonderbedingungen gelten zunächst in der Fassung, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von der Bank verwendet wurde. Eine Vereinbarung, daß AGB „in der jeweils neuesten Fassung“ gelten, ist nicht zulässig. Für die **Einbeziehung von Änderungen** ist in Ziff. 28 Abs. 2 AGB-Banken eine Regelung getroffen, wonach dem Kunden eine schriftliche Mitteilung gemacht werden muß, die als genehmigt gilt, wenn der Kunde nicht schriftlich innerhalb einer Monatsfrist widerspricht. Üblicherweise wird die Änderung auf einem Kontoauszugsausdruck mitgeteilt. Da der Kunde i. d. R. nicht widerspricht, gelten die **AGB in der jeweils gültigen Fassung**. Widerspricht ein Kunde einer Änderung der AGB ausnahmsweise, muß er mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses durch die Bank rechnen. Grundlage der Aufhebung der Geschäftsverbindung ist Ziff. 17 AGB-Banken. Danach steht es im freien Ermessen von Kunde oder Bank, die Geschäftsverbindung jederzeit zu kündigen. Da andere Kreditinstitute identische oder zumindest vergleichbare AGB verwenden, ist es i. d. R. nicht möglich, eine geänderte Klausel durch Kündigung zu umgehen. Eine um so größere Bedeutung hat daher die Rechtsprechung zur Rechtswirksamkeit der einzelnen Klauseln: Auf unwirksame Klauseln kann sich kein Kreditinstitut berufen.

### III. Rechtswirksamkeit der AGB

Von dispositiven Vorschriften des Gesetzes können die Vertragsparteien im Vertrag abweichen, nicht jedoch von zwingenden Regeln. **Schutzvorschriften** für

den Kunden – als der schwächere Vertragspartner – sind regelmäßig **nicht abdingbar**, da sie das Ungleichgewicht bei den Vertragsverhandlungen ausgleichen sollen.

Der **Anwendungsbereich des AGBG**, das am 1. 4. 1977 in Kraft getreten ist, ist jedoch begrenzt. Auf Verträge, die vor diesem Datum geschlossen wurden, i. d. R. langfristige laufende Kreditverträge, ist es nach § 28 Abs. 1 AGBG nicht anwendbar. Die Ausnahmegvorschrift des § 28 Abs. 2 AGBG umfaßt nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung keine Kreditverträge, da diese Kapitalüberlassung – im Gegensatz zu Leasingverträgen – nicht als Gebrauchsüberlassung i. S. des § 28 Abs. 2 AGBG anzusehen sei (Einzelheiten bei Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O., § 28 Rdnr. 7–8 m. w. N.). Das AGBG findet jedoch auf **Altverträge** Anwendung, wenn ein durch Zeitablauf oder Kündigung beendeter Vertrag fortgesetzt wird, der sachliche oder zeitliche Rahmen eines Vertrages erweitert wird, oder – wie oben beschrieben – geänderte AGB in den Vertrag einbezogen wurden.

Erachtet ein Gericht eine Klausel für unvereinbar mit dem Gesetz, ist die Klausel als ganzes unwirksam (§ 6 Abs. 1 AGBG, §§ 134, 138 BGB). Eine Rückführung der Klausel durch Auslegung oder Umdeutung auf eine Regelung, die mit dem Gesetz vereinbar ist – die sogenannte **geltungserhaltende Reduktion** –, findet im AGB-Recht keine Anwendung (BGHZ 110, 95 und NJW 1989, 3011). Die Banken tragen daher das Risiko ersatzloser Streichung der Klausel, auch wenn sie nur geringfügig über den zulässigen Inhalt nach §§ 9 ff. AGBG hinausgeht.

Wichtig für die Wirksamkeit von AGB ist auch das am 1. 1. 1991 in Kraft getretene **Verbraucherkreditgesetz**, das die Regelungen des bisher geltenden Abzahlungsgesetzes mit kleinen Anpassungen in sich aufgenommen hat. Die verbraucher-schützenden Vorschriften des Gesetzes sind gemäß Art. 9 jedoch auf Verträge, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen worden sind, nicht anzuwenden; für diese **Altverträge** gilt das bisherige Recht (vgl. dazu NWB F. 21 S. 999).

## IV. Einzelne Rechtsfragen beim Geschäftsverkehr mit Banken

### 1. Bankgeheimnis und Auskünfte (Präambel und Ziff. 10 AGB-Banken)

Die Präambel der AGB-Banken bezeichnet das Geschäftsverhältnis zwischen Kunde und Bank als Vertrauensverhältnis. Danach schuldet die Bank eine umfassende Geheimhaltung, die insbesondere den Stand und die Bewegungen auf den Konten umfaßt. Von diesem sog. **Bankgeheimnis** ist die Bank allerdings dann entbunden, wenn sie berechnete Auskunftsansprüche Dritter (z. B. gegenüber Privatpersonen nach §§ 260, 809, 810 BGB oder gegenüber **Steuerbehörden** nach §§ 90, 92, 93 AO und § 33 Abs. 1 ErbStG) erfüllen muß. Rechte und Pflichten der Bank, weitere Auskünfte betreffend, regelt Ziff. 10 AGB-Banken, die zwischen dem Recht des Kreditinstituts, eine Bankauskunft zu erteilen (Abs. 1), dem Inhalt, dem Empfänger und der Haftung der Bank bei Auskünften (Abs. 2) sowie anderen Auskünften und Ratschlägen (Abs. 3) unterscheidet.

