

Claus-Wilhelm Canaris
Bankvertragsrecht

Claus-Wilhelm Canaris

Bankvertragsrecht

2., vollständig neubearbeitete
und erweiterte Auflage



1981

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Sonderausgabe von Band III, 3. Teil (2. Bearbeitung) Handelsgesetzbuch, Großkommentar,
3. Auflage

Dr. jur. *Claus-Wilhelm Canaris*, o. Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Arbeitsrecht
sowie Rechtsphilosophie an der Universität München

Zitiervorschlag

Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rdn. X

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Canaris, Claus-Wilhelm:
Bankvertragsrecht /Claus-Wilhelm Canaris. — 2.,
vollst. neubearb. u. erw. Aufl. — Berlin; New
York: de Gruyter, 1981.
ISBN 3-11-007360-9

©

Copyright 1981 by
Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag,
Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: H. Heenemann GmbH & Co, 1000 Berlin 42
Binderarbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

Vorwort

Das Bankrecht ist in weiten Bereichen eine so dynamische Materie, daß ihm die behäbige Auflagenfolge eines Großkommentars nicht gerecht wird, zumal das Interesse für dieses Gebiet in den letzten Jahren heftig, ja z. T. geradezu boomartig zugenommen hat. Verlag und Verfasser haben sich daher entschlossen, eine Neubearbeitung vorzulegen.

Diese bringt eine Vielzahl tiefgreifender Änderungen und Erweiterungen gegenüber der Erstbearbeitung. Im 1. Kapitel „Allgemeine Grundlagen“ besteht die wichtigste Neuerung darin, daß die Lehre vom Konto, die bisher im Rahmen des Einlagengeschäfts behandelt war, zu einem eigenen Abschnitt verselbständigt und stark erweitert worden ist. Im 2. Kapitel über das „Zahlungswesen“ sind dem Lastschriftverfahren und dem Abrechnungsverkehr bei der Deutschen Bundesbank, ihrer praktischen und dogmatischen Bedeutung entsprechend, eigene Abschnitte eingeräumt worden; die Ausführungen über das Scheckkassio und die Scheckkarte sind im wesentlichen neu geschrieben worden. Das 3. Kapitel über das „Kreditwesen“ hat eine vollständige Neugliederung erfahren. Hinzugekommen sind der Abschnitt über das Gelddarlehen, soweit er die bankrechtlich relevanten Teile des allgemeinen Darlehensrechts enthält, und der Abschnitt über das Finanzierungsleasing; die Ausführungen über die Kreditkarte und das Factoring sind weitgehend neu gefaßt und stark ausgeweitet worden. Im 4. Kapitel über das „Effektenwesen“ waren ähnlich weitreichende Änderungen nicht erforderlich, doch mußte auch hier eine Fülle neuerer Schrifttums eingearbeitet und eine Reihe aktueller Einzelprobleme wie der Terminhandel mit Optionen und die Prospekt- und Initiatorhaftung bei nicht börsengängigen Kapitalanlagen einbezogen werden. Im letzten Kapitel waren vor allem das AGB-Gesetz und die dadurch ausgelösten Änderungen in den Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen zu berücksichtigen.

Auch abgesehen von diesen Schwerpunkten, die vorwiegend durch die Rechtsentwicklung der vergangenen Jahre bestimmt worden sind, habe ich an zahllosen Stellen ergänzt und vertieft, nicht selten auch geändert. Dabei habe ich in weitaus stärkerem Maße als in der Erstbearbeitung, bei der zwangsläufig das Bemühen um eine Bewältigung der Stoffmassen im Vordergrund stand, dem Bestreben Raum gegeben, Schwierigkeiten nachzugehen, neuartige Fragen aufzugreifen und Lösungsvorschläge auch für solche Probleme zu machen, die bisher in Rechtsprechung und Literatur kaum oder gar nicht erörtert worden sind. So kommt die zweite Auflage insgesamt in mancher Hinsicht einem zweiten Buch nahe. Das tritt auch im äußerem Umfang in Erscheinung: die Zahl der Randnummern ist auf mehr als das Doppelte, die Zahl der Seiten auf fast das Doppelte angeschwollen. Um wenigstens einen kleinen Ausgleich zu schaffen, ist das Kontokorrentrecht in diese Zwischenaufgabe anders als in die Sonderausgabe der Erstbearbeitung nicht aufgenommen worden; der Benutzer kann insoweit ohne Bedenken auf die Erstbearbeitung verwiesen werden, weil diese Materie derzeit nicht sonderlich stark im Fluß ist und überdies für das Bankrecht eine geringere praktische Bedeutung hat, als man meist anzunehmen geneigt ist.

Mit der Drucklegung wurde im September 1980 begonnen. Spätere Veröffentlichungen habe ich bis 1. 5. 1981 berücksichtigt, vereinzelt auch darüber hinaus. Mein

Vorwort

besonderer Dank gilt Frau Assessor Dr. Petra Käßer, die mich bei der Materialsammlung unterstützt und die die alphabetischen Register in eigener Verantwortung angefertigt hat. Für ihre Mithilfe bei der Mühsal der Korrekturarbeiten habe ich außerdem sehr herzlich zu danken Herrn Assessor Johannes Hager, Herrn Assessor Stefan Vogl, Herrn Rechtsreferendar Reinhard Singer und Herrn cand. iur. Jochen Harms.

München, im Juni 1981

Claus-Wilhelm Canaris

Inhalt

Erstes Kapitel

Allgemeine Grundlagen

	Seite
1. Abschnitt: Die Geschäftsverbindung zwischen der Bank und dem Kunden und ihre dogmatische Einordnung	1
2. Abschnitt: Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank, insbesondere Bankgeheimnis und Bankauskunft	19
3. Abschnitt: Das Konto	77

Zweites Kapitel

Das Zahlungsverwesen

4. Abschnitt: Die Giroüberweisung	151
5. Abschnitt: Das Lastschriftverfahren	281
6. Abschnitt: Die Scheckzahlung	355
7. Abschnitt: Der Abrechnungsverkehr	451
8. Abschnitt: Akkreditivgeschäft und Dokumenteninkasso	477
9. Abschnitt: Die Bankgarantie	571

Drittes Kapitel

Das Kreditwesen

10. Abschnitt: Das Einlagengeschäft	601
11. Abschnitt: Der Krediteröffnungsvertrag	617
12. Abschnitt: Das Gelddarlehen und seine bankrechtlichen Besonderheiten	653
13. Abschnitt: Das Finanzierungsdarlehen	709
14. Abschnitt: Der Wechselkredit	785
15. Abschnitt: Sonderformen des Kreditgeschäfts — Kreditkartengeschäft, Factoring und Finanzierungsleasing	831

Viertes Kapitel

Das Effektenwesen

16. Abschnitt: Das Effektagengeschäft	925
17. Abschnitt: Das Depotgeschäft	1057

Inhalt

18. Abschnitt: Das Emissionsgeschäft	1141
19. Abschnitt: Das Investmentgeschäft	1177

Fünftes Kapitel

Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen

20. Abschnitt: Die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	1265
21. Abschnitt: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken . . .	1283
22. Abschnitt: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen	1373
Register	1391

Erstes Kapitel
ALLGEMEINE GRUNDLAGEN

1. Abschnitt

**Die Geschäftsverbindung zwischen der Bank und dem Kunden
 und ihre dogmatische Einordnung**

Systematische Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Ablehnung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“		pflicht“ und als Grundlage einer „Vertrauenshaftung“	
1. Begriff und Inhalt des „allgemeinen Bankvertrages“	2	1. Dogmatische Einordnung	12
2. Kritik der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“		2. Voraussetzungen und Folgen der „Vertrauenshaftung kraft Geschäftsverbindung“	
a) Die Herstellung der Geschäftsverbindung als unzureichende Grundlage für die Annahme eines Vertrages	4	a) Die Unabhängigkeit der Haftung von den Einzelverträgen und die Bedeutung von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen	15
b) Ablehnung einer allgemeinen Pflicht der Bank zur Übernahme von Bankgeschäften	6	b) Die Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen	17
c) Die Vereinbarung über die Geltung der AGB als unzureichende Grundlage für die Annahme eines „allgemeinen Bankvertrages“	10	c) Die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich der Vertrauenshaftung	21
d) Zusammenfassende Würdigung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“	11	d) Die Beweislast	29
II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis „ohne primäre Leistungs-		e) Der Ausschluß der Vertrauenshaftung durch Freizeichnungsklauseln	31
		f) Schadensersatz- oder Erfüllungsansprüche als Rechtsfolge der Vertrauenshaftung	34

Alphabetische Übersicht

Abschlußpflicht 9	Bankgeheimnis 23, 25
Abschlußvollmacht 17	Drittenschutz 25
Abschreibungsgesellschaft 28	Bankvertrag, allgemeiner 2 ff
Allgemeine Geschäftsbedingungen 8	aus AGB 8
Freizeichnungsklausel 31 ff	aus Geltungsabrede zu AGB 10
Anfechtung 16	aus Geschäftsverbindung 4
Auskunft – siehe Bankauskunft	„neutrale“ Geschäfte 7
Bankauskunft, Haftung 14 f	aus Schutzpflichten 5
Beweislast 29 f	als tatsächliches Verhältnis 1
Drittenschutz 25	Baukonto 28
Erfüllungsgehilfen 18 f	culpa in contrahendo 5, 12, 17, 25, 27
gegenüber Nichtkunden 18, 28, 32	Freizeichnung 33

1. Abschnitt. Die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden

- Dritthaftung 27 f
 - Drittchadensliquidation 22, 24, 26

 - Ehepartner des Kunden 23
 - Einlagengeschäft 7
 - Erfüllungsgehilfen 14, 17 ff
 - Begriff 19
 - Haftungsbegründung 17
 - Pflichtverletzung 18
 - Sorgfaltsmaßstab 20
 - Zeitpunkt 19

 - falsus procurator 18
 - Freizeichnungsklauseln 31 ff

 - Geschäft, „neutrales“ 7
 - Geschäftsbedingungsvertrag 10
 - Geschäftsbesorgung 3, 9
 - Geschäftsverbindung
 - Begriff 1
 - Rechtsnatur 3, 4 ff
 - Girovertrag, Rechtspflichten der Bank 7
 - Gleichbehandlung der Kunden 7

 - Kreditgewährung, Pflicht zur 9

 - Lastschriftverfahren 22, 25 f

 - Massengeschäfte 22

 - Nichtigkeit der Einzelverträge 16
- Organisationspflicht 19

 - Scheckvertrag 7
 - Schrankfach 7
 - Scheingeschäft 16
 - Schuldverhältnis
 - gesetzliches 1, 12 ff
 - ohne primäre Leistungspflicht 12 ff
 - Schutzverhältnis, gesetzliches 5, 12 ff
 - Dritthaftung 27
 - Schutzwirkung zugunsten Dritter 21 ff
 - Beweislast 29 f
 - Freizeichnung 32
 - Fürsorgepflicht 22 ff, 25
 - geschützte Personen 22
 - Kundenschutz 25
 - im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr 22, 25
 - Schuldner des Kunden 25
 - Stellvertretung 17

 - Verbot, gesetzliches 16
 - Verhandlungsvollmacht 17
 - Vermögensschäden 14
 - Vertragsauslegung, ergänzende 21
 - Vertrag zugunsten Dritter 21
 - Vertrauenshaftung 14 ff
 - Freizeichnungsklauseln 31 ff
 - Rechtsfolge 34 f
 - Vertrauensverhältnis 12 ff

 - Zahlungsverkehr, mehrgliedriger 22, 25

Literatur

Altjohann Der Bankvertrag, ein Beitrag zur Dogmatik des Bankrechts, Diss. München 1962; *Gaede* Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte, Diss. Köln 1970; *Haupt* Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, 1937; *Herold/Lippisch* Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1962, S. 33 f und 41 ff; *Hopt* Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 393 ff; *Koch, Arwed* Banken und Bankgeschäfte, 1931, 306 ff; *derselbe* Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, 1932, S. 10 ff; *Lwowski* Geschäftsbeziehungen zwischen Bank und Kunden, in: Bankrecht und Bankpraxis, Band I Teil 2, 1978 (zit. BuB); *Müller-Graff* Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, 1974; *derselbe* Die Geschäftsverbindung als Schutzpflichtverhältnis JZ 1976 153 ff; *Pikart* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bankvertrag, WM 1957 1238 ff; *Raiser, Ludwig* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 133 ff; *Schaudwet* Bankenkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1967, S. 29 ff; *Sichtermann* Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Aufl. 1966.

- 1 Die Beziehungen zwischen der Bank und ihren Kunden erschöpfen sich i. d. R. nicht in einem einzigen Geschäft — etwa der Vornahme einer Überweisung —, sondern sind meist auf längere Dauer und auf eine unbestimmte Mehrzahl von Geschäftsvorfällen angelegt. Dann besteht eine „Geschäftsverbindung“. Über deren Rechtsnatur sind verschiedene Theorien aufgestellt worden. Im Einklang mit den vom allgemeinen Zivilrecht gebotenen Kategorien reichen diese von der Annahme eines Vertrages über quasivertragliche Lösungen und die Konstruktion eines gesetzlichen Schuldverhältnisses bis zu der Ansicht, die Geschäftsbeziehung sei ein rein tatsächliches Verhältnis ohne spezifisch rechtlichen Charakter. Allen Theorien gemeinsam ist lediglich die Problemstellung: es geht nicht um die dogmatische Einordnung der einzelnen Verträge, also

I. Ablehnung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“

z. B. des Girovertrags, des Diskontvertrags, des Darlehensvertrags usw., sondern um die Rechtsnatur der — von den Einzelverträgen grundsätzlich zu unterscheidenden — Geschäftsverbindung als solcher.

I. Ablehnung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“

1. Begriff und Inhalt des „allgemeinen Bankvertrags“

Als Vertrag wird die Geschäftsverbindung von den Anhängern der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ qualifiziert¹. Diese Lehre stößt im neueren Schrifttum in zunehmendem Maße auf Skepsis²; teilweise wird sie sogar mit Nachdruck abgelehnt³. Die Rechtsprechung spricht zwar nicht selten von einem Bankvertrag⁴; sie vermeidet jedoch i. d. R., daraus spezifische Rechtsfolgen abzuleiten, und macht überdies nicht deutlich, ob sie im Bankvertrag überhaupt einen eigenständigen Vertragstypus sieht oder ob sie diesen Terminus lediglich als Synonym für bestimmte Einzelverträge wie vor allem den Girovertrag verwendet.

Inhaltlich faßt die h. L. „unter dem Begriff des Bankvertrags diejenigen vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Bankkunden zusammen, die im Unterschied zum Abschluß eines unbedeutenden Einzelgeschäfts auf eine wesentliche oder nicht vorübergehende Inanspruchnahme der Einrichtungen und Dienste der Bank durch den Kunden gerichtet sind“⁵. Dabei soll „auch die vertragliche Herstellung und Unterhaltung solcher Geschäftsbeziehungen ausreichen, für die die Eröffnung eines Kontos nicht wesentlich ist, z. B. die Einleitung von Verhandlungen über Einräumung eines Kredits oder über An- und Verkauf von Wertpapieren. Es kommt mithin überhaupt nur auf die Herstellung einer auf eine gewisse Dauer und Intensität berechneten Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden an“⁵. Auch nach *von Godin*, der den wichtigsten Beitrag zur Lehre vom allgemeinen Bankvertrag geleistet hat, ist „das Essentielle des Bankvertrags die Einigung über die Begründung einer Geschäftsverbindung“⁶. Von *Godin* geht allerdings noch einen Schritt darüber hinaus und sieht als Inhalt des Bankvertrags außerdem an, „daß der Kunde regelmäßig, ohne sich dazu zu verpflichten, Vermögensangelegenheiten irgendwelcher Art, deren Erledigung in den Rahmen der von der Bank ausgeübten gewerblichen Betätigung und ihrer dafür geschaffenen Organisation und Einrichtungen fällt, durch sie oder mittels ihrer erledigen läßt, und daß die Bank sich verpflichtet, im Rahmen ihrer gewerblichen Betätigung, Organisation ... und Einrichtungen sich dafür zur Verfügung zu stellen“⁷. Typologisch soll es sich dabei um einen *Dienst- oder Werkvertrag* handeln, der eine

¹ Vgl. *Müller-Erzbach*, Handelsrecht, 2./3. Aufl. 1928, S. 651 unter D II; *Dermitzell/Pollems* aaO S. 3; *Neustätter* S. 65 ff; *Pikart* WM 1957, 1238; *Nebelung* NJW 1959, 1069; *Schraepler* NJW 1972, 1838; *Schaudtwet* S. 29 ff; *Stolz* S. 13 f und S. 28 ff; *Gaede* S. 29 ff; *Herold/Lippisch* S. 33 f; *von Gierke* § 62 III; *von Godin* Anm. 1 und Anm. 4 ff nach § 365; *P. Ulmer* Der Vertragshändler, 1969, S. 318 f; *Hopt* S. 395 ff; *Lwowski* BuB 2/1.

² Vgl. z. B. *Meyer-Cording* Das Recht der Banküberweisung, 1951, S. 9; *Sichtermann* S. 93.

³ Vgl. *Altjohann* S. 82 ff, 112 ff, 124 ff und ihm folgend *Schönle* § 3 II; ebenso jetzt *Schlegelberger/Hefermehl*⁵ Anh. nach § 365 Rdn. 13; ablehnend ferner z. B. *Schwark* Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 100 ff; *Stierle* Der Bereiche-

rungsausgleich bei fehlerhaften Banküberweisungen, 1980, S. 60 ff; *Staudinger/Wittmann*¹², § 675 Rdn. 19; *H. P. Westermann* in MünchKomm., 1980, Vorbem. vor § 607 Rdn. 12 ff.

⁴ Vgl. z. B. BGHZ 23, 222, 226 f; BGH NJW 1954, 72; BGH WM 1956, 920; OLG Stuttgart MDR 1956, 428; OLG Karlsruhe WM 1971, 486, 487; vgl. ferner die eingehende Zusammenstellung von *Pikart* WM 1957, 1238 ff.

⁵ *Pikart* S. 1238 m. Nachw. aus der Rspr.

⁶ Vgl. Anm. 4 unter b und ähnlich Anm. 1 unter Ziff. 2 am Anfang; ihm folgend *Gaede* S. 33.

⁷ Anm. 4 unter b und ähnlich Anm. 1 unter Ziff. 2 am Anfang; im selben Sinne auch *Pikart* S. 1239 unter 2; aus dem älteren Schrifttum ähnlich z. B. *Koch* S. 11 f und 16; *Raiser* S. 145.

Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, in dem aber auch noch andere Elemente enthalten sein können⁸.

2. Kritik der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“

Die Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ ist nur haltbar, wenn die von ihr gegebene Definition mit dem allgemeinen Vertragsbegriff vereinbar ist und wenn der von ihr behauptete Vertrag einen eigenständigen, anderweitig nicht befriedigend einzuordnenden Inhalt hat. Dazu sind die verschiedenen Bestandteile, die der „allgemeine Bankvertrag“ nach der h. L. haben soll, gesondert zu überprüfen.

a) Die Herstellung der Geschäftsverbindung als unzureichende Grundlage für die Annahme eines Vertrages

- 4** Was zunächst die **Herstellung der Geschäftsverbindung** angeht, so vermag diese die Konstruktion eines „allgemeinen Bankvertrags“ nicht zu tragen. Essentiale des Vertragsbegriffes ist es nämlich, daß durch die von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen eine *Rechtsfolge in Geltung gesetzt* wird, und daran fehlt es insoweit. Denn die Herstellung der Geschäftsverbindung als solche hat keinerlei rechtliche Gebundenheit zur Folge, da sie, wie auch die Anhänger der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ nicht verkennen, jederzeit abgebrochen werden kann⁹; die rechtliche Bindung macht aber gerade das Wesen des Vertrages aus¹⁰.
- 5** Allerdings hat die Aufnahme der Geschäftsverbindung eine Reihe von **Schutzpflichten** zur Folge wie z. B. Verschwiegenheits-, Aufklärungs-, Auskunfts- oder Beratungspflichten. Auch das Entstehen von Schutzpflichten kann jedoch nicht als Inhalt eines „allgemeinen Bankvertrags“ angesehen werden¹¹. Diese Schutzpflichten entstehen nämlich nicht deshalb, weil die Parteien sie in Geltung gesetzt haben, sondern unabhängig vom Willen der Parteien kraft objektiven Rechts. Das zeigt sich insbesondere daran, daß sie anerkanntermaßen schon vor Vertragsschluß bestehen können und insoweit die Grundlage für die Haftung aus culpa in contrahendo bilden. Diese Haftung aber ist unstreitig nicht vertraglicher, sondern gesetzlicher Natur, und es stellt daher einen inakzeptablen dogmatischen Rückschritt dar, wenn man z. B. in der „Einleitung von Verhandlungen über Einräumung eines Kredits oder über An- und Verkauf von Wertpapieren“ nun doch wieder einen Vertragsschluß sieht¹². Auch im Stadium nach Vertragsschluß haben die Schutzpflichten nach richtiger Ansicht ihren Rechtsgrund nicht im Vertrag, sondern in einem von diesem unabhängigen gesetzlichen Schutzverhältnis (vgl. näher unten Rdn. 12 ff). Auch wenn man dem nicht folgt, wären sie jedoch lediglich *Nebenpflichten* eines anderweitig begründeten Vertrages, keinesfalls aber einziger oder auch nur primärer Inhalt eines solchen, und daher ließe sich auf sie allein die Annahme eines „allgemeinen Bankvertrags“ jedenfalls nicht stützen. Weder die Aufnahme der Geschäftsverbindung noch die daran anknüpfenden Schutzpflichten stellen somit eine hinreichende Grundlage für die Konstruktion eines „allgemeinen Bankvertrags“ dar.

⁸ Vgl. z. B. *Neustätter* S. 71; *Raiser* S. 145; *Pikart* S. 1238; *von Godin* Anm. 4 unter a; *Herold/Lipisch* S. 33 f; *Hopt* S. 398.

⁹ Vgl. z. B. *Pikart* S. 1239; *von Godin* Anm. 1 unter Ziff. 2 am Anfang.

¹⁰ Vgl. statt aller *Larenz* Allg. Teil des Bürgerrechts⁵, § 2 II e.

¹¹ So aber *von Godin* Anm. 1 unter Ziff. 2 c; *Pikart* S. 1239 f und 1241 ff.

¹² So aber *Pikart* S. 1238; wie hier dagegen z. B. *Schlegelberger/Hefermehl*¹ Anh. nach § 365 Rdn. 13.

b) Ablehnung einer allgemeinen Pflicht der Bank zur Übernahme von Bankgeschäften

Darüber hinaus soll der „allgemeine Bankvertrag“ noch beinhalten, daß der Kunde **6** bestimmte Vermögensangelegenheiten durch die Bank erledigen läßt und daß diese ihm hierfür ihre Einrichtungen zur Verfügung stellt (vgl. die Nachw. oben Fn. 5 und 7). Daß hierzu eine **allgemeine Rechtspflicht** besteht, nehmen hinsichtlich des *Kunden* nicht einmal die Anhänger dieser Lehre selbst an¹³. In der Tat wäre die Behauptung absurd, der Kunde verpflichte sich durch die Aufnahme der Geschäftsverbindung oder durch den Abschluß eines Girovertrags oder dgl., nun sämtliche Bankangelegenheiten gerade über diese Bank laufen zu lassen. Der Kunde geht daher auch insoweit keinesfalls eine vertragliche Bindung ein. Anders soll es dagegen bezüglich der *Bank* liegen; diese soll „verpflichtet sein, dem Kunden ihre Geschäftseinrichtungen und Dienste für die Erledigung der in ihr Geschäftsgebiet fallenden Aufgaben gegen eine entsprechende Vergütung zur Verfügung zu stellen“¹⁴. Das soll allerdings nicht für Kreditgeschäfte gelten, sondern nur für „neutrale“ Geschäfte, d. h. „alle bankmäßigen Geschäfte, welche eine Geschäftsbesorgung der Bank nach § 675 BGB zum Gegenstand haben“¹⁵.

In Wahrheit gibt es jedoch eine solche **allgemeine Pflicht der Bank zur Durchführung „neutraler“ Geschäfte** nicht¹⁶. Das gilt jedenfalls dann, wenn man für das Zustandekommen des „allgemeinen Bankvertrags“ schon die „Einleitung von Verhandlungen“ über ein bestimmtes Geschäft, z. B. die Aufnahme eines Darlehens genügen läßt¹⁷. Denn es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum die Bank schon mit derartigen bloßen Vertragsverhandlungen eine Pflicht zum Abschluß eines Girovertrags, eines Diskontgeschäfts, eines Depotgeschäfts und dgl. übernehmen sollte; die Hypostasierung einer entsprechenden Vertragspflicht ist daher mit den §§ 133, 157 BGB unvereinbar. Aber auch nach Abschluß eines bestimmten Einzelvertrags — z. B. eines Girovertrags — besteht keine allgemeine Pflicht der Bank zur Übernahme sonstiger Geschäfte. Eine solche Pflicht steht nämlich mit den erkennbaren Interessen der Bank nicht in Einklang, und daher kann sie bei einer Auslegung ihres Verhaltens nach § 157 BGB nicht als Vertragsinhalt angenommen werden. So kann z. B. keinesfalls davon ausgegangen werden, daß die Bank mit Abschluß eines Girovertrages auch die Pflicht übernehmen will, dem Kunden ein *Schrankfach* zur Verfügung zu stellen; denn sie kann nicht mit Sicherheit vorhersehen, ob sie im fraglichen Zeitpunkt ein solches überhaupt frei haben wird. Ebenso kann die Bank u. U. ein Interesse daran haben, *Spareinlagen* eines Kunden, der bei ihr bisher lediglich ein Girokonto unterhält, zurückzuweisen; man denke etwa daran, daß der Kunde der Bank eine sehr hohe Summe als Termingeld oder dgl. anbietet, diese aber augenblicklich keinen Bedarf für eine Erhöhung ihrer Liquidität hat und daher lieber die Zinsen sparen will. Nicht einmal die Verpflichtung zur Eingehung eines *Scheckvertrags* muß notwendig mit einem Girovertrag oder einem sonstigen Bankgeschäft verbunden sein; denn die Bank hat ein vernünftiges Interesse daran, „unsicheren“ Kunden trotz Bestehens eines Girokontos die Ausstellung eines Scheckhefts zu verweigern, um sich die mit der Präsentation ungedeckter Schecks regelmäßig verbundenen Unannehmlichkeiten zu ersparen und um den Scheck- und Bankverkehr vor den daraus resultierenden Gefahren zu bewahren¹⁸. Es

¹³ Vgl. ausdrücklich *Raiser* S. 145 Fn. 2; *von Godin* Anm. 4 unter b.

¹⁴ *Pikart* S. 1239 unter 2 am Anfang; der Sache nach ebenso *von Godin* aaO, vgl. das Zitat oben bei Fn. 7; ähnlich auch schon *Koch* S. 11 f und 16; *Haupt* S. 27 Fn. 5, 35, 43 f; *Raiser* S. 145 bei Fn. 2; aus dem neueren Schrifttum z. B. *P. Ulmer*

Der Vertragshändler, 1969, S. 318 f; *Hopt* S. 397 f.

¹⁵ *Koch* S. 11; ähnlich *Raiser* S. 145 mit Fn. 4.

¹⁶ Ebenso i. E. *Altjohann* S. 108 ff; *Schönle* § 3 II; *Lwowski* BuB 2/3.

¹⁷ So *Pikart* S. 1238.

¹⁸ So mit Recht *Altjohann* S. 115 f.

1. Abschnitt. Die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden

ist daher zwar richtig, daß sich *im Einzelfall* eine Pflicht zum Abschluß weiterer Bankgeschäfte aus Treu und Glauben ergeben kann, doch trifft es nicht zu, daß die Bank eine solche *ganz allgemein* schon mit Aufnahme der Geschäftsverbindung vertraglich übernehmen will. Der Kunde kann den Abschluß weiterer Einzelverträge auch nicht mit der Begründung verlangen, die Bank lehne nur ihm gegenüber, nicht aber auch den übrigen Kunden gegenüber, die Übernahme des fraglichen Geschäfts ab und diskriminiere ihn dadurch; denn die Bank hat grundsätzlich keine Pflicht zur Gleichbehandlung ihrer Kunden (vgl. unten Rdn. 121).

8 Auch aus den **AGB der Banken** folgt keine allgemeine Pflicht zur Übernahme beliebiger Geschäfte. Zwar ist in den AGB eine Vielzahl unterschiedlicher Geschäfte geregelt, doch bedeutet das nicht, daß die Bank sich zu deren Abschluß bereits durch die Aushändigung der AGB verpflichten will¹⁹, sondern lediglich, daß die Bedingungen auch für andere Geschäfte als das gerade abgeschlossene gelten sollen, *falls* es auch darüber zu einem Vertragsschluß kommt. Daß die AGB Klauseln für Geschäfte unterschiedlicher Art enthalten, erklärt sich unschwer aus dem Bestreben nach Vereinfachung und Vereinheitlichung. Auch aus der Einleitung der AGB ergibt sich keine allgemeine Pflicht der Bank, alle „neutralen“ Geschäfte oder dgl. zu übernehmen. Allerdings heißt es dort, die Bank stelle „ihrem Kunden ihre Geschäftseinrichtungen zur Erledigung verschiedenartigster Aufträge zur Verfügung“. Von einer *Verpflichtung* hierzu ist jedoch gerade nicht die Rede, und auch die systematische Stellung dieses Satzes als Teil der Einleitung statt als eigenständige Klausel zeigt, daß die Übernahme einer Rechtspflicht nicht gewollt ist. Es handelt sich daher hier nicht um ein verbindliches Vertragsangebot, sondern lediglich um eine *invitatio ad offerendum*²⁰.

9 Eine **allgemeine Pflicht zur Übernahme von Geschäftsbesorgungen** besteht somit für die Bank nicht. Lehnt diese den Abschluß eines entsprechenden Einzelvertrages ab, so hat daher der Kunde grundsätzlich weder einen Erfüllungs- noch einen Schadensersatzanspruch. Die Ablehnung muß allerdings unverzüglich erfolgen, da anderenfalls das Angebot des Kunden gemäß § 362 HGB als angenommen gilt. In besonders gelagerten Einzelfällen kann darüber hinaus mit Rücksicht auf das Bestehen der Geschäftsverbindung aus Treu und Glauben auch eine Pflicht zur Übernahme von Geschäften folgen; das kann vor allem dann der Fall sein, wenn diese mit bereits abgeschlossenen Verträgen in engem Zusammenhang stehen — was z. B. für das Verhältnis von Girovertrag und Scheckabrede zutrifft — oder wenn die Bank in dem Kunden das berechnete Vertrauen erweckt hat, sie werde einen entsprechenden Antrag nicht ablehnen (vgl. z. B. unten Rdn. 1271 ff bezüglich der Kreditgewährung).

c) Die Vereinbarung über die Geltung der AGB als unzureichende Grundlage für die Annahme eines „allgemeinen Bankvertrages“

10 Bei Aufnahme der Geschäftsverbindung „unterwirft“ sich der Kunde regelmäßig ausdrücklich oder konkludent den AGB der Bank. Auch diese Vereinbarung über die Geltung der AGB wird nicht selten als Inhalt des „allgemeinen Bankvertrages“ angesehen²¹. Dem wird von den Gegnern dieser Lehre entgegengehalten, die Geltung der AGB beruhe nicht auf einem selbständigen Vertrag, sondern diese würden lediglich Bestandteil der jeweiligen Einzelverträge²². Es kann hier dahingestellt bleiben, wie diese Frage zu entscheiden ist (vgl. dazu unten Rdn. 2500). Denn auch wenn man in

¹⁹ So aber Koch S. 11.

²⁰ Vgl. Schaudwet S. 31 f; a. A. z. B. Hopt S. 397 mit Fn. 151.

²¹ Vgl. z. B. Müller-Erzbach S. 651 unter D II; von Gierke § 62 III 1; Herold/Lippisch S. 33.

²² Vgl. Altjohann S. 82 ff; Schönle § 3 II.

II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis

der „Unterwerfung“ unter die AGB einen selbständigen Vertrag sieht, so reicht das zur Rettung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ doch nicht aus. Es handelt sich dann nämlich nicht um ein Spezifikum des Bankrechts, sondern um einen gewöhnlichen „Geschäftsbedingungsvertrag“, wie er in der Form des „Normenvertrags“ oder des „Richtlinienvertrags“ auch zwischen anderen Personen geschlossen werden könnte²³. Es liegt also insoweit nicht anders, als würde z. B. eine Maschinenfabrik mit ihrem Kunden vereinbaren, daß für alle zukünftig zwischen ihnen abzuschließenden Verträge die AGB der Fabrik gelten sollen. Dann aber ist es sinnlos, eine derartige Vereinbarung der Bank mit ihren Kunden als Vertragstypus eigener Art anzusehen und für sie den besonderen Terminus des „allgemeinen Bankvertrags“ zu verwenden. Man könnte daher zwar u. U. die AGB als Bestandteil eines „allgemeinen Bankvertrags“ ansehen, wenn es einen solchen *auch unabhängig von der Vereinbarung über die Geltung der AGB* gäbe und dieser also einen darüber hinausgehenden Inhalt hätte; da dies jedoch, wie gezeigt, nicht der Fall ist, kann man in der bloßen „Unterwerfung“ des Kunden unter die AGB für sich allein keine hinreichende Grundlage für die Konstruktion eines „allgemeinen Bankvertrags“ erblicken.

d) Zusammenfassende Würdigung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“

Insgesamt ergibt sich somit, daß die Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ unhaltbar ist. Soweit dessen Inhalt in der Einigung über die Aufnahme der Geschäftsverbindung gesehen wird, sind die Voraussetzungen des allgemeinen Vertragsbegriffs nicht erfüllt, da es an einer rechtlichen Bindung der Parteien fehlt (Rdn. 4). Die entstehenden Schutzpflichten lassen sich ebenso gut und z. T. sogar besser mit Hilfe eines gesetzlichen Schuldverhältnisses erklären (Rdn. 5 und unten Rdn. 12 ff). Eine über die Pflichten aus dem konkreten Einzelgeschäft hinausgehende Verpflichtung der Bank zur Übernahme von Geschäftsbesorgungen besteht nicht (Rdn. 6 ff). Die „Unterwerfung“ unter die AGB stellt auch dann, wenn sie durch eine selbständige Vereinbarung erfolgt und nicht lediglich als Teil der Einzelgeschäfte anzusehen ist, keine Besonderheit des Bankrechts dar (Rdn. 10). Irgendwelche Rechtsfolgen, die sich auf den „allgemeinen Bankvertrag“ zurückführen lassen, gibt es daher nicht. Folglich ist dieser mit dem allgemeinen Vertragsbegriff unvereinbar; denn ein Vertrag liegt nur vor, wenn durch die Willenserklärungen der Parteien Rechtsfolgen in Geltung gesetzt werden. Ein „allgemeiner Bankvertrag“ ist somit dem geltenden Recht unbekannt. 11

II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis „ohne primäre Leistungspflicht“ und als Grundlage einer „Vertrauenshaftung“

1. Dogmatische Einordnung

Läßt sich die Geschäftsverbindung auch nicht als Vertrag qualifizieren, so heißt das doch nicht, daß sie deshalb ein rein tatsächliches Verhältnis ohne spezifische Rechtsbedeutung sein müßte. Das moderne Schuldrecht verfügt nämlich über Kategorien, mit denen sich diese Problematik ohne Schwierigkeiten theoretisch erfassen läßt. Für das Bankrecht ist der richtige Lösungsansatz schon im Jahre 1935 von *Ludwig Raiser* vorgezeichnet worden. Er sieht in der Geschäftsverbindung „ein Rechtsverhältnis, sogar ein Schuldverhältnis“, das nicht durch „Rechtsgeschäft entstanden ist“; vielmehr han- 12

²³ Vgl. dazu allgemein *Raiser* S. 118 ff, 130 ff;
Ulmer/Brandner/Hensen Komm. zum AGBG³ § 2
Rdn. 54 ff.

dele es sich um „eine außervertragliche ‚Sonderverbindung‘ von derselben Art wie die Vertragsverhandlungen, die die Grundlage der Haftung bei ‚culpa in contrahendo‘ bilden“ (aaO S. 135). Sowohl der Begriff der „außervertraglichen Sonderverbindung“ als auch der Hinweis auf die Parallele zur culpa in contrahendo sind außerordentlich fruchtbar. Die moderne Dogmatik hat daraus die allgemeine Kategorie des „**Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht**“ entwickelt²⁴. Dieses erschöpft sich zunächst in der Begründung von Verhaltenspflichten und enthält also keine (primären) Leistungspflichten; erst wenn die Verhaltenspflichten verletzt werden, entstehen Schadensersatzansprüche und damit (sekundäre) Leistungspflichten. Diese Kategorie ist nicht auf das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen beschränkt. Dieselben Grundsätze gelten vielmehr auch und erst recht *nach* Vertragsschluß; alle Schutzpflichten sind daher unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Entstehung oder ihrer Verletzung in einem **einheitlichen „Schutzverhältnis“** zusammenzufassen²⁵. Ebenso wie das „Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen“ ist dieses nicht „vertraglicher“, sondern „gesetzlicher“ Natur, d. h. es hat seine Grundlage nicht im rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien, sondern in einem (ungeschriebenen) Satz des objektiven Rechts und in § 242 BGB. Der innere Grund für die Annahme dieses Rechtsverhältnisses und für die daraus folgende Haftungsverschärfung liegt in der gesteigerten **Einwirkungsmöglichkeit** auf die Rechtsgüter des anderen Teils und dem damit verbundenen besonderen Vertrauensverhältnis²⁶.

- 13** Diese Kriterien lassen sich unschwer auf die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden übertragen. Denn es liegt auf der Hand, daß diese zu einer gesteigerten **Einwirkungsmöglichkeit** führt; man denke nur an die „klassischen“ Fälle wie den Bruch des Bankgeheimnisses oder die Erteilung einer falschen Auskunft: erst aufgrund der Geschäftsverbindung hat die Bank das Geheimnis erfahren bzw. die Gelegenheit zu der Auskunft erhalten, und nur aufgrund der Geschäftsverbindung kann sie daher dem Kunden Schaden zufügen. Ebenso offenkundig ist, daß die Geschäftsverbindung ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunden zur Folge hat²⁷. Darauf wird z. B. in der Einleitung zu den AGB ausdrücklich hingewiesen, wo es heißt: „Das Geschäftsverhältnis zwischen Bank und Kunden ist ein Vertrauensverhältnis“. Auch in der Rechtsprechung wird die Geschäftsverbindung immer wieder als Vertrauensverhältnis bezeichnet. So hat das RG bereits in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1891 ausgeführt: „Wenngleich . . . eine Geschäftsverbindung zweier Personen an sich zunächst nichts anderes ist als das zufällige Nebeneinanderbestehen von Geschäften, . . ., so bildet sich durch die häufige geschäftliche Berührung und die Erkenntnis, daß es für beide Teile nur vorteilhaft sein kann, einander entgegenzukommen, ein Vertrauensverhältnis aus, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfange als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung wird. Nicht nur der Abschluß und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte, sondern die ganze Geschäftsverbindung wird von Treue und Glauben beherrscht, und dadurch kommt es, daß Handlungen,

²⁴ Vgl. statt aller *Larenz Schuldrecht* II², § 2 I a. E. und § 9.

²⁵ Vgl. eingehend *Canaris* JZ 1965, 475 ff; zustimmend z. B. *Thiele* JZ 1967, 649 ff; *Müller* NJW 1969, 2172 ff; *Gerhardt* JZ 1970, 535 f; *Nirk* 2. Festschr. für Möhring, 1975, S. 73 ff, 78, 100; *Müller-Graff* JZ 1976, 155 f; *Esser/Schmidt*

*Schuldrecht*⁵, § 29 III 2.3.; *Kramer* in Münch-Komm. Einl. vor § 241 Rdn. 75 ff; *Roth* ebenda § 242 Rdn. 129 ff.

²⁶ Vgl. näher *Canaris* aaO im Anschluß an *Heinrich Stoll* Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936.

²⁷ Richtig auch insoweit bereits *Raiser* S. 135 f.

II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis

welche, abgesehen von dieser Verbindung der Handelnden, als rechtlich indifferente Tatsachen erscheinen, einen rechtlichen Inhalt gewinnen“²⁸.

Die Haftung aus der Geschäftsverbindung ist somit weder eine vertragliche Haftung noch eine bloße deliktische Haftung, sondern — ähnlich wie z. B. die Haftung für culpa in contrahendo — eine zwischen diesen beiden Kategorien stehende Vertrauenshaftung, die ein **„gesetzliches“ Schuldverhältnis** begründet²⁹. Der Vertrauensgedanke und die Anknüpfung an die Geschäftsverbindung stehen dabei nicht beziehungslos nebeneinander. Eine Vertrauenshaftung gibt es nämlich nicht zwischen „unverbundenen“ Rechtsgenossen, sondern lediglich zwischen solchen, die in einer „Sonderverbindung“ stehen, die also ein bestimmter „Kontakt“ verbindet. Dieser muß nach herrschender und richtiger Ansicht „rechtsgeschäftlicher“ und nicht lediglich „sozialer“ Natur sein³⁰; denn die Vertrauenshaftung führt insoweit, wie insbesondere wiederum das Beispiel der culpa in contrahendo verdeutlicht, zu denselben Rechtsfolgen wie die Vertragshaftung — also vor allem zur Anwendbarkeit des § 278 BGB und zur Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden —, und das läßt sich nur rechtfertigen, wenn wenigstens ein Handeln innerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und damit eine gewisse Verwandtschaft mit den Fällen einer echten Vertragsverletzung gegeben ist. Die Vertrauenshaftung ist daher zwar **Haftung kraft Gesetzes** und nicht kraft Rechtsgeschäfts, aber doch immerhin **Haftung kraft rechtsgeschäftlichen Kontakts** oder **kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr**³¹. Die Geschäftsverbindung hat somit die Funktion, den erforderlichen rechtsgeschäftlichen Kontakt zu begründen. Das bedeutet allerdings zugleich, daß sie nur eine mögliche und nicht eine notwendige Voraussetzung der Haftung ist und durch andere Formen des rechtsgeschäftlichen Kontakts ersetzt werden kann — eine Einsicht, die vor allem für die Haftung wegen falscher Auskünfte erhebliche praktische Bedeutung hat (vgl. näher unten Rdn. 28 a. E., 78 a. E. und 89 ff).

2. Voraussetzungen und Folgen der „Vertrauenshaftung kraft Geschäftsverbindung“

a) Die Unabhängigkeit der Haftung von den Einzelverträgen und die Bedeutung von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen

Das durch die Geschäftsverbindung entstehende „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“ hat eine Fülle unterschiedlicher Schutzpflichten zur Folge, deren wichtigste die Geheimhaltungs-, die Auskunfts- und die Beratungspflicht sind (vgl. im einzelnen unten Rdn. 27 ff, 77 ff, 103 ff). Da diese Pflichten, wie dargelegt, nicht vertraglicher, sondern gesetzlicher Natur sind, bestehen sie unabhängig von den Einzelverträgen, also z. B. dem Girovertrag, dem Darlehensvertrag, dem Diskontvertrag usw. Das bedeutet zunächst, daß sie bereits **vor Abschluß** eines derartigen Vertrages gegeben sein können — was ohnehin aus den Regeln über die culpa in contrahendo folgt. Es bedeutet weiterhin, daß sie auch noch **nach Erfüllung** aller Einzelverträge fortbestehen können — was ebenfalls eine bekannte Erscheinung ist und in der Figur der „nachwirkenden Vertragspflichten“ allgemeine Anerkennung gefunden hat. Es bedeutet ferner, daß die fragliche Schutzpflichtverletzung — also z. B. die Erteilung einer falschen

²⁸ RGZ 27, 118, 121; ebenso oder ähnlich RGZ 65, 134, 141; 122, 351, 355 f; 126, 50, 52; RG JW 1931, 3097, 3098 unter 2; BGHZ 21, 102, 107; weitere Nachweise unten Anm. 44.

²⁹ Ebenso z. B. *Hopt* S. 404 ff (trotz seiner Zustimmung zur Lehre vom „Allgemeinen Bankvertrag“); *Müller-Graff* Geschäftsverbindung

S. 247 ff und JZ 1976, 153 ff; *Emmerich* in MünchKomm. vor § 275 Rdn. 332 ff.

³⁰ Vgl. z. B. *Larenz* MDR 1954, 515 ff; *Canaris* VersR 1965, 116 m. Nachw.

³¹ Vgl. eingehend *Canaris* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 442 ff und S. 538 f.

Auskunft — nicht mit einem bestimmten Einzelvertrag, sondern lediglich **mit der Geschäftsverbindung als solcher in innerem Zusammenhang** stehen muß³². Geschützt wird also z. B. auch, wer bei einer Bank lediglich ein Girokonto unterhält und von dieser eine falsche Auskunft bekommt, die nichts mit Fragen des Girokontos zu tun hat, die ihm aber in seiner Eigenschaft als Kunde gegeben worden ist. Fehlt dagegen ein solcher innerer Zusammenhang wie z. B., wenn ein Bankangestellter unabhängig von seiner Stellung — also als „Privatmann“ — ein Geheimnis des Kunden erfährt oder eine Auskunft erteilt, so kommt eine Haftung der Bank wegen Schutzpflichtverletzung von vornherein nicht in Betracht³³.

- 16 Die Unabhängigkeit der Schutzpflichten von den Einzelverträgen bedeutet schließlich, daß auch deren **Nichtigkeit** die Möglichkeit einer Vertrauenshaftung grundsätzlich nicht berührt³⁴. Daher haftet die Bank z. B. auch dann für den Bruch des Bankgeheimnisses, wenn sie den Girovertrag mit dem Kunden nach § 119 BGB wirksam angefochten hat oder wenn er wegen Geschäftsunfähigkeit des Kunden nichtig war³⁵. Die vertraglichen Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften sind allerdings nicht ausnahmslos ohne Bedeutung für die Vertrauenshaftung, sondern lassen sich teilweise analog anwenden³⁶. So wird man z. B. bei einem *Scheingeschäft* eine Vertrauenshaftung ablehnen müssen, sofern nicht hinter dem simulierten ein dissimuliertes Geschäft steht. Eine Haftung wegen Schutzpflichtverletzung scheidet ferner in den *Fällen des § 123 BGB* aus, also wenn der Inanspruchgenommene arglistig getäuscht oder widerrechtlich bedroht worden ist. Dasselbe gilt schließlich bei einem *Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot* i. S. von § 134 BGB und gegen die *guten Sitten* i. S. von § 138 BGB, sofern sich der Verstoß gerade gegen den anderen Teil richtet, nicht jedoch, wenn er sich gegen die Allgemeinheit oder Dritte richtet³⁷.

b) Die Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen

- 17 Auch die Einstandspflicht für Hilfspersonen richtet sich nach den allgemeinen Regeln der Vertrauenshaftung. Wiederum bieten dabei die entsprechenden Regeln über die culpa in contrahendo einen fruchtbaren Ausgangspunkt. Dementsprechend ist scharf zwischen der Begründung des Vertrauensverhältnisses einerseits und der Verletzung der daraus entspringenden Schutzpflichten andererseits zu unterscheiden. Hinsichtlich der **Begründung des Vertrauensverhältnisses** sind die §§ 164 ff BGB analog anzuwenden; denn dadurch wird die Grundlage für eine Haftung geschaffen, die nicht den Vorschriften des Deliktsrechts, sondern denen des Vertragsrechts entspricht, und daher muß folgerichtig auch die vertragliche Zuständigkeitsordnung zum Zuge kommen³⁸. § 278 BGB kann insoweit nicht angewendet werden, da diese Vorschrift das *Bestehen* eines Schuldverhältnisses voraussetzt und es hier um dessen *Begründung* geht. Die Analogie zu den §§ 164 ff BGB darf allerdings nicht starr gehandhabt werden, sondern muß den Besonderheiten der Sachproblematik angepaßt werden. Daher braucht derjenige, der das Vertrauensverhältnis mit dem Kunden begründet, lediglich *hierzu*,

³² So in der Tat z. B. RGZ 122, 351, 356; 126, 50, 52; RG JW 1930, 2927, 2928 m. w. Nachw.

³³ Vgl. auch RG SeuffArch. 84 Nr. 174 S. 293; BGH WM 1962, 1110, 1111 unter II; 1967, 714, 715 unter II; 1973, 635 unter I 1; 1977, 994, 996 unter IV 2; *Sichtermann* S. 334 m. w. Nachw.

³⁴ Vgl. dazu allgemein *Canaris* JZ 1965, 475 ff; zustimmend für die vorliegende Problematik *Hopt* S. 404 ff; *Schlegelberger/Hefermehl*⁵ Anh. nach § 365 Rdn. 13 a. E.

³⁵ Ebenso i. E. *Sichtermann* S. 100 f; ihm folgend *Wolff* DB 1968, 696.

³⁶ Vgl. hierzu und zum folgenden eingehend *Canaris* JZ 1965, 481 f und *Die Vertrauenshaftung* aaO S. 451 ff.

³⁷ Bedenklich daher BGH WM 1958, 1078, 1079, wo jedoch über c. i. c. gleichwohl das richtige Ergebnis erreicht wird.

³⁸ Vgl. näher *Canaris* *Die Vertrauenshaftung* aaO S. 458 ff, insbesondere S. 460 mit Fn. 36.

II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis

also zur Anknüpfung der *Geschäftsverbindung*, zuständig zu sein und muß nicht notwendig auch Vollmacht zum Abschluß des betreffenden *Vertrags*, also z. B. eines Giro- oder eines Darlehensvertrags haben (vgl. auch BGH WM 1977 994 unter II). Das stimmt mit den entsprechenden Grundsätzen bei der culpa in contrahendo überein, für die es anerkannt ist, daß zu einer wirksamen Begründung des „rechtsgeschäftlichen Kontakts“ nicht eine *Abschlußvollmacht* erforderlich ist, sondern eine *Verhandlungsvollmacht* genügt³⁹; ebenso hat der BGH mit Recht auch für die Haftung aus Gefälligkeitsverhältnissen entschieden⁴⁰.

Ist das Vertrauensverhältnis einmal wirksam begründet, so richtet sich die **18**
Einstandspflicht für die Verletzung einer Schutzpflicht — wiederum ebenso wie bei der culpa in contrahendo — nunmehr nach § 278 BGB. Jetzt liegt nämlich bereits ein Schuldverhältnis vor, und daher kommt die verschärfte Haftung für Erfüllungsgehilfen zum Zuge. Folglich haftet die Bank z. B. für eine *falsche Auskunft* jetzt grundsätzlich auch dann, wenn der betreffende Angestellte keine Vertretungsmacht besaß⁴¹. Darüber hinaus ist es nicht einmal erforderlich, daß der Angestellte für die Erteilung von Auskünften zuständig war, sofern er wenigstens im Verkehr mit Kunden eingesetzt war (vgl. insoweit sogleich unten Rdn. 19); denn schon darin, daß er die Auskunft überhaupt gegeben hat, statt den Kunden ordnungsgemäß an den zuständigen Kollegen zu verweisen, liegt eine schuldhaftige Pflichtverletzung gegenüber dem Kunden, so daß die Haftungsvoraussetzungen — vorbehaltlich der Kausalitätsproblematik und eines etwaigen Mitverschuldens — erfüllt sind. Bestand dagegen noch keine Geschäftsverbindung, wurde die Auskunft also einem Nichtkunden erteilt, so kommt es darauf an, ob der auskunftgebende Angestellte wenigstens für die Anknüpfung des rechtsgeschäftlichen Kontaktes zuständig war (vgl. soeben Rdn. 17), d. h. hier, ob er mit Wissen und Willen der Bank eine Position bekleidete, zu deren Aufgabenkreis auch die Erteilung von Auskünften gehörte. Vertretungsmacht zum Abschluß von Verträgen braucht er hingegen auch hier nicht zu haben. Die Rechtsprechung kommt zum selben Ergebnis, was freilich von ihrem dogmatischen Ausgangspunkt aus inkonsequent ist (vgl. näher unten Rdn. 90 m. Nachw.).

Für den **Begriff des Erfüllungsgehilfen** gelten die allgemeinen Grundsätze. Erfüllungsgehilfe ist daher jeder, der mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung tätig wird. Für „Wissen und Willen“ der Bank kommt es dabei gemäß § 166 I BGB auf die Person eines ihrer vertretungsberechtigten Angestellten oder Organe an. Nicht „bei der Erfüllung“ tätig ist der Gehilfe, wenn seine schädigende Handlung in keinem inneren sachlichen Zusammenhang mit den ihm übertragenen Aufgaben steht⁴². Bei der Erfüllung bloßer Schutzpflichten — um die es hier allein geht — ist im Bankverkehr grundsätzlich jedenfalls derjenige tätig, der im Verkehr mit Kunden eingesetzt ist; denn bereits dieser Kontakt mit den Kunden schafft die gesteigerte Möglichkeit einer Einwirkung auf deren Rechtsgüter, worin der tiefere Grund für die Statuierung der Schutzpflichten liegt. Ob der Gehilfe darüber hinaus gerade zu der fraglichen Handlung bestellt war, ist hier demnach für den Begriff des Erfüllungsgehilfen unerheblich. Auch unter diesem Gesichtspunkt (vgl. im übrigen oben Rdn. 18) ist daher die Einstandspflicht der Bank für falsche Auskünfte eines unzuständigen Angestellten zu bejahen, sofern dieser wenigstens befugtermaßen im Verkehr mit Kunden tätig war. Fehlt

³⁹ Vgl. z. B. BGHZ 6, 330, 334; *Staudinger/Coing*¹¹ § 164 Rdn. 17 c.

⁴⁰ Vgl. BGHZ 21, 102, 2. Leits. und S. 105.

⁴¹ Vgl. auch RGZ 157, 228; RG JW 1933, 2513;

Bank Arch. 1935, 218; BGH BB 1955, 142; *Wolff* Die AG 1968, 289; *Sichtermann* S. 141.

⁴² Vgl. dazu z. B. BGHZ 13, 111, 113; 31, 358, 366; 33, 293, 299 ff; BGH WM 1977, 994, 995 vor III und 996 unter IV 1 a.

es dagegen an letzterer Voraussetzung, so braucht die Bank für *diesen* Angestellten nicht nach § 278 BGB einzustehen; daß er sich in den Verkehr mit den Kunden eindrängen konnte, wird jedoch nicht selten auf einen Organisationsmangel schließen lassen, und dann haftet die Bank aus diesem Grund dem Kunden, da auch die für die Organisation zuständigen Personen Erfüllungsgehilfen i. S. von § 278 BGB, wenn nicht sogar Organe i. S. von § 31 BGB sind. Auch sonst beschränkt sich der Kreis der Erfüllungsgehilfen selbstverständlich nicht auf die Personen, die *unmittelbar* mit den Kunden in Berührung kommen. Entscheidend ist allein, ob der Gehilfe aufgrund der ihm übertragenen Aufgabe die Möglichkeit einer besonderen Einwirkung auf die Rechtsgüter des Kunden — d. h. hier i. d. R. auf dessen Vermögen — hatte.

Nach diesem Kriterium richtet sich folgerichtig auch der *Zeitpunkt*, in dem die Begriffsmerkmale des Erfüllungsgehilfen vorliegen müssen. Erfüllungsgehilfe kann daher hinsichtlich der Schutzpflichten auch noch sein, wer aus den Diensten der Bank bereits ausgeschieden ist. Entscheidend ist also nicht, ob er die Schutzpflichtverletzung vor oder nach seinem Ausscheiden begangen hat, sondern ob er die Möglichkeit zur Einwirkung auf die Rechtsgüter des Kunden noch in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die Bank erlangt hat. Daher kommt es z. B. hinsichtlich des Bankgeheimnisses nicht auf den Augenblick an, in dem der Gehilfe es gebrochen hat, sondern auf den, in dem er von ihm Kenntnis erlangt hat.

- 20** Der **Sorgfaltsmaßstab**, insbesondere Art und Grad der erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, bestimmen sich nicht nach der Person des jeweiligen Erfüllungsgehilfen, sondern nach der des Bankiers bzw. eines Organs⁴³. Das ergibt sich aus dem Zweck des § 278 BGB, den Gläubiger so zu stellen, als hätte sein Vertragspartner nicht einen Erfüllungsgehilfen zwischengeschaltet, sondern die geschuldete Leistung selbst erbracht.

c) Die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich der Vertrauenshaftung

- 21** Der Vertrauensgedanke bietet auch den richtigen Ansatz für die Lösung der bisher wenig geklärten, aber praktisch höchst bedeutsamen Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Dritte denselben Schutz genießen wie die Kunden der Bank. Insoweit ist als erstes auf das Institut des **Schuldverhältnisses mit Schutzwirkungen für Dritte** zu verweisen. Dieses beruht nicht auf einem Vertrag zugunsten Dritter i. S. von § 328 BGB und auch nicht auf einer ergänzenden Vertragsauslegung i. S. von § 157 BGB, sondern auf den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB⁴⁴. Folglich ist die Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden auch dann eine geeignete Grundlage für die Ausdehnung der Schutzpflichten auf Dritte, wenn man sie entgegen der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ nicht als Vertrag ansieht, sondern mit der hier vertretenen Ansicht als gesetzliches Schuldverhältnis qualifiziert (vgl. oben Rdn. 2 ff bzw. 12 ff); denn im Gegensatz zu § 328 und § 157 BGB gilt § 242 BGB nicht nur für vertragliche, sondern auch für gesetzliche Schuldverhältnisse — wie überhaupt die Schutzpflichten gegenüber Dritten ganz allgemein gesetzlicher und nicht vertraglicher Natur sind und einen weiteren Tatbestand der Vertrauenshaftung bilden (vgl. näher *Canaris JZ 1965 477 f*). Es kann auch keine Rede davon sein, daß Schutzwirkun-

⁴³ Vgl. allgemein BGHZ 31, 358, 367 m. Nachw. und speziell zu einer bankrechtlichen Frage BGH WM 1964, 609 unter 2 a.

⁴⁴ Vgl. näher *Larenz Schuldrecht I aaO § 17 II*; *Canaris JZ 1965, 477 f*; a. A. z. B. BGH LM

Nr. 18 zu § 328 BGB (ergänzende Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB); von *Caemmerer Festschr. für Wieacker, 1978, S. 315* („kraft Parteiautonomie mögliche Spielart des Vertrages zugunsten Dritter“).

II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis

gen für Dritte nur bei bestimmten Rechtsverhältnissen oder bestimmten Vertragstypen wie Miet- und Beförderungsverträgen gegeben sein können, und vollends unhaltbar wäre die Beschränkung dieses Instituts auf bestimmte Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit (unrichtig daher von *Godin* 2. Aufl. Anh. I zu § 365 Anm. 3, 2. Absatz); vielmehr kommen Rechtsverhältnisse aller Art als Anspruchsgrundlage in Betracht, da § 242 BGB sich nicht auf bestimmte Tatbestände beschränken läßt, und aus demselben Grund ist jedes beliebige Rechtsgut, insbesondere auch das Vermögen als solches, als mögliches Schutzobjekt anzusehen (vgl. näher *Canaris* aaO S. 478 und bezüglich eines „allgemeinen Vermögensschadens“ BGHZ 69 82, 86 ff). Irgendwelche grundsätzlichen Einwände gegen die Möglichkeit, die Lehre von den Schutzwirkungen für Dritte auch im Bankrecht fruchtbar zu machen, bestehen daher entgegen der von *v. Godin* aaO vertretenen Ansicht nicht.

Hinsichtlich des **Kreises der geschützten Personen** stellt die Rechtsprechung im all- **22**
gemeinen darauf ab, ob der einen Partei eine „Fürsorgepflicht“ gegenüber dem Dritten obliegt (vgl. z. B. BGH LM Nr. 11 zu § 328 BGB) oder ob sie auf dessen Sicherheit ebensolchen Wert legt wie auf ihre eigene (vgl. z. B. BGHZ 51 91, 96; BGH NJW 1970 38, 40). Daraus ist z. T. gefolgert worden, das Verhältnis zwischen der Partei und dem Dritten müsse einen **personenrechtlichen Einschlag** haben. In einer zum Lastschriftverfahren ergangenen Entscheidung hat der BGH dieses Erfordernis indessen als „unnötig eng“ bezeichnet, „wenn es sich um Massengeschäfte eines bestimmten Typs mit einem einheitlich praktizierten Verfahren handelt, das dem Rechtsverkehr in großem Stile unter Inanspruchnahme des Vertrauens auf sach- und interessengerechte Abwicklung angeboten wird“ (BGHZ 69 82, 86). Zwar überzeugt der Hinweis auf den Massencharakter des Lastschriftverkehrs nicht, doch trifft die Entscheidung entgegen manchen kritischen Stimmen gleichwohl i. E. voll zu (vgl. näher unten Rdn. 617). Man muß sich allerdings darüber im klaren sein, daß die Figur der „Schutzwirkungen zugunsten Dritter“ dabei neuen Zwecken dienstbar gemacht wird und daß es insoweit demgemäß um **zwei unterschiedliche Fallgruppen** geht. Bei der ersten Fallgruppe sollen die Schutzwirkungen auf Außenstehende erstreckt werden; es handelt sich hier um das alte Problem der Einbeziehung solcher Personen in die vertragsgleiche Haftung, die der einen Partei irgendwie „nahestehen“ und die man etwas ungenau, aber im Prinzip nicht unzutreffend mit Hilfe des Kriteriums der Fürsorgepflicht oder des personenrechtlichen Einschlags einzugrenzen versucht⁴⁵. Bei der zweiten Fallgruppe, für die die Entscheidung BGHZ 69 82 repräsentativ ist, erscheint dagegen der Bankkunde selbst in der Rolle des Dritten; hier geht es i. d. R. darum, die Zufälligkeiten der Mehrgliedrigkeit von bankrechtlichen Vorgängen zu korrigieren und das „Leerlaufen“ von Schutzpflichten zu verhindern, deren Bestehen bei einem zweigliedrigen Vorgang unzweifelhaft wäre — also um eine eng mit der Drittschadensliquidation verwandte Problematik (vgl. näher unten Rdn. 25 und Rdn. 613).

Was zunächst den **Schutz nahestehender Dritter** angeht⁴⁶, so greift dieser z. B. ein, **23**
wenn die Bank ein **Geschäftsgeheimnis des Ehepartners** eines ihrer Kunden aufgrund der Geschäftsbeziehung mit diesem erfährt — etwa weil auf das Girokonto des Kunden Einzahlungen von Schuldnern des Ehegatten erfolgen oder weil letzterer Abhebungen von dem Konto vornimmt. Das gleiche gilt etwa, wenn die Bank durch ihre

⁴⁵ Daß dieses für primäre Vermögensschäden — um die es im Bankrecht nahezu immer geht — generell nicht paßt, wie von *Caemmerer* aaO (Fn. 44) S. 320 ff anzunehmen scheint, dürfte schwerlich

zutreffen, wie z. B. die unten Rdn. 23 und 24 behandelten Fragen zeigen.

⁴⁶ Vgl. zum folgenden auch *Gottwald* Münch-Komm. § 328 Rdn. 85, der der hier vertretenen Ansicht im wesentlichen zustimmt.

Geschäftsbeziehung mit einer Gesellschaft ein **Geheimnis eines Gesellschafters** erfährt — zumal wenn dieser der Mehrheitsgesellschafter oder gar der Alleingesellschafter ist — (insoweit unzutreffend daher BGH DB 1953 1031 unter 2) sowie auch wenn sie umgekehrt durch die Verbindung mit dem Gesellschafter ein **Geheimnis der Gesellschaft** erfährt (vgl. näher unten Rdn. 44). Ähnliche Konstellationen können sich auch bei **Auskünften** ergeben, wenn diese erkennbar die Vermögensdispositionen eines Dritten — wiederum z. B. des Ehepartners oder der Gesellschaft — beeinflussen können.

24 Kein Dritter i. S. der Lehre von den Schutzwirkungen für Dritte ist dagegen der **Schuldner des Bankkunden**. Denn den Kunden trifft im allgemeinen gegenüber seinen Schuldnern keineswegs eine der Fürsorgepflicht vergleichbare Schutzpflicht, und diese sind auch nicht in das Vertrauensverhältnis zwischen jenem und der Bank einbezogen. Die Bank haftet daher dem Schuldner nicht aus Schutzpflichtverletzung, wenn sie eine von ihm ausgehende Zahlung ihrem Kunden nicht oder nicht rechtzeitig gutschreibt und dadurch einen Schaden hervorruft; die richtige Lösung liegt hier vielmehr entweder in einer auf § 278 BGB gestützten Einstandspflicht des Kunden für den Fehler der Bank mit anschließendem Regreß bei dieser oder aber im Institut der Drittschadensliquidation.

25 Das Bedürfnis nach einem **Schutz des Bankkunden selbst** ergibt sich vor allem aus der Arbeitsteiligkeit und Mehrgliedrigkeit des Bankverkehrs. Diese birgt die Gefahr in sich, daß Schutzpflichten, deren Bestehen bei einem nur zweiseitigen Verhältnis unzweifelhaft ist, gegenstandslos werden, weil die eingeschaltete weitere Bank zu dem Kunden nicht in einem Vertragsverhältnis steht und auch nicht Erfüllungsgehilfin der ersten Bank ist. So lag es im Fall BGHZ 69 82, wo die „Zahlstelle“ der „Inkassostelle“ bzw. dem Einreicher der Lastschrift nicht schnell genug mitgeteilt hatte, daß der Bezogene die Einlösung der Lastschrift abgelehnt hatte (vgl. näher unten Rdn. 617). Hier rechtfertigt sich die Anerkennung von Schutzpflichten zugunsten Dritter zum einen daraus, daß nicht einzusehen ist, warum die Rechte und Pflichten der Beteiligten geringer sein sollen als bei einem innerbetrieblichen Zahlungsvorgang, und zum anderen wohl auch daraus, daß die Risiko- und Schadensverteilung zwischen der erstbeauftragten Bank und ihrem Kunden ein Internum darstellt, aus welchem die zweitbeauftragte Bank keinen Nutzen ziehen darf. Paradigmatisch hierfür ist der **gesamte Bereich des mehrgliedrigen Zahlungsverkehrs**, auf den demgemäß das der Entscheidung BGHZ 69 82 zugrunde liegende — wenngleich vom BGH nicht in voller Klarheit formulierte — Haftungsprinzip auszudehnen ist (vgl. z. B. unten Rdn. 395 zur Giroüberweisung). Es gehören aber auch andere Fälle in diesen Zusammenhang. Zu denken ist vor allem daran, daß die Bank ein **Geheimnis des Kunden** (befugter- oder unbefugtermaßen) einer anderen Bank offenbart oder daß sie bei dieser eine erkennbar **für den Kunden bestimmte Auskunft** einholt. Das Rechtsverhältnis, an das die Schutzwirkungen anknüpfen, ist dann nicht das zwischen der Bank und ihrem Kunden, sondern das der beiden Banken untereinander. Dieses kann auf einer zwischen ihnen bestehenden Geschäftsverbindung beruhen, doch braucht eine solche nicht unbedingt vorzuliegen. Denn schon das in Frage stehende Geschäft — also z. B. die Weiterleitung einer Überweisung — begründet einen rechtsgeschäftlichen Kontakt zwischen den Banken und damit ein (gesetzliches) „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“; dieses aber reicht ohne weiteres für die Anknüpfung von Schutzwirkungen zugunsten Dritter aus, da diese nicht nur bei Verträgen, sondern auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen wie z. B. bei der culpa in contrahendo in Betracht kommen (vgl. z. B. BGHZ 66 51, 56 ff; *Canaris JZ 1965 480*). Der rechtsgeschäftliche Kontakt zwischen den beiden Banken kann dabei auch durch eine Zwischenbank — z. B. die Landeszentralbank —

II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis

„vermittelt“ werden (vgl. als Beispiel den Fall BGHZ 27 241 und dazu unten Rdn. 44 f, 387 und 396). Auch im übrigen dürften die Voraussetzungen für eine Ausdehnung der Schutzpflichten in derartigen Fällen regelmäßig erfüllt sein. Der Bank obliegt nämlich gegenüber ihrem Kunden aufgrund der bestehenden Geschäfts- und Vertrauensbeziehung eine Schutzpflicht, die mit einer „Fürsorgepflicht“ durchaus verglichen werden kann und die daher, wenn man diesem Kriterium entgegen der hier vertretenen Ansicht für die vorliegende Fallgruppe überhaupt Bedeutung zumißt, eine ausreichende Grundlage für eine Schutzwirkung zugunsten des Kunden darstellt (vgl. auch BGHZ 69 88). Auch ist für die andere Bank i. d. R. erkennbar, daß durch ihr Verhalten der Kunde „betroffen“ ist und Schaden erleiden kann; das ist evident, sofern ihr ein Geheimnis des Kunden mitgeteilt wird, gilt aber häufig auch, sofern eine Auskunft für diesen bestimmt ist (vgl. auch unten Rdn. 92 ff).

Bei der in der vorigen Rdn. behandelten Fallgruppe drängt sich die Frage auf, ob man nicht lieber mit den Grundsätzen über die **Drittschadensliquidation** arbeiten sollte. Das erweist sich bei näherer Prüfung indessen als wenig sachgerecht. Zum ersten steckt dieses Rechtsinstitut ohnehin in einer dogmatischen Krise und wird mehr und mehr durch die Figur der „Schutzwirkungen zugunsten Dritter“ abgelöst⁴⁷. Zum zweiten stünde dabei der Schadensersatzanspruch nach h. L. nicht dem geschädigten Kunden, sondern seiner Bank zu und müßte daher von dieser geltend gemacht oder an den Kunden abgetreten werden; ersteres ist aber grundsätzlich nicht Aufgabe der Banken, und letzteres ist u. U. wegen des kontokorrentrechtlichen Abtretungsverbots gar nicht möglich (vgl. freilich auch unten Rdn. 349) und wird außerdem nicht selten auch aus tatsächlichen Gründen nur schwer durchzusetzen sein, weil Banken erfahrungsgemäß mitunter eine beträchtliche Zurückhaltung an den Tag legen, wenn ihr Kunde gegen eine andere Bank vorgehen will. Zum dritten setzt die Drittschadensliquidation eine **Verlagerung** des Schadens vom Anspruchsinhaber auf den Dritten voraus (vgl. statt aller *Larenz* aaO § 27 IV b); der Schaden müßte also „statt“ bei der erstbeauftragten Bank bei ihrem Kunden eingetreten sein. Davon aber kann man in den Fällen des mehrgliedrigen Zahlungsverkehrs schwerlich sprechen, weil der betreffende Schaden typischerweise die Bank von vornherein nicht treffen, sondern sich nur in der Person des Kunden realisieren kann — wie z. B., wenn dieser wegen verspäteter Nachricht über die Nichteinlösung von Lastschriften seinem Geschäftspartner noch weiter Kredit gewährt; da daneben auch ein Schaden der erstbeauftragten Bank denkbar ist — z. B. wenn sie die verspätet zurückgegebenen Lastschriften von diesem wegen zwischenzeitlichen Zusammenbruchs nicht rückerstattet erhält —, besteht in Wahrheit die Möglichkeit einer **Erweiterung** des Schadens, bei der man die Lehre von der Drittschadensliquidation nicht heranziehen sollte. Entsprechendes gilt für die Fälle der Falschakunft und des Geheimnisbruchs (vgl. dazu auch unten Rdn. 44 f). Bankrechtliche Entscheidungen, in denen mit der Lehre von der Drittschadensliquidation gearbeitet worden ist, sind denn auch verhältnismäßig selten (vgl. aber immerhin BGHZ 27 241, 247; BGH WM 1972 583, 585 unter III).

Ein dritter Weg, zu einer Ausweitung der Schutzwirkungen zu gelangen, liegt in der Möglichkeit der **Haftung Dritter aus Schutzpflichtverletzung**. Daß für eine Schutzpflichtverletzung nicht nur die Vertragsparteien selbst, sondern u. U. auch Dritte einzustehen haben, ist für die culpa in contrahendo heute nicht mehr bestritten; gleiches gilt, wie der BGH mittlerweile anerkannt hat (vgl. BGHZ 70 337, 344 im Anschluß an

⁴⁷ Vgl. dazu vor allem *Hagen* Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, 1971; vgl. zum Verhältnis von Drittschadensliquidation

und Schutzwirkungen zugunsten Dritter im übrigen z. B. *Berg* JuS 1977, 363 und *Hobloch* JuS 1977, 530 ff.

Canaris VersR 1965 114 ff), grundsätzlich auch nach Vertragsabschluß, also für die entsprechenden Fälle der positiven Forderungsverletzung. Daraus folgt ganz allgemein, daß Dritte u. U. aus Schutzpflichtverletzung haften. Wann das im einzelnen der Fall ist, ist noch nicht abschließend geklärt, doch zeichnen sich auch insoweit die maßgeblichen Kriterien ab: die Rechtsprechung nimmt eine Haftung des Dritten an, wenn er „wirtschaftlich selbst an dem Abschluß des Vertrages stark interessiert ist und aus dem Geschäft persönlichen Nutzen erstrebt, oder wenn er in besonderem Umfange persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat“ (BGH LM Nr. 14 [Fa] zu § 276 BGB; weitere Nachw. bei *Palandt-Heinrichs* § 276 Anm. 6 b gg). Entscheidend sind also das *wirtschaftliche Eigeninteresse* einerseits und die *persönliche Vertrauenswerbung* andererseits; die Rechtsprechung läßt dabei beide Kriterien alternativ genügen, während im Schrifttum z. T. das letztere als allein ausschlaggebend angesehen wird (so z. B. *Ballerstedt AcP 151 501 ff* und *Canaris VersR 1965 118*).

- 28** Es liegt auf der Hand, daß diese Konstruktion im Bankrecht von außerordentlicher praktischer Bedeutung sein kann. Mit ihrer Hilfe dürfte sich z. B. u. U. eine Schadensersatzpflicht einer Bank begründen lassen, wenn diese duldet, daß ein Unternehmen wie etwa eine Abschreibungsgesellschaft ein bei der Bank geführtes Konto als „**Baukonto**“ bezeichnet und Anleger, also etwa Gesellschafter, zu Einzahlungen auf dieses Konto veranlaßt, obwohl es sich in Wahrheit um ein gewöhnliches Girokonto handelt und die Bank demgemäß nicht kontrolliert, ob Verfügungen über das Konto nur „nach Bautenstand“ erfolgen oder dgl. Weiterhin gehören in diesen Zusammenhang bestimmte Fälle der Haftung für falsche **Auskünfte**. Hier nimmt die Bank nämlich regelmäßig in starkem Umfang Vertrauen für sich selbst in Anspruch, und daher drängt sich eine Anwendung des soeben dargelegten Haftungsprinzips geradezu auf. Dafür besteht allerdings kein Bedürfnis, soweit es um die Haftung der Bank gegenüber ihren Kunden geht; denn insoweit liegt, wie dargelegt, bereits in der Geschäftsbeziehung selbst eine hinreichende Haftungsgrundlage. Um so größer ist das Bedürfnis aber gegenüber *Dritten*, die von der Bank eine Auskunft erhalten. Diese stehen dabei regelmäßig mit einer anderen Person, meist mit einem Kunden der befragten Bank, in Vertragsverhandlungen oder sonst in rechtsgeschäftlichem Kontakt. In *dieser* Rechtsbeziehung kann nun die Bank eingeschaltet werden. Da sie dabei selbstverständlich Vertrauen für sich selbst in Anspruch nimmt, sind die Voraussetzungen erfüllt, die die Rechtsprechung für die Haftung Dritter aus Schutzpflichtverletzung, insbesondere aus culpa in contrahendo aufgestellt hat — zumal meist auch noch (zusätzlich) das Kriterium des Eigeninteresses gegeben ist. Es bedarf daher zur Begründung der Haftung nicht der — fiktiven — Annahme eines „stillschweigend“ abgeschlossenen Auskunftsvertrages (vgl. eingehend unten Rdn. 88 m. Nachw.). Anders als bei den „Schutzwirkungen zugunsten Dritter“ knüpft die Haftung dabei nicht an die Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden an, sondern an das Rechtsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Dritten oder an den unmittelbaren Kontakt zwischen der Bank und dem Dritten. Es bestätigt sich hier also die Erkenntnis, daß die Geschäftsbeziehung nur eine von mehreren Möglichkeiten ist, um den für eine Vertrauenshaftung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Kontakt zu begründen (vgl. oben Rdn. 14 a E.).

d) Die Beweislast

- 29** Die Beweislast richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln. Sie ist jedoch hinsichtlich des **Verschuldens** und hinsichtlich des **Kausalzusammenhangs zwischen dem Fehler und dem Schadenseintritt** zu Lasten des Schädigers umzukehren, sofern der schadensauslösende Umstand in dessen Sphäre liegt. Denn die Grundsätze,

II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis

die insoweit für die positive Forderungsverletzung entwickelt worden sind (vgl. z. B. *Palandt-Heinrichs* § 282 Anm. 2), sind ihrer inneren Konsequenz nach auf alle Fälle von Schutzpflichtverletzungen anwendbar.

Auch die **Kausalität zwischen dem Vertrauenstatbestand und der Disposition des Vertrauenden** wird vermutet (vgl. näher *Canaris* Die Vertrauenshaftung aaO S. 516). Daher braucht z. B. der Empfänger einer falschen Auskunft nicht zu beweisen, daß er die daraufhin vorgenommene Maßnahme nicht auch bei Erhalt einer richtigen Auskunft vorgenommen hätte; er ist insoweit auch nicht lediglich auf die Grundsätze des prima-facie-Beweises beschränkt (so aber wohl BGH WM 1959 1458; 1962 1110 unter I 1 b; 1965 150), sondern kommt in den Genuß einer echten Beweislastumkehr. Der andere Teil muß daher den vollen Gegenbeweis führen, daß der Empfänger die schadensauslösende Disposition auch bei Richtigkeit der Auskunft vorgenommen hätte. Das entspricht der neueren Rspr. des BGH, wonach sich bei der Verletzung von Aufklärungspflichten die Beweislast insoweit zugunsten des Geschädigten umkehrt (vgl. z. B. BGHZ 61 118, 122; 64 46, 51).

e) Der Ausschluß der Vertrauenshaftung durch Freizeichnungsklauseln

Die Haftung kann weiterhin an einer Freizeichnungsklausel scheitern. Diese Problematik ist an sich erst bei der Kommentierung von Ziff. 10 der AGB näher zu erörtern. Im vorliegenden Zusammenhang ist lediglich darauf hinzuweisen, daß der Haftungsausschluß grundsätzlich auch die **Vertrauenshaftung** ergreift. Das wird sich regelmäßig schon daraus ergeben, daß die Geltung der AGB nicht nur hinsichtlich eines einzelnen Vertrages, sondern hinsichtlich der Geschäftsbeziehung als ganzer vereinbart ist. Selbst wenn das nicht der Fall sein sollte, gilt jedoch nichts anders. Denn die Vertrauenshaftung kann grundsätzlich auch einseitig, d. h. ohne Zustimmung des anderen Teils, ausgeschlossen werden (so mit Recht *Gerhardt* JZ 1970 537 f). Das ergibt sich daraus, daß durch eine solche Freizeichnung meist die Entstehung des Vertrauenstatbestandes verhindert wird und es daher an einer Anspruchsvoraussetzung für die Vertrauenshaftung fehlt (vgl. freilich auch die Einschränkungen unten Rdn. 84 f). Daher kann sich die Bank hinsichtlich der Vertrauenshaftung z. B. auch gegenüber einem Geisteskranken auf einen Haftungsausschluß berufen, obwohl eine vertragliche Freizeichnung wirkungslos wäre. In der Tat geht es auch vom Ergebnis her gesehen nicht an, dem Geisteskranken zwar einen Schutz wie bei einem wirksamen Vertrag zu gewähren (vgl. oben Rdn. 16), einem Haftungsausschluß aber die Wirkung zu versagen; denn der Geisteskranke stünde dann besser, als wenn er einen wirksamen Vertrag geschlossen hätte.

Aus demselben Grund wirkt die Freizeichnungsklausel **auch gegenüber dem in die Schutzwirkungen einbezogenen Dritten**, obwohl auch mit ihm keine vertragliche Vereinbarung über den Haftungsausschluß vorliegt. Wiederum ergibt sich das nicht nur aus den immanenten Grenzen des Vertrauensgedankens, sondern auch aus einer Argumentation vom Ergebnis her: der Dritte kann nicht besser stehen als die Partei, von der er seinen Anspruch „ableitet“, bzw. als wäre er selbst die Hauptpartei; anderenfalls könnte er einen Schutz erlangen, der ihm bei unmittelbarem Kontakt mit dem Inanspruchgenommenen niemals zuteil würde. Daher wirkt die Freizeichnungsklausel auch ihm gegenüber, wobei man sich unterstützend auch auf den Rechtsgedanken des § 334 BGB berufen kann. — Folgerichtig ist die Wirkung des Haftungsausschlusses nach Ziff. 10 der AGB bei **Auskünften an einen Nichtkunden** auch dann anzuerkennen, wenn man die Haftung für Falschauskünfte entgegen der h. L. nicht aus einem besonderen Auskunftsvertrag, sondern aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis kraft Ver-

trauenshaftung ableitet (vgl. dazu unten Rdn. 88 ff). Das stimmt i. E. mit der Rechtsprechung überein, die auch bei Auskünften an Nichtkunden die Geltung der AGB bejaht (vgl. BGH WM 1970 632; 1972 583; 1973 636).

- 33** Schließlich ergibt sich aus der Möglichkeit eines einseitigen Haftungsausschlusses auch, daß dieser bereits im vorvertraglichen Stadium eingreift und somit grundsätzlich auch die Ansprüche aus **culpa in contrahendo** begrenzt. Das gilt insbesondere auch für Ansprüche aus c. i. c. gegen einen Dritten (vgl. BGHZ 63 382, 388).

f) Schadensersatz- oder Erfüllungsansprüche als Rechtsfolge der Vertrauenshaftung

- 34** Wie stets im Falle einer Schutzpflichtverletzung besteht die Rechtsfolge in einem Anspruch auf Schadensersatz. Dieser ist grundsätzlich auf das **negative Interesse** gerichtet; denn nach § 249 BGB hat der Schädiger den Geschädigten so zu stellen, als hätte er die Schutzpflichtverletzung nicht begangen. Liegt die Schutzpflichtverletzung gerade in der Vereitelung eines Vertragsschlusses, wäre dieser also bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zustande gekommen, so ist ausnahmsweise ein Anspruch auf das **positive Interesse** gegeben; die hierüber für die culpa in contrahendo entwickelten Regeln (vgl. z. B. BGH NJW 1965 812) müssen folgerichtig auch hier zum Zuge kommen.
- 35** Darüber hinaus kann unter besonderen Voraussetzungen auch ein **Anspruch auf Erfüllung** gegeben sein, da die Vertrauenshaftung vom Grundsatz der „*Zweispurigkeit*“ der *Rechtsfolgen* beherrscht wird und da somit sowohl Schadensersatz- als auch Erfüllungsansprüche in Betracht kommen (vgl. näher *Canaris* Die Vertrauenshaftung aaO S. 5 ff). Wann letztere zu bejahen sind, richtet sich nach den allgemeinen Regeln der Vertrauenshaftung. Im Bankrecht spielt insoweit vor allem die *Rechtsscheinhaftung* eine gewisse Rolle, die z. B. bei Auskünften über die Echtheit einer Unterschrift oder über das Bestehen eines Guthabens eingreifen kann (vgl. näher unten Rdn. 87). Daneben kann auch die *Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens* zur Gewährung eines Erfüllungsanspruchs führen (vgl. allgemein *Canaris* aaO S. 287 ff), was etwa bei Auskünften über die Bonität eines Schecks oder eines Wechsels von praktischer Bedeutung sein kann (vgl. näher unten Rdn. 87).

2. Abschnitt

Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

Systematische Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Das Bankgeheimnis		a) Dogmatische Grundlagen	77
1. Die Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses		b) Die Unrichtigkeit der Auskunft	79
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	36	c) Sonstige Haftungsvoraussetzungen	82
b) Privatrechtliche Grundlagen	40	d) Der Vorbehalt „unverbindlich“ oder „ohne unser Obligo“	84
2. Die geschützten Personen		e) Die Rechtsfolgen einer falschen Auskunft	86
a) Der Kunde als Geheimnisträger	43	3. Die Haftung für eine unrichtige Auskunft gegenüber einem Nichtkunden	
b) Möglichkeiten zur Erstreckung des Schutzes auf Dritte	44	a) Dogmatische Grundlagen	88
c) Der deliktsrechtliche Schutz	47	b) Die wichtigsten Fallgruppen: Wertpapierauskünfte und Kreditauskünfte	91
3. Die dem Bankgeheimnis unterfallenden Informationen und Äußerungen		c) Freizeichnungsklauseln	95
a) Der Wille des Kunden bzw. seines Stellvertreters oder Rechtsnachfolgers als primäres Kriterium	48	d) Deliktsansprüche	96
b) Das Erfordernis eines Zusammenhangs mit der Geschäftsverbindung	52	4. Die Haftung gegenüber demjenigen, über den eine Auskunft erteilt wird	98
4. Die Personen und Organe, denen gegenüber das Bankgeheimnis zu wahren ist		III. Die Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten der Bank	
a) Der Wille des Kunden bzw. seines Stellvertreters oder Rechtsnachfolgers als primäres Kriterium	54	1. Die Haftung für die Erteilung eines falschen Rats oder einer falschen Empfehlung	100
b) Das Verhältnis von Bankgeheimnis und Bankauskunft	56	2. Die Haftung für die Unterlassung eines Rats, einer Warnung oder einer Aufklärung	
c) Die Aufdeckung des Geheimnisses gegen den Willen des Kunden zugunsten anderer Privatrechtssubjekte	61	a) Die Warnpflicht im bargeldlosen Zahlungsverkehr	104
d) Die Verschwiegenheitspflicht gegenüber staatlichen Organen und das aus dem Bankgeheimnis folgende Aussageverweigerungsrecht	66	b) Die Warnpflicht bei Kreditgeschäften	109
e) Der Bankenerlaß des Bundesfinanzministeriums	68	c) Die Pflicht zur Beratung und Aufklärung über Rechtsfragen	115
5. Die Rechtsfolgen einer Verletzung des Bankgeheimnisses		IV. Sonstige Verhaltenspflichten der Bank gegenüber ihren Kunden	
a) Schadensersatzansprüche und die Problematik der Ersatzfähigkeit des Schadens	69	1. Die Treupflicht	118
b) Sonstige Rechtsfolgen	72	2. Die Problematik der Gleichbehandlungspflicht	121
II. Die Bankauskunft		3. Kontroll- und Überwachungspflichten	123
1. Die Problematik eines Anspruchs auf Erteilung einer Auskunft	75	4. Organisationspflichten	126
2. Die Haftung für eine unrichtige Auskunft gegenüber einem Kunden		V. Die Pflichten der Bank gegenüber „unverbundenen“ Dritten	
		1. Die Haftung aus § 823 BGB	128
		2. Die Haftung aus § 826 BGB	
		a) Fallgruppen und Grundsätze zur Konkretisierung von § 826 BGB	130
		b) Die Problematik des Vorsatzes und des Rechtswidrigkeitszusammenhangs	136

2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

	Rdn.		Rdn.
3. Die Einstandspflicht der Bank für ihre Leute		gehilfen gemäß § 831 BGB	139
a) Die Haftung für Verrichtungs-		b) Die Haftung für Organe gemäß § 31 BGB	140

Alphabetische Übersicht

<p>Abrechnungsverkehr 108 Allgemeine Geschäftsbedingungen 57, 75, 82, 84 f, 95, 103, 117 Anderkonto 125 Arbeitnehmerbeteiligung 111 Arbeitsplatzverlust 71 Aufklärungspflichten 100 ff, s. Beratungspflicht Auskunftshaftung s. Bankauskunft Auskunftspflichten gesetzliche 64, 76 aus Treu und Glauben 75 Auskunftsvertrag 77 f, 88 f Auslandsgeschäft 116 Aussageverweigerungsrecht 66 ff Bundesaufsichtsamt f. d. Kreditwesen 68 a Bundesbank 68 a Bußgeldverfahren 67 Finanzbehörden 68 Strafprozeß 67 Zivilprozeß 66</p> <p>Bank-zu-Bank-Auskunft 93 Bankauskunft Ablehnung 59 f, 75, 79 AGB Ziff. 10 57, 75, 82, 84 f, 95 Anspruch auf Erteilung 75 ff und Bankgeheimnis 56, 76, 79 Einverständnis des Kunden 55 ff günstige 56, 59 Haftung gegenüber Nichtkunden 88 ff, 99 Rechtsscheinhaftung 87 Rückfragen 56, 58 f, 98 unrichtige 59, 77 ff, 130 „unverbindliche“ 84 f, 95 Vertrauenshaftung 78 ff</p> <p>Bankenerlaß 68 Bankgeheimnis 36 ff Aufdeckung 61 ff und Bankauskunft 56, 76 deliktsrechtlicher Schutz 40 f Dritthaftung 46 Drittschutz 44 ff Entbindung von Verschwiegenheitspflicht 63 Gegenstand 48 ff und gesetzlicher Auskunftspflicht 64 im Giroverkehr 44 immanente Grenzen 61 ff bei Nichtigkeit 42 Personenkreis 54 f Pflichtenkollision 63 privatrechtliche Grundlagen 40 ff Rechtsfolgen der Verletzung 69 ff Rechtsnachfolge 43 Schutz der Bank 38 f</p>		<p>Stellvertretung 43, 50 Treuhand 43 und überwiegende Eigeninteressen 65 verfassungsrechtlicher Schutz 36 ff vor Vertragsschluß 42, 53 und Warnpflicht 105</p> <p>Bankvertrag, allgemeiner 57, 77 Beratungspflicht 63, 100 ff Abzahlungsgeschäft 116 Abrechnungsverkehr 108 Beteiligungen 111 f Börsentermingeschäft 116 Bürgschaft 112 Darlehen 111 devisenrechtliche Vorschriften 116 Giroverkehr 104 ff Kreditaufnahme 113 Kreditgeschäft 109 ff Rechtsfragen 111, 115 ff Scheckverkehr 107 Steuerfragen 116 unrichtiger Rat 100 Unterlassung 103 Wechselverkehr 116</p> <p>Beratungsvertrag 100 Berufsfreiheit der Bank 38 f Bezugsrecht 122 Börsentermingeschäft 116 culpa in contrahendo 89, 91</p> <p>Deliktsrecht 41, 47, 96, 99, 128 ff Depotstimmrecht 122 Diskriminierungsverbot 122 Dritthaftung 46, 92 Drittschadensliquidation 45, 93 Drittschutz 44 ff, 128 ff Auskunft 88 ff, 98 f</p> <p>Eigentumsvorbehalt, verlängerter 133 Ehepartner des Kunden 44, 54 f Entschuldigungsgründe, Geheimnisaufdeckung 61 Erfüllungsgehilfen 83, 97, 111</p> <p>Freizeichnungsklauseln 84 f, 95, 103, 127</p> <p>Garantenstellung der Bank 81 Geheimnisschutz s. Bankgeheimnis Geheimsphäre Grundrechtsschutz 36 als sonstiges Recht i. S. v. § 823 I BGB 40, 47 Geschäftsfähigkeit des Kunden 50, 124 Geschäftsverbindung 77 f Gesellschaft 44</p>
--	--	--

2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

- Gewerbebetrieb, Recht am eingerichteten und ausgeübten 41, 47, 96, 128
Giroverkehr s. Überweisung
Gläubigergefährdung 132
Gleichbehandlungspflicht 121 f
- Identitätskontrolle 124
Intimsphäre, Grundrechtsschutz 36
Investmentgeschäft 122
- Kaufleute 57
Konkurs
Bankgeheimnis 51, 55
Geheimnisaufdeckung 63
des Kreditnehmers 110
des Kunden 51, 55, 130
des Scheckeinreichers 107
des Überweisungsempfängers 105
Konkursverschleppung 131
Kontenpfändung 94
Kontokorrent 117
Kontrollpflicht 123 ff
Kreditauskunft 57, 80, 91 ff, 109
Kreditbetrug 62
Kreditgeschäft, Warnpflicht 109 ff
Kreditschädigung 97
Kreditäuschung 130
Kreditwürdigkeitsbescheinigung 92
Kündigungsrecht 72
- Massen-KG 111, 125
- Nothilfe 62
Notwehr 62
Nummernkonto 124
- Oder-Konto 117
Organhaftung 140
Organisationspflicht 126
- Persönlichkeitsrecht, allgemeines 37 ff, 41, 47, 55
Pfandrecht aus AGB 117
- Rechtfertigungsgründe, Geheimnisaufdeckung 61 ff
Rechtsmißbrauchseinwand 74
Rechtsnachfolger 43, 55
Rechtswidrigkeitszusammenhang 138 a
Rückfrage, Bankauskunft 56, 58 f
Rücktrittsrecht 72
- Sanierungsfälle 130
Schadensersatz
Bankauskunft 59 f, 77 ff
Geheimnisaufdeckung 62, 66, 69 ff
Schadensumfang 69 f
- Scheck
Auskunft 80, 91
Gutschrift 133
ungedeckter 80
Veruntreuung 124
Warnpflicht 107, 117
Scheckkartenscheck 107
Scheckreiterei 134
Scheckringverkehr 134
Schufa 47
Schuldverhältnis
gesetzliches 42, 53
ohne primäre Leistungspflicht 89
Schutzwirkung zugunsten Dritter 44, 93
Stellvertretung 43, 50, 55, 90, 124
Steuern 68 f, 70, 116
strafbare Handlung des Kunden 61, 67, 70
- Treuhand 43, 45
Treuhandkonto 125
Treupflicht 118 ff
Tod des Kunden
Bankgeheimnis 51, 55
- Überweisung
außerbetriebliche 44 f
Fälschung 124
unwiderrufliche 94
unzweckmäßige 104
Veruntreuung 106, 125
Warnpflicht 104 ff
Unterlassungsanspruch 73
- venire contra factum proprium 85
Verbotsirrtum 63
Verfügung, einstweilige 66, 73
Vergleich s. (so z. B. 4. Abschn.) Konkurs
Verkehrssitte 57
Vermögensschutz 129
Verrichtungsgehilfen 139
Vertragsbruch 133
Vertrauenshaftung
Bankauskunft 78 ff
Bankgeheimnis 42 ff
Beratungspflicht 100
Vorsatz 136 ff
- Warnpflicht 63, 100 ff, s. Beratungspflicht
Wechsel
Auskunft 80, 87, 91
Rechtsfragen 116
Wertpapierauskunft 87, 91 ff, 100 ff
Wettbewerbsverbot 120
- Zahlungseinstellung s. u. Konkurs
Zwangsvollstreckung, Auskunft 80
Zwangsvollstreckung s. u. Konkurs

Literatur

Bärmann Europäisches Geld-, Bank- und Börsenrecht Band 1, 1974, § 13 (bearbeitet von Scheerer); Cordes Haftung für Kreditauskunft, BankArch. 1931, 161 ff; derselbe Die Kreditaus-

2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

kunft der Banken, BB 1949, 90; *Danz* Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs, 1909; *Dirichs* Die Haftung der Banken für Rat und Auskunft, Diss. Münster 1976; *derselbe* Die Haftung für die Erteilung einer falschen Kreditauskunft bei Mitwirkung zweier Banken, WM 1976, 1078 ff; *Ebeling* Haftung für unrichtige Bankauskünfte, WM 1955, 1366 ff; *Ehlers* Durchsuchung — Beschlagnahme — Bankgeheimnis BB 1978, S. 1513 ff; *Eisner* Das Bankgeheimnis im deutsch-amerikanischen Handelsverkehr, WM 1969, 198 ff; *Gaede* Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte, Diss. Köln 1970; *derselbe* Die vertragliche Haftung der Banken für Kreditauskünfte, NJW 1972, 926 ff; *Herold/Lippisch* Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1962, S. 33 f und 41 ff; *Hoffmann/Riem* Steuerermittlung und Bankgeheimnis, Steuer und Wirtschaft, 1972, S. 127 ff; *Honsell* Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten JuS 1976, 621 ff; *Koch, Arwed* Banken und Bankgeschäfte, 1931, 306 ff; *derselbe* Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, 1932, S. 10 ff; *Kreutzer* Bankgeheimnis und Auskunftspflicht unter besonderer Berücksichtigung der rechtlichen Grundlagen, Diss. Würzburg 1956; *Lammel* Zur Auskunftshaftung, AcP 179 (1979), 337 ff; *Lohmeyer* Das Bankgeheimnis und seine Durchbrechung im Steuerrecht, JR 1970, 248; *Lorenz* Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, Festschrift für Larenz, 1973, S. 575 ff; *Maass* Information und Geheimnis im Zivilrecht, 1970 (allerdings ohne unmittelbare Behandlung des Bankgeheimnisses); *Mertens* Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung ZHR 143 (1979), S. 174 ff — *Mielke* Das Bankgeheimnis gegenüber Behörden, Die AG 1964, 182; *Müller* Die Grenzen des Bankgeheimnisses, NJW 1963, 833 ff; *Musielak* Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1974; *derselbe* Die Haftung der Banken für falsche Kreditauskünfte, VersR 1977, 973 ff; *Neustätter* Die Kontokorrentbedingungen der Banken, 1921, 65 ff; *Pikart* Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung für Ratschläge und Auskünfte, WM 1966, 698 ff; *Prost* Bankgeheimnis und neues Strafprozeßrecht, NJW 1976, S. 214 f; *Raiser, Ludwig* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, 133 ff — *Rech* Die strafrechtliche Sicherung des Bankgeheimnisses, ZKW 1962, 156; *Rössler* Bankgeheimnis und Auskunftspflicht der Kreditinstitute gegenüber den Finanzverwaltungsbehörden, NJW 1968, 1998 ff; *Rümker* Gläubigerbenachteiligung durch Gewährung und Belassung von Krediten, ZHR 143 (1979) S. 195 ff; *Ruppelt* Das Bankgeheimnis, Diss. Köln 1959. — *Schaudwet* Bankenkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1967, S. 29 ff; *Scheerer* Probleme der Haftung der Kreditinstitute für die Erteilung von Auskünften in Deutschland und Frankreich unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsfreizeichnungsklauseln, Festschrift für Bärmann, 1975, S. 801 ff; *Reimer Schmidt* Das Bankgeheimnis im Spannungsfeld zwischen privatem und öffentlichem Recht, WirtschaftsR 1972, 127 ff; *Schönle* Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1976, §§ 3 und 5; *Schraepler* Kreditauskunft — Einschränkung des Bankgeheimnisses, NJW 1972, 1826 ff; *Schütz* Die Sorgfaltspflicht des Bankkunden, JR 1960, 444 ff; *Sichtermann* Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Aufl. 1966; *derselbe* Das Bankgeheimnis als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, MDR 1965, 697 ff; *derselbe* Strafverfahren und Bankgeheimnis, NJW 1968, 1996 ff; *derselbe* Die Grenzen des Bankgeheimnisses — eine Entgegnung, ZKW 1963, 642; *derselbe* Das Bankgeheimnis in den europ. Gemeinschaften, ZKW 1965, 1080; *derselbe* Neue Fragen zum Thema Bankgeheimnis, ZKW 1968, 1063; *Stoll* Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, Festschrift für Flume, 1978, S. 741 ff, insbesondere S. 764 ff; *Stolz* Die Kreditauskunft der Banken, Diss. Köln 1966; *Subr* Schadensersatzhaftung für Rat und Auskunft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss. Hamburg 1969; *Tepe* Die Haftung des Bankiers für die Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für die Empfehlung von Wertpapieren, Diss. Göttingen 1931; *Ungnade* Bankgeheimnis gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, WM 1976, 1210 ff; *Wolff* Die Geheimhaltungspflicht der Banken, DB 1968, 695 ff; *derselbe* Bankgeheimnis und Kreditauskunft, Die AG 1968, 286 ff.

I. Das Bankgeheimnis

1. Die Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen

- 36** Das Bankgeheimnis ist in mehrfacher Hinsicht verfassungsrechtlich abgesichert, da es sich sowohl auf Grundrechte des Kunden als auch auf Grundrechte der Bank

zurückführen läßt. Hinsichtlich des Kunden wird im Schrifttum meist auf das „**allgemeine Persönlichkeitsrecht**“ und dessen Verankerung in den Art. 1 und 2 GG abgestellt¹. Aus diesem wird ein **Recht auf Schutz der Geheimsphäre** mit dem Rang eines „verfassungsrechtlich anerkannten Grundrechts jeder Person“ abgeleitet (*Sichtermann MDR 1965 697*). Dabei wird der Begriff der Geheimsphäre außerordentlich weit gefaßt, da zu dieser alles gehören soll, „was der einzelne erkennbar geheimhält“ (*Hubmann JZ 1957 524*; ihm folgend *Sichtermann aaO*). Andererseits wird die Geheimsphäre ohne weiteres mit der „Intimsphäre“ gleichgesetzt (vgl. *Sichtermann MDR 1965 697 Fn. 6*).

Damit wird der verfassungsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses indessen überspannt. Der Schutz der Intimsphäre ist nämlich ein Unterfall des Schutzes der **Menschenwürde i. S. von Art. 1 GG**. Aus diesem fundamentalsten aller Verfassungsgüter aber läßt sich, will man nicht „Heiligtümer in Vorhöfe zerren“, keinesfalls ein Recht auf Schutz alles dessen ableiten, „was der einzelne erkennbar geheimhält“. Es geht denn auch beim Schutz der „Intimsphäre“ in Wahrheit nicht um diese allgemeine, höchst diffuse Geheimsphäre, sondern um einen wesentlich elementarerem Bereich der Person. Das machen die „klassischen“ Beispiele für Verletzungen der Intimsphäre ohne weiteres deutlich: gedacht ist dabei zum einen an den Schutz gegen die unbefugte Verwendung von höchstpersönlichen Äußerungen wie z. B. Tagebüchern und Privatbriefen, die die „geheimsten“ und „innersten“ Regungen der Person enthalten können und diese gewissermaßen in ihrem „Wesen“ preisgeben, und zum anderen an den Schutz gegen ein heimliches Eindringen in den persönlichen Lebensbereich und gegen ein heimliches Festhalten „unmittelbarer“ und „spontaner“ Kundgebungen der Person durch Minispione, verborgene Kameras, heimliche Tonbandaufnahmen usw. Es liegt auf der Hand, daß die Problematik des Bankgeheimnisses grundlegend anders strukturiert ist. Denn im Gegensatz zur ersten Fallgruppe fehlt es hier regelmäßig am Merkmal der *Höchstpersönlichkeit*, da das Bankgeheimnis grundsätzlich nicht *personbezogen*, sondern *vermögensbezogen* ist; und im Gegensatz zur zweiten Fallgruppe fehlt es am Kriterium der *unbefugten Erlangung des Geheimnisses*, da der Kunde dieses der Bank ja *freiwillig* offenbart. Zwar kann auch bei Eingriffen in ein freiwillig geoffenbartes Geheimnis die Würde des Menschen tangiert sein, doch wird man das nur dann annehmen können, wenn dieses Geheimnis höchstpersönlichen Charakter hat und sich auf den Elementarbereich der Person bezieht. Daher könnten zwar staatliche Eingriffe in das Beichtgeheimnis oder in das Berufsgeheimnis des Arztes u. U. Verstöße gegen Art. 1 GG darstellen, grundsätzlich aber nicht Eingriffe in das Bankgeheimnis; die verschiedenen Berufsgeheimnisse lassen sich eben verfassungsrechtlich nicht einheitlich beurteilen, wie ihr Schutz ja derzeit auch auf der Ebene des einfachen Gesetzes durchaus unterschiedlich ausgestaltet ist. Im vermögensrechtlichen und insbesondere im wirtschaftlich-geschäftlichen Bereich dürfte somit ein Geheimnisschutz aus Art. 1 GG regelmäßig nicht abzuleiten sein — von hier nicht relevanten extremen Ausnahmefällen wie einer allgemeinen staatlichen „Vermögens- und Wirtschaftsschnüffelei“ einmal abgesehen. Es geht jedenfalls nicht an, die für die Respektierung der Intimsphäre entwickelten Grundsätze auf Vorgänge des Wirtschaftslebens zu übertragen (so mit Recht auch *BGHZ 36 77, 80*). Auf Art. 1 GG läßt sich der verfassungsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses folglich grundsätzlich nicht stützen.

Es bleibt daher nur der Rückgriff auf das **Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit i. S. von Art. 2 I GG**. In der Tat gewährleistet dieses grundsätzlich einen ver-

¹ Vgl. vor allem *Kreutzer S. 14 ff und S. 23 ff*; *Ruppelt S. 98, 124*; *Sichtermann MDR 1965, 697 ff* und *Bankgeheimnis S. 35 ff m. w. Nachw.; Schönle § 5 I 1.*

fassungsrechtlichen Schutz des Bankgeheimnisses. Denn Art. 2 GG verbürgt die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit in allen Bereichen (vgl. BVerfGE 6 36) und umfaßt daher ohne weiteres auch den Schutz des Bankgeheimnisses (a. A. wohl Müller NJW 1963 833f). Des näheren geht es dabei um zwei besondere Erscheinungsformen der menschlichen Freiheit: zum einen um die *Möglichkeit, sich vorbehalt- und gefahrlos einem anderen anzuvertrauen* und bei ihm Rat und Unterstützung zu suchen, und zum zweiten um die *Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und die Vertragsfreiheit*; letztere wird durch staatliche Eingriffe in das Bankgeheimnis deshalb eingeschränkt, weil dadurch den Parteien eine umfassende rechtsgeschäftliche Absicherung des Bankgeheimnisses (z. B. durch ein vertragliches Aussageverbot und dgl.) unmöglich gemacht wird.

Der Schutz des Art. 2 I GG ist allerdings erheblich schwächer als der des Art. 1 GG, weil Art. 2 aufgrund der „Schrankentrias“ des Abs. I HS 2 wesentlich weitergehende Einschränkungen zuläßt. Vor allem wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht unter der „verfassungsmäßigen Ordnung“ i. S. des Art. 2 jede formell und materiell verfassungsmäßige Norm versteht (vgl. BVerfGE 6 38), ist für gesetzgeberische Eingriffe in das Bankgeheimnis ein verhältnismäßig breiter Spielraum gegeben. Art. 2 I GG ist jedoch auch bei dieser — im Schrifttum nach wie vor umstrittenen — Sichtweise nicht „leerlaufend“ (vgl. z. B. *Leibholz/Rinck*, Komm. zum GG⁴, Art. 2 Rdn. 6), so daß der auf ihn gestützte verfassungsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses trotz der weitgehenden Einschränkungsmöglichkeiten keineswegs wertlos ist; das gilt um so mehr, als das BVerfG in zunehmendem Maße auch bei Art. 2 die Kriterien der Zumutbarkeit und der Verhältnismäßigkeit heranzieht und dadurch der Vorschrift mittelbar einen eigenständigen materiellen Gehalt zurückgibt (vgl. z. B. BVerfGE 29 221, 242).

- 38** Außer Grundrechten des Kunden können auch **Grundrechte der Bank** durch Eingriffe in das Bankgeheimnis verletzt sein. Praktische Bedeutung hat das u. a. deshalb, weil dadurch auch die Bank die Möglichkeit zur Erhebung einer Verfassungsbeschwerde erhält. Zu denken ist dabei zunächst wieder an das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit; denn auch auf seiten der Bank stellen Eingriffe in das Bankgeheimnis Einschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und der Vertragsfreiheit dar. Allerdings dürfte insoweit das Grundrecht der **Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG** als Sondergrundrecht vorgehen, so daß ein Rückgriff auf Art. 2 I GG weder erforderlich noch möglich ist. Die Einhaltung des Bankgeheimnisses ist nämlich für eine ungestörte Tätigkeit der Banken grundsätzlich unerläßlich, weil andernfalls die Kunden der Bank nicht das nötige Vertrauen entgegenbringen und ihr nicht in dem erforderlichen Ausmaß ihre Vermögensangelegenheiten aufdecken könnten (vgl. auch *Sichtermann* MDR 1965 699 bei und mit Fn. 28; zu sonstigen Berufsgeheimnissen vgl. *Maass* S. 52 m. Nachw.). Gesetzliche Durchbrechungen des Bankgeheimnisses können daher Eingriffe in die Berufsfreiheit der Banken darstellen. Daß sie i. d. R. keine unmittelbar berufsregelnde Tendenz haben, steht nicht ohne weiteres entgegen, da in den Schutzbereich von Art. 12 GG auch mittelbare Beeinträchtigungen fallen können (vgl. auch BVerfGE 46 120, 137 f).

Freilich handelt es sich dabei grundsätzlich lediglich um eine Regelung der *Berufsausübung* i. S. von Art. 12 I 2 GG, so daß der in dieser Vorschrift enthaltene Gesetzesvorbehalt uneingeschränkt zum Zuge kommt. Das bedeutet jedoch nicht, daß dem Gesetzgeber jede beliebige Einschränkung des Bankgeheimnisses offen steht. Vielmehr ist er auch im Rahmen der Art. 12 I 2 GG an die Grenzen des „Übermaßverbots“ gebunden (vgl. z. B. *Leibholz/Rinck* aaO Art. 12 GG Rdz. 8 m. Nachw.). Der Eingriff

I. Das Bankgeheimnis

darf also nicht übermäßig belastend und unzumutbar sein (vgl. BVerfGE 18 361 f), sondern muß durch „sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ gerechtfertigt werden (vgl. BVerfGE 7 405 f; 9 221 f; 10 197; 14 22). Außerdem ist zu bedenken, daß der Übergang zwischen Regelungen der Berufsausübung und Eingriffen in die Berufswahl fließend ist und daß der verfassungsrechtliche Schutz sich daher nach der vom BVerfG entwickelten „Stufentheorie“ zunehmend verstärkt, je mehr die Berufswahl berührt wird. Gesetzgeberische Durchbrechungen des Bankgeheimnisses sind daher, je mehr sie die Funktionsfähigkeit der Banken in Frage stellen, desto strengeren Voraussetzungen unterworfen.

Zusammenfassend ergibt sich: Das Bankgeheimnis ist auf seiten des Kunden durch Art. 2 I GG und auf seiten der Bank durch Art. 12 I GG geschützt. Gesetzgeberische Eingriffe in das Bankgeheimnis sind daher grundsätzlich in verhältnismäßig weitem Umfang möglich, da für Art. 2 I GG nur die Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ besteht und Regelungen der Berufsausübung dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 12 I 2 GG unterliegen. Sie müssen jedoch in jedem Falle mit dem „Übermaßverbot“ vereinbar sein und auf „sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls“ beruhen. Strengere Maßstäbe wie z. B. das Erfordernis, daß der Eingriff zur Durchsetzung von „überragenden Forderungen des Gemeinwohls unabdingbar und zwingend geboten ist“, bestehen dagegen grundsätzlich nicht (unrichtig daher *Sichtermann* MDR 1965 698 Sp. 2 und, ihm folgend, *Ehlers* BB 1978 1515); eine derartige Verschärfung der Voraussetzungen kommt vielmehr nur in Ausnahmefällen in Betracht, in denen der Eingriff in das Bankgeheimnis nicht nur die Berufsausübung der Banken einschränkt, sondern so weit geht, daß er sogar die Berufswahl berührt.

Was die **derzeit geltenden Durchbrechungen des Bankgeheimnisses** betrifft (vgl. zu diesen näher unten Rdn. 61 ff und 66 ff), so kann man zwar nicht sagen, daß sich deren Verfassungswidrigkeit im Lichte dieser Kriterien geradezu aufdrängt, doch ist andererseits den im Schrifttum geäußerten Bedenken die Berechtigung keineswegs ohne weiteres abzusprechen². Wegen der besonderen Schwierigkeiten, die eine Prüfung am Maßstabe des Übermaßverbots stets mit sich bringt, dürfte endgültige Klarheit erst durch subtile Einzeluntersuchungen oder eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu gewinnen sein.

b) Die privatrechtlichen Grundlagen

Die privatrechtlichen Grundlagen des Bankgeheimnisses sind durch dessen verfassungsrechtlichen Schutz nicht determiniert. Zwar mag sich aus diesem das grundsätzliche Gebot ergeben, das Bankgeheimnis auch privatrechtlich in irgendeiner Form zu schützen, doch bleibt die Ausgestaltung dieses Schutzes im einzelnen dem einfachen Gesetz überlassen. Sie hat daher mit privatrechtskonformen und privatrechtsimmanenten Mitteln zu erfolgen. Insoweit liegt es nun zunächst nahe, den Schutz des Bankgeheimnisses auf ein **subjektives Recht an der Geheimsphäre** zurückzuführen und dieses als „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 I BGB anzusehen³. Ein solches Recht gibt es indessen de lege lata nicht (vgl. zuletzt *Maass* S. 20 ff und S. 107 ff m. umfass. Nachw. zum Streitstand). Das folgt schon daraus, daß ein derartiges „Recht“ nicht die für ein „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 I BGB erforderliche tatbestandliche Bestimmtheit und

² Vgl. vor allem *Sichtermann* MDR 1965, 699 f; wesentlich zurückhaltender *Mielke* Die AG 1964, 182 f; jeden Verfassungsverstoß ablehnend *Kreutzer* S. 64 ff und *Schmidt* WiR 1972, 140 ff, 145 f.

³ So in der Tat *Kreutzer* S. 21 ff; *Sichtermann* MDR 1965, 697 f und Bankgeheimnis S. 36 ff m. w. Nachw.; *Schönle* § 5 I 1; *Liesecke* WM 1975, 247.

2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

Offenkundigkeit besäße und daher mit dem System des geltenden Deliktsrechts nicht vereinbar wäre. Das gilt in verstärktem Maße, soweit es wie beim Bankgeheimnis nicht um die persönliche Sphäre im engeren Sinne, sondern um die Verwaltung des Vermögens und um den Bereich der gewerblichen und beruflichen Betätigung geht. Hier würde die Anerkennung eines Rechts an der Geheimsphäre als eines subjektiven Rechts i. S. von § 823 I BGB nämlich zum einen dazu führen, daß entgegen der unzweifelhaften Intention des Gesetzes auch allgemeine Vermögensschäden generell zu Deliktsansprüchen führen würden — und zwar schon bei lediglich fahrlässiger Weitergabe eines Geheimnisses, das der Schädiger vielleicht nicht einmal als ein solches erkannt hatte; und zum anderen wäre eine derartige Konstruktion auch mit den Grundprinzipien der geltenden Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung unvereinbar, da dieser ein solch umfassender Geheimnisschutz fremd ist und da er mit der hier herrschenden grundsätzlichen Freiheit der übrigen Rechtssubjekte in Widerspruch stände (vgl. auch BGHZ 36 77, 80 f; *Maass* S. 93 ff und S. 138 ff m. Nachw.). Die Geheimsphäre im allgemeinen und das Bankgeheimnis im besonderen genießen daher den Schutz eines subjektiven Rechts nicht schon als solche, sondern nur insoweit, als sie sich einem der anerkannten subjektiven Rechte unterordnen lassen.

- 41** Dabei ist in erster Linie auf das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** — wenn auch nicht auf dessen besondere Ausprägung in Form eines Rechts an der Intimsphäre (vgl. oben Rdn. 36 a. E.) — sowie auf das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** zurückzugreifen. Was insbesondere das letztere betrifft, so ist in der Rechtsprechung heute anerkannt, daß es nicht nur den Bestand des Gewerbebetriebs, sondern auch dessen einzelne Erscheinungsformen umfaßt und alles einschließt, „was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Gewerbebetriebs ausmacht“ (BGHZ 23 157, 163); dazu gehören auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Dieser Schutz ist jedoch ziemlich beschränkt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am Gewerbebetrieb haben nämlich anders als die „klassischen“ in § 823 I genannten Rechte *keine rechtswidrigkeits-indizierende Funktion*, sondern stellen lediglich Bezugspunkte für die Entwicklung deliktischer Verhaltensnormen dar. Die Rechtswidrigkeit der schädigenden Handlung muß daher in jedem Einzelfall positiv festgestellt und besonders begründet werden, wobei es regelmäßig auf eine *Güter- und Interessenabwägung* ankommt. Bei der Verletzung eines Geheimnisses kann das Rechtswidrigkeitsurteil dabei entweder darauf gestützt werden, daß das Geheimnis *unbefugt erlangt* wurde (z. B. durch „Auspähung“ oder durch „Ausnutzung fremden Geheimnisbruchs“), oder darauf, daß bei seiner *Weitergabe* gegen allgemeine Verhaltenspflichten verstoßen wurde (vgl. näher *Maass* S. 112 f und 138 f bzw. S. 144 ff m. Nachw.; vgl. auch unten Rdn. 47). Bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten kommt zusätzlich eine Haftung wegen **Schutzgesetzverletzung gemäß § 823 II BGB i. V. m. § 203 II StGB** in Betracht.
- 42** Wesentlich umfassender als der deliktsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses ist der Schutz, der aus der „Sonderbeziehung“ zwischen Bank und Kunden folgt. Dieser stellt de lege lata den primären, um nicht zu sagen „eigentlichen“ Schutz des Bankgeheimnisses dar. Rspr. und h. L. gründen ihn auf die **vertraglichen Beziehungen** des Kunden zur Bank⁴. Das ist jedoch weder dogmatisch folgerichtig noch praktisch

⁴ Vgl. BGHZ 27, 241, 246; BGH DB 1953, 1031 unter 1; Dresden OLGE 1940, 377; OLG Karlsruhe WM 1971, 486, 487; *Müller-Erzbach* S. 651; *von Gierke* § 62 III 2; *Kreutzer* S. 29 ff; *Baumbach/Duden* Anh. I zu § 406 Anm. 1 G; *Schönle*

§ 5 I 1; *Stolz* S. 14; *Müller* NJW 1963, 835; *Wolff* DB 1968, 695 f; *Schraepler* NJW 1972, 1838; *Schmidt* WiR 1972, 133; *Sichterman*, Bankgeheimnis S. 92 ff m. w. Nachw.; *Liesecke* WM 1975, 247.

befriedigend. Zutreffend ist demgegenüber, daß es sich hier um einen **Unterfall der auf der Geschäftsverbindung beruhenden Vertrauenshaftung der Bank** handelt (vgl. oben Rdn. 12 ff). Das stimmt nicht nur mit der Erkenntnis überein, daß es ganz allgemein beim Geheimnisschutz grundsätzlich um ein Problem des Vertrauensschutzes geht (vgl. *Maass* S. 47 ff und S. 139, 143, der daraus jedoch nicht die erforderlichen konstruktiven Konsequenzen zieht), sondern es wird auch durch eine Reihe von Einzelheiten aus dem Bereich des Bankgeheimnisses bestätigt. So ist z. B. anerkannt, daß dieses schon im *vorvertraglichen Stadium* geschützt ist (vgl. BGH DB 1953 1031 unter 1; *Sichtermann* S. 99 f; *Wolff* DB 1968 696), obwohl hier noch kein Vertrag, sondern nur ein gesetzliches Schuldverhältnis aus rechtsgeschäftlichem Kontakt vorliegt und obwohl daher ein Bruch des Bankgeheimnisses keine Vertragshaftung, sondern nur eine Vertrauenshaftung zur Folge haben kann. Ebenso steht außer Streit, daß die Haftung für eine Verletzung des Bankgeheimnisses von der *Nichtigkeit des Vertrags* zwischen der Bank und dem Kunden grundsätzlich nicht berührt wird (vgl. *Sichtermann* S. 100 ff; *Wolff* DB 1968 696) und daß die Bank das Geheimnis nicht im Zusammenhang mit einem bestimmten Einzelvertrag, sondern lediglich *im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung als solcher* erfahren haben muß (vgl. *Sichtermann* S. 103 ff.). Mitunter wird denn auch ausdrücklich das Vertrauensverhältnis zwischen der Bank und ihrem Kunden als Grundlage der Geheimhaltungspflicht bezeichnet (vgl. z. B. RG BankArch. 34 326 = HRR 1935 Nr. 662; *Herold/Lippisch* S. 41; *Sichtermann* S. 95), doch wird dieses nicht klar von den spezifisch vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien getrennt. Dogmatisch folgerichtig ist demgegenüber allein die hier vertretene Ansicht, wonach die Schutzpflichten, also auch die Verschwiegenheitspflicht der Bank, ihre Grundlage in dem durch den rechtsgeschäftlichen Kontakt begründeten „gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“ haben und bei ihrer Verletzung zu einer Vertrauenshaftung führen (vgl. oben Rdn. 12ff).

2. Die geschützten Personen

a) Der Kunde als Geheimnisträger

Der Kreis der geschützten Personen wird grundsätzlich durch die Anspruchsgrundlage bestimmt. Der deliktsrechtliche Schutz (vgl. oben Rdn. 41) besteht also für jedermann, der vertrauensrechtliche Schutz (vgl. oben Rdn. 42) nur für denjenigen, der innerhalb der erforderlichen Sonderverbindung mit der Bank steht. Das ist grundsätzlich der **Kunde**. Demgemäß ist bei **Stellvertretung** als Geheimnisträger der Vertretene und nicht der Vertreter anzusehen. Letzterer kommt folglich nur im Rahmen der unten Rdn. 44 ff entwickelten Grundsätze in den Genuß des Geheimnisschutzes. Die Bank wird daher durch das Bankgeheimnis z. B. nicht gehindert, den Vertretenen zu warnen, wenn ihr Anhaltspunkte für ein mißbräuchliches Verhalten des Vertreters vorliegen. Dagegen ist bei der **Vollrechtstreuhand** der Treuhänder und nicht der Treugeber Geheimnisträger, da nur mit ersterem die Geschäftsverbindung (bzw. der sonstige rechtsgeschäftliche Kontakt) besteht. Folglich fällt ein mißbräuchliches Verhalten eines Treuhänders anders als das eines Stellvertreters grundsätzlich in den Schutzbereich des Bankgeheimnisses, so daß eine Warnung des Treugebers nur bei Vorliegen der unten Rdn. 61 ff herausgearbeiteten Voraussetzungen zulässig ist. Bei einer **rechtsgeschäftlichen Nachfolge** wie z. B. bei Zession einer Guthabenforderung oder bei Übertragung eines Depots nach § 931 BGB wird (auch) der Rechtsnachfolger geschützt. Auch zugunsten des **Erben** gilt grundsätzlich das Bankgeheimnis.

b) Möglichkeiten zur Erstreckung des Schutzes auf Dritte

- 44 Für eine Erstreckung des Geheimnisschutzes auf Dritte bietet sich in erster Linie die **Lehre von den Schutzwirkungen zugunsten Dritter** an (vgl. dazu oben Rdn. 21 ff). Zu denken ist z. B. an Fälle, in denen die Bank durch die Geschäftsverbindung mit ihrem Kunden ein Geheimnis von dessen **Ehepartner** oder ein Geheimnis einer **Personengesellschaft**, deren Mitglied der Kunde ist, erfährt⁵ (vgl. auch oben Rdn. 23). Das Rechtsverhältnis, an das die Schutzwirkungen anknüpfen, braucht indessen nicht das zwischen der Bank und ihrem Kunden zu sein, sondern kann auch das mehrerer Banken untereinander sein; in diesem Falle kann dann **der Kunde selbst** sich in der Position des geschützten Dritten befinden (vgl. auch oben Rdn. 25). Ein Beispiel dieser Art liegt etwa vor, wenn eine Bank wegen eines **Auskunftsbegehrens** bei einer anderen Bank rückfragt und ihr dabei ein Geheimnis des auskunftssuchenden Kunden offenbart: verletzt die zweite Bank das Geheimnis, so hat der Kunde — vorbehaltlich eines weitergeleiteten Haftungsausschlusses — einen eigenen Anspruch gegen sie (a. A. *Stolz* S. 61; *Gaede* S. 108). Auch im **Überweisungsverkehr** können sich Fälle ergeben, die in den vorliegenden Zusammenhang gehören. So kann der Auftraggeber ein Interesse daran haben, daß die Person des Überweisungsempfängers oder der Eingang der Überweisung einem Dritten — z. B. einem auf eine Pfändungsmöglichkeit wartenden Gläubiger — nicht bekannt werden. Die daraus folgende Verschwiegenheitspflicht trifft dann nicht nur die vom Kunden beauftragte Bank, sondern auch die Empfangsbank (so mit Recht BGHZ 27 241; zustimmend auch *Wolff* DB 1968 695 f). Diese Pflicht der Empfangsbank gegenüber dem Auftraggeber — nicht bzw. nicht allein gegenüber dem Überweisungsempfänger! — läßt sich nur durch die Annahme von „Schutzwirkungen für Dritte“ erklären, da ja nicht der Auftraggeber selbst, sondern nur dessen Bank in einer Geschäftsverbindung mit der Empfangsbank steht⁶. Statt einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung zwischen den beiden Banken genügt insoweit auch das Rechtsverhältnis, das erst durch das fragliche Geschäft (also die Weiterleitung der Überweisung) begründet wurde. Dabei ist es gleichgültig, ob man dieses als echten Vertrag qualifiziert oder nicht; denn zumindest entsteht zwischen den beiden Banken ein rechtsgeschäftlicher Kontakt und damit das (erforderliche, aber auch hinreichende) „gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“. Auch daß eine weitere Bank — z. B. eine Landeszentralbank — zwischengeschaltet war, wie das im Falle BGHZ 27 241 in der Tat zutraf, steht der Annahme von Schutzwirkungen zugunsten des Auftraggebers nicht entgegen, da der rechtsgeschäftliche Kontakt zwischen den Banken kein unmittelbarer zu sein braucht, sondern auch durch einen anderen vermittelt werden kann⁷. Im Bankverkehr entsteht somit ein weit verzweigtes Netz von gesetzlichen Schuldverhältnissen aus rechtsgeschäftlichem Kontakt, das allenthalben die Anknüpfung von Schutzwirkungen erlaubt und so für die Kunden einen umfassenden Schutz des Bankgeheimnisses gewährleistet.

- 45 Zum selben Ergebnis ist u. U. mit dem Institut der **Drittsschadensliquidation** zu kommen (vgl. BGHZ 27 241, 247; *Wolff* DB 1968 696). Diese setzt jedoch eine echte **Verlagerung** des Schadens von der Bank auf den Dritten voraus (vgl. oben Rdn. 26 m. Nachw.). Eine solche war im Falle BGHZ 27 241 (247) in der Tat gegeben, da die überweisende Bank durch den Geheimnisbruch einen Rückzahlungsanspruch gegen die Empfangsbank verlor und gleichzeitig in entsprechender Höhe von ihrer Herausgabe-

⁵ Zu eng BGH DB 1953, 1031 unter 2; unzutreffend *Wolff* DB 1968, 696 unter IV 1.

⁶ Unklar insoweit BGHZ 27, 241; zutreffend dagegen BGHZ 69, 88 f zu einem ähnlichen Problem

im Lastschriftverfahren (vgl. dazu näher oben Rdn. 22).

⁷ Ebenso i. E. BGHZ 69, 88 für das Lastschriftverfahren; vgl. auch unten Rdn. 93 zur Auskunft.

pflicht gegenüber dem Kunden befreit wurde. Auch wenn ein Treuhänder der Bank ein Geheimnis des Treugebers anvertraut und diese es bricht, dürfte das Kriterium der Schadensverlagerung meist erfüllt sein. Im übrigen aber wird es hieran häufig fehlen, weil auch dem Kunden selbst und nicht nur dem Dritten ein Schaden aus dem Geheimnisbruch erwachsen kann (vgl. auch oben Rdn. 26).

Schließlich kann in diesem Zusammenhang auch die Figur einer **Haftung Dritter aus Schutzpflichtverletzung**, insbesondere aus culpa in contrahendo oder positiver Forderungsverletzung, relevant werden (vgl. näher oben Rdn. 27). Diese käme z. B. dann zum Zuge, wenn die Bank in die Vertragsverhandlungen zwischen einem ihrer Kunden und dessen Geschäftspartner beratend oder auskunftgebend eingeschaltet würde und dabei ein Geheimnis des letzteren erführe. Für dessen Bruch hätte sie diesem auch dann aus Vertrauenshaftung einzustehen, wenn sie bisher mit ihm nicht in geschäftlichem Kontakt stand und auch der Rat bzw. die Auskunft nicht auf dem Abschluß eines entsprechenden Vertrages beruhte (vgl. auch unten Rdn. 88 ff, insbesondere 92 f).

c) Der deliktsrechtliche Schutz

Versagen diese Möglichkeiten einer Einbeziehung des Dritten in den Bereich der Vertrauenshaftung und der daraus entspringenden Schutzpflichten, so bleibt allenfalls der Rückgriff auf die Deliktshaftung. Auch diese gewährleistet zwar in gewissem Umfang einen Geheimnisschutz (vgl. oben Rdn. 41), doch reicht sie nicht annähernd so weit wie der vertrauens- bzw. vertragsrechtliche Schutz. Das tritt nicht nur in der **unterschiedlichen Ausgestaltung der Gehilfenhaftung** gemäß § 831 BGB einerseits und § 278 BGB andererseits in Erscheinung, sondern vor allem auch in der **Beschränkung des Schutzes auf bestimmte Formen der Verletzung**. Der deliktsrechtliche Schutz richtet sich nämlich in erster Linie gegen die *unbefugte* Erlangung des Geheimnisses, wohingegen der vertrauensrechtliche Schutz gerade das *befugtermaßen* erlangte Geheimnis betrifft. Dabei gelten keine bankrechtlichen Besonderheiten, so daß insoweit auf die im Deliktsrecht entwickelten Tatbestände wie „Erschleichung“, „Ausspähung“, „Ausnutzung fremden Geheimnisbruchs“ und dgl. zu verweisen ist (vgl. näher *Maass* S. 112f und S. 138f m. Nachw.). Wurde das Geheimnis rechtmäßig erlangt, kann weder in seiner Ausnutzung für eigene Zwecke noch in seiner Weitergabe an Dritte ohne weiteres eine unerlaubte Handlung gesehen werden; denn ein allgemeines subjektives Recht an der Geheimnissphäre gibt es nicht (vgl. oben Rdn. 40). Es kann darin jedoch die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts, z. B. ein Eingriff in die Intimsphäre sowie eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liegen. Die Rechtswidrigkeit wird dabei allerdings aufgrund der „offenen“ Struktur dieser Rechtsgüter nicht schon durch die Ausnutzung bzw. Weitergabe des Geheimnisses indiziert, sondern ist im Wege einer Güter- und Interessenabwägung jeweils besonders zu ermitteln. Dabei reicht der Schutz der gewerblichen Betätigung keineswegs so weit wie der Schutz des privaten Bereichs i. e. S. (vgl. BGHZ 36 77, 80). Hinsichtlich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann man sich an den Grundsätzen orientieren, die für die Verbreitung *wahrer* Tatsachen entwickelt worden sind; denn bei einem Geheimnisbruch geht es nicht um den Schutz vor unrichtigen Behauptungen, sondern um die Weitergabe wahrer Tatsachen. Es kommt daher im wesentlichen auf Art und Form der Weitergabe an, also vor allem darauf, ob diese ohne gebotenen Anlaß oder in unnötig scharfer Form erfolgt ist (vgl. z. B. BGHZ 8 142; 36 18; *Fikentscher*, Schuldrecht⁶ § 103 II 1 a [5]; *Larenz*, Schuldrecht II¹¹ § 72 III b). Bei Verbreitung unwahrer Tatsachen wie z. B. der irrtümlichen Behauptung

2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

mangelnder Kreditwürdigkeit auf Grund einer Namensverwechslung durch die **Schutzgemeinschaft für die Sicherung von Krediten („Schufa“)** sind nicht die Regeln über das Bankgeheimnis einschlägig, sondern vielmehr § 824 BGB und § 823 I BGB i. V. m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (vgl. dazu näher BGH WM 1978 999; vgl. zur Schufa im übrigen *Schlöter Die Bank 1978 20 ff.*)

3. Die dem Bankgeheimnis unterfallenden Informationen und Äußerungen

a) Der Wille des Kunden bzw. seines Stellvertreters oder Rechtsnachfolgers als primäres Kriterium

- 48** Das Bankgeheimnis umfaßt „alle Tatsachen, die der Kunde geheimzuhalten wünscht“⁸. Maßgeblich ist also in erster Linie der **wirkliche Wille des Kunden**. Das gilt auch dann, wenn der Kunde an der Geheimhaltung kein vernünftiges Interesse hat (vgl. Dresden OLGE 40 377; *Sichter mann* S. 111 f; *Schönle* § 5 I 1). Denn zum einen ist es nicht Sache der Bank, sondern Sache des Kunden zu entscheiden, wann ein Interesse an der Geheimhaltung gegeben ist, und zum anderen fordert das Vertrauensverhältnis seiner Natur nach die uneingeschränkte Respektierung auch rein subjektiver, durch die objektive Interessenlage nicht gedeckter Wünsche des Kunden; auch kann die Bank die wirklichen Interessen des Kunden häufig gar nicht beurteilen, zumal dieser ihr nicht immer den wahren Grund für seinen Geheimhaltungswunsch offenbaren wird und dazu auch nicht verpflichtet ist.
- 49** Läßt sich der wirkliche Wille des Kunden nicht ermitteln, so kommt es auf seinen **mutmaßlichen Willen** an. Erst wenn auch dieser nicht erkennbar ist, entscheidet das Kriterium des **objektiven Interesses**, das somit wenigstens subsidiär zum Zuge kommen kann (vgl. auch *Sichter mann* S. 112 unter 2; noch weitergehend *Wolff* S. 696). Im Zweifel unterliegt der Geheimhaltungspflicht alles, was die Bank im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung erfahren hat. Irgendwelche generellen **Einschränkungen hinsichtlich der Art des Geheimnisses** bestehen nicht. Insbesondere ist das Bankgeheimnis nicht auf *Tatsachen i. e. S.* beschränkt, sondern umfaßt auch *Werturteile* (vgl. *Sichter mann* S. 106 f und 108 f; *Wolff* DB 1968 696; *Schraepfer* NJW 1972 1836 f). Auch diese kann die Bank nämlich nur deshalb in fundierter bzw. glaubwürdiger Weise äußern, weil sie aufgrund der Geschäftsverbindung Einblick in die Verhältnisse ihres Kunden besitzt und so die für eine Urteilsbildung erforderlichen Tatsachen erfahren hat. Die Bank darf daher negative Werturteile über ihren Kunden grundsätzlich auch dann nicht abgeben, wenn sie richtig sind (vgl. auch unten Rdn. 56 ff und 98). — Auch daß die fragliche Tatsache *offenkundig* oder *allgemein bekannt* war, steht der Verschwiegenheitspflicht nicht entgegen, sofern der Kunde gleichwohl ihre Geheimhaltung wünschte und der Dritte sie erst durch die Bank erfahren hat (vgl. *Sichter mann* S. 114; *Wolff* DB 1968 696). Unerheblich ist schließlich auch, ob das Geheimnis *vermögens- oder persönlichkeitsbezogen* ist (vgl. *Sichter mann* S. 112 f).
- 50** Der Wille des Kunden kann u. U. durch den **Willen eines Dritten** ersetzt werden. Dabei geht es hier nicht um die Frage, wer *Träger* des Geheimnisses ist und als solcher in den Schutzbereich der Geheimhaltungspflicht fällt (vgl. dazu oben Rdn. 43), sondern um die davon scharf zu unterscheidende Frage, wer *Herr* des Geheimnisses ist und demgemäß die Bank von der Pflicht zu dessen Einhaltung entbinden kann. Während z. B. der Stellvertreter nicht Träger des Bankgeheimnisses ist (vgl. oben Rdn. 43), ist er

⁸ BGHZ 27, 246; ähnlich RGZ 139, 103, 105; RG 1968, 288; *Schlegelberger/Hefermehl*⁵ Anh. zu HRR 1935 Nr. 662 = Bank Arch. 1934, 326; § 365 Rdn. 22; *Sichter mann* S. 110 ff; *Schönle* Stolz S. 15; *Wolff* DB 1968, 696 und Die AG § 5 I 1.

I. Das Bankgeheimnis

grundsätzlich sehr wohl dessen Herr. Demgemäß bestimmen sich bei **Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Kunden** Inhalt und Umfang des Bankgeheimnisses anerkanntermaßen nicht nach dessen Willen, sondern nach dem des gesetzlichen Vertreters⁹. Bei **gewillkürter Stellvertretung** ist neben dem Willen des Kunden auch der des Vertreters maßgeblich¹⁰. Ein Recht und eine Pflicht zur Offenbarung des Geheimnisses *gegenüber dem Vertreter* dürfte die Bank dabei schon dann haben, wenn dessen Vertretungsmacht sich auf das fragliche Konto und die sonstigen mit der Geschäftsverbindung zusammenhängenden Fragen erstreckt; die Erlaubnis zur Offenbarung des Geheimnisses *gegenüber Dritten*, also die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht, kann der Vertreter dagegen nur dann wirksam erteilen, wenn er außerdem auch hinsichtlich der Angelegenheit, auf die sich die Geheimhaltungspflicht bezieht und um derentwillen sie also besteht, vertretungsberechtigt ist, was bei Geschäftsgeheimnissen häufig, bei persönlichen Geheimnissen dagegen nur selten der Fall sein wird. Bei **Gesamtvertretung** kommt es auf die Person *aller* Vertreter an; denn es geht um ein Problem der Willensvertretung und nicht um ein solches der bloßen Wissensvertretung, bei der nach dem Rechtsgedanken des § 28 II BGB grundsätzlich schon die Kenntnis eines einzelnen Vertreters genügen würde.

Im **Konkurs** kommt es nicht auf die Person des Gemeinschuldners, sondern auf die des Konkursverwalters an¹¹, soweit das Bankgeheimnis sich auf einen zur Masse gehörenden Gegenstand bezieht und konkursunabhängige Interessen des Gemeinschuldners nicht berührt sind. Beim **Tode des Bankkunden** geht der Anspruch auf Geheimhaltung grundsätzlich auf die Erben über¹², da er nicht höchstpersönlicher Natur ist und daher dem Prinzip der Universalsukzession gemäß § 1922 BGB unterliegt. Bei einer Erbengemeinschaft kann jeder Miterbe gemäß § 2039 BGB die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht verlangen. Eine Schadensersatzklage wegen Bruchs des Bankgeheimnisses ist auf Leistung an alle Miterben zu richten. Dasselbe gilt für eine Klage auf Auskunft (vgl. *Schönle* § 5 I 3 a; *Sichtermann* S. 152 ff; *Wolff* DB 1968 697).

b) Das Erfordernis eines Zusammenhangs mit der Geschäftsverbindung

Der Wille des Kunden ist nicht das einzige Kriterium, das den Kreis der geheimhaltungspflichtigen Tatsachen bestimmt. Zusätzlich kommt es vielmehr darauf an, ob ein **innerer Zusammenhang zwischen der Kenntnis des Geheimnisses und dem Bestehen der Geschäftsverbindung** gegeben ist (vgl. auch *Sichtermann* S. 103 ff; *Wolff* DB 1968 696; *Schönle* § 5 I 1). Denn der Grund für die besondere Verschwiegenheitspflicht der Bank liegt in dem durch die Geschäftsverbindung hervorgerufenen Vertrauensverhältnis sowie in der gesteigerten Schädigungsmöglichkeit, die die Bank durch den Einblick in die Angelegenheiten des Kunden erlangt hat (vgl. oben Rdn. 13). Daher kommt nicht die umfassende vertrauensrechtliche Haftung, sondern allenfalls die wesentlich schwächere deliktsrechtliche Einstandspflicht (vgl. oben Rdn. 41) zur Anwendung, wenn die Bank die fragliche Tatsache lediglich zufällig, also ohne inneren Zusammenhang mit ihren Beziehungen zu dem Kunden erfahren hat. Ein Zusammenhang mit einem **bestimmten Einzelvertrag** ist allerdings nicht erforderlich; es genügt vielmehr,

⁹ Vgl. OLG München JW 1932, 2176 Nr. 30; *Sichtermann* S. 136 f; *Wolff* DB 1968, 697; *Schönle* § 5 I 3 a.

¹⁰ Vgl. auch OLG Celle NJW 1955, 1844; *Sichtermann* S. 135 f und S. 149 f; *Wolff* DB 1968, 697; *Schönle* § 5 I 3 a.

¹¹ Vgl. RGZ 59, 85; *Sichtermann* S. 137 m. w. Nachw.; *Wolff* DB 1968, 697; *Schönle* § 5 I 3 a. a. E.

¹² Vgl. OLG Frankfurt MDR 1966, 503; *Schönle* § 5 I 3 a; *Sichtermann* S. 130 f; *Wolff* DB 1968, 697.

wenn die Kenntnis mit der Geschäftsverbindung *als solcher* in Zusammenhang steht (vgl. *Sichtermann* S. 103 ff).

- 53** Im übrigen braucht nicht unbedingt eine Geschäftsverbindung im strengen Sinn des Wortes vorzuliegen. Diese stellt vielmehr nur eine unter mehreren möglichen Formen des rechtsgeschäftlichen Kontakts dar (vgl. oben Rdn. 14 a. E.), und daher genügt es folgerichtig, daß die Bank das Geheimnis im Rahmen **irgendeiner Art von rechtsgeschäftlichem Kontakt** erfahren hat. Dieser kann anerkanntermaßen z. B. lediglich **vorvertraglicher** Art sein (vgl. oben Rdn. 42 m. Nachw.). Auch die **Beendigung der Geschäftsverbindung** läßt die Geheimhaltungspflicht für vorher erlangte Informationen unberührt (vgl. BGH DB 1953 1031 unter 1). Art und Intensität des Schutzes sind im vor- und nachvertraglichen Stadium grundsätzlich dieselben wie während der Dauer der Geschäftsverbindung. Insbesondere gilt auch hier der Grundsatz vom Vorrang des Kundenwillens vor dem objektiven Kundeninteresse (a. A. *Sichtermann* S. 112 unter 3 bzw. S. 185 vor II). Denn die Geheimhaltungspflicht beruht in allen Stadien auf einem einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis (vgl. oben Rdn. 12 ff) und weist keinerlei strukturelle Verschiedenheiten auf, die eine unterschiedliche Ausgestaltung des Schutzes rechtfertigen könnten.

4. Die Personen und Organe, denen gegenüber das Bankgeheimnis zu wahren ist

a) Der Wille des Kunden bzw. seines Stellvertreters oder Rechtsnachfolgers als primäres Kriterium

- 54** In persönlicher Hinsicht, also für die Frage, welchen Personen gegenüber die Verschwiegenheitspflicht besteht, beurteilen sich Inhalt und Umfang des Bankgeheimnisses grundsätzlich nach denselben Regeln wie in gegenständlicher Hinsicht. Auch hier sind also nacheinander die Kriterien des **wirklichen Willens**, des **mutmaßlichen Willens** und des **objektiven Interesses** heranzuziehen (vgl. oben Rdn. 48 f). Ausgangspunkt ist dabei ebenso wie dort der **Grundsatz des weitest möglichen Schutzes**: ähnlich wie sich die Geheimhaltungspflicht im Zweifel auf *alle* im Rahmen der Geschäftsverbindung bekannt gewordenen Tatsachen bezieht (vgl. Rdn. 49), so besteht sie auch grundsätzlich *gegenüber jedermann*. Es bedarf daher stets eines besonderen Grundes, wenn die Bank einem Dritten ein Geheimnis ihres Kunden aufdecken will. Keinesfalls genügt dafür, daß der Dritte ein Interesse an der Mitteilung des Geheimnisses hat oder dem Geheimnisträger besonders nahesteht; demgemäß ist es anerkannt, daß das Bankgeheimnis grundsätzlich auch **gegenüber dem Ehegatten** des Bankkunden zu wahren ist (vgl. *Sichtermann* S. 172 f; *Wolff* DB 1968 696; *Liesecke* WM 1975 247; *Schönle* § 5 I 3 a).
- 55** Dagegen darf die Bank das Geheimnis aufdecken, soweit der Wille des Erklärungsadressaten den des Geheimnisträgers zu ersetzen vermag wie bei wirksamer **Stellvertretung** und bei **Konkursverwaltung** (vgl. oben Rdn. 50 f). Auch gegenüber den **Erben** unterliegt die Bank i. d. R. keiner Verschwiegenheitspflicht, weil diese mit dem Erbfall zum Geheimnisherrn werden (vgl. oben Rdn. 51). Allerdings kann sich aus dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Erblassers etwas anderes ergeben, wobei vor allem an Geheimnisse zu denken ist, die nicht vermögens-, sondern persönlichkeitsbezogen sind (vgl. auch *Sichtermann* S. 131 und S. 152 f; *Liesecke* WM 1975 248). Denn kraft seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann der Erblasser auch für die Zeit nach seinem Tod der Bank die Aufdeckung des Geheimnisses untersagen. Wer in einem solchen Fall zur Durchsetzung des Anspruchs auf Geheimhaltung legitimiert ist, bestimmt sich bei Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung des Erblassers nach dessen

mutmaßlichem Willen; meist werden es die nächsten Angehörigen, vor allem der Ehegatte sein (vgl. auch *Sichtermann* aaO), doch kann auch eine Person, die durch die Aufdeckung des Geheimnisses betroffen ist — z. B. die Geliebte oder ein uneheliches Kind des Erblassers — gemäß oder analog § 328 BGB zur postmortalen Geltendmachung des Geheimhaltungsanspruchs befugt sein.

b) Das Verhältnis von Bankgeheimnis und Bankauskunft

Zur Problematik der Abgrenzung des Bankgeheimnisses in persönlicher Hinsicht gehört auch die Frage nach dem Verhältnis von Bankgeheimnis und Bankauskunft. Denn auch hierbei geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bank gegenüber Dritten Gebrauch von den Kenntnissen machen darf, die sie durch die Vertrauensbeziehung zu ihrem Kunden erlangt hat. Auch hier gilt folglich grundsätzlich das Prinzip vom **Vorrang des Geheimnisschutzes**. Die Bank darf daher bei Auskünften über einen Kunden grundsätzlich „nur so weit gehen, als sie sein Einverständnis hat oder voraussetzen kann“¹³. Das gilt nicht nur für die Mitteilung von Tatsachen, sondern auch für Werturteile (vgl. oben Rdn. 49). Sofern der *wirkliche* Wille des Kunden der Bank nicht bekannt ist, darf sie nicht ohne weiteres seinen *mutmaßlichen* Willen zugrunde legen (a. A. *Stolz* S. 16 ff). Vielmehr hat sie aufgrund des engen Vertrauensverhältnisses regelmäßig eine **Pflicht zur Rückfrage** bei ihm¹⁴ — zumal ihr diese mit Hilfe der modernen Kommunikationsmittel wie Telephon, Telegraph und dgl. meist rasch und ohne Schwierigkeiten möglich ist. Eine solche Rückfrage setzt freilich ihrerseits das Einverständnis des Anfragenden voraus, da die Bank auch ihm gegenüber aufgrund der Geschäftsbeziehung oder des sonstigen rechtsgeschäftlichen Kontakts zur Verschwiegenheit verpflichtet ist (vgl. auch OLG Karlsruhe WM 1971 486, 488) und da diese Schweigepflicht grundsätzlich auch die Tatsache des Auskunftsbegehrens einschließt; ist der Auskunftsuchende mit der Rückfrage bei dem betroffenen Kunden nicht einverstanden, so hat die Bank die Auskunft abzulehnen — es sei denn, der mutmaßliche Wille des Kunden ist für diesen Fall auf eine Auskunftserteilung ohne Rückfrage gerichtet.