Ziff. 10 Abs. 2 AGB-Banken definiert **Bankauskünfte** als allgemein gehaltene Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Kreditfähigkeit und Zahlungsfähigkeit des Kunden. **Bankauskünfte über Privatkunden** dürfen nach Ziff. 10 Abs. 1 AGB-Banken nur erteilt werden, wenn der Kunde ausdrücklich zustimmt. Umstritten ist dabei, ob diese Zustimmung für jede einzelne Auskunft eingeholt werden muß, oder ob sie auch allgemein für alle künftigen Auskünfte abgegeben werden kann, wie in Ziff. 10 Abs. 1 vorgesehen. Letzteres ist nach einer Ansicht bedenklich, weshalb Ziff. 10 Abs. 1 Satz 2 unwirksam sei (Baumbach/Duden/Hopt, a. a. O. zu Ziffer 10 Anm. 1 B). Nur eine allgemeine **Rückfragepflicht** schütze den Privatkunden und belaste Bank und Rechtsverkehr

nicht übermäßig. Relevant ist die Frage der Wirksamkeit der pauschalen Zustimmung für die **Weitergabe von Informationen an Auskunftsdateien**, wie z. B. die Schufa (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung). Der BGH hat 1985 die damals bestehende Klausel, die dem Kreditinstitut eine umfassende Weitergabe durch AGB gestattete, für unwirksam erklärt (BGH NJW 1986, 47). In der Bankpraxis werden seitdem besondere Formulare verwendet, in denen der Kunde im Rahmen des Bundesdatenschutzgesetzes in die Weitergabe von Daten an die Schufa bei einem nicht vertragsgemäßen Verhalten einwilligt.

Für **juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kunden** der Bank gibt es nach dem Text von Ziff. 10 Abs. 1 AGB-Banken keine Restriktionen durch notwendige vorherige Einwilligung. Eine Rückfrage der Bank beim Kunden ist daher vor der Auskunftserteilung nicht notwendig. Außerdem liegt eine (positive) Auskunftserteilung regelmäßig im Interesse des Geschäftskunden. Besonders deutlich wird dies, wenn der Kunde die **Bank als Referenz** gegenüber Dritten benennt. Lediglich bei einer möglichen negativen Auskunft über ihn, an der ein Kunde kein Interesse hat, wird von einigen Autoren eine Ausnahme angenommen: Das Recht der Erteilung einer Auskunft kann immer nur so weit reichen, wie sie von einer mutmaßlichen Einwilligung der im Handelsregister eingetragenen Person umfaßt wird.

Auch bei **Kaufleuten** kann das Bankgeheimnis nicht durch Ziff. 10 AGB-Banken pauschal aufgehoben werden (vgl. BGH NJW 1986, 46, 47 Schufa-Urteil). Streitig ist jedoch, ob bei einer sog. cross-default-Klausel (nach der eine Bank zur Kündigung eines Kredits berechtigt ist, wenn irgendein anderer Kreditvertrag gekündigt wurde) der Kunde konkludent in die Informationsweitergabe eingewilligt hat bzw. seine Einwilligung widerrufen darf, mit der Folge, daß eine Bank gegenüber anderen Instituten keine entsprechenden Auskünfte geben darf (Einzelheiten bei Gruber NJW 1991, 1099).

Die vorgenommenen **Einschränkungen des Empfängerkreises** in Ziff. 10 Abs. 2 Satz 2 sind **irrelevant**, da danach Bankauskünfte zumindest an eigene Kunden des Kreditinstituts erteilt werden können, und Interessenten ohne Schwierigkeiten Kunde des Instituts werden können. Für eigene Zwecke darf das Kreditinstitut die Informationen, die es über seinen Kunden hat, voll verwerten. Dies gilt nicht nur für **Bonitätsbeurteilungen** vor dem Abschluß zusätzlicher Geschäfte, sondern auch für Werbeaktionen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten i. S. der §§ 1 und 14 UWG liegt durch die Informationsverwendung im Regelfall nicht vor (OLG Köln ZIP 1985, 209, 211). Zur Haftungsbegrenzung bei Auskünften siehe unten IV, 6).

## 2. Zugangsfiktion (Ziff. 1 AGB-Banken)

Durch Ziff. 1 Abs. 2 wird der Zugang von schriftlichen Mitteilungen der Bank an den Kunden, sofern sie nicht von „besonderer Bedeutung“ sind, fingiert. Für Mitteilungen mit besonderer Bedeutung enthält Ziff. 1 Abs. 2 lediglich eine Absendeermutung. Zu den **Erklärungen von besonderer Bedeutung** zählen alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die für den Vertragspartner nachteilige Rechtsfolgen bringen, wie z. B. Fristsetzungen und Mahnungen. Durch Ziff. 1 Abs. 2 wird die gesetzliche Regelung des § 130 BGB, und in einem eventuellen Rechtsstreit auch die **Beweislast umgekehrt**: Nicht die Bank hat den Zugang zu beweisen, sondern der Kunde muß nachweisen, daß er die rechtsgeschäftliche Erklärung nicht erhalten hat.

Von besonderer Bedeutung ist diese Regelung i. V. mit Ziff. 15. Danach sind Kunden verpflichtet, **Rechnungsabschlüsse, Wertpapieraufstellungen** sowie alle anderen Abrechnungen und Anzeigen (wie z. B. Tagesauszüge) auf ihre Richtigkeit **zu überprüfen** und eventuelle Einwände gegen Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen innerhalb eines Monats nach Zugang zu erheben. Ob jedoch Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen zu den Erklärungen von besonderer Bedeutung zählen, ist nicht ganz geklärt (offengelassen aber mit der Tendenz zur Bejahung in BGH ZIP 1985, 1315; zustimmend OLG Hamburg WM

1986, 383; ablehnend OLG Düsseldorf WM 1987, 1215). Nach der Rechtsprechung des BGH sprechen „gewichtige Gründe“ für die Auffassung, daß Saldenmitteilungen, Depot- und andere Rechnungsabschlüsse Erklärungen von besonderer Bedeutung sind (BGH ZIP 1985, 1315). Nur wenn man sich dieser Meinung anschließt, kann man verhindern, daß nach einem unrichtigen Rechnungssaldo durch Ziff. 15 ein rechtsverbindlicher Anspruch entsteht. Etwas anderes gilt bei **Tagesauszügen**: Sie haben, selbst wenn in ihnen ein Saldo ausgewiesen ist, keine rechtsgeschäftlich konstitutive Wirkung und sind daher keine Erklärungen von besonderer Bedeutung (BGH WM 1981, 238).