Auch sonst kann der **mutmaßliche Wille** des Kunden natürlich von vornherein darauf gerichtet sein, daß die Bank die **Auskunft ohne Rückfrage** bei ihm erteilt. Das ist z. B. i. d. R. anzunehmen, wenn für eine Rückfrage nicht genügend Zeit bleibt oder wenn die dadurch entstehende Verzögerung bei dem Anfragenden Mißtrauen erregen würde; das gilt jedenfalls dann, wenn die Auskunft erkennbar im Interesse des Kunden liegt und für ihn günstig ist. Auch wenn der Kunde die Bank gegenüber dem Dritten als Referenz angegeben hat, braucht diese — zumindest für eine günstige Auskunft — nicht erst bei ihm rückzufragen¹⁵; denn darin ist grundsätzlich ein Einverständnis mit der Erteilung der Auskunft zu sehen, und es ist Sache des Kunden, die Bank zu informieren, wenn er nun nachträglich seinen Willen geändert hat und eine Auskunft über sich nicht mehr wünscht. Zu weit ginge es dagegen, *allgemein bei günstigen Auskünften* ein mutmaßliches Einverständnis des Kunden ohne Rückfrage anzunehmen (so aber *Schmidt* WiR 1972 134). Zum ersten ist nämlich die Grenze zwischen günstigen und ungünstigen Auskünften äußerst fließend, zumal die Banken ihre Formulierungen aus gutem Grund oft sehr auslegungsfähig und dehnbar halten; zum zweiten kann häufig nicht die Bank, sondern nur der Kunde beurteilen, aus welchem Anlaß die Auskunft

¹³ RGZ 139, 103, 105; ebenso oder ähnlich BGH WM 1971, 817, 818 Sp. 2; OLG Karlsruhe WM 1971, 486, 488; *Schmidt* WiR 1972, 134; *Sichtermann* S. 139 ff; *Schönle* § 5 II 2 b.

¹⁴ So offenbar auch BGH WM 1971, 817, 818 Sp. 2; ablehnend *Schraepfer* NJW 1972, 1838 f.

¹⁵ Vgl. auch RG BankArch. 1930, 245; *Sichtermann* S. 142; *Wolff* Die AG 1968, 288.

begehrt wird und ob sie gerade in diesem Zusammenhang günstig ist oder nicht; zum dritten ist selbst bei eindeutig günstigen Auskünften für die Bank nicht ohne weiteres ersichtlich, ob nicht eine zu weit gehende Auskunft, ja vielleicht sogar schon die Erteilung der Auskunft selbst dem Interesse oder dem Willen des Kunden widerspricht.

- 57** Auch aus **Ziff. 10 AGB** läßt sich nicht entnehmen, daß der Kunde „bis zu einem gewissen Umfang *implicite* auch die Zustimmung zur Erteilung von Auskünften über sich selbst gibt“ (so *Schönle* § 5 II 2 b; kritisch *Schraepler* NJW 1972 1837; *Schmidt* WiR 1972 135). Denn zum einen bedeutet die in **Ziff. 10 AGB** erklärte grundsätzliche Bereitschaft der Banken zur Auskunfterteilung keineswegs notwendig, daß sie solche Auskünfte auch über ihre eigenen Kunden *ohne oder gar gegen deren Einverständnis* geben, und zum anderen enthalten gerade die AGB selbst in ihrer Präambel das entgegenstehende Vertrauensprinzip als Fundamentalgrundsatz sowie auch das Gebot der Interessenwahrung gegenüber dem Kunden. Nicht viel mehr ist aus der Tatsache abzuleiten, daß die Erteilung von Auskünften über die Bankkunden eine nahezu allgemein geübte **Gepflogenheit, ja geradezu eine Verkehrssitte** geworden ist (vgl. *Stolz* S. 16; *Sichtermann* S. 140 f; *Schönle* § 5 II 2 b; ablehnend *Schmidt* aaO). Das mag zwar zumindest für den Bereich der Kreditauskünfte in der Tat zutreffen, doch bedeutet die Verkehrsüblichkeit der Auskunftserteilung keineswegs ohne weiteres auch die Verkehrsüblichkeit eines Verzichts auf das Einverständnis des Kunden und schon gar nicht die Rechtmäßigkeit einer solchen (etwaigen) Übergehung des Kunden (unzutreffend daher *Stolz* S. 16 f; ähnlich wie hier *Wolff* Die AG 1968 288). Allenfalls bei Kaufleuten könnte man für zu geschäftlichen Zwecken eingeholte und im Rahmen des Üblichen liegende Auskünfte von einem mutmaßlichen Einverständnis „kraft Verkehrssitte“ ausgehen (vgl. *Sichtermann* S. 143), doch bleibt auch das höchst zweifelhaft. Viel zu weit geht es jedenfalls, das Ausbleiben eines Widerspruchs gegen die Erteilung von Kreditauskünften ganz allgemein als Einverständnis des Kunden „kraft Verkehrssitte“ gemäß § 157 BGB zu werten (so *Schraepler* NJW 1972 1839 f und ihm folgend LG Mönchengladbach WM 1981 288 f); diese Ansicht ist von einer unverkennbaren Überbetonung der Interessen der Banken geprägt und erscheint im übrigen auch schon deshalb als unhaltbar, weil sie auf unzutreffenden dogmatischen Grundlagen aufbaut: der verfehlten Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ (vgl. *Schraepler* S. 1838 und dazu allgemein oben Rdn. 4 ff) und der ebenso verfehlten Lehre von der „fiktiven Willenserklärung“ (vgl. *Schraepler* S. 1840 bei Fn. 62 und dazu statt aller die vernichtende Kritik von *Hübner* Festschrift für Nipperdey, 1965, S. 373 ff).
- 58** Grundsätzlich muß die Bank somit den wirklichen Willen des Kunden ermitteln, also u. U. bei ihm rückfragen. Nur ausnahmsweise kann sie darauf verzichten und sich nach seinem **mutmaßlichen Willen** richten. Dieser hat also eine **doppelte Funktion**: nach ihm bestimmt sich erstens, ob die Bank ihre Entscheidung hinsichtlich des Auskunftsbegehrens ohne Rücksprache mit dem Kunden trifft; ist das zu bejahen, so bestimmt sich nach ihm zweitens, wie diese Entscheidung ausfällt, d. h. ob die Bank die Auskunft ablehnt oder erteilt und wie weit sie im letzteren Fall ausgedehnt bzw. worauf sie erstreckt werden darf (vgl. dazu auch *Stolz* S. 19 ff).
- 59** Sofern die Bank nicht bei dem betroffenen Kunden rückgefragt hat, ist die **Wahl zwischen Ablehnung und Erteilung der Auskunft** mitunter sehr schwierig für sie. Zwar ist sicher, daß die Bank dem Dritten *keine falsche Auskunft* geben darf und daß sie daher u. U. auch Ungünstiges über ihren Kunden sagen muß (vgl. näher unten Rdn. 79), doch können sich gleichwohl Abgrenzungskonflikte ergeben. Angesichts der Üblichkeit der Auskunftserteilung wird nämlich der Anfragende aus der Ablehnung einer Auskunft negative Rückschlüsse ziehen, und deshalb hat der Kunde meist ein

I. Das Bankgeheimnis

erhebliches Interesse an der Erteilung der Auskunft. Die Bank kann sich daher ihm gegenüber wegen einer Schutzpflichtverletzung schadensersatzpflichtig machen, wenn sie die Auskunft ohne hinreichenden Grund ablehnt (vgl. auch *Koch* Bankgeschäfte S. 309; *Sichtermann* aaO S. 144). Andererseits droht ihr auch bei Erteilung der Auskunft u. U. eine Schadensersatzpflicht — sei es gegenüber dem Dritten, sei es gegenüber ihrem Kunden. Die Bank muß daher, wenn sie schon auf eine Rückfrage bei dem Kunden verzichtet, sehr sorgfältig dessen mutmaßlichen Willen ermitteln. Dieser wird, wenn die Auskunft *günstig* für den Kunden ausfällt, i. d. R. auf Erteilung und nicht auf Verweigerung der Auskunft gerichtet sein (was scharf von der Frage zu unterscheiden ist, ob der mutmaßliche Wille des Kunden auch den Verzicht auf eine Rückfrage bei ihm einschließt, vgl. dazu bereits oben). Fällt die Auskunft dagegen *ungünstig* für den Kunden aus und ist zu vermuten, daß der Anfragende daraus negative Konsequenzen ziehen wird, also z. B. einen Kredit nicht gewähren wird oder dgl., so dürfte der mutmaßliche Wille meist auf Verweigerung der Auskunft gerichtet sein (vgl. auch RGZ 139 103, 105; anders *Stolz* S. 21 ff); denn zum einen ist dabei regelmäßig nicht mit gleich hoher Wahrscheinlichkeit mit (endgültigen) negativen Konsequenzen zu rechnen wie bei Erteilung einer ungünstigen Auskunft, und zum anderen hat der Anfragende dann wenigstens keinen unmittelbaren Einblick in die Vermögenslage des Kunden bekommen. Freilich ist auch hier zu beachten, daß die Grenze zwischen einer ungünstigen und einer günstigen Auskunft oft äußerst schwer zu bestimmen ist. Überdies kann eine nur wenig ungünstige Auskunft mitunter für den Kunden noch besser sein als eine Ablehnung der Auskunft, da der Anfragende aus dieser u. U. zu weit gehende Schlüsse ziehen wird. In derartigen Grenzfällen ist allerdings kaum vorstellbar, daß der mutmaßliche Wille des Kunden auf einen Verzicht der Bank auf die Rückfrage bei ihm gerichtet ist, und daher wird das Urteil über das Verhalten der Bank hier meist schon an *dieser* Stelle und nicht erst bei der Wahl zwischen Erteilung und Verweigerung der Auskunft fallen.

Im übrigen ist bei allen diesen Fällen zu bedenken, daß die Haftung der Bank außer 60 der Pflichtwidrigkeit und dem — mit dieser wegen des objektiven Fahrlässigkeitsbegriffs meist de facto zusammenfallenden — Verschulden auch noch die **Kausalität** vorausgesetzt. Es kommt also z. B. darauf an, ob der Anfragende dem Kunden den fraglichen Kredit gewährt hätte, wenn die Bank die Auskunft nicht erteilt, sondern verweigert hätte oder umgekehrt usw. Da die Beweislast hinsichtlich der Kausalität grundsätzlich dem Geschädigten, hier also dem Kunden obliegt (vgl. freilich auch oben Rdn. 30), wird eine Schadensersatzpflicht der Bank häufig an dieser Voraussetzung scheitern.

c) Die Aufdeckung des Geheimnisses gegen den Willen des Kunden zugunsten anderer Privatrechtssubjekte

In besonderen Fällen kann auch eine Aufdeckung des Geheimnisses gegen den Willen des Kunden zulässig sein. Gegenüber staatlichen Organen sind derartige Durchbrechungen der Verschwiegenheitspflicht in weitem Umfang geltendes Recht (vgl. unten Rdn. 66 ff), doch kommen sie auch gegenüber Privatpersonen in Betracht. Zu denken ist dabei vor allem an Fälle, in denen die Bank Kenntnis von einem **rechtswidrigen, vielleicht sogar strafbaren Verhalten ihres Kunden** erlangt hat. Die Bank kann dann nämlich in erhebliche rechtliche oder moralische Konflikte geraten, zumal wenn sich das Verhalten des Kunden gegen sie selbst oder gegen einen anderen Kunden richtet. Zur Lösung dieser Problematik, die bisher wenig geklärt ist¹⁶, dürften sich hauptsächlich

¹⁶ Vgl. aber immerhin RG BankArch. 1934, 326 = *mann* S. 155, S. 158 ff und S. 164 ff; *Soergell* HRR 1935 Nr. 662 sowie die Ansätze bei *Sichtermann* S. 155, S. 158 ff und S. 164 ff; *Mühlh*^o § 676 BGB Rdn. 15.

zwei Wege anbieten: zum einen die Herausarbeitung immanenter Grenzen der Verschwiegenheitspflicht, die ihre Grundlage ja in den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB hat und die daher auch ihre Schranken in eben diesen Geboten finden kann, und zum anderen der Rückgriff auf die allgemeinen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe wie Notwehr und Notstand. Die erste Lösungsmöglichkeit erweist sich indessen bei näherer Überprüfung als nur in ziemlich begrenztem Umfang tragfähig. Unhaltbar wäre vor allem die — auf den ersten Blick vielleicht naheliegende — Annahme, daß derjenige, der sich selbst außerhalb der Rechts- oder Sittenordnung stellt, deren Schutz verwirkt habe (vgl. auch *Sichter* S. 160). Ein solch allgemeiner Rechtssatz ist nämlich dem geltenden Recht fremd; insbesondere läßt sich weder aus den §§ 134, 138 BGB noch aus § 817 S. 2 BGB eine generelle Versagung des Vertrauensschutzes — um den es beim Bankgeheimnis ja geht! — ableiten (vgl. näher *Canaris* JZ 1965 481 f und Die Vertrauenshaftung S. 464). Aus demselben Grunde wäre auch die Maxime, wer gegen Treu und Glauben verstoße, könne sich nicht auf Treu und Glauben berufen, viel zu pauschal und rigoros, um dogmatisch begründbar und praktisch handhabbar zu sein (vgl. auch *Larenz* Schuldrecht I¹² § 23 II a. E.). Eher ist schon mit dem — wesentlich engeren — Satz weiterzukommen, wer das Vertrauensverhältnis zu Angriffen gegen den anderen Teil mißbrauche, gehe insoweit des Vertrauensschutzes verlustig (vgl. dazu allgemein *Canaris* aaO). Demgemäß ist die Bank zur Aufdeckung eines Geheimnisses befugt, wenn dies zur Abwehr eines Angriffes des Kunden gegen sie — z. B. eines ehrenrührigen Vorwurfs — erforderlich ist (richtig daher i. E. BGH DB 1953 1031; vgl. im übrigen auch RG BankArch. 34 326).

Die Verschwiegenheitspflicht der Bank entfällt grundsätzlich auch dann nicht, wenn sich das Geheimnis auf eine **Straftat** bezieht. Denn auch der Straftäter geht nicht ohne weiteres des Vertrauens- und Geheimnisschutzes verlustig (vgl. auch, in verwandtem Zusammenhang, BGH NJW 1976 193, 194 Sp. 2). Anders ist allerdings zu entscheiden, soweit die Bank ausnahmsweise eine vorrangige Pflicht zur Anzeige der Straftat hat wie z. B. im Falle des § 138 StGB. Im übrigen aber hat die Bank grundsätzlich, d. h. abgesehen vom sogleich näher zu erörternden Fällen der Nothilfe und der Kollision mit Schutz- und Auskunftspflichten, auch bei Straftaten das Bankgeheimnis zu wahren (ähnlich i. E. *Sichter* S. 164 ff). Eine andere Frage ist freilich, ob der aus einem Bruch des Bankgeheimnisses folgende Schaden im Falle einer Straftat ersatzfähig ist, vgl. dazu unten Rdn. 69 ff.

- 62** Wesentlich sachhaltiger und auch dogmatisch fundierter als der Rückgriff auf (etwaige) immanente Grenzen des Bankgeheimnisses ist die Heranziehung des Gedankens der **Notwehr bzw. Nothilfe**. Da diese zugunsten jedes beliebigen Dritten geübt werden kann und da zudem anerkanntermaßen jedes Rechtsgut, also insbesondere auch das Vermögen als solches „notwehrfähig“ ist, kommt diesem Rechtfertigungsgrund ein verhältnismäßig breites Anwendungsfeld zu. Das kann vor allem im Kreditwesen eine erhebliche Rolle spielen. Erkennt die Bank z. B. anlässlich eines Ersuchens um eine Kreditauskunft oder bei einem ihr erteilten Kreditauftrag (vgl. zu diesem insoweit näher *Sichter* S. 164 ff), daß einer ihrer Kunden gegenüber einem Dritten einen **Kreditbetrug** begehen will, so darf sie diesen unter Durchbrechung des Bankgeheimnisses warnen, sofern dieses Mittel zur Verhinderung des „Angriffs“ erforderlich ist und der Angriff „gegenwärtig“ ist — wobei das letztere Merkmal aufgrund der Eigenart der Problematik i. d. R. verhältnismäßig weit auszulegen sein dürfte. Dabei kommt es auf die Verwirklichung eines Straftatbestandes nicht einmal entscheidend an; denn die „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs i. S. der §§ 32 StGB, 227 BGB ist nicht nur Strafrechts-, sondern auch Zivilrechtswidrigkeit und umfaßt daher auch Verstöße

I. Das Bankgeheimnis

gegen die §§ 823 ff BGB oder die aus § 242 BGB folgenden Verhaltenspflichten. Ganz allgemein darf die Bank ihre Verschwiegenheitspflicht somit brechen, wenn dies das erforderliche Mittel ist, um einen anderen — sei es einen Kunden der Bank, sei es sogar einen Dritten — vor einer rechtswidrigen Schädigung durch den Geheimnisträger zu bewahren. Nimmt die Bank irrtümlich die Voraussetzungen der Notwehr an, was z. B. hinsichtlich der Rechtswidrigkeit oder der Gegenwärtigkeit des Angriffs leicht vorkommen kann, so haftet sie nur dann, wenn ihr Irrtum auf Verschulden beruht; eine darüber hinausgehende Haftung — etwa eine Risikohaftung in Analogie zu § 229 BGB — wird von der h. L. abgelehnt (vgl. z. B. *Staudinger/Dilcher*¹² § 227 Rdn. 37 m. Nachw.).

Ob man den Notwehrgesichtspunkt in der traditionellen Form des Rechtfertigungsgrundes verwendet oder ob man in den einschlägigen Fällen schon tatbestandlich das Bestehen einer Verschwiegenheitspflicht verneint, ist eine Frage von untergeordneter Bedeutung. Hinsichtlich der Voraussetzungen, insbesondere bezüglich der Gegenwärtigkeit des Angriffs und der Erforderlichkeit des Geheimnisbruchs zur Angriffsabwehr sollte man sich jedoch grundsätzlich an den Notwehr- bzw. Nothilfemerkmale orientieren. Gleiches gilt für die Beweislast, die demgemäß bei der Bank liegt.

Auch soweit die Voraussetzungen der Nothilfe nicht gegeben sind, kann die Bank zur Aufdeckung des Geheimnisses befugt sein, sofern eine **Kollision mit einer Schutzpflicht zugunsten eines anderen Kunden**, insbesondere mit einer **Warn- oder Beratungspflicht** besteht. Freilich wird dieser Fall verhältnismäßig selten sein, weil die Voraussetzungen einer Warn- oder Beratungspflicht sehr eng sind (vgl. näher unten Rdn. 103 ff). Liegen sie ausnahmsweise vor, so bedarf es einer Güter- und Interessenabwägung. Diese kann entgegen der in der Erstauflage vertretenen Ansicht (vgl. Anm. 39 Abs. 3 = S. 574 f und Anm. 55 a. E. = S. 588 f) nicht *abstrakt*, d. h. allein nach der Natur der kollidierenden Rechtsgüter, vorgenommen werden und führt daher nicht ohne weiteres zur grundsätzlichen Gleichrangigkeit der kollidierenden Interessen und Pflichten; eine solche Betrachtungsweise mag zwar i. d. R. sachgerecht sein, wenn Leben mit Leben, Gesundheit mit Gesundheit kollidiert, paßt aber nicht bei der hier in Frage stehenden Kollision von Vermögensinteressen. Bei einer solchen ist vielmehr eine *konkrete* Abwägung unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles erforderlich. Es kommt daher darauf an, welches Interesse nach Treu und Glauben den Vorrang verdient. Dabei wird das Interesse des Geheimnisträgers häufig zurückzutreten haben; denn da eine Warnpflicht vor allem bei Zahlungseinstellung oder unmittelbar bevorstehendem Zusammenbruch des Geheimnisträgers in Betracht kommt (vgl. unten Rdn. 105), läßt sich der fragliche Umstand i. d. R. ohnehin nur noch kurze Zeit geheimhalten und wird der Schaden durch eine vorzeitige Aufdeckung meist allenfalls geringfügig vergrößert. Je nach den Umständen des Einzelfalles können aber auch die Interessen des Geheimnisträgers vorrangig sein; so wird die Bank z. B. bei Überweisung eines Bagatellbetrags nicht ohne weiteres den bevorstehenden Zusammenbruch des Überweisungsempfängers offenbaren dürfen.

Greift die Bank bei der Interessenabwägung objektiv gesehen fehl, so wird ihr Verschulden mitunter aufgrund eines *Verbotsirrtums* zu verneinen sein. Voraussetzung ist allerdings, daß derjenige, der das Geheimnis aufgedeckt hat, überhaupt eine (diskutable) Interessenabwägung vorgenommen und erforderlichenfalls Rechtsrat eingeholt hat.

Denkbar sind auch Fallkonstellationen, in denen die Bank zwar nicht zum Bruch des Bankgeheimnisses befugt ist, andererseits aber eine für einen anderen Kunden gefährliche, dem Geheimnisträger günstige Maßnahme nur vornehmen darf, wenn sie

zuvor von der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses entbunden worden ist und daher den gefährdeten Kunden gebührend aufklären darf (vgl. BGH WM 1978 1038, 1041 unter 5 b).

64 Ähnliche Grundsätze gelten bei **Kollisionen mit einer gesetzlichen Auskunftspflicht gegenüber einem Dritten**. Eine solche kommt z. B. in Betracht, wenn sich in einem Depot unberechtigter Weise fremde Effekten befinden. Denn da die Bank diese nach § 985 BGB herauszugeben hat und da es sich dabei i. d. R. um einen „Inbegriff von Gegenständen“ i. S. von § 260 BGB handeln wird, ist die Bank gegenüber dem wahren Berechtigten zur *Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses gemäß § 260 BGB* verpflichtet. Entsprechendes gilt, sofern die Bank dem Dritten schadensersatzpflichtig ist — z. B. aus § 990 oder aus §§ 823 ff BGB — und die Auskunft zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs erforderlich ist (vgl. dazu allgemein z. B. *Palandt/Heinrichs* § 261 Anm. 2 d bb). Auch mit den *Besichtigungs- und Einsichtsansprüchen aus §§ 809 f BGB* kann das Bankgeheimnis kollidieren wie z. B., wenn ein Kunde abhanden gekommene Sachen eines Dritten der Bank als Sicherheit überläßt oder wenn das der Bank nach Ziff. 19 AGB zustehende Pfandrecht auf einen Dritten übergegangen ist (z. B. gemäß §§ 774, 412, 401 BGB). Schließlich gehört in diesen Zusammenhang auch die *Auskunftspflicht gemäß § 840 ZPO* bei Pfändungen von Ansprüchen des Kunden gegen die Bank sowie die *Auskunftspflicht aus § 666 BGB*.

In derartigen Fällen wird die Auskunftspflicht i. d. R. Vorrang gegenüber der Geheimhaltungspflicht haben (vgl. auch unten Rdn. 217, 342 und 571). Einerseits wiegen nämlich die Interessen des Geheimnisträgers weniger schwer als im allgemeinen, da er nicht der wahre Berechtigte der fraglichen Gegenstände ist, andererseits kommt den Interessen des Dritten ein verhältnismäßig hoher Rang zu, weil (und sofern) er seine Ansprüche nur mit Hilfe der Auskunft angemessen verfolgen kann; außerdem kann auch die Bank ein legitimes Interesse daran haben, sich durch die Auskunft von dem Verdacht zu befreien, daß sie unter dem Deckmantel des Bankgeheimnisses die Ansprüche des Dritten nicht korrekt erfüllt. Allerdings müssen die Interessen des Geheimnisträgers möglichst weitgehend geschont werden. Die Auskunft darf daher grundsätzlich nicht mehr umfassen, als zur Durchsetzung der Ansprüche des Dritten unerlässlich ist; auch kommt u. U. als Ausweg eine Auskunftserteilung an eine Person in Betracht, die ihrerseits einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt (wie z. B. ein Notar oder Rechtsanwalt) und an deren Vertrauenswürdigkeit zu zweifeln der Dritte keinen Anlaß hat. Generellen, d. h. nicht von einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung abhängigen Vorrang vor dem Bankgeheimnis hat die Auskunftspflicht nach § 840 ZPO (vgl. näher unten Rdn. 191).

Voraussetzung der hier behandelten Auskunftspflichten ist freilich grundsätzlich, daß die Bank selbst einem Anspruch des Dritten (auf Herausgabe, Schadensersatz oder dgl.) ausgesetzt ist und die Auskunft zur Durchsetzung dieses Anspruchs dient, nicht aber lediglich die Geltendmachung von Ansprüchen des Dritten gegen einen anderen (z. B. den Veruntreuer der Effekten) vorbereiten soll (vgl. auch, in verwandtem Zusammenhang, BGH NJW 1976 193, 194). Die Bank ist daher z. B. grundsätzlich weder verpflichtet noch bei Fehlen der Nothilf Voraussetzungen auch nur berechtigt, die Person desjenigen zu offenbaren, der ihr einen veruntreuten oder abhanden gekommenen Scheck zum Inkasso übergeben hat (vgl. auch LG München BB 1976 1628). Ebensowenig ist sie grundsätzlich verpflichtet oder berechtigt, Auskunft über ein Konto zu geben, auf dem sich veruntreute Gelder befinden. Denn mangels dinglicher Surrogation steht dem Dritten, dessen Geld veruntreut worden ist, kein Recht an oder aus dem Konto zu. Sofern die Bank allerdings aus § 951 BGB haftet (was bei Bös-

I. Das Bankgeheimnis

gläubigkeit i. S. von § 932 II BGB in Betracht kommt), ist sie u. U. aus § 242 BGB zur Aufdeckung der Kontoeinzahlungen verpflichtet (vgl. dazu allgemein *Palandt/Heinrichs* § 261 Anm. 2 d aa).

Hat die Bank eine Forderung gegen ihren Kunden abgetreten, so unterliegt sie grundsätzlich einem *Auskunftsanspruch des Zessionars gemäß § 402 BGB*. Dieser wird i. d. R. dem Bankgeheimnis vorgehen, sofern die Abtretung zulässig war (vgl. näher *Sichtermann* S. 160 f).

Schließlich kann die Bank auch aufgrund eines **überwiegenden Eigeninteresses** zur Aufdeckung des Geheimnisses befugt sein. Der Fall, daß diese zur Widerlegung eines ehrenrührigen Vorwurfs des Geheimnisträgers gegen sie erforderlich ist, wurde oben Rdn. 61 bereits erwähnt. Gleiches mag z. B. in Betracht kommen, wenn die Bank im Ausland zur Mitteilung einer nach deutschem Recht geheimzuhaltenden Tatsache verurteilt wird¹⁷ und ihr bei Mißachtung des Urteils eine Bestrafung, Nachteile für eine ausländische Filiale bzw. Tochter oder dgl. drohen. Auch in derartigen Fällen kann aber nicht generell und abstrakt eine Befugnis zum Geheimnisbruch bejaht werden; vielmehr bedarf es auch hier einer konkreten, d. h. einzelfallbezogenen Abwägung, bei der die der Bank und die dem Geheimnisträger drohenden Nachteile unter Verhältnismäßigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten miteinander zu vergleichen sind. **65**

d) Die Verschwiegenheitspflicht gegenüber staatlichen Organen und das aus dem Bankgeheimnis folgende Aussageverweigerungsrecht

Die Bank ist ihrem Kunden grundsätzlich auch zur Verschwiegenheit gegenüber staatlichen Organen verpflichtet. Vor Gericht steht ihr demgemäß in weitem Umfang ein Aussageverweigerungsrecht zu¹⁸. So hat sie z. B. im **Zivilprozeß** das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. I Ziff. 5 ZPO (vgl. BGH DB 1953 1031 unter 1; OLG Köln MDR 1968 931). Ähnliches gilt im Verfahren der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** nach § 15 FGG, im **Arbeitsgerichtsverfahren** nach § 46 II ArbGG, im **Sozialgerichtsverfahren** nach §§ 118, 202 SGG und im **Verwaltungsgerichtsverfahren** nach § 98 VwGO. **66**

Ob die Bank von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht, hat sie unter Berücksichtigung und Abwägung der kollidierenden Interessen zu entscheiden. Sagt sie aus, ohne daß der Bankkunde sein Einverständnis erteilt hat und ohne daß eine besondere Befugnis zur Aufdeckung des Geheimnisses gegeben ist (vgl. dazu oben Rdn. 61 ff), so verletzt sie ihre Verschwiegenheitspflicht gegenüber ihrem Kunden; dem kann dieser grundsätzlich mit Schadensersatzansprüchen und wohl auch präventiv mit einer einstweiligen Verfügung begegnen (vgl. näher unten Rdn. 69 ff). Ist die Bank dagegen zum Schutze eines anderen Kunden zum Bruch des Geheimnisses befugt, hat letzterer i. d. R. auch einen Anspruch auf ein entsprechendes Verhalten der Bank; dieser ändert zwar wohl nichts an der prozessualen Lage als solcher, also am Bestehen des Aussageverweigerungsrechts^{18 a}, bildet jedoch materiellrechtlich die Grundlage eines etwaigen Schadensersatzanspruchs und ist wohl auch im Wege einer einstweiligen Verfügung durchsetzbar.

¹⁷ Vgl. dazu z. B. die in WM 1969, 201 auszugsweise abgedruckte Entscheidung des U.S. Court of Appeals vom 26. 6. 68 und den Aufsatz von *Eisner* WM 1969, 198 sowie *Kleiner* Festschr. für *Bärmann*, 1975, S. 523 ff, insbesondere S. 525.

¹⁸ Vgl. eingehend *Sichtermann* S. 187–321 m. umfass. Nachw.; ferner vor allem *Schönle* § 5 II 1.

^{18 a} Vgl. dazu statt aller *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*¹⁹ § 383 Anm. I 3.

67 Grundlegend anders ist die Situation im **Strafverfahren**. Hier hat die Bank nämlich kein Zeugnisverweigerungsrecht, da das Bankgeheimnis nicht unter § 53 StPO fällt¹⁹; gegen die Verfassungsmäßigkeit dieses Rechtszustandes sind allerdings Bedenken geltend gemacht worden²⁰, doch dürfte sich ein Verstoß gegen das Übermaßverbot schwerlich überzeugend begründen lassen. Seit Erlass von § 161 a StPO zum 1. 1. 1975 steht ferner außer Frage, daß das Bankgeheimnis entgegen einer früher verbreiteten Ansicht auch gegenüber der **Staatsanwaltschaft** kein Zeugnisverweigerungsrecht gewährt²¹ — es sei denn, man bemüht wiederum das Verfassungsrecht, was indessen auch hier wenig aussichtsreich erscheint. Auch im **Bußgeldverfahren wegen einer Ordnungswidrigkeit** versagt das Bankgeheimnis, wie sich aus §§ 36 I Nr. 1, 46 II OWiG i. V. m. § 161 a StPO ergibt. Daher darf die Bank z. B. in einem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen das GWB nicht die Aussage verweigern. Dagegen gilt § 161 a StPO für die **Kriminalpolizei** nicht, so daß ihr gegenüber wohl das Bankgeheimnis Vorrang hat²².

Kommt die Bank einer Aussagepflicht nach, so wird durch diese die Aufdeckung des Geheimnisses gerechtfertigt. Das ändert indessen nichts daran, daß das Bankgeheimnis grundsätzlich auch Straftaten deckt (vgl. oben Rdn. 61 Abs. 2). Die Bank darf daher *nicht von sich aus* eine Straftat anzeigen, es sei denn, es liegt einer der oben Rdn. 62 ff behandelten Ausnahmefälle vor. Tut sie es dennoch, ist der Schaden freilich meist wohl nicht ersatzfähig (vgl. unten Rdn. 69ff).

e) Der Bankenerlaß des Bundesfinanzministeriums

68 Gegenüber den **Finanzbehörden** gilt das Bankgeheimnis gemäß § 93 bzw. § 208 AO weder im Besteuerungs- noch im Steuerfahndungsverfahren, da es nicht unter die durch § 98 AO privilegierten Berufsgeheimnisse fällt (vgl. auch *Schneider DB 1979 36 ff*). Die Bank kann u. U. sogar zugunsten ausländischer Steuerbehörden auskunftspflichtig sein, wenn diese die deutschen Finanzämter im Wege der Amtshilfe einschalten (vgl. *BFH WM 1979 619 ff*). Auch im Steuerstrafverfahren tritt das Bankgeheimnis grundsätzlich zurück^{22a}. Die Finanzbehörden haben sich jedoch an den sogenannten **Bankenerlaß** des Bundesfinanzministeriums vom 31. 8. 1979 zu halten, der nicht lediglich eine interne Verwaltungsanordnung darstellt, sondern als Konkretisierung des Übermaßverbots, d. h. der Prinzipien der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit, auf Grund der Selbstbindung der Verwaltung auch im Außenverhältnis zu den Banken und ihren Kunden zu respektieren ist^{22b}. Er hat folgenden Wortlaut:

1. „Bei der Anwendung der im Einführungserlaß zur AO 1977 (BStBl 1976 I S. 576) unter Nr. 1 und 2 zu § 88 niedergelegten Grundsätze ist auf das Vertrauensverhältnis zwischen den

¹⁹ Vgl. *LG Hof NJW 1968, 65 m. Nachw.*; *Wolff DB 1968, 698*; *Sichtermann NJW 1968, 1996 f* und Bankgeheimnis S. 289 ff; *Schmidt WiR 1972, 143*; *Schönle § 5 II 1 b*.

²⁰ Vgl. *Sichtermann MDR 1965, 699 f* und dazu oben Anm. 26 a. E.; a. A. *Schmidt WiR 1972, 143 f*.

²¹ Vgl. *Liesecke WM 1975, 248*; *Prost NJW 1976, 214 f*; *Ungnade WM 1976, 1211 ff*; *Ehlers BB 1978, 1515*; *Schönle § 5 II 1 b*.

²² Vgl. *Ungnade WM 1976, 1214*; differenzierend *Prost NJW 1976, 215*.

^{22a} Das ist h. L., vgl. eingehend *Ungnade WM 1976, 1218 ff m. w. Nachw.*; a. A. z. B. *Ehlers BB 1978, 1515 f*.

^{22b} A. A. z. B. *Pfaff ZKW 1980, 127* („freiwillige Selbstbeschränkung“) und besonders pointiert *Kühn/Kutter Abgabenordnung*¹³, § 93 Anm. 4 („Goodwill-Erklärung der Finanzverwaltung, die ein tatsächlich unverbindliches Versprechen der freiwilligen Selbstbeschränkung enthält“); richtig demgegenüber z. B. *Söhn NJW 1980, 1430*; vgl. im übrigen zum Bankenerlaß a. F. z. B. *Hoffmann/Riem Steuer und Wirtschaft 1972, 127 ff*; zur Neufassung von 1979 vgl. z. B. *Starke Versicherungswirtschaft 1979, 1118 ff*; *Söhn NJW 1980, 1430 ff*.

I. Das Bankgeheimnis

Kreditinstituten und ihren Kunden besonders Rücksicht zu nehmen. Danach kann für den Regelfall davon ausgegangen werden, daß die Angaben in der Steuererklärung vollständig und richtig sind.

2. Die Finanzämter dürfen von den Kreditinstituten für Zwecke der allgemeinen Überwachung die einmalige oder periodische Mitteilung von Konten bestimmter Art oder bestimmter Höhe nicht verlangen.

3. Die Guthabenkonten oder Depots, bei deren Errichtung eine Legitimationsprüfung nach § 154 Abs. 2 AO vorgenommen worden ist, dürfen anlässlich der Außenprüfung bei einem Kreditinstitut nicht zwecks Nachprüfung der ordnungsmäßigen Versteuerung festgestellt oder abgeschrieben werden. Die Ausschreibung von Kontrollmitteilungen soll insoweit unterbleiben.

4. In Vordrucken für Steuerklärungen soll die Angabe der Nummern von Konten und Depots, die der Steuerpflichtige unterhält, nicht verlangt werden, soweit nicht steuermindernde Ausgaben oder Vergünstigungen geltend gemacht werden oder die Abwicklung des Zahlungsverkehrs mit dem Finanzamt dies bedingt.

5. Einzelauskunftersuchen an Kreditinstitute sind zulässig. Für das Verfahren gelten die Vorschriften der §§ 93 ff AO. Ist die Person des Steuerpflichtigen bekannt, so soll das Kreditinstitut erst um Auskunft gebeten werden, wenn die Sachverhaltsaufklärung durch den Steuerpflichtigen nicht zum Ziele geführt hat oder keinen Erfolg verspricht. In dem Auskunftersuchen ist anzugeben, daß die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, worüber Auskünfte erteilt werden sollen und daß die Auskunft für die Besteuerung anderer Personen angefordert wird.

6. Für die Steuerfahndung gilt § 208 AO. Ist die Person des Steuerpflichtigen bekannt und gegen ihn kein Verfahren wegen einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit eingeleitet, so soll auch im Verfahren nach § 208 Abs. 1 Satz 1 AO das Kreditinstitut erst um Auskunft und Vorlage von Urkunden gebeten werden, wenn die Sachverhaltsaufklärung durch den Steuerpflichtigen nicht zum Ziele geführt hat oder keinen Erfolg verspricht“.

Aus der Zahl weiterer Durchbrechungen des Bankgeheimnisses (eingehende **68a** Zusammenstellung bei *Sichtermann* S. 312 ff) seien noch die **Auskunftspflichten gegenüber dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen und gegenüber der Bundesbank** nach den §§ 13, 14, 16, 30, 44 KWG hervorgehoben.

5. Die Rechtsfolgen einer Verletzung des Bankgeheimnisses

a) Schadensersatzansprüche und die Problematik der Ersatzfähigkeit des Schadens

Als Rechtsfolge einer Verletzung des Bankgeheimnisses kommt in erster Linie ein Anspruch auf Schadensersatz in Betracht. Für diesen gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln über Schutzpflichtverletzungen (vgl. dazu oben Rdn. 13 ff). Besonderheiten können sich jedoch bezüglich des Schadens und seiner Ersatzfähigkeit ergeben. So stellen z. B. **Steuernachzahlungen** des Kunden keinen ersatzfähigen Schaden dar. Das folgt schon aus der herkömmlichen Fassung der Differenztheorie, ohne daß es insoweit auf eine normative Auflockerung oder Eingrenzung des Schadensbegriffs ankommt. Denn die Steuerschuld belastete das Vermögen des Kunden schon vor dem Bruch des Bankgeheimnisses und völlig unabhängig von diesem, so daß durch ihre Bezahlung ein Passivum entfällt und per saldo in der Vermögensbilanz des Kunden keine Minderung eintritt. Gleiches gilt folgerichtig, wenn durch die Verletzung des Bankgeheimnisses die **Durchsetzung bestehender privatrechtlicher Ansprüche** gegen den Kunden — z. B. auf Schadensersatz, Herausgabe, Gewinnabführung, Unterhalt usw. — möglich wird, indem die Bank dem Gläubiger die erforderliche Kenntnis von der Existenz des Anspruchs oder den für seine Höhe maßgeblichen Umständen verschafft (vgl. auch *von Caemmerer* Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956, S. 16). Auch wenn ein Gläubiger durch einen Bruch des Bankgeheimnisses von einem Konto seines Schuldners oder von einem Zahlungseingang für diesen erfährt, liegt nicht schon allein

in der **Pfändung und Einziehung des Guthabens** ein ersatzfähiger Schaden, sofern und soweit die Forderung des Gläubigers wirklich bestand (a. A. wohl BGHZ 27 241, 247); ein solcher ist vielmehr nur dann gegeben, wenn der Kunde einen über die Schuldtilgung hinausgehenden Nachteil erlitten hat wie z. B., wenn er ohne die Pfändung mit dem Geld eine anderweitige Schuld bezahlt hätte und nun einen Verzugsschaden oder eine Vertragsstrafe bezahlen muß und dgl.

70 Größere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Bruch des Bankgeheimnisses zu einer Bestrafung des Kunden führt — sei es zu einer **Geldstrafe** oder sei es gar zu einer **Freiheitsstrafe mit Einkommensverlust**. Diese Fälle generell aus dem Schutzbereich der Verschwiegenheitspflicht auszuklammern, erscheint nicht sachgerecht (vgl. oben Rdn. 61). Auch läßt sich schwerlich leugnen, daß hier ein Schaden i. S. der Differenztheorie vorliegt. Indessen dürfte dessen Ersatzfähigkeit zu verneinen sein, da die Differenztheorie insoweit gewisser normativer Korrekturen bedarf (vgl. auch *von Caemmerer* aaO; anders *Kleiner* Festschr. für Bärmann, 1975, S. 530 für das schweizerische Recht). Zwar kann an sich auch eine Strafe zu einem ersatzfähigen Schaden führen (vgl. z. B. RGZ 169 267, 268 ff; BGHZ 23 222, 227), doch kann das grundsätzlich nicht gelten, wenn die Strafe bereits endgültig verwirkt und nur mangels Aufdeckung der Tat noch nicht verhängt ist; denn dem Täter hier die finanziellen Folgen seiner Tat im Wege des Schadensersatzrechts abzunehmen, würde zu einem nicht zu rechtfertigenden Wertungswiderspruch gegenüber dem Zweck der betreffenden Strafnorm führen (während in den Fällen, in denen die Pflichtwidrigkeit des Schädigers in der mangelnden Verhinderung der Straftat liegt, eine teilweise Belastung des Schädigers mit den finanziellen Folgen der Tat keineswegs dem Schutzzweck der Strafnorm zu widersprechen braucht, vgl. auch unten Rdn. 116). Eine gewisse Sonderstellung nimmt dabei die **Aufdeckung von Steuerstraftaten** ein, weil sie dem Kunden die Möglichkeit raubt, durch eine Selbstanzeige gemäß § 371 AO Straffreiheit zu erlangen; hier spricht einiges für die Ersatzfähigkeit des Schadens (vgl. auch RGZ 169 267, wo es jedoch insofern besonders kraß lag, als es um die Verletzung einer Pflicht zur Beratung über die Möglichkeit der Selbstanzeige ging).

71 Problematisch ist die Ersatzfähigkeit des Schadens ferner, wenn ein unbefugter Bruch des Bankgeheimnisses zu einem **Verlust des Arbeitsplatzes** oder dgl. durch Kündigung, Entlassung aus dem Beamtenverhältnis usw. führt. Hier generell den Rechtswidrigkeitszusammenhang oder das Vorliegen eines Schadens i. S. der Differenztheorie zu verneinen, geht noch weniger an als in den Fällen der Bestrafung. Auch kann man anders als in diesen nicht auf den Schutzzweck der Norm, die die Kündigungs- bzw. Entlassungsmöglichkeit begründet, zurückgreifen, da damit die Abwälzung des Schadens auf die Bank i. d. R. durchaus vereinbar ist. Allerdings war hier schon eine „Schadensanlage“ vorhanden, weil der Kündigungs- bzw. Entlassungsgrund ja auch auf andere Weise hätte aufgedeckt werden können, doch geht es insoweit lediglich um eine *hypothetische* Ursache, so daß nicht schon die mehr oder weniger entfernte Möglichkeit, sondern allenfalls die — von den Umständen des Einzelfalles abhängige — an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit einer anderweitigen Aufdeckung des Geheimnisses die Ersatzpflicht der Bank entfallen läßt. Insgesamt läßt sich hier daher mit gutem Grund die Ansicht vertreten, daß die Bank den Schaden (in den Grenzen von § 254 BGB) grundsätzlich zu ersetzen hat²³. Dafür spricht nicht zuletzt auch die Überlegung, daß zu weitreichende Einschränkungen der Ersatzfähigkeit des Schadens

²³ So in der Tat *Esser* Schuldrecht² § 61, 3 c = S. 249 i. V. m. Beispiel a vor § 61; anders *von Caemmerer* aaO S. 16 bezüglich der entsprechen-

den Problematik bei Verletzungen des Briefgeheimnisses.

die Präventivwirkung der Schadenshaftung stark beeinträchtigen und Verletzungen des Bankgeheimnisses u. U. nahezu völlig sanktionslos machen würden, zumal Unterlassungsansprüche oft zu spät kommen werden, eine Bestrafung gemäß § 203 II StGB nur bei öffentlichrechtlichen Kreditinstituten in Betracht kommt und eine Entlassung des schuldigen Bankangestellten nicht im Einflußbereich des Kunden liegt.

b) Sonstige Rechtsfolgen

Neben dem Schadensersatzanspruch kann ein **Rücktrittsrecht** wegen positiver Vertragsverletzung und ein — wegen Ziff. 17 S. 2 AGB allerdings i. d. R. bedeutungsloses — Recht zur **Kündigung** der Geschäftsverbindung aus wichtigem Grund gegeben sein (vgl. auch *Schönle* § 5 I 2); denn eine Schutzpflichtverletzung kann gleichzeitig einen Verstoß gegen die Vertragspflichten darstellen und daher die entsprechenden Rechtsfolgen auslösen (vgl. näher *Canaris* JZ 1965 477 unter Ziff. 2). Allerdings kann das keineswegs generell angenommen werden, sondern bedarf sorgfältiger Prüfung im Einzelfall. Nur wenn die durch den Geheimnisbruch hervorgerufene Störung des Vertrauensverhältnisses so schwerwiegend ist, daß dem Kunden ein Festhalten an dem betreffenden Vertrag bzw. eine Fortsetzung der Geschäftsverbindung nicht mehr zumutbar ist, hat er die betreffenden Lösungsrechte. Dann allerdings kann er u. U. auch von solchen Einzelverträgen zurücktreten, die von der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nicht unmittelbar betroffen waren; denn er hat dann möglicherweise berechtigten Anlaß zu der Befürchtung, daß die Bank auch bei anderer Gelegenheit das Bankgeheimnis nicht wahren wird. **72**

Als dritter Rechtsbehelf steht dem Kunden ein **Unterlassungsanspruch** zur Seite (vgl. auch *Wolff* DB 1968 697 f; *Schönle* § 5 I 2), zu dessen Sicherung er gegebenenfalls auch eine **einstweilige Verfügung** gemäß § 935 ZPO erwirken kann. Dieser Anspruch ist dabei nicht nur in den — verhältnismäßig eng umgrenzten — Fällen der Deliktshaftung, sondern auch in denen der Vertrauenshaftung gegeben. Denn die vorbeugende Unterlassungsklage findet ihre innere Rechtfertigung in dem Gedanken, daß Schaden zu verhüten besser ist als Schaden auszugleichen, und sie muß daher folgerichtig nicht nur bei unerlaubten Handlungen i. S. der §§ 823 ff BGB zum Zuge kommen, sondern auch bei Vertrags- und Schutzpflichtverletzungen; das gilt um so mehr, als es sich auch hier um eine Einstandspflicht für rechtswidriges Verhalten handelt. Dabei ist nicht unbedingt erforderlich, daß bereits eine Rechtsverletzung stattgefunden hat, sondern u. U. schon genügend, daß ein Geheimnisbruch erstmals droht²⁴. Hat bereits einmal eine Rechtsverletzung stattgefunden, so entfällt die erforderliche Wiederholungsfahr i. d. R. nicht schon aufgrund der bloßen Erklärung des Beklagten, er werde keine erneute Rechtsverletzung begehen (vgl. BGH DB 1953 1032 unter 4); anders liegt es insoweit allerdings, wenn der Bruch des Bankgeheimnisses aufgrund eines besonderen Anlasses, mit dessen Wiederkehr nicht zu rechnen ist, erfolgte (vgl. BGH aaO). **73**

Schließlich kann auch der **Einwand des Rechtsmißbrauchs** gegen eine unter Bruch des Bankgeheimnisses erlangte Rechtsposition — z. B. ein Pfändungspfandrecht an einem Guthaben — in Betracht kommen, doch genügt dafür nicht, daß jemand lediglich eine von einem Dritten erlangte Information ausgenutzt hat, ohne dessen Geheimnisbruch gefördert oder angeregt zu haben²⁵. **74**

²⁴ Vgl. *Wolff* DB 1968, 697 f sowie — wenn auch nicht zum Bankgeheimnis — z. B. BGH NJW 1951, 843; *Palandt/Thomas* Einf. vor § 823 Anm. 8 b ee a. E.

²⁵ Vgl. BGH WM 1973, 892, 894; zustimmend *Liesecke* WM 1975, 316; *Gaul* Festschr. für die Sparkassenakademie, 1978, S. 112 f.

II. Die Bankauskunft

1. Die Problematik eines Anspruchs auf Erteilung einer Auskunft

75 Eine **allgemeine Rechtspflicht zur Erteilung von Auskünften** an ihre Kunden trifft die Bank nicht. Das gilt unzweifelhaft in dem Sinne, daß die Bank nicht *von sich aus* mit einer von dem Kunden gar nicht erbetenen Auskunft an diesen heranzutreten braucht (vgl. freilich auch unten Rdn. 103 ff zur Beratungspflicht). Es gilt jedoch darüber hinaus auch in dem Sinne, daß die Bank ihrem Kunden i. d. R. auch *auf dessen Aufforderung* keine Auskunft zu erteilen braucht, soweit nicht besondere Anspruchsgrundlagen eingreifen (vgl. dazu sogleich Rdn. 76). Der Kunde hat also grundsätzlich keinen Anspruch auf Auskunftserteilung. Ein solcher ergibt sich nämlich weder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen noch aus den AGB der Banken. Zwar heißt es in deren Ziff. 10, die Bank stehe „dem Kunden nach bestem Wissen zu allen bankmäßigen Auskünften und Raterteilungen zur Verfügung“, doch ist dies nicht im Sinne einer bindenden Verpflichtung, sondern lediglich im Sinne einer unverbindlichen Inaussichtstellung zu verstehen (vgl. unten Rdn. 2589). Die Bank haftet daher für die Verweigerung einer Auskunft oder für Verzug bei deren Erteilung ihren Kunden grundsätzlich nicht. Das gilt auch, sofern der Inhaber einer Bank oder ein Organ i. S. von § 276 BGB die Auskunft vorsätzlich verweigert; denn es geht hier nicht um den vertraglichen Ausschluß einer an sich bestehenden Haftung, der insoweit gemäß § 276 II BGB unwirksam wäre, sondern um die Ablehnung der Übernahme einer vertraglichen Pflicht zur Auskunftserteilung, die nach dem Prinzip der Abschlußfreiheit ohne weiteres zulässig ist. In besonders gelagerten Ausnahmefällen kann allerdings auch einmal unabhängig vom Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung eine Pflicht zur Auskunftserteilung bestehen. Das ist dann der Fall, wenn die Verweigerung der Auskunft gegen Treu und Glauben oder gar gegen die guten Sitten i. S. von § 826 BGB verstoßen würde. Bei der Annahme einer solchen Rechtspflicht ist jedoch äußerste Zurückhaltung geboten. Keinesfalls aber kann eine allgemeine, d. h. von besonderen Voraussetzungen unabhängige Rechtspflicht zur Auskunftserteilung bejaht werden.

76 In einer Reihe von Fällen bestehen allerdings **gesetzliche Auskunftsansprüche**. Zu nennen sind insbesondere die Ansprüche des Zessionars aus § 402 BGB, des Auftraggebers aus § 666 BGB und des Pfändungspfandgläubigers aus § 840 ZPO. Einem Auskunftsanspruch sehr ähnlich sind die Ansprüche auf Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses gemäß § 260 BGB und auf Besichtigung und Einsicht gemäß §§ 809 f BGB. Diese Ansprüche werden häufig mit dem **Bankgeheimnis** kollidieren, haben aber meist Vorrang (vgl. näher oben Rdn. 64).

2. Die Haftung für eine unrichtige Auskunft gegenüber einem Kunden

a) Dogmatische Grundlagen

77 Von der Problematik einer Rechtspflicht zur Auskunftserteilung scharf zu unterscheiden ist die Frage, ob die Bank eine **Einstandspflicht für die Richtigkeit einer Auskunft** hat, *falls* sie einem Kunden eine solche (freiwillig) gibt. An sich wird gemäß § 676 BGB durch die Erteilung eines Rates oder einer Empfehlung eine besondere Haftung nicht begründet, und das gilt unstreitig auch für Auskünfte (vgl. z. B. RGZ 126 50, 51; 148 286, 293). Die Vorschrift besagt jedoch nicht mehr, als daß die Rat- bzw. Auskunftserteilung *als solche* keine Haftungsgrundlage erzeugt, insbesondere also im Zweifel nicht als Begründung eines Beratungs- bzw. Auskunftsvertrags anzusehen ist. Andere Anspruchsgrundlagen läßt § 676 BGB dagegen ausdrücklich unberührt. Es steht denn auch im Ergebnis außer Streit, daß die Bank ihren Kunden für schuldhaft

II. Die Bankauskunft

unrichtige Auskünfte einzustehen hat. Fraglich ist jedoch die Rechtsgrundlage dieser Haftung. Mit Deliktsansprüchen ist dabei von vornherein wenig auszurichten, da es bei der Einstandspflicht für Fehlankünfte regelmäßig um allgemeine Vermögensschäden geht und diese deliktsrechtlich nur in den seltenen Ausnahmefällen einer Haftung nach § 823 II oder § 826 BGB ersatzfähig sind (vgl. im übrigen unten Rdn. 96 f). Im Schrifttum versucht man daher meist mit einer **vertraglichen Haftung** zum Ziel zu kommen; dabei wird überwiegend wohl an einen besonderen — u. U. „stillschweigend“ geschlossenen — *Auskunftsvertrag* gedacht, teilweise aber auch an eine *Nebenpflicht* der zwischen der Bank und dem Kunden bestehenden Einzelverträge oder an die — verfehlte (vgl. oben Rdn. 4 ff) — Lehre vom „*allgemeinen Bankvertrag*“²⁶. Die Rechtsprechung leitet die Haftung demgegenüber vorwiegend aus der **Geschäftsverbindung** und dem durch diese hervorgerufenen **Vertrauensverhältnis** ab²⁷. Das findet auch in der Lehre zunehmend Beifall²⁸. Dabei wird diese Anspruchsgrundlage allerdings regelmäßig nicht klar von einer echten Vertragshaftung unterschieden und häufig mit dieser geradezu identifiziert²⁹.

Der Rechtsprechung, insbesondere der wegweisenden Entscheidung RGZ 27 118 ist **78** im Ausgangspunkt zu folgen (vgl. schon oben Rdn. 13). Dabei muß jedoch eine klare **Grenze gegenüber einer echten Vertragshaftung** gezogen werden. Vertragliche Ansprüche bestehen nämlich i. d. R. nicht. Denn die Banken schließen mit ihren Kunden grundsätzlich eben keinen Auskunftsvertrag ab (vgl. oben Rdn. 75) — was sich überdies im Zweifel auch aus § 676 BGB ergibt. Es ist daher äußerst gekünstelt und stellt regelmäßig eine reine Fiktion dar, anzunehmen, daß die Banken zwar keine Verpflichtung zur *Erteilung* einer Auskunft eingehen, wohl aber eine Haftung für die *Richtigkeit* ihrer Auskünfte vertraglich übernehmen, also zwar keinen *Auskunftsvertrag* i. e. S., wohl aber einen *Haftungsvertrag* abschließen. Ebensowenig läßt sich die Problematik mit der Konstruktion einer aus einem Einzelvertrag, also z. B. einem Girovertrag, folgenden Nebenpflicht befriedigend lösen. Zwar kann selbstverständlich im Einzelfall in der Tat eine Nebenpflicht zur Erteilung einer richtigen Auskunft bestehen, doch braucht die Auskunft anerkanntermaßen nicht im Zusammenhang mit einem bestimmten Einzelvertrag, sondern lediglich mit der Geschäftsverbindung als solcher zu stehen (vgl. z. B. RGZ 126 50, 52), und daher versagt auch die Konstruktion einer vertraglichen Nebenpflicht gerade in den problematischen Fällen. Richtig ist folglich, die Haftung der Bank nicht aus einem Vertrag, sondern aus einem gesetzlichen „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“ abzuleiten und darin einen besonderen Fall einer **Vertrauenshaftung kraft Schutzpflichtverletzung** zu sehen. Diese Konstruktion ist am besten geeignet, die Haftung für falsche Auskünfte dogmatisch zu erfassen³⁰, und sie bewährt sich in besonderem Maße im Bankrecht (vgl. eingehend oben Rdn. 12 ff); insbesondere ist allein sie geeignet, das **Stellvertretungsproblem** widerspruchsfrei zu lösen (vgl. näher unten Rdn. 90). Der Geschäftsverbindung kommt

²⁶ Vgl. *Sichtermann* S. 333 ff; *Gaede* S. 27 ff m. Nachw. aus dem älteren Schrifttum; *Schönlé* § 5 II 2 c unter Ziff. 1; *Scheerer* S. 804 ff; *Erman/Hauß* § 676 Anm. 3 und 4; *Palandt/Thomas* § 676 Anm. 3 und 4.

²⁷ Grundlegend RGZ 27, 118, 121; ferner vor allem RGZ 126, 50, 52; RG HRR 1930 Nr. 6; RG JW 1930, 2927, 2928; BGHZ 13, 198, 200; 21, 102, 107; 49, 167, 168; OLG Stuttgart WM 1969, 278, 279.

²⁸ Vgl. z. B. *Raiser* S. 135 f; *Tepe* S. 10 ff; *Ennecerus/Lehmann*¹⁵ § 164 II 2 b; *Fikentscher Schuld-*

*recht*⁶, § 82, 4 a. E. i. V. m. § 20 VI; *Soergel/Mühl* ¹⁰ § 676 Rdn. 13; *Palandt/Thomas* § 676 Anm. 5; *Stolz* S. 47 ff.

²⁹ Vgl. z. B. RGZ 67, 394, 395; RG BankArch. 1932, 228, 229; 1934, 189, 190; BGH WM 1955, 230, 233 unter III 4; 1956, 1056 unter I 1; 1971, 817, 818.

³⁰ Vgl. *Canaris* Die Vertrauenshaftung S. 539; *Lorenz* S. 618 f; *Stoll* S. 764 ff; *Schlegelberger/Hefermehl*⁵ § 347 Rdn. 42; *Staudinger/Wittmann*¹² § 676 Rdn. 7.

dabei lediglich die Funktion zu, den für die Vertrauenshaftung erforderlichen „rechtsgeschäftlichen Kontakt“ zu begründen, und sie kann daher durch andere Formen des „rechtsgeschäftlichen Kontakts“ ersetzt werden³¹. Es ist deshalb i. E. durchaus zutreffend, daß die Rechtsprechung das Erfordernis der Geschäftsverbindung mehr und mehr verwässert und insbesondere eine Haftung schon mit Beginn der Geschäftsverbindung bejaht hat³².

b) Die Unrichtigkeit der Auskunft

79 Entscheidende Voraussetzung einer Haftung ist im übrigen die Unrichtigkeit der Auskunft, da nur darin die Schutzpflichtverletzung liegen kann. Dabei ist jedoch nicht schon jede **Unklarheit** als Unrichtigkeit anzusehen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, daß die Banken ihre Auskünfte äußerst vorsichtig und zurückhaltend zu formulieren pflegen. Von dem Anfragenden ist daher grundsätzlich zu erwarten, daß er sich nicht „blind“ auf die Auskunft verläßt, sondern „zwischen den Zeilen“ zu lesen versteht³³. Das gilt um so mehr, wenn sich die Auskunft auf einen Kunden der Bank bezieht. Denn diesem gegenüber ist die Bank, wie auch dem Anfragenden klar sein muß, grundsätzlich zur Verschwiegenheit und zur Interessenwahrung verpflichtet, und sie befindet sich daher häufig in einer gewissen Konfliktslage, zumal mit einer Verweigerung der Auskunft i. d. R. weder den Interessen des Anfragenden noch denen des von der Anfrage Betroffenen gedient wäre (vgl. auch oben Rdn. 56 Abs. 2). Die Bank darf aber ihre Vorsicht und Zurückhaltung nicht so weit treiben, daß ein „täuschendes Bild“ entsteht³⁴. Glaubt sie dem von der Anfrage betroffenen Kunden gegenüber eine wahrheitsgemäße Auskunft nicht verantworten zu können, so bleibt ihr nichts anderes übrig, als die Auskunft abzulehnen (so mit Recht RGZ 139 106) bzw. bestimmte Einzelfragen unbeantwortet zu lassen (vgl. RG BankArch. 1929 258); denn ihre Treue- und Verschwiegenheitspflicht der einen Partei gegenüber berechtigt sie nicht, der anderen Partei die Unwahrheit zu sagen und diese u. U. zu schädigen.

80 Die Unrichtigkeit kann auch in der **Unvollständigkeit** der Auskunft liegen, sofern die Bank Tatsachen verschweigt, die erkennbar für den Anfragenden von Bedeutung sind³⁵. So wirft z. B. die Ausstellung ungedeckter Schecks ein so ungünstiges Licht auf einen Kaufmann, daß die Bank diesen Umstand nicht verschweigen darf, wenn er ihr bekannt ist (vgl. BGH WM 1962 1110, 1111 unter I 2 a). Das gleiche gilt, wenn Wechselproteste vorgekommen sind (vgl. BGH WM 1979 548, 549). Relevante Umstände sind ferner i. d. R., daß Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung in ein Grundstück dessen, über den eine Kreditauskunft erteilt wird, angeordnet worden sind (vgl. BGH WM 1972 583, 584), daß die Bank selbst bereits Sicherungsgut des Kunden verwerten mußte (vgl. BGH WM 1973 635, 636) und daß in der Auskunft erwähnter Grundbesitz in erheblichem Umfang dinglich belastet ist (vgl. BGH WM 1979 548, 549). Darüber hinaus kann sogar das Fehlen solcher Tatsachen, die der Bank selbst nicht bekannt sind, die Auskunft unvollständig und unrichtig machen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Anfragende aus der Auskunft den Eindruck gewinnen muß, diese

³¹ Zu eng daher RG BankArch. 1910, 12 Sp. 1; richtig dagegen z. B. BGH WM 1959, 1458, 1460 unter III 2; vgl. im übrigen näher oben Rdn. 14 a. E.

³² Vgl. RGZ 126, 50, 52; RG JW 1905, 502 Nr. 35; 1911, 809 Nr. 14; 1936, 2066 Nr. 7; BankArch. 1932, 228; 1934, 190; 1936, 519; HRR 1937 Nr. 117 S. 278.

³³ Vgl. auch RGZ 139, 103, 106; RG BankArch. 1929, 257; 1930, 245, 246; HRR 1930 Nr. 6 m. w. Nachw.; BGH WM 1961, 510; 1971, 818; Lorenz S. 585 f. mit Fn. 18.

³⁴ So mit Recht RGZ 139, 106; ähnlich RG BankArch. 1929, 256, 258; 1932, 443, 444; BGH WM 1971, 817, 818; 1972, 583, 584.

³⁵ Vgl. auch BGHZ 49, 167, 169; BGH WM 1957, 545; 1962, 1110; 1972, 583, 584; 1979, 548, 549.

II. Die Bankauskunft

stelle eine abgerundete und im wesentlichen vollständige Antwort auf seine Frage dar; ist die Bank selbst nur mangelhaft oder unvollständig unterrichtet, so muß sie dies durch einen entsprechenden Vorbehalt zum Ausdruck bringen (vgl. BGH WM 1962 1111 unter I 2 c). Auf der anderen Seite dürfen die Anforderungen an die Vollständigkeit der Auskunft auch nicht überspannt werden. Zu weit ginge es jedenfalls zu verlangen, daß die Bank dem Anfragenden stets ein (etwaiges) eigenes Interesse an dem in Aussicht genommenen Geschäft, um dessentwillen die Auskunft begehrt wird, aufdeckt³⁶; denn die Anfrage bezieht sich ja nicht auf die Angelegenheiten der Bank, sondern auf die des Kunden, und die Bank genügt daher grundsätzlich ihren Pflichten, wenn sie die Auskunft *über diesen* zutreffend abgibt und sich dabei von ihrem Eigeninteresse nicht beeinflussen läßt.

Bei **nachträglicher Einsicht in die Unrichtigkeit der Auskunft** ist die Bank zur **Berichtigung verpflichtet**³⁷. Das ergibt sich sowohl aus Treu und Glauben als auch aus den Grundsätzen über das „vorangegangene Tun“, da die Bank durch die Auskunft das Risiko entsprechender Dispositionen des Anfragenden hervorgerufen oder zumindest verstärkt hat und da sie daher insoweit eine gewisse „Garantenstellung“ besitzt. Anders mag es liegen, wenn die Auskunft ursprünglich richtig war und lediglich aufgrund nachträglich eingetretener Veränderungen später nicht mehr zutrifft³⁸.

Beinhaltet die Auskunft eine **Prognose** oder ein **Werturteil**, so gelten für ihre **Unrichtigkeit** die Ausführungen unten Rdn. 101 entsprechend. **81 a**

c) Sonstige Haftungsvoraussetzungen

Bezüglich des **Verschuldens** gelten die allgemeinen Regeln. Dieses wird daher **82** gemäß oder analog § 282 BGB **vermutet**, so daß der Kunde nur die Unrichtigkeit der Auskunft zu beweisen braucht und die Bank dann ihrerseits ihre Schuldlosigkeit dartun muß³⁹. Allerdings greift in weitem Umfang die **Freizeichnungsklausel gemäß Ziff. 10 AGB** ein, so daß die Bank i. d. R. nur in Fällen eines besonders krassen Verschuldens oder bei Eigennützigkeit der Auskunft für deren Unrichtigkeit haftet (vgl. näher unten Rdn. 2601 ff).

Für **Erfüllungsgehilfen** hat die Bank nach § 278 BGB einzustehen. In Betracht kommen insoweit in erster Linie ihre **Angestellten**. Ob diese Vertretungsmacht haben, ist unerheblich (vgl. oben Rdn. 18 m. Nachw.). Auch **eine andere Bank** kann Erfüllungsgehilfin sein. Das ist vor allem dann zu bejahen, wenn die auskunftgebende Bank sich der anderen Bank bei der Beschaffung der erforderlichen Informationen zwar bedient, dies aber dem Auskunftsuchenden gegenüber nicht aufdeckt, sondern die Auskunft als ihre eigene erteilt⁴⁰. Macht die Bank dagegen dem Kunden gegenüber deutlich, daß sie die Auskunft nicht aus eigenem Wissen erteilt, sondern nur eine fremde Auskunft weiterleitet, so haftet sie nur für die sorgfältige Auswahl des Informanten und die korrekte Weitergabe der Auskunft, nicht aber auch nach § 278 BGB für den Fehler der anderen **83**

³⁶ Zumindest mißverständlich daher RGZ 139, 109; richtig dagegen insoweit RG BankArch. 1935, 493 Sp. 2; vgl. auch RG BankArch. 1930, 246.

³⁷ Vgl. RG JW 1917, 286; BGH WM 1962, 1110, 1111 unter I 2 e sowie auch BGH WM 1962, 932; RG BankArch. 1916, 215; Wolff Die AG 1968, 290; Gaede S. 83 f; anders RG BankArch. 1932, 500; BGH WM 1956, 283.

³⁸ Vgl. RG JW 1917, 285 = BankArch. 1916, 215; BGH WM 1956, 283, 284 unter 5 a; OLG München WM 1980, 505, 507; Soergel/Mühlh^o § 676 BGB Rdn. 14; Wolff Die AG 1968, 290; Gaede S. 83.

³⁹ So mit Recht BGH WM 1972, 584 gegen BGH WM 1956, 1585; überholt daher Sichter mann S. 338.

⁴⁰ Vgl. auch Stolz S. 59 ff; Gaede S. 103 ff; Musielak VersR 1977, 975.

Bank; ob diese ihrerseits in Anspruch genommen werden kann, ist eine Frage, die nicht in diesen Zusammenhang gehört (vgl. dazu näher unten Rdn. 93).

- 83 a** Die **Kausalität** zwischen der Pflichtverletzung und der schädlichen Disposition des Kunden wird grundsätzlich vermutet (vgl. oben Rdn. 30). Der Schaden muß jedoch innerhalb des **Schutzbereichs der verletzten Pflicht** liegen; insoweit gelten die Ausführungen unter Rdn. 2298 entsprechend.

d) Der Vorbehalt „unverbindlich“ oder „ohne unser Obligo“

- 84** Die Banken fügen ihren Auskünften — insbesondere den Kreditauskünften — häufig Vorbehalte der Art bei, daß die Auskunft „unverbindlich“ sei oder „ohne unser Obligo“ erfolge. Die Rechtsprechung mißt derartigen Klauseln **keine weiterreichende Wirkung als dem Haftungsausschluß nach Ziff. 10 AGB** zu und unterwirft sie demgemäß denselben inhaltlichen Schranken (vgl. BGH WM 1970 1021, 1022; ähnlich WM 1973 635, 636; 1974 685, 686; OLG Köln WM 1973 1125, 1127 f). Im Schrifttum wird diese Ansicht mit der Begründung abgelehnt, es gehe in Wahrheit nicht um Vertrags-, sondern um Vertrauenshaftung und aus deren „Wesen“ folge, daß die fraglichen Klauseln deren immanente Voraussetzungen hinfällig machten und daher eine Schadensersatzpflicht „im allgemeinen ausschließen“; da es sich demnach nicht um einen rechtsgeschäftlichen Haftungsausschluß handele, komme es nicht darauf an, „ob sich der Auftraggeber durch die Klausel von einer vertraglich übernommenen Haftung gültig hätte freizeichnen können“ (Stoll S. 769). Dieser Kritik ist indessen — auch und gerade unter vertrauensrechtlichen Gesichtspunkten — nicht zu folgen. Denn auch wenn eine Auskunft „unverbindlich“ oder „ohne Obligo“ erteilt wird, setzt sie doch einen objektiven Vertrauensstatbestand dahin, daß der Vertrauende jedenfalls nicht vorsätzlich oder leichtfertig etwas Falsches erklärt; auf die *Richtigkeit der Erklärung* und nicht auf den *Willen zur Übernahme einer Einstandspflicht* richtet sich aber das Vertrauen des Auskunftsuchenden (a. A. Stoll aaO in merkwürdiger Vermischung von vertrags- und vertrauensrechtlichen Gesichtspunkten). Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit des Auskunftgebers ist daher der fragliche Vorbehalt nicht geeignet, die immanenten Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung zu beseitigen.