### 3. Aufrechnungsmöglichkeit (Ziff. 2 AGB-Banken)

Nach Ziff. 2 Abs. 1 kann ein Kunde nur mit Forderungen aufrechnen, die unbestritten sind oder rechtskräftig festgestellt wurden. Diese Regelung ist mit § 11 Abs. 1 Ziff. 3 AGBG vereinbar (BGH ZIP 1986, 494). Die Berufung auf den **Aufrechnungsausschluß** soll die Bank davor schützen, sich auf langwierige Auseinandersetzungen über die Aufrechnungsforderung einzulassen. Sofern ein Kreditinstitut eine Aufrechnungsforderung bestreitet und sich dann auf das Aufrechnungsverbot der Ziff. 2 Abs. 1 beruft, darf ein Gericht der Aufrechnung nicht mit der Begründung, die Aufrechnungsforderung sei nicht schlüssig und deshalb unbegründet, den Erfolg versagen. Vielmehr ist die Aufrechnung als unzulässig zurückzuweisen (BGH ZIP 1986, 494). Somit kann in dem Klageverfahren eine Sachentscheidung mit Rechtskraftwirkung über die Gegenforderung nicht ergehen, und ein aufrechnungswilliger Bankkunde kann einen weiteren Rechtsstreit führen.

Die Befugnis der Kreditinstitute, ihrerseits mit Forderungen aufzurechnen, ergibt sich aus den §§ 387 ff. BGB. Eine Beschränkung auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen besteht daher für die Bank nicht. Das Kreditinstitut darf die Aufrechnungsmöglichkeit jedoch nicht mißbrauchen. **Aufrechnungen** sind nur **zulässig, wenn die Forderungen in banküblicher Weise erworben** wurden. Der BGH hat es z. B. als mißbräuchlich angesehen, daß eine Bank eine Forderung allein zu dem Zweck erworben hat, um durch die Aufrechnung gegenüber ihrem Kunden dem Zedenten die Möglichkeit des Zugriffs auf dessen Vermögen zu verschaffen (BGH ZIP 1987, 974, 976). Scheitert eine Aufrechnung der Bank an einer dieser Voraussetzungen, so kann sie jedoch das Pfandrecht aus Ziff. 19 Abs. 2 oder ein Zurückbehaltungsrecht nach Ziff. 19 Abs. 4 geltend machen, sofern sie nicht die Fälligkeit ihrer Forderungen durch Kündigung der Geschäftsverbindung nach Ziff. 17 herbeiführt.

### 4. Stornorecht (Ziff. 4 und 41 AGB-Banken)

Die Kreditinstitute haben durch Ziff. 4 Abs. 1 Satz 3 ein **Stornierungsrecht** für Gutschriften, die durch Irrtum, Schreibfehler oder aus anderen Gründen ohne einen entsprechenden Auftrag vorgenommen wurden. Das Recht ist **bis zum nächstfolgenden Rechnungsabschluß begrenzt**, um Überschneidungen mit der Regelung des Saldoanerkennnisses aus Ziff. 1 AGB-Banken zu vermeiden. Das Stornorecht soll der Bank ermöglichen, den Rückgewähranspruch im Wege der Selbsthilfe auf einfache Weise durchzusetzen. Es bildet keinen eigenen Anspruch, setzt daher voraus, daß die Bank nach materiellem Recht einen Anspruch auf die Rückzahlung des Betrages hat, dessen Gutschrift storniert werden soll (BGH WM 1983, 907).

Nach Ziff. 41 Abs. 2 gelten zusätzlich zur Regelung in Ziff. 4 **Lastschriften** und vom Kunden ausgestellte **Schecks** erst dann als eingelöst, wenn die Buchung nicht spätestens bis zum zweiten Buchungstag nach der Belastung storniert wird. Sollte der Rechnungsabschluß gemäß Ziff. 15 dem Kunden zugegangen und von ihm

genehmigt sein, entfällt bei den oben genannten Buchungen lediglich das Stornorecht, nicht aber der Anspruch des Kreditinstituts nach §§ 812 ff. BGB. Die Bank muß daher den Betrag beim Kunden zurückfordern und im Fall der Weigerung des Kunden den Prozeßweg einschlagen. Der Forderung der Bank kann der Kunde dann – sofern er nach § 819 BGB gutgäubig war – die Einrede der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB entgegenhalten, die durch das Stornorecht sonst ausgeschlossen ist. Das in den AGB-Banken eingeräumte Stornierungsrecht führt also zur Umkehr der Parteirollen im Prozeß.

## 5. Eindeutigkeit der Aufträge (Ziff. 6 AGB-Banken)

Durch Ziff. 6 werden die Kunden verpflichtet, Aufträge klar und deutlich zu erteilen, damit sie den Gegenstand des Geschäfts zweifelsfrei erkennen lassen. Hat der Kunde seinen Willen nicht klar zum Ausdruck gebracht, so kann der Auftrag nach den **Grundsätzen der objektiven Auslegung** (§§ 133, 157 BGB) interpretiert werden. Ergibt sich nach dem objektiven Empfängerhorizont, daß der Auftrag mehrdeutig war, so hat ein Kunde für einen Schaden einzustehen, weil er unter Verstoß gegen Ziff. 6 zu dem **Mißverständnis** beigetragen hat. Andererseits ist das Kreditinstitut schon aus der vertraglichen Nebenpflicht gehalten, Aufträge des Kunden genau auszuführen.

Die den Kunden für die Auftragserteilung zur Verfügung gestellten **Formulare der Banken** sind ebenfalls AGB nach der Definition des § 1 Abs. 1 AGBG: Sie sind vorformulierte Bedingungen, die für eine Vielzahl von Aufträgen gelten. Da der Kunde die Formulare ausfüllt und gegenüber seiner Bank verwendet, liegt zwar der Gedanke nahe, der Kunde sei der Verwender der AGB und müsse die Regeln des AGBG gegen sie gelten lassen. Die Rechtsprechung hat jedoch klargestellt, daß entgegen diesem Anschein das Kreditinstitut Verwender der Formulare ist, die anhand des AGBG zu überprüfen sind (BGH NJW 1986, 2428). So wurde die früher von den Kreditinstituten auf den Überweisungsvordrucken verwendete **Fakultativklausel** („oder ein anderes Konto des Empfängers“) gemäß § 9 AGBG für unwirksam erklärt (BGHZ 98, 24, 26 ff.).