- 85** Andererseits geht die Rechtsprechung aber doch zu weit, indem sie insoweit ohne weiteres **dieselben Maßstäbe wie im Rahmen von Ziff. 10 AGB** anwendet. Der Vorbehalt ist nämlich integrierender Bestandteil der Auskunft und da diese i. d. R. eine *Individualerklärung* ist, ist auch er selbst grundsätzlich als eine solche und mithin nicht nach den Regeln über AGB zu behandeln (a. A. OLG Köln WM 1973 1125, 1127 f). Qualifiziert man den Vorbehalt als rechtsgeschäftlichen Haftungsausschluß — was auch vom Boden vertrauensrechtlicher Lösungen aus nach dem Gesagten jedenfalls insoweit zutreffend sein dürfte, als es um die Freizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Auskunftgebenden geht — so kommen demgemäß nur die für Individualklärungen geltenden Freizeichnungsschranken der §§ 276 II, 138 BGB sowie der Einwand des Rechtsmißbrauchs gemäß § 242 BGB in Betracht. Letzterer wird freilich häufig — aber zumal angesichts der rigorosen Regelung von § 11 Nr. 7 AGBG keineswegs immer — zum selben Ergebnis wie die Inhaltskontrolle von Ziff. 10 AGB führen; vor allem wenn die Bank aus einer Auskunft Vorteile gezogen hat und ihr Erfüllungsgelhilfe dies angestrebt hatte (vgl. dazu näher unten Rdn. 2606 f), dürfte eine Berufung der Bank auf die Freizeichnung trotz deren Qualifikation als Individualerklärung regelmäßig rechtsmißbräuchlich sein, insbesondere wegen Verstoßes gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* (zutreffend daher insoweit i. E. BGH WM 1973 635, 636 unter 2 d).

e) Die Rechtsfolgen einer falschen Auskunft

Die Rechtsfolge einer falschen Auskunft besteht in erster Linie in einer Schadensersatzpflicht, da es sich entweder um Ansprüche aus Schutzpflichtverletzung oder um Ansprüche aus Delikt handelt. Der Verletzte ist dabei gemäß § 249 BGB so zu stellen, als wäre der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten, d. h. als hätte er die falsche Auskunft nicht erhalten. Er hat also einen Anspruch auf das **negative Interesse** (vgl. auch BGH WM 1958 1081; Wolff Die AG 1968 290). 86

Dagegen kann er grundsätzlich nicht verlangen, so gestellt zu werden, als wäre die Auskunft richtig, d. h. als stimmten die Tatsachen mit der Auskunft überein (vgl. auch BGH BB 1958 896; WM 1964 381; Wolff Die AG 1968 290). Denn die Bank ist nicht dazu verpflichtet, den der Auskunft entsprechenden Zustand herzustellen, ja i. d. R. nicht einmal dazu, überhaupt eine Auskunft zu erteilen (vgl. insoweit oben Rdn. 75). In Ausnahmefällen kann allerdings auch einmal ein solcher **Anspruch auf Erfüllung bzw. auf das positive Interesse** gegeben sein. Dieser kann sich vor allem aus einem entsprechenden Rechtsgeschäft ergeben. So ist es z. B. denkbar, daß mit einer Auskunft ein Garantievertrag verbunden wird (vgl. auch BGH WM 1964 1163) und daß dieser nicht nur die Verpflichtung enthält, bei einer Unrichtigkeit der Auskunft unabhängig von Verschulden auf Schadensersatz zu haften, sondern noch weitergehend den Auskunftsuchenden so zu stellen, als wäre die Auskunft richtig gewesen. Ein rechtsgeschäftlicher Erfüllungsanspruch wird von der h. L. ferner dann angenommen, wenn jemand eine Anfrage über die Echtheit eines Papiers zu Unrecht bejaht, da darin eine Genehmigung analog § 177 BGB liegen soll⁴¹. In Wahrheit geht es hier allerdings um einen Fall der **Rechtsscheinhaftung** (vgl. eingehend *Canaris* Die Vertrauenshaftung S. 243 ff), womit man indessen ebenfalls zur Gewährung eines Erfüllungsanspruchs kommt. Auch sonst kann die Rechtsscheinhaftung im vorliegenden Zusammenhang eine erhebliche Rolle spielen. Vor allem bei falschen Auskünften über die Verität eines Wertpapiers wird sie häufig zu einer Erfüllungshaftung führen. Bei Papieren ohne Umlaufcharakter gilt dies allerdings nur für wissentlich unrichtige Auskünfte. Bei diesen ist dann in der Tat — entgegen der h. L. — nicht nur eine Schadensersatzhaftung, sondern darüber hinaus in Analogie zu den §§ 405, 172 I BGB eine Erfüllungshaftung zu bejahen (vgl. eingehend *Canaris* Die Vertrauenshaftung S. 94 ff m. Nachw.); damit wären z. B. die Fälle RGZ 124 217 und RG JW 1931 3097, in denen es um falsche Auskünfte über die Deckung eines Sparbuchs ging, zu lösen gewesen (vgl. *Canaris* aaO S. 100 Fn. 74). Die h. L. müßte übrigens in folgerichtiger Fortentwicklung der Grundsätze über die „Annahme einer Forderung“ (vgl. dazu z. B. BGH NJW 1970 321; *Canaris* aaO S. 102 ff m. umfass. Nachw.) hier häufig zu demselben Ergebnis kommen, indem sie die Beantwortung der Anfrage als vertragliches Schuldanerkenntnis deutet. Bei Papieren mit Umlaufcharakter ist die Rechtsscheinhaftung noch schärfer, da man hier auch für die unwissentliche Schaffung eines Scheintatbestandes einzustehen hat (vgl. näher *Canaris* aaO S. 234 ff). Auch bei falschen Auskünften über die Bonität eines Papiers kann u. U. eine Erfüllungshaftung in Betracht kommen. Dabei ist vor allem an die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens zu denken (vgl. zu dieser näher *Canaris* aaO S. 266 ff, 287 ff). Diese könnte z. B. zum Zuge kommen, wenn eine Bank zu Unrecht einen Wechsel als „gut“ bezeichnet und seine Einlösung als sicher hinstellt und dadurch den Anfragenden um ihres eigenen Vorteils willen zu Kreditgewährungen an den Aussteller veranlaßt (vgl. zur Bedeutung des Vorteilsgedankens näher *Canaris*

⁴¹ Vgl. z. B. RGZ 145, 87, 93; BGH LM Nr. 1—3 zu Art. 7 WG; *Baumbach/Hefermehl*¹² Art. 7 WG Rdn. 8.

aaO S. 299 ff und S. 531 m. Nachw.). Allerdings ist dabei zu beachten, daß die Bank die Einlösung des Wechsels lediglich in Aussicht stellt, ohne dazu bereits jetzt eine vertragliche Verpflichtung einzugehen; nach dem caveat-creditor-Prinzip ist der Vertrauende daher insoweit nur dann schutzwürdig, wenn er — z. B. wegen des drückenden Übergewichts der Bank — nicht die Möglichkeit hatte, die Übernahme einer vertraglichen Einstandspflicht durchzusetzen (vgl. näher *Canaris* aaO S. 352 ff insbesondere auch S. 364 ff). Meist wird es hier daher mit Schadensersatzansprüchen wegen Schutzpflichtverletzung sein Bewenden haben (vgl. im übrigen auch unten Rdn. 730 ff zur Scheckauskunft).

3. Die Haftung für eine unrichtige Auskunft gegenüber einem Nichtkunden

a) Dogmatische Grundlagen

88 Gegenüber Nichtkunden liegt die Haftungsproblematik insofern wesentlich anders, als die Anspruchsgrundlage hier nicht in der Geschäftsverbindung und dem durch diese hervorgerufenen Vertrauensverhältnis erblickt werden kann. Von wenigen Ausnahmen abgesehen⁴² kommen Rechtsprechung und h. L. gleichwohl weitgehend zu denselben Ergebnissen wie bei Auskünften an Kunden, indem sie sich der Konstruktion eines **stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrags** bedienen⁴³. Das steht in Einklang mit einer auch außerhalb des Bankrechts weit verbreiteten Ansicht⁴⁴. Der stillschweigende Abschluß eines Auskunftsvertrages soll dabei immer dann anzunehmen sein, „wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung war und dieser sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse oder Maßnahmen machte“; das soll insbesondere dann gelten, „wenn der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft sachkundig ist oder wenn bei ihm ein eigenes wirtschaftliches Interesse im Spiel steht“⁴⁵.

Diese Theorie kann nicht befriedigen. Zwar ist nicht zu bestreiten, daß im Einzelfall einmal ein stillschweigender Vertragsschluß vorliegen kann, doch ist diese Annahme für den Regelfall eine reine Fiktion⁴⁶. Der Auskunftgebende legt nämlich meist in keiner Weise ein Verhalten an den Tag, aus dem ein rechtsgeschäftlicher Verpflichtungswille hervorgeht, sondern beschränkt sich darauf, die Auskunft zu geben. Deren Erteilung als solche kann aber nach der eindeutigen Wertung des § 676 BGB keinesfalls als Abschluß eines Verpflichtungsvertrages angesehen werden. Zwar erklärt der Auskunftgebende konkludent, daß er seine Auskunft nach bestem Wissen und Gewissen abgegeben habe und daß er sie für richtig halte, doch schließt das keineswegs die Erklärung ein, daß er für die Richtigkeit seiner Auskunft vertraglich einstehen wolle; es handelt sich also insoweit um eine rein deklaratorische Wissenserklärung, nicht aber um eine Willenserklärung. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Auskunft für den anderen Teil von erheblicher Bedeutung ist und daß er sie zur Grundlage wesentlicher

⁴² Vgl. vor allem RG JW 1930, 2927; HRR 1930 Nr. 6; BankArch. 1929, 257 und 373; 1930, 245; 1935, 491 und 492; *Gaede* NJW 1972, 928 ff.

⁴³ Vgl. RGZ 131, 239, 246; RG JW 1931, 3097, 3098 unter 2; *SeuffArch.* 80 Nr. 10 S. 19; BGH WM 1955, 230, 233 unter III 4, wo es freilich in Wahrheit um die Haftung gegenüber einem Kunden ging; BGH WM 1962, 1110 unter I 1 a; 1970, 632; 1971, 206, 207 unter II 2; 1972, 583; 1973, 635; 1980, 527, 528; OLG Nürnberg WM 1961, 1007; OLG Stuttgart NJW 1959, 581, 583 f und WM 1969, 278, 280 Sp. 1; *Ebeling* WM 1955, 1366; *Pikart* WM 1966, 699; *Sichter* S. 336;

Wolff Die AG 1968, 289; *Schönle* § 5 II 2 c unter Ziff. 1 b.

⁴⁴ Vgl. z. B. RGZ 101, 297, 301; BGHZ 7, 371, 374 f; 12, 105, 108; BGH WM 1962, 845, 846; 1965, 287 m. w. Nachw.; WM 1969, 36, 37; *Soergel/Mühl* § 676 Rdn. 8; *Erman/Hauß* § 676 Anm. 3 b; *Palandt/Thomas* § 676 Anm. 3.

⁴⁵ BGH WM 1969, 37 unter I 1; vgl. ferner z. B. BGH WM 1962, 1110 unter I 1 a; 1965, 287 vor 1 m. w. ausf. Nachw.; 1980, 527, 528.

⁴⁶ Vgl. auch *Stolz* S. 35 ff; *Gaede* S. 49 ff; *von Godin* 2. Aufl. Anh. I zu § 365 Anm. 9 C a und e; *Lorenz* S. 616 ff; *Stoll* S. 765; *Schlegelberger/Hefermehl* § 347 Rdn. 42.

II. Die Bankauskunft

Entschlüsse macht. Abgesehen davon, daß dieses Kriterium bei nahezu allen Auskünften zutreffen wird und daher kein aussagekräftiges Merkmal für die Abgrenzung zwischen vertraglichen und unverbindlichen Auskünften bildet, ist es nämlich Sache des Anfragenden, seine Interessen durch den unmißverständlichen Abschluß eines Vertrages zu schützen und von dem Auskunftgebenden eine entsprechend eindeutige Erklärung zu verlangen. Das ergibt sich sowohl aus dem Umstand, daß die Auskunft unentgeltlich erteilt wird und daß überdies die Initiative in aller Regel vom Anfragenden ausgeht, als auch aus der Wertung des § 676 BGB, wonach im Zweifel eben kein Vertragsschluß anzunehmen ist. Wie wenig der Anfragende das Verhalten des Auskunftgebenden als Übernahme einer Vertragshaftung verstehen kann, zeigt dabei nicht zuletzt die Überlegung, wie letzterer wohl auf das Ansinnen zu einer entsprechenden ausdrücklichen Erklärung reagieren würde: er würde diese — wie für den Anfragenden ohne weiteres erkennbar ist — nahezu immer ablehnen, ja daraufhin vielleicht sogar die Auskunft überhaupt nicht mehr erteilen. Die h. L. verlagert daher die Obliegenheit, für Klarheit über den Verpflichtungswillen zu sorgen, zu Unrecht vom Auskunftsuchenden auf den Auskunftgebenden. Daran ändert auch das Kriterium der besonderen Sachkenntnis des Auskunftgebenden nichts, da dieses insoweit keinen wesentlichen Einfluß auf die Interessenlage hat. Eher könnte schon das Merkmal des Eigeninteresses eine andere Beurteilung rechtfertigen, doch dürfte auch das zu einer Umkehrung der Klarstellungsobliegenheit regelmäßig nicht ausreichen, weil und soweit das primäre Interesse beim Auskunftsuchenden liegt und weil die Auskunft jedenfalls nicht den Charakter der Unentgeltlichkeit verliert.

Wie gekünstelt die h. L. ist, zeigt sich auch daran, daß sie in Wahrheit gar keinen **89** echten *Auskunftsvertrag*, sondern lediglich einen *Haftungsvertrag* annimmt. Auch sie will nämlich nicht etwa dem Befragten eine *Rechtspflicht zur Erteilung der Auskunft* auferlegen, sondern lediglich eine Grundlage für die Gewährung von *Schadensersatzansprüchen* konstruieren. In die Sprache der modernen Dogmatik übersetzt bedeutet das, daß es nicht um die Begründung von „*Leistungspflichten*“ geht, sondern lediglich um die Begründung von „*Verhaltenspflichten*“, die dann bei ihrer Verletzung eine Schadensersatzpflicht zur Folge haben. Es bedarf also gar nicht der Annahme eines Vertrages, sondern lediglich der eines „*Schuldverhältnisses ohne (primäre) Leistungspflicht*“. Dieses aber braucht nicht auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien zu beruhen, sondern kann, wie vor allem das Musterbeispiel der culpa in contrahendo zeigt, auch gesetzlicher Natur sein (vgl. oben Rdn. 12 ff). Es liegt insbesondere dort regelmäßig vor, wo eine *Vertrauenshaftung* Platz greift. In der Tat sind deren Voraussetzungen bei der Erteilung einer Auskunft typischerweise gegeben. Denn durch diese wird in zurechenbarer Weise ein Vertrauenstatbestand geschaffen, den der Auskunftsuchende in gutem Glauben zur Grundlage einer Disposition macht (vgl. näher zu den allgemeinen Merkmalen der Vertrauenshaftung *Canaris Die Vertrauenshaftung* S. 491 ff). Dabei ist hier insbesondere die Parallele zur culpa in contrahendo offenkundig. Diese bildet nämlich anerkanntermaßen ebenfalls einen Fall der Vertrauenshaftung (vgl. statt aller *Ballerstedt AcP* 151 501 ff) und beruht ebenfalls auf einem „*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*“ (vgl. statt aller *Larenz Schuldrecht* I¹² § 9 I). Vor allem aber ist die Anknüpfung an die Lehre von der c. i. c. hier insofern äußerst fruchtbar, als bei dieser der Kreis der Haftenden nicht etwa auf diejenigen beschränkt ist, die einen Vertrag miteinander schließen wollen, sondern anerkanntermaßen auch andere Personen wie z. B. Stellvertreter umfaßt; als maßgebliche Kriterien hat die Rechtsprechung insoweit bezeichnenderweise genau wie bei der Haftung für falsche Auskünfte die Merkmale des besonderen Sachverständes und des Eigeninteresses herausgearbeitet (vgl. näher oben Rdn. 27 m. Nachw.). Man sollte daher auch im vorliegenden Zusammen-

hang nicht länger mit der dogmen- und methodengeschichtlich längst überholten Fiktion eines stillschweigenden Vertragsschlusses arbeiten, sondern in Fortbildung der Regeln über die culpa in contrahendo ein gesetzliches Schuldverhältnis und einen Fall der Vertrauenshaftung annehmen⁴⁷.

- 90 Diese Konstruktion ist der Vertragstheorie auch bei der Lösung praktischer Probleme überlegen. Das zeigt sich vor allem bei der Frage, ob der Auskunftgebende **Vertretungsmacht zum Abschluß von Verträgen** haben muß. Während das im Schrifttum z. T. in strenger Durchführung der Vertragstheorie bejaht wird (vgl. z. B. *Gaede* S. 84 ff m. Nachw.), wird es von der Rspr. verneint — und zwar auch für den Fall, daß die Bank nur jeweils zwei Angestellten gemeinsam Gesamtvertretungsmacht erteilt hat (vgl. RGZ 131 239, 246 f; BGH WM 1955 230, 233 unter III 4; 1973 635). Das ist dogmatisch inkonsequent, überzeugt aber im Ergebnis. Vom hier vertretenen Standpunkt aus läßt es sich ohne weiteres daraus erklären, daß es für eine — an die c. i. c. angelehnte — Vertrauenshaftung nicht auf die Vertretungsmacht zum Abschluß von Verträgen, sondern nur auf die Befugnis zur Herstellung des rechtsgeschäftlichen Kontakts ankommt (vgl. oben Rdn. 18). Es genügt daher, daß der auskunftgebende Angestellte mit Wissen und Willen der Bank eine Position bekleidet, zu deren Aufgabenkreis auch die Erteilung von Auskünften gehört (ebenso BGH aaO); darüber hinaus wird man in Analogie zu den Regeln über die Anscheinsvollmacht eine Haftung der Bank sogar dann zu bejahen haben, wenn der betreffende Angestellte sich die Befugnis zur Auskunfterteilung lediglich angemaßt hatte und der Auskunftsuchende insoweit gutgläubig war.

b) Die wichtigsten Fallgruppen: Wertpapierauskünfte und Kreditauskünfte

- 91 Die Vertrauenshaftung im allgemeinen und die Haftung für culpa in contrahendo im besonderen setzen das Vorliegen eines **rechtsgeschäftlichen Kontaktes** voraus (vgl. näher oben Rdn. 14). Überprüft man unter diesem Gesichtspunkt die einschlägigen bankrechtlichen Entscheidungen, so ergeben sich im wesentlichen zwei Fallgruppen: erstens Anfragen über die Verität oder die Bonität eines Wertpapiers⁴⁸ und zweitens Kreditauskünfte über Kunden der befragten Bank⁴⁹. Dabei gibt es gewisse Übergänge zwischen den beiden Fallgruppen, wobei z. B. die Anfrage über die Bonität eines Wechsels typologisch gesehen ungefähr in der Mitte stehen dürfte. Was die erste Fallgruppe betrifft, also die **Anfragen über die Verität oder die Bonität eines Papiers**, so ist hier das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Kontakts evident. Denn es geht dabei natürlich nicht um irgendwelche beliebigen Papiere, sondern um solche, die eine Beziehung zu der befragten Bank haben, also z. B. um auf diese gezogene Wechsel oder Schecks; dementsprechend zielt die Anfrage regelmäßig darauf ab, zu klären, welche Aussichten für eine Einlösung des Papiers durch die Bank bestehen. Diese Einlösung — bzw. beim Wechsel schon das Akzept — stellen aber ein Rechtsgeschäft zwischen der Bank und dem Auskunftsuchenden dar, und folglich bezieht sich die Anfrage hier auf ein **zukünftiges Rechtsgeschäft zwischen dem Fragenden und dem Befragten**. Das aber ist

⁴⁷ Vgl. schon *Canaris* Die Vertrauenshaftung S. 539 mit Fn. 75; ebenso oder ähnlich seither vor allem *Lorenz* S. 618 f; *Stoll* S. 763 ff; *Schlegelberger/Hefermehl* § 347 Rdn. 42; *Honsell* JuS 1976, 626; *Nirk* Festschr. für Hauß, 1978, S. 281 f.

⁴⁸ Vgl. RGZ 131, 239; RG JW 1931, 3097; BGH WM 1955, 230; OLG Stuttgart WM 1969, 278; vgl. auch RGZ 101, 297.

⁴⁹ Vgl. BGH WM 1962, 1110; 1970, 632; 1970, 1021; 1971, 206; 1972, 583; 1973, 635; 1974, 685; 1976, 498; OLG Nürnberg WM 1961, 1007; vgl. ferner die — freilich noch rein deliktsrechtlich argumentierenden — Entscheidungen RG Bank-Arch. 1929, 257 und 373; 1935, 491 und 492; JW 1930, 2927; HRR 1930 Nr. 6 sowie die — eine c. i. c. erwägende — Entscheidung BGH WM 1959, 1458, 1460 unter III 2.

II. Die Bankauskunft

mit vertraglichen Vorverhandlungen so eng verwandt, daß man die Regeln über die culpa in contrahendo hier wohl nicht einmal fortzuentwickeln braucht, sondern unmittelbar anwenden kann. Denn ganz allgemein besteht im vorvertraglichen Stadium die Verhaltenspflicht, den anderen Teil nicht über die Bereitschaft zu einem Vertragschluß schuldhaft irrezuführen und ihn nicht über die dafür maßgeblichen Umstände zu täuschen⁵⁰. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Vertrauende den Kontakt nicht willkürlich und einseitig von sich aus herzustellen versucht hatte, sondern der andere Teil sein grundsätzliches Einverständnis mit diesem erkennbar gemacht hatte. Ein derartiges grundsätzliches Einverständnis mit der Aufnahme des rechtsgeschäftlichen Kontakts aber ist hier — ähnlich wie übrigens mutatis mutandis in den „Warenhausfällen“ — gegeben; denn zum einen ist sie ganz allgemein in der Eröffnung eines entsprechenden Kontos für den Kunden zu sehen, da diese zwangsläufig Kontakte mit den Scheck- oder Wechselnehmern usw. zur Folge hat, und zum anderen liegt sie auch darin, daß die Bank sich überhaupt auf eine Beantwortung der Frage einläßt und diese nicht von vornherein zurückweist.

Bei der zweiten Fallgruppe, der **Kreditauskunft über einen Kunden der befragten Bank**⁴⁹, liegt die Problematik insofern etwas komplizierter, als es hier nicht um ein zukünftiges Rechtsgeschäft mit der Bank selbst, sondern um ein solches mit dem von der Anfrage betroffenen Kunden geht, da der Auskunftsuchende ja mit diesem (oder mit dessen Gläubiger) das Kreditgeschäft tätigen will. Die Bank ist hier also nicht potentielle Vertragspartei, sondern Dritte und daher kann sie grundsätzlich nicht wegen einer Schutzpflichtverletzung in Anspruch genommen werden. Indessen wird dieser Grundsatz, wie bereits erwähnt, durch wichtige Ausnahmen eingeschränkt. Deren Voraussetzungen liegen hier regelmäßig vor — ohne daß es insoweit auf den Streit um das maßgebliche Abgrenzungskriterium ankommt (vgl. dazu oben Rdn. 27). Anerkanntermaßen reicht es nämlich jedenfalls aus, daß der in Anspruch Genommene eine besondere persönliche Vertrauenswerbung entfaltet hat⁵¹. Das aber ist hier der Fall; denn die Bank wird gerade deshalb befragt, weil von ihr ein besonders zuverlässiges Urteil über ihren (!) Kunden zu erwarten ist, und daher nimmt sie — ähnlich wie z. B. ein Sachverständiger — in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch, wenn sie die Kreditauskunft erteilt. Auf das zweite Merkmal, das Eigeninteresse, das häufig ebenfalls vorliegt, kommt es daher insoweit nicht einmal mehr an. Die Voraussetzungen für eine Haftung aus Schutzpflichtverletzung sind somit auch bei dieser Fallgruppe in aller Regel erfüllt.

Das gilt auch dann, wenn der Auskunftsuchende sich nicht von sich aus an die Bank wendet, sondern diese vielmehr ihrem Kunden eine für einen unbestimmten Adressatenkreis bestimmte **Bescheinigung** über seine Kreditwürdigkeit aushändigt; denn „für die rechtliche Beurteilung kann es keinen Unterschied machen, ob die Bank die Anfrage des Interessenten abwartet und dann die Auskunft erteilt oder ob sie ohne solche Anfrage dem Kunden eine Bescheinigung mit dem Inhalt einer Auskunft gibt und ihm damit die Möglichkeit eröffnet, mit dieser an eine Vielzahl vielleicht noch ausfindig zu machender Interessenten heranzutreten und diesen die Anfrage zu ersparen“ (BGH WM 1970 1021, 1022; der Sache nach ähnlich BGH WM 1979 548, 549). Im Zweifel kann jedoch nicht angenommen werden, daß die Auskunft der Bank für „alle,

⁵⁰ Vgl. z. B. *Canaris* Die Vertrauenshaftung S. 543; *Palandt/Heinrichs* § 276 Anm. 6 b aa m. w. Nachw.

⁵¹ Vgl. z. B. BGHZ 63, 382, 385 f; BGH LM Nr. 14 Fa zu § 276 BGB; *Canaris* VersR 1965, 118; *Palandt/Heinrichs* § 276 Anm. 6 b gg m. w. Nachw.

die es angeht“ bestimmt ist⁵². Zum einen brächte das nämlich für die Bank ein unüberschaubares Risiko mit sich, und zum anderen stehen die Auskünfte in aller Regel in Zusammenhang mit bestimmten Projekten, die der befragten Bank zumindest in Umrissen — Größenordnung, etwaige Sicherheiten usw. — bekanntgegeben werden, so daß eine Auskunft ohne einen derartigen Bezugspunkt nicht nur wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit, sondern auch wegen ihrer praktischen Seltenheit im Zweifel nicht unterstellt werden darf.

- 93 Gewisse Zusatzprobleme ergeben sich, wenn der Auskunftsuchende weder unmittelbar Kontakt mit der auskunftgebenden Bank aufnimmt noch eine von dieser ausgestellte Bescheinigung vorgelegt bekommt, sondern die Auskunft unter **Zwischenschaltung seiner eigenen Bank** einholt. Steht diese ihrerseits mit der auskunftgebenden Bank in Geschäftsverbindung, so dürfte sich die Haftung der letzteren schon aus den Regeln über das Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte herleiten lassen⁵³, wie oben Rdn. 25 eingehend dargelegt ist. Treten die beiden Banken dagegen erst anläßlich dieses Auskunftsbegehrens in Verbindung, erscheint zwar die Heranziehung der Lehre von den Schutzwirkungen für Dritte als problematisch — denn das drittschützende Schuldverhältnis durch den Auskunftskontakt allein entstehen zu lassen, erweckt den Verdacht einer *petitio principii* —, doch kommt man jedenfalls mit der in der vorigen Rdn. vorgeschlagenen Vertrauenshaftung auch hier zum Ziel. Es steht nämlich nichts im Wege, auch einen durch die eigene Bank des Auskunftsuchenden *vermittelten* Kontakt genügen zu lassen^{53a}; insbesondere kann es keinen Unterschied machen, ob derjenige, auf den sich die Auskunft bezieht, dem anderen Teil eine schriftliche Auskunft seiner Bank vorlegt oder ob deren Auskunft durch die eigene Bank des Auskunftsuchenden — schriftlich oder mündlich — übermittelt wird. Allerdings muß auch hier für die befragte Bank erkennbar sein, daß die Auskunft für einen bestimmten — wenn auch nicht unbedingt namentlich benannten — Dritten eingeholt wird⁵⁴. Eine **Bank-zu-Bank-Auskunft**, die nur für die eigenen Zwecke der anfragenden Bank erteilt wird oder die überhaupt keine Richtung auf einen bestimmten Adressaten erkennen läßt (ohne doch für „alle, die es angeht“ bestimmt zu sein), begründet grundsätzlich keine Schutz-

⁵² Vgl. BGH WM 1970, 1021, 1022; 1976, 498, 499; 1979, 548, 550; OLG Karlsruhe WM 1967, 1257, 1258; Lorenz S. 592 ff und S. 618 f; Stoll S. 767 f; Honsell JuS 1976, 626 f; noch enger offenbar Staudinger/Wittmann¹² § 676 Rdn. 16.

⁵³ Vgl. schon Voraufgabe Anm. 45 Abs. 2; ebenso seither vor allem Musielak VersR 1977, 976 ff; der Sache nach grundsätzlich auch BGH WM 1974, 685, 686 unter 1 b, wo freilich merkwürdigerweise noch mit der überholten Konstruktion eines echten Vertrags zugunsten Dritter i. S. von § 328 BGB gearbeitet wird; schiefer BGH WM 1976, 498, 499 unter I 2, wo zwar einerseits zutreffend der Gesichtspunkt der „Schutzwirkungen zugunsten Dritter“ anstelle von § 328 BGB herangezogen wird, andererseits aber zu Unrecht auf eine „Fürsorgepflicht“ der die Auskunft einholenden Bank gegenüber ihrem Kunden abgestellt wird (vgl. demgegenüber oben Rdn. 22 und BGHZ 69, 82, 88) und das richtige Ergebnis (Verneinung der Haftung) nur deshalb getroffen wird, weil die Auskunft nicht für den betreffenden Kunden bestimmt war, sondern eine reine Bank-zu-Bank-Auskunft darstellte. Zu eng Honsell JuS

1976, 627 und erst recht Staudinger/Wittmann § 676 Rdn. 15, wo unter Berufung auf das veraltete Merkmal des personenrechtlichen Einschlags (vgl. dazu oben Rdn. 22) eine Haftung aus Schutzwirkung zugunsten Dritter überhaupt abgelehnt wird.

^{53a} Vgl. auch BGH WM 1980, 527, 528, wo freilich mit der Fiktion eines im Namen des Kunden geschlossenen Auskunftsvertrages gearbeitet wird.

⁵⁴ Vgl. auch BGH WM 1976, 498, 499; Lorenz S. 618 f; Stoll S. 767 ff; Musielak VersR 1977, 978; gegen jegliche Vertrags- oder Vertrauenshaftung der Korrespondenzbank zu Unrecht Dirichs WM 1976, 1080 f; zu eng auch Staudinger/Wittmann § 676 Rdn. 15, wo im Anschluß an die (nicht zur Bankauskunft ergangene) Entscheidung BGH WM 1970, 878, 880 gefordert wird, die Bank müsse das *Bewußtsein* gehabt haben, daß die Auskunft für den Dritten als Grundlage wichtiger Vermögensdispositionen dienen werde — ein Erfordernis, das nur im Rahmen von § 826 BGB passen würde, im Rahmen einer Haftung wegen Schutzpflichtverletzung aber system- und sachwidrig ist.

II. Die Bankauskunft

pflichten gegenüber dem auskunftsuchenden Bankkunden (vgl. auch die vorige Rdn. a. E.). Auch mit einer Drittschadensliquidation ist dann i. d. R. nicht weiterzukommen, weil hier regelmäßig die *Kumulierung* mehrerer Schäden droht und es daher an dem Merkmal einer bloßen *Verlagerung* des Schadens (vgl. oben Rdn. 26) fehlt⁵⁵.

Über die beiden genannten Fallgruppen hinaus gehören auch noch andere Fallkonstellationen in den vorliegenden Zusammenhang. Man denke etwa daran, daß eine Bank einem Nichtkunden auf Anfrage **Auskunft über den Eingang einer unwiderruflichen Giroüberweisung** zu seinen Gunsten erteilt (vgl. RG LZ 1926 225, 226 f; BGH WM 1958 1080, 1081; zu ähnlichen Fällen im Scheckrecht vgl. unten Rdn. 733). Die Bank tritt dadurch zu dem Überweisungsbegünstigten in einen Kontakt, der wegen seiner Beziehung auf den Giroverkehr rechtsgeschäftlicher und nicht nur allgemeinsozialer Natur ist, und sie entfaltet eine „persönliche Vertrauenswerbung“, indem sie eine Tatsache mitteilt, die in ihrem Kenntnisbereich liegt und die sie daher ungleich besser beurteilen kann als der Überweisungsbegünstigte. Ferner dürfte hierher der Fall gehören, daß die Bank bei der **Vorpfändung eines Kontos** dem Pfandgläubiger auf dessen Bitte fälschlich die Auskunft erteilt, ein Guthaben sei im Zustellungszeitpunkt nicht vorhanden gewesen (vgl. dazu OLG Stuttgart NJW 1959 581, 583, wo ein Auskunftsvertrag fingiert wird); allerdings ist hier die äußerste Grenze einer Haftung wegen Schutzpflichtverletzung kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr erreicht.

c) Freizeichnungsklauseln

Für Freizeichnungsklauseln gelten gegenüber Nichtkunden dieselben Grundsätze wie gegenüber Kunden. Bezüglich des Vorbehalts „unverbindlich“ oder „ohne unser Obligo“ ist daher auf die Ausführungen oben Rdn. 84 f zu verweisen. Dieser Vorbehalt wird meist auch dann gemacht und weitergeleitet, wenn die Bank des Auskunftsuchenden die Auskunft bei einer anderen Bank einholt. Die Haftung der letzteren (vgl. Rdn. 93) ist dann entsprechend eingeschränkt (vgl. dazu auch *Gaede* S. 162 f). Die allgemeine **Freizeichnungsklausel nach Ziff. 10 AGB** wirkt grundsätzlich ebenfalls auch gegenüber Nichtkunden (vgl. BGH WM 1970 632; 1972 583; 1973 636 und dazu oben Rdn. 32).

d) Deliktsansprüche

Angesichts des Schutzes durch einen fingierten Vertrag bzw. durch eine Vertrauenshaftung haben Deliktsansprüche auch im Verhältnis zu Nichtkunden nur eine ganz untergeordnete praktische Bedeutung. Das gilt um so mehr, als ihre Voraussetzungen nur sehr selten gegeben sind — was ja gerade das Bedürfnis nach einer Vertrags- oder Vertrauenshaftung hervorgerufen hat. Das liegt daran, daß Schäden aus Fehlauskünften in aller Regel reine Vermögensschäden sind und das Vermögen als solches nicht unter § 823 I BGB fällt. Denkbar wäre allerdings, in der Erteilung einer falschen Auskunft gegebenenfalls einen Eingriff in das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** zu sehen und so doch zu einer Anwendung des § 823 I zu kommen. Rechtsprechung und Lehre haben sich dazu jedoch bisher, soweit ersichtlich, nicht entschlossen. Ein solcher Schritt erscheint auch nicht ohne weiteres möglich. Denn anders als die „klassischen“ absoluten Rechte i. S. des § 823 I BGB hat das sogenannte Recht am Gewerbebetrieb keinen festumrissenen Schutzbereich; es stellt vielmehr in Wahrheit lediglich ein Bündel von Verhaltensnormen dar, die sich für

⁵⁵ Dieser Gesichtspunkt wird zu Unrecht vernachlässigt von BGH WM 1972, 583, 585 und *Musie-*

lak VersR 1977, 978; wie hier demgegenüber *Dirichs* WM 1976, 1081.

bestimmte Fallgruppen aufgrund eines besonderen Schutzbedürfnisses entwickelt haben (vgl. z. B. *Fikentscher Schuldrecht*⁶, § 103 II 1; *Larenz Schuldrecht* II¹¹, § 72 III b). Jede Anerkennung einer neuen Fallgruppe bildet daher einen Akt der Rechtsfortbildung und nicht lediglich — wie im Normalfall des § 823 I — einen solchen der Gesetzesanwendung. Eine derartige Rechtsfortbildung ist aber für den Fall der Falsch Auskunft nicht angezeigt, da zum einen das Recht am Gewerbebetrieb ohnehin eine systemwidrige, contra legem entstandene Rechtsfigur darstellt und daher in möglichst engen Grenzen gehalten werden sollte, und da zum anderen hier die Gefahr einer gesetzeswidrigen „Erschleichung“ eines Deliktsschutzes für allgemeine Vermögensschäden besonders evident ist.

- 97 Es bleibt daher nur die Möglichkeit einer **Schutzgesetzverletzung** i. S. von § 823 II BGB, wobei vor allem an eine Kreditschädigung gemäß § 824 BGB und an Betrug oder Untreue zu denken ist, sowie einer **vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung** i. S. von § 826 BGB. Letztere ist nach der Rechtsprechung vor allem bei wissentlich falschen Auskünften anzunehmen⁵⁶. Der Sittenverstoß kann dabei auch im vorsätzlichen Verschweigen erforderlicher Angaben liegen (vgl. BGH WM 1967 1258 unter I 2 vor a), wengleich insoweit keine zu scharfen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. RG BankArch. 1932 443, 444), sowie auch im vorsätzlichen Unterlassen der Berichtigung einer von Anfang an unrichtigen, aber guten Glaubens gegebenen Auskunft (vgl. RG BankArch. 1916 215 und dazu auch Rdn. 81). Darüber hinaus kann ein Sittenverstoß sogar bei Unkenntnis der Unrichtigkeit gegeben sein, sofern die Auskunft mit gewissenloser Leichtfertigkeit erteilt wurde und hinsichtlich des Schadenseintritts wenigstens *dolus eventualis* vorlag⁵⁷. Bei der Auskunftserteilung durch Hilfspersonen ist freilich in allen derartigen Fällen zu beachten, daß innerhalb des Deliktsrechts § 278 BGB keine Anwendung findet und daß die Haftung daher vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 31 BGB oder des § 831 BGB abhängt (vgl. dazu eingehend unten Rdn. 139 ff). Hat der Geschädigte von der falschen Auskunft keine Kenntnis erlangt, so scheidet eine Haftung aus § 826 BGB für nachteilige Maßnahmen des Geschädigten wie z. B. Kreditgewährungen auch dann aus, wenn die Tatbestandsmerkmale der Sittenwidrigkeit, des Schädigungsvorsatzes und der Kausalität erfüllt sind (vgl. BGH WM 1979 428, 429); denn es fehlt dann an dem erforderlichen Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeitszusammenhang.

4. Die Haftung gegenüber demjenigen, über den eine Auskunft erteilt wird

- 98 Nicht nur derjenige, an den eine Auskunft erteilt wird, sondern auch derjenige, über den sie erteilt wird, kann einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Bank haben. Wegen der Unterschiedlichkeit der Anspruchsgrundlagen ist dabei wieder zwischen Kunden und Nichtkunden zu unterscheiden. Die **Haftung gegenüber dem Kunden** beruht auch insoweit in erster Linie auf der Geschäftsverbindung und den aus dieser folgenden **Ansprüchen wegen Schutzpflichtverletzung**. Daraus folgt vor allem, daß die Bank ihrem Kunden grundsätzlich jeden Schaden zu ersetzen hat, den dieser durch eine schuldhaft *unrichtige* Auskunft erleidet; denn aus Treu und Glauben ergibt sich mit Selbstverständlichkeit die Rechtspflicht, über einen Kunden nur richtige Auskünfte zu geben. Darüber hinaus kann die Bank ihrem Kunden aber auch bei Erteilung einer

⁵⁶ Vgl. RGZ 94, 318; 126, 50; RG BankArch. 1910, 12; WarnRspr. 1911 Nr. 376; 1912 Nr. 24; LZ 1914, 1021; BGH WM 1957, 545; 1967, 1258; 1973, 636; 1974, 153; OLG Hamburg WM 1975, 703.

⁵⁷ Vgl. RG BankArch. 1929, 373, 374; JW 1933, 2513 m. Nachw.; BGH WM 1964, 1165 unter II; 1967, 1258 unter I 2 vor a; 1976, 498, 500.

III. Die Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten der Bank

richtigen Auskunft schadensersatzpflichtig werden, sofern sie durch diese ihre Verschwiegenheitspflicht verletzt hat (vgl. dazu eingehend oben Rdn. 56 ff). In beiden Fällen gelten die allgemeinen Regeln über Schutzpflichtverletzungen, so daß z. B. auch bloße Vermögensschäden zu ersetzen sind und § 278 BGB zur Anwendung kommt (vgl. oben Rdn. 15 ff). Die Geltendmachung seiner Ansprüche wird dem Kunden dadurch erleichtert, daß er u. U. einen Anspruch gegen die Bank auf Mitteilung der über ihn gegebenen Auskunft hat (vgl. OLG Karlsruhe WM 1971 486, 487 f), soweit darin nicht ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt.

Daneben kann eine **Deliktshaftung** gegeben sein. Allein nach dieser richtet sich die **Haftung gegenüber dem Nichtkunden**. Gegen eine schuldhaft *unrichtige* Auskunft wird auch dieser in verhältnismäßig weitem Umfang geschützt, weil darin i. d. R. entweder ein Verstoß gegen § 824 BGB (vgl. auch BGH DB 1953 1031) oder ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts liegt; allerdings wird die Haftung nicht selten an dem Entlastungsbeweis gemäß § 831 I 2 BGB scheitern. Gegenüber *richtigen* Auskünften ist der Schutz des Nichtkunden dagegen wesentlich schwächer. Hier haftet die Bank nämlich grundsätzlich allenfalls dann, wenn sie sich entweder ihre Informationen unter Verstoß gegen eine Verhaltensnorm verschafft hat oder wenn sie ihre Mitteilung in unnötig scharfer Form macht (vgl. dazu oben Rdn. 40 und 47); der weitere Tatbestand einer Weitergabe von Geheimnissen „ohne gebotenen Anlaß“ (vgl. dazu oben Rdn. 47) spielt hier keine Rolle, da bei Auskünften an einen Kunden der Bank jedenfalls ein hinreichender Anlaß vorliegt und dasselbe angesichts der Üblichkeit von Bankauskünften selbst bei Auskünften an Nichtkunden gelten dürfte.

III. Die Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflicht der Bank

1. Die Haftung für die Erteilung eines falschen Rats oder einer falschen Empfehlung

Für die Beratungspflicht der Bank gelten im wesentlichen dieselben Grundsätze wie für die Auskunftspflicht. Die Bank haftet daher grundsätzlich für die Erteilung eines falschen Rats oder einer falschen Empfehlung, was z. B. im Wertpapier- und Effekten-geschäft eine nicht unerhebliche praktische Rolle spielt⁵⁸. Gegenüber einem *Kunden* der Bank ist die **Anspruchsgrundlage** dabei in den aus der Geschäftsverbindung entspringenden Schutzpflichten und dem Vertrauensverhältnis zu sehen (vgl. oben Rdn. 77 f); gegenüber einem *Nichtkunden* kommt es darauf an, ob ein rechtsgeschäftlicher Kontakt bestand und die Bank eine „persönliche Vertrauenswerbung“ entfaltet hat (vgl. oben Rdn. 89 ff). Möglich ist selbstverständlich auch der Abschluß eines besonderen Beratungsvertrags (vgl. BGH WM 1973 164, 165 unter I), doch dürfte dessen Annahme häufig eine bloße Fiktion und daher der vertrauensrechtlichen Konstruktion unterlegen sein (wenig überzeugend insoweit der BGH aaO).

Gewisse Besonderheiten gegenüber der Problematik falscher Auskünfte können sich hinsichtlich der Frage der **Unrichtigkeit des Rates oder der Empfehlung** ergeben. Anders als dort dürfte der Schwerpunkt hier nämlich weniger bei der Mitteilung bestimmter Tatsachen, als bei deren Bewertung und den aus ihnen zu ziehenden Schlußfolgerungen liegen. Die Unrichtigkeit eines Werturteils ist aber — jedenfalls bei der hier erforderlichen ex-ante-Beurteilung — erheblich schwieriger darzutun als die Unrichtigkeit einer Tatsachenmitteilung. Der Bank ist daher ein verhältnismäßig weiter

⁵⁸ Vgl. z. B. RGZ 27, 118; 42, 125; 67, 394; RG JW 281; *Tepe* S. 10 ff; *Koch* Bankgeschäfte S. 307 f; 1903, 151 Nr. 7; BGH WM 1972, 19 = 1972, Schönle § 5 III 1.

Wertungs- und Beurteilungsspielraum einzuräumen. Unrichtig ist ein Rat oder eine Empfehlung allerdings jedenfalls dann, wenn dabei unrichtige Tatsachen zugrunde gelegt worden sind oder wenn nicht alle erforderlichen Tatsachen ermittelt oder mitgeteilt wurden; so ist eine Empfehlung z. B. dann irreführend und falsch, wenn die Bank ein Unternehmen, hinsichtlich dessen sie eine Kommanditbeteiligung als Anlage empfohlen hat, als „aufstrebend“ bezeichnet und dabei Tatsachen, die erst den vollen Umfang des Risikos einer Beteiligung erkennen lassen wie z. B. eine passive Bilanz in den Vorjahren, nicht mitteilt — und zwar auch dann, wenn die Bank an eine positive Weiterentwicklung des Unternehmens glaubt (vgl. BGH WM 1973 164, 165 f). Geht die Bank dagegen von zutreffendem und vollständigem Tatsachenmaterial aus, so wird man einen Rat oder eine Empfehlung i. d. R. nur dann als unrichtig ansehen können, wenn die Bank bei ihren Schlußfolgerungen gegen die Denkgesetze oder gegen allgemeine Erfahrungsgrundsätze verstoßen oder die Vorsicht und Zurückhaltung außer acht gelassen hat, die bei Prognosen im allgemeinen und bei Bankempfehlungen im besonderen erforderlich sind (vgl. im übrigen auch unten Rdn. 1858 ff und 1880 ff). Dabei ist zu beachten, daß es hier nicht etwa nur um die Problematik des Verschuldens, sondern bereits um den Tatbestand einer Schutzpflichtverletzung geht; das ist insofern von praktischer Bedeutung, als die Beweislast hinsichtlich des letzteren grundsätzlich den Kunden trifft, hinsichtlich des ersteren dagegen meist die Bank (vgl. insofern oben Rdn. 29 f).

- 102** Was das Vorliegen eines **Schadens** angeht, so entfällt dieser nicht schon dann, wenn der Kunde aufgrund der Empfehlungen der Bank auch andere Wertpapiere angeschafft und dabei einen Gewinn gemacht hat, sondern nur dann, wenn ein „unmittelbarer Zusammenhang“ zwischen der schadenstiftenden Veräußerung und dem gewinnbringenden Erwerb besteht (vgl. BGH WM 1972 19, 20 unter IV = 1972 281, 282 unter III) oder sonst die Voraussetzungen einer „Vorteilsausgleichung“ erfüllt sind.

2. Die Haftung für die Unterlassung eines Rats, einer Warnung oder einer Aufklärung

- 103** Ebenso wie im Rahmen der Auskunftshaftung ist auch im vorliegenden Zusammenhang streng zwischen der Einstandspflicht der Bank für ein positives Tun, also für die Erteilung eines falschen Rats usw., und für ein bloßes Unterlassen, also für die Nichterteilung eines Rats usw. zu unterscheiden. Wie in allen Fällen des Unterlassens setzt eine Haftung der Bank auch hier das Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln voraus. Diese kommt nur bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht, da es **keine allgemeine Beratungs-, Warn- oder Aufklärungspflicht der Bank** gibt. Zwar hat das RG von der Bank gefordert, „den Kunden treu zu beraten und ihn über alle Umstände aufzuklären, die für seine Entschließung von Bedeutung sein können“ (WarnRspr. 1916 Nr. 277 S. 456), doch hat die Rechtsprechung mit einer so allgemein gehaltenen Pflicht zu Recht niemals Ernst gemacht. Die Analyse des einschlägigen Fallmaterials zeigt im Gegenteil, daß die Gerichte mit der Annahme von Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten verhältnismäßig zurückhaltend sind. Das hat seinen Grund nicht etwa in der **Freizeichnungsklausel gemäß Ziff. 10 AGB**, die im vorliegenden Zusammenhang gar nicht anwendbar ist (vgl. unten Rdn. 2617 f), sondern vielmehr darin, daß schon die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Beratungs-, Warn- oder Aufklärungspflicht meist nicht gegeben sind. Im einzelnen sind dabei mehrere **Fallgruppen** zu unterscheiden, wobei die Beratungs- und Aufklärungspflicht beim Effektengeschäft wegen ihrer besonderen Struktur nicht hier, sondern erst unten Rdn. 1880 ff behandelt wird.

a) Die Warnpflicht im bargeldlosen Zahlungsverkehr

Als erste einschlägige Gruppe sind die Fälle **unzweckmäßiger Giroüberweisungen** zu nennen. Die Rechtsprechung ist hier sehr zurückhaltend und geht grundsätzlich davon aus, daß die Bank **keine Erwägungen über die Zweckmäßigkeit von Überweisungsaufträgen** anzustellen braucht⁵⁹. Dem ist zuzustimmen (so auch *Schlegelberger/Hefermehl* Anh. zu § 365 Rdn. 22). Zum einen hat nämlich die Bank i. d. R. keinen genügenden Einblick in die Absichten und Verhältnisse des Kunden, um sich ein klares Urteil über die Zweckmäßigkeit seiner Maßnahmen bilden zu können, zum anderen und vor allem aber wäre eine solche Pflicht mit Zweck und Funktion des Giroverkehrs unvereinbar, da die erforderlichen Prüfungen und Rückfragen dessen Reibungslosigkeit und Schnelligkeit zu stark belasten würden.

In **Ausnahmefällen** kann freilich etwas anderes gelten. Das dürfte entgegen der Entscheidung RGZ 54 229 mit der neueren Rechtsprechung vor allem dann zu bejahen sein, wenn die Bank **Kenntnis von der Zahlungseinstellung des Überweisungsbegünstigten oder vom unmittelbaren Bestehen seines wirtschaftlichen Zusammenbruchs hat**⁶⁰. Denn die Bank kann nicht wissen, ob der Überweisende nicht vorleistet, ob er ohne die Überweisung nicht die Möglichkeit der Konkursaufrechnung hätte usw., und sie läuft daher Gefahr, durch die Durchführung der Überweisung an einer Schädigung des Kunden mitzuwirken. Diese Warnpflicht besteht i. d. R. auch dann, wenn der Überweisungsempfänger ebenfalls Kunde der Bank ist, da das Bankgeheimnis hier meist zurücktritt (vgl. oben Rdn. 63). Erst recht muß die Bank den Überweisungsempfänger warnen, wenn sie **Kenntnis von der Zahlungseinstellung der Empfangsbank hat**⁶¹. Das sollte auch dann gelten, wenn man das Konkursrisiko insoweit nicht dem Überweisenden, sondern dem Überweisungsempfänger auferlegt (vgl. dazu unten Rdn. 478), da die Durchführung einer Überweisung an eine insolvente Bank keinesfalls dem mutmaßlichen Willen des Überweisenden entspricht; damit stimmt i. E. überein, daß der BGH dem Überweisungsempfänger einen Schadensersatzanspruch (aus § 826 BGB) zuerkennt⁶¹. Entsprechendes gilt im Lastschriftverfahren (vgl. näher unten Rdn. 540).

Eine Warnpflicht der Bank wird man ferner dann anzunehmen haben, wenn sie **Kenntnis von einer Veruntreuungsabsicht des Überweisungsempfängers oder des zur Verfügung über das Konto Berechtigten** hat. Auch hier läuft die Bank nämlich Gefahr, ganz ähnlich wie bei Überweisungen an einen insolventen Empfänger an einer Schädigung ihres Kunden mitzuwirken, ja u. U. sogar Beihilfe zu einer Untreue zu begeben.

Während für das **Lastschriftverfahren** im wesentlichen dieselben Grundsätze angemessen erscheinen wie für die Giroüberweisung (vgl. näher unten Rdn. 540 und 615), lassen sich diese auf den **Scheckverkehr** nicht ohne weiteres übertragen. Dem stehen nämlich die besondere Funktion des Schecks, eine der Barzahlung nahekommende Möglichkeit der Zug-um-Zug-Leistung zu schaffen (vgl. unten Rdn. 679), sowie die — damit zusammenhängende — Regelung von Art. 32 I ScheckG entgegen, wonach ein Widerruf des Schecks grundsätzlich erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist wirksam ist. Darin kommt zum Ausdruck, daß der Scheckinhaber eine rechtlich geschützte Stellung

⁵⁹ Vgl. RGZ 54, 329, 331 f.; RG BankArch. 1913, 170 = Recht 1914 Nr. 479; BGH WM 1960, 1321, 1322 unter II; 1961, 510, 511 unter III 3.

⁶⁰ Vgl. RG BankArch. 1913, 170 = Recht 1914 Nr. 479; BGH WM 1960, 1322 unter III; 1961, 511; *Schlegelberger/Hefermehl* Anh. zu § 365 Rdn. 22; *Staudinger/Wittmann* § 665 Rdn. 7; a. A.

z. B. *Meyer-Cording* Das Recht der Banküberweisung, 1951, S. 19 f. m. Nachw. zum älteren Schrifttum und S. 56.

⁶¹ Vgl. BGH WM 1963, 829 und OLG Hamburg BB 1961, 1075, wo sogar ein Verstoß gegen § 826 BGB bejaht wird; *Schoele* Das Recht der Überweisung, 1937, S. 181; *Meyer-Cording* aaO S. 56.

hat, die wesentlich stärker ist als die des Überweisungsbegünstigten (vgl. auch unten Rdn. 739). Zwar kann Art 32 I ScheckG durch Vertrag zwischen der Bank und dem Aussteller abbedungen werden (vgl. unten Rdn. 702), doch ginge es zu weit und wäre insbesondere mit der institutionellen Funktion des Schecks als eines bargeldnahen Zahlungsmittels unvereinbar, wenn man auch ohne das Bestehen einer solchen vertraglichen Abrede der bezogenen Bank die Pflicht auferlegen würde, den Aussteller vor einem drohenden Zusammenbruch des Scheckinhabers zu warnen und ihm die Befolgung eines etwaigen Widerrufs anzubieten; anders sollte man nur in den Fällen eines Nothilfegebots entscheiden, also vor allem dann, wenn die bezogene Bank erkennt oder es für sie evident ist, daß in der Präsentation des Schecks eine strafbare Handlung oder ein Sittenverstoß gegenüber dem Aussteller liegt. Dagegen wird man nach Ablauf der Vorlegungsfrist trotz der unten Rdn. 739 genannten, hier jedoch nicht recht passenden Gesichtspunkt eine Warn- und Rückfragepflicht grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen wie im Girovertragsrecht zu bejahen haben, da der Aussteller durch die Widerrufsmöglichkeit nunmehr wieder uneingeschränkt Herr des Zahlungsvorgangs ist, der Regreßanspruch aus dem Papier dem Inhaber keine Rechtsposition gegenüber der Bank gibt und die Entscheidung über die Inkaufnahme eines Protests grundsätzlich Sache des Ausstellers und nicht der Bank ist (vgl. aber auch unten Rdn. 757); kann diese jenen freilich nicht rechtzeitig erreichen, wird es im Hinblick auf die Gefahren eines Protests meist vertretbar sein, den Scheck einzulösen. Keine Warnpflicht besteht bei Vorlage eines Scheckkartenschecks, weil (und sofern) die Bank gegenüber dem Einreicher zur Einlösung verpflichtet ist.

Eine Warnpflicht hat die Bank weiterhin grundsätzlich, wenn sie einen Scheck mangels Deckung nicht einlösen will (vgl. auch unten Rdn. 693). Ferner hat sie den Aussteller z. B. grundsätzlich von der Entdeckung einer Fälschung zu informieren, weil auch bei Ablehnung der Scheckeinlösung die Gefahr besteht, daß der Fälscher noch weitere Fälschungen begangen hat oder den Aussteller sonstwie schädigt.

- 108** Für den **Abrechnungsverkehr** bei den Landeszentralbanken hat der BGH dagegen eine Übernahme der zum Girovertragsrecht entwickelten Warn- und Aufklärungspflichten mit Recht abgelehnt⁶². Angesichts der Beteiligung einer Vielzahl von Banken würde nämlich die Warnung zwangsläufig stets zur Schädigung von anderen Abrechnungsteilnehmern oder von deren Kunden führen, ohne daß für die Zurücksetzung ihrer Interessen irgendein Grund besteht. Demgemäß braucht die Bank die übrigen Abrechnungsteilnehmer grundsätzlich nicht davon in Kenntnis zu setzen, wenn sie erfahren hat, daß das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen einem Abrechnungsteilnehmer die Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften zu entziehen beabsichtigt (vgl. dazu im übrigen auch unten Rdn. 914). Entsprechendes gilt folgerichtig bei Zahlungseinstellung eines Abrechnungsteilnehmers (vgl. auch unten Rdn. 915).

b) Die Warnpflicht bei Kreditgeschäften

- 109** Grundsätzlich hat die Bank nach der Rechtsprechung des BGH, der sich die h. L. angeschlossen hat, **keine Pflicht zur Warnung vor gefährlichen Kreditgeschäften oder zur Aufklärung über die Vermögensverhältnisse des potentiellen Kreditnehmers**⁶³. Die

⁶² Vgl. BGH WM 1978, 588, 589 gegen LG Frankfurt WM 1975, 1123 und OLG Frankfurt WM 1976, 725; ebenso schon *Canaris* WM 1976, 1013 und 1015; dem BGH i. E. folgend auch *Pfister* ZHR 143, 64 ff.; a. A. vor allem *Sandberger* BB 1976, 489 ff.

⁶³ Vgl. BGH WM 1960, 1321, 1322 unter III; 1961,

510, 511 unter III 3; 1963, 475 f unter IV; 1963, 1093 unter II 1; 1969, 560 f; 1971, 817, 818; 1978, 785, 787 unter IV; 1978, 896, 897 unter I 2; 1978, 1038, 1041 unter 4 b; zustimmend *Schlegelberger/Hefermehl* Anh. zu § 365 Rdn. 22; *Palandt/Thomas* § 665 Anm. 4; *Gaede* S. 82 f; *Wolff* Die AG 1968, 289.

III. Die Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten der Bank

Bank hat nicht einmal die Pflicht, ihren Kunden darauf hinzuweisen, daß sie ihrerseits den Kredit an den betreffenden Kreditnehmer eingestellt hat (vgl. BGH WM 1963 475 f unter IV); erst recht braucht sie ihm nicht mitzuteilen, aus welchen Gründen sie sich zu dieser Maßnahme genötigt sah (vgl. BGH WM 1969 561). Auch wenn die Bank vorher dem Kunden eine Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers erteilt hatte, trifft sie nach Ansicht des BGH keine Benachrichtigungs- und Warnpflicht, wenn sich nachträglich dessen Vermögensverhältnisse erheblich verschlechtern und ihr dies bekannt wird (vgl. BGH WM 1956 283, 284 unter 5 a; vgl. auch oben Rdn. 81 m. weiteren Nachw.).

Diese Zurückhaltung der Rechtsprechung ist zu begrüßen. Denn es ist nach geltendem Recht grundsätzlich Sache des Kreditgebers, sich über die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers zu unterrichten und die Risiken des Geschäfts abzuschätzen: *caveat creditor!* Auch kann der Kreditgeber sich ja ohne weiteres mit dem Ersuchen um eine Auskunft an die Bank wenden, wenn er auf eine Beratung durch sie Wert legt; diese darf daher ohne ein solches Verlangen i. d. R. davon ausgehen, daß sie sich über die Risiken des Kreditgeschäfts nicht zu äußern braucht und daß auch im übrigen der Kunde insoweit allein für seinen Schutz sorgen wird.

In besonders gelagerten **Ausnahmefällen** kann jedoch auch im Zusammenhang mit gefährlichen Kreditgeschäften eine Beratungs-, Warn- oder Aufklärungspflicht gegeben sein. Insbesondere liegt es nahe, eine solche in Weiterbildung der zum Girovertragsrecht entwickelten Grundsätze (vgl. oben Rdn. 105) anzunehmen, wenn die **Bank Kenntnis von der Zahlungseinstellung des Kreditnehmers oder vom unmittelbaren Bestehen seines wirtschaftlichen Zusammenbruchs** hat. Daher dürfte die Bank z. B. zur Warnung eines Kunden verpflichtet sein, der ihr einen Kreditauftrag zugunsten eines zahlungsunfähigen oder vor dem Zusammenbruch stehenden Unternehmens erteilt⁶⁴. Ebenso wird man zu entscheiden haben, wenn ein Kunde den beabsichtigten Kredit bei der Bank refinanziert oder durch Verkauf von Wertpapieren abdeckt und die Bank mit der Überweisung der Valuta an ein konkursreifes Unternehmen beauftragt; derartige Fälle sind mit denen der gefährlichen Giroüberweisungen, in denen eine Warnpflicht anerkannt ist (vgl. oben Rdn. 105), auf das engste verwandt, ja wohl geradezu identisch (äußerst bedenklich daher BGH WM 1963 1093 unter II 1). Auch beim Diskontgeschäft kommt eine Warnpflicht in Betracht (vgl. näher unten Rdn. 1540). Stets muß die Bank aber in irgendeiner Weise in die Kreditgewährung eingeschaltet oder an ihr beteiligt sein. Daher ist sie grundsätzlich nicht zur Warnung eines Kunden verpflichtet, der ohne eine solche Mitwirkung einem konkursreifen Unternehmen Kredit zu geben im Begriff ist — z. B. durch Lieferung von Waren, durch Vornahme von Arbeiten und dgl.

Auch über **andere Risiken als das der Konkursreife** muß die Bank ihren Kunden u. U. aufklären. Hat sie z. B. den Kommanditisten einer Massen-KG die Zahlung von Darlehen an diese empfohlen und ist sie selbst als deren Hauptgläubigerin an der Sanierung interessiert, so muß sie die Kommanditisten, die die Darlehen bei ihr refinanzieren, vor Auszahlung der Valuta an die KG warnen, wenn die Sanierung mangels Aufbringung des erforderlichen Kapitals nicht gesichert ist (vgl. BGH WM 1978 896, 897). Ähnlich muß sie Arbeitnehmer, die bei ihr Darlehen zur Beteiligung an Unternehmen ihres Arbeitgebers zum Zweck der Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand aufnehmen, grundsätzlich warnen, sofern das Unternehmen seine Möglichkeiten zu

⁶⁴ Vgl. auch *Staudinger/Wittmann*¹² § 662 Rdn. 8 und *Staudinger/Brändl*¹¹ § 778 Rdn. 6; *Sichtermann* Bankgeheimnis S. 165 m. w. Zitaten, die

sich jedoch nicht präzise und speziell auf das vorliegende Problem beziehen.

sonstiger Kreditbeschaffung bereits voll ausgeschöpft hat (vgl. BGHZ 72 92, 103 ff). Auch über das — mit dem Bonitätsrisiko nicht identische — rechtliche Risiko, das sich aus der Darlehensrückzahlungspflicht ergibt, muß die Bank den Kreditnehmer ähnlich wie beim finanzierten Abzahlungskauf (vgl. dazu unten Rdn. 1423) aufklären, sofern die Rechtslage für den Kreditnehmer nicht hinreichend zu Tage liegt (vgl. BGH aaO). Überläßt die Bank dabei die Kreditverhandlungen dem Arbeitgeber, ist dieser ihr Erfüllungsgehilfe i. S. von § 278 BGB (vgl. BGH aaO).

- 112** Warnpflichten kommen nicht nur bei der Gewährung von Darlehen, sondern z. B. auch bei der **Aufbringung von Gesellschaftereinlagen** in Betracht; so kann es z. B. im Fall BGH WM 1978 896 keinen Unterschied machen, ob die Kommanditisten Darlehen an die KG gewähren oder ihre Einlagen erhöhen. Auch vor der **Übernahme einer Bürgschaft** muß die Bank ihren Kunden u. U. warnen, sofern sie dabei mitwirkt. Zahlt die Bank an einen Kreditnehmer ein Darlehen aus, obwohl sie wegen starker Zweifel an dessen Kreditwürdigkeit zur Verweigerung der Auszahlung berechtigt gewesen wäre, kann sie den Bürgen gemäß § 242 BGB nicht in Anspruch nehmen, zumal wenn dieser sie von der Auszahlung abzubringen versucht hat (vgl. BGH WM 1959 1072, 1074).
- 113** Andere Probleme ergeben sich, soweit es nicht um die Gewährung eines Kredits durch den Kunden an einen Dritten, sondern um die Aufnahme eines Kredits durch den Kunden bei der Bank geht. Hier stellt sich vor allem die Frage, ob die Bank eine Aufklärungspflicht bezüglich der **Zweckmäßigkeit einer Kreditaufnahme und der Zweckmäßigkeit der gewählten Kreditart** hat. Man wird das grundsätzlich zu verneinen haben. Das gilt nicht selten schon deshalb, weil die Bank mangels hinreichenden Einblicks in die Verhältnisse des Kreditnehmers u. U. gar nicht überblicken kann, ob die Aufnahme eines Kredits zweckmäßig ist und welche Gestaltungsform den Interessen des Kunden am besten entspricht. Vor allem aber steht einer allgemeinen Aufklärungspflicht die Tatsache entgegen, daß die Bank ein legitimes Eigeninteresse am Abschluß und an der Gestaltung des Kreditvertrags hat und daß der Kunde daher mit einem eigennützigen Verhalten der Bank rechnen muß; für Darlehensverträge besteht — anders als für Geschäftsbesorgungsverträge — de lege lata nun einmal keine Pflicht zur vorrangigen Wahrung des Kundeninteresses. Die Bank braucht folglich den Kunden grundsätzlich nicht darauf hinzuweisen, wenn z. B. ein langfristiger billigerer Kredit erkennbar zweckmäßiger für den Kunden wäre als ein Kontokorrent- oder ein Überziehungskredit, wenn eine vorzeitige Rückzahlung des Kredits (etwa nach § 247 BGB) oder eine Umschuldung empfehlenswert erscheint usw. Anders mag zu entscheiden sein, wenn der Kunde ersichtlich besonders unerfahren ist und z. B. in offenkundig unvernünftiger Weise ein Debet auf seinem laufenden Konto längere Zeit stehen läßt, obwohl er es mit Hilfe seines Sparkontos ohne weiteres abdecken könnte. Anders ist selbstverständlich erst recht zu entscheiden, wenn der Kunde die Bank um Beratung über die Zweckmäßigkeit seiner Kreditentscheidung — insbesondere der Kreditart — ersucht hat, doch geht es dann nicht um die hier zu erörternde Haftung der Bank für die Unterlassung einer Aufklärung, sondern um die oben Rdn. 100 f behandelte Einstandspflicht für eine falsche Beratung oder Empfehlung.
- 114** Wegen der **Kausalität** bei Verletzung von Warn- und Aufklärungspflichten vgl. oben Rdn. 30; wegen **Kollisionen mit dem Bankgeheimnis** vgl. Rdn. 63.

c) Die Pflicht zur Beratung und Aufklärung über Rechtsfragen

- 115** Bezüglich der Beratung und Aufklärung über Rechtsfragen stellt die Rechtsprechung ersichtlich wesentlich **schärfere Anforderungen** als bei den beiden zuvor behan-

III. Die Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten der Bank

delten Fallgruppen. Das dürfte zum ersten darauf zurückzuführen sein, daß hier besondere Gegenstände gegen eine Beratungspflicht, wie sie hinsichtlich der Kreditwarnung im caveat-creditor-Prinzip und hinsichtlich unzweckmäßiger Überweisungen in den Erfordernissen eines reibungslosen Giroverkehrs gegeben sind, nicht zu erkennen sind, und zum zweiten auch darauf, daß der Kunde sich bei Rechtsfragen im besonderen Maße auf den Sachverstand der Bank verlassen kann und muß, weil diese insoweit häufig über die weitaus besseren Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. Allerdings darf man auch hier die Sorgfaltspflichten der Bank keinesfalls überspannen und ihr etwa *ohne weiteres* eine Beratungspflicht auferlegen; denn die Beratung über Rechtsfragen gehört grundsätzlich nicht zu den spezifischen Aufgaben einer Bank und ist daher an sich nicht deren Sache, sondern die eines Rechtsanwalts, Steuerberaters und dgl. Auch hier besteht demnach **keine allgemeine Beratungs- oder Aufklärungspflicht** der Bank. Eine solche kommt vielmehr nur in Betracht, wenn *besondere Umstände* gegeben sind. Diese können sowohl in der Art des fraglichen Geschäfts als auch in der Person des Kunden liegen.

Ersteres ist z. B. der Fall, wenn das Geschäft **Steuervergünstigungen** zur Folge hat **116** und der Kunde es erkennbar (auch) im Hinblick hierauf abgeschlossen hat; die Bank hat dann die Pflicht, ihn auf etwaige steuerrechtliche Konsequenzen hinzuweisen und ihn vor Maßnahmen zu warnen, durch die er die erstrebten Vorteile verlieren würde (vgl. BGHZ 28 368, 373 f; BGH WM 1964 609; OLG Celle NJW 1954 1810). Im Zahlungsverkehr mit dem Ausland muß die Bank ihren Kunden auf **devisenrechtliche Vorschriften**, die durch seinen Auftrag verletzt werden, aufmerksam machen, sofern sie deren Kenntnis nicht bei ihm voraussetzen kann (vgl. BGHZ 23 222, 227; BGH WM 1958 1078, 1080 mit gewissen Einschränkungen; *Schlegelberger/Hefermehl* Anh. zu § 365 Rdn. 22). Unterläßt die Bank das, so kann der Kunde, wenn er wegen des Devisenvergehens zu einer Geldstrafe verurteilt wird, in den durch § 254 BGB gesetzten Grenzen bei ihr Regreß nehmen (ebenso i. E., wenngleich ohne Begründung BGH aaO); denn es geht hier anders als in den oben Rdn. 70 behandelten Fällen einer Verletzung des Bankgeheimnisses nicht um die Folgen einer bereits begangenen Straftat, sondern um die Verhinderung einer erst bevorstehenden Straftat, vor deren Begehung zu warnen gerade der Sinn und Zweck der fraglichen Schutzpflicht ist. Praktische Bedeutung hat die Problematik derzeit für die **Meldepflicht nach § 26 AWG i. V. m. § 59 AWGVO**, wonach Gebietsansässige Zahlungen von mehr als DM 1000,— an Gebietsfremde und den Erhalt von Zahlungen von diesen der Deutschen Bundesbank über die Landeszentralbanken zu melden haben und nach § 70 II Ziff. 12 AWGVO i. V. m. § 33 III Ziff. 1 AWG eine Ordnungswidrigkeit begehen, wenn sie die Meldung vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen.

Auch vor den **rechtlichen Gefahren des Wechselverkehrs** muß die Bank ihren Kunden warnen, sofern im Hinblick auf seine Vorbildung und seinen Beruf sowie auf etwaige Besonderheiten der fraglichen Maßnahme nicht zu erwarten ist, daß er die Risiken von sich aus erkennt (vgl. BGH WM 1966 619, 620 unter II; 1967 1077, 1079 unter 4). Weitreichende Aufklärungspflichten obliegen der Bank auch beim **finanzierten Abzahlungskauf** (vgl. näher unten Rdn. 1423 m. Nachw.); auch diese finden ihren Grund einerseits in der besonderen Kompliziertheit und Gefährlichkeit der Rechtslage, die die Bank überdies in zurechenbarer Weise mitherbeigeführt hat, und andererseits in der meist geringen Rechtskenntnis und Erfahrung der betreffenden Kunden. Vollends unerlässlich ist, daß die Bank einen unerfahrenen Kunden wie z. B. einen Schneidermeister über die **Gefahren des Börsentermingeschäfts** aufklärt und ihn gegebenenfalls sogar von diesem abzuhalten versucht, wenn derartige Geschäfte für ihn ersichtlich

ungeeignet sind (vgl. RG WarnRspr. 1916 Nr. 277 S. 456), während gegenüber einem börsenerfahrenen Kaufmann eine solche Pflicht nicht besteht (vgl. RG BankArch. 1929 454).

Von der Bank ist dabei in allen einschlägigen Rechtsfragen grundsätzlich eine umfassende Kenntnis zu erwarten. Auch über **Änderungen der Gesetzeslage** hat sie sich auf dem laufenden zu halten und dafür Sorge zu tragen, daß diese unverzüglich den im Verkehr mit den Kunden tätigen Angestellten bekannt werden (vgl. BGH WM 1964 609 unter 2 a).

- 117** Schwierig zu beurteilen ist, ob und inwieweit eine Beratungs- oder Aufklärungspflicht auch hinsichtlich solcher Rechtsfragen in Betracht kommt, die gerade das **Rechtsverhältnis zwischen der Bank selbst und ihrem Kunden** betreffen. Als Ausgangspunkt dürfte dabei die Regel zugrunde zu legen sein, daß die Bank von dem Kunden sowohl die Kenntnis der fundamentalen bankrechtlichen Rechtsinstitute als auch der AGB erwarten kann und daß der Kunde mit einer Wahrnehmung des Eigeninteresses der Bank ihm gegenüber rechnen muß. Im Hinblick hierauf erscheint es folgerichtig, daß die Bank nach Ansicht des BGH keine Verpflichtung hat, den Kunden bei der Einreichung eines Schecks auf das **Pfandrecht der Bank gemäß Ziff. 19 der AGB** und auf die kraft der **Kontokorrentabrede** erfolgende automatische Verrechnung des eingezogenen Scheckbetrags mit einem bestehenden Debet des Kunden hinzuweisen — und zwar auch dann nicht, wenn der Kunde den erkennbaren Wunsch hat, über den Scheckbetrag unabhängig von dem negativen Stand seines Kontos verfügen zu können (vgl. BGH WM 1971 178 und dazu unten Rdn. 747; ebenso schon *Prost NJW 1969 1235*).

Besteht dagegen ein derartiges Eigeninteresse der Bank nicht und handelt es sich überdies um einen juristisch nicht leicht zu durchschauenden Vorgang, wird man in der Annahme einer Beratungspflicht strenger sein müssen. So dürfte die Bank z. B. die Pflicht haben, einen Kunden, der ein **Gemeinschaftskonto in der Form eines Oder-Kontos** errichten will, auf die darin u. U. liegenden Gefahren (z. B. hinsichtlich der gesamtschuldnerischen Haftung und hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsmöglichkeit) hinzuweisen (vgl. dazu unten Rdn. 227 ff) und ihn zu fragen, ob seinen Zielen nicht auch mit der Erteilung einer Bankvollmacht gedient ist (anders OLG Nürnberg NJW 1961 510, 511 a. E.; OLG Köln ZIP 1980 979, 980 f). Angesichts der Häufigkeit von Fällen, in denen der Kunde anderen Personen wie vor allem seiner Ehefrau in der einen oder anderen Form Mitverfügungsbefugnis über das Konto einräumen will, stellt es auch keine Überspannung der Sorgfaltspflichten dar, von der Bank zu erwarten, daß sie ihre — juristisch meist nicht besonders vorgebildeten — Angestellten, die für Kontoeröffnungen zuständig sind, durch eine hinreichende Schulung in die Lage versetzt, den Kunden über die verschiedenen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten und ihre Vor- und Nachteile wenigstens in groben Zügen aufzuklären (zustimmend *Liesecke WM 1975 296*).

IV. Sonstige Verhaltenspflichten der Bank gegenüber ihren Kunden

1. Die Treupflicht

- 118** Die Rechtsprechung hat wiederholt den Grundsatz ausgesprochen, daß die Bank und der Kunde alles zu vermeiden haben, wodurch der andere Teil geschädigt werden kann (vgl. z. B. RG BankArch. 1928 258; BGH WM 1967 1142, 1143 unter 2 a; 1968 214, 216). Diese Formulierung ist zwar sachlich zweifellos viel zu weit, weist jedoch dogmatisch insofern einen richtigen Kern auf, als sie typischerweise verwendet wird,

IV. Sonstige Verhaltenspflichten der Bank gegenüber ihren Kunden

wo es um die sogenannte **Treupflicht** geht. Diese ist vorwiegend aus dem Gesellschafts- und Arbeitsrecht bekannt, läßt sich jedoch nicht auf diese Gebiete beschränken, sondern hat auch im Verhältnis zwischen der Bank und ihrem Kunden ein legitimes Anwendungsfeld; denn sie findet ihre dogmatische Grundlage im Bestehen eines gesteigerten Vertrauensverhältnisses, und dieses Kriterium ist, wie u. a. in der Einleitung zu den AGB der Banken ausdrücklich hervorgehoben wird, hier erfüllt (vgl. näher *Canaris ZHR 143 116 f*). **Intensität und Inhalt der Treupflicht** lassen sich freilich nicht generell bestimmen, sondern nur fallgruppenbezogen konkretisieren. Sie hängen insbesondere von dem jeweiligen Sach- und Rechtsgebiet ab; sie sind am schwächsten im Bereich des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und am stärksten im Bereich des Effektenwesens, während das Kreditvertragsrecht eine Mittelstellung einnimmt.

Als Beispiel für eine inhaltliche Konkretisierung der Treupflicht könnte man die **119** oben Rdn. 103 ff erörterten **Warn- und Aufklärungspflichten** ansehen, doch dürfte sich eine solche Terminologie nicht empfehlen, da jene Pflichten sich auch ohne Rückgriff auf den Treuegedanken verstehen lassen und nicht die für diesen charakteristische besondere Intensität besitzen. Passend ist die Treupflichtterminologie dagegen jedenfalls für die unten Rdn. 1262 ff behandelten **Pflichten der Bank zur Belassung oder Erhöhung von Krediten** und wohl auch für die **Beratungs- und Aufklärungspflichten beim Effektengeschäft** (vgl. zu diesen unten Rdn. 1880 ff).

Ein spezifisches Problem der Treupflicht ist ferner die Frage, ob die Bank ihrem **120** Kunden gegenüber einem (ungeschriebenen) **Wettbewerbsverbot** unterliegen kann. Dabei steht freilich von vornherein außer Zweifel, daß ein allgemeines Wettbewerbsverbot in Analogie zur Regelung der §§ 60 f, 112 f HGB, 88 AktG, wonach grundsätzlich alle Geschäfte im Handelszweig des anderen Teils unzulässig sind, hier nicht in Betracht kommt. Denn es wäre völlig untragbar, wenn eine Bank in allen Geschäftszweigen, in denen einer ihrer Kunden tätig ist, ihrerseits nicht mehr tätig werden dürfte; das gilt um so mehr, als die Bank dann folgerichtig nicht einmal mehr Bankgeschäfte machen dürfte, weil zu ihren Kunden stets auch andere Banken gehören.

Andererseits kann sich aber gleichwohl aus der Treupflicht u. U. ein auf bestimmte Bereiche *beschränktes* Wettbewerbsverbot ergeben. Das kommt vor allem insoweit in Betracht, als es sich für die Bank um branchenfremde und für den Kunden um branchenspezifische Geschäfte handelt. Es wäre nämlich mit dem das Verhältnis von Bank und Kunde beherrschenden Vertrauensprinzip gänzlich unvereinbar, wenn dieser befürchten müßte, daß jene in seine Geschäftsbeziehungen einbricht und begonnene oder geplante Projekte an sich zu ziehen oder auf ihr nahestehende andere Unternehmen überzuleiten sucht; und es ist auf der anderen Seite durch das legitime Eigeninteresse der Bank grundsätzlich nicht gedeckt, wenn diese in fremden Branchen Geschäfte machen oder auf dem Umweg über Tochterunternehmen mittelbar von diesen profitieren will. Eine Bank verletzt daher z. B. ihre Treupflicht, wenn sie auf einen Geschäftspartner ihres Kunden mit dem Ziel einwirkt, daß jener einen bestimmten Auftrag — etwa ein Bauprojekt — nicht diesem, sondern statt dessen einer Tochter der Bank überträgt; das gilt erst recht, wenn eine Bank ihren Kunden aus einem Projekt herauszudrängen sucht, zu dessen Finanzierung sie eingeschaltet ist. Kartellrechtliche Bedenken bestehen gegen ein derartiges aus der Treupflicht entwickeltes Wettbewerbsverbot nicht, da es „funktionsnotwendig“ ist und § 1 GWB daher zurücktreten muß⁶⁵.

⁶⁵ Vgl. zum entsprechenden Problem bei den gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverboten z. B.

BGHZ 38, 306, 314 f; 70, 331, 334 ff; *Beuthien ZHR 142, 279 ff.*

2. Die Problematik der Gleichbehandlungspflicht

- 121** Anders als im Gesellschafts- und Arbeitsrecht korrespondiert der Treupflicht im Bankrecht **keine generelle Pflicht zur Gleichbehandlung der Kunden**. Denn zwischen der Bank und ihren Kunden besteht grundsätzlich weder ein rechtliches oder faktisches Über- und Unterordnungsverhältnis noch ein Gemeinschaftsverhältnis, so daß die maßgeblichen Voraussetzungen für eine Gleichbehandlungspflicht nicht erfüllt sind⁶⁶. Der Kunde kann daher z. B. grundsätzlich nicht verlangen, daß ihm Kredite zu denselben Konditionen gewährt werden wie anderen Kunden, daß er dieselben Börsentips erhält oder daß ihm dieselben Termingeldzinsen bezahlt werden. Ist allerdings über die Konditionen nicht ausdrücklich gesprochen worden, so ist gemäß § 157 BGB im Zweifel anzunehmen, daß sie der Üblichkeit entsprechen sollen, also dieselben sind wie bei den übrigen Kunden.
- 122** Ausnahmen von dem Grundsatz, daß die Bank keine Gleichbehandlungspflicht hat, können sich vor allem aus dem **Diskriminierungsverbot gemäß § 26 II 2 GWB** ergeben (vgl. freilich auch *Liesecke WM 1975 219*). Darüber hinaus besteht auch in einigen anderen Sonderfällen eine Gleichbehandlungspflicht. Zu erwähnen sind vor allem die Pflicht zur Gleichbehandlung bei der **Ausübung des Depotstimmrechts gemäß § 135 X AktG** (vgl. näher unten Rdn. 2193), bei der **Zuteilung von jungen Aktien an die Bezugsberechtigten gemäß § 186 V AktG** (vgl. näher unten Rdn. 2270) und bei der **Gewinnausschüttung an die Inhaber von Investmentanteilen** (vgl. näher unten Rdn. 2430).

3. Kontroll- und Überwachungspflichten

- 123** Eine umfassende Kontroll- und Überwachungspflicht obliegt der Bank **bezüglich ihrer Angestellten** (vgl. z. B. *RGZ 122 351 f*; *RG BankArch. 29 254, 255 f = JW 1930 2927*; *BGH WM 1966 491, 494 f*; *1980 1030, 1031*). Insbesondere muß die Bank ein Kontroll- und Überwachungssystem haben, das Straftaten ihrer Angestellten so weit wie möglich verhindert.
- 124** Bezüglich ihrer Kunden hat die Bank besondere Kontrollpflichten bei der **Kontoreröffnung**. Hier hat sie vor allem eine sorgfältige **Identitätskontrolle** vorzunehmen⁶⁷. Dazu muß sie sich, sofern der betreffende Angestellte den Kunden nicht persönlich kennt, einen amtlichen Ausweis mit Lichtbild vorlegen lassen, wobei auch der Führerschein genügt (vgl. *BGH WM 1974 154, 155*). Selbstverständlich muß es sich um einen Ausweis des Kontoinhabers und nicht nur seines Stellvertreters handeln (vgl. *BGH WM 1977 1019, 1021*). Wird das Konto auf den Namen einer Firma eingerichtet, muß die Bank sich diese grundsätzlich durch Vorlage eines Handelsregisterauszugs nachweisen lassen (vgl. auch *BGH NJW 1952 537, 538 = LM Nr. 1 zu § 126 HGB*). Der Zweck dieser Prüfungs- und Kontrollpflicht liegt vor allem darin, Fälschungen oder Erschleichungen von Überweisungen unter fremdem Namen zu verhindern bzw. aufzudecken (vgl. dazu näher unten Rdn. 332, 372 und 388) sowie die Veruntreuung von Verrechnungsschecks zu bekämpfen (vgl. dazu näher unten Rdn. 800 und 802 ff). Es handelt sich demgemäß um eine spezifisch privatrechtliche Pflicht, auf deren Verletzung der Geschädigte gegebenenfalls Schadensersatzansprüche stützen kann. Daneben steht aus steuerrechtlichen Gründen die öffentlich-rechtliche Prüfungspflicht gemäß § 154 II AO, deren Verletzung indessen privatrechtlich belanglos ist.

⁶⁶ Vgl. zu diesen z. B. *Raiser ZHR 111, 75 ff*; *G. Hueck Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958*.

⁶⁷ Vgl. *RGZ 84, 354 f*; *91, 121 ff*; *152, 267 f*; *166, 100 ff*; *BGH WM 1974, 154, 155*; *1977, 1019, 1021 f*; *OLG Düsseldorf WM 1970, 139 f*.

IV. Sonstige Verhaltenspflichten der Bank gegenüber ihren Kunden

Aus der Pflicht zur Identitätskontrolle dürfen freilich keine zu weit reichenden Konsequenzen gezogen werden. So steht sie der Einrichtung eines **Nummernkontos** weder privatrechtlich noch steuerrechtlich entgegen, sofern dieses erforderlichenfalls entschlüsselbar ist wie z. B., wenn der Name wenigstens für einzelne (meist höhergestellte) Bankangehörige feststellbar ist (vgl. zum Nummernkonto z. B. auch *Reischauer/Kleinbans* Komm. zum KWG § 1 Anm. 16).

Zu einer korrekten Kontoführung gehört außerdem grundsätzlich, daß die **Minderjährigkeit des Kunden** auf der Kontokarte vermerkt wird (vgl. BGH WM 1962 524 und dazu unten Rdn. 805). Ein Vermerk über die **Person des Arbeitgebers** ist dagegen nicht zu verlangen (vgl. BGH WM 1965 972 sowie OLG Nürnberg WM 1968 422 unter B 1 a und dazu unten Rdn. 802).

Eine **Pflicht zur Kontrolle der Kontobewegungen** hat die Bank grundsätzlich nicht (vgl. BGH WM 1973 722, 723). Das gilt auch dann, wenn die Bank weiß, daß das Guthaben wirtschaftlich gesehen einem Dritten zusteht wie bei Ander- und Treuhandkonten (vgl. auch unten Rdn. 275). Allerdings kann die Bank vertraglich eine besondere Überwachungspflicht übernehmen, doch ist das wegen der damit für sie verbundenen Risiken und wegen der Ungewöhnlichkeit einer solchen Vertragsgestaltung nur bei einer ausdrücklichen Vereinbarung oder bei Vorliegen ganz besonderer Umstände anzunehmen (vgl. BGH aaO). Darüber hinaus hat die Bank auch ohne vertragliche Vereinbarung i. d. R. eine Warnpflicht, wenn sie positive Kenntnis von einer Veruntreuungabsicht des Empfängers einer Überweisung oder des Verfügenden hat (vgl. oben Rdn. 106). Auch eine Pflicht zur Verweigerung der verlangten Kontobewegung und u. U. sogar zur Einschaltung der Staatsanwaltschaft kann in besonders krassen Ausnahmefällen in Betracht kommen; man denke etwa daran, daß das Vermögen einer Publikums-KG durch Kollusion der beiden einzigen Geschäftsführer schutzlos der Gefahr von Veruntreuungen ausgesetzt ist und eine Bank, die als Hausbank, werbende Bank oder dgl. eine besondere Vertrauensstellung innehat, hiervon Kenntnis erlangt. **125**

4. Organisationspflichten

Wie jedes Unternehmen hat die Bank eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation ihres Betriebes (vgl. dazu auch *Pikart* WM 1957 1240; *Reinhardt* Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, 1966, S. 132 ff). Zu dieser gehört z. B. die Gewährleistung der **Information aller zuständigen Angestellten** über für ihre Aufgabe wichtige Rechtsfragen (vgl. BGH WM 1964 609 unter 2 a und dazu schon oben Rdn. 116 a. E. sowie auch OLG Hamburg BB 1974 1266, 1267) und über sonstige Tatsachen wie z. B. über die Börsenentwicklung oder über die Zahlungseinstellung eines Großkunden oder einer Bank, was insbesondere im Hinblick auf die oben Rdn. 105 und 110 behandelte Problematik von praktischer Bedeutung ist. Eine Überspannung der Organisationspflicht wäre es dagegen, zu verlangen, daß die Bank stets eine sofortige Unterrichtung der Scheckabteilung über die Neueinrichtung eines Girokontos gewährleisten müsse, um die Veruntreuung von Verrechnungsschecks zu verhindern (vgl. BGH WM 1965 972 unter II und dazu unten Rdn. 807). **126**

Freizeichnungsklauseln sind für Verletzungen der Organisationspflicht nur insoweit als gültig anzusehen, als es sich um vereinzelte Mängel handelt, nicht aber auch dann, wenn das Organisationssystem als solches fehlerhaft ist; die von der Rechtsprechung insoweit für Auskunfteien entwickelten Grundsätze gelten hier entsprechend (so mit Recht *Raiser* Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 315 f bezüglich der Problematik von Falschankünften m. Nachw.). **127**

V. Die Pflichten der Bank gegenüber „unverbundenen“ Dritten

1. Die Haftung aus § 823 BGB

128 Für Dritte, die der Bank nicht durch irgendeine Form des rechtsgeschäftlichen Kontakts verbunden oder in den Schutzbereich von Verträgen oder gesetzlichen Schuldverhältnissen einbezogen sind (vgl. dazu oben Rdn. 21 ff, 44 ff, 93), kommen grundsätzlich nur Deliktsansprüche in Betracht (bzw. die diesen als Sonderregelung vorgehenden Ansprüche aus §§ 989 ff BGB, vgl. dazu unten Rdn. 792 ff zum Scheck und BGH WM 1979 892 zur kaufmännischen Anweisung). Dabei spielen **Ansprüche aus § 823 I BGB** im allgemeinen keine wesentliche praktische Rolle, weil es nahezu ausnahmslos um primäre Vermögensschäden geht und das Vermögen als solches bekanntlich kein sonstiges Recht i. S. von § 823 I BGB darstellt. Zu denken wäre insoweit allenfalls an Ansprüche wegen Verletzung des **Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**, doch kommt auch dieser Anspruchsgrundlage bisher, soweit ersichtlich, kaum praktische Bedeutung zu, weil es in den einschlägigen Fällen typischerweise an der erforderlichen „Unmittelbarkeit“ oder „Betriebsbezogenheit“ des Eingriffs fehlt (vgl. aber auch oben Rdn. 99 zur Bankauskunft).

129 Eher kommen **Schutzgesetzverletzungen** i. S. von § 823 II BGB in Betracht, doch stehen auch sie in der Praxis stark im Hintergrund. Zu denken ist vor allem an Betrug (vgl. z. B. BGH WM 1972, 585, 587) sowie an Beihilfe zu strafbaren Handlungen von Bankkunden (vgl. dazu z. B. BGH WM 1961 1186, 1188; 1970 900, 902). Eine spezifisch bankrechtliche Schutzgesetzverletzung stellt ferner das unerlaubte Betreiben von Bankgeschäften dar, da § 54 KWG als Schutzgesetz i. S. von § 823 II BGB anzusehen ist (vgl. BGH WM 1973 992, 993 obiter).

Dagegen wäre es verfehlt, im Wege freier Rechtsfortbildung „**Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens**“ zu entwickeln und diese einfach zu Schutzgesetzen i. S. von § 823 II BGB zu erklären⁶⁸. Denn dadurch würde § 823 II BGB zu einer beliebig manipulierbaren Blankettnorm pervertiert. Außerdem ergibt sich aus der mangelnden Subsumierbarkeit des Vermögens unter § 823 I BGB, daß das Vermögen als solches im Gegensatz zu den unter § 823 I BGB fallenden Rechtsgütern de lege lata nicht Bezugspunkt für die Entwicklung umfassender Verkehrspflichten sein kann. Im übrigen unterscheiden sich diese auch ihrer Struktur nach grundlegend von den Schutzgesetzen, dienen sie doch *allein und unmittelbar* der Begründung von Schadensersatzansprüchen, während letztere, dem Verweisungs- und Transpositionscharakter von § 823 II BGB entsprechend, *primär* auf ein anderes Ziel gerichtet sind und sowohl in dieser Hinsicht als auch bezüglich der tatbestandlichen Präzisionsanforderungen ihr Paradigma im Strafgesetz finden. Darüber hinaus ist die herkömmliche Konzeption auch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten weit überlegen. Zum ersten stellt nämlich der Versuch des BGB, das von jedermann zu respektierende privatrechtliche Schutzminimum durch die drei Säulen des absoluten Rechts, des (am Beispiel des Strafgesetzes orientierten, wenngleich nicht strikt auf dieses beschränkten) Schutzgesetzes und der die rechtsethischen Fundamentalregeln beinhaltenden „guten Sitten“ tatbestandlich zu konkretisieren, trotz seiner offenkundigen Schwächen einen bedeutenden Fortschritt gegenüber einer allgemeinen deliktsrechtlichen Generalklausel dar, weil ein solches System in seinem Bemühen um tatbestandliche Verfestigung und Präzisierung sowohl

⁶⁸ So aber *Konrad Huber* Festschr. für von Caemmerer, 1978, S. 359, 377 ff; ihm folgend *von Bar* Verkehrspflichten, 1980, S. 233 ff, der expressis verbis die „Herübernahme vertragsrechtlicher Vorstellungen in das Deliktsrecht“ (sic!) befür-

wortet (S. 235); in ähnlicher Richtung, wenngleich methodologisch etwas geschickter, leider auch *Mertens* AcP 178 (1978) 227 ff und in MünchKomm., 1980, § 823 Rdn. 469 ff.

freiheitsfördernder als auch gesetzgebungstechnisch besser ist als die geist- und phantasielose „Flucht in die Generalklausel“; zum zweiten ist die Entscheidung des BGB gegen einen allgemeinen deliktsrechtlichen Schutz des Vermögens und gegen dessen Gleichstellung mit den absoluten Rechten des § 823 I BGB nachdrücklich zu begrüßen, weil Vermögensbeeinträchtigungen für den potentiellen Schädiger wesentlich schwerer vorhersehbar bzw. kalkulierbar sind und weil überdies gerade in diesem Bereich die allgemeine Handlungs- und Entfaltungsfreiheit (Art. 2 I GG!) ein weitaus legitimeres Betätigungsfeld hat als im Bereich der „festen Besitzstände“ nach Art der absoluten Rechte und daher möglichst wenig eingeschränkt werden darf; und zum dritten stellt das Kriterium der „Sonderverbindung“ — das übrigens auch im Rahmen von § 839 BGB fruchtbar gemacht und zu einer Eingrenzung der Haftung für primäre Vermögensschäden verwendet werden kann — einen sinnvollen Baustein für die Entwicklung eines differenzierten Haftungssystems dar, auf den zu verzichten wissenschaftlicher und rechtspolitischer Rückschritt wäre (vgl. auch unten Rdn. 137 Abs. 2).

2. Die Haftung aus § 826 BGB

a) Fallgruppen und Grundsätze zur Konkretisierung von § 826 BGB

Die wichtigste Anspruchsgrundlage „unverbundener“ Dritter gegen eine Bank ist § 826 BGB. Zur Konkretisierung dieser Generalklausel hat sich in der Rechtsprechung eine Reihe von Fallgruppen gebildet. In der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle geht es dabei um die Auswirkungen von Kreditgeschäften der Bank auf Dritte. Als praktisch wichtigste Fallgruppe dürfte insoweit die Täuschung über die Kreditwürdigkeit eines Bankkunden, meist kurz als **Kredittäuschung** bezeichnet, anzusehen sein⁶⁹. Charakteristisch ist dafür, daß die Bank andere Gläubiger ihres Kunden über dessen Kreditwürdigkeit täuscht und so zur Kreditgewährung an diesen veranlaßt, wobei das Täuschungsmittel typischerweise entweder in **falschen Auskünften** (vgl. insoweit oben Rdn. 97) oder in der **Gewährung bzw. Belassung von Krediten** der Bank an ihren Kunden besteht. Im letzteren Fall liegt die Schwierigkeit darin, daß die Kreditgewährung der Bank als solche selbstverständlich nicht sittenwidrig ist und es auch nicht ohne weiteres dadurch wird, daß die Bank sich von ihrem Kunden Sicherheiten geben läßt. Es müssen daher besondere Umstände hinzukommen, um den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu begründen. Diese können z. B. darin liegen, daß der Zusammenbruch des Kunden nicht mehr aufzuhalten ist und daß die Kreditgewährung der Bank daher nicht den kreditunwürdigen Kunden wieder kreditwürdig zu machen geeignet ist, sondern ihm nur jeweils über die augenblickliche Geldverlegenheit hinweggeholfen und dadurch seine Gläubigerschaft über seine Kreditunwürdigkeit getäuscht wird (vgl. RGZ 136 296). Sittenwidrig ist es auch, wenn eine Firma schon lange nur durch den von der Bank eingeräumten Kredit am Leben erhalten und zu den notwendigen Einkäufen in die Lage versetzt worden ist und die Bank dann eine besondere wirtschaftliche Machtstellung dazu ausnutzt, um sämtliche Werte des Kunden in ihr Vermögen zu überführen (vgl. BGH JZ 1956 95, 96). Sittenwidrig ist das Verhalten der Bank ferner dann, wenn es darauf angelegt ist, andere Gläubiger über die wahre Geschäftslage des Kunden zu täuschen, um sie zu Warenlieferungen an diesen zu veranlassen — mag auch die Bank darauf bedacht sein, den Kunden nach Möglichkeit vor dem Zusammenbruch zu retten (vgl. RG JW 1921 1363; ähnlich RG WarnRspr. 1927 Nr. 74; Bank Arch. 26 464).

⁶⁹ Vgl. z. B. RGZ 136, 293, 295 ff.; 143, 48, 51 f.; BGH NJW 1956, 417 = JZ 1956, 95 m. Anm. von v. Caemmerer; Scholz BankBetr. 1967, 83, 89 f.; Werhahn Der notleidende Kredit, 1967,

S. 49 ff.; Serick Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Bd. III, 1970, § 31 II 1; Obermüller ZIP 1981, 355 ff.

Die Rechtsprechung stellt unter dem Gesichtspunkt der Kredittäuschung verhältnismäßig **strenge Anforderungen** an die Rücksichtspflichten eines Sicherungsnehmers gegenüber den übrigen Gläubigern des Sicherungsgebers. Das ist grundsätzlich zu begrüßen, weil darin ein gesundes Gegengewicht gegen die Zulassung der „heimlichen“ Sicherungsübereignung und Sicherungszession liegt; es handelt sich hier um eine Restfunktion des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips, das im Rahmen (und in den engen Grenzen) von §§ 138, 826 BGB doch noch eine gewisse Berücksichtigung findet. Gleichwohl müssen manche Tendenzen in der Rechtsprechung als Überspannung der Anforderungen an den Sicherungsnehmer zurückgewiesen werden. Das gilt vor allem für **Sanierungsfälle**, in denen der BGH (im Rahmen von § 138 BGB) verlangt hat, der Sicherungsnehmer müsse „überzeugt“ (!) gewesen sein, „das Sanierungsvorhaben werde Erfolg haben und eine Schädigung Dritter letztlich nicht eintreten“ (BGHZ 10 228, 234) — eine Anforderung, die mit dem Risikocharakter eines jeden Sanierungsversuchs schwerlich zu vereinbaren ist (vgl. auch *Mertens ZHR* 143 187; *Aden MDR* 1979 894 f). Erfreulicherweise hat sich der BGH denn auch inzwischen von dieser Entscheidung abgesetzt — zwar vorsichtig in der Formulierung, aber doch deutlich in der Sache. Nunmehr stellt er darauf ab, ob „ernste Zweifel an dem Gelingen eines Sanierungsversuchs bestehen und deshalb damit zu rechnen ist, daß er den Zusammenbruch des Unternehmens allenfalls verzögern, aber nicht auf die Dauer verhindern wird“, und fordert überdies zusätzliche Elemente wie vor allem „eigensüchtige Beweggründe“ (vgl. BGHZ 75 96, 114 f; BGH WM 1979 253, 257). Das ist zwar nicht unmittelbar für die Haftung einer sanierenden Bank ausgesprochen worden, muß aber folgerichtig auch für diese gelten (vgl. dazu auch *Lutter BB* 1980 737; *Coing WM* 1980 1026 ff).

131 Als zweite wichtige Fallgruppe, die mit der „Kredittäuschung“ eng verwandt ist und häufig kaum abgrenzbar in diese übergeht, ist die **Konkursverschleppung** zu nennen⁷⁰. Allerdings ist auch hier bei der Annahme eines Sittenverstoßes Zurückhaltung geboten. So braucht die Bank grundsätzlich ihre eigenen Interessen nicht hinter den Belangen anderer Gläubiger zurücktreten zu lassen und braucht dementsprechend einen potentiellen Kreditgeber oder neuen Gesellschafter, der zu ihr nicht in einer Geschäftsverbindung oder einem sonstigen rechtsgeschäftlichen Kontakt steht, nicht zu warnen und von einer Kapitalbeteiligung an dem gefährdeten Kunden abzuhalten, auch wenn dieser bereits konkursreif ist (vgl. BGH WM 1963 1093, 1094; 1970 399, 400 unter I 2 a). Auch steht es grundsätzlich im Ermessen der Bank, ob sie, nachdem sie die Konkursreife des Kunden erkannt hat, noch abwartend stillhält oder durch die Geltendmachung ihrer Forderung die Konkursöffnung herbeiführt (vgl. BGH WM 1964 671, 673 unter 2 b; WM 1965 475, 476; 1970 399, 400). Das gilt auch dann, wenn die Bank vorausieht, daß andere Gläubiger zu Schaden kommen können, wenn die Kreditwürdigkeit des Unternehmens nicht sogleich von ihr aufgedeckt wird (vgl. BGH WM 1970 399, 400). Darüber hinaus ist nicht nur in derartigen Unterlassensfällen die Sittenwidrigkeit zu verneinen, sondern u. U. auch bei einem positiven Tun. Vor allem darf die Bank durch weitere Kreditgewährung oder sonstige Maßnahmen wie die Entsendung eines ihrer Angestellten in den gefährdeten Betrieb einen Rettungsversuch unternehmen, solange sie diesen nach den Umständen des Falles für lohnend halten kann (vgl. BGH WM 1965 475, 476). Erst wenn die Bank nichts weiter mehr bezweckt und erhoffen kann, als den Zusammenbruch noch für einen befristeten Zeitraum aufzuhalten, gerät sie mit den Interessen der anderen Gläubiger in einen bedenklichen

⁷⁰ Vgl. z. B. BGH WM 1963, 1093, 1094; 1964, 671, 673; 1965, 475, 476; 1970, 399; OLG Hamm BB 1972, 1028; *Soergel/Knopp*¹⁰ § 826 Rdn. 165

m. w. Nachw.; *Aden MDR* 1979, 893 ff; *Obermüller ZIP* 1980, 339 f.

Konflikt (vgl. BGH aaO). Von diesem Zeitpunkt an braucht sie daher, wie oben dargelegt, zwar nicht von sich aus tätig zu werden und die anderen Gläubiger zu warnen oder gar den Konkurs ihres Kunden herbeizuführen, doch muß sie sich nunmehr auf ein bloßes Abwarten beschränken und darf nicht mehr durch positives Tun zur Hinauszögerung des Konkurses oder zur Täuschung der Gläubiger über die wirkliche Lage des Schuldners beitragen. Als sittenwidrig ist es daher zu beurteilen, wenn sie auch jetzt noch Kredite gewährt in der Hoffnung, daß ein Dritter noch Vermögen auf den Schuldner übertragen und so die Konkursmasse vermehren wird (vgl. auch BGH WM 1963 1094 unter b) oder wenn sie das Unternehmen des Schuldners weiterhin von einem ihrer eigenen Angestellten oder einer anderen Person ihres Vertrauens unter faktischer Entmachtung des Schuldners fortführen läßt (vgl. BGH WM 1964 673; 1965 476). Erst recht ist es sittenwidrig, wenn die Bank dem konkursreifen Unternehmen nicht (mehr) Kredit in der Höhe geben oder belassen will, den es zur Sanierung braucht, sondern nur einen solchen, der den wirtschaftlichen Todeskampf lediglich verlängert, damit die Bank sich in der so gewonnenen Zeit aus ihren Sicherheiten ungehindert oder besser befriedigen kann (vgl. BGH WM 1970 399, 400 m. w. Nachw. aus der Rspr.). Anders kann allerdings zu entscheiden sein, wenn wegen Besonderheiten in der Person des Schuldners von vornherein ein geringes Eigenkapital und eine starke Bindung an die Hausbank naheliegen wie z. B. bei Flüchtlingsunternehmen (vgl. BGH WM 1958 249 und 590; 1960 1223; 1962 1220).

Die Fallgruppen der Kredittäuschung und der Konkursverschleppung sind die wichtigsten, wenn auch nicht die einzigen. So wird als eine dritte Gruppe mitunter die **Gläubigergefährdung** genannt⁷¹, doch ist diese tatbestandlich zu wenig umrissen, um Wesentliches zur Konkretisierung des § 826 BGB beitragen zu können. Überhaupt nicht in den vorliegenden Zusammenhang gehört die **Knebelung**, weil (und soweit) der Sittenverstoß sich hier nur gegen den Schuldner und nicht gegen Dritte richtet⁷². 132

Andere Wertungsgesichtspunkte treten bei der **Verleitung zum Vertragsbruch** in den Vordergrund. Dieses Kriterium spielt vor allem für den bekannten, aber meist nur im Zusammenhang des § 138 BGB diskutierten Konflikt zwischen der kreditgebenden Bank und den unter verlängertem Eigentumsvorbehalt leistenden Rohstofflieferanten des Schuldners eine praktische Rolle und kann auch im Rahmen des § 826 BGB relevant werden (vgl. näher unten Rdn. 757 b und Rdn. 1567). Dabei geht es meist darum, daß die Bank sich den Gegenwert für die dem Vorbehaltslieferanten abgetretenen Forderungen auf Grund ihrer Stellung als Zahlungsmittlerin im Wege der **Verrechnung mit einem Debet ihres Kunden** zunutze gemacht hat — ein Sachverhalt, der auch für die meisten sonstigen Fälle, die in diesen Zusammenhang gehören, typisch ist wie z. B. für die einschränkungslose Gutschrift eines lediglich zu Prolongationszwecken hingebenen Schecks (vgl. dazu näher unten Rdn. 756). Die bloße **Ausnutzung eines Vertragsbruchs ihres Kunden** reicht dagegen für eine Haftung der Bank aus § 826 BGB nicht aus⁷³; das folgt nicht nur aus der Relativität vertraglicher Bindungen, sondern auch aus dem — u. a. im Abstraktionsprinzip zum Ausdruck kommenden — Rechtsgedanken, daß Störungen in fremden Kausalverhältnissen die Rechtsstellung Dritter grundsätzlich nicht beeinträchtigen sollen. Ist der Vertragsbruch freilich besonders 133

⁷¹ Vgl. z. B. BGH WM 1962, 963, 965; 70, 399, 400; *Soergel/Knopp* § 826 Rdn. 162 und 174 ff m. w. Nachw.

⁷² So mit Recht RGZ 148, 48, 52; BGH WM 1962, 962, 2. Leits. und S. 965 unter B 1; 1962, 1220, 2. Leits. und S. 1222 vor 2.

⁷³ Die Abgrenzung ist freilich schwierig und umstritten; vgl. z. B. *Krasser* Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, 1971, S. 300 ff; *Larenz* Schuldrecht II¹¹, § 72 IV 5; *Soergel/Knopp* § 826 Rdn. 136 ff.

2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

massiv, so kann seine Ausnutzung die Schwelle der Sittenwidrigkeit überschreiten, doch wird dann meist ohnehin eine **Beteiligung an einer strafbaren Handlung des Kunden**, insbesondere an einem Verstoß gegen § 266 StGB vorliegen, so daß sich die Haftung der Bank schon aus §§ 830, 823 II BGB ergibt. Auch wenn die Bank über die bloße Ausnutzung des Vertragsbruchs auf andere Weise als durch Verleitung hinausgeht wie etwa bei einem **planmäßigen Zusammenwirken mit dem Vertragsbrüchigen**, kann § 826 BGB eingreifen (vgl. z. B. BGH WM 1971 855, 856). Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch die **Verhinderung eines vertragsgemäßen Verhaltens** des Kunden gegenüber seinen Gläubigern zu erwähnen, zumal wenn die Bank dabei eigennützig handelt. So kann § 826 BGB z. B. eingreifen, wenn die Bank den Gegenwert für einen Scheck entgegen einer Weisung des Einreichers mit einem Debet verrechnet, statt ihn für die Einlösung eines anderen, von diesem ausgestellten Schecks bereitzuhalten (vgl. BGH WM 1956 1292). Des gleichen haftet sie u. U. aus § 826 BGB, wenn sie die Rückgabe eines Schecks, dessen Einlösung sie mangels Deckung abzulehnen beabsichtigt, verzögert, um dem Aussteller (einem Kommissionär) die Gelegenheit zu nehmen, seine Schuldner (die Drittkontrahenten) zu unmittelbarer Zahlung an den Scheckeinreicher (den Kommittenten) statt zur Zahlung auf sein Konto zu veranlassen, und um so die Möglichkeit zur Verrechnung der eingehenden, wirtschaftlich gesehen dem Scheckeinreicher zustehenden Überweisungsbeträge mit einem Debet auf dem Konto ihres Kunden zu erlangen (vgl. BGH WM 1974 155, 157 unter IV 1).

134 Als weitere Fallgruppe mit eigenständigem Unwertgehalt wird man die **Beteiligung am Mißbrauch von Rechtsinstituten des Bank- und Zahlungsverkehrs** ansehen können. So kann eine Bank z. B. aus § 826 BGB haften, wenn sie einen Fall der **Scheckreiterei** erkennt, gleichwohl aber ein diesem Zweck dienendes Konto führt und dabei in dem Bewußtsein handelt, daß Dritte durch die Nichteinlösung der laufenden Schecks geschädigt werden können (vgl. BGH WM 1969 334, 335); entsprechendes gilt für den Fall des **Scheckringverkehrs** (vgl. BGH WM 1970 633, 635).

135 Eine abschließende Typenbildung ist jedoch weder praktisch möglich noch mit Zweck und Struktur des § 826 BGB vereinbar; letztlich maßgeblich bleiben daher immer die konkreten **Umstände des Einzelfalles** (vgl. statt aller BGH WM 1970 399, 400 m. w. Nachw.). Dabei ist maßgeblich zu berücksichtigen, daß die Bank grundsätzlich ihre eigenen Interessen wahrnehmen darf. So verstößt sie nicht schon allein dadurch gegen die guten Sitten, daß sie für einen Kunden eingehende Zahlungen mit eigenen Kreditforderungen gegen diesen verrechnet; vielmehr müssen zusätzliche Umstände gegeben sein, um das Ausnutzen der eigenen Rechtsposition zu einem Verstoß gegen die guten Sitten zu machen (vgl. OLG Karlsruhe WM 1967 1257).

b) Die Problematik des Vorsatzes und des Rechtswidrigkeitszusammenhangs

136 Zu dem objektiven Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit muß das subjektive des **Schädigungsvorsatzes** hinzukommen. Beide Voraussetzungen sind streng zu unterscheiden (vgl. z. B. RGZ 143 48, 51; BGH WM 1961 1126, 1127 m. w. Nachw.). Zwar genügt bedingter Vorsatz, doch können grobe Fahrlässigkeit oder gewissenlose Leichtfertigkeit nur das Urteil der Sittenwidrigkeit untermauern, nicht aber den Vorsatz ersetzen (vgl. RG aaO; BGH WM 1976 498, 500 m. w. Nachw.); anders liegt es nur, wenn die Bank, um einer Ersatzpflicht zu entgehen, vor den fraglichen Fakten „geradezu die Augen verschließt“ (vgl. BGH WM 1961 1127; vgl. auch RG aaO S. 52, wo jedoch gefordert wird, daß die Bank „mit bedingtem Vorsatz“ die Augen verschließt).

Diese Grenzziehung sollte man nicht durch eine „**Normativierung**“ des **Vorsatzbegriffs in Richtung auf eine Gleichstellung der groben Fahrlässigkeit** zu unterlaufen suchen (so aber *Mertens ZHR 143 182 ff*; gegen ihn mit Recht *Rümker ebenda S. 203 ff*). Allerdings ist zuzugeben, daß die Anknüpfung an die nicht normativ, sondern rein psychologisch konzipierte Unterscheidung zwischen bedingtem Vorsatz und grober Fahrlässigkeit fragwürdig ist und dem Tatrichter ein bedenklich hohes Maß an praktisch unüberprüfbarem Urteilsspielraum eröffnet; das gilt umso mehr, als nach Ansicht des BGH eine besonders große Leichtfertigkeit oder Gewissenlosigkeit u. U. (nicht nur das Sittenwidrigkeitsurteil untermauert, sondern auch) den Schluß auf das Vorliegen eines bedingten Vorsatzes zuläßt (vgl. z. B. BGH WM 1979 326 m. Nachw., allerdings mit der bemerkenswerten Einschränkung, der Schädiger müsse die Leichtfertigkeit oder Gewissenlosigkeit seines Verhaltens selbst erkannt haben). Die *lex lata* enthält jedoch in dieser Frage eine völlig unzweideutige Wertung, da Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nach der Terminologie und Systematik des BGB nun einmal zwei unterschiedliche Kategorien sind, so daß § 826 BGB in diesem Punkt nicht den geringsten Ansatz für eine legitime Rechtsfortbildung bietet. Diese ist vielmehr nur im Bereich der „Schutzpflichten aufgrund rechtsgeschäftlichen Kontakts“ oder „kraft Teilnahme am Rechtsgeschäftsverkehr“ möglich, wo sie durch die *lex lata* nicht behindert wird, weil diese insoweit schweigt und eine Regelungslücke enthält. Auf diesem Wege dürfte sich auch allen praktischen Bedürfnissen hinreichend Rechnung tragen lassen. Insbesondere bietet sich ein Ausbau der Haftung aus Schutzpflichtverletzung dort an, wo die Bank etwa eine **Sachwalterstellung für andere Gläubiger** übernommen hat.

Abgesehen von solchen Erwägungen *de lege lata* ist es aber auch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten vernünftig, etwaige Ausweitungen der Schadensersatzpflicht auf Personen zu beschränken, die dem Schädiger durch einen rechtsgeschäftlichen Kontakt oder dgl. „verbunden“ sind — also den Bereich der quasivertraglichen Schutzpflichten auszubauen —, nicht aber *beliebigen* Dritten einen gesteigerten Schutz für bloße Vermögensschäden zu gewähren und dadurch den Handlungsspielraum des potentiellen Schädigers einzuschränken (vgl. auch oben Rdn. 129 Abs. 2). Wie bedenklich und zweischneidig eine solche Rechtsfortbildung wäre, veranschaulicht gerade die Problematik der Schädigung von Gläubigern eines Kreditnehmers der Bank besonders deutlich. Denn man kann nicht einerseits den Banken im Interesse der Gläubiger verschärfte Pflichten bezüglich der Unbedenklichkeit der Kreditgewährung auferlegen und andererseits zugleich auch dem Kreditnehmer einen gesteigerten Schutz gegenüber Kreditkündigungen und -verweigerungen zukommen lassen, obwohl ein solcher ein dringendes Gebot von Treu und Glauben ist (vgl. dazu unten Rdn. 1262 ff); nach beiden Seiten die Anforderungen zu verschärfen, würde Kreditentscheidungen der Banken in Krisensituationen mit unerträglichen Schadensersatzrisiken belasten. Man sollte es daher bei der maßvollen und gesetzestreuen Rechtsprechung belassen, wonach dem Vorsatz nur solche Fälle gleichzustellen sind, in denen der Schädiger „geradezu die Augen verschlossen“ hat — ein *topos*, der bezeichnenderweise z. B. auch im Rahmen von § 892 BGB verwendet wird und der demgemäß keinesfalls der erste Schritt auf dem Weg zu einer generellen Gleichstellung der groben Fahrlässigkeit ist, sondern im Grunde dem Richter lediglich erspart, den Schädiger offen der Lüge (und damit zugleich des versuchten Prozeßbetruges) zu bezichtigen. Letztlich handelt es sich dabei wohl nur um eine nicht explizit gemachte Anwendung der Grundsätze über den **prima-facie-Beweis**; jedenfalls ließe sich die Problematik mit deren Hilfe ohne weiteres schulgerecht und ohne die Gefahr einer Ausuferung lösen.

- 138** Eine andere Frage ist, ob außer dem Schädigungsvorsatz auch die **Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände** gegeben sein muß. Die h. L. bejaht das⁷⁴. Daran sollte man trotz mancher gegenläufiger Tendenzen⁷⁵ grundsätzlich festhalten. Dafür spricht nicht nur der Ausnahmecharakter von § 826 BGB, sondern vor allem auch die Wertung von § 16 I StGB. Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit ist dagegen selbstverständlich nicht erforderlich.
- 138a** Auch bei Vorliegen des Schädigungsvorsatzes macht ein sittenwidriges Verhalten nicht ersatzpflichtig, wenn es an dem ungeschriebenen Merkmal des **Rechts- oder Pflichtwidrigkeitszusammenhangs** fehlt. Die Bank braucht daher z. B. für die Folgen einer vorsätzlich falschen Auskunft nicht einzustehen, wenn diese zwar für eine Maßnahme des Geschädigten — wie z. B. eine Kreditgewährung — adäquat kausal war, aber ihm nicht zur Kenntnis gekommen ist (vgl. BGH WM 1979 428, 429). Unter dem gleichen Gesichtspunkt dürfte eine Haftung der Bank aus § 826 BGB ferner abzulehnen sein, wenn sie ein unzulänglich finanziertes Vorhaben eines Kunden — etwa ein Bauprojekt — unterstützt und dabei dessen Scheitern und die daraus etwa erwachsende Schädigung Dritter in Kauf nimmt (a. A. RGZ 162 202, 207 f). Das gilt auch dann, wenn die Bank in diesem Rahmen an der Täuschung einer Behörde mitwirkt (a. A. RG aaO); denn die Pflicht, eine solche Täuschung zu unterlassen, hat keine Schutzrichtung auf die Gläubiger bzw. zukünftigen Kreditgeber des Kunden.

3. Die Einstandspflicht der Bank für ihre Leute

a) Die Haftung für Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB

- 139** Trotz Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestandes von § 826 BGB kann die Haftung der Bank am Gelingen des **Entlastungsbeweises** gemäß § 831 I 2 BGB scheitern, sofern für sie lediglich ein Verrichtungsgehilfe und nicht ein Organ gehandelt hat. Allerdings sind an die **Organisations- und Überwachungspflichten**, die nicht nur für § 823 I BGB, sondern ebenso für §§ 823 II und 826 BGB Bedeutung haben, strenge Anforderungen zu stellen⁷⁶. Bei einem Organisationsmangel kann die Bank sich anerkanntermaßen nicht auf § 831 I 2 BGB berufen. Bezüglich des *Inhalts* der Organisationspflichten ist auf die Ausführungen oben Rdn. 126 zu verweisen.

b) Die Haftung für Organe gemäß § 31 BGB

- 140** Da § 31 BGB die Möglichkeit des Entlastungsbeweises nicht kennt, kommt der **Abgrenzung zwischen Organ und bloßem Verrichtungsgehilfen** besondere Bedeutung zu. Dabei darf der Begriff des Organs bzw. des verfassungsmäßigen Vertreters i. S. der §§ 30 f. BGB nicht zu eng gefaßt werden. Insbesondere ist es dafür nicht wesentlich, ob die Tätigkeit der betreffenden Person in der Satzung der Bank vorgesehen ist oder ob diese Person rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht hat (vgl. BGHZ 49 19, 21 für eine Auskunftfei); vielmehr reicht es aus, „daß dem Vertreter durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, daß er also

⁷⁴ Vgl. z. B. *Palandt/Thomas* § 826 Anm. 3 b; *Soergel/Knopp* § 826 Rdn. 45; *Larenz Schuldrecht* II¹¹ § 72 IV = S. 564.

⁷⁵ Vgl. zu diesen z. B. *Honsell* JuS 1976, 628 m. umf. Nachw.; Honsell stellt allerdings den Diskussionsstand insofern zu pessimistisch dar, als er die — auch von ihm bekämpfte — Gegenmeinung zur h. L. erklärt.

⁷⁶ Vgl. RG BankArch. 1929, 254, 255 mit der berühmten Fiktion, daß „nur ein wohlbeabsichtigtes Personal als ein wohlauserwähltes gelten kann“; zur heute unstrittigen Bedeutung der Überwachungspflicht für § 831 I 2 BGB vgl. im übrigen statt aller *Soergel/Zeuner*¹⁰ § 831 Rdn. 38 m. umf. Nachw.

V. Die Pflichten der Bank gegenüber „unverbundenen“ Dritten

die juristische Person auf diese Weise repräsentiert“ (vgl. BGHZ aaO m. umfassenden Nachw.; wörtlich ebenso für eine Bank BGH WM 1970 633, 634 f).

Für die Praxis besonders wichtig ist die Frage, ob ein **Filialleiter** einem verfassungsmäßigen Vertreter i. S. der §§ 30, 31 BGB gleichzustellen ist. Das wird vom BGH teils ohne Eingehen auf die Umstände des Einzelfalles angenommen (vgl. z. B. BGHZ 13 198, 203; WM 1970 632, 633; 1970 1021, 1022), teils nur nach näherer Prüfung der besonderen Gegebenheiten des jeweiligen Falles bejaht, wobei es insbesondere darauf ankommen soll, ob der Filialleiter „nicht nur Anordnungsrechte nach innen, sondern auch Vertretungsbefugnisse nach außen hat und gleichsam als Repräsentant des Unternehmens anzusehen ist“ (vgl. z. B. BGH WM 1956 1056, 1058; 1970 633, 634; stark einzelfallbezogen auch BGH WM 1977 994, 995 f). Den Vorzug dürfte die erstgenannte Position verdienen, da eine Filiale gegenüber dem Publikum als eine verhältnismäßig stark verselbständigte Organisationseinheit in Erscheinung tritt und ihr Leiter daher i. d. R. die Funktion eines „Repräsentanten“ erfüllt. Dagegen ist auf einen dem Filialleiter unterstellten **Kreditsachbearbeiter** oder **Abteilungsleiter** § 31 BGB nicht anwendbar, auch wenn dieser **Prokurist** ist und folglich umfassende Vertretungsbefugnisse besitzt (vgl. BGH WM 1970 632, 633; 1970 1021, 1022). Bei einer Volksbank ist die Anwendbarkeit von §§ 30 f BGB für den **Leiter der Wechselabteilung** bejaht worden (vgl. OLG Hamburg BB 1974 1266, 1267).

Ist die Eigenschaft des betreffenden Bankangestellten als Organ bzw. die Gleichstellung mit einem solchen zu bejahen, so kommt es weiterhin darauf an, ob er **in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen** gehandelt hat. Das ist vor allem dann zu verneinen, wenn der Bankangestellte nicht als solcher, sondern **als Privatperson** aufgetreten ist (vgl. z. B. RG SeuffArch. 84 Nr. 174 S. 293). Das kann z. B. anzunehmen sein, wenn er ein Darlehen von einem Kunden zu Konditionen aufgenommen hat, welche die Bank mit Sicherheit nicht zugestanden hätte (vgl. BGH WM 1967 714, 715 unter II; vgl. aber auch BGH WM 1977 994, 996 unter IV). Daß das Organ unter **Überschreitung seiner Vertretungsmacht** tätig geworden ist, steht dagegen einer Anwendung von § 31 BGB anerkanntermaßen nicht entgegen (seit RG JW 1913 587, 589 st. Rspr.), doch können sich hier schwierige Kollisionsprobleme zwischen § 31 BGB und den einschlägigen Regeln über die Vertretungsordnung ergeben wie z. B., wenn ein Gesamtvertreter die Unterschrift eines anderen fälscht oder wahrheitswidrig dessen Zustimmung behauptet (vgl. dazu eingehend unten Rdn. 174 f m. umf. Nachw.).

3. Abschnitt

Das Konto

Systematische Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Begriff und Rechtsnatur des Kontos	142	Vollstreckungsprivilegien	
II. Der Inhaber des Kontos und seine Bestimmung		a) Der Schutz von wiederkehrenden Einkünften gemäß § 850 k ZPO	194
1. Begriff und praktische Bedeutung der Kontoinhaberschaft	143	b) Der Schutz von Sozialleistungen gemäß § 55 SGB	198
2. Die rechtlichen Möglichkeiten zur Begründung eines Kontos für einen Dritten		c) Das Zahlungs- und Hinterlegungsverbot gemäß § 835 III 2 ZPO	201
a) Die Kontoerrichtung im Wege der Stellvertretung	145	d) Vollstreckungsprivilegien auf Grund völkerrechtlicher Immunität	202
b) Die Kontoerrichtung im Wege des Vertrags zugunsten Dritter	148	VI. Der Tod des Kontoinhabers und sein Einfluß auf das Konto	
c) Die Abtretung der Forderung aus dem Konto	149	1. Der Übergang des Kontos auf die Erben	204
3. Die maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung des Kontoinhabers		2. Die Fortgeltung von Vollmachten und die postmortale Vollmacht	206
a) Der Wille des Errichtenden als primäres Kriterium	151	3. Unentgeltliche Zuwendungen des Kontos auf den Todesfall durch Rechtsgeschäft unter Lebenden	
b) Die Bedeutung der Kontobezeichnung	154	a) Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall gemäß § 331 BGB	210
c) Die Bedeutung des Besitzes am Sparbuch	156	b) Die Abtretung des Kontos auf den Todesfall	218
d) Sonstige Kriterien	159	c) Postmortale Schenkungen des Kontos mit Hilfe postmortaler Vollmachten	222
e) Der maßgebliche Zeitpunkt	163	VII. Besondere Gestaltungsformen des Kontos	
III. Vertretungs- und Verfügungsmacht über das Konto		1. Das Gemeinschaftskonto	
1. Die Vertretungsmacht		a) Das Oder-Konto	224
a) Grundlagen, Umfang und Erlöschen der Vertretungsmacht	164	b) Das Und-Konto	230
b) Einschränkungen der Vertretungsmacht	168	2. Das Fremdkonto	
c) Der Mißbrauch der Vertretungsmacht	170	a) Der Begriff des Fremdkontos	235
d) Schadensersatz- und Bereicherungshaftung des Vertretenen bei Vertretung ohne Vertretungsmacht	173	b) Die Abgrenzung zwischen Fremd- und Eigenkonto	237
2. Die Verfügungsmacht	176	c) Die Rechtsfolgen beim Fremdkonto	238
IV. Übertragung und Verpfändung des Kontos	181	3. Das Separat- oder Sonderkonto	
V. Die Pfändung des Kontos		a) Der Begriff des Separat- oder Sonderkontos	242
1. Voraussetzungen und Gegenstand der Pfändung		b) Die Rechtsnatur des Separat- oder Sonderkontos, insbesondere die Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkonto	243
a) Das Bestimmtheiterfordernis	185	c) Die Rechtsfolgen beim Separat- oder Sonderkonto	248
b) Die gepfändete Forderung	188		
2. Bankgeheimnis und Auskunftsanspruch des Pfandgläubigers	191		
3. Pfändungsschutz und sonstige in der Person des Bankkunden liegende			

3. Abschnitt. Das Konto

	Rdn.		Rdn.
4. Das Sperrkonto		pflichten der Bank gegenüber dem Treugeber sowie die Geltendmachung von Einwendungen aus dem Innenverhältnis durch die Bank	275
a) Der Begriff des Sperrkontos . . .	250		
b) Die Möglichkeiten zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines Sperrkontos	252	e) Das Treuhandkonto in Zwangsvollstreckung und Konkurs	278
c) Die nachträgliche Sperrung eines Kontos	257	f) Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht und rechtsgeschäftliches Pfandrecht beim Treuhandkonto	283
d) Die Rechtsstellung des durch die Sperre Begünstigten	258		
5. Das Treuhandkonto		6. Das Anderkonto	
a) Die Rechtsnatur des Treuhandkontos und seine Abgrenzung gegenüber dem Privatkonto einerseits und dem echten Fremdkonto andererseits	263	a) Begriff und Rechtsnatur des Anderkontos	288
b) Die Abgrenzung zwischen fiduziarischer Vollrechtsinhaberschaft und bloßer Ermächtigungstreuhand	267	b) Die Geltung der Geschäftsbedingungen für Anderkonten	290
c) Die Verfügungsmacht über das Treuhandkonto	272	c) Die wichtigsten Klauseln der Anderkontenbedingungen und ihre Kontrolle an den Maßstäben des AGBG	293
d) Die Problematik von Überwachungs- und Schadensersatz-		d) Der Text der Anderkontenbedingungen	296

Alphabetische Übersicht

Abtretungsverbot, kontokorrentrechtliches 182 f	Beschlagnahme 144
Allgemeine Geschäftsbedingungen	Buchungen der Bank 162
Erben des Kunden 204 f	Drittschadensliquidation 216, 276
Erlöschen der Vertretungsmacht 167	Ehepartner
Gemeinschaftskonto 224, 230	Kontoinhaberschaft 153
Pfandrecht 256, 283 ff	Verfügungsbefugnis 176
Anderkontenbedingungen 238, 275, 290 ff	Eigenkonto 155, 235 ff
Analogie für andere Konten 292	Abgrenzung zum Treuhandkonto 263 ff
Aufrechnung 294	als Sonderkonto 243 ff
Geltung 290	unberechtigtes 237
Pfändung 296	Einziehung 145
Text 296	Erbschein 204
Tod des Kontoinhabers 294	Erfüllungsgehilfen 172 ff
Zurückbehaltungsrecht 294	Fälschung
Zwangsvollstreckung 294	bei Gesamtvertretung 166, 173 f
Anderkonto 171, 269, 288 ff	Kontoinhaberschaft 147
Berufsgruppen 288	falsus procurator 173
Konkurs des Kontoinhabers 294 b	Haftung des Vertretenen 173
Tod des Kontoinhabers 294 a	Forderungsabtretung 149 f, 157, 163, 171, 180 ff
Vollrechtstreuhand 293	Sperrkonto 255
Aufrechnung 144, 152, 172	auf Todesfall 218 ff, 223
Außenvollmacht 170	Fremdkonto 155, 235 ff
Bankgeheimnis	Abgrenzung zum Eigenkonto 237
und Auskunftspflicht 217	Abgrenzung zum Treuhandkonto 263 ff
und Kontopfändung 185, 191 ff	Aufrechnung 238
Bankvollmacht 164 ff, 220, s. auch Vertretungsmacht	Konkurs 239
Mißbrauch 170 f	als Sonderkonto 243 ff
unwiderrufliche 167	verdecktes 236
Baukonto 241, 247, 255	Verfügungsmacht 240
Beratungspflicht	Verwendungszweck 241
Oder-Konto 224	
Zuwendungen auf den Todesfall 216	

3. Abschnitt. Das Konto

- Gemeinschaftskonto 155, 194, 224 ff, s. auch Und-Konto, Oder-Konto
- Generalvollmacht 164, 168 a
 - unbeschränkte 168 a
- Gesamtvertretung 166, 168 a
- Geschäftsfähigkeit 173 f
- Gründungsgesellschaft 143, 155 a

- Handeln unter fremdem Namen 147
- Handlungsvollmacht 145, 164 f

- Initiatorenhaftung 276

- Konkurs
 - des Kunden beim Sperrkonto 258
 - des Sparbuchbesitzers 156
 - und Treuhandkonto 278 ff
 - des Verfügungsberechtigten beim Fremdkonto 239, 248
- Konkursverwalter, Verfügungsmacht 178
- Konto
 - Begriff 142
 - Errichtung für Dritte 145 ff
 - Kündigung 182
 - Verfügungsmacht 176 ff
 - Verpfändung 183, 256
 - Vertretungsmacht 164 ff
 - Verwendungszweck 155, 161
 - Übertragung 181 f, 218
 - Umbenennung 171
- Kontoauszüge 160, 171
- Kontobezeichnung 154 ff, 263
- Kontofähigkeit 143
- Kontoinhaber 143 ff
 - Bestimmung 151 ff, 262, 263 ff
 - Innenverhältnis mehrerer 161, 225, 232
- Kontopfändung 184 ff
 - Anspruch auf Gutschrift 189
 - und Bankgeheimnis 185, 191 ff
 - Bestimmtheitsgrundsatz 185 f
 - debitorisches Konto 188
 - Kontokorrentkonto 187, 190, 195, 199 f
 - mehrere Konten 188
 - Treuhandkonto 283 ff
- Kreditsicherung 171

- Minderjährige 145, 164

- Nachlaßpflegschaft 168

- Oder-Konto 220 f, 224 ff
 - Gesamtgläubigerschaft 225
 - Gesamtschuldner 228
 - Innenverhältnis 225
 - Umwandlung in Und-Konto 226
 - Zwangsvollstreckung 227
- Offenkundigkeitsprinzip 280 ff

- Pfändungsschutz 194 ff
- Prokura 145, 164 f, 170, 206
 - Hinterlegungsverbot 201
 - Sozialleistungen 198 ff

- völkerrechtlicher 202 f
- wiederkehrende Einkünfte 194 ff
- Zahlungsverbot 201
- Prospekthaftung 276

- Rechtsmißbrauchseinwand 170, 286

- Scheck auf Treuhandkonto 269
- Scheckkartenscheck, Kontoübertragung 182
- Schenkung
 - Annahme 213 ff
 - Form 213
 - auf Todesfall 210 ff
 - durch Vertreter 207
- Selbstkontrahieren 169, 171, 223
- Separatkonto s. Sonderkonto
- Sonderkonto 242 ff
 - Aufrechnung 248
 - Konkurs 249
 - Überwachungspflicht der Bank 249
 - Verwendungszweck 246
- Sparbuch 150, 152
 - Besitz 156
 - Besitzübergabe 157
 - Eigentumsvermutung 158
 - Forderungsabtretung 157
 - Kündigung 182
 - rechtskräftige Entscheidung über Besitz 158
 - Sperrkonto 252
 - Treuhandkonto 270 f
 - Verpfändung 183
- Sperrkonto 250 ff
 - Forderungsabtretung 255, 258 ff
 - Konkurs des Kontoinhabers 258
 - des Kontoinhabers 255
 - nachträgliche Sperre 257
 - Rechtsscheinhaftung 256
 - Stellvertretung 253
 - Verpfändung der Einlage 256, 261
 - Vertrag zugunsten Dritter 252, 255 ff
 - zu Lasten des Vertretenen 254
 - als Und-Konto 251
- Stellvertretung s. Vertretungsmacht
- Suchpfändung 185 f, 192

- Tod des Kunden 204 ff
 - Anderkonto 294
 - Kontoübergang 204
 - unentgeltliche Zuwendungen 210 ff
 - Vollmachten 206 ff
- Treuhandkonto 155, 263 ff
 - Abgrenzung zum Eigenkonto 263 ff
 - Abgrenzung zum Fremdkonto 263 ff
 - Aufrechnung 283 ff
 - Begründung des Kontos 268
 - Bestimmung 263 ff
 - debitorisches 268 f
 - ermächtigende Treuhand 267 ff
 - Ermächtigungsmißbrauch 270
 - als Girokonto 269, 271
 - Inhaltsirrtum der Bank 263
 - Innenverhältnis 278 f

3. Abschnitt. Das Konto

- Konkurs 278 ff
- Pfändung 283 ff
- Sicherungstreuhand 268, 271
 - als Sonderkonto 247, 265
- Sparkonto 270 f
- Übertragung des Kontos 268
- Überwachungspflicht der Bank 275 f
 - uneigennützig 267 f
 - durch unwiderrufliche Vollmacht 273
- verdecktes 247, 264
- Verfügunngsmacht 272 ff
- Vollrechtstreuhand 267 ff
- Zurückbehaltungsrecht 283 ff

- Und-Konto 204, 230 ff
 - Begründung 231
 - Gesamtschuldner 230
 - Rechtsnatur 232
 - Sperrkonto 251
 - Zwangsvollstreckung 233

- Verdinglichung, Rechtsstellung des Treugebers 279 ff
- Verfügunngsmacht 176 ff
 - Ermächtigungstreuhand 180
 - Fremdkonto 240
 - Gutgläubenschutz 180
 - Mißbrauch 179, 241, 249, 274
 - des Konkursverwalters 178
 - Treuhandkonto 272 ff
- Vergleich s. Konkurs

- Vertrag zugunsten Dritter 148, 156 f, 177, 216, 240, 252, 255, 256 ff, 276
 - auf den Todesfall 156, 163, 210 ff
 - Widerruf 210, 214 f
- Vertretungsmacht 164 ff
 - Erlöschen 167
 - Mißbrauch 170 ff, 207, 222 f
 - organschaftliche 170, 173 ff
 - postmortale 208, 222 f
 - Tod des Kunden 206 ff
 - Umfang 165 f
 - unwiderrufliche 209, 222, 254, 273
 - verdrängende 240, 254
- Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft 237
- Völkerrecht, Pfändungsschutz 202 f
- Vollmacht s. Vertretungsmacht
- Vollmachtsurkunde 168 a
- Vollrechtstreuhand 267 ff, 293
- Vorgesellschaft 143, 155 a
- Vormundschaft 168, 253

- Wertpapiertreuhandkonto 254
- Wohnungseigentümergeinschaft 237

- Zurückbehaltungsrecht 144
 - am Anderkonto 294
 - am Sparbuch 183
 - am Treuhandkonto 283 ff
- Zwangsvollstreckung s. Konkurs

Literatur

Aengenheister Das Treuhandkonto, 1933; *derselbe* Die Anderkonten der Rechtsanwälte und Notare, JW 1934, 3245 ff; *Bärmann* Europäisches Geld-, Bank- und Börsenrecht Band 1, 1974, § 14 II (bearbeitet von *L. Becker* und *Brink*); *Berger* Pfändung von Giroguthaben ZIP 1980, 946 ff; *Busse* Die Bedeutung von Sperrkonten, MDR 1956, 70 ff; *Bork* Die Errichtung von Konten- und Depotsperren, NJW 1981, 905 f; *Canaris* Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkonten, NJW 1973, 825 ff; *Capeller* Die Pfändung von Fremdkonten, MDR 1957, 708 ff; *Coing* Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973; *derselbe* Bemerkungen zum Treuhandkonto im deutschen Recht, Festschrift für Ernst J. Cohn, 1975, S. 23 ff; *derselbe* Publizität und Außenwirkung bei der Treuhand, Festschrift für Bärmann, 1975, S. 203 ff; *Diesel* Die vertragliche Sperre von Bankkonten und -depots, BankArch. 1937/38, 673 ff; *Fischerhof* Die Anderkonten des Rechtsanwalts nach seinem Tode, JW 1936, 492 ff; *Forgách* Die Doppelpfändung beim Bankkontokorrent und das Verfügungsrecht des Schuldners während der Rechnungsperiode, DB 1974, 809 ff und 1852 ff; *Gaul* Zur Rechtsstellung der Kreditinstitute als Drittschuldner in der Zwangsvollstreckung, Festschrift „Sparkassenakademie 50 Jahre Lehrinstitut“, 1978; *Gericke* Kontoeröffnung durch Prokuristen, DB 1967, 1839 f; *Goudefroy* Sperrdepots zu Pfandzwecken, BankArch. 1937/38, 401 ff; *Grunsfeld* Die Behandlung der Anderkonten in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, BankArch. 1933/34, 455 ff; *Hansen* Die Rechtsnatur von Gemeinschaftskonto und -depot, 1967; *Heilbrunn* Die Rechtsverhältnisse bei den Anderkonten der Rechtsanwälte, ZHR 98, 185 ff; *Hellner* Geschäftsbedingungen für Anderkonten (Fassung Dezember 1962), 1963; *Herz* Pfändung von Forderungen aus dem Bankkontokorrent, DB 1974, 1851 f; *Hinz* Bankverträge zugunsten Dritter auf den Todesfall, JuS 1965, 299 ff; *Janberg* Die rechtliche Bedeutung des Sperrvermerks bei Konten und Depots zugunsten Dritter, BankArch. 1937/38, 102 ff; *Käss* Richtlinien zur Behandlung der Gemeinschaftskonten und des Gläubigerwechsels (insbesondere in Erbfällen) nach dem Altspargesetz, WM 1954, 776 ff; *Krückmann* Das Sparbuch auf fremden Namen, BankArch. 1932/33, 412 ff und 450 ff; *Kümpel* Konto und Depot zugunsten Dritter auf

I. Begriff und Rechtsnatur des Kontos

den Todesfall, WM 1977, 1186 ff; *Liesecke* Das Bankguthaben in Gesetzgebung und Rechtsprechung, WM 1975, 214 ff, 238 ff, 286 ff, 314 ff; *Loewenberg* Anderkonto und Zwangsvollstreckung, BankArch. 1931/32, 157 ff; *Lwowski* Geschäftsbeziehungen zwischen Bank und Kunden, in: Bankrecht und Bankpraxis, Bd I Teil 2, 1978 (zit. BuB); *Mordhorst* Spareinlagen auf fremden Namen, MDR 1956, 4 ff; *Nebelung* Das Pfandrecht am Gemeinschaftskonto, ZKW 1954, 97 ff; *Oenicke* Zur Behandlung der Anderkonten in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse, BankArch. 1933/34, 482 ff; *Opitz* Anderkonten, BankArch. 1931/32, 35 ff; *derselbe* Aus der Praxis der Eigenkonten und Anderkonten, BankArch. 1933/34, 518 ff; *Oswald* Sparbuch auf den Namen eines Angehörigen, WM 1971, 578 f; *Pleyer-Schleiffer* Die Sicherung der Erwerber von Eigentumswohnungen und Eigenheimen — Möglichkeiten der Mitwirkung von Kreditinstituten, WM 1972 Sonderbeilage Nr. 2/1972 zu Teil IV Nr. 30 vom 22. 7. 1972; *Schirrmeister* Die Rechtsverhältnisse bei den Anderkonten, ZHR 99, 394 ff; *Schönle* Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1976, §§ 6 f; *Schütz* Das Pfandrecht am Gemeinschaftskonto, ZKW 1953, 325 ff; *derselbe* Die Rechtsnatur von Bank- und Sparkassenguthaben, JZ 1964, 91 ff; *Siebert* Die treuhandrechtlichen Rechtsgrundlagen beim Anderkonto, BankArch. 1931/32, 386 f; *Spitzer* Kann ein Anwalt mit einer Anderkontenforderung gegen eine auf Eigenkonto stehende persönliche Schuld aufrechnen? JW 1938, 2178 f; *Sprengel* Die Rechtslage bei Gemeinschaftskonten, Die Sparkasse 1962, 278 ff; *Steuer* Die Neufassung der Anderkontenbedingungen, Die Bank 1979, 185 ff (weitgehend auch in DNotZ 1979, 208 ff); *Süßr* Eröffnung von Konten für Wohnungseigentümergeinschaften, WM 1978, 806 ff; *von Tuhr* Einzahlung auf fremdes Sparkassenbuch, LZ 1918, 881 ff; *Walter* Nochmals: Übertragung des Bankguthabens an einen Dritten auf den Todesfall des Kontoinhabers, NJW 1972, 1356 f; *H. P. Westermann* Die Bedeutung der Güterstände und der beschränkten Geschäftsfähigkeit für die Bankgeschäfte, FamRZ 1967, 645 ff; *Witte* Eröffnung von Firmenkonten durch Prokuristen, DB 1968, 254 f.

I. Begriff und Rechtsnatur des Kontos

In tatsächlicher Hinsicht stellt das Konto einen **Inbegriff von Buchungsunterlagen** 142 dar. Rechtlich gesehen ist dieser ein **Handelsbuch** i. S. von § 43 HGB (vgl. auch *Liesecke* WM 1975 215). Vor allem aber wird als Konto auch die Rechtsstellung des Kunden gegenüber der Bank bezeichnet. Diese ist juristisch als **Forderung** i. S. der §§ 398 ff BGB zu qualifizieren. Ein aktives Konto stellt dabei eine Forderung des Kunden aus § 700 oder § 607 BGB dar (vgl. näher unter Rdn. 1164 ff), ein passives Konto eine Forderung der Bank aus § 607 BGB. Demgemäß ist weitgehend auf die Ausführungen zum Einlagengeschäft und zum Kreditgeschäft zu verweisen; dort ist insbesondere die **Nichtigkeit des Kontos** und die Problematik „**schwarzer**“ **Konten** behandelt (vgl. Rdn. 1174 ff und Rdn. 1177); auch die **Besonderheiten des Sparkontos** werden im Rahmen des Einlagengeschäfts erörtert (vgl. unten Rdn. 1181 ff). Darüber hinaus gibt es aber eine Reihe von gemeinsamen Problemen, die sich bei allen Konten in gleicher oder ähnlicher Weise stellen; ihnen gilt die folgende Darstellung.

II. Der Inhaber des Kontos und seine Bestimmung

1. Begriff und praktische Bedeutung der Kontoinhaberschaft

Kontoinhaber ist derjenige Bankkunde, der **Gläubiger oder Schuldner der betreffenden Forderung** ist. Kontoinhaber kann daher jeder sein, der Partei einer Forderung sein kann, d. h. jeder, der rechtsfähig ist oder einem Rechtsfähigen gleichgestellt wird. Eine besondere „**Kontofähigkeit**“ gibt es nicht. Das gilt auch für die sogenannte **Vorgesellschaft**; wenn diese im Hinblick auf § 54 III AktG mitunter als „kontofähig“ bezeichnet wird (vgl. z. B. BGHZ 45 338, 347), so ist das nur eine abkürzende Formulierung dafür, daß die Vorgesellschaft bereits Inhaberin der betreffenden Guthabenforderung sein kann und insoweit wie eine juristische Person behandelt wird. Sobald sie die Rechtsfähigkeit erlangt, steht das Konto der juristischen Person zu, ohne daß es dazu

eines besonderen Übertragungsakts bedarf (vgl. z. B. *Hachenburg/Ulmer GmbHG*⁷, § 7 Rdn. 33). Eine andere, nicht mit der „Kontofähigkeit“ zusammenhängende Frage ist, ob der Vorgesellschaft auch ein Konto zusteht, das auf den Namen des Vorstandes bzw. der Geschäftsführer lautet (vgl. dazu unten Rdn. 155 a).

- 144** Praktische Bedeutung hat die Kontoinhaberschaft in mehrfacher Hinsicht. Wichtig ist sie zunächst für die **Verfügungsbefugnis**, da diese i. d. R. dem Kontoinhaber und nur ihm zusteht (vgl. auch RG WarnRspr. 1932 Nr. 57 S. 117). Eine entscheidende Rolle spielt die Kontoinhaberschaft weiterhin in **Konkurs und Zwangsvollstreckung**; denn nach ihr bestimmt sich grundsätzlich, zu wessen Haftungsmasse die Einlagenforderung gehört (vgl. z. B. RAG DR 1942 1652). Entsprechendes gilt grundsätzlich für den **Erbfall**, da auch hier die Person des Kontoinhabers i. d. R. darüber entscheidet, ob die Einlagenforderung in den Nachlaß fällt oder nicht (vgl. im übrigen unten Rdn. 204 ff). Wesentliche Bedeutung hat die Kontoinhaberschaft sodann für die Frage der **Haftung aus einem debitorischen Konto**; denn soweit ein Konto überhaupt negativ werden kann — was z. B. nicht beim Sparkonto, wohl aber beim Girokonto möglich ist —, hat grundsätzlich der Kontoinhaber und nur er für die Schuld einzustehen (vgl. auch RG WarnRspr. 1931 Nr. 217; 1932 Nr. 57; BankArch. 1934/35 531; BGH WM 1963 455). Ferner entscheidet sich nach der Person des Kontoinhabers, ob für eine **Aufrechnung** oder die Ausübung eines **Zurückbehaltungsrechts** die erforderliche Gegenseitigkeit der Forderungen gegeben ist oder nicht (vgl. auch OLG Hamburg WM 1970 1307). Schließlich ist die Person des Kontoinhabers auch für die Frage von Bedeutung, ob das Guthaben durch eine **Beschlagnahme oder Einbeziehung im Strafverfahren** betroffen wird (vgl. BGH WM 1956 920).