Auf neueren Überweisungsformularen wird oben rechts um eine Unterschrift für den nachstehenden Auftrag gebeten. Früher befand sich die Unterschriftsleiste für den Kunden am unteren Rand des Formulars. Auch hier hat die Rechtsprechung durch neuere Urteile die rechtliche Wirksamkeit dieser Formulargestaltung überprüft und festgestellt, daß die „**Oberschrift**“ mit einer den Urkundentext räumlich und zeitlich abschließenden **Unterschrift** nicht gleichzusetzen sei (BGH NJW 1991, 487). Daher begründet eine gegenüber dem Kreditinstitut blanko geleistete Oberschrift auch nicht den Rechtschein, daß der darunter stehende Auftrag vom Blankettgeber herrührt. Ziff. 6 wird im Bereich der Überweisungen durch Ziff. 4 Abs. 3 Satz 1 ergänzt, wonach das Kreditinstitut mangels genauer Weisung die Art der Ausführung nach bestem Ermessen bestimmen darf. Sofern jedoch durch Auslegung des Zahlungsauftrages die Weisung bestimmbar ist, muß das Kreditinstitut dem nachkommen.

## 6. Freizeichnungsklauseln und Bankenhaftung (Ziff. 4, 7, 10 und 25 AGB-Banken)

Die AGB-Banken enthalten eine Reihe von Freizeichnungsklauseln, die die Haftung der Kreditinstitute beschränken sollen. Die Haftung setzt immer ein Verschulden voraus. **Verschuldensmaßstab** ist dabei der allgemeine Standard im Kreditgewerbe.

Nach Ziff. 4 Abs. 3 Satz 2 hat der auftragserteilende Kunde für **Vollständigkeit und Richtigkeit** der angegebenen Kontonummer und Bankleitzahl einzustehen. Ob diese Risikoabwälzung auf den Kunden mit § 9 AGBG zu vereinbaren und somit rechtswirksam ist, ist umstritten. Die Rechtsprechung hat die Frage noch nicht abschließend geklärt (offengelassen in BGHZ 87, 376, 379 und BGH NJW 1987, 1825, 1826). Nach Ansicht der Literatur ist die durch die Klausel vorgenom-

mene Risikoverteilung für den herkömmlichen Überweisungsverkehr mit Belegträgern aus Papier nicht haltbar. Lediglich für den beleglosen Datenträgeraustausch im Überweisungsverkehr soll die Regelung wirksam sein (Einzelheiten bei Baumbach/Duden/Hopt, a. a. O. Anm. 3 A zu Ziff. 4 m. w. N.). Da aber die Rechtsprechung die durch Auslegung gewonnene geltungserhaltende Reduktion einer Klausel nach § 6 AGBG nicht zuläßt (vgl. oben III), dürfte Ziff. 4 Abs. 3 Satz 2 insgesamt unwirksam sein. Bei **Divergenzen zwischen Kontonummer und dem Namen** des Überweisungsempfängers ist nach gefestigter Rechtsprechung immer der Name maßgeblich (BGH NJW 1987, 1825, 1826 m. w. N.). Die Bank muß daher grundsätzlich die Richtigkeit der angegebenen Kontonummer und Bankleitzahl prüfen. Allerdings kann bei einem unrichtig ausgefüllten Überweisungsträger dem Kunden nach § 254 BGB ein **Mitverschulden** angelastet werden, das bei einer Schadensverteilung zu beachten ist. Darüber hinaus ist durch Ziff. 4 Abs. 3 Satz 3 die Haftung des Kreditinstituts für gleichwohl eingetretene Fehlleistungen auf grobes Verschulden begrenzt. Für Fehler bei Daueraufträgen übernimmt die Bank – nachdem die bisherige Haftungsbegrenzung im früheren Abs. 4 ersatzlos entfallen ist – die volle Haftung.

In Ziff. 7 Satz 1 werden die Kunden gegenüber dem Kreditinstitut verpflichtet, darauf hinzuweisen, wenn **Zahlungen fristgebunden** sind und aus Verzögerungen über den Zinsnachteil hinaus ein weiterer Schaden entstehen kann. Unterläßt der Kunde den Hinweis – der außerhalb des Überweisungsträgers zu erfolgen hat –, so reduziert sich die Haftung der Bank auf grobes Verschulden. Ohne diese Haftungsbeschränkung würde die Bank bei schuldhafter Verzögerung auch für weitergehende Schäden, z. B. für entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) haften. Ziff. 7 Satz 1 wird von der Rechtsprechung restriktiv interpretiert: erfaßt wird nur der typische Verzugsschaden, nicht dagegen z. B. der Verlust eines Schecks (BGHZ 13, 128, 132). Bei Verzögerung oder Fehlleistung trotz Hinweises des Kunden haftet die Bank auch bei leichter Fahrlässigkeit.

Ziff. 7 Satz 2 beschränkt, mangels Hinweises nach Satz 1, die Haftung der Bank auf grobe Fahrlässigkeit und bei Handelsgeschäften eines Kaufmanns auf den Zinsschaden. Nach einigen Stimmen in der Literatur ist dieser Satz 2 nach § 9 AGBG unwirksam, da er einen Kunden in Verbindung mit der **Hinweispflicht unzumutbar** belaste (Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. Anh. zu §§ 9–11 Rz. 158; Canaris a. a. O. Rdnr. 2578). Die Banken halten argumentativ dagegen, indem sie den Charakter des Massengeschäfts beim Zahlungsverkehr betonen. Es könne einem Kreditinstitut nicht zugemutet werden, jeden einzelnen Vorgang auf mögliche Verzögerungsschäden zu überprüfen. Außerdem umfasse die geringe Gebühr im Überweisungsverkehr nicht den Risiko-Zuschlag für mögliche Schäden (Wershahn/Schebesta a. a. O. Rdnr. 111).