2. Die rechtlichen Möglichkeiten zur Begründung eines Kontos für einen Dritten

a) Die Kontoerrichtung im Wege der Stellvertretung

- 145** Daß die Bestimmung des Kontoinhabers überhaupt Schwierigkeiten bereiten kann, beruht vor allem darauf, daß ein Konto auch mit Wirkung gegenüber einem Dritten begründet werden kann. Die rechtliche Möglichkeit hierzu ergibt sich aus den entsprechenden Institutionen des bürgerlichen Rechts. Zu nennen ist dabei zunächst die Vertretungsmacht gemäß § 164 ff BGB, die sowohl im Rahmen der gesetzlich als auch der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht die Rechtsmacht zur Kontoeröffnung einschließen kann. Beispielsweise können die **Eltern** kraft ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht ein Konto auf den Namen ihrer Kinder errichten. Ferner kann der **Prokurist** kraft seiner Prokura ein Konto für den Firmeninhaber begründen; dessen persönliche Zustimmung ist dazu nicht erforderlich, da die Kontoerrichtung zu den Geschäften gehört, „die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt“, und da sie daher von der Prokura gemäß § 49 I HGB ohne weiteres umfaßt wird (ebenso *Witte DB 1968 254 f*; *Liesecke WM 1975 222*; *Schönle § 7 II 3 a Ziff. 1*; *a. A. Gericke DB 1967 1839 f*). Gleiches gilt gemäß § 54 HGB grundsätzlich für die **Handlungsvollmacht**, da es praktisch kein Handelsgewerbe geben dürfte, das nicht die Errichtung von Bankkonten mit sich bringt; sogar die Errichtung von Parallelkonten mit gleicher Zeichnungsbefugnis wird grundsätzlich von § 54 HGB gedeckt (vgl. BGH WM 1961 321, 322). Für den **Bürgermeister einer Gemeinde** stellt die Errichtung eines Kontos i. d. R. ein Geschäft der laufenden Verwaltung dar, sofern es sich nicht um ein Kreditkonto handelt (vgl. BGH WM 1979 1184, 1187).

- 146** Auch durch eine **nachträgliche Vereinbarung** kann ein Generalbevollmächtigter ein bisher auf seinen eigenen Namen geführtes Konto im Wege der Vertragsänderung zu

II. Der Inhaber des Kontos und seine Bestimmung

einem solchen des Geschäftsherrn machen. Dazu bedarf es weder eines schriftlichen Abänderungsantrags noch der Umschreibung der Kontokarte oder der Änderung des Kontoinhabers in den Unterlagen der Bank (vgl. BGH WM 1963 455, 456).

Mit der Vertretung eng verwandt und dieser grundsätzlich gleichzustellen sind das **Handeln unter fremdem Namen** und die **Fälschung**, sofern dadurch beim Erklärungsadressaten eine falsche Vorstellung über die Identität seines Partners hervorgerufen wird. Dementsprechend wird nicht der Fälscher, sondern analog § 164 BGB der wirkliche Namensträger Inhaber des Kontos, wenn unter seinem Namen und mit Hilfe der Fälschung seiner Unterschrift ein Konto eingerichtet worden ist und der Fälscher Vertretungsmacht hatte (vgl. BGH NJW 1966 1069 f); hatte der Fälscher keine Vertretungsmacht, so hat der Namensträger folgerichtig analog § 177 BGB die Möglichkeit, die unter seinem Namen erfolgte Kontoerrichtung zu genehmigen und so die Einlagenforderung an sich zu ziehen. **147**

b) Die Kontoerrichtung im Wege des Vertrages zugunsten Dritter

Die zweite wichtige Möglichkeit zur Begründung eines Kontos mit Wirkung gegenüber einem Dritten stellt der Vertrag zugunsten eines Dritten gemäß § 328 BGB dar¹. Die **Abgrenzung gegenüber der Stellvertretungskonstruktion** ist dabei nicht immer einfach. Als wesentliches Unterscheidungskriterium auf der Tatbestandsseite ist insoweit anzusehen, daß die Kontobegründung im Falle des § 328 BGB im *eigenen* Namen des Handelnden erfolgt, während dieser bei Stellvertretung im *fremden* Namen auftritt. Hinsichtlich der Rechtsfolgen ergibt sich ein praktisch sehr bedeutsamer Unterschied insofern, als nach § 328 BGB nur eine *Berechtigung* des Dritten herbeigeführt werden kann, wohingegen § 164 BGB auch die Begründung einer *Verpflichtung* — also insbesondere die Einstandspflicht für ein etwaiges Debet — möglich macht. Hinsichtlich der letzteren Frage ist im übrigen zu beachten, daß das geltende Recht nach h. L. eine Verpflichtungsermächtigung grundsätzlich nicht kennt (vgl. statt aller *Flume* Allg. Teil Bd. II³ § 57, 1 d m. w. Nachw.). Tritt der Handelnde bei der Kontoeröffnung im eigenen Namen auf, so kommt also eine Fremdwirkung stets nur zugunsten des Dritten in Betracht. **148**

Schwierigkeiten kann bei der Errichtung eines Kontos im Wege des Vertrags zugunsten Dritter freilich das Erfordernis der **Identitätsprüfung** (vgl. oben Rdn. 124) bereiten. Praktische Bedeutung kommt dieser Konstruktion daher vor allem dort zu, wo die Identität des Dritten nicht sofort geprüft werden muß wie z. B. bei der Zuwendung des Kontos auf den Todesfall (vgl. dazu im übrigen unten Rdn. 210 ff). **148a**

c) Die Abtretung der Forderung aus dem Konto

Als dritte Möglichkeit zur Herbeiführung einer Drittberechtigung ist schließlich die Abtretung zu nennen (vgl. zu dieser auch unten Rdn. 181 ff und 218 ff). Während bei den beiden zuvor behandelten Wegen eine **Mitwirkung des Dritten** überflüssig und eine solche der Bank erforderlich war, kann hier der Dritte Gläubiger der Einlagenforderung werden, ohne daß die Bank daran mitwirkt oder überhaupt etwas davon erfährt; nur soweit aus dem Konto Pflichten erwachsen können, bedarf dessen Übergang auf den Dritten der Zustimmung der Bank, da hier deren (potentieller) Schuldner wechselt und sie einem solchen Vorgang nach den §§ 414 f BGB zustimmen muß. Die bloße Zession der Einlagenforderung setzt dagegen gemäß § 398 BGB weder eine Mitwirkung der Bank noch eine Form voraus (vgl. im übrigen auch unten Rdn. 181 ff). **149**

¹ Vgl. z. B. RG JW 1907, 73, 74; WarnRspr. 1932 198, 201 ff; BGH WM 1965, 897, 900; 1970, Nr. 57 S. 116 f; JW 1937, 988, 989; BGHZ 46, 712 f.

150 Dementsprechend kann die Abtretung auch durch **konkludentes Verhalten** erfolgen. Das gilt auch für die Forderung aus einem Sparkonto, da das Sparbuch lediglich ein Rektapapier ist und folglich formlos durch schlichte Einigung gemäß § 398 BGB übertragen werden kann (vgl. unten Rdn. 1182). So ist z. B. in der Übergabe des Sparbuchs i. d. R. eine konkludente Zession des Guthabensanspruchs zu sehen (vgl. näher unten Rdn. 157), und das gleiche gilt nicht selten für die Erteilung einer postmortalen Vollmacht (vgl. unten Rdn. 220). Dagegen kann in dem **Ersuchen des Kontoinhabers an die Bank, das Guthaben auf einen anderen umzuschreiben**, grundsätzlich keine konkludente Abtretung gesehen werden (a. A. BGH WM 1962 487), sondern allenfalls ein Indiz für eine bereits vorher erfolgte Abtretung; denn die Abtretung hat gemäß § 398 BGB durch Vertrag zwischen Altgläubiger und Neugläubiger zu erfolgen und kann nicht zwischen dem Altgläubiger und dem Schuldner, d. h. hier also der Bank, vorgenommen werden, da insoweit allenfalls ein berechtigender Vertrag zugunsten des Neugläubigers in Betracht käme, ein solcher aber für Verfügungsgeschäfte, zu denen die Zession gehört, von der h. L. nicht zugelassen wird (vgl. statt aller BGHZ 41 95, 96 m. w. Nachw.). Auch wenn **eine Bank im Auftrage eines Kunden bei einer anderen Bank ein Guthaben errichtet**, ist regelmäßig nicht anzunehmen, daß der Kunde durch eine konkludente Abtretung bereits im Augenblick der Leistung des Gegenwertes an die beauftragte Bank Gläubiger der Guthabenforderung geworden ist, doch können hier die Umstände des Einzelfalles auch zum entgegengesetzten Ergebnis führen (vgl. BGH WM 1957 1574, 1575).

3. Die maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung des Kontoinhabers

a) Der Wille des Errichtenden als primäres Kriterium

151 Für die Bestimmung des Kontoinhabers hat die Rechtsprechung die **allgemeine Regel** aufgestellt, daß „unter besonderer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu prüfen ist, wer nach dem erkennbaren Willen des die Einzahlung Bewirkenden Gläubiger der Bank werden sollte“². Dieser Grundsatz ist zwar ursprünglich nur im Hinblick auf Sparkonten entwickelt worden, doch hat ihn die Rechtsprechung später auch auf Konten anderer Art angewandt³. In der Tat kann die Formulierung der Rechtsprechung allgemeine Bedeutung für Konten aller Art beanspruchen; denn sie stellt nichts anderes dar als eine Konkretisierung des Grundsatzes der „objektiven Auslegung“ gemäß §§ 133, 157 BGB — und dieser ist unzweifelhaft der richtige dogmatische Ansatzpunkt für die Bestimmung der Person des Kontoinhabers.

152 Maßgeblich ist also der **Wille des Errichtenden**. Wie immer bei der objektiven Auslegung kann es sich dabei aber **nicht um den „inneren“ Willen**, sondern nur um den für die Bank **„erkennbaren“ Willen** handeln⁴. Das gilt auch für die **Anlegung eines Sparbuchs**^{4a}. Daß es der Bank dabei grundsätzlich gleichgültig sein könne, wer Gläubiger der Einlagenforderung werden soll, weil sie gemäß § 808 BGB auch durch Zahlung an

² Vgl. BGHZ 21, 148, 150; ebenso oder ähnlich RGZ 60, 141, 143; 73, 220, 221; RG JW 1937, 988, 989; BGHZ 46, 198, 199; BGH WM 1965, 897, 900; 1966, 1246, 1248; 1970, 712 f; 1972, 383; 1975, 1200; KG WM 1964, 1038, 1039.

³ Vgl. insbesondere BGHZ 21, 148 zum Girokonto; BGH WM 1966, 1246, 1248 allgemein für Bankguthaben.

⁴ Zutreffend daher die oben zitierte Formulierung in BGHZ 21, 148, 150 sowie auch BGH WM 66, 1246, 1248; 1975, 1200; unklar BGH WM 1965, 897, 900.

^{4a} A. A. offenbar *Flume* Allg. Teil des Bürg. Rechts Bd. II³, § 44 II 1 b, der bei Einzahlungen auf ein Sparbuch ein „Geschäft für den, den es angeht“ annimmt und für unerheblich hält, ob die Person des Zahlungsbegünstigten für die Bank erkennbar ist.

II. Der Inhaber des Kontos und seine Bestimmung

einen Nichtberechtigten befreit werde (vgl. RG WarnRspr. 1932 Nr. 57 S. 116; KG MDR 1956 106, 107), ist weder relevant noch auch nur in sich selbst schlüssig. Es ist nicht relevant, weil der „innere“ Wille grundsätzlich überhaupt keine Rechtsfolgen zu erzeugen vermag und weil überdies nicht nur im Hinblick auf die Interessen des Erklärungsadressaten, sondern auch im Hinblick auf die Interessen etwaiger Dritter wie z. B. eines Pfandgläubigers die Erkennbarkeit des Willens gefordert werden muß; es ist in sich selbst nicht schlüssig, weil die Bank keineswegs ohne Ausnahme nach § 808 befreit wird, sondern sich u. U. Bösgläubigkeit entgegenhalten lassen muß (vgl. näher unten Rdn. 1185), und weil sie außerdem auch insofern ein sehr elementares Interesse an der Erkennbarkeit des Kontoinhabers haben kann, als dessen Person im Falle der Aufrechnung für die Frage der Gegenseitigkeit der betreffenden Forderungen maßgeblich ist und die Bank daher z. B. bei Einräumung eines Kredits auf einem anderen Konto wissen muß, ob sie in der Sparforderung eine Sicherheit hat oder ob diese in Wahrheit einer anderen Person als dem Kreditnehmer zusteht. Unzutreffend ist dementsprechend die Ansicht des RAG, daß für die Bestimmung des Gläubigers eines Sparkontos „der sich aus den Umständen ergebende wirkliche Wille des Einzahlenden . . . maßgebend ist und es auch nicht erforderlich ist, die Sparkasse über den Sachverhalt“ (d. h. über die nach außen nicht erkennbaren internen Beziehungen) „ins Bild zu setzen“ (RAG DR 1942 1652).

Höchst problematisch ist ferner die Entscheidung des RG BankArch. 1934/35 531 f, **153** wo das RG aus den internen Beziehungen zwischen zwei **Eheleuten** und dem Verwendungszweck ihrer Konten geschlossen hat, es solle nur die Ehefrau und nicht auch der Ehemann Kontoinhaber sein und für ein etwaiges Debet haften, obwohl das Konto auch bzw. sogar nur auf seinen Namen lautete und er sogar im eigenen Namen Saldoanerkennnisse über die Schuld abgegeben hatte; zumindest hätte hier klargestellt werden müssen, ob und warum alle maßgeblichen Umstände für die Bank **erkennbar** waren, doch erscheint es darüber hinaus äußerst zweifelhaft, ob **Interna wie die verwandtschaftlichen Beziehungen, der Verwendungszweck der Konten und die Eigentumsverhältnisse** hinsichtlich des mit Hilfe der Konten bezahlten bzw. bewirtschafteten Gutes im Rahmen der objektiven Auslegung überhaupt herangezogen werden können und die Bank irgend etwas angehen. — Zumindest mißverständlich ist schließlich auch die Entscheidung BGH WM 1966 679, wo der BGH für die Frage, welchem von zwei Ehegatten ein Sparkonto zustand, nur auf das Innenverhältnis abgestellt hat und nicht darauf, „wen die Banken als den jeweiligen Gläubiger ansehen konnten“ (vgl. aaO S. 680). Die Entscheidung ist jedoch i. E. zutreffend, da es sich um einen Prozeß der Eheleute untereinander handelte und es *insoweit* in der Tat nur auf das Innenverhältnis ankommt — zumindest was die hier letztlich allein entscheidende obligatorische Ebene angeht. — Im übrigen bleibt es selbstverständlich möglich, daß durch Abtretung eines Bankguthabens der Gläubiger ohne Mitwirkung und ohne Kenntnis der Bank wechselt, doch bedarf eine solche Abtretung einer entsprechenden Einigung, die zwar auch durch konkludentes Verhalten erfolgen kann (vgl. näher oben Rdn. 150 und unten Rdn. 220), die jedoch in jedem Falle einen entsprechenden Rechtsakt voraussetzt, dessen Vornahme gegebenenfalls zu beweisen ist.

b) Die Bedeutung der Kontobezeichnung

Unter den maßgeblichen Kriterien zur Ermittlung des Parteiwillens ist an erster Stelle die Kontobezeichnung zu nennen. Soweit es sich nicht um ein Sparkonto handelt (vgl. dazu unten Rdn. 158), spricht eine gewisse **Vermutung** dafür, daß Kontoinhaber sein soll, wer beim Vertragsabschluß zwischen demjenigen, der das Konto eröffnet,

und der Bank als solcher bezeichnet worden ist⁵. Allerdings hat die Rechtsprechung auch bei Konten, die keine Sparkonten sind, stets betont, daß die Kontobezeichnung **nicht mehr als ein Indiz für den Parteiwillen** und daher nicht schlechthin ausschlaggebend sei⁶; soweit nicht verkannt wird, daß es auf den erkennbaren und nicht auf den rein innerlichen Willen ankommt⁷, ist dem durchaus zuzustimmen. Im übrigen hat die Rechtsprechung der Kontobezeichnung auch bei Sparkonten mit Recht keineswegs die Bedeutung völlig abgesprochen, sondern ihr auch hier den Charakter eines Indizes zuerkannt, das jedoch i. d. R. hinter dem aussagekräftigeren Indiz des Buchbesitzes (vgl. dazu unten Rdn. 156 f) zurücktritt⁸.

155 Wo ein zusätzliches Kriterium wie der Buchbesitz fehlt, wird mangels abweichender Umstände i. d. R. die Kontobezeichnung den Ausschlag geben. Das gilt z. B., wenn ein **Konto auf einen fremden Namen ohne jeden Zusatz des eigenen Namens** errichtet worden ist (vgl. RG WarnRspr. 1932 Nr. 57 = LZ 1932 954 Nr. 3); hat sich freilich der Handelnde in einem solchen Fall die Verfügungsmacht vorbehalten, so liegt ein Gegenindiz vor, das im Zweifel Vorrang gegenüber der Kontobezeichnung hat (vgl. RG WarnRspr. aaO S. 116; vgl. auch schon RG JW 1907 73, 74). Wird ein **Konto auf den eigenen Namen ohne Zusatz eines fremden Namens** errichtet, so wird meist ohne weiteres der Errichtende als Kontoinhaber anzusehen sein. Bei der Errichtung eines **Kontos auf den eigenen Namen unter Zusatz eines fremden Namens** ist grundsätzlich ebenfalls der Errichtende als Kontoinhaber anzusehen, sofern sein Name an erster Stelle steht (vgl. RG WarnRspr. 1931 Nr. 217 S. 441 und Nr. 218; BGHZ 61 72, 75 f; KG WM 1964 1038, 1039) oder sofern der Zusatz mehrdeutig ist (vgl. BGHZ 21 148, 150); der Zusatz ist dann rechtlich bedeutungslos und gibt dem in ihm genannten Dritten insbesondere keine Verfügungsmacht (vgl. RG aaO S. 443). Im übrigen aber kann in derartigen Fällen auch ein Gemeinschaftskonto, ein Fremdkonto oder ein Treuhandkonto vorliegen (vgl. dazu näher unten Rdn. 231, 244 und 265). Erst recht genügt ein **Zusatz über den Verwendungszweck** wie z. B. „Verwaltungskonto Eigentumswohnungen T.“ grundsätzlich nicht, um ein Konto zum Fremdkonto zu machen (vgl. BGH WM 1975, 1200, 1201). Eine Nachforschungspflicht, ob nicht doch ein solches gewollt ist, hat die Bank i. d. R. nicht (vgl. BGHZ 61 72, 76; BGH WM 1975 1200, 1201).

155a Gewisse Besonderheiten ergeben sich bei der **Vorgesellschaft**. Bezüglich der in Gründung befindlichen AG bestimmt nämlich § 54 III 2 AktG, daß „Forderungen des Vorstands“ aus Einlagenzahlungen auf ein Bankkonto „als Forderungen der Gesellschaft gelten“. Das setzt nach richtiger Ansicht voraus, daß das Konto für den Vorstand als solchen errichtet worden ist und nicht ein bloßes Privatkonto darstellt (vgl. z. B. *Lutter* in Kölner Komm. zum AktG, 1970, § 54 Rdn. 29 a. E.). Demgemäß wird man § 54 III 2 AktG als Auslegungsregel deuten können, wonach ein Konto „des Vorstands“ als Konto der Gesellschaft anzusehen ist, weil es diese „angeht“; die Errichtung des Kontos stellt also kraft gesetzlicher Typisierung ein Handeln im Namen der Gesellschaft dar. Daher liegt trotz des ungeschickten Wortlauts („Forderungen des Vorstands“) ein Konto der Gesellschaft vor (ebenso *Lutter* aaO m. w. Nachw.) und nicht ein Treuhandkonto der Vorstandsmitglieder (a. A. *Liesecke* WM 1975 221). Nur diese Ansicht entspricht dem Schutzzweck des Gesetzes, da mit diesem die umfassende

⁵ Vgl. RG WarnRspr. 1931 Nr. 217 S. 441 = BankArch. 1931/32, 155; WarnRspr. 1931 Nr. 218; WarnRspr. 1932 Nr. 57 S. 116 = LZ 1932, 954 Nr. 3; HRR 1935 Nr. 167.

⁶ Vgl. RG HRR 1932 Nr. 1431; BankArch. 1934/35, 531; BGHZ 21, 148, 150; BGH WM 1963, 455, 456; 1966, 1246, 1248.

⁷ Vgl. dazu oben Rdn. 152 f und die Kritik an der Entscheidung RG BankArch. 1934/35, 351 in Rdn. 153.

⁸ Vgl. RGZ 73, 220, 221; RG JW 1937, 988, 989; BGHZ 28, 368, 370; 46, 198, 199; BGH WM 1965, 897, 900; 1970, 712.

II. Der Inhaber des Kontos und seine Bestimmung

Verfügmacht des Treuhänders, die nicht einmal durch die Regeln über den Mißbrauch der Vertretungsmacht begrenzt ist (vgl. unten Rdn. 274), nicht zu vereinbaren wäre; bei Annahme eines Eigenkontos der Gesellschaft kann der Vorstand dagegen nur im Rahmen seiner Vertretungsmacht über das Konto verfügen, was besonders große praktische Bedeutung hat, wenn man die Vertretungsmacht vor Erlangung der Rechtsfähigkeit auf „notwendige“ Geschäfte oder in ähnlicher Weise begrenzt, wie das jedenfalls bei Bargründungen immer noch h. L. sein dürfte (vgl. z. B. *Flume* Festschr. für Geßler, 1970, S. 39 ff). Des weiteren folgt aus der hier vertretenen dogmatischen Einordnung von § 54 III 2 AktG, daß über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehend nicht nur Einlagezahlungen, sondern alle Zahlungen auf dieses Konto der Gesellschaft zustehen. Denn es handelt sich, wie dargelegt, um ein Konto der Gesellschaft und nicht lediglich um die — im Wege einer Art dinglicher Surrogation erfolgende — Zuordnung einzelner Posten an die Gesellschaft; die Gegenansicht wäre nicht nur mit der Einheit des Kontokorrents unvereinbar (vgl. dazu auch unten Rdn. 182 und 458), sondern auch wirtschaftlich unvernünftig.

Für die GmbH fehlt eine entsprechende Vorschrift. § 54 III 2 AktG kann jedoch unbedenklich analog angewandt werden, da es sich um den Ausdruck eines allgemeinen, auch für andere Vorgesellschaften passenden Rechtsgedankens handelt (vgl. auch *Liesecke* aaO; *Hachenburg/Ulmer GmbHG*⁷, § 7 Rdn. 33).

c) Die Bedeutung des Besitzes am Sparbuch

Ein besonderes Indiz ist bei Sparkonten in der Form des Besitzes am Sparbuch **156** gegeben. Dieses Indiz hat insofern **Vorrang vor der Kontobezeichnung**, als bei Anlegung eines Sparbuchs auf den Namen eines Dritten dieser im Zweifel nicht als Berechtigter i. S. von § 328 BGB anzusehen ist, solange sich der Errichtende den Besitz an dem Sparbuch vorbehält⁹. Denn durch den Besitz am Sparbuch behält der Kontoeröffner wegen der Regelung des § 808 BGB zugleich auch die **Verfügmöglichkeit**, und daher ist nicht anzunehmen, daß er dem in der Kontobezeichnung benannten Dritten einen unmittelbaren Anspruch i. S. von § 328 I BGB zuwenden wollte. Das muß der Kontoeröffner sich freilich auch selbst entgegenhalten lassen, und daher bleibt die Einlagenforderung z. B. in Konkurs und Zwangsvollstreckung dem Zugriff seiner Gläubiger ausgesetzt, ohne daß der Dritte ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO bzw. die Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO hat (ebenso i. E. *Mordhorst* MDR 1956 6); denn wenn der Kontoeröffner sich die Verfügungsmöglichkeit vorbehält, behandelt er die Einlagenforderung noch als Teil seines Vermögens, und das muß dann folgerichtig auch im Verhältnis zu seinen Gläubigern gelten. Auf der anderen Seite kann aber grundsätzlich auch der Tatsache, daß der Kontoeröffner das Sparbuch nicht auf seinen eigenen Namen, sondern auf den des Dritten errichtet hat, die Berücksichtigung nicht völlig versagt bleiben. Dabei kommt vor allem in Betracht, daß er die Forderung dem Dritten gemäß § 331 BGB auf den Todesfall zuwenden wollte (vgl. *BGHZ* 46 198, 201; *Mordhorst* MDR 1956 6; *Oswald* WM 1971 578 f). Auch wenn man eine solche Verfügung grundsätzlich formlos zuläßt (vgl. dazu unten Rdn. 210 ff), so hängt ihr Vorliegen doch von den Umständen des Einzelfalles ab und kann insbesondere nicht immer und nicht ohne weiteres aus der Tatsache gefolgert werden, daß das Sparbuch auf den Namen des Dritten angelegt wurde (vgl. auch *BGH* WM 1970 712); denn darin kann

⁹ Vgl. *RGZ* 60, 141, 143; 72, 220, 221; *RG JW* 1937, 988, 989; *BGHZ* 46, 198, 199; *BGH WM* 1965, 897, 900; 1970, 712, 713; *KG MDR* 1956,

105, 106; *LG Stuttgart WM* 1968, 951; *a. A. von Tuhr LZ* 1918, 881 ff; *Krückmann BankArch.* 1932/33, 412 ff und 450 ff.

z. B. auch ein rechtlich folgenloser Vorbereitungsakt für eine spätere Übertragung des Sparguthabens liegen.

157 Indizielle Bedeutung kommt dem Besitz am Sparbuch nicht nur bei der Errichtung des Kontos, sondern auch bei einer **späteren Übergabe des Buches** zu. Wie bisher der Besitz des Kontoeröffners *gegen* eine Berechtigung des Dritten sprach, so spricht jetzt die Übergabe *für* dessen Berechtigung. Erfolgt die Übergabe dabei an den in dem Sparbuch Benannten, so ist konstruktiv an einen **durch die Übergabe bedingten Vertrag zugunsten des Dritten** gemäß § 328 BGB zu denken. Im übrigen kommt man zum selben Ergebnis, hier wie auch bei Übergabe an einen nicht im Sparbuch Benannten, durch die Annahme einer **konkludenten Zession**. Eine solche ist in der Tat regelmäßig in der Übergabe des Sparbuches zu sehen (vgl. BGH WM 1962 487; 1965 897, 900; 1972 383, 384); das entspricht der Verkehrsauffassung, da der Besitz am Sparbuch nach der Vorstellung weiter Bevölkerungskreise die Forderung verkörpert und da auch rechtlich im Hinblick auf § 808 BGB der Buchbesitz für die Geltendmachung der Forderung grundsätzlich sowohl erforderlich als auch genügend ist (vgl. auch BGH WM 1965 900 im Anschluß an RG HRR 1932 Nr. 2142). Freilich kann unter besonderen Umständen auch einmal eine Zession abzulehnen sein wie z. B., wenn das Sparbuch ersichtlich nur zum Zwecke der Aufbewahrung übergeben wird (vgl. KG WM 1976 66) oder wenn die Übergabe nach den zugrunde liegenden AGB nicht als konkludenter Ausdruck der Abtretung anzusehen sein soll (vgl. LG München WM 1976 627, 628).

158 Wenngleich der Besitz am Sparbuch somit ein außerordentlich wichtiges und i. d. R. ausschlaggebendes Indiz für die materielle Rechtslage ist, so kommt ihm doch nicht die **Vermutungswirkung des § 1006 BGB** zu (vgl. BGH WM 1972 701; 1973 39, 41; KG WM 1976 66). Denn da das Sparbuch ein Rektapapier ist, folgt nicht das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier, sondern umgekehrt gemäß § 952 BGB das Recht am Papier dem Recht aus dem Papier; oder anders gesprochen: zur Übertragung der Guthabenforderung ist lediglich die schlichte Einigung gemäß § 398 BGB und nicht die Übergabe des Sparbuchs erforderlich, und da gemäß § 952 BGB mit der Übertragung der Forderung zugleich das Eigentum am Sparbuch unabhängig von dessen Übergabe übergeht, fehlt es an dem von § 1006 BGB vorausgesetzten rechtlichen Zusammenhang zwischen Rechtsübertragung und Besitzverschaffung, so daß § 1006 BGB auf Grund einer „teleologischen Reduktion“ oder „Restriktion“ außer Anwendung zu bleiben hat. Folgerichtig hat ein Urteil, das einer Partei den Besitz eines Sparbuches zuspricht, **keine Rechtskraftwirkung** hinsichtlich der Frage, wer Gläubiger der entsprechenden Einlagenforderung ist (vgl. BGH WM 1973 39, 41).

d) Sonstige Kriterien

159 Neben Kontobezeichnung und Buchbesitz können noch eine Vielzahl anderer Umstände Bedeutung für die Bestimmung des Kontoinhabers haben, da es, wie dargelegt, um eine Frage der objektiven Auslegung geht (vgl. oben Rdn. 151 a. E.) und da bei dieser grundsätzlich alle dem anderen Teil erkennbaren Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Als wichtiges Kriterium genannt wurde bereits die **Verfügungsbe-fugnis**. Diese hat jedenfalls insoweit wesentliche Bedeutung für die Bestimmung des Kontoinhabers, als bei Errichtung eines Kontos auf den Namen eines Dritten unter gleichzeitigem Vorbehalt der Verfügungsmacht zugunsten des Kontoeröffners der Dritte im Zweifel nicht als Kontoinhaber anzusehen ist; das kommt nicht nur darin zum Ausdruck, daß die Zurückbehaltung des — die Verfügungsmacht vermittelnden — Sparbuchs als Indiz gegen den Willen zur Einräumung einer Drittberechtigung anzusehen ist (vgl. oben Rdn. 156), sondern gilt ganz allgemein und nicht nur für Spar-

II. Der Inhaber des Kontos und seine Bestimmung

konten¹⁰. Diese Regel läßt sich jedoch nicht umkehren; das bedeutet, daß aus dem Vorliegen der Verfügungsmacht nicht ebenso auf die Kontoinhaberschaft geschlossen werden kann wie aus dem Fehlen der Verfügungsmacht auf das Fehlen der Kontoinhaberschaft. Denn nach der Verkehrssitte und den Gepflogenheiten des Bankverkehrs wird häufig einer Person Verfügungsmacht über ein Konto eingeräumt, ohne daß sie deshalb zugleich dessen Inhaber wird — und damit z. B. auch für ein etwaiges Debet haftet. Unrichtig ist dagegen die Behauptung, die Kontoführung auf den Namen einer Person, die über das Konto nicht Verfügungsberechtigt sein soll, sei überhaupt unzulässig¹¹. Ein solcher Rechtssatz ist dem geltenden Recht fremd; er folgt weder aus § 137 S. 1 BGB (vgl. näher unten Rdn. 240), noch aus § 154 II AO, der in dieser Richtung kein gesetzliches Verbot i. S. von § 134 BGB enthält und die Trennung von Kontoinhaberschaft und Verfügungsbefugnis nicht ausschließt¹².

Von Bedeutung kann weiterhin sein, wem nach der Vereinbarung der Parteien die **Kontoauszüge** zuzuschicken sind, doch handelt es sich dabei nur um ein verhältnismäßig schwaches Indiz, da dieser Umstand nicht notwendig für die Kontoinhaberschaft des Empfängers spricht, sondern u. U. auch lediglich den Schluß auf dessen Vertretungsmacht oder Verfügungsbefugnis ermöglicht (vgl. auch RG BankArch. 1934/35 531, 532).

Höchst zweifelhaft ist, ob der **Verwendungszweck** eines Kontos sowie das **Innenverhältnis zwischen mehreren (potentiellen) Kontoinhabern** im Rahmen der objektiven Auslegung zu berücksichtigen ist. Richtiger Ansicht nach dürfte die Frage auch dann zu verneinen sein, wenn die fraglichen Umstände für die Bank erkennbar waren (a. A. RG BankArch. 1934/35 531); denn es handelt sich hier um Interna, die ausschließlich in der Sphäre des Bankkunden liegen und um die die Bank sich daher nicht zu kümmern braucht, so daß sie im Rahmen der objektiven Auslegung — ausnahmsweise — nicht herangezogen werden können (vgl. auch schon oben Rdn. 153). Auch die **Herkunft der Mittel**, die auf ein neues Konto eingezahlt werden, ist i. d. R. unerheblich (vgl. BGHZ 21 148, 150; BGH WM 1972 383).

Unerheblich sind unzweifelhaft grundsätzlich die **Buchungen** der Bank und die **Eintragungen auf dem Kontoblatt** des Kunden (vgl. auch RG WarnRspr. 1931 Nr. 218; BGH WM 1963 455, 456); denn zum einen stellen diese ihrer Funktion nach rein deklaratorische Akte dar, so daß ihnen schon ihrem eigenen Zweck nach eine rechtsbegründende Kraft nicht zukommen kann, und zum anderen sind sie i. d. R. auch bloße Interna, die für den Kunden nicht erkennbar sind.

e) Der maßgebliche Zeitpunkt

Für die Bestimmung des Kontoinhabers sind grundsätzlich nur solche Umstände **maßgeblich**, die zur Zeit des Vertragsschlusses, also **bei Kontoeröffnung** gegeben waren (so auch BGH WM 1975 1200, 1201 unter 5). Das folgt ohne weiteres daraus, daß es um eine Frage der Vertragsauslegung geht. Später eingetretene Umstände sind nur insoweit zu berücksichtigen, als sie auf eine Änderung des Vertrages oder eine Zession der Guthabenforderung schließen lassen oder einen mittelbaren Rückschluß auf den Willen der Parteien bei der Kontoeröffnung erlauben. Im Hinblick auf diese letz-

¹⁰ Vgl. RG JW 1907, 73, 74; WarnRspr. 1932 Nr. 57 S. 116 = LZ 1932, 954 Nr. 3; auch schon oben Rdn. 155.

¹¹ So aber *Soergel/Lippisch*¹⁰ Rdn. 58 vor § 607 BGB; ebenso wohl *Diesel* BankArch. 1937/38, 675 und *Busse* MDR 1956, 71.

¹² Vgl. auch KG MDR 1956, 105, 106; a. A. offenbar *Diesel* und *Busse* aaO (wie vorige Fn.).

tere Möglichkeit ist es z. B. nicht zu beanstanden, wenn im Rahmen der freien Beweiswürdigung auch berücksichtigt wird, wer **Abhebungen** von dem fraglichen Konto vorgenommen hat oder wer das Sparbuch aufbewahrt hat (vgl. zu beidem RG JW 1937 988, 989). Unter demselben Aspekt können **spätere Äußerungen** eines Beteiligten von Bedeutung sein — so z. B. im Hinblick auf § 331 BGB ein Gespräch kurz vor dem Tode (vgl. BGHZ 46 198, 203; BGH WM 1970 712, 713).

III. Vertretungs- und Verfügungsmacht über das Konto

1. Die Vertretungsmacht

a) Grundlagen, Umfang und Erlöschen der Vertretungsmacht

164 Hinsichtlich der Vertretungsmacht gelten im Bankrecht grundsätzlich die allgemeinen Regeln. Die Vertretungsmacht kann dementsprechend gesetzlicher, organschaftlicher oder rechtsgeschäftlicher Natur sein. Wichtigstes praktisches Beispiel der gesetzlichen Vertretungsmacht ist die **Vertretungsmacht der Eltern** für ihre Kinder, die grundsätzlich auch die Rechtsmacht umfaßt, im Namen der Kinder über deren Konten zu verfügen (vgl. aber auch unten Rdn. 168). Hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ist zwischen der spezifischen **Bankvollmacht** und Generalvollmachten, die sich nicht unmittelbar auf das Konto beziehen, zu unterscheiden. Auch insoweit gelten jedoch keine prinzipiellen Besonderheiten. Die Bankvollmacht untersteht also uneingeschränkt den Regeln der §§ 167 ff BGB. Bei den Generalvollmachten ist entweder durch Auslegung der Vollmacht oder auf Grund der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu ermitteln, ob sie sich auf das Konto beziehen. Das ist z. B. bei der **Prokura** und der **Handlungsvollmacht** nicht nur hinsichtlich der Errichtung von Bankkonten (vgl. dazu oben Rdn. 145), sondern auch für Verfügungen über bereits bestehende, von einer anderen Person eingerichtete Konten zu bejahen, da auch insoweit die Vorschriften der §§ 49 I, 54 I HGB eingreifen.

165 Der **Umfang der Vertretungsmacht** ist für den Prokuristen gemäß § 49 I HGB umfassend, so daß er auch Wechsel zeichnen und Kredite aufnehmen kann. Der Handlungsbevollmächtigte kann dies dagegen gemäß § 54 II HGB nur, wenn ihm eine solche Befugnis besonders erteilt ist; auch wenn dies geschehen ist, erstreckt sich seine Vertretungsmacht aber nicht auf bankunübliche Manipulationen zu kurzfristiger Kreditschöpfung (vgl. BGH WM 1964 224, 225; 1966 691, 693 unter B I 1 a). Die spezifische Bank- oder Kontovollmacht erstreckt sich grundsätzlich ebenfalls nicht auf die Aufnahme von Krediten und die Zeichnung von Wechseln, sondern beschränkt sich auf Verfügungen über ein vorhandenes Guthaben sowie einen auf diesem Konto zugesagten Kredit sowie auf Kontoüberziehungen im Rahmen des Üblichen (vgl. auch RG BankArch. 1932 440 = SeuffArch. 87 Nr. 152; BGH MDR 1953 345, 346; LG Frankfurt WM 1979 1438); in der Praxis wird freilich nicht selten ausdrücklich das Gegenteil vereinbart (vgl. *Lwowski* BuB 2/372 und 2/416 f sowie LG Frankfurt aaO).

166 Bei **Gesamtvertretung** können die Gesamtvertreter grundsätzlich nur gemeinsam über das Konto verfügen. Hat einer die Unterschrift des anderen gefälscht oder wahrheitswidrig dessen Einverständnis behauptet, so wird die Bank durch dessen Verfügung grundsätzlich nicht frei (vgl. RGZ 160 310, 312 = BankArch. 1939 425, 426), doch hat sie u. U. einen Schadensersatzanspruch gegen den Kunden aus §§ 823 ff i. V. m. § 31 oder § 831 BGB (vgl. näher unten Rdn. 173 ff). Die Kontoauszüge sind i. d. R. an alle Gesamtvertreter zu senden (vgl. RG BankArch. 1939 S. 427). Ist einem von ihnen in einem Kontoeröffnungsantrag Einzelzeichnungsbefugnis erteilt, so berechtigt diese nicht zu beliebigen Bankgeschäften, insbesondere nicht zu Wechselzeichnungen, Bürg-

III. Vertretungs- und Verfügungsmacht über das Konto

schaftserklärungen oder Sicherheitsbestellungen, sondern nur zu denselben Geschäften wie eine gewöhnliche Kontovollmacht, also zu Verfügungen über vorhandene Guthaben und auf diesem Konto zugesagte Kredite sowie zu Kontoüberziehungen im Rahmen des Üblichen (vgl. auch OLG Celle WM 1967 1230, 1231; *Liesecke* WM 1975 294).

Bezüglich des **Erlöschens der Vertretungsmacht** enthalten Ziff. 1 und Ziff. 24 II und III AGB eine gewisse Verstärkung des Schutzes der Bank (siehe im einzelnen die Kommentierung der AGB). Im übrigen gelten auch hier die allgemeinen Regeln. Demgemäß wird die Bank z. B. grundsätzlich nicht frei, wenn sie nach einem ihr gegenüber erfolgten **Widerruf** einer Kontovollmacht einen von dem Stellvertreter ausgestellten Scheck einlöst (vgl. KG WM 1977 1236, 1237). Bei **Unwiderruflichkeit** einer Bankvollmacht (vgl. z. B. den Fall BGH WM 1969 1009) sind die in Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten Grenzen der Unwiderruflichkeit zu beachten. Als unzulässig und unwirksam wird man die Unwiderruflichkeitsklausel danach vor allem bei einer isolierten, d. h. nicht auf ein bestimmtes Kausalverhältnis bezogenen Vollmacht ansehen müssen¹³. Auch bei Bezug auf ein solches Kausalverhältnis ist aber die Unwiderruflichkeitsklausel unwirksam, wenn der Vertreter kein eigenes Interesse an der Vollmacht hat wie z. B. bei einem ausschließlich im Interesse des Vollmachtgebers erteilten Auftrag (vgl. BGH WM 1971 956). Im übrigen bleibt grundsätzlich die Möglichkeit eines Widerrufs aus wichtigem Grund, da dieser durch die Ausschlussklausel i. d. R. nicht beseitigt wird (vgl. z. B. BGH WM 1969 1009 m. umf. Nachw.; vgl. aber auch BGHZ 77 392, 397 ff); das gilt allerdings bei Spezialvollmachten nur als eine (widerlegbare) Auslegungsregel, während es sich bei Generalvollmachten um einen Satz des zwingenden Rechts handeln dürfte, da bei diesen eine vollständige Beseitigung der Widerrufsmöglichkeit eine untragbare Freiheitsbeschränkung darstellen würde.

Zur **postmortalen Vollmacht** vgl. unten Rdn. 208 und 222 f.

b) Einschränkungen der Vertretungsmacht

Einschränkungen der Vertretungsmacht muß die Bank ohne weiteres gegen sich 168 gelten lassen, sofern diese das Außenverhältnis betreffen und nicht nur eine Bindung im Innenverhältnis enthalten und sofern nicht im Einzelfall die Regeln über die Scheinvollmacht eingreifen. Die Bank wird daher z. B. nicht frei, wenn sie entgegen § 1812 BGB eine Auszahlung an einen Vormund vornimmt, ohne daß die erforderliche (beachte die Ausnahmen in § 1813 BGB) **Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts** vorlag (vgl. RGZ 79 9, 13 ff); das Mündel behält also seine Einlagenforderung und ist folgerichtig nicht auf einen Schadensersatzanspruch gegen die Bank angewiesen (so aber offenbar RGZ aaO S. 14; BGH WM 1957 30, 32 unter II 2). Auch ein Nachlaßpfleger bedarf zur Auflösung eines Kontos oder zu Abhebungen von diesem gemäß §§ 1915, 1812 BGB grundsätzlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (vgl. OLG Frankfurt WM 1974 473, 474). Ferner ist für Kontoüberziehungen und sonstige Kreditaufnahmen gemäß §§ 1643, 1822 Nr. 8 BGB eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich; der gesetzliche Vertreter selbst kann sich allerdings auf deren Fehlen gemäß § 242 BGB nicht berufen, wenn er im eigenen Interesse Geschäfte über das Konto seines Kindes oder Mündels gemacht und für ein Debet die Schuld mitübernommen hat (vgl. BGH WM 1971 1498, 1499 unter

¹³ Vgl. (ohne speziellen Bezug auf bankrechtliche Fragen) RGZ 62, 335, 337; RG JR 1925 Nr. 1860 Sp. 1340; KG HRR 1933 Nr. 1485; *Larenz* Allg.

Teil⁵ § 31 III b; noch enger *Flume* Allg. Teil Bd. II³ § 53, 3 und 4; gänzlich ablehnend *Thiele* MünchKomm. 1978, § 168 Rdn. 36.

1 d). Schließlich kann sich ein Genehmigungserfordernis auch aus einer Sperre gemäß § 1809 BGB ergeben (vgl. dazu näher unten Rdn. 253).

168a Besondere Schranken bestehen für die **Generalvollmacht**. So kann ein **Gesamtvertreter** einem anderen nicht allgemein die Vollmacht erteilen, ihn zu vertreten, weil dadurch der Schutzzweck der Gesamtvertretung ausgehöhlt würde (vgl. z. B. BGHZ 34 27, 30). Nichtig ist auch die Erteilung einer unbeschränkten **Generalvollmacht durch Organe einer Gesellschaft an Nichtorgane** (vgl. BGH WM 1975 790, 791; 1976 1246; OLG Hamm WM 1979 1223, 1226); das soll jedenfalls bei der GmbH auch bei Zustimmung aller Gesellschafter gelten (vgl. BGH WM 1976 1246). Gleichzustellen dürfte eine Vollmacht sein, in der zwar nicht eine schlechthin unbeschränkte Generalvollmacht erteilt, die Vertretungsmacht des Nichtorgans jedoch so umfassend bestimmt wird, daß dieses im wesentlichen alle nach dem Gegenstand des Unternehmens in Betracht kommenden Geschäfte vornehmen kann; denn anderenfalls könnte durch eine solche Gestaltung das Vollmachtsverbot ohne weiteres umgangen werden. Ein Schutz des Dritten gemäß § 172 I BGB kommt auch bei Vorlage einer Vollmachtsurkunde grundsätzlich nicht in Betracht, da es sich um einen aus der Urkunde selbst erkennbaren Mangel handelt und es in einem solchen Fall auch bei Gutgläubigkeit des Dritten keinen Rechtsscheinschutz gibt (vgl. *Canaris* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht S. 118 und 495 f). Aus diesem Grunde greift auch § 172 II BGB nicht ein, wenn der Bevollmächtigte ursprünglich Organ war, diese Stellung jedoch verloren hat und im Handelsregister eine entsprechende Eintragung vorgenommen worden ist, so daß der Dritte den Verlust der Organstellung gemäß § 15 II 1 HGB gegen sich gelten lassen muß (verkannt von OLG Hamm WM 1979 1226 Sp. 1).

169 Selbstverständlich ist ferner das **Verbot des Selbstkontrahierens gemäß § 181 BGB** zu beachten. Dieses ist jedoch nicht schon dann berührt, wenn der Stellvertreter eine Abhebung vornimmt, um das Geld für seine eigenen Zwecke zu verwenden (vgl. BGH WM 1958 552, 553); denn diese Absicht ändert nichts daran, daß die Abhebung lediglich ein Rechtsgeschäft zwischen der Bank und dem — durch den Stellvertreter vertretenen — Kontoinhaber und nicht ein solches zwischen dem Stellvertreter selbst und dem Kontoinhaber darstellt (schiefe daher OLG München WM 1973 1252, 1253). Es geht insoweit vielmehr um die Problematik eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht (vgl. dazu die folgenden Rdn.). Entsprechendes gilt, wenn der Stellvertreter eine Überweisung von einem Konto des Vertretenen auf ein eigenes Konto vornimmt (vgl. BGH aaO). § 181 BGB ist hier tatbestandlich nicht einschlägig, weil der Überweisungsauftrag lediglich ein (einseitiges) Rechtsgeschäft des Vertretenen gegenüber der Bank und die Gutschriftserteilung lediglich ein Rechtsgeschäft der Bank gegenüber oder mit dem Begünstigten darstellt, so daß der Stellvertreter in keinem Fall auf zwei Seiten eines Rechtsgeschäfts tätig wird. § 181 BGB kann grundsätzlich auch nicht analog angewendet werden¹⁴. Zwar liegt die ratio legis von § 181 BGB nach richtiger Ansicht in der Verhinderung von Interessenkonflikten, doch rechtfertigt das allein die Analogie nicht, weil hier anders als im Normalfall des § 181 BGB, insbesondere anders als bei der Entnahme von Bargeld durch den Vertreter aus einer von ihm verwalteten Kasse, zugleich ein Dritter, nämlich die Bank, betroffen ist; nicht (nur) der Vertreter, sondern (auch) sie hätte also das Risiko eines Verstoßes gegen § 181 BGB zu tragen, was ihr eine überzogene Überwachungspflicht bezüglich des Vertreterhandelns aufbürden würde und

¹⁴ So mit Recht *Liesecke* WM 1975, 295 gegen Erstauflage Anm. 160; ebenso i. E., wenngleich sehr vorsichtig, auch *Hübner* Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, 1977, S. 213 f; für die Analo-

gie zu § 181 BGB dagegen *Schlegelberger/Hefermehl*⁵ Anh. nach § 365 Rdn. 17 im Anschluß an Erstauflage Anm. 160.

III. Vertretungs- und Verfügungsmacht über das Konto

die Reibungslosigkeit des Zahlungsverkehrs beeinträchtigen könnte. Wenn es sich freilich nicht um einen gewöhnlichen Zahlungsvorgang handelt, sondern die Bank an diesem ein Eigeninteresse hat — z. B., weil der überwiesene Betrag zur Rückführung eines Debet auf einem ebenfalls bei ihr geführten Konto dient — oder sie die Überweisung sogar geradezu veranlaßt hat, entfallen die Bedenken gegen eine (analoge) Anwendung von § 181 BGB.

Entsprechendes gilt für den Scheck. Demgemäß ist § 181 BGB grundsätzlich auch auf die in dessen Ausstellung liegende Zahlungsanweisung nicht anzuwenden — und zwar auch dann nicht, wenn man den Begebungsvertrag, den der Stellvertreter mit sich selbst schließt, gemäß § 181 BGB als schwebend unwirksam ansieht (vgl. BGH WM 1969 240 und dazu unten Rdn. 716).

Soweit danach § 181 BGB unanwendbar ist, bleibt allenfalls der Rückgriff auf die — wesentlich flexibleren — Regeln über den Mißbrauch der Vertretungsmacht.

c) Der Mißbrauch der Vertretungsmacht

Nach den Regeln über den Mißbrauch der Vertretungsmacht braucht der Vertretene das zwischen dem Stellvertreter und der Bank vorgenommene Rechtsgeschäft trotz grundsätzlichen Vorliegens der Vertretungsmacht u. U. nicht gegen sich gelten zu lassen. Allerdings sind bezüglich der **tatbestandlichen Voraussetzungen** verhältnismäßig strenge Anforderungen zu stellen. Es ist nämlich grundsätzlich zu fordern, daß der Vertreter bewußt zum Nachteil des Vertretenen gehandelt hat und daß dies dem Dritten bekannt war oder sich ihm geradezu aufdrängen mußte (so die zutreffende Formulierung im BGH WM 1976 658; 1980 953). Einfache Fahrlässigkeit schadet dem Dritten grundsätzlich nicht. Das gilt entgegen der früheren Rechtsprechung (vgl. zuletzt BGHZ 50 112) jedenfalls für handelsrechtliche Vertretungsbefugnisse mit zwingendem Umfang, also für die organschaftliche Vertretungsmacht von oHG-Gesellschaftern, GmbH-Geschäftsführern usw. und die Prokura, weil anderenfalls der Schutzzweck der gesetzlichen Festlegung des Vertretungsumfangs unterlaufen würde¹⁵. Man sollte darüber hinaus aber auch für alle Außenvollmachten — und die Bankvollmacht ist typischerweise eine solche — dieselben strengen Anforderungen stellen, weil allein dies der Abstraktheit der Außenvollmacht und dem damit verfolgten Verkehrsschutzzweck entspricht; bei der organschaftlichen Vertretungsmacht und der Prokura bedarf es einer gesetzlichen Festlegung des Umfangs ja nur, weil sie intern erteilt werden und daher interne Einschränkungen an sich nach außen durchschlagen würden.

Was die Voraussetzungen in der Person des Stellvertreters angeht, so genügt es, wenn einer von mehreren Gesamtvertretern das Bewußtsein der Nachteilszufügung hat. Auch mittelbare Täterschaft eines Vertreters mit Hilfe eines nicht-dolosen anderen Vertreters kommt in Betracht. Dem Benachteiligungsbewußtsein grundsätzlich gleichzustellen ist der Fall, daß der Vertreter vor den Folgen seines Handelns „geradezu die Augen verschließt“. Dagegen kann man entgegen einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht^{15a} Fahrlässigkeit des Stellvertreters oder gar einen nur „objektiven“ Mißbrauch

¹⁵ Vgl. *Fischer* Festschr. für Schilling, 1973, S. 15 ff; *Hübner* Festschr. für Klingmüller, 1974, S. 173 ff; *Liesecke* WM 1975, 296; *Gefler* Festschr. für von Caemmerer, 1978, S. 531 ff; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, § 10 II 1 b = S. 530 offengelassen von BGH WM 1976, 658; unklar insoweit BGH WM 1976, 709, 711.

^{15a} Vgl. z. B. *Flume* aaO (Fn. 13) § 45 II 3 a. E. = S. 791; *Thiele* aaO (Fn. 13) § 164 Rdn. 118; *Frotz* Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, S. 623; a. A. vor allem *Fischer* aaO (Fn. 15) S. 17, 19 f; *Wiedemann* aaO S. 529 f.

grundsätzlich, d. h. abgesehen von besonders gelagerten Ausnahmefällen (vgl. z. B. BGH WM 1978 16), nicht genügen lassen. Auch in anderen Fällen eines „Einwendungsdurchgriffs“ kraft Rechtsmißbrauchs fordert man mit Recht für eine Zurückdrängung des Verkehrsschutzinteresses, daß ein besonders massiver, einer Straftat gleich oder nahe kommender Tatbestand vorliegt (vgl. z. B. unten Rdn. 1013 ff zum Dokumentenakkreditiv und Rdn. 1138 f zur Garantie). Außerdem brauchte der Dritte den Geschäftsherrn bei einem unmittelbaren Abschluß mit ihm grundsätzlich auch nicht zu warnen, wenn er bemerkt, daß dieser die ihm aus dem Geschäft drohenden Nachteile verkennt; er muß deshalb auch bei einem Abschluß mit einem Vertreter seinen eigenen Vorteil in den Vordergrund stellen und den Standpunkt einnehmen dürfen, daß es das Risiko des Vertretenen ist, wenn er einen dummen, leichtfertigen oder schlampigen Stellvertreter hat. Erst recht sollte man bloße Weisungswidrigkeit des Vertreterhandelns grundsätzlich nicht als ausreichend ansehen. Denn der Dritte kann insoweit grundsätzlich davon ausgehen, daß dieses Problem allein zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zu bereinigen ist, und er braucht das Geschäft daher nicht durch eine Rückfrage bei dem Vertretenen aufs Spiel zu setzen.

Die Regeln über den Mißbrauch der Vertretungsmacht sind, soweit ihr Anwendungsbereich sich erstreckt, *lex specialis* zur Haftung aus Schutzpflichtverletzung. Man darf also nicht auf diesem Umweg doch noch den Dritten für leichte Fahrlässigkeit eintreten lassen oder das Risiko einer nicht-vorsätzlichen Schädigung des Vertretenen auf ihn überbürden. Geht es nicht um die Folgen des Mißbrauchs, bleibt die Haftung wegen Schutzpflichtverletzung unberührt. Erkennt also die Bank z. B., daß ein gutgläubiger Vertreter Geld auf ein Konto überweist, wo es voraussichtlich veruntreut werden wird, so hat sie grundsätzlich eine Warnpflicht (vgl. oben Rdn. 106).

171 Im Bankverkehr spielt der Mißbrauch der Vertretungsmacht wegen der Möglichkeit des Zugriffs auf fremdes Geld, wegen der weitgehenden Unanwendbarkeit von § 181 BGB (vgl. oben Rdn. 169) und aus einer Reihe anderer Gründe eine besonders große praktische Rolle. Demgemäß hat er die Rechtsprechung verhältnismäßig häufig beschäftigt¹⁶. Dabei hat sich im Laufe der Rechtsentwicklung eine Reihe **typischer Verdachtsmomente** herauskristallisiert. Als Ausgangspunkt wird man dabei auch heute noch die Formel des RG heranziehen können, daß die Bank das Innenverhältnis überprüfen muß, wenn sich ihr „bei redlicher Rücksichtnahme auf die Belange des Vollmachtgebers begründete Zweifel an der Treue des Bevollmächtigten aufdrängen mußten und ihr Schritte zur Aufklärung zuzumuten waren“ (vgl. RG JW 1936 643). Die Bank braucht jedoch noch nicht ohne weiteres Verdacht zu schöpfen, wenn der Bevollmächtigte Werte aus dem Vermögen des Vollmachtgebers auf ein für ihn selbst geführtes Konto übertragen läßt, mag dieses als Anderkonto, als Sonderkonto oder in anderer Weise bezeichnet sein (vgl. BGH WM 1957 28, 30; OLG Hamm WM 1979 1223, 1226 unter 3 a). Verdächtig kann es jedoch sein, wenn der Bevollmächtigte diese Übertragung nicht durch eine Überweisung, sondern durch eine — im Bankverkehr ganz unübliche — Abtretung durchführt (vgl. BGH aaO S. 30 unter 4 b). Noch verdächtiger ist, wenn der Bevollmächtigte mitteilt, er wolle die übertragenen Werte als Sicherheit für einen Kredit verwenden und dabei im Dunkeln läßt, ob er diesen Kredit für sich selbst oder für den Vertretenen aufnehmen will (vgl. BGH aaO S. 30 unter 4 c), doch braucht die Bank einen Vollmachtsmißbrauch nicht zu befürchten, wenn sie vernünft-

¹⁶ Beispiele auch der Rechtsprechung mit bankrechtlichem Bezug bilden die Entscheidungen RG JW 1936, 643; BGHZ 50, 112, 114; BGH NJW 1952, 537 = LM Nr. 1 zu § 126 HGB; BGH WM

1957, 28, 30; 1958, 871, 872; 1961, 321, 323; 1966, 491, 493; 1969, 112; 1973, 1318, 1320; 1976, 658, 659 f; 1976, 709, 711; vgl. ferner die Darstellung von *Liesecke* WM 1975, 295 f.

III. Vertretungs- und Verfügungsmacht über das Konto

tigerweise davon ausgehen darf, daß der Vertreter den Kredit im Interesse des Vertretenen benötigt (vgl. BGH WM 1958 871, 872). Läßt sich gar die Bank selbst eine Sicherheit an Werten des Vertretenen für Schulden des Vertreters bestellen, so wird sie sich in aller Regel nicht auf die Bankvollmacht berufen können — zumal, wenn sie ihrerseits dazu beigetragen hat, daß deren Fassung über ihren Zweck hinausreicht (vgl. BGH WM 1969 112). Geht der Stellvertreter zugunsten der Bank eine Bürgschaft, eine Garantie oder dgl. ein, so kann es ein gravierendes Verdachtsmoment darstellen, wenn deren Übernahme wegen der schlechten Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners besonders riskant ist (vgl. BGH WM 1966 491, 492 f; 1976 658, 659; 1976 709, 710 f), wenn sie (auch) dem Eigeninteresse des Stellvertreters dient (vgl. BGH WM 1973 1318, 1319 f; 1976 711), wenn dieser die Eingehung der Verpflichtung ersichtlich vor anderen Vertretungspersonen geheimhalten will (vgl. BGH WM 1973 1318, 1320), insbesondere durch Umleitung von Kontoauszügen an eine andere Adresse (vgl. dazu auch BGH WM 1976 904, 907), oder wenn das Geschäft nach Art und Höhe völlig aus dem Rahmen fällt (vgl. BGHZ 50 112, 114; BGH WM 1966 491, 493). Bei einer von einem Stellvertreter veranlaßten Umbenennung des Kontoinhabers wegen einer (angeblichen) Änderung der Firma muß die Bank sich jedenfalls dann, wenn möglicherweise zugleich eine Strukturänderung wie z. B. ein Wechsel des Inhabers, der Rechtsform oder der Identität des Unternehmens vorliegt, grundsätzlich durch die Beiziehung eines Handelsregistrauszugs Klarheit verschaffen (vgl. BGH NJW 1952 537, 538 = LM Nr. 1 zu § 126 HGB).

Bei einem **Mitverschulden des Vertretenen** wendet die Rechtsprechung grundsätzlich § 254 BGB analog an¹⁷. Das ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen¹⁸. Diese ist im dogmatischen Ausgangspunkt insofern nicht unberechtigt, als es beim Mißbrauch der Vertretungsmacht nach herkömmlicher Ansicht nicht um einen Schadensersatzanspruch des Vertretenen gegen den Dritten, sondern um die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts — also z. B. einer Kontoabhebung oder einer Bürgschaftsübernahme — geht¹⁹. Gleichwohl dürfte die Ansicht der Rechtsprechung jedenfalls für die Fallkonstellationen, die im Bankrecht typischerweise auftreten, i. E. auf das Richtige hinauslaufen. Denn der Vertretene steht in aller Regel in einer Sonderbeziehung zu der Bank — sei es aus einer laufenden Geschäftsverbindung oder sei es zumindest aus einem von dem Stellvertreter befugtermaßen hergestellten Verhandlungskontakt — und hat folglich gegenüber dieser die üblichen Schutzpflichten. Verletzt er eine solche wie z. B. im Falle mangelhafter Überwachung des Stellvertreters, hat die Bank einen Schadensersatzanspruch gegen ihn, in dessen Rahmen ihr eigenes Mitverschulden nach § 254 BGB zu berücksichtigen ist; zusätzlich ist allerdings u. U. eine Aufrechnungserklärung erforderlich wie z. B., wenn die Bank gegenüber einer Guthabenforderung, die durch eine mißbräuchliche Verfügung des Stellvertreters unberührt geblieben ist, ein Mitverschulden des Vertretenen geltend machen will.

Ein Sonderproblem stellt die Frage dar, ob der Vertretene auch für die **in dem Mißbrauch selbst liegende Pflichtwidrigkeit des Vertreters** nach § 278 BGB einzustehen hat. Das ist zu verneinen. Denn zum einen würde sonst der Schutzzweck der Regeln über den Mißbrauch der Vertretungsmacht weitgehend ausgehöhlt (vgl. auch unten Rdn. 175), und zum anderen ist bei den hier gemachten Prämissen (vgl. oben Rdn. 170)

¹⁷ Vgl. RGZ 145, 311, 316; BGHZ 50, 112, 114 f; 64, 79, 85.

¹⁸ Vgl. z. B. Heckelmann JZ 1970, 62 ff; Hübner Festschr. für Klingmüller, 1974, S. 182 f; Larenz Allg. Teil⁵ § 30 II a = S. 546 m. w. Nachw.

¹⁹ Demgegenüber befürwortet Frotz Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, S. 611 ff für die Fälle der gesetzlichen Vertretungsmacht eine rein Schadensersatzrechtliche Lösung der Mißbrauchsproblematik.

der Bank ohnehin bekannt oder für sie evident, daß der Vertreter bewußt zum Nachteil des Vertretenen und mithin nicht in Ausführung, sondern nur bei Gelegenheit seiner Tätigkeit als Erfüllungsgehilfe handelt (vgl. auch RG BankArch. 1939 425, 426). Die Rechtsprechung erörtert die Problematik, soweit ersichtlich, überhaupt nicht (vgl. die Nachw. in Fn. 17) und scheint demgemäß als selbstverständlich vorauszusetzen, daß der Vertretene sich den Vollmachtsmißbrauch als solchen grundsätzlich nicht gemäß § 278 BGB zurechnen zu lassen braucht (anders freilich offenbar BGH WM 1966 491, 494 unter IV 2; vgl. dazu auch unten Rdn. 174 f).

d) Schadensersatz- und Bereicherungshaftung des Vertretenen bei Vertretung ohne Vertretungsmacht

173 Hat der Stellvertreter seine Vertretungsmacht überschritten und versagen auch die Mittel des „positiven Vertrauensschutzes“, d. h. vor allem die Institutionen des Registerschutzes und der Scheinvollmacht, so kann der Dritte doch immerhin noch einen Schadensersatzanspruch gegen den Vertretenen haben. Das ist z. B. dann in aller Regel zu bejahen, wenn der Vertretene das Handeln des falsus procurator durch eine **Vernachlässigung gebotener Überwachungs- oder Organisationsmaßnahmen** ermöglicht hat (vgl. z. B. RGZ 122 351, 355 ff; BGH WM 1980 1030, 1031; OLG Frankfurt WM 1980 95, 97).

174 Weitgehend ungeklärt ist indessen, ob bzw. wann der Vertretene sich die **Überschreitung der Vertretungsmacht als solche** bzw. die vom Vertreter verübte **Täuschung des anderen Teils über das Fehlen der Vertretungsmacht** gemäß § 31 BGB oder § 278 BGB schadensersatzrechtlich zurechnen lassen muß. Typisch ist der Fall, daß ein **Gesamtvertreter** die Unterschrift eines anderen Vertreters gefälscht bzw. wahrheitswidrig dessen Einverständnis behauptet hat oder daß der **Bürgermeister einer Gemeinde** gleiches hinsichtlich der Zustimmung eines Mitwirkungsorgans — z. B. der Aufsichtsbehörde — getan hat. Da die einschlägigen Fälle in aller Regel einen bankrechtlichen Einschlag haben, bedürfen sie näherer Darstellung.

Die **Entwicklung der Rechtsprechung** ist alles andere als geradlinig verlaufen. Das RG hat einerseits bei einer Kontoabhebung durch einen Gesamtvertreter unter Fälschung der Unterschrift des anderen einen Schadensersatzanspruch der Bank aus Schutzpflichtverletzung i. V. m. § 278 BGB im Gegensatz zum Berufungsgericht verneint (vgl. RGZ 160 310, 313 ff = BankArch. 1939 425, 426), bei einer ohne die erforderliche Genehmigung eines anderen Organs erfolgten Darlehensaufnahme eine Haftung des Vertretenen aus c. i. c. i. V. m. § 31 BGB zurückgewiesen (vgl. SeuffArch. 82 Nr. 57) und bei der Fälschung der Unterschrift des anderen Gesamtvertreters auf einem Wechsel sogar einen Schadensersatzanspruch der Bank gegen den Vertretenen aus § 823 II i. V. m. § 31 BGB abgelehnt (vgl. RGZ 134 375, 377). Andererseits hat es bei einer unbefugten (und unwirksamen) Wechselzeichnung durch einen Stellvertreter den Vertretenen über §§ 31, 826 BGB auf die volle Wechselregreßsumme (!) haften lassen (vgl. JW 1928 2433, 2435), hat bei unbefugter Aufnahme eines Darlehens und anschließender Veruntreuung der Valuta durch einen Gesamtvertreter unter Fälschung von Unterschriften anderer Vertreter einen Schadensersatzanspruch der Bank gegen den Vertretenen aus § 823 II i. V. m. § 31 BGB bejaht (vgl. JW 1913 587, 589; ähnlich RG JW 1917 594, 595) und darüber hinaus sogar Ansprüche gegen den Vertretenen aus Schutzpflichtverletzung bzw. aus einem (fingierten) Auskunftsvertrag i. V. m. § 31 oder § 278 BGB für grundsätzlich möglich erklärt, sofern der Vertreter den Dritten über die Reichweite seiner Vertretungsmacht irregeführt hatte und immerhin die Befugnis zur Aufnahme des rechtsgeschäftlichen Kontaktes mit diesem, wenn auch

III. Vertretungs- und Verfügungsmacht über das Konto

nicht zum Abschluß des Vertrages besaß (vgl. RGZ 131 239, 246 f; 162 129, 158 f). Ebenso widersprüchlich ist die Rechtsprechung des BGH. Einerseits hat nämlich der 6. Senat ohne Auseinandersetzung mit RGZ 134 375 den Vertretenen aus § 823 II i. V. m. § 31 BGB in einem Fall haften lassen, in dem ein Gesamtvertreter gegenüber dem Dritten arglistig das Einverständnis der übrigen Gesamtvertreter mit einer Wechselgarantie behauptet hatte (vgl. WM 1959 80, 81). Andererseits hat der 2. Senat unter Berufung auf RGZ 134 375, aber ohne Erwähnung der entgegenstehenden Entscheidung des 6. Senats eine Haftung des Vertretenen aus § 823 II i. V. m. § 31 BGB in einem Fall abgelehnt, in dem ein Gesamtvertreter unter Fälschung der Unterschrift eines anderen Vertreters die Wirksamkeit einer Darlehensgarantie vorgespiegelt hatte (vgl. WM 1967 714, 715). Überdies hat der 5. Senat die Rechtsprechung des RG, wonach der Vertretene für Irreführungen des Vertreters über Vorliegen oder Umfang seiner Vertretungsmacht grundsätzlich aus c. i. c. i. V. m. § 31 oder § 278 BGB haftet, übernommen und fortgeführt (vgl. BGHZ 6 330, 335; BGH WM 1978 1092, 1093). Der 7. Senat hat es bei einem Mißbrauch der Vertretungsmacht für möglich gehalten, eine Schadensersatzpflicht des Vertretenen aus Schutzpflichtverletzung i. V. m. § 31 oder § 278 BGB allein darauf zu stützen, daß der Vertreter bei der Abgabe einer Garantieerklärung seine Befugnisse überschritten und den Dritten darüber im unklaren gelassen hatte (vgl. WM 1966 491, 494 unter IV 1 a und 2). Den derzeitigen Endpunkt bildet wiederum ein Urteil des 6. Senats, in dem in folgerichtiger Fortführung von WM 1959 80, aber ohne überzeugende Auflösung des Widerspruchs zu WM 1967 714 die Haftung einer Gemeinde aus §§ 823 II, 89, 31 BGB für die Veruntreuung eines Darlehens durch ihren Bürgermeister bejaht wird, das dieser ohne Vertretungsmacht unter Vorlage gefälschter Gemeinderatsbeschlüsse und unter Vorspiegelung des Bestehens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung aufgenommen hatte (WM 1979 1184, 1186 f).

Der **Stand der Meinungen im Schrifttum** ist ähnlich diffus. Häufig wird nur allgemein gesagt, der Vertretene hafte aus c. i. c. für ein vollmachtloses Handeln seines Verhandlungsgehilfen (vgl. z. B. *Palandt/Heinrichs* § 276 Anm. 6 b ff; *Flume* Allg. Teil II³ § 47, 3 d). Am ausführlichsten haben sich *Frotz*, *Coing* und *Peters* mit der Problematik befaßt. Ersterer hält eine Haftung des Vertretenen aus c. i. c. oder unerlaubter Handlung i. V. m. § 31 BGB offenbar für selbstverständlich und will entgegen der h. L. (vgl. nur RG HRR 1928 Nr. 1396) sogar § 179 II BGB im Rahmen von § 31 BGB anwenden, macht jedoch eine Ausnahme für den Fall, daß „nach der Natur des fehlgeschlagenen Geschäfts (z. B. Bürgschaft) die Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens den gleichen Effekt hat wie der Erfüllungsanspruch aus dem Geschäft selbst“ (vgl. *Verkehrsschutz im Vertretungsrecht*, 1972 S. 246 ff, 254 f). *Coing* lehnt dagegen die Anwendung von § 179 BGB im Rahmen von § 31 BGB ab; Ansprüche aus c. i. c. und unerlaubter Handlung i. V. m. § 31 BGB verneint er, wenn sie „die juristische Person so stellen würden, als habe sie den unter Verletzung der Vertretungsordnung abgeschlossenen Vertrag schuldhaft verletzt“ (vgl. *Festschr. für Fischer*, 1979, S. 74, 75 und 78). *Peters* schließlich befaßt sich nur mit den Fällen der c. i. c. und verneint für diese generell eine Haftung des Vertretenen (vgl. *Festschr. für Reinhardt*, 1972, S. 127 ff, 130 ff).