Weitere Haftungsbegrenzungen sind in Ziff. 10 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 aufgenommen worden. In Abs. 2 Satz 3 ist die **Haftung für Bankauskünfte** gespalten: Das Kreditinstitut haftet gegenüber einem Auskunftsempfänger nur bei grobem Verschulden, und zwar gegenüber Kaufleuten ebenso wie gegenüber Privatleuten. Als Rückschluß aus dieser Regelung ergibt sich – da nicht in die Klausel haftungsbegrenzend aufgenommen –, daß das Kreditinstitut gegenüber dem, über den es Auskünfte erteilt hat, schon bei leichter Fahrlässigkeit haftet. Etwas anderes ergibt sich nach Abs. 3 nur, wenn Gegenstand nicht Bankauskünfte, sondern **Raterteilungen** oder sonstige Hinweise und Auskünfte sind. Auch hier gibt es eine Rückausnahme, ohne die die Klausel nach dem AGBG keinen Bestand hätte: Bei vertragswesentlichen Auskunftspflichten, denen im konkreten Einzelfall eine besondere Bedeutung zukommt, haftet die Bank nach allgemeinen Grundsätzen, d. h. auch für leichte Fahrlässigkeit. Streitig ist jedoch, in welchem Ausmaß Bera-

tungspflichtigen bei **Effektengeschäften** als vertragswesentliche Pflichten i. S. des Abs. 3 anzusehen sind (Einzelheiten bei Baumbach/Duden/Hopt a. a. O. Anm. 3 B a zu Ziff. 10 AGB-Banken).

Die Haftungsbegrenzung in Ziff. 10 Abs. 2 greift jedoch nur, wenn die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind (vgl. oben II). Das ist bei **stillschweigend zustande gekommenen Auskunftsverträgen** regelmäßig nicht der Fall. Da die Rechtsprechung einen Auskunftsvertrag schon dann annimmt, wenn die Information für den Anfragenden erkennbar von erheblicher Bedeutung ist, können Schadensersatzansprüche ohne eine Begrenzung nach Ziff. 10 Abs. 2, z. B. schon aufgrund eines Gesprächs auf einer Party, entstehen (BGH NJW 1991, 352).

In Ziff. 25 Abs. 1 AGB-Banken begrenzen die Institute ihre **Haftung für dritte Personen** – sofern sie für ihr Handeln einzustehen haben – auf grobes Verschulden. Für eigene Mitarbeiter ist die Haftung nicht beschränkt. Hier haften die Kreditinstitute vertraglich nach § 278 BGB, bei deliktischen Handlungen nach § 831 BGB. Bei Organmitgliedern und verfassungsmäßig berufenen Vertretern (d. h. für die leitenden Angestellten) erfolgt die Zurechnung jeweils nach § 31 BGB. Die oft schwierige Abgrenzung zwischen selbständigen Dritten und Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB richtet sich nach dem konkreten Pflichtenkreis, wie er durch die Art des Vertrages im Einzelfall festgelegt wurde. Danach sind eingeschaltete fremde Rechenzentren regelmäßig Erfüllungsgehilfen. Bei einer zulässigen **Substitution** an einen selbständigen Dritten nach Ziff. 9 AGB-Banken haftet die Bank auch für ein evtl. vorliegendes Auswahl- und Unterweisungsverschulden. Eine Haftung des Kreditinstituts bei **höherer Gewalt** wird in Ziff. 25 Abs. 2 vollständig ausgeschlossen.

## 7. Substitutsklausel (Ziff. 9 AGB-Banken)

Nach Ziff. 9 Satz 1 und 2 darf die Bank mit der Ausführung **aller ihr übertragenen Geschäfte Dritte beauftragen**, sofern sie es für gerechtfertigt hält. Durch diese Klausel wird die **Substitution** entgegen der Regelung der §§ 613 Satz 1, 664 Abs. 1 Satz 1, 691 Satz 1 BGB erlaubt mit der Konsequenz, daß die Bank nicht für grobes Verschulden der Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, sondern nur für eigenes **Auswahl- und Unterweisungsverschulden** haftbar ist (vgl. IV, 6), was bedenklich erscheint. Zweifel an der Wirksamkeit der Klausel ergeben sich aus dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunden. Das Recht des Kunden, daß die beauftragte Bank den Auftrag eigenverantwortlich ausführt, wird zweckwidrig eingeschränkt. Die damit verbundene Haftungsverschlechterung führt zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden (Einzelheiten bei Ulmer/Brandner/Hensen a. a. O. Anh. §§ 9–11 Rdnr. 161). Geht man von einer Unwirksamkeit der Klausel aus, so bleibt es bei der allgemeinen Rechtslage, nach der das Kreditinstitut nicht in allen, aber wohl in den meisten Fällen Tätigkeiten übertragen darf (§ 664 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. mit § 157 BGB), was auch sachgerecht ist, weil andernfalls der technische Standard beim Lastschrift-, Überweisungs- und Scheckverkehr vollständig verändert werden müßte.

Eine Sonderregelung der **Substitution für das Wertpapiergeschäft** findet sich in Ziff. 36 AGB-Banken. Nach Ziff. 36 Abs. 2 steht das Kreditinstitut bei der Sammelverwahrung oder -verwaltung ohne Haftungsbegrenzung für die Pflichten der Wertpapiersammelbank ein. Diese Rückausnahme entspricht der gesetzlichen Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 1 DepotG. Eine verschuldensunabhängige Haftung wird man aus Ziff. 36 Abs. 2 AGB-Banken allerdings nicht ableiten können.

## 8. Entgelte, Auslagen und Wertstellungen (Ziff. 14 Abs. 2 AGB-Banken)

In Ziff. 14 Abs. 2 AGB-Banken werden die **Entgelte und Auslagen**, die Banken vom Kunden verlangen können, nicht im einzelnen aufgelistet. Eine Auflistung in der Klausel hätte das Ergebnis zur Folge, daß jede Gebührenänderung eine Änderung der AGB nach sich zieht, was weder praktikabel noch sinnvoll ist. Daher wird pauschal auf die „Preisaushang-Regelsätze im standardisierten Privatkundengeschäft“ und ergänzend auf das „**Preisverzeichnis**“ verwiesen, wo zugleich dem

Transparenzgebot, das der BGH als besondere Voraussetzung für die Wirksamkeit von AGB nach § 6 AGBG entwickelt hat, sowie der Preisangabenverordnung Rechnung getragen wird. Sind im Verzeichnis Leistungen nicht aufgeführt, die jedoch im Auftrag des Kunden oder nach seinem mutmaßlichen Interesse erbracht wurden, und für die nach den Umständen eine Vergütung zu erwarten ist, so kann das Kreditinstitut die Höhe des Entgelts nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) bestimmen. In einer vielbeachteten Entscheidung hat der BGH (NJW 1989, 582 ff.) die **Wertstellungspraxis** der Kreditinstitute als unangemessene Benachteiligung der Kunden gewertet. Die verzögerte Wertstellung bei Bareinzahlungen mit gleichzeitig getätigter Überweisung, die zu einer Zinsbelastung ohne Kreditgewährung führt, verstößt gegen § 9 AGBG.

### 9. Kontoüberziehung und Schadensersatz (Ziff. 14 Abs. 3 AGB-Banken)

Nach Ziff. 14 Abs. 3 AGB-Banken hat ein Privatkunde, der ohne ausdrückliche Vereinbarung sein Konto überzieht, **Überziehungszinsen und Entgelte** zu entrichten, deren Höhe die Bank festlegt und durch Aushang bekanntgibt. Bei Geschäftskunden kann die Bank die Höhe der Überziehungszinsen und Entgelte nach § 315 BGB, d. h. nach billigem Ermessen, festlegen. Die Regelung der Ziff. 14 Abs. 3 und der Verweis auf diese Klausel in Ziff. 18 Abs. 1 AGB-Banken ist für den **Zeitraum nach Kündigung** des Giro-, Kredit- oder sonstigen Vertrages unwirksam (BGH WM 1986, 8, 10). Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung kann hier nur der Verzugsschaden nach § 286 Abs. 1 BGB gefordert werden, sofern nicht in einer besonderen Stundungsvereinbarung nach Kreditkündigung eine Sonderregelung getroffen wird (BGH WM 1988, 929 ff.). Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung kann die Bank den vertraglich vereinbarten Zins bis zum Ende der ursprünglichen Vertragslaufzeit, längstens aber bis zur frühesten Kündigungsmöglichkeit des Schuldners geltend machen. Für den darüber hinaus zu fordernden Verzugsschaden ist der erzielbare Wiederanlagebetrag maßgeblich, wobei das Kreditinstitut unter Zugrundelegung der Bundesbankstatistik die marktüblichen Sollzinsen berechnen kann (vgl. Werhahn/Schebesta a. a. O. Rdnr. 222a). Fällt der Vertrag unter den Anwendungsbereich des am 1. 1. 1991 in Kraft getretenen Verbraucherkreditgesetzes, so sind die Verzugszinsen nach § 11 VerbrKG zu berechnen. Als Regelsatz bestimmt § 11 Abs. 1 VerbrKG 5 v. H. über dem jeweiligen Diskontsatz der Bundesbank; gleiches gilt bei Altkrediten (BGH v. 26. 9. 1991 - VII ZR 376/89).

Soweit sich die Bank durch Ziff. 14 Abs. 3 AGB-Banken auch sonst einen Bestimmungsfreiraum über die gesetzlichen Verzugsschadensregelungen schaffen will, ist er unwirksam (Einzelheiten bei Ulmer/Brandner/Hensen a. a. O. Anh. §§ 9–11 Rdnr. 165). Nach einer obergerichtlich bislang nicht bestätigten Entscheidung des LG Düsseldorf (WM 1990, 1535) verstößt Ziff. 14 Abs. 3 AGB-Banken gegen das von der Rechtsprechung entwickelte **Transparenzgebot** und ist daher nach § 9 AGBG unwirksam (a. A. OLG Düsseldorf DB 1991, 2079). Umstritten ist auch, ob Ziff. 14 Abs. 3 der Kontrolle der Gerichte anhand des AGBG generell entzogen ist. Nach einer Literaturmeinung enthalte die Klausel eine Preisbestimmung, die gem. § 8 AGBG lediglich an § 138 BGB gemessen werden könne (vgl. Gößmann WuB I. A. Nr. 14, 1991 S. 470). Diese Auffassung ist abzulehnen: Da **Preisnebenabreden** wie Verzugszinsen gem. § 10 Nr. 7 und § 11 Nr. 1 AGBG vom Anwendungsbereich des AGBG erfaßt sind, kann die Rechtsprechung auch in Zukunft Ziff. 14 Abs. 3 AGB-Banken am AGBG messen.

### 10. Kündigung der Geschäftsverbindung (Ziff. 17 AGB-Banken)

Wie bereits oben bei II. erwähnt, können sowohl das Kreditinstitut als auch der Kunde nach Ziff. 17 Satz 1 AGB-Banken die Geschäftsverbindung **jederzeit kün-**

**digen.** Die Vorteile für den Kunden liegen – bei der gegenwärtigen Zunahme des Wettbewerbs zwischen den Instituten – in der Möglichkeit, Preis- und Leistungsvorteile auszunutzen, für das Kreditinstitut darin, noch offene Beträge sofort fällig zu stellen. Die Kündigungsmöglichkeit der Banken steht allerdings unter dem Vorbehalt des sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB ergebenden **Willkürverbots**: Eine Kündigung zur Unzeit ist nicht ohne weiteres zulässig. Insbesondere hat ein Kreditinstitut darauf zu achten, daß es sich nicht in Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten setzt. So hat die Rechtsprechung die Kündigung als Rechtsmißbrauch gewertet, wenn dem Kunden in vorangegangenen Verhandlungen die Gewährung einer größeren Kreditlinie fest in Aussicht gestellt wurde (BGH WM 1985, 769).

Die Kündigungsregelung der Ziff. 17 Satz 1 wird bei **Darlehensverträgen** oft abbedungen. In diesem Fall gilt für Altverträge, die bis zum 31. 12. 1986 abgeschlossen wurden, die Regelung des § 247 BGB (zum 1. 1. 1987 aufgehoben). Gem. § 247 BGB besteht ein vertraglich nicht abdingbares sechsmonatiges Kündigungsrecht, sofern ein Zinssatz über 6 v. H. vereinbart war. Für Darlehensverträge, die ab dem 1. 1. 1987 vereinbart wurden, gilt die nicht abdingbare Kündigungsmöglichkeit des § 609a BGB. Mit § 609a BGB hat der Kunde ein je nach Laufzeit, Zinsbindung und Sicherheitenstellung differenziertes Kündigungsrecht (vgl. im einzelnen NWB F. 21 S. 869).