Eine **Stellungnahme zu dem Meinungsstreit** muß von der Einsicht ausgehen, daß die Kollision zwischen Vertretungs- und Haftungsordnung bei den einzelnen Anspruchsgrundlagen unterschiedliches Gewicht hat (vgl. zum folgenden näher *Canaris* JuS 1980 334 f). Hat der Vertreter eine **unerlaubte Handlung** begangen, so läßt sich eine Zurückdrängung der Haftung des Vertretenen aus § 31 oder § 831 BGB auch dann

nicht rechtfertigen, wenn sie im wesentlichen zu denselben Rechtsfolgen führt wie das ohne Vertretungsmacht vorgenommene Rechtsgeschäft; denn sie entspricht dem Buchstaben des Gesetzes und ist mit dem Zweck der Vertretungsbeschränkung nicht unvereinbar, da dieser weitgehend durch deren kontrollierenden und präventiven Charakter gewährleistet wird. Bei einer bloßen **Schutzpflichtverletzung** droht dagegen weit eher eine Aushöhlung des Schutzzwecks der Vertretungsbeschränkung, weil hier nicht ein so massiver Tatbestand wie in den Fällen von §§ 823 II, 826 BGB vorzuliegen braucht; da die Haftung wegen Schutzpflichtverletzung überdies auf einem ungeschriebenen Rechtssatz beruht und daher jeweils einer besonderen Abstimmung mit etwa gegenläufigen Wertungen des geschriebenen Rechts bedarf, ist hier eine Einstandspflicht des Vertretenen nach § 31 oder § 278 BGB abzulehnen, soweit sie auf das gleiche oder nahezu das gleiche Ergebnis wie die Bindung des Vertretenen an das betreffende Rechtsgeschäft hinauslaufen würde. Auch § 179 II BGB kommt in einem solchen Fall nicht als Grundlage für die Anwendung von § 31 BGB in Betracht. Was schließlich die **Haftung aus §§ 812, 819 BGB** angeht, die vor allem bei unbefugter Aufnahme eines Darlehens praktische Bedeutung haben kann, so scheidet sie mangels Bereicherung von vornherein aus, wenn der Mangel der Vertretungsmacht auch die Entgegennahme der Darlehensvaluta betrifft und der Vertretene diese somit gar nicht wirksam erlangt hat. Ist die Valuta dem Vertretenen dagegen wirksam zugeflossen wie z. B. bei Gutschrift auf einem schon vorher bestehenden Konto, sollte man dem Schutzzweck der Vertretungsbeschränkung grundsätzlich den Vorrang vor der Anwendung von § 819 i. V. m. § 166 BGB geben und dem Vertretenen demgemäß nicht schon allein deshalb die Berufung auf § 818 III BGB versagen, weil der ungetreue Vertreter Kenntnis vom Fehlen des Rechtsgrundes i. S. von § 819 hatte (vgl. näher *Canaris JuS 1980 335*; ebenso i. E., wenngleich ohne Erwähnung von §§ 819, 166 BGB, *RG JW 1913 587, 589*; i. E. wie hier auch *OLG Hamm NJW 1981 993, 994*; a. A. wohl *BGH WM 1979 1184, 1187*).

2. Die Verfügungsmacht

- 176** Von Verfügungsmacht i. e. S. sollte man auch im Bankrecht nur sprechen, wenn jemand die Rechtsmacht hat, im *eigenen* Namen über ein fremdes Konto zu verfügen. Die rechtliche Möglichkeit zu derartigen Verfügungen kann in erster Linie durch **rechtsgeschäftliche Erteilung gemäß § 185 I BGB** geschaffen werden. Ein praktisches Bedürfnis für die Einräumung von Verfügungsmacht über ein Konto ist vor allem dann gegeben, wenn ein Dritter — z. B. die Ehefrau — ebenso wie der Kontoinhaber soll über das Konto verfügen dürfen, gleichzeitig aber die aus einer Mitinhaberschaft folgenden Gefahren (wie insbesondere die Möglichkeit einer Mithaftung für ein etwaiges Debet und die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung von Gläubigern des Dritten) vermieden werden sollen.
- 177** Außer durch rechtsgeschäftliche Erteilung gemäß § 185 BGB kann die Verfügungsmacht auch dadurch geschaffen werden, daß jemand ein Konto im Wege eines **Vertrags zugunsten Dritter** einrichtet, sich aber zugleich die Verfügungsmacht darüber vorbehält. Auf eine Erteilung der Verfügungsmacht durch den Begünstigten kann man hier verzichten, da das Konto von vornherein mit dieser Beschränkung errichtet wird, so daß dessen Inhaber in seiner Rechtsstellung nicht beeinträchtigt wird, und da aus § 328 II BGB zu entnehmen ist, daß eine derartige Einschränkung der Rechtsstellung des Dritten mit dem Gesetz vereinbar ist. Auch sonst bestehen keine Bedenken gegen die Zulassung dieser Konstruktion (vgl. auch oben Rdn. 159 a. E. und unten Rdn. 240).
- 178** Verfügungsberechtigt ist auch eine Person, die „Partei kraft Amtes“ ist wie z. B. der **Konkursverwalter** (vgl. auch *BGH WM 1957 30, 32* unter II 2). Die Bank wird jedoch

IV. Übertragung und Verpfändung des Kontos

grundsätzlich nicht frei, wenn sie an den Konkursverwalter leistet, ohne daß die nach § 137 KO erforderliche **Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses** vorliegt (vgl. RGZ 80 37, 39 ff; 143 263, 267; BGH WM 1962 349, 350 unter II 2). Die Befreiung tritt vielmehr nur insoweit ein, als der ausgezahlte Betrag tatsächlich für die Konkursmasse verwendet worden ist (vgl. BGH aaO S. 350 unter II 3); die Beweislast trägt insoweit die Bank. Ob diese Kenntnis vom Bestehen des Gläubigerausschusses hatte, ist unerheblich (vgl. RG aaO). Trifft das Mitglied des Gläubigerausschusses ein Verschulden an den unberechtigten Verfügungen des Konkursverwalters, so kann die Bank bei ihm — im Rahmen des § 254 BGB — gemäß § 89 KO Regreß nehmen (vgl. BGH WM 1962 349 f).

Hinsichtlich des **Mißbrauchs der Verfügungsmacht** gelten die Grundsätze über den **179** Mißbrauch der Vertretungsmacht (vgl. oben Rdn. 170 ff) entsprechend.

Gegenüber **Verfügungen eines Nichtberechtigten** gibt es außer beim Sparbuch (vgl. **180** dazu unten Rdn. 1185 ff) einen **Gutglaubensschutz für die Bank** nur in seltenen Ausnahmefällen (vgl. auch *Liesecke* WM 1975 297). In Betracht kommen insoweit im wesentlichen nur die Vorschriften der §§ 407 f BGB für den Fall einer der Bank gegenüber nicht aufgedeckten Zession und des § 2367 BGB für den Fall der Verfügung eines durch einen Erbschein legitimierten Scheinerben. Außerdem wird die Bank in gewissem Umfang geschützt, wenn die Verfügung des Nichtberechtigten mittels eines dem wahren Berechtigten abhanden gekommenen Schecks erfolgt ist (vgl. dazu unten Rdn. 721 ff). Im übrigen aber wird die Bank grundsätzlich nicht frei, sondern hat allenfalls **Schadensersatzansprüche** aus positiver Forderungsverletzung gegen den wahren Berechtigten — so z. B., wenn dieser eine Überschreitung der Verfügungsmacht bei einer Ermächtigungstreuhand infolge mangelnder Überwachung nicht rechtzeitig entdeckt (vgl. BGH WM 1957 30, 33 unter VI), den Verlust seines Ausweises nicht umgehend anzeigt und dgl.; die Ausführungen unten Rdn. 370 ff zum Girovertragsrecht gelten insoweit allgemein.

IV. Übertragung und Verpfändung des Kontos

Die Übertragung des Kontos unterliegt grundsätzlich den Vorschriften über die **Forderungsabtretung** gemäß §§ 398 ff BGB. Sie kann daher durch einfache **formlose Einigung** vorgenommen werden und demgemäß auch durch konkludentes Verhalten erfolgen (vgl. dazu näher oben Rdn. 150). Auch eine Zession auf den Todesfall ist nach überwiegender Ansicht formlos wirksam (vgl. näher unten Rdn. 218 ff).

Bei Kontokorrentkonten ist das **kontokorrentrechtliche Abtretungsverbot** zu **182** beachten (vgl. dazu Großkomm. § 355 Anm. 60). Dieses verhindert, daß *einzelne in das Kontokorrent eingestellte Posten* abgetreten werden können. Demgemäß kann ein Girokonto z. B. nicht insoweit auf einen Kreditgeber übertragen werden, als auf ihm der Erlös aus zur Sicherheit abgetretenen Forderungen oder der Gegenwert für einen bestimmten Scheck gutgeschrieben ist (vgl. auch BGH WM 1971 178); vielmehr bedarf es in einem solchen Fall der Herausnahme des betreffenden Postens aus dem Kontokorrent durch eine entsprechende Vereinbarung mit der Bank (vgl. BGH aaO) oder aber der Errichtung eines eigenen Kontos, das allein der Verbuchung der betreffenden Beträge dient (vgl. auch *Liesecke* WM 1975 298). Darüber hinaus ergreift das kontokorrentrechtliche Abtretungsverbot i. d. R. auch die *Saldoforderung*, die bei den periodisch — z. B. halbjährlich — erfolgenden Kontoabschlüssen entsteht; denn diese ist nach dem mutmaßlichen Parteiwillen auf neue Rechnung vorzutragen und daher auch ihrerseits kontokorrentgebunden (a. A. *Liesecke* WM 1975 298). Dagegen unterfällt die

Forderung auf den Saldo, die sich bei Beendigung des Kontokorrents ergibt, nicht dem Abtretungsverbot.

Darüber hinaus sollte man auch die *Forderung auf sofortige Auszahlung des jeweiligen Guthabens* — die mit der Saldoforderung nicht identisch ist, sondern sich aus dem Kausalvertrag mit der Bank ergibt (vgl. BGHZ 50 277, 280; Großkomm. § 355 Anm. 4 und 72) — als abtretbar ansehen bzw. gemäß oder analog § 401 BGB zugleich mit der Saldoforderung übergehen lassen. Das entspricht dem mutmaßlichen Parteiwillen und der Interessenlage, da das Guthaben nur unter dieser Voraussetzung hinreichend verkehrsfähig ist. Der Zessionar braucht folglich das Konto nicht zu kündigen, um das Guthaben abheben zu können (es sei denn, auch der Zedent hätte kündigen müssen wie u. U. bei Spareinlagen). Vor allem aber kann der Zedent selbst über sein Guthaben grundsätzlich nicht mehr durch Abhebung, Überweisung und dgl. verfügen. Das ist mit den Interessen der Bank vereinbar, weil diese durch §§ 404, 406, 407 f BGB sowie durch das Pfandrecht gemäß Ziff. 19 AGB hinreichend geschützt ist; zieht der Kunde z. B. nach der Abtretung einen Scheckkartenscheck auf die Bank, so greift § 404 BGB ein, da die Bank zur Einlösung des Schecks verpflichtet ist und der Grund ihrer Regressforderung gegen den Kunden schon mit Aushändigung der Scheckkarte gelegt wird. — Ob auch zukünftige Eingänge von der Abtretung erfaßt werden, richtet sich nach dem (mutmaßlichen) Parteiwillen.

- 183** Zur **Verpfändung** des Kontos ist gemäß § 1280 BGB eine **Anzeige an die Bank** erforderlich. Das gilt auch bei Sparkonten, da die Übergabe des Sparbuchs kein konstitutives Übertragungserfordernis ist (vgl. unten Rdn. 1182) und die Voraussetzungen von § 1280 BGB daher gegeben sind (vgl. RGZ 68 277, 282). Eine gescheiterte Verpfändung des Sparkontos kann gemäß § 140 BGB in die rechtsgeschäftliche Bestellung eines Zurückbehaltungsrechts am Sparbuch nach § 273 BGB umgedeutet werden (vgl. auch RGZ 66 24, 28 zum Hypothekenbrief); ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht i. S. von § 369 HGB kommt dagegen nicht in Betracht, weil es ein solches bei Rektapapieren nicht gibt (vgl. Großkomm. §§ 369—372 Anm. 10).

V. Die Pfändung des Kontos

- 184** Die Pfändung des Kontos richtet sich nach den Regeln über die **Forderungspfändung**. Diese im einzelnen darzustellen, ist nicht Aufgabe eines „Bankvertragsrechts“. Im folgenden werden daher nur die bankrechtlichen Besonderheiten erörtert. Darstellungen, die auch die allgemeinen zwangsvollstreckungsrechtlichen Probleme ausführlich berücksichtigen, finden sich bei *Liesecke WM 1975 314 ff* und *Gaul Festschr. für die Sparkassenakademie, 1978, S. 75 ff*.

1. Voraussetzungen und Gegenstand der Pfändung

a) Das Bestimmtheitserfordernis

- 185** Voraussetzung einer wirksamen Pfändung ist anerkanntermaßen, daß die zu pfändende Forderung mit hinreichender Bestimmtheit bezeichnet wird. Dabei geht es nicht nur um einen Anwendungsfall des **Spezialitätsprinzips**, das bei allen Rechtsakten mit dinglicher Wirkung gilt, sondern zugleich auch um den **Schutz des Drittschuldners** — hier also der Bank —, dem Unsicherheit über Art und Umfang der gepfändeten Forderung und unzumutbare Nachforschungs- und Organisationspflichten tunlichst zu ersparen sind. Mittelbar wird zugleich der **Gläubiger der Forderung** geschützt — hier also der Kunde der Bank; denn das Bestimmtheitserfordernis wird flankiert durch das Bankgeheimnis, da dieses nur insoweit zurücktritt, als eine ordnungsgemäße Bezeich-

nung der gepfändeten Forderung vorliegt (vgl. näher unten Rdn. 192). Bloße **Such- oder Ausforschungspfändungen** scheitern demgemäß grundsätzlich am Bestimmtheits-erfordernis (vgl. auch *Prost NJW 1958 486*; *Liesecke WM 1975 315 f*; *Gaul S. 91*).

Welche Anforderungen an die Bestimmtheit der Forderungsbezeichnung im einzelnen zu stellen sind, ist noch nicht restlos geklärt. Außer Frage steht, daß die Angabe der **Kontonummer** oder gar der **Höhe des Guthabens** nicht erforderlich ist. Andererseits genügt eine Pfändung, die alle Ansprüche des Kunden gegen die Bank **aus beliebigen Rechtsgründen** erfassen soll, sicher nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. *RG BankArch. 1940 253*; *Gaul S. 92*). Ebensowenig ist die Pfändung von **Guthaben aus zukünftigen Konten** möglich (vgl. *OLG Celle WM 1966 331*; *Liesecke WM 1975 317*; *Gaul S. 92*) oder die Pfändung aller **Forderungen aus Bankverbindung** (vgl. *OLG Frankfurt WM 1980 1377*). Einen „hinreichend bestimmten Kern“ hat der BGH dagegen bei einer Pfändung angenommen, in der zwar in zu unbestimmter Weise von „allen Ansprüchen, welche dem Schuldner jetzt und in Zukunft gegen die Bank zustehen“ die Rede war, in der aber anschließend präzisierend auf die **Gutschrift aus einer bestimmten Überweisung** hingewiesen wurde (vgl. *WM 1973 892, 893* unter 2 c); das ist schon deshalb zutreffend, weil sich aus dem Hinweis auf die Überweisung unmißverständlich ergab, daß sich die Pfändung (jedenfalls auch) auf das Girokonto bezog. Im allgemeinen empfiehlt sich freilich eine ausdrückliche Angabe der **Kontoart**, damit klar ist, ob z. B. ein Girokonto, ein Sparkonto oder ein Termingeldkonto gepfändet ist. Von besonderer praktischer Bedeutung ist schließlich die Frage, ob die **Angabe der kontoführenden Filiale** erforderlich ist. Da man den Banken die Führung einer zentralen Übersicht über sämtliche Konten bei ihren Filialen nicht zumuten kann und da anderenfalls Suchpfändungen Tür und Tor geöffnet wäre, wird die Frage von der h. L. mit Recht grundsätzlich bejaht (vgl. *Prost LZ 1933 1066* und *NJW 1958 486*; *Schoele Das Recht der Überweisung S. 89*; *Grigat ZKW 1953 18*; *Liesecke WM 1975 318*). 186

Bei **Kontokorrentkonten** hat das RG die erforderliche Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit nur für den **ersten Rechnungstermin**, an dem sich ein aktiver Saldo für den Kontoinhaber ergibt, bejaht und für alle **späteren Rechnungstermine** verneint (vgl. *RGZ 140 219, 223*; ebenso aus neuerer Zeit *OLG München WM 1974 958*). Die h. L. steht mit Recht auf dem entgegengesetzten Standpunkt, da schon allein das Bestehen des Kontokorrents die Bestimmbarkeit für alle zukünftigen Termine gewährleistet (vgl. *Großkomm. § 357 Anm. 23 m. umf. Nachw. sowie seither z. B. Gaul S. 93 f m. w. Nachw. und neuestens BGH WM 1981, 542, 544*). 187

b) Die gepfändete Forderung

Kommen **mehrere Konten** als Gegenstand der Pfändung in Betracht, so ist im Wege der **Auslegung** zu ermitteln, welches gemeint ist. Ist nur „das Konto“ des Kunden oder dgl. als Pfändungsobjekt angegeben, so wird das i. d. R. auf das laufende Konto zu beziehen sein. Läßt sich nicht ermitteln, welches Konto gemeint ist, ist die Pfändung wegen Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes unwirksam. Weist das Konto, auf das sich die Pfändung bezieht, kein Guthaben auf, so geht die Pfändung ins Leere. Sie kann grundsätzlich nicht auf ein anderes Konto erstreckt werden, weil damit der Bestimmtheitsgrundsatz ausgehöhlt und die Möglichkeit zu Such- oder Ausforschungspfändungen eröffnet würde. Auch im Wege der **Umdeutung** läßt sich dies nicht erreichen, weil verschiedene Konten unterschiedliche Forderungen repräsentieren und nicht im Verhältnis von plus und minus zueinander stehen. In besonders gelagerten Ausnahmefällen kann allerdings auf Grund einer **ergänzenden Auslegung** doch einmal eine Erstreckung der Pfändung auf ein anderes Konto anzunehmen sein. Es erscheint daher 188

vertretbar, die Pfändung eines nach Betrag und Nummer bezeichneten Festgeldkontos auf ein unter derselben Stammnummer geführtes Sparkonto zu beziehen, wenn die Bank aus devisenrechtlichen Gründen das Guthaben von dem Festgeldkonto aus eigener Initiative auf das Sparkonto umgebucht hat (vgl. KG WM 1976 441; kritisch *Büdenbender* WM 1976 442 ff; *Gaul* S. 92). Dagegen wäre eine Erstreckung der Pfändung nicht zulässig, wenn der Kunde selbst das Guthaben auf ein anderes Konto transferiert hätte.

189 Die Pfändung von **Ansprüchen aus einer Kontogutschrift** erfaßt grundsätzlich nicht zugleich die **Ansprüche auf Erteilung der Gutschrift**. Zwar sind auch letztere pfändbar (vgl. unten Rdn. 409), doch bedarf es dazu i. d. R. einer besonderen Hervorhebung im Pfändungsbeschluß, weil es sich rechtlich um zwei unterschiedliche Forderungen handelt und die Pfändung des Anspruchs auf die Gutschrift überdies ungewöhnlich ist. Ausnahmsweise kann sich auch hier aus den Grundsätzen über die ergänzende Auslegung etwas anderes ergeben. So hat der BGH wohl mit Recht die Pfändung eines Anspruchs aus einer Gutschrift auf den Anspruch auf die Gutschrift erstreckt in einem Fall, in dem sich die Pfändung auf einen ganz bestimmten, noch nicht eingegangenen Überweisungsbetrag bezog und in dem daher ein besonderer Zusammenhang mit dem Anspruch auf Gutschrifterteilung bestand (vgl. BGH WM 1973 892, 893 unter 2 c).

Eine andere Frage ist, ob sich ein (wirksam entstandenes) Pfandrecht am Anspruch auf die Gutschrift nach deren Erteilung ipso iure in ein Pfandrecht am Anspruch aus der Gutschrift (und damit zugleich an der entsprechenden kausalen Saldoforderung) verwandelt. Das dürfte zu bejahen sein (ebenso i. E. BGH WM 1973 892, 893 für eine Vorphändung). Zwar sind die beiden Ansprüche inhaltlich und dogmatisch von sehr unterschiedlicher Struktur und stehen insbesondere nicht im Verhältnis von Anwartschafts- und Vollrecht, doch bietet sich eine Analogie zu § 1287 BGB an. Daß die einzelnen kontokorrentzugehörigen Forderungen grundsätzlich unpfändbar sind (vgl. Großkomm. § 355 Anm. 62 und § 357 Anm. 2), dürfte der Entstehung eines Surrogationspfandrechts nicht entgegenstehen, da es um den *zukünftigen* Saldo geht und aus § 357 HGB nur bezüglich der zum *gegenwärtigen* Saldo gehörenden Posten ein Pfändungsverbot folgt (vgl. auch unten Rdn. 409 am Anfang). Allerdings ist erforderlich, daß der zukünftige Saldo mitgepfändet ist, da die isolierte Pfändung eines einzelnen Anspruchs aus einer Gutschrift mit dem kontokorrentrechtlichen Pfändungsverbot wohl auch insoweit nicht zu vereinbaren wäre, als es um eine zukünftige Forderung geht.

Rechtsfolge und Funktion einer Pfändung des Anspruchs auf die Gutschrift bestehen darin, den Überweisungsbegünstigten daran zu hindern, sich das Geld ohne Gutschrift bar auszahlen zu lassen oder es unmittelbar weiterzuüberweisen (vgl. auch unten Rdn. 409 a. E.). Dagegen kann der Pfändende nicht etwa seinerseits eine unmittelbare Auszahlung an sich verlangen und den überwiesenen Betrag auch dann an sich ziehen, wenn auf dem Konto ein Debet besteht; denn da nicht nur der Anspruch aus der Gutschrift, sondern auch der Anspruch auf diese kontokorrentzugehörig ist (vgl. unten Rdn. 409), setzt ein Zahlungsvorgang am Kontokorrent vorbei stets das Einverständnis der Bank voraus — für den Pfandgläubiger nicht anders als für den Überweisungsbegünstigten selbst.

190 Bei Kontokorrentkonten erfaßt die Pfändung den **gegenwärtigen Saldo** i. S. von § 357 HGB (vgl. näher Großkomm. § 357 Anm. 6 ff). Zusätzlich empfiehlt sich die Pfändung des **zukünftigen Saldos**, der sich bei Abschluß der nächsten Rechnungsperiode ergibt, doch muß diese gesondert ausgesprochen werden und verhindert überdies nicht gegenläufige Verfügungen des Kontoinhabers vor Abschluß der Rechnungspe-

riode (vgl. näher Großkomm. § 357 Anm. 23 ff). Letztere können allerdings u. U. verhindert werden, wenn außerdem der **Anspruch des Kunden auf jederzeitige Auszahlung seines Guthabens** gepfändet wird, was möglich ist (vgl. Großkomm. § 357 Anm. 24 a. E.; ebenso seither i. E. OLG Celle ZIP 1981 496, 497; LG Hannover NJW 1974 1095; *Schläger* NJW 1974 1095; *Forgách* DB 1974 809 ff und 1852 ff; *Gleisberg* DB 1980, 865 f; **ablehnend** *Herz* DB 1974 1851 f; *Liesecke* WM 1975 321; *Berger* ZIP 1980 949 ff; wohl auch *Terpitz* WM 1979 574; zweifelnd *Gaul* S. 95; offengelassen von OLG Oldenburg WM 1979 591, 594). Daß diese Ansicht mit dem Abschluß des kontokorrentrechtlichen Verrechnungsvertrages unvereinbar ist (so *Liesecke* aaO), trifft nicht zu. Denn zum einen entspricht es der Wertung von § 357 HGB sowie auch von § 851 II ZPO, daß Forderungen nicht durch Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Schuldner einfach dem Zugriff des Pfandgläubigers entzogen werden können, und zum anderen ist der Anspruch auf jederzeitige Auszahlung des Guthabens eine Besonderheit des Girovertrags, die bei anderen Kontokorrentverhältnissen keineswegs ohne weiteres gegeben ist (vgl. Großkomm. § 355 Anm. 5) und die demgemäß auch vollstreckungsrechtliche Konsequenzen haben muß, weil anderenfalls der Pfandgläubiger nicht dieselben Rechte wie sein Schuldner erlangen könnte. Allerdings ergibt sich folgerichtig eine Einschränkung; gestattet die Bank dem Kunden nach der Pfändung des gegenwärtigen Saldos und vor Entstehung eines neuen Guthabens Verfügungen über das Konto, so kann sie das so entstandene Debet mit neuen Habenposten verrechnen, weil dann ein Auszahlungsanspruch des Kunden eben nicht entsteht. Es trifft daher nicht zu, daß das Pfändungspfandrecht ohne weiteres neuen Sollposten vorgeht (a. A. offenbar *Forgách* DB 1974 1852 f). Vielmehr sind insoweit die Wirkungen des Kontokorrents uneingeschränkt zu respektieren. Entsteht dagegen zuerst das Guthaben für den Bankkunden und dann ein (nicht unter § 357 S. 2 HGB bzw. § 404 BGB fallender) Sollposten, so nützt der Bank das Kontokorrent nichts, weil dann die Pfändung des Auszahlungsanspruchs wirksam geworden ist.

2. Bankgeheimnis und Auskunftsanspruch des Pfandgläubigers

Gemäß § 840 ZPO hat der Pfandgläubiger einen Auskunftsanspruch gegen die Bank. Dieser hat **Vorrang vor dem Bankgeheimnis**²⁰. Dieses verpflichtet die Bank jedoch, sich bei der Auskunft auf das unerläßliche Minimum zu beschränken (vgl. auch RG HRR 1932 Nr. 1794 a. E.; *Liesecke* WM 1975 319 Sp. 2). Bei Vorpfändungen und Arrestpfändungen besteht der Anspruch aus § 840 ZPO nicht (vgl. *Liesecke* WM 1975 319 m. Nachw.; *Gaul* S. 106 ff; letztlich offengeblieben in BGHZ 68 292).

Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 840 ZPO ist vom **Vorrang des Bankgeheimnisses vor den Interessen des Pfandgläubigers** auszugehen, es sei denn, es liegt einer der oben Rdn. 61 ff behandelten Sonderfälle vor. Dabei unterfällt schon die Tatsache, daß überhaupt ein Konto besteht, grundsätzlich der Geheimhaltungspflicht. Zu beachten ist ferner, daß eine Auskunftspflicht nach § 840 ZPO nicht besteht, wenn die Pfändung mangels Bestimmtheit unwirksam ist. Gibt die Bank in einem solchen Fall dennoch Auskunft und ermöglicht sie dem Gläubiger dadurch den Zugriff auf ein Konto ihres Kunden, so kann sie sich schadensersatzpflichtig machen, wobei ein Schaden allerdings nicht schon allein in der Befriedigung des Gläubigers liegt; möglicherweise fehlt es allerdings auf Grund eines Verbotsirrtums an einem Verschulden der Bank, doch dürfte diese i. d. R. gegenüber ihrem Kunden verpflichtet sein, Zweifel an

²⁰ Vgl. *Wolff* DB 1968, 697; *Liesecke* WM 1975, 319; *Gaul* S. 102 f; *Schönle* § 5 I 3 a; als selbst-

verständlich vorausgesetzt wird der Vorrang von § 840 ZPO von RG HRR 1932 Nr. 1794.

der Bestimmtheit des Pfändungsbeschlusses im Wege der Erinnerung gemäß § 766 ZPO zu klären (vgl. zur Zulässigkeit einer Erinnerung *Gaul* S. 96). Hat der Gläubiger die Vollstreckungsmöglichkeit durch einen Bruch des Bankgeheimnisses erlangt, so macht das allein die Zwangsvollstreckung nicht rechtsmißbräuchlich (vgl. BGH WM 1973 892 und dazu oben Rdn. 74).

- 193** Verletzt die Bank ihre Auskunftspflicht aus § 840 ZPO, so hat das einen **Schadensersatzanspruch des Pfandgläubigers** gemäß § 840 II 2 ZPO zur Folge. Auch wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht vorliegen, haftet die Bank dem Pfandgläubiger u. U. für die Erteilung einer falschen Auskunft (vgl. OLG Stuttgart NJW 1959 581, 583 und dazu oben Rdn. 94).

3. Pfändungsschutz und sonstige in der Person des Bankkunden begründete Vollstreckungsprivilegien

a) Der Schutz von wiederkehrenden Einkünften gemäß § 850 k ZPO

- 194** „Werden wiederkehrende Einkünfte der in den §§ 850 bis 850 b bezeichneten Art auf das Konto des Schuldners bei einem Geldinstitut überwiesen, so ist eine Pfändung des Guthabens vom Vollstreckungsgericht insoweit aufzuheben, als das Guthaben dem der Pfändung nicht unterworfenen Teil der Einkünfte für die Zeit von der Pfändung bis zu dem nächsten Zahlungstermin entspricht“ (§ 850 k I ZPO). Grundlage und Anknüpfungspunkt des Pfändungsschutzes nach dieser Vorschrift ist also die **Überweisung wiederkehrender Einkünfte i. S. von §§ 850—850 b ZPO auf ein Konto**. Daß dieses *nur* der Verbuchung solcher Einkünfte dient, ist nicht erforderlich. Ebensowenig kommt es grundsätzlich darauf an, ob *alle* unter §§ 850—850 b ZPO fallenden Einkünfte über dieses Konto bezahlt werden; versucht der Schuldner sich freilich mehrfachen Pfändungsschutz durch künstliche Aufspaltung der Einkünfte auf mehrere Konten zu erschleichen, kann er sich gemäß § 242 BGB nicht auf § 850 k ZPO berufen (vgl. auch *Arnold* BB 1978 1320 Fn. 66). Es muß sich um ein Konto „des Schuldners“ handeln; diese Voraussetzung ist auch bei Gemeinschaftskonten (Und- bzw. Oderkonten) erfüllt, nicht jedoch bei Überweisungen auf Konten von nahen Angehörigen oder sonstigen Dritten. Hat der Schuldner den überwiesenen Betrag auf ein anderes eigenes Konto transferiert — z. B. vom Girokonto auf das Sparkonto —, so ist § 850 k ZPO nach seinem Schutzzweck analog anzuwenden; der Schuldner muß hierfür jedoch beweisen, daß der transferierte Betrag wirklich aus einer Überweisung von Einkünften der in §§ 850—850 b ZPO bezeichneten Art stammt.

- 195** Dagegen ist im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 850 k ZPO die **Herkunft und Zusammensetzung des Guthabens** nach dem Wortlaut des Gesetzes sowie auch nach der amtlichen Begründung ohne Belang (vgl. BT-Drucks. 8/693 S. 49; *Stöber*, Forderungspfändung⁵ Rdn. 1284; *Hartmann* NJW 1978 611; *Arnold* BB 1978 1320). Gleichwohl kann sich der Schuldner nach dem Schutzzweck des Gesetzes und nach den Grundsätzen über den Rechtsmißbrauch nicht auf § 850 k ZPO berufen, wenn feststeht, daß das Guthaben nicht aus Einkünften der unter §§ 850—850 b ZPO fallenden Art herrührt; das ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Guthaben nach der letzten Überweisung von derartigen Einkünften auf oder unter 0 gesunken war. Kontokorrentrechtlich bedeutet das, daß die von § 850 k ZPO erfaßten Überweisungen grundsätzlich als letzte zur Verrechnung gelangen und demgemäß im Zweifel noch in dem Saldo enthalten sind — was insbesondere bezüglich etwaiger Reste aus früheren Überweisungen zu berücksichtigen ist. — Auf Pfändungen des **zukünftigen Saldos** (vgl. oben Rdn. 190) ist § 850 k ZPO nicht anwendbar (a. A. *Stöber* aaO Rdn. 1297; *Thomas/Putzo*

§ 850 k Anm. 2 b). Das folgt sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes als auch aus der Tatsache, daß nicht im voraus feststeht, ob das Konto bei Wirksamwerden der Pfändung überhaupt noch für Überweisungen von wiederkehrenden Einkünften dient und mithin noch in den Schutzbereich von § 850 k ZPO fällt; im übrigen bedarf es insoweit eines Pfändungsschutzes ohnehin nicht, weil hier die Pfändung den Bankkunden nicht an Verfügungen über sein Guthaben hindert (vgl. Großkomm. § 357 Anm. 24).

Als maßgeblichen **Berechnungszeitraum** für die Ermittlung des pfändungsfreien Betrages bezeichnet das Gesetz die Spanne „von der Pfändung bis zu dem nächsten Zahlungstermin“. Als Zahlungstermin dürfte dabei der Zeitpunkt, zu dem die betreffende Gutschrift bei ordnungsgemäßigem Geschäftsgang zu erwarten ist und einen Zahlungsanspruch zugunsten des Kunden begründet, anzusehen sein (vgl. auch *Hartmann NJW 1978 611*). Hat der Schuldner für den gleichen Zeitraum schon den Pfändungsschutz für Bargeld gemäß § 811 Nr. 8 ZPO in Anspruch genommen, kann er sich gemäß § 242 BGB nicht auf § 850 k ZPO berufen. 196

Im **Verhältnis zwischen dem Kunden und der Bank** wirkt § 850 k ZPO nicht, so daß die Bank Überweisungen von unter §§ 850—850 b ZPO fallenden Einkünften auf Grund der Kontokorrentabrede ohne weiteres zur **Verrechnung mit einem Debet des Kunden** benutzen kann. Das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern vor allem auch aus seiner rein *verfahrensrechtlichen* Konstruktion, nach der nicht etwa die Forderung des Kunden aus der Gutschrift als solche unpfändbar ist, sondern vielmehr eine konstitutive Entscheidung des — im Verhältnis zwischen dem Kunden und der Bank gar nicht involvierten — Vollstreckungsgerichts den Ausschlag gibt. Dem Kunden bleibt hier also nur der Ausweg, durch rechtzeitige Anweisung an seinen Schuldner eine Überweisung der Einkünfte auf das debitorische Konto zu verhindern. 197

b) Der Schutz von Sozialleistungen gemäß § 55 SGB

Eine mit § 850 k ZPO verwandte Vorschrift enthält § 55 des Ersten Buches des Sozialgesetzbuches. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift ist bei **Überweisungen von Sozialleistungen** auf ein Konto das Guthaben des Kunden für die Dauer von **sieben Tagen** seit der Gutschrift unpfändbar. Der Kunde kann also während dieser Zeit über das Guthaben verfügen. Einer Einschaltung des Vollstreckungsgerichts bedarf es im Gegensatz zu § 850 k ZPO nicht, doch muß der Kunde nach Absatz 2 der Bank nachweisen, daß das Guthaben von der Pfändung nicht erfaßt ist — was er i. d. R. durch Vorlage des Überweisungsträgers mit der Angabe über den Verwendungszweck unschwer kann; des Nachweises bedarf es nach der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes nicht, wenn die Bank ohnehin Kenntnis von der Unpfändbarkeit hat, doch erlangt sie diese nicht schon durch die Angabe des Verwendungszwecks auf dem Überweisungsträger, da sie sich um diesen hier ebenso wenig wie sonst (vgl. unten Rdn. 338) zu kümmern braucht (so mit Recht auch *Terpitz BB 1976 1566*). Macht der Kunde *nach der Pfändung* von der Abhebungsmöglichkeit Gebrauch, so ist das auf den pfändungsfreien Teil anzurechnen; das ist an sich ohnehin eine Selbstverständlichkeit, wird aber durch die — freilich äußerst dunkel formulierte — Regelung von § 55 II 2 SGB zusätzlich klargestellt. Abhebungen *vor der Pfändung* sind dagegen auch dann grundsätzlich nicht auf den pfändungsfreien Teil anzurechnen, wenn sie innerhalb der Siebentagefrist erfolgen (a. A. offenbar *Terpitz BB 1976 1565* unter Berufung auf § 55 II 2 SGB); das folgt aus dem mutmaßlichen Parteiwillen, dem Schutzzweck des Gesetzes und einer Analogie zu der — insoweit wesentlich klareren — Regelung von § 850 k ZPO. 198

Macht der Kunde während der Siebentagefrist keinen Gebrauch von seiner Verfügungsmöglichkeit, so erstreckt sich das Pfandrecht nach deren Ablauf ipso iure auf den

bisher pfandfreien Teil (a. A. *Terpitz* BB 1976 1565 f). Dafür sprechen nicht nur der — nach Fristablauf nicht mehr tangierte — Schutzzweck des Gesetzes und Praktikabilitätsgesichtspunkte, sondern auch der Wortlaut von § 55 I 2 SGB, wonach die Pfändung das Guthaben nur „während der sieben Tage“ nicht erfaßt. Dogmatisch ist demgemäß von einem **aufschiebend bedingten Pfandrecht** an dem zunächst unpfändbaren Teil auszugehen.

Leistet die Bank innerhalb der Frist an den Pfandgläubiger, ist diese Leistung nach der ausdrücklichen Bestimmung von Abs. 3 gegenüber ihrem Kunden unwirksam, so daß dieser insoweit die Möglichkeit zu Verfügungen über das Guthaben behält. Freilich verwirkt er diese u. U., sofern er die vorzeitige Leistung der Bank an den Gläubiger nicht alsbald rügt.

Für den Beginn der Frist ist der Zeitpunkt maßgeblich, an dem der Anspruch aus der Gutschrift entsteht, wobei dieser Tag gemäß § 187 BGB nicht mitgezählt wird (vgl. auch *Terpitz* BB 1976 1565). Die Frist endet nach § 188 BGB mit Ablauf ihres letzten Tages, wobei nach §§ 358, 345 HGB die gewöhnliche Geschäftszeit der Bank maßgeblich ist.

199 Wenn vor Fristablauf weder eine Pfändung noch eine Verfügung des Kunden erfolgt ist, tritt nach Abs. 4 für Gutschriften aus **laufenden Geldleistungen** insoweit Unpfändbarkeit ein, „als ihr Betrag dem unpfändbaren Teil der Leistungen für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Zahlungstermin entspricht“. Das ist sinnvoll, damit der Bankkunde nicht vor die mißliche Alternative gestellt wird, entweder über sein Guthaben stets binnen der Siebentagefrist verfügen zu müssen oder des Pfändungsschutzes verlustig zu gehen. Wiederum bedarf es einer vorherigen Einschaltung des Vollstreckungsgerichts im Gegensatz zu § 850 k ZPO nicht, doch macht das insofern keinen wesentlichen praktischen Unterschied, als hier die Unpfändbarkeit anders als nach § 55 I 2 SGB nicht zu automatischer Pfandfreiheit des Guthabens führt, sondern im Falle ihrer Mißachtung durch Erinnerung nach § 766 ZPO beim Vollstreckungsgericht geltend zu machen ist. Ein weiterer Unterschied von § 55 IV SGB gegenüber § 850 k I ZPO liegt darin, daß der Pfändungsschutz nach dem unmißverständlichen Wortlaut des Gesetzes dem Guthaben nicht ohne Rücksicht auf seine Zusammensetzung zuteil wird, sondern nur für „die in Absatz 1 genannten Forderungen“, also für Forderungen, die „durch die Gutschrift“ wegen der Überweisung von Sozialleistungen entstanden sind. Hier ist daher von großer praktischer Bedeutung, daß nach dem mutmaßlichen Parteiwillen und nach dem Schutzzweck des Gesetzes die betreffenden Gutschriften grundsätzlich erst als letzte zur Verrechnung gelangen und folglich im Zweifel noch in einem aktiven Saldo des Kunden enthalten sind (vgl. oben Rdn. 195 und 198 Abs. 1 a. E.).

200 Zweifelhaft ist, ob § 55 SGB auch im **Verhältnis zwischen dem Kunden und der Bank** wirkt und demgemäß die **Verrechnung mit einem Debet** ausschließt. Für eine Bejahung dieser Frage spricht, daß diese Vorschrift im Gegensatz zu § 850 k ZPO sich nicht auf eine rein verfahrensrechtliche Lösung beschränkt, sondern der Forderung aus der Gutschrift gemäß Absatz 1 Satz 2 während des Laufs der Siebentagefrist mit materieller Wirkung die Pfändbarkeit nimmt. Das dürfte nach dem Rechtsgedanken von §§ 394, 400 BGB auch die Verrechenbarkeit ausschließen, es sei denn, das Debet ist durch einen Vorschuß auf die zu erwartenden Sozialleistungen entstanden und es ist eine entsprechende Zweckbindung des Kredits erfolgt (vgl. auch *Liesecke* WM 1975 323 unter 3). Daß in § 55 I SGB von einer „Forderung, die durch die Gutschrift entsteht“, die Rede ist, steht nicht entgegen (a. A. unrichtig *Terpitz* BB 1976 1565). Denn auch eine Buchung, durch die ein Debet gemindert wird, enthält in verdeckter Form

eine Gutschrift; außerdem ist der Buchungsvorgang als solcher ohnehin nicht ausschlaggebend, weil einer nicht verrechenbaren Forderung (für den betreffenden Zeitraum) von vornherein die Kontokorrentfähigkeit fehlt (vgl. Großkomm. § 355 Anm. 39).

Hat der Kunde binnen der Siebentagefrist nicht über den den Sozialleistungen entsprechenden Betrag verfügt, wird dieser ohne weiteres in die kontokorrentmäßige Verrechnung einbezogen. Das gilt auch für wiederkehrende Leistungen; denn der Rechtsgedanke von § 55 IV SGB paßt hier nicht, weil der Kunde angesichts des bestehenden Debet allen Anlaß zu einer fristgemäßen Verfügung hat.

c) Das Zahlungs- und Hinterlegungsverbot des § 835 III 2 ZPO

Nach § 835 III 2 ZPO darf ein Geldinstitut bei **Pfändung und Überweisung eines 201 einer natürlichen Person zustehenden Guthabens** erst zwei Wochen nach der Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Pfandgläubiger leisten oder den betreffenden Betrag hinterlegen. Ziel der Regelung ist eine **Ergänzung und Absicherung des Pfändungsschutzes gemäß § 850 k ZPO und § 55 IV SGB**. Allerdings ist die Vorschrift tatbestandlich nicht auf unpfändbare Forderungen beschränkt. Das ist indessen nicht sinnwidrig (so aber *Hartmann NJW 1978 610*), sondern rechtfertigt sich daraus, daß dem Zahlungsinstitut nicht die Prüfung und das Risiko auferlegt werden sollen, ob es sich wirklich um eine unpfändbare Forderung handelt (vgl. *Meyer ter Vehn NJW 1978 1240*; *Arnold BB 1978 1320*). Gleichwohl ist dem Bezug von § 835 III 2 ZPO auf unpfändbare Forderungen bei der Auslegung der Vorschrift Rechnung zu tragen. Ist nämlich das Guthaben in Wahrheit nicht unpfändbar, so kann sich zwar die Bank im Verhältnis zum Pfandgläubiger auf ihr Recht zur Zahlungsverweigerung berufen, doch entfaltet § 835 III 2 ZPO im Verhältnis zwischen dem Zahlungsinstitut und seinem Kunden dann nicht die Wirkung eines Zahlungsverbots — sei es, daß man dies aus einer teleologischen Reduktion der Vorschrift herleitet, oder sei es, daß man dem Kunden die Berufung auf sie gemäß § 242 BGB insoweit verwehrt (a. A. offenbar *Hartmann aaO*, der „Haftungsfolgen“ für das Geldinstitut befürchtet). Ist die Forderung dagegen unpfändbar, so ist eine Leistung oder Hinterlegung vor Ablauf der Frist des § 835 III 2 ZPO nach § 135 I BGB dem Kunden gegenüber unwirksam; die Bank muß also an diesen noch einmal leisten, kann aber grundsätzlich ihrerseits bei dem Pfandgläubiger gemäß § 812 (oder § 813 I 1) BGB kondizieren, es sei denn, § 814 oder § 818 III BGB steht entgegen.

d) Vollstreckungsprivilegien auf Grund völkerrechtlicher Immunität

Das Bundesverfassungsgericht hat eine allgemeine Regel des Völkerrechts festge- **202** stellt, wonach „Forderungen aus einem laufenden allgemeinen **Bankkonto der Botschaft eines fremden Staates**, das im Gerichtsstaat besteht und zur Deckung der Ausgaben und Kosten der Botschaft bestimmt ist, nicht der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsstaat unterliegen“ — und zwar auch dann nicht, wenn die Vollstreckung aus einem Titel wegen eines nicht-hoheitlichen Verhaltens (acta iure gestionis) ergangen ist (vgl. BVerfGE 46 342, 345, 364). Diese Regel ist gemäß Art. 25 GG, § 83 I BVerfGG Bestandteil des Bundesrechts und somit als nationales Recht von den deutschen Gerichten zu beachten. Dabei braucht der ausländische Staat nicht im einzelnen nachzuweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen, daß das Konto zur Deckung der Ausgaben und Kosten der Botschaft bestimmt ist; hierfür genügt i. d. R. eine gehörige Versicherung durch ein zuständiges Organ dieses Staates (vgl. BVerfG aaO S. 400).

- 203** Ob gleiches auch für **andere Konten ausländischer Staaten** gilt, hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich offen gelassen (vgl. aaO S. 402). Es liegt indessen nahe, dies zumindest dann zu bejahen, wenn der Staat beweist, daß die Gelder auf dem Konto hoheitlichen Zwecken dienen. Daher kann z. B. auch ein Konto einer ausländischen Zentralbank unpfändbar sein (a. A. LG Frankfurt NJW 1976 1044), es sei denn, man spricht ihr den völkerrechtlichen Immunitätschutz überhaupt ab (vgl. dazu *Schütze* WM 1980 1438 f).

VI. Der Tod des Kontoinhabers und sein Einfluß auf das Konto

1. Der Übergang des Kontos auf die Erben

- 204** Im Normalfall gilt uneingeschränkt der Grundsatz der **Universalsukzession**. Das Konto, d. h. die diesem zugrunde liegende Einlagenforderung, geht also auf den oder die Erben über. Handelt es sich um mehrere Erben, so steht es diesen zur gesamten Hand zu. Da die Bank nach § 2039 BGB nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten kann und diese nach § 2040 I BGB nur gemeinschaftlich über die Einlagenforderung verfügen können, ist das Gemeinschaftskonto *ispo iure* ein „**Und-Konto**“ (vgl. auch *Liesecke* WM 1975 289; *Schönle* § 4 IV 1; vgl. im übrigen zum Begriff des Und-Kontos näher unten Rdn. 230). Mit dem Konto geht grundsätzlich auch das **Auskunftsrecht** bezüglich des Kontos auf die Erben über (vgl. näher oben Rdn. 51, aber auch die Einschränkungen Rdn. 55). Zur Legitimation der Erben kann die Bank gemäß Ziff. 24 AGB grundsätzlich die **Vorlage eines Erbscheins** verlangen (vgl. dazu näher unten Rdn. 2714). Besteht Streit zwischen mehreren Anspruchsprätendenten über die Kontoinhaberschaft, kann dieser grundsätzlich durch eine **Feststellungsklage gegen die Bank** geklärt werden (vgl. BGH WM 1981 120, 121).

- 205** Bei **Leistung an einen Scheinerben** wird die Bank nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts nicht frei, es sei denn, eine Sondervorschrift wie § 2367 BGB greift ein. Darüber hinaus hat die Bank das Risiko der Leistung an einen Scheinerben durch **Ziff. 24 AGB** in gewissem Umfang auf den oder die wahren Erben abgewälzt. Diese müssen die Regelung gegen sich gelten lassen, weil (und sofern) der Erblasser sich den AGB unterworfen hatte und die Erben voll, d. h. auch mit allen Nachteilen, in seine Stellung einrücken; die Klausel stellt also nicht etwa einen — unzulässigen — Vertrag zu Lasten Dritter dar, und auch sonst sind gegen sie keine Bedenken ersichtlich, da die Regelung gut abgewogen erscheint und die Bank sich insbesondere nicht von ihrer Haftung für einen Sorgfaltsverstoß bei der Legitimationsprüfung freigezeichnet hat (vgl. auch unten Rdn. 2714 f).

2. Die Fortgeltung von Vollmachten und die postmortale Vollmacht

- 206** Durch den Tod des Kontoinhabers wird der **Bestand der von ihm erteilten Vollmachten** grundsätzlich nicht berührt. Das ist für die **Prokura** in § 52 III HGB ausdrücklich bestimmt, gilt aber gemäß § 168 S. 1 BGB i. d. R. auch für **andere Vollmachten**, weil und sofern das ihnen zugrunde liegende Kausalverhältnis trotz des Todes fortbesteht, wie das z. B. für den Auftrag in § 672 BGB bestimmt ist. Als Vertreter sind nunmehr der oder die Erben anzusehen, wobei für die Haftung aus den vom Vertreter vorgenommenen Geschäften grundsätzlich die Regeln über Nachlaßverbindlichkeiten gelten.

- 207** Durch den Erbfall wird der Erbe Partei des der Vollmacht zugrunde liegenden Kausalverhältnisses und damit „Herr“ des vom Vertreter abzuschließenden Geschäfts. Entgegen der Ansicht des BGH (vgl. WM 1969 702) hat der Vertreter sich daher nunmehr grundsätzlich allein nach dem **Interesse und (mutmaßlichen) Willen des Erben**

und nicht des Erblassers zu richten²¹; um dem Erben seinen entgegengesetzten Willen aufzuzwingen, gibt die Rechtsordnung dem Erblasser grundsätzlich nicht das Mittel der Vollmacht, sondern nur das der letztwilligen Verfügung, insbesondere der Anordnung von Testamentsvollstreckung. Darüber hinaus hat der Vertreter angesichts des Wechsels in der Person des Geschäftsherrn i. d. R. die **Pflicht zur Rückfrage bei dem Erben**²² — es sei denn, dieser ist unbekannt oder nicht erreichbar und es ist Eile geboten; das folgt insbesondere aus § 666 BGB, wonach der Beauftragte dem Geschäftsherrn „die erforderlichen Nachrichten“ zu geben hat. Die Bindung an die Interessen des Erben kann auch auf das Außenverhältnis durchschlagen, da insoweit die Grundsätze über den **Mißbrauch der Vertretungsmacht** (vgl. dazu oben Rdn. 170 ff) anzuwenden sind, ohne daß Interesse und Wille des Erblassers zu berücksichtigen sind²³; daran wird ein unentgeltlicher Erwerb meist scheitern, sofern der Beschenkte nicht konkrete Anhaltspunkte dafür hat, daß der Vertreter bei dem Erben rückgefragt und dieser sein Einverständnis erteilt hat²⁴.

Auch eine **Vollmacht auf den Todesfall** — also eine Vollmacht, die erst nach dem Tode des Erblassers gelten soll — ist zulässig und grundsätzlich formlos gültig²⁵. Sie spielt gerade als Kontovollmacht eine besondere praktische Rolle. Häufig hat sie hier den Sinn, dem Bevollmächtigten die Abwicklung des Erbfall — Begräbniskosten, Fortzahlung der Miete, Auflösung des Hausstandes usw. — zu ermöglichen, ohne daß es zuvor der Feststellung der Erben oder gar der Ausstellung eines Erbscheins (z. B. im Hinblick auf Ziff. 24 AGB!) bedarf. Sie kann aber auch dazu benutzt werden, um nach dem Tode des Erblassers unentgeltliche Verfügungen mit Wirkung gegenüber dem Nachlaß durchzuführen; dann wirft sie wegen der Gefahr einer Umgehung erbrechtlicher Vorschriften u. U. besondere Probleme auf (vgl. näher unten Rdn. 222).

Eine **Unwiderruflichkeitsklausel** gilt, sofern sie überhaupt wirksam vereinbart werden kann (vgl. dazu oben Rdn. 167), bei *entgeltlichen* Geschäften grundsätzlich auch über den Tod hinaus und bindet demgemäß die Erben²⁶. Hat jemand z. B. einem Dritten — etwa einem Notar — eine unwiderrufliche Kontovollmacht erteilt, damit dieser unter bestimmten Voraussetzungen eine Kaufpreisschuld erfüllen kann, so muß der Erbe dies gegen sich gelten lassen — nicht anders, als beispielsweise ein unwiderrufliches Vertragsangebot des Erblassers. Anders ist dagegen zu entscheiden, sofern die Vollmacht zur postmortalen Durchführung *unentgeltlicher* Verfügungen dienen soll (vgl. näher unten Rdn. 222).

3. Unentgeltliche Zuwendungen des Kontos auf den Todesfall durch Rechtsgeschäft unter Lebenden

a) Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall gemäß § 331 BGB

Die Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums lassen unter Berufung auf § 331 BGB einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall auch dann zu, wenn die Vor-

²¹ So mit Recht *Flume* Allg. Teil II³ § 51, 5 b; dem BGH folgen dagegen *Soergel/Schultze/von Lasaulx*¹¹ § 168 Rdn. 33 und *Thiele* Münch-Komm. § 168 Rdn. 22.

²² Vgl. *Flume* aaO S. 850 f; *Larenz* Allg. Teil⁴ § 31 III a a. E. = S. 544; a. A. *Thiele* aaO § 168 Rdn. 22.

²³ So mit Recht *Flume* aaO S. 850 f gegen BGH WM 1969, 702; wie der BGH *Soergel/Schultze-von Lasaulx*¹¹ § 168 Rdn. 33; differenzierend *Hopt* ZHR 133, 305 ff.

²⁴ Vgl. wiederum *Flume* aaO S. 850 f gegen BGH

WM 1969, 702; vgl. ferner z. B. *Finger* NJW 1969, 1624 ff; *Harder* Festgabe für von Lübtow, 1971, S. 517 f.

²⁵ Vgl. z. B. RGZ 114, 351, 354; *Soergel/Schultze-von Lasaulx*¹¹ § 168 Rdn. 32; *Thiele* Münch-Komm. § 168 Rdn. 25.

²⁶ Vgl. z. B. *Thiele* MünchKomm. § 168 Rdn. 22; mitunter wird zu Unrecht nicht zwischen Vollmachten zu entgeltlichen und zu unentgeltlichen Geschäften differenziert, so z. B. nicht von *Röhm* DB 1969, 1977 und ihm folgend *Voraufgabe* Anm. 95.

aussetzungen von § 2301 BGB nicht erfüllt sind, d. h., wenn der Erblasser weder die Formvorschriften für letztwillige Verfügungen eingehalten noch bereits zu Lebzeiten ein Vermögensoffer gebracht hat²⁷. Die hiergegen vorgebrachte Kritik²⁸ hat den BGH bisher nicht zu einer Änderung seines Standpunktes veranlassen können (vgl. zuletzt ausführlich BGHZ 66 8, 12 f). Dennoch sollte man nicht müde werden, diese Rechtsprechung zu bekämpfen. Sie führt nicht nur zu einer Aushöhlung der erbrechtlichen Formvorschriften, sondern — was unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten wesentlich schwerer wiegt — auch zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung von Pflichtteilsberechtigten und sonstigen Nachlaßgläubigern sowie zur Möglichkeit der Umgehung von Bindungen aus Erbverträgen und gemeinsamen Testamenten, da der BGH einen **Rechtsübergang außerhalb des Nachlasses** annimmt und **keine analoge Anwendung einzelner erbrechtlicher Vorschriften** zuläßt (vgl. zuletzt unmißverständlich BGHZ 66 8, 14). Auch hat die Rechtsprechung des BGH auf Grund des Wandels der Rechtstat-sachen einen empfindlichen Funktionsverlust des Erbrechts zur Folge, der bei Erlaß von § 331 BGB in diesem Ausmaß zweifellos nicht ins Auge gefaßt wurde. Denn immer mehr Menschen haben Bankkonten und Depots, und immer häufiger befinden sich große, ja oft die wesentlichen Bestandteile des Nachlasses auf diesen, so daß die Möglichkeiten zu einer Ausschaltung des Erbrechts mit Hilfe von § 331 BGB immer mehr Gewicht erlangen; nicht zufällig geht es ja bei den meisten einschlägigen Fällen um Konten oder Depots. Im übrigen ist die Lösung des BGH nicht einmal in sich selbst überzeugend, wie die bei der Widerrufsproblematik zu Tage tretenden Ungereimtheiten zeigen (vgl. dazu näher unten Rdn. 214 ff).

211 Stellt man sich auf den Boden der Rspr. — und von dieser Grundlage gehen die folgenden Ausführungen im Hinblick auf den besonderen Praxisbezug eines Kommentars aus —, so wird bei Vorliegen der Voraussetzungen von §§ 328, 331 BGB der **Begünstigte im Augenblick des Erbfalls ipso iure Kontoinhaber**, auch wenn der Vertrag mit der Bank nicht den erbrechtlichen Formvorschriften (*Handschriftlichkeit* des Testaments gemäß § 2247 BGB!) entspricht und der Erblasser sich nicht der Verfügungsmöglichkeit zu seinen Lebzeiten begeben, also nicht das für § 2301 II BGB erforderliche „*lebzeitige Vermögensoffer*“ erbracht hatte. Das Konto ist **kein Bestandteil des Nachlasses** mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen für Pflichtteilsberechtigte, sonstige Nachlaßgläubiger, Vertragserben, durch gemeinsames Testament Begünstigte usw. (vgl. BGHZ 66 8, 14 ff bezüglich eines gemeinsamen Testaments).

212 Ob im Einzelfall die **tatbestandlichen Voraussetzungen eines Vertrages zugunsten Dritter** i. S. von §§ 328, 331 BGB vorliegen, ist eine Frage der Auslegung. Der Abschluß eines solchen Vertrages kann z. B. darin gesehen werden, daß jemand ein Sparbuch auf den Namen eines Dritten — z. B. eines nahen Angehörigen — anlegt. Das Versprechen i. S. von § 331 BGB kann dabei sowohl durch eine entsprechende ausdrückliche Abrede mit der Bank (vgl. RGZ 106 1) als auch durch konkludentes Verhalten (vgl. BGHZ 46 198, 203) abgegeben werden. Die Beweislast für das Vorliegen eines Versprechens i. S. von § 331 BGB trägt der (angeblich) Begünstigte, da es insoweit um die Voraussetzungen seines Rechtserwerbs geht (vgl. BGHZ 46 198, 204; BGH WM 1970 712, 713). Bei Sparkassen kann die Annahme eines Vertrages zugun-

²⁷ Vgl. (speziell für Bankguthaben) RGZ 88, 137, 138 f; 106, 1, 2; BGHZ 41, 95, 96; 46, 198, 201 f; 66, 8, 11 ff; BGH WM 1975, 115, 116; 1976, 1050; 1976, 1130 (Erlös aus dem Verkauf von

Wertpapieren); KG NJW 1971, 1808; WM 1979, 928, 929.

²⁸ Vgl. z. B. *Staudinger/Böhmer*¹¹ Einl. Erbr. § 27 Anm. 7–12; *Kipp/Coing* Erbrecht¹³, § 81 II und V.

sten Dritter an landesrechtlichen Formerfordernissen scheitern (vgl. BGH WM 1978 895).

Was den **Umfang der Zuwendung** angeht, so steht dem Dritten im Zweifel alles zu, was sich zur Zeit des Erbfalles auf dem Konto befindet. Es ist dies jedoch eine Frage des Parteiwillens, so daß im Einzelfall auch anders zu entscheiden sein kann. Hat der Erblasser z. B. einen für einen bestimmten Zweck vorgesehenen Betrag offenkundig nur zwischenzeitlich aus Zinsgründen auf dem Sparbuch angelegt und stirbt er nun vor dessen Abhebung, so wird i. d. R. gemäß §§ 133, 157 BGB anzunehmen sein, daß er dem Dritten nicht zustehen soll oder daß doch zumindest das kausale Schenkungsangebot (vgl. die folgende Rdn.) sich nicht auf ihn erstreckt. Gleiches kann bei unerwarteten Einzahlungen eines Dritten auf das Sparkonto gelten, wobei es freilich nicht auf den mutmaßlichen Willen des Dritten, sondern des Erblassers ankommt. Erst recht kommen Einzahlungen eines Gebrechlichkeitspflegers dem Dritten jedenfalls dann nicht zugute, wenn die Bank vor der Einzahlung die Begünstigungsklausel gestrichen hatte (vgl. KG WM 1979 928, 929).

Zusätzlich zu dem Vertrag zugunsten des Dritten fordert der BGH im Gegensatz **213** zu manchen Stimmen im Schrifttum (vgl. z. B. *Harder FamRZ 1976 418 ff*) ein **wirksames Kausalverhältnis** zwischen dem Dritten und dem Zuwendenden bzw. dessen Erben (vgl. z. B. BGHZ 41 95, 97; BGH WM 1975 115, 116). Weil und sofern vor Eintritt des Erbfalles ein entsprechender Vertrag nicht zustande gekommen ist, können sich hier Schwierigkeiten ergeben. Die Rechtsprechung sucht diese zu überwinden, indem sie den Versprechenden — hier also die Bank — grundsätzlich als Boten des Erblassers bezüglich des Angebots zum Abschluß des Schenkungsversprechens ansieht und die Übermittlung sowie die Annahme des Angebots gemäß §§ 130 II, 153 BGB auch noch nach dem Tod des Erblassers zuläßt (vgl. z. B. BGH WM 1975 116; 1976 1130). Übermittelt die Bank das Angebot des Erblassers und nimmt es der Begünstigte an — was meist konkludent durch nicht zugangsbedürftige Erklärung gemäß § 151 BGB geschehen wird — oder hat sich noch der Erblasser selbst mit dem Begünstigten geeinigt, so ist die Zuwendung trotz ihrer Unentgeltlichkeit auch dann mit wirksamem Rechtsgrund erfolgt, wenn die Form des § 518 I BGB nicht erfüllt ist; denn da Gegenstand der Schenkung der Anspruch aus §§ 328, 331 BGB ist und dieser dem Begünstigten beim Tode des Erblassers ipso iure zuwächst, ist die Schenkung i. S. von § 518 II BGB vollzogen (vgl. BGH aaO). Kommt es dagegen nicht zur Vereinbarung eines wirksamen Kausalverhältnisses, so hat der Erbe gegen den Begünstigten einen **Anspruch aus § 812 BGB auf Herausgabe des Kontos**, d. h. auf Abtretung der betreffenden Forderung gegen die Bank.

Den Abschluß des Kausalvertrages kann der Erbe gemäß § 130 I 2 BGB grundsätzlich **214** durch einen rechtzeitigen **Widerruf** des vom Erblasser gemachten Vertragsangebots sowie des zugehörigen Übermittlungsauftrages an die Bank verhindern (vgl. BGH WM 1975 116; 1976 1131 f). Da jetzt der Erbe Geschäftsherr des Auftrages ist, hat die Bank gemäß § 666 BGB grundsätzlich sogar eine **Pflicht zur Rückfrage** bei ihm (vgl. auch oben Rdn. 207 m. Nachw.). Daß eine solche dem (mutmaßlichen oder wirklichen) Willen des Erblassers widerspricht, steht nicht entgegen, da dieser Wille keine testamentarische Verkörperung gefunden hat; für den Benachrichtigungsanspruch des Erben kann insoweit nichts anderes gelten als für das Widerrufsrecht, das der Erblasser auch nicht unter Beschränkung auf die Zeit nach seinem Tode durch Rechtsgeschäft unter Lebenden beseitigen kann (vgl. BGH WM 1976 1130 und dazu die folgende Rdn.). Andererseits ist die Bank dem Begünstigten gegenüber zu unverzüglicher Erledigung des Übermittlungsauftrages verpflichtet, da dieser folgerichtig ebenfalls als

Vertrag zugunsten Dritter i. S. von § 328 BGB zu qualifizieren ist. Es besteht daher zugleich die Gefahr einer **Haftung der Bank gegenüber dem Begünstigten**. Daß die Bank sich in einem Pflichtenkonflikt befindet, ändert daran nichts, da es um die *rechtsgeschäftliche Übernahme* kollidierender Pflichten geht und die Kollision dabei bekanntlich grundsätzlich keine haftungsausschließende Wirkung hat.

Die Rechtsprechung des BGH führt somit nicht nur zu einem widersinnigen „**Wettlauf zwischen dem Erben und dem Begünstigten**“, sondern bringt auch die Bank in eine indiskutable Position: diese gerät in einen **Pflichtenkonflikt**, bei dem jede der möglichen Entscheidungen eine Schadensersatzpflicht nach sich ziehen kann, und sie erlangt darüber hinaus einen Einfluß auf die Verteilung des von ihrem Kunden hinterlassenen Vermögens, der mit ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Funktion ebenso unvereinbar ist wie mit dem Rechtsgedanken — wenn auch nicht dem Buchstaben — von § 2065 BGB, wonach die Geltung einer Zuwendung von Todes wegen nicht von der Entscheidung eines Dritten abhängen darf.

- 215** Sowohl die Interessen der Bank als auch die Intentionen des Erblassers fordern somit gebieterisch, eine rechtliche Möglichkeit zur **Ausschaltung des Widerrufsrechts** des Erben zu suchen. Da die Konstruktion einer Angebotsannahme durch Insichgeschäft des Zuwendenden oder durch vollmachtsloses Handeln der Bank mit anschließender Genehmigung des Begünstigten an ihrem allzu offenkundigen Umgehungscharakter scheitern dürfte²⁹, bleibt allenfalls ein **rechtsgeschäftlicher Ausschluß des Widerrufsrechts** durch den Zuwendenden. Für einen auf die Zeit nach dessen Tod beschränkten Ausschluß fordert der BGH freilich mit Recht, daß entweder die Form der letztwilligen Verfügung gewählt oder der Erbe an dem betreffenden Rechtsgeschäft beteiligt wird (vgl. WM 1976 1130, 1132). Bindet der Erblasser dagegen auch sich selbst durch einen schon zu seinen Lebzeiten geltenden Ausschluß des Widerrufsrechts, so liegt es in der Tendenz der bisherigen Rechtsprechung, auf ein Formerfordernis bzw. eine Mitwirkung des Erben zu verzichten³⁰. Darin zeigt sich indessen die innere Brüchigkeit dieser Rechtsprechung mit besonderer Deutlichkeit. Denn ein lebzeitiger Widerrufsverzicht des Erblassers ist reine Augenauswischerei, weil er sich ja nur auf das Angebot zum Abschluß des kausalen Schenkungsversprechens und auf den Auftrag zu dessen Übermittlung bezieht, nicht aber auch Verfügungen des Zuwendenden über das Konto ausschließt. Der lebzeitige Widerrufsverzicht „kostet“ den Zuwendenden also praktisch nichts. Auf die Zweckmäßigkeit einer solchen Vertragsgestaltung können demgemäß nur Juristen kommen — und auch diese nur, wenn sie die einschlägige Rechtsprechung des BGH kennen. Das aber bedeutet nichts anderes, als daß auch dem lebzeitigen Verzicht auf das Widerrufsrecht der Umgehungscharakter auf der Stirn geschrieben steht. Man sollte daher ehrlich und konsequent genug sein, auch insoweit die Einhaltung der Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen zu fordern. Für einen formfreien Widerrufs ausschluß bleibt dann nur noch der Weg einer Einigung mit dem Begünstigten zu Lebzeiten des Zuwendenden — was immerhin insofern ein gewisser Fortschritt gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand wäre, als darin zwar kein „lebzeitiges Vermögensopfer“ des Zuwendenden liegt, aber doch wenigstens ein gewisses psychologi-

²⁹ Vgl. *Liesecke* WM 1975, 292; *Hager* Festschr. für von Caemmerer, 1978, S. 137; ablehnend, wenn gleich mit z. T. nicht stichhaltigen Gründen auch *Harder/Welter* NJW 1977, 1139 ff; für die Zulässigkeit der Selbstkontrahierungsklausel dagegen *Bühler* NJW 1976, 1728; *Kümpel* WM 1977, 1193.

³⁰ Das wird offenbar als selbstverständlich vorausgesetzt von BGH WM 1976, 1132: „Konnte der Erblasser, etwa infolge Widerrufsverzichts, nicht mehr widerrufen, so können es auch die Erben grundsätzlich nicht“. Vgl. ferner z. B. *Kümpel* WM 1977, 1193 f; *Lwowski* BuB Rdn. 2/154.

sches Hemmnis gegenüber einem Ausnutzen der fortbestehenden Verfügungsmacht, mag dieses Hemmnis auch schwach sein, weil der Zuwendende dem Begünstigten ja die Höhe des Kontos nicht mitzuteilen braucht.

Läßt man entgegen dieser Ansicht einen formfreien lebzeitigen Widerrufs ausschließen durch Erklärung allein gegenüber der Bank zu, so sollte man sich insoweit nicht auf die Kautelarjurisprudenz verlassen und den damit verbundenen Zufälligkeiten aussetzen, sondern den Verzicht grundsätzlich im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB** in die Verträge hineininterpretieren. Denn ein solcher entspricht ohne Zweifel dem mutmaßlichen Willen des Zuwendenden, weil er einerseits zur Absicherung von dessen Intentionen unerlässlich ist und andererseits keine nennenswerten Nachteile für ihn zur Folge hat. Außerdem wird auf diese Weise der fatale „Wettlauf“ zwischen Erben und Begünstigtem ein für allemal verhindert.

Eine derartige ergänzende Auslegung ist nun allerdings eine unsichere Angelegenheit, zumal der BGH sie bisher merkwürdigerweise mit keinem Wort in Betracht gezogen hat. Es liegt daher nahe, eine **Beratungs- und Aufklärungspflicht der Bank bezüglich der Zweckmäßigkeit eines ausdrücklichen Widerrufsverzichts** anzunehmen. Dafür läßt sich vor allem ins Feld führen, daß die Banken bei Rechtsfragen verhältnismäßig weitreichende Aufklärungspflichten haben (vgl. oben Rdn. 115 ff). Daß die Angestellten am Schalter i. d. R. keine hinreichende Rechtskunde besitzen, steht nicht entgegen, da die Bank dem durch entsprechende Informations- und Organisationsmaßnahmen entgegenwirken kann und ähnliche Organisationspflichten dem geltenden Recht nicht unbekannt sind (vgl. oben Rdn. 116 a. E. und 126); das gilt jedenfalls für eine Rechtsfrage, die wie die vorliegende nicht nur vereinzelt auf Grund besonderer Umstände des jeweiligen Falles, sondern in einer Vielzahl von Fällen in stets gleicher Weise auftritt. Außerdem hat die Bank die Möglichkeit, in ihre Vordrucke für den Abschluß von Verträgen zugunsten Dritter (vgl. z. B. das Muster in BuB 2/157) einen Hinweis auf die Zweckmäßigkeit eines Widerrufsverzichts aufzunehmen. Jedenfalls müssen Vordrucke, wenn sie benutzt werden, so gestaltet sein, daß sie die Möglichkeit eines Widerrufsverzichts vorsehen und tunlichst zumindest die Frage nach dessen Zweckmäßigkeit nahelegen, wenn schon nicht ausdrücklich der Verzicht empfohlen wird.

Verletzt die Bank diese Beratungspflicht, wird sie dem Begünstigten meist entweder aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrag selbst oder doch zumindest nach den Regeln über die **Schutzwirkungen zugunsten Dritter** schadensersatzpflichtig sein (vgl. auch BGH NJW 1965 1955); denn typischerweise steht der Begünstigte dem Zuwendenden in einer Weise nahe, die die Anwendung dieses Rechtsinstituts ermöglicht (vgl. zu den Voraussetzungen näher oben Rdn. 21 ff). Außerdem kommt auch eine **Drittschadensliquidation** in Betracht, weil der Schaden von vornherein nur bei dem Begünstigten und nicht bei dem Zuwendenden bzw. dessen Erben eintreten kann und mithin die Voraussetzungen einer „Schadensverlagerung“ gegeben sind (vgl. dazu oben Rdn. 26); der Begünstigte kann dann analog § 281 BGB von dem Erben die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Ein etwaiger Prozeß um die Herausgabe des Kontos nach § 812 BGB wegen **Unwirksamkeit des Kausalverhältnisses** ist zwischen dem Erben und dem Begünstigten zu führen. Jener wird jedoch häufig von der Person des Begünstigten keine Kenntnis haben. Es fragt sich daher, ob die Bank gegenüber dem Erben zur **Auskunft über die Person des Begünstigten** verpflichtet und gegenüber diesem dazu berechtigt ist. Eine Anspruchsgrundlage steht dem Erben in § 666 BGB zur Verfügung, da der Auskunftsanspruch mit dem Tode des Erblassers auf ihn übergeht und auch durch eine etwaige Auflösung des Kontos bzw. Umschreibung auf den Begünstigten nicht entfällt (richtig

insoweit OLG Frankfurt MDR 1966 503). Andererseits genießt der Begünstigte den Schutz des Bankgeheimnisses (schieß insoweit *Liesecke* WM 1975 292); das versteht sich von selbst, wenn der Erwerb der Einlagenforderung als solcher wirksam ist und nur die Gültigkeit des Kausalverhältnisses — an dem die Bank ja gar nicht beteiligt ist — im Streit steht, gilt aber grundsätzlich wohl sogar dann, wenn die Zuwendung des Kontos ebenfalls an einem Mangel leidet, da der Schutz des Bankgeheimnisses unabhängig von der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses zwischen der Bank und dem betreffenden Kunden ist (vgl. oben Rdn. 42). Es liegt also eine **Kollision zwischen Auskunftsanspruch und Bankgeheimnis** vor. Diese ist im Wege der Interessenabwägung zu lösen (vgl. oben Rdn. 64). Dabei dürfte i. d. R. dem Auskunftsanspruch Vorrang einzuräumen sein. Denn für den Erben steht ohne die Auskunft meist die Durchsetzung seines Anspruchs aus § 812 BGB überhaupt auf dem Spiel, wohingegen es bei dem Begünstigten lediglich um das Interesse an der Vermeidung eines Prozesses und des damit verbundenen Risikos geht. Auch ist zu bedenken, daß die Bank bei einer Aufdeckung der Person des Begünstigten grundsätzlich kein echtes Schadensersatzrisiko läuft, weil die Verurteilung zur Erfüllung eines bestehenden Anspruchs keinen ersatzfähigen Schaden begründet (vgl. oben Rdn. 69).

b) Die Abtretung des Kontos auf den Todesfall

218 Ähnliche Wirkungen wie mit Hilfe eines Vertrags zugunsten Dritter lassen sich mit Hilfe einer Übertragung des Kontos auf den Todesfall — d. h. mit einer durch den Tod des Zuwendenden aufschiebend befristeten und/oder durch sein Vorversterben bedingten Abtretung — erzielen. Man sollte daher erwarten, daß die Rechtsprechung deren **Zulässigkeit und Wirksamkeit** genauso wie im Rahmen von § 331 BGB beurteilt. Ihre Stellungnahme ist indessen einigermassen zwiespältig. Während z. B. das KG im Hinblick auf § 2301 BGB daran festhält, daß der Zuwendende sich der Möglichkeit zu lebzeitigen Verfügungen über das Konto begeben haben muß (vgl. WM 1969 1047, 1048; wohl auch NJW 1970 332, 333), kennen andere Oberlandesgerichte solche Skrupel nicht (vgl. z. B. OLG Hamburg NJW 1963 449; OLG Frankfurt MDR 1966 503). Die Rechtsprechung des BGH ist sogar geradezu widersprüchlich. Einerseits hat nämlich der 2. Senat die Übereignung eines Depots auf den Todesfall durch bedingte Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB auch für den Fall als wirksam angesehen, daß der Zuwendende sich die Möglichkeit zu Verfügungen unter Lebenden vorbehalten hatte (vgl. WM 1974 450, 451), andererseits hat der 4. Senat ohne Auseinandersetzung mit diesem Urteil bei der Zuwendung eines Sparguthabens den Standpunkt des Berufungsgerichts gebilligt, die Schenkung sei nicht im Sinne von § 2301 II BGB vollzogen, weil der Zuwendende sich den jederzeitigen Widerruf der dem Beschenkten erteilten Vollmacht vorbehalten habe und es also an dem erforderlichen lebzeitigen Vermögensopfer fehle (vgl. WM 1978 895, 896).