Auch bei einer von Ziff. 17 Satz 1 AGB-Banken abweichenden Vereinbarung haben beide Parteien – wie bei allen Dauerschuldverhältnissen – das Recht zur außerordentlichen (d. h. fristlosen) **Kündigung aus wichtigem Grund** (entsprechend § 626 BGB). In Ziff. 17 Satz 2 AGB-Banken wird dieses Recht deklaratorisch wiederholt. Die dort aufgelisteten Gründe sind nach der Rechtsprechung lediglich Beispiele für wichtige Gründe und stellen keine abschließende Aufzählung dar (BGH NJW 1986, 1928, 1930). Alle Tatsachen, nach denen unter umfassender Berücksichtigung des Einzelfalls eine Fortsetzung des Vertrages den Parteien nicht mehr zugemutet werden kann, sind Gründe für eine fristlose Kündigung. Das kann u. U. auch eine **massive Vermögensverschlechterung** des Kunden sein, da es insoweit auf ein Verschulden nicht ankommt (BGH NJW 1986, 1928, 1929). Streitig ist, ob Satz 2 auch gilt, wenn die schlechten Vermögensverhältnisse erst später bekannt werden. Sofern jedoch das Kreditinstitut mangels hinreichender Informationsbemühungen die Verhältnisse nicht vor Vertragsschluß geklärt hat, kann es sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf eine nachträgliche Vermögensverschlechterung berufen (Baumbach/Duden/Hopt a. a. O. Anm. 2 zu Ziff. 17).

Die **Rechtsfolgen** der Beendigung der gesamten Geschäftsverbindung (nicht die Folgen der Kündigung einer von mehreren Kontoverbindungen) werden durch Ziff. 18 AGB-Banken geregelt. Danach wird **jeder Saldo** eines jeden Kontos **sofort fällig**. Die Verweisung auf Ziff. 14 Abs. 3 AGB-Banken, nach der vertragliche Überziehungszinsen zu zahlen sind, ist allerdings unwirksam (BGH WM 1986, 8, 10).

## **11. AGB-Pfandrecht und Zurückbehaltungsrecht (Ziff. 19 Abs. 2 und Abs. 4 AGB-Banken)**

In Ziff. 19 werden die Sicherheiten und Pfandrechte des Kreditinstituts gegenüber dem Kunden geregelt. Wichtigste Klausel ist dabei das **AGB-Pfandrecht** nach Abs. 2. Danach dienen alle in den auch nur mittelbaren Besitz der Bank gelangten oder noch gelangenden Sachen und Rechte als Pfand für alle Ansprüche der Bank. Auch künftige Ansprüche werden davon erfaßt, wenn sie – entsprechend dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot des BGB – zumindest bestimmbar sind. Dies gilt auch für Ansprüche des Kunden gegenüber der Bank selbst. Die Rechtswirksamkeit dieser weit gefaßten Pfandklausel ist heute allgemein anerkannt (BGH NJW 1988, 3260, 3262). Sie ist nach Auffassung der Rechtsprechung weder überraschend gem. § 3 ABGB noch unangemessen i. S. der §§ 9 ff. ABGB. Ferner enthält die Klausel unmittelbar die für die Verpfändung von Sachen und Rechten

notwendige **dingliche Einigung** zwischen dem Kreditinstitut und dem Kunden sowie die Vorausabtretung der Forderungen des Kunden gegenüber Dritten, über die Urkunden ausgestellt sind, sobald sie in die Verfügungsmacht des Kreditinstituts gelangt sind (BGH a. a. O.).

Trotz der weiten Fassung des Textes der Ziff. 19 Abs. 2 greift das AGB-Pfandrecht nicht immer ein. Ziff. 19 Abs. 2 erfaßt z. B. nicht **Grundpfandrechte**, deren Brief in Bankbesitz kommt, da es am Erlangen der „Verfügungsgewalt“ über das Grundpfandrecht durch die Bank fehlt (BGHZ 60, 174, 177). Werte, die der Bank mit **besonderer Zweckbestimmung** übergeben werden, fallen ebenfalls nicht unter das AGB-Pfandrecht, da die speziellere Vereinbarung der AGB-Klausel vorgeht. Dies gilt z. B. für **Bar-Einzahlungen** des Kunden, die mit einem ausdrücklichen Überweisungsauftrag erfolgen, und zwar selbst dann, wenn die Bank wegen Zahlungseinstellung ihres Kunden den Girovertrag nach Ziff. 17 kündigt (BGHZ 74, 129, 132). Auch bei zum Diskont eingereichten **Wechseln** entsteht kein Pfandrecht, weil die Verfügungsmöglichkeit über den Gegenstand wesentliches Element des zugrunde liegenden Kreditvertrages ist (BGH WM 1968, 695). Lehnt die Bank die Diskontierung ab, um den Wechsel zur Minderung der Schulden zu verwenden, so muß der Kunde dieser Verwertung des Wechsels widersprechen. Andernfalls erfolgt eine treuhänderische Übereignung des Wechsels (BGH NJW 1970, 41, 42). Ferner entsteht kein Pfandrecht, wenn der Pfandgegenstand dem Kunden nur treuhänderisch zur Verfügung steht. Erforderlich ist hier aber, daß der Kunde die treuhänderische Begrenzung dem Kreditinstitut offenlegt. Unzweifelhaft und eindeutig geschieht dies bei der Errichtung von offenen **Treuhandkonten** wie Anderkonten von Rechtsanwältinnen und Notaren oder Verwalterkonten von Wohnungseigentümergeinschaften nach § 27 Abs. 4 WEG. Die – bei anderen Fallgestaltungen – dem Kreditinstitut bekannten schlichten Fakten, daß ein Guthaben für einen anderen Zweck verwendet werden soll, hindern das Entstehen des Pfandrechts nur, wenn zusätzlich über die Treuhand informiert wurde (BGH ZIP 1985, 523, 524). Die Information muß das Kreditinstitut zeitgleich mit oder vor dem Bankgeschäft erreichen, denn eine spätere Offenbarung eines Treuhandverhältnisses steht nach allgemeiner Rechtsprechung dem Entstehen eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts nicht entgegen. Nachforschungspflichten des Kreditinstituts bestehen in diesem Rahmen ebenfalls nicht (BGHZ 61, 72 (78)).

Für **bestimmte Kreditverhältnisse bestellte Sicherheiten** werden von der Pfandklausel gleichfalls nicht erfaßt. Die als Individualabreden nach § 4 AGBG einzustufenden Vereinbarungen gehen der Regelung durch AGB vor. In der Praxis wird jedoch in den Sicherungsverträgen eine erweiterte Sicherungszweckerklärung vereinbart sein, so daß auch ohne AGB-Klausel ein weiterer Sicherungszweck vorliegt.

Demgegenüber greift das AGB-Pfandrecht an **Wertpapieren** ein, an denen die Bank durch die Wertpapiersammelverwahrung gem. § 3 DepotG nur mittelbaren Besitz hat, da auch der mittelbare Besitz i. S. des § 868 BGB Besitz nach Ziff. 19 Abs. 2 ist. Lediglich **eigene Aktien** der Bank fallen gem. dem Verbot des Eigenbesitzes nach § 71 AktG nicht unter das Pfandrecht. Bei vinkulierten Namensaktien hängt der Erwerb durch die Bank von der Zustimmung der Gesellschaft ab.

Scheidet ein Pfandrechtserwerb des Kreditinstituts aus, so kommt ein **Zurückbehaltungsrecht** nach Ziff. 19 Abs. 4 in Betracht, das über das in § 273 BGB geregelte Zurückbehaltungsrecht hinausgeht, weil es die Konnexität, d. h. das Bestehen beider Ansprüche auf dem gleichen rechtlichen Verhältnis, als Voraussetzung explizit ausschließt. Nach der Rechtsprechung findet es aber nur auf bankmäßig erworbene Forderungen Anwendung (BGH NJW 1985, 849).

## 12. Bestimmungsrecht der Sicherheitenfreigabe (Ziff. 19 Abs. 6 AGB-Banken)

Nach Ziff. 19 Abs. 6 muß das Kreditinstitut auf Verlangen des Kunden **Sicherheiten freigeben**, sofern diese nicht nur vorübergehend die vereinbarte Deckungsgrenze überschreiten. Diese in der Praxis oft übersehene Klausel dient den Kreditinstituten als Verteidigung gegen den Vorwurf einer **sittenwidrigen Übersicherung**. Nach der Rechtsprechung zu §§ 138 und 826 BGB (Sittenwidrigkeit) darf ein Kreditinstitut nicht die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eines Kunden lahmliegen (sog. Kundenknebelung) oder die Interessen der anderen Gläubiger in anstößiger Weise schädigen (sog. Gläubigergefährdung). In besonderen Einzelfällen kann die Bank jedoch trotz dieser Klausel verpflichtet sein, Sicherheiten von sich aus (d. h. ohne Aufforderung seitens des Kunden) herauszugeben (vgl. Canaris a. a. O. Rdnr. 2699). Die Wahl der freizugebenden Gegenstände obliegt der Bank nach § 315 BGB. Als einzige Grenze ist dabei nach § 315 Abs. 3 BGB zu beachten, daß bei der Auswahl für die Freigabe nicht gegen schützenswerte Belange des Kunden verstoßen wird (BGH NJW 1983, 2701, 2703).

## V. Neuere Tendenzen

Durch die zunehmende Verbreitung des **Kreditkartengeschäfts** (vgl. dazu NWB F. 21 S. 1025 ff.) haben auch bei diesen Bankdienstleistungen die Rechtsfragen zu den AGB zugenommen. Umstritten ist dabei noch die wirksame Einbeziehung der AGB in den Vertrag über das Kreditkartengeschäft: Einige Kartenanbieter senden die AGB den Kunden gemeinsam mit der (noch nicht unterschriebenen) Karte erst zu, nachdem sie einen Antrag auf Ausstellung der Karte erhalten haben. Der Kunde kann daher von den AGB erst Kenntnis nehmen, nachdem er die Karte, die bereits auf seinen Namen ausgestellt ist, in den Händen hält. Wenn der Antrag des Kunden das Vertragsangebot darstellt und die Zusendung der Karte die konkludent erklärte Annahme, so wäre der Vertrag ohne Einbeziehung der AGB zustande gekommen. Die in den AGB vereinbarten Gebühren wären nicht Bestandteil des Vertrages und müßten vom Kunden nicht entrichtet werden. Ob die Zusendung der AGB zusammen mit der Karte als ein weiteres Angebot gesehen werden kann, mit der Folge, daß der Kunde durch die Unterschrift auf der Karte die AGB akzeptiert, ist nicht abschließend geklärt. Daher sind einige Kartenanbieter dazu übergegangen, die AGB auf den von ihnen verteilten Kartenanträgen mit abzudrucken. In einem neueren Urteil hat der BGH die **Klausel** eines Kartenanbieters, die das bei **Verlust und/oder Mißbrauch der Karte entstehende Risiko generell** und ohne betragsmäßige Obergrenze auf den Karteninhaber **abwälzt**, für unwirksam erklärt (BGH NJW 1991, 1886; ähnlich auch die Vorinstanz OLG Koblenz WM 1990, 1108).

Die Rechtsprechung hat in den vergangenen Jahren bei der Überprüfung von AGB in verschiedenen Branchen immer stärker das **Transparenzgebot** betont. Auch in der Rechtsprechung zu den AGB-Banken ist diese Tendenz zu beobachten (z. B. beim Urteil zu den Wertstellungsklauseln). Sicherlich werden die Gerichte dieses aus § 9 AGBG abgeleitete Gebot der Klarheit von Klauseln auch weiterhin verstärkt auf die vielfältigen AGB der Banken anwenden. Da dem Gebot der Transparenz nur solche Klauseln entsprechen, die von einem „bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden **Durchschnittskunden**“ (BGH NJW 1989, 582, 583 – Wertstellungsklausel) typischer verstanden werden können, ist der Prüfungsmaßstab, den die Gerichte ansetzen, sehr hoch. Lediglich schlicht gefaßte Klauseln entsprechen dem formalen Transparenzgebot.

Wegen der in sich komplexen Materie der Bankgeschäfte, die einen entsprechend ausführlichen und umfangreichen Regelungsbedarf hervorrufen, können die AGB jedoch schwerlich einfacher gefaßt werden. Das daraus resultierende Spannungsverhältnis wird die Gerichte deshalb weiterbeschäftigen: sie werden auch in Zukunft die Klauseln der AGB-Banken auf ihre Durchschaubarkeit hin überprüfen und – bei Verstoß gegen das Transparenzgebot – für unwirksam erklären. ◇