Stellt man sich auf den Boden der Rechtsprechung zu § 331 BGB, so liegt es nahe, bei der Abtretung genauso großzügig zu entscheiden wie dort. Diese hat nämlich gegenüber dem Vertrag zugunsten Dritter immerhin zwei Vorzüge: zum einen wird hier die zugewendete Forderung Bestandteil des Nachlasses (vgl. die folgende Rdn.), und zum anderen muß der Zuwendende sich noch zu seinen Lebzeiten mit dem Beschenkten einigen, worin wegen des damit verbundenen psychologischen Hemmnisses ein gewisser Vorteil liegt (vgl. schon oben Rdn. 215 Abs. 1 a. E. sowie ferner z. B. *Hager* Festschr. für von Caemmerer, 1978, S. 144 ff). Allerdings fehlt es bei der Zessionslösung an einem ähnlich schwierigen Abgrenzungsproblem wie im Verhältnis von § 2301 BGB zu § 331 BGB, auf das sich die Rechtsprechung dort zur Rechtfertigung

VI. Der Tod des Kontoinhabers und sein Einfluß auf das Konto

ihrer Großzügigkeit maßgeblich stützt (vgl. z. B. BGHZ 66 8, 12). Immerhin hat aber auch die Zessionslösung eine (scheinbare) positivrechtliche Stütze, weil nach §§ 130 II, 153 BGB der Tod des Erklärenden auf die Wirksamkeit einer zu seinen Lebzeiten abgegebenen Willenserklärung keinen Einfluß hat; zwar gilt diese Regelung richtiger Ansicht nach nicht, wenn der Tod wie hier geradezu zum Inhalt des Geschäfts und zur Bedingung für dessen Wirksamwerden gemacht worden ist (vgl. z. B. *Harder FamRZ 1976 421 f m. Nachw.*), doch hat sich die Rechtsprechung diese Auslegung bekanntlich nicht zu eigen gemacht. Von ihrem Boden aus sprechen daher insgesamt die besseren Gründe dafür, bei der Zessionslösung dieselben großzügigen Maßstäbe wie beim Vertrag zugunsten Dritter anzulegen, also auf ein lebzeitiges Vermögensoffer zu verzichten. Das darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß dieser Weg in Wahrheit auch hier wegen Umgehung von § 2301 BGB und wegen Verletzung des Grundsatzes der Universalsukzession (vgl. dazu die folgende Rdn.) eigentlich verworfen werden sollte.

Wie bereits angedeutet, hat die Zession auf den Todesfall insofern nicht so weitreichende Wirkungen wie der Vertrag zugunsten Dritter, als die zederte Forderung hier **Bestandteil des Nachlasses** wird. Denn weil die Zession durch den Tod des Zedenten aufschiebend befristet oder bedingt ist, wird sie zwangsläufig erst eine „logische Sekunde“ *nach* seinem Tod wirksam. Mit anwartschaftsrechtlichen Konstruktionen läßt sich daran nichts ändern, da der Zessionar eine völlig ungesicherte Stellung hat, wenn der Zedent sich seiner Zuständigkeit und seines Verfügungsrechts noch nicht begeben hat; es handelt sich dann nicht um die Zession einer *bedingten* Forderung, sondern einer Forderung auf einen etwaigen Überrest aus dem Kontokorrentkonto, also einer ganz gewöhnlichen *zukünftigen* Forderung (vgl. dazu auch *Capelle/Canaris Handelsrecht*¹⁹ § 16 VI 2 c). Aus der Zugehörigkeit der Forderung zum Nachlaß wird zugleich besonders klar deutlich, daß in der Behandlung ihrer befristeten oder bedingten Zession als wirksames Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht nur eine Verletzung von § 2301 BGB, sondern zugleich auch ein Verstoß gegen den zwingenden Grundsatz der Universalsukzession liegt, da der Erblasser nicht einmal bei Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften *einzelne* Nachlaßgegenstände mit *dinglicher* Wirkung zuwenden kann. Anders ist es, wenn der Zedent auf die Möglichkeit zu Verfügungen über das Konto zu Lebzeiten verzichtet hat, da man dann wohl mit Hilfe eines Anwartschaftsrechts einen unmittelbaren Erwerb des Zessionars ohne „Durchgang“ durch den Nachlaß bejahen kann.

Bezüglich der tatbestandlichen Voraussetzungen unterscheidet sich die Zession vom Vertrag zugunsten Dritter dadurch, daß sie **nicht durch Vertrag mit der Bank, sondern durch Vertrag mit dem Begünstigten** zustande kommt. Wendet man nun § 2301 I BGB nicht an, so kann die Zession formfrei und also auch durch **konkludentes Verhalten** erfolgen. Eine konkludente Zession kann dabei z. B. anzunehmen sein, wenn der Zedent dem Zessionar eine **Bankvollmacht** erteilt und letzterer die Vollmachtsurkunde mitunterschreibt (vgl. OLG Hamburg NJW 1963 449) oder dem Bevollmächtigten ausdrücklich Verfügungen „zu eigenen Gunsten“ unter Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens gestattet (vgl. auch OLG München WM 1973 1252, 1254). Lebt der Zedent in Mitteldeutschland, der Zessionar dagegen in Westdeutschland, so kann u. U. mit einer postmortalen Vollmacht eine „stillschweigende“ Abtretung der Guthabenforderung verbunden sein, wenn der Zedent den Weg der Vollmacht gewählt hat, um sich oder seinen Angehörigen Unannehmlichkeiten mit den Behörden der DDR zu ersparen, doch kommt es auch insoweit letztlich auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. KG WM 1969 1047, 1048). In der Einrichtung eines **Oderkontos** und in der Umwand-

lung eines bisherigen Alleinkontos in ein solches liegt zwar keine Zession der Guthabenforderung, wohl aber die Begründung einer (originären) Mitgläubigerschaft i. S. von § 428 BGB (vgl. unten Rdn. 225), der im Innenverhältnis mangels abweichender Abrede meist eine hälftige Beteiligung entspricht (vgl. KG WM 1976 66, 67); da somit ein „lebzzeitiges Vermögensoffer“ gegeben ist, bestehen gegen die Annahme einer vollzogenen Schenkung unter Lebenden (in Höhe des halben Kontos) grundsätzlich keine Bedenken (unklar insoweit KG aaO).

221 Daß der Vertrag hier nicht mit der Bank, sondern mit dem Begünstigten geschlossen wird, hat praktische Konsequenzen auch für das zugrunde liegende **Kausalgeschäft**. Dieses wird nämlich hier in aller Regel zugleich mit der Zession vorgenommen — wenn auch meist nicht ausdrücklich, so doch konkludent. Anerkennt man nun die Wirksamkeit der befristeten oder bedingten Zession, so tritt im Augenblick des Erbfalls „Vollzug“ i. S. von § 518 II BGB ein, so daß sich bei einer unentgeltlichen Zession anders als bei einem unentgeltlichen Vertrag zugunsten Dritter die Problematik einer **Formnichtigkeit des Kausalgeschäfts** ohne weiteres erledigt und ein **Widerruf des Schenkungsversprechens durch den Erben** von vornherein nicht in Betracht kommt.

c) Postmortale Schenkungen des Kontos mit Hilfe postmortaler Vollmachten

222 Auch wenn der Erblasser zur Durchführung einer postmortalen Schenkung eine postmortale — also über den Tod hinaus oder erst nach dem Tod geltende — Vollmacht erteilt, besteht die Gefahr einer Umgehung erbrechtlicher Vorschriften. Deshalb wird im Schrifttum z. T. eine (analoge) **Anwendung der Formvorschriften für letztwillige Verfügungen** befürwortet (vgl. z. B. *Röhm DB 1969 1977 f*; *Schönle § 4 IV 4*). Geht man indessen davon aus, daß der Bevollmächtigte vor der Durchführung der Zuwendung bei dem Erben rückzufragen hat und daß ohne eine solche Rückfrage die Zuwendung i. d. R. nach den Grundsätzen über den Vollmachtsmißbrauch unwirksam ist (vgl. oben Rdn. 207), so besteht für eine Formbedürftigkeit der Vollmacht kein hinreichender Anlaß, weil die Durchführung der Schenkung dann vom Willen des Erben gedeckt ist (zutreffend *Flume II³ § 51, 5 b = S. 851*). Lehnt man dagegen mit dem BGH (WM 1969 702) die strikte Bindung des Bevollmächtigten an die Interessen des Erben ab, sollte man die Vollmacht in der Tat dem für letztwillige Verfügungen geltenden Formerfordernis unterwerfen, weil sie dann eine Umgehung von § 2301 BGB darstellt. Erst recht gilt dies für eine **unwiderrufliche postmortale Vollmacht** zur Durchführung von Schenkungen.

223 Die postmortale Vollmacht als solche führt selbstverständlich für sich allein noch nicht zum **Übergang des Kontos** auf den Begünstigten und zum Abschluß des zugehörigen kausalen **Schenkungsversprechens** (vgl. auch RG LZ 1919 692, 693; BGH WM 1978 895, 896; KG NJW 1970 332, 333). Das gilt rein dogmatisch gesehen auch dann, wenn der Bevollmächtigte zugleich selbst der Begünstigte ist, wie das meist der Fall ist. Hier wird indessen häufig in der Vollmachterteilung gleichzeitig ein konkludentes Schenkungsversprechen und eine konkludente Zession der Guthabenforderung auf den Todesfall zu sehen sein (vgl. näher oben Rdn. 219). Ist dies nicht anzunehmen bzw. nachzuweisen, kommt es darauf an, ob der Zuwendende durch einen anderen Akt — z. B. die Aushändigung eines Sparbuchs — die Verfügung vollzogen hat oder ob das durch den Bevollmächtigten selbst geschehen ist. Letzterer kann die Schenkung z. B. durch Abhebung des Geldes vom Konto vollziehen (vgl. OLG München WM 1973 1252, 1254). § 181 BGB steht regelmäßig nicht entgegen, da der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten konkludent vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit, wenn er ihn selbst als Begünstigten der geplanten Schenkung bezeichnet. Allerdings muß der

Bevollmächtigte grundsätzlich vor dem Vollzug der Schenkung bei dem Erben rückfragen, widrigenfalls sein Erwerb nach den Regeln über den Mißbrauch der Vollmacht unwirksam ist (vgl. oben Rdn. 207 sowie auch Rdn. 222).

VII. Besondere Gestaltungsformen des Kontos

1. Das Gemeinschaftskonto

a) Das Oder-Konto

Gemeinschaftskonten sind Konten, deren Inhaber eine Gemeinschaft von mehreren **224** Personen ist. Ein praktisch häufig vorkommendes Beispiel ist das Gemeinschaftskonto eines Ehepaares. Die Rechtsfolgen eines Gemeinschaftskontos werden weitgehend durch Ziff. 2 Abs. 3 der AGB bestimmt. Nach Satz 1 dieser Klausel steht die **Verfügungsmacht** jedem Inhaber allein zu, sofern die Kontoinhaber der Bank nicht schriftlich eine gegenteilige Weisung erteilt haben. **Das Gemeinschaftskonto ist also im Zweifel ein sogenanntes „Oder-Konto“**. Praktisch wird damit weitgehend dieselbe Rechtswirkung erzeugt, als hätte ein Kontoinhaber Vertretungs- oder Verfügungsmacht über das Eigenkonto eines anderen, doch gehen die Rechtsfolgen beim „Oder-Konto“ insofern weiter, als die Mitinhaberschaft anders als die Verfügungsmacht nicht einseitig widerrufen werden kann (vgl. auch unten Rdn. 227 a. E.) und als sie auch vom Tod des Mitinhabers unberührt bleibt und ihm eine besondere postmortale Legitimation erspart (vgl. auch *Hansen*, S. 64 ff); nachteilig ist freilich für den Mitinhaber die gesamtschuldnerische Mithaftung (vgl. dazu unten Rdn. 227), die ihn bei bloßer Erteilung von Vertretungs- oder Verfügungsmacht nicht treffen könnte — weshalb die Bank bei der Einrichtung eines Gemeinschaftskontos grundsätzlich eine entsprechende Warn- und Beratungspflicht hat (vgl. oben Rdn. 117 a. E.). Wegen der besonderen Gefahren des Oder-Kontos darf die Bank **Überweisungen**, die für ein anderes Konto eines Oder-Kontoinhabers eingehen, auch dann nicht auf dem Oder-Konto gutschreiben, wenn der Überweisende die „Fakultativklausel“ nicht gestrichen hat (vgl. unten Rdn. 334).

Konstruktiv liegt beim „Oder-Konto“ eine **Gesamtgläubigerschaft i. S. von § 428 225 BGB** vor³¹. Daher wirkt gemäß § 429 I BGB der Verzug eines Kontoinhabers auch gegen den oder die anderen. Bei Konfusion in der Person eines Kontoinhabers erlischt die Guthabenforderung gemäß § 429 II BGB auch gegenüber den übrigen. Nach § 429 III 2 BGB kann jeder Kontoinhaber allein seine Forderung abtreten, ohne daß die Rechtsstellung der übrigen berührt wird. Erfüllung und Erlaß gegenüber einem bzw. durch einen Kontoinhaber wirken gemäß § 429 III 1 i. V. m. §§ 422 f BGB auch gegen die übrigen. Andere Tatsachen wirken dagegen nach § 429 III 1 i. V. m. § 425 BGB nur für und gegen den Kontoinhaber, in dessen Person sie eintreten. Die **Berechtigung im Innenverhältnis** richtet sich nach den Abreden der Parteien, die auch konkludent erfolgen können; mangels einer Vereinbarung wird i. d. R. nach dem Rechtsgedanken von § 430 (oder § 742) BGB auch dann Berechtigung zu gleichen Teilen anzunehmen sein, wenn das Guthaben nur aus Mitteln eines der beiden Kontoinhaber stammt (vgl. KG WM 1976 66, 67).

Zur **Umwandlung eines Oder-Kontos in ein Und-Konto** ist jeder Kontoinhaber **226** allein in der Lage, da er alleinige Verfügungsbefugnis besitzt. Allerdings bedarf er dazu

³¹ Vgl. KG BankArch. 1937/38, 434; OLG Nürnberg NJW 1961, 510; KG WM 1976, 66, 67; *Hansen* S. 22 ff; H. P. *Westermann* FamRZ 1967, 648; *Soergel/Reimer Schmidt*¹⁰ § 428 Rdn. 2; *Larenz* Schuldrecht I¹² § 32 I; *Obermüller* Die Bank im Konkurs ihres Kunden, 1972, S. 28 ff;

ähnlich auch *Sprengel* Sparkasse 1962, 279; a. A. *Karsten Schmidt* MünchKomm., 1980, § 741 Rdn. 44, der der Annahme einer Gesamthand zuneigt, allerdings die geringe praktische Bedeutung der Frage betont, ohne indessen auf § 16 KO einzugehen (vgl. dazu unten Rdn. 229).

wegen der darin liegenden Vertragsänderung des Einverständnisses der Bank. Auf die Beziehungen zwischen den Kontoinhabern, insbesondere auf die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, kommt es für diese allein das Außenverhältnis zur Bank betreffende Frage nicht an (a. A. insoweit AG Leonberg WM 1978 1306). Verweigert die Bank ihre Mitwirkung, bleibt die Möglichkeit einer **Kündigung des Kontos** oder einer **Aufhebung der Geschäftsbeziehung** nach Ziff. 17 AGB, zu der jeder Kontoinhaber auf Grund seiner Verfügungsmacht ohne Mitwirkung des anderen in der Lage ist. Außerdem gibt die Verfügungsmacht auch die Möglichkeit zu einem **Widerruf von Weisungen des anderen Kontoinhabers**, solange noch ein Widerrufsrecht besteht (vgl. auch LG Hannover WM 1972 638 f); die Bank hat sich also bei widersprechenden Weisungen grundsätzlich an die letzte zu halten, darf aber i. d. R. versuchen, durch Rückfrage bei dem anderen Kontoinhaber Klarheit herbeizuführen (vgl. LG Hannover aaO).

227 Wird das Konto passiv, so tritt nach Ziff. 2 III 2 der AGB eine **gesamtschuldnerische Haftung** aller Inhaber ein. Diese erstreckt sich allerdings nur auf Verbindlichkeiten aus dem Gemeinschaftskonto selbst. Als solche sind in erster Linie die Verwaltungskosten und etwaige Überziehungskredite anzusehen (vgl. auch *Sprengel Sparkasse* 1962 280; *Hansen* S. 40). Eine Haftung für mit dem Gemeinschaftskonto nicht in Zusammenhang stehende Schulden eines Kontoinhabers besteht dagegen nicht, was sich schon aus dem Wortlaut der Ziff. 2 II AGB ergibt („Verbindlichkeiten *aus* einem Gemeinschaftskonto“); auch Ziff. 19 der AGB steht dem nicht entgegen, da die in Ziff. 2 III AGB enthaltene Einschränkung der Haftung insoweit als Sonderregelung vorgeht (ebenso i. E. *Liesecke* WM 1969 553 f; *Schönle* § 7 II 3 a 2). Dogmatisch erklärt sich die Mithaftung allein aus der vertraglichen Vereinbarung einer Gesamtschuld und nicht aus der Einräumung einer wechselseitigen Vertretungsmacht zwischen den Kontoinhabern (a. A. OLG Köln ZIP 1980 979); denn wer ein Oderkonto überzieht, verfügt über sein eigenes Konto und gibt nicht zugleich eine Erklärung im Namen des anderen Kontoinhabers ab. Demgemäß ist auch kein Raum für einen Widerruf der Vertretungsmacht durch den jeweils anderen Kontoinhaber (a. A. OLG Köln aaO); vielmehr besteht nur die Möglichkeit zu einer Umwandlung in ein Und-Konto (vgl. oben Rdn. 226), zumal sonst u. U. ein in den AGB der Banken nicht vorgesehener Zwitter zwischen Oder- und Und-Konto entstehen könnte.

228 Zur **Zwangsvollstreckung** in die Einlagenforderung ist beim Oder-Konto der Gläubiger eines jeden der Kontoinhaber befugt, ohne daß dem oder den anderen dagegen ein Rechtsbehelf zustände³². Da jedoch nur die Forderung des Vollstreckungsschuldners und nicht auch die der übrigen Kontoinhaber von der Pfändung betroffen ist, können letztere weiterhin über die Forderung verfügen und ist die Bank zur Leistung an diese berechtigt, solange der gepfändete Betrag nicht an den Pfandgläubiger ausgezahlt worden ist³³.

229 Durch den **Konkurs eines Kontoinhabers** wird die Verfügungsbefugnis des anderen nicht berührt (so auch *Obermüller* aaO, Fn. 32, S. 30). Die Bank kann daher auch bei Kenntnis von der Konkurseröffnung ohne weiteres befreiend an letzteren leisten — nicht anders als im Falle der Pfändung des Kontos (vgl. die vorige Rdn.). Andererseits kann auch der Konkursverwalter Leistung zur Masse verlangen, da er dieselben Rechte

³² Vgl. KG BankArch. 1937/38, 434; OLG Nürnberg NJW 1961, 510; *Sprengel Sparkasse* 1962, 280; *Hansen* S. 53; *Schönle* § 8 IV 2 c; *Karsten Schmidt* aaO (Fn. 31) Rdn. 44 gegen Ende.

³³ Vgl. *Hansen* S. 54 f; *Schönle* § 8 IV 2 c; a. A. *Schütz* ZKW 1953, 397; einschränkend auch *Keutner* ZKW 1954, 631 und *Sprengel Sparkasse* 1962, 280.

hat wie der Gemeinschuldner. Zieht er das Guthaben ein, hat der andere Kontoinhaber nicht das Recht der Ersatzaussonderung nach § 46 S. 2 KO, da er an dem Konto ebenso wenig ein Aussonderungsrecht hat wie die Drittwiderspruchsklage gegenüber einer Pfändung. Auch eine Auseinandersetzung außerhalb des Konkurses nach § 16 KO findet nicht statt, weil (und sofern) der Gesamtgläubigerschaft keine Gesellschaft oder Gemeinschaft im Sinne dieser Vorschrift zugrunde liegt (ebenso *Obermüller aaO* S. 30 f); das findet seine sachliche Rechtfertigung darin, daß das Konto auch in der Einzelvollstreckung ohne weiteres dem Zugriff der Gläubiger des jeweils anderen Kontoinhabers unterliegt und demgemäß auch im Konkurs keine Sonderstellung verdient. Es kann also zu einem „Wettlauf“ zwischen dem anderen Kontoinhaber und dem Konkursverwalter kommen, doch ist das kein Einwand gegen die hier vertretene Lösung, weil darin lediglich die konkurrierende Zuständigkeit der Kontoinhaber ihre folgerichtige konkursrechtliche Entsprechung findet. Außerdem werden die Folgen dadurch korrigiert, daß der andere Kontoinhaber bei einer erfolgreichen Verfügung über das Konto den Anteil, der im Innenverhältnis dem Gemeinschuldner gebührt (vgl. oben Rdn. 225 a. E.), zur Masse einzuzahlen hat. Umgekehrt wird man bei einer Verfügung des Konkursverwalters bezüglich des Anteils, der intern dem anderen Kontoinhaber zusteht, eine Masseschuld nach § 59 Ziff. 4 oder sogar Ziff. 1 KO anzunehmen haben; die ungewöhnliche Konstellation, daß die Forderung zugleich der Masse und dem anderen Kontoinhaber zusteht, kann insoweit nicht unberücksichtigt bleiben. Leistet die Bank an den Gemeinschuldner, so sind die §§ 8, 23 II KO, 674 BGB anzuwenden; die Ausführungen Rdn. 501 ff gelten auch für das Oder-Konto.

b) Das Und-Konto

Die **Verfügunsmacht** kann nach Ziff. 2 Abs. 3 S. 1 der AGB auch den Kontoinhabern gemeinsam zustehen, sofern diese der Bank eine entsprechende schriftliche Weisung erteilt haben. Man spricht dann von einem „Und-Konto“. Die Gefahren eines Gemeinschaftskontos werden dadurch erheblich verringert, da die Kontoinhaber nur gemeinsam verfügen können; eine Verfügung eines Kontoinhabers allein ist grundsätzlich schwebend unwirksam, so daß die ursprüngliche Guthabenforderung fortbesteht und eine etwaige Kontobelastung mit rein deklaratorischer Wirkung rückgängig zu machen ist (vgl. auch BGH WM 1980 438). An der **gesamtschuldnerischen Haftung** für die Verbindlichkeiten aus dem Gemeinschaftskonto nach Ziff. 2 Abs. 3 S. 1 der AGB (vgl. oben Rdn. 227) ändert sich allerdings nichts, da die AGB insoweit keinen Unterschied zwischen Oder- und Und-Konto machen, doch wird auch in dieser Hinsicht das Risiko erheblich herabgesetzt, da eine Verbindlichkeit für das Konto — z. B. durch einen Überziehungskredit — auch nur durch gemeinschaftliches Handeln der Kontoinhaber begründet werden kann. Weil beim Und-Konto keine alleinige Verfügungsmacht besteht, darf die Bank **Überweisungen**, die für ein anderes Konto eines Und-Kontoinhabers eingehen, grundsätzlich auch dann nicht dem Und-Konto gutschreiben, wenn der Überweisende die „Fakultativklausel“ nicht gestrichen hat (vgl. unten Rdn. 334).

Die **rechtsgeschäftliche Begründung eines Und-Kontos** setzt voraus, daß mehrere Personen in für die Bank erkennbarer Weise zu Mitgläubigern der Guthabenforderung gemacht werden sollen; die bloße Einräumung der Zeichnungsbefugnis genügt dazu auch dann nicht, wenn die Mitwirkung des Zeichnungsbefugten bei allen Verfügungen über das Konto notwendig ist (vgl. BGHZ 61 72, 76; BGH WM 1974 274, 275 unter II 2). Die Entstehung eines Und-Kontos kann auch **kraft Gesetzes** erfolgen; das praktisch wichtigste Beispiel hierfür ist das Konto mehrerer Miterben (vgl. oben Rdn. 204).

232 Die **Rechtsnatur des Und-Kontos** ist umstritten. Denkbar wäre, einen Fall des § 432 BGB anzunehmen, doch dürfte die damit verbundene Befugnis eines jeden Kontoinhabers, Leistung an alle zu verlangen, nicht dem mit der Einrichtung eines Und-Kontos verbundenen Sicherungs- und Kontrollzweck und damit nicht dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechen (vgl. *Hansen* S. 114 ff). Es bleibt daher nur übrig, die Rechtsnatur des Und-Kontos nach dem zwischen den Kontoinhabern bestehenden Verhältnis zu beurteilen. Liegt insoweit eine Gesamthandsgemeinschaft vor wie z. B. zwischen Miterben, so ist die Einlagenforderung als Gesamthandsforderung anzusehen. Dabei ist zu beachten, daß eine derartige Gesamthandsgemeinschaft auch erst bei der Kontoerrichtung oder durch diese begründet werden kann, doch steht dies wegen des numerus clausus der Gesamthandsgemeinschaften nicht im Belieben der Kontoinhaber, sondern richtet sich nach den einschlägigen Vorschriften, also insbesondere nach § 705 BGB. Nicht selten wird daher keine Gesamthandsgemeinschaft vorliegen; jedenfalls wäre es eine reine Fiktion, in der Errichtung eines Und-Kontos stets und ohne weiteres den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages i. S. von § 705 BGB zu sehen (so aber *Obermüller* aaO, Fn. 31, S. 22 ff und wohl auch *Karsten Schmidt* aaO § 741 Rdn. 47). Soweit keine Gesamthandsgemeinschaft gegeben ist, bleibt nur die Annahme einer Bruchteilsgemeinschaft i. S. von § 741 BGB (vgl. *Hansen* S. 118 ff). Die Kontoinhaber können dabei gemäß § 747 S. 2 BGB nur gemeinschaftlich über die Einlagenforderung verfügen, wohingegen sie über ihren Anteil an dieser nach § 747 S. 1 BGB einzeln verfügen können.

233 Zur **Zwangsvollstreckung** in die Einlagenforderung ist beim Und-Konto entsprechend § 736 ZPO ein Titel gegen alle Kontoinhaber erforderlich (vgl. *Hansen* S. 128 f; *Liesecke* WM 1975 289; *Schönle* § 8 IV 2 c). Mit einem Titel gegen einen einzelnen Kontoinhaber kann nur in dessen Anteil an der Einlagenforderung oder in sein zukünftiges Auseinandersetzungsguthaben vollstreckt werden (vgl. dazu auch *Karsten Schmidt* aaO, Fn. 31, § 741 Rdn. 44).

234 Da dem Und-Konto entweder eine Gesamthands- oder eine Bruchteilsgemeinschaft zugrunde liegt (vgl. oben Rdn. 232), erfolgt beim **Konkurs eines Kontoinhabers** grundsätzlich eine Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens gemäß §§ 16, 51 KO (vgl. auch *Obermüller* aaO, Fn. 31, S. 26). Das ändert freilich nichts daran, daß der Gemeinschuldner ebenso wie beim Oder-Konto seine Verfügungsbefugnis über das Konto verloren hat. Verfügungen können jetzt daher nur noch vom Konkursverwalter zusammen mit dem anderen Kontoinhaber vorgenommen werden. Wirkt statt des Konkursverwalters der Gemeinschuldner bei einer Verfügung mit, so sollte man zugunsten der Bank §§ 8 II und III, 23 II KO, 674 BGB analog anwenden, da diese zwar unmittelbar nur für massezugehörige Konten gelten, das tragende Merkmal des Verlusts der Verfügungsmacht aber auch hier gegeben ist (anders *Obermüller* aaO S. 27 f, der die §§ 170 ff BGB analog anwenden will). Dient das Und-Konto der Verwaltung von Gesamtgut bei der ehelichen Gütergemeinschaft bzw. stellt es solches dar und besteht die Gütergemeinschaft zur Zeit der Konkurseröffnung noch, hat § 2 KO als Sonderregelung Vorrang vor § 16 KO.

2. Das Fremdkonto

a) Der Begriff des Fremdkontos

235 Normalerweise ist derjenige, der ein Konto errichtet, auch Inhaber und Verfügungsberechtigter; man spricht dann von einem **Eigenkonto**. Es ist jedoch auch möglich, ein Konto für einen anderen anzulegen, aber selbst die Verfügungsmacht darüber

VII. Besondere Gestaltungsformen des Kontos

zu behalten — sei es nach den §§ 164 ff BGB, sei es nach § 185 BGB (vgl. auch oben Rdn. 159 a. E. und 177). Dann liegt ein **Fremdkonto** vor³⁴. Das Fremdkonto ist also dadurch gekennzeichnet, daß die Einlagenforderung einem anderen zusteht als demjenigen, der die Verfügungsmacht über das Konto — im eigenen oder im fremden Namen — ausübt.

Steht auch die Einlagenforderung dem Verfügungsberechtigten zu, weil dieser nach den oben Rdn. 151 ff entwickelten Kriterien als Kontoinhaber anzusehen ist, handelt er aber für fremde Rechnung, so kann man von einem **verdeckten Fremdkonto** sprechen. Rechtlich handelt es sich dabei sowohl im Verhältnis zur Bank als auch im Verhältnis zu Dritten wie z. B. den Gläubigern um ein *Eigenkonto* des Inhabers, da ja der Fremdbezug nicht aufgedeckt worden ist und da die Einlagenforderung dementsprechend zum Vermögen des formellen Kontoinhabers gehört.

Eine Zwischenstellung nehmen **Treuhand- und Anderkonten** ein, die zwar von der h. L. grundsätzlich als Eigenkonten angesehen, gleichwohl aber in bestimmter Hinsicht wie Fremdkonten behandelt werden, vgl. dazu näher unten Rdn. 263 ff und 288 ff.

b) Die Abgrenzung zwischen Fremd- und Eigenkonto

Die Abgrenzung zwischen Fremd- und Eigenkonto ist nach den oben Anm. 77 ff entwickelten Kriterien vorzunehmen. Maßgeblich ist also, wer auf Grund der Umstände des Einzelfalles nach dem **erkennbaren Willen des Errichtenden** Gläubiger der Bank werden sollte (vgl. die Nachw. oben Rdn. 77). Hervorhebung verdient dabei im vorliegenden Zusammenhang, daß es nicht darauf ankommt, aus wessen Mitteln die eingezahlten Gelder stammen (vgl. BGHZ 21 148, 150; BGH WM 1972 383); ein Konto wird also nicht schon deshalb Fremdkonto, weil es **mit fremdem Geld errichtet** worden ist (vgl. dazu auch die Ablehnung einer dinglichen Surrogation hinsichtlich des Buchgeldes unten Rdn. 508). Unerheblich ist grundsätzlich auch, ob der Errichtende eine **Pflichtverletzung gegenüber einem Dritten** begeht, wenn er das Konto als Eigenkonto statt als Fremdkonto einrichtet. Legt also z. B. ein **für eine Wohnungseigentümergeinschaft tätiger Verwalter** deren Geld entgegen § 27 IV WEG auf einem Eigenkonto an, so ändert die darin liegende Pflichtverletzung nichts an der dinglichen Rechtslage, so daß das Konto grundsätzlich uneingeschränkt als Eigenkonto des Verwalters zu behandeln ist (vgl. auch BGH WM 1975 1200; *Sühr* WM 1978 809). Das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn die Bank Kenntnis von der Pflichtverletzung hatte (mißverständlich in dieser Hinsicht OLG Hamburg WM 1970 1307); denn diese Kenntnis ändert nichts daran, daß das Konto nach dem übereinstimmenden Willen der Bank und des Einzahlenden ein Eigenkonto sein soll. Allerdings kann die Bank in einem derartigen Falle dem Dritten nach § 826 BGB oder nach § 823 II BGB i. V. mit einer Strafnorm und den Vorschriften über Mittäterschaft oder Beihilfe schadensersatzpflichtig werden (vgl. auch *Liesecke* WM 1975 223 vor IX); auch ist ihr u. U. die Befugnis zur Aufrechnung mit einer Forderung gegen den formellen Kontoinhaber zu versagen (vgl. OLG Hamburg aaO und dazu sogleich unten Rdn. 238).

c) Die Rechtsfolgen beim Fremdkonto

Die Rechtsfolgen ergeben sich beim offenen Fremdkonto ohne weiteres aus der **Spaltung zwischen Gläubigerschaft und Verfügungsbefugnis**. So kann die Bank z. B.

³⁴ Etwas enger *Schönle* § 7 II 3 a 4, der offenbar nur bei Verfügungen in fremdem Namen, also nur für

den Fall der §§ 164 ff BGB und nicht auch für den des § 185 BGB, von einem Fremdkonto sprechen will.

mangels „Gegenseitigkeit“ nicht eine Forderung gegen den Verfügungsberechtigten mit ihrer Schuld aus dem Fremdkonto zur **Aufrechnung** bringen, weil die Schuld ja gegenüber dem Kontoinhaber und nicht gegenüber dem Verfügungsberechtigten besteht. Dagegen kann sie ohne weiteres mit einer Forderung gegen den Kontoinhaber aufrechnen, da insoweit das Merkmal der Gegenseitigkeit erfüllt ist. Beim verdeckten Fremdkonto (vgl. Rdn. 236) kann es der Bank allerdings trotz Vorliegens formeller Gegenseitigkeit u. U. verwehrt sein, mit einer Forderung gegen den Kontoinhaber aufzurechnen, sofern sie positive Kenntnis davon hatte, daß auf dem Konto Fremdgelder verwaltet wurden und der Kontoinhaber der Aufrechnung aus diesem Grund widerspricht; das läßt sich zwar nicht mit einer Analogie zu Ziff. 8 der AGB für Anderkonten begründen (so aber OLG Hamburg WM 1970 1307, 1308), da die AGB kein objektives Recht darstellen und daher gegenüber Personen, mit denen sie nicht vertraglich vereinbart worden sind, nicht im Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden können (vgl. unten Rdn. 292), doch kann man zu diesem Ergebnis gegebenenfalls mit Hilfe eines Schadensersatzanspruchs i. V. mit §§ 249 S. 1, 242 BGB kommen.

239 In **Zwangsvollstreckung und Konkurs** können nur die Gläubiger des Kontoinhabers und nicht die Gläubiger des Verfügungsberechtigten auf die Einlagenforderung zurückgreifen, da diese ja zum Vermögen des ersteren und nicht des letzteren gehört. Pfändet also ein Gläubiger des Verfügungsberechtigten die Forderung oder fällt dieser in Konkurs, so hat der Kontoinhaber die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO bzw. ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO; umgekehrt stehen dem Verfügungsberechtigten diese Rechtsbehelfe nicht zu, wenn ein Gläubiger des Kontoinhabers die Einlagenforderung pfändet bzw. wenn der Kontoinhaber in Konkurs fällt.

240 Die **Verfügbarmacht** über das Konto hat der Verfügungsberechtigte. Ob daneben auch der Kontoinhaber wirksam über die Einlagenforderung verfügen kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Zu verneinen ist diese Frage selbstverständlich dann, wenn der Kontoinhaber nicht voll geschäftsfähig ist oder wenn ihm aus einem anderen Grund generell die Verfügungsmacht fehlt. Auch soweit das nicht der Fall ist, kann jedoch der Kontoinhaber mit seiner Zustimmung durch eine entsprechende Abrede zwischen der Bank und dem Verfügungsberechtigten von Verfügungen über das Konto ausgeschlossen werden. Allerdings gibt es nach h. L. eine „verdrängende“ Bevollmächtigung oder Ermächtigung nicht (vgl. statt aller *Flume* Allg. Teil II³, §§ 11, 5 c bei Fn. 15, 45 II 5 bei Fn. 38 und 55 bei Fn. 6). Das steht jedoch der Möglichkeit nicht entgegen, dem Kontoinhaber Verfügungen über sein Konto zugunsten eines anderen Verfügungsberechtigten unmöglich zu machen. Denn soweit die Verfügungen mittels der Bank vorgenommen werden sollen, kann diese den entsprechenden Weisungen des Kontoinhabers einredeweise entgegensetzen, daß sie zur Durchführung der Verfügung nicht verpflichtet ist, da eine obligatorische Bindung des Kontoinhabers gemäß § 137 S. 2 BGB jedenfalls wirksam ist; und soweit eine Verfügung durch den Kontoinhaber selbst vorgenommen wird, d. h. insbesondere, sofern dieser die Forderung abtritt oder verpfändet, scheidet diese Verfügung an § 399 BGB. Man wird sogar darüber hinaus bei Forderungen in Analogie zu § 399 BGB oder mit einem argumentum a maiore ad minus aus dieser Vorschrift ganz allgemein, also auch im Verhältnis zur Bank, eine dingliche Wirkung der Verfügungsbeschränkung anerkennen können, da § 399 BGB für Forderungen eine Abweichung von § 137 S. 1 BGB enthält und einer Verallgemeinerung über den dort ausdrücklich genannten Fall hinaus zugänglich erscheint.

Noch weitergehend ist sogar ohne Zustimmung des Kontoinhabers dessen Ausschluß von der Verfügungsmacht als zulässig anzusehen, sofern die Einlagenforderung

für ihn von dem Verfügungs- bzw. Vertretungsberechtigten im Wege eines Vertrages zugunsten eines Dritten i. S. von § 328 BGB begründet worden ist und dabei mit der Bank ein entsprechender Vorbehalt vereinbart wurde (vgl. oben Rdn. 177).

Bei einem **Mißbrauch der Verfügungsmacht** gelten die gleichen Regeln wie beim **241** Mißbrauch einer Vollmacht (vgl. dazu oben Rdn. 170 ff). Die Bank braucht sich diesen also grundsätzlich nur dann entgegenhalten zu lassen, wenn der Verfügungsberechtigte bewußt zum Nachteil des Kontoinhabers gehandelt hat und dies der Bank bekannt war oder sich ihr geradezu aufdrängen mußte. Allerdings kann sich eine stärkere Bindung der Bank aus der **Übernahme besonderer Kontrollpflichten** ergeben (vgl. auch BGH WM 1967 1144). Eine solche kann auch konkludent erfolgen oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB anzunehmen sein, doch wird man dies wegen der Ungewöhnlichkeit einer derartigen Vertragsgestaltung und des damit für die Bank verbundenen erhöhten Risikos, das diese normalerweise nicht unentgeltlich eingehen wird, nur in seltenen Ausnahmefällen bejahen können (vgl. auch BGH WM 1973 723). Insbesondere kann aus der Angabe eines bestimmten Verwendungszweckes nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, daß die Bank es übernommen hat zu prüfen, ob das Guthaben wirklich nur für diesen Zweck verwendet wird; so ist z. B. aus der Bezeichnung eines Kontos als „**Baukonto**“ mangels zusätzlicher Abreden grundsätzlich nicht die Verpflichtung der Bank herzuleiten, nur Verfügungen zu Bauzwecken oder gar „nach Bautenstand“ zuzulassen, doch sollte eine solche Bezeichnung gleichwohl tunlichst vermieden werden, weil sie nach außen — insbesondere gegenüber etwaigen Einzahlern — leicht den Eindruck erwecken kann, es sei eine besondere vertragliche Überwachungsabrede getroffen worden (vgl. dazu auch oben Rdn. 28 und unten Rdn. 276).

3. Das Separat- oder Sonderkonto

a) Der Begriff des Separat- oder Sonderkontos

Separat- oder Sonderkonten sind Konten, die **besonderen Zwecken** dienen. Sie können etwa zur Verwaltung eines Hausgrundstücks eingerichtet (vgl. z. B. die Fälle OLG Hamburg WM 1970 1307 und BGH WM 1975 1200) oder als Mittel zur Sicherung der Erwerber von Eigentumswohnungen und Eigenheimen verwendet werden (vgl. dazu näher *Pleyer/Schleiffer* WM 1972 Sonderbeilage zu Teil IV Nr. 30 vom 22. 7. 1972, S. 8 f).

b) Die Rechtsnatur des Separat- oder Sonderkontos, insbesondere die Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkonto

Rechtlich kann das Separat- oder Sonderkonto **sowohl ein Eigenkonto des Verfügungsberechtigten als auch ein Fremdkonto** sein (vgl. *Schönle* § 7 II 3 a 3; *Liesecke* WM 1975 222 f). Ob ein Eigen- oder ein Fremdkonto vorliegt, ist nach den oben Rdn. 151 ff entwickelten Grundsätzen über die Bestimmung des Kontoinhabers zu ermitteln. Danach ist z. B. im Zweifel ein Fremdkonto anzunehmen, wenn jemand ein **Konto auf einen fremden Namen ohne Zusatz des eigenen Namens** errichtet (vgl. RG WarnRspr. 1932 Nr. 57 = LZ 1932 954 Nr. 3). Hat sich allerdings der Errichtende die Verfügungsmacht vorbehalten, so wird darin meist ein Gegenindiz liegen, das trotz der Anlegung des Kontos auf fremden Namen für die Annahme eines Eigenkontos spricht (vgl. RG JW 1907 73, 74; WarnRspr. aaO S. 116).

Wird ein **Konto auf den eigenen Namen unter Zusatz eines fremden Namens** **244** errichtet, so handelt es sich jedenfalls dann i. d. R. um ein Eigenkonto des Errichten-

den, wenn dessen Namen an erster Stelle steht (vgl. RG WarnRspr. 1931 Nr. 217 S. 441 und Nr. 218; BGHZ 61 72, 75; KG WM 1964 1038, 1039) oder wenn der Zusatz mehrdeutig ist (vgl. BGHZ 21 148, 150). Der Zusatz ist dann rechtlich bedeutungslos und gibt dem in ihm Genannten insbesondere keine Verfügungsmacht (vgl. RG aaO S. 443) — es sei denn, diese ist besonders vereinbart.

245 Wird das **Konto auf eigenen Namen ohne Zusatz** errichtet, so liegt grundsätzlich ein Eigenkonto des Errichtenden vor. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die bei der Bank eingezahlten Gelder einem anderen gehörten oder der Einzahlende durch die Errichtung eines Eigenkontos eine Pflichtverletzung gegenüber einem Dritten beging (vgl. oben Rdn. 231).

246 Wird schließlich das **Konto auf eigenen Namen mit Zusatz eines bestimmten Verwendungszwecks oder eines sonstigen auf eine Drittbeziehung hinweisenden Vermerks** errichtet, so liegt grundsätzlich ebenfalls ein Eigenkonto des Errichtenden vor (vgl. auch BGH WM 1975 1200). Denn zum einen braucht sich die Bank um den Verwendungszweck und ähnliche Interna i. d. R. nicht zu kümmern (vgl. oben Rdn. 161), und zum anderen wird das Konto, wie soeben ausgeführt, sogar durch die Hinzufügung des Namens eines Dritten hinter dem des Errichters nach der Rechtsprechung nicht zum Fremdkonto und kann es daher durch die Hinzufügung eines anderen auf eine Drittbeziehung hinweisenden Zusatzes erst recht nicht werden.

247 Ein Sonderkonto kann schließlich auch ein **Treuhandkonto** sein (vgl. unten Rdn. 265). Rechtlich nimmt es dann eine Mittelstellung zwischen Eigen- und Fremdkonto ein (vgl. unten Rdn. 272 ff). Als Treuhandkonten sind z. B. die **Baukonten** zu errichten, die unter § 6 der **Bauträgerverordnung** zur Durchführung von § 34 c GewO fallen (Bekanntmachung v. 11. 6. 1975, BGBl. I S. 1351 ff, zuletzt geändert durch VO v. 28. 11. 1979, BGBl. I S. 1988 f). Selbstverständlich erlangen sie die Eigenschaft als Treuhandkonten nicht ipso iure auf Grund der VO, sondern nur durch eine entsprechende Vereinbarung mit der Bank, doch kann für deren Auslegung immerhin von Bedeutung sein, daß der Bankkunde eine Verpflichtung zur Errichtung eines Treuhandkontos hat; denn wenn das für die Bank erkennbar oder ihr sogar bekannt ist, liegt darin ein wichtiges Auslegungselement, das für die Bejahung eines Treuhandkontos spricht (vgl. im übrigen unten Rdn. 263 ff). Außerdem ist zu beachten, daß im Verhältnis zu den Gläubigern des Treuhänders auch ein „verdecktes“ Treuhandkonto als Fremdkonto zu behandeln sein kann, also vollstreckungs- und konkursrechtlich nicht dem Vermögen des Treuhänders zuzurechnen ist (vgl. näher unten Rdn. 280); da hierfür die Berufsstellung des Treuhänders von wesentlicher Bedeutung ist (vgl. unten aaO), werden bei unter § 34 c GewO fallenden Bankkunden die Voraussetzungen für eine vollstreckungs- und konkursrechtliche Privilegierung des Kontos häufig auch dann gegeben sein, wenn im Verhältnis zur Bank zwar kein (offenes) Treuhandkonto vorliegt, der Kunde das Konto aber intern wie ein treuhänderisches geführt hat, also dort insbesondere nur Fremdgelder verwahrt und diese bestimmungsgemäß verwendet hat.

c) Die Rechtsfolgen beim Separat- oder Sonderkonto

248 Welche Rechtsfolgen beim Separat- oder Sonderkonto eintreten, hängt in erster Linie davon ab, ob es sich um ein Eigen-, Fremd- oder Treuhandkonto handelt. Danach richtet sich insbesondere die Möglichkeit der **Aufrechnung** seitens der Bank und die Rechtslage in **Zwangsvollstreckung und Konkurs** (vgl. dazu oben Rdn. 238 f und unten Rdn. 278 ff). Auch für **Überweisungen auf ein Sonderkonto** gelten die allgemeinen Regeln (vgl. dazu unten Rdn. 337).

Mit einem Sonderkonto wird mitunter die Vorstellung verbunden, als habe die Bank **249** dabei eine besondere **Pflicht zur Überwachung der Verfügungsbefugten** (vgl. z. B. *Schönle* § 7 II 3 a 3 unter fälschlicher Berufung auf OLG Nürnberg WM 1968 419, 424). Das trifft indessen nicht zu (vgl. auch *Pleyer/Schleiffer* aaO S. 9 unter III 4). Stellt das Sonderkonto ein Fremdkonto dar, sind allerdings immerhin die Regeln über den Mißbrauch der Vollmacht (entsprechend) anzuwenden; eine darüber hinaus gehende Überwachungspflicht bedarf jedoch besonderer Vereinbarung (vgl. näher oben Rdn. 241). Ist das Sonderkonto ein Treuhand- oder gar ein reines Eigenkonto, gelten nicht einmal die Regeln über den Mißbrauch der Vollmacht, sondern nur die §§ 830, 823 II, 826 BGB (vgl. unten Rdn. 274 Abs. 2).

4. Das Sperrkonto

a) Der Begriff des Sperrkontos

Als Sperrkonto pflegt man ein Konto zu bezeichnen, bei dem **besondere Einschränkungen für die Verfügungsmacht des Berechtigten** bestehen (vgl. auch *Liesecke* WM 1975 289; *Schönle* § 7 II 3 a 6; *Bärmann* § 14 II 7). Typisch sind vor allem Gestaltungen, bei denen der Berechtigte **erst nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses** — z. B. der Volljährigkeit — oder **nur unter Mitwirkung eines anderen** über das Konto verfügen kann. Eine solche Beschränkung der Verfügungsmacht kann auf Gesetz beruhen, was z. B. im Rahmen von Maßnahmen zur Devisenbewirtschaftung oder bei einer Währungsreform nicht selten vorkommt. Praktisch wesentlich bedeutsamer ist indessen die durch Rechtsgeschäft herbeigeführte Sperrung eines Kontos.

Die einfachste Möglichkeit, auf rechtsgeschäftlichem Wege die Mitwirkung eines anderen bei Verfügungen über ein Konto zu gewährleisten, ist die Errichtung eines **Und-Kontos** (vgl. oben Rdn. 230). Dieses wird denn auch mitunter als Sperrkonto bezeichnet (vgl. *Liesecke* WM 1975 289). Darin steckt insofern ein richtiger Kern, als das Und-Konto in der Tat dem Zwecke einer „Sperrung“ nutzbar gemacht werden kann. Gleichwohl empfiehlt sich dieser Sprachgebrauch nicht, weil die Notwendigkeit einer Mitwirkung des anderen Kontoinhabers dem Und-Konto *von vornherein immanent* ist, während die spezifische Problematik des Sperrkontos rechtlich gesehen gerade darin liegt, daß dabei eine *an sich nicht beschränkte* Verfügungsmacht Einschränkungen unterworfen wird. Im folgenden wird das Und-Konto daher nicht als Sperrkonto im Rechtssinne bezeichnet. Gleiches gilt erst recht für die Verwendung eines **Treuhand- oder Anderkontos** mit der Abrede, daß der Kontoinhaber das Guthaben nur unter bestimmten Voraussetzungen dem Destinatär auszahlen darf. Zwar könnte man wirtschaftlich gesehen auch hier von einem Sperrkonto sprechen, doch verlöre der Begriff dadurch juristisch vollends seine Konturen.

b) Die Möglichkeiten zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines Sperrkontos

Für die rechtsgeschäftliche Begründung eines Sperrkontos bietet sich in erster Linie der **Vertrag zugunsten Dritter unter Ausnutzung der Einschränkungsmöglichkeiten von § 328 II BGB** an (vgl. auch BGH WM 1976 1050 f.; *Schönle* § 7 II 3 a 6). Grundsätzliche Bedenken gegen diese Konstruktion ergeben sich weder aus § 137 S. 1 BGB (vgl. insoweit oben Rdn. 240) noch aus § 154 AO, der kein gesetzliches Verbot i. S. von § 134 BGB enthält (anders offenbar *Diesel* BankArch. 1937/38 675; *Busse* MDR 1956 71). Daher kann z. B. bei der Anlage eines Sparbuchs zugunsten eines Dritten wirksam vereinbart werden, daß dieser erst nach Vollendung des 21. Lebensjahres über das Guthaben verfügen kann; eine solche Abrede wirkt auch nach dem Tode des Zuwend-

den gegenüber dem gesetzlichen Vertreter des Begünstigten mit der Folge, daß eine Zahlung an diesen keine Befreiungswirkung für die Bank hat (vgl. BGH WM 1976 1050, 1051).

253 Auch im Wege der **Stellvertretung** kann ein Sperrkonto geschaffen werden. Hierher gehört vor allem der Fall, daß ein Vormund gemäß § 1809 BGB mit der Bank vereinbart, daß zu Verfügungen über das Konto die **Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts** erforderlich sein soll. Diese Gestaltung kann von dem Vormund nicht mehr einseitig aufgehoben werden, da ihm für eine solche Änderung die erforderliche Alleinvertretungsmacht fehlt. Demgemäß sind Verfügungen des Vormundes ohne Genehmigung unwirksam, so daß die Bank noch einmal zahlen muß (vgl. RGZ 85 416, 421 f; BayObLG WM 1976 1203, 1206 m. w. Nachw.). Die Vornahme einer derartigen Sperre kann jedoch nicht unmittelbar durch das Vormundschaftsgericht selbst, sondern nur durch Vereinbarung zwischen Vormund und Bank herbeigeführt werden (vgl. BayObLG aaO S. 1205).

254 Problematischer sind **Fälle, in denen der Stellvertreter nicht seine eigene Rechtsmacht, sondern die des Vertretenen beschränkt**. Hier ist nämlich durchaus zweifelhaft, ob und inwieweit eine solche Maßnahme sinnvoll bzw. erfolgreich ist (vgl. auch *Diesel* BankArch. 1937/38 675). Denn entweder ist der Vertretene generell in seiner rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit beschränkt — z. B., weil er minderjährig ist —, dann bedarf es einer „Sperre“ gar nicht, um ihn von der Verfügungsmöglichkeit auszuschließen; oder aber der Vertretene ist auch seinerseits voll handlungsfähig bzw. er wird es — z. B. durch Erreichen der Volljährigkeit —, dann ist die Wirkung der Sperre ihm gegenüber deshalb begrenzt, weil es eine verdrängende Vertretungs- oder Verfügungsmacht nach h. L. grundsätzlich nicht gibt (vgl. oben Rdn. 240) und weil eine obligatorische Verpflichtung der Bank, den Kontoinhaber nicht allein oder nur unter bestimmten Voraussetzungen verfügen zu lassen, bei der Stellvertretungskonstruktion ja ein Vertrag mit dem Vertretenen ist und daher auch von diesem durch actus contrarius mit der Bank wieder aufgehoben werden kann. Das gilt selbst dann, wenn der Kontoinhaber dem Vertreter eine unwiderrufliche Vollmacht erteilt hat; denn die Unwiderruflichkeit beseitigt nicht die konkurrierende Zuständigkeit des Vertretenen und läßt folglich die Möglichkeit unberührt, daß er durch Vertrag mit der Bank die Verfügungsbeschränkung aufhebt.

Es bleibt daher insoweit nur die Möglichkeit einer rein schuldrechtlichen Sicherung: die Bank verpflichtet sich gegenüber dem Vertreter, dem Vertretenen keine Verfügungen zu gestatten, und dieser verpflichtet sich gegenüber dem Vertreter, Verfügungen zu unterlassen. Gleichwohl getroffene Verfügungen sind zwar voll wirksam, sofern die Bank und der Vertretene die Verfügungsbeschränkung aufgehoben haben, doch machen sich die Bank und der Vertretene gegebenenfalls gegenüber dem Vertreter schadensersatzpflichtig; auch hat dieser einen obligatorischen Anspruch auf Unterlassung gegen den Vertretenen sowie — je nach Vertragsgestaltung — u. U. auch einen Anspruch auf Rechnungslegung und Herausgabe des durch vertragswidrige Verfügungen erlangten Erlöses (vgl. auch BGH WM 1972 588 zu einem Wertpapiertreuhandkonto). Auch auf dem Wege über § 399 BGB (vgl. dazu oben Rdn. 240 und unten Rdn. 260 f) ist nicht wesentlich weiter zu kommen, da auch auf diese Weise an der konkurrierenden Zuständigkeit des Vertretenen nichts zu ändern ist und da letzterer folglich die nach § 399 BGB getroffene Vereinbarung durch einen actus contrarius mit der Bank ebenso aufzuheben vermag wie eine rein obligatorische Verfügungsbeschränkung.

Eine weitere Möglichkeit zur Errichtung eines Sperrkontos liegt darin, daß die **Sperrung durch den Kontoinhaber selbst** erfolgt (vgl. auch BGH WM 1964 349, 350; *Busse* MDR 1956 71 f). Eine derartige Selbstbeschränkung ist **durch Vertrag mit der Bank oder mit einem — i. d. R. durch die Sperre begünstigten — Dritten** ohne weiteres möglich. Sie kann z. B. dazu benutzt werden, um bei einem **Baukonto** Verfügungen des — als Kontoinhaber fungierenden — Bauträgers an die Mitwirkung des leitenden Architekten oder eines sonstigen Kontrollorgans zu binden (vgl. z. B. BGHZ 61 72; BGH WM 1974 274). Auch wenn man der „Sperre“ nicht in Analogie zu § 399 BGB dingliche Wirkung zuerkennt, sondern diese gemäß § 137 S. 1 BGB ablehnt (vgl. dazu oben Rdn. 240 und unten Rdn. 260), hat dieser Weg doch — ähnlich dem in der vorhergehenden Rdn. behandelten — zumindest dann Rechtsfolgen und praktischen Sinn, wenn die Sperre durch Vertrag zwischen der Bank und dem Kontoinhaber erfolgt und der Dritte überdies einen eigenen Anspruch auf Beachtung der Sperre gegen die Bank erhält — sei es durch unmittelbaren Vertragsschluß mit dieser, sei es auf dem Wege über einen Vertrag zu seinen Gunsten i. S. von § 328 BGB. Denn in diesem Falle kann die Bank den Weisungen des Kontoinhabers zu Verfügungen über das Konto einrede-weise die ihr gegenüber eingegangene, nach § 137 S. 2 BGB unzweifelhaft wirksame Verpflichtung zur Unterlassung derartiger Weisungen entgegensetzen. Der Dritte ist dadurch geschützt, daß er einen Unterlassungs- und gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch gegen die Bank hat. Dagegen hat diese Form der „Sperre“ grundsätzlich nicht die Unabtretbarkeit der Guthabenforderung zur Folge (vgl. BGH WM 1964 349, 350); macht der Kontoinhaber von der Abtretungsmöglichkeit Gebrauch, so geht sein (etwaiger) Anspruch auf Mitwirkung des Dritten bei Verfügungen über das Guthaben analog § 401 BGB auf den Zessionar über (ebenso i. E. BGH aaO).

Als letzter Weg ist schließlich die Möglichkeit zu erwähnen, die Sperre mit Hilfe einer **Verpfändung der Einlagenforderung** vorzunehmen (vgl. RGZ 124 217, 221 f, das eine solche freilich in concreto abgelehnt hat; *Janberg* BankArch. 1937/38 102 ff; *Goudefroy* BankArch. 1937/38 401 ff; *Diesel* BankArch. 1937/38 673 ff; *Borg* NJW 1981 906). Häufig wird es allerdings an einer Einigung zwischen dem Kontoinhaber und dem durch die Sperre Begünstigten über die Bestellung eines Pfandrechts fehlen, doch sollte man in dieser Frage die Grundsätze der Auslegung nicht zu engherzig handhaben und insbesondere berücksichtigen, daß die Parteien meist Laien sind und daß ihre unscharfen rechtlichen Vorstellungen daher der juristischen Transformierung und Ergänzung bedürfen. Fehlt es freilich an jedem Vertrag zwischen dem Kontoinhaber und dem begünstigten Dritten, so kann — jedenfalls nach Ansicht der Rechtsprechung — ein Pfandrecht keinesfalls begründet worden sein. Dies wäre dann nämlich nur durch einen zwischen dem Kontoinhaber und der Bank geschlossenen Vertrag zugunsten des Dritten gemäß § 328 BGB möglich, und einen solchen läßt die — freilich sehr angreifbare — Rechtsprechung bekanntlich nicht mit dinglicher Wirkung zu (vgl. für den vorliegenden Zusammenhang ausdrücklich RGZ 124 217, 221). Denkbar wäre dagegen, daß die Bank durch einen Vertrag mit dem Kontoinhaber ein Pfandrecht an der Einlagenforderung zur Sicherung einer eigenen Gegenforderung gegen jenen begründet (vgl. näher *Janberg* aaO S. 102 f), doch kommt dieser Konstruktion im Hinblick auf die Möglichkeit der Aufrechnung sowie auf das in Ziff 19 II der AGB enthaltene Pfandrecht der Bank keine praktische Bedeutung zu.

Es bleibt daher im wesentlichen die Begründung eines Pfandrechts zugunsten des durch den Sperrvermerk begünstigten oder geschützten Dritten durch Vertrag zwischen diesem und dem Kontoinhaber. Hinzukommen muß die Anzeige an die Bank, die gemäß § 1280 BGB konstitutive Wirkung hat. Zu beachten ist allerdings, daß u. U.

mit der Bank eine **Kontokorrentabrede** besteht, die ipso iure zur Verrechnung mit — auch späteren — Gegenforderungen der Bank führt, und daß außerdem das aus Ziff. 19 II AGB folgende **Pfandrecht der Bank** nach dem Prioritätsprinzip grundsätzlich Vorrang hat; letzteres gilt gemäß §§ 1273 II i. V. m. § 1209 BGB auch dann, wenn die Forderung der Bank im Augenblick der Pfandrechtsbestellung für den Dritten noch gar nicht bestand, da Ziff. 19 II ausdrücklich auch zukünftige Forderungen der Bank in den Schutz des Pfandrechts einbezieht. Ein gutgläubiger Erwerb des Vorrangs durch den Dritten ist nach § 1273 II 2 BGB ausgeschlossen. Ein Rangrücktritt der Bank zugunsten des Dritten ist nicht möglich, da das in § 1209 BGB verankerte Prioritätsprinzip wie alle sachenrechtlichen Regelungen ius cogens ist (vgl. statt aller *Palandt/Bassenge* § 1209 Anm. 1 a).

Möglich ist dagegen eine schuldrechtliche Verpflichtung der Bank, den Dritten so zu stellen, wie er stünde, wenn sein Pfandrecht vorrangig wäre. Eine entsprechende rechtsgeschäftliche Abrede kann jedoch nicht schon in einer vorbehaltlosen **Mitteilung der Sperre** durch die Bank an den Dritten gesehen werden (so aber *Goudefroy* aaO S. 403 f; anders *Janberg* aaO S. 103); denn es ist nicht anzunehmen, daß die Bank ohne besonderen Grund auf ihre Rechtsposition verzichten will, und daher kann der Dritte einen solchen Verzicht von ihr nicht erwarten und dementsprechend auch ihre Erklärung nicht in diesem Sinne auslegen. Anders mag zu entscheiden sein, wenn die Bank ein eigenes Interesse an der Sicherstellung des Dritten hat, doch geben auch dann letztlich die Umstände des Einzelfalles im Rahmen der objektiven Auslegung den Ausschlag. Besser als mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre ist indessen insoweit mit denen der Rechtsscheinlehre zum Ziel zu kommen. Danach kann die Bank nämlich dem Dritten auf Grund des Prinzips der „Einstandspflicht für die wissentliche Schaffung eines Scheintatbestandes“ solche Einwendungen und Gegenrechte nicht entgegensetzen, von denen sie im Augenblick der Mitteilung positive Kenntnis hatte (vgl. *Canaris* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971 S. 28 ff, 101 f, 106 f). Dabei drängt sich hier vor allem die Analogie zu den Regeln auf, die die Rechtsprechung für die „Anerkennung“ oder „Annahme“ einer Forderung entwickelt hat (vgl. dazu näher *Canaris* aaO S. 102 ff m. Nachw.). Der positiven Kenntnis kann je nach Art und Fassung der Mitteilung der Fall gleichzustellen sein, daß die Bank mit der Einwendung oder dem Gegenrecht rechnete (vgl. auch *Canaris* aaO S. 105). Unbekannte Einwendungen und Sicherungen für noch unbekannte eigene Ansprüche — also insbesondere solche, die im Augenblick der Mitteilung noch in der Zukunft lagen und deren „Grund“ vielleicht noch nicht einmal gelegt war — verliert die Bank dagegen auch dann nicht, wenn sie keinen entsprechenden Vorbehalt macht; das trifft den Dritten nicht unbillig, da er vernünftigerweise mit der Möglichkeit einer Kontokorrentabrede und mit dem Pfandrecht nach Ziff. 19 der AGB rechnen muß und von der Bank nicht mehr erwarten kann, als daß sie ihm im Rahmen ihrer Mitteilung eine Warnung zukommen läßt, wenn bereits jetzt die Voraussetzungen für die Verwirklichung des Pfandrechts gegeben waren und die „Sperre“ daher für den Dritten von vornherein wenig oder gar keinen Wert hatte.

c) Die nachträgliche Sperrung eines Kontos

- 257** Die Ausführungen über die Begründung eines Sperrkontos gelten im wesentlichen auch für die nachträgliche Sperrung eines schon bestehenden Kontos. Allerdings scheidet hier der Weg des Vertrages zugunsten eines Dritten i. S. von § 328 BGB (vgl. oben Rdn. 252) selbstverständlich aus, da das Konto ja schon besteht. Es bleibt daher nur die Möglichkeit entsprechender schuldrechtlicher Abreden zwischen den Beteiligten (vgl. oben Rdn. 254 f) oder der Pfandrechtsbestellung (vgl. oben Rdn. 256).

d) Die Rechtsstellung des durch die Sperre Begünstigten

Die Rechtsstellung des durch eine Kontosperre Begünstigten ist verschieden, je nachdem, welchen rechtlichen Weg die Parteien zur Herbeiführung der Sperre gewählt haben. Am günstigsten ist seine Position zweifellos bei Bestellung eines Pfandrechts. Das zeigt sich vor allem darin, daß er hier wegen des Bestehens einer dinglichen Sicherung auch in **Zwangsvollstreckung und Konkurs** geschützt wird, wo er das Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO bzw. das Absonderungsrecht nach § 48 KO hat. Bei den in Rdn. 254 f geschilderten schuldrechtlichen Konstruktionen kann er dagegen die Verwertung der Einlagenforderung durch die Gläubiger des Kontoinhabers grundsätzlich nicht verhindern (vgl. auch *Diesel* BankArch. 1937/38 674; *Busse* MDR 1956 71 f); daran ändert gemäß § 851 II ZPO auch eine etwaige Unabtretbarkeit der Einlagenforderung nichts.

Gegenüber einer **Aufrechnungsmöglichkeit** oder einem **Pfandrecht der Bank** ist er dagegen auch hier im Rahmen der in Rdn. 256 Abs. 3 entwickelten Möglichkeiten der Rechtsgeschäfts- und der Rechtsscheinlehre geschützt. **Schadensersatzansprüche gegen die Bank** hat er jedenfalls dann, wenn diese sich ihm gegenüber zur Beachtung der Sperre verpflichtet oder mit dem Kontoinhaber einen entsprechenden Vertrag gemäß § 328 BGB geschlossen hat; daneben kommen Ansprüche nach den Regeln über die Schutzwirkungen zugunsten Dritter und die Drittschadensliquidation in Betracht.

Vor **Verfügungen des Kontoinhabers mittels der Bank** ist der durch die Sperre Begünstigte im übrigen nur geschützt, falls ihm eine dingliche Beteiligung eingeräumt worden ist. Als solche kommt nicht nur das Pfandrecht (sowie eine Mitinhaberschaft in Form eines Und-Kontos) in Betracht, sondern auch eine Beschränkung nach § 328 II BGB (vgl. oben Rdn. 252) oder analog § 399 BGB (vgl. oben Rdn. 240). § 137 S. 1 BGB steht insoweit nicht entgegen, weil die Forderung dann von vornherein mit der inhaltlichen Beschränkung, daß über sie nur unter bestimmten Voraussetzungen bzw. nur unter Mitwirkung des Dritten verfügt werden kann, entsteht; auch eine entsprechende nachträgliche Änderung wird man analog § 399 BGB durch Vertrag zwischen dem Kontoinhaber und der Bank zulassen müssen, weil auch die Unabtretbarkeit nachträglich durch Inhaltsänderung vereinbart werden kann — was sich übrigens nicht nur aus analoger Anwendung von § 399 BGB, sondern auch schon aus § 404 BGB ergibt.

Abtretungen und Verpfändungen der Einlagenforderung durch den Kontoinhaber muß der Dritte trotz der Sperre gegen sich gelten lassen, sofern nicht zwischen jenem und der Bank die Unabtretbarkeit gemäß § 399 BGB vereinbart worden ist. An der Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung in die Einlagenforderung ändert der Ausschluß der Abtretbarkeit jedoch gemäß § 851 II ZPO nichts; anders ist auf Grund einer teleologischen Reduktion des § 851 II ZPO nur zu entscheiden, wenn die Einlagenforderung einer bestimmten Zweckbindung unterliegt und nicht ohne Änderung dieser Bindung abgetreten werden kann (ebenso i. E. *Busse* MDR 1956 71; *Erman* Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, 1966, S. 268 f).

Im übrigen gelten für das Sperrkonto grundsätzlich die allgemeinen Regeln. Insbesondere sind für die **Bestimmung des Kontoinhabers** dieselben Kriterien wie sonst maßgeblich (vgl. oben Rdn. 151 ff). Aus der Tatsache, daß das auf den Namen eines anderen angelegte Konto einen Sperrvermerk enthält, der dessen Verfügungen von der Zustimmung eines Dritten abhängig macht, kann jedenfalls nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß der in der Kontobezeichnung Benannte nicht Inhaber des Kontos und damit Gläubiger der betreffenden Einlagenforderung werden soll (vgl. RG HRR 1935 Nr. 167).

5. Das Treuhandkonto

a) Die Rechtsnatur des Treuhandkontos und seine Abgrenzung gegenüber dem Privatkonto einerseits und dem echten Fremdkonto andererseits

263 Das Treuhandkonto nimmt eine **Mittelstellung zwischen dem (echten) Eigenkonto und dem (echten) Fremdkonto** ein; denn es wird hinsichtlich der Rechtsfolgen teilweise wie ersteres und teilweise wie letzteres behandelt, was besonders in Zwangsvollstreckung und Konkurs augenfällig ist (vgl. dazu unten Rdn. 278 ff). Es ist daher von erheblicher praktischer Bedeutung, eine klare Abgrenzung des Treuhandkontos sowohl gegenüber dem Privatkonto als auch gegenüber dem echten Fremdkonto vorzunehmen. Dabei ist wieder auf die oben Rdn. 151 ff entwickelten Grundsätze über die Bestimmung der Kontoinhaberschaft zurückzugreifen. Maßgeblich ist also auch hier der **erkennbare Wille** des das Konto Errichtenden unter besonderer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles. Im Zweifel gibt dabei wieder die **Kontobezeichnung** den Ausschlag, doch kann sie hier ebenso wie sonst hinter anderen Kriterien zurücktreten, wenn diese auf einen abweichenden Parteiwillen schließen lassen. Daß die Bank positive **Kenntnis vom Treuhandcharakter** hatte, ist nicht erforderlich (a. A. möglicherweise BGHZ 61 72, 79 f); denn nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen genügt die bloße Erkennbarkeit, und es ist nicht einzusehen, warum hier etwas anderes gelten sollte. Erforderlich und genügend ist daher, daß das Verhalten der Bank bei objektiver Interpretation als Einverständnis mit dem Treuhandcharakter anzusehen war; sollte dies der Bank nicht bewußt gewesen sein, liegt ein Inhaltsirrtum i. S. von § 119 BGB vor.

264 Am klarsten ist die Rechtslage, wenn das Konto **ausdrücklich als Treuhandkonto** (mit oder ohne Hinzufügung des Namens des Treugebers) bezeichnet wird. Bei einem **Konto auf den Namen des Errichtenden ohne jeden Zusatz** ist dagegen i. d. R. von einem Privatkonto und nicht von einem Treuhandkonto auszugehen (vgl. freilich auch BGH WM 1957 30, 31 unter II, wo es jedoch um einen Sonderfall ging). Ob die eingelegten Gelder aus dem Vermögen eines Dritten stammten und ob der Errichtende durch die Errichtung eines Privatkontos statt eines Treuhandkontos eine Pflichtverletzung gegenüber jenem beging, ist unerheblich, sofern nur der Wille zur Errichtung eines Privatkontos hinreichend deutlich geworden ist (vgl. auch BGH WM 1971 220, 221 und oben Rdn. 237).

Unerheblich ist weiter, wenn der Errichtende lediglich den inneren Willen zur Errichtung eines Treuhandkontos hatte, dies jedoch nicht erkennbar zum Ausdruck gebracht hat. Denn es kommt nicht auf den inneren, sondern auf den erkennbaren Willen an (vgl. oben Rdn. 152), und daher ist ein solches „**verdecktes**“ **Treuhandkonto** im Verhältnis zur Bank als reines Privatkonto zu behandeln (unklar insoweit BGH WM 1964 1038, 1039; eindeutig dagegen BGHZ 61 72, 75 ff); dabei wird man dem Errichtenden überdies auch noch die — an sich nach § 119 I BGB mögliche — Anfechtung wegen Inhaltsirrtum in Analogie zu § 164 II BGB versagen müssen.

265 Bei einem **Konto auf den Namen des Errichtenden unter Hinzufügung eines weiteren Namens** und vielleicht auch noch des **Zusatzes „Sonderkonto“** hängt die Entscheidung von den Umständen des Einzelfalles ab (vgl. auch oben Rdn. 247 zu § 34 c GewO). Lassen diese erkennen, daß der Errichtende fremdes Vermögen treuhänderisch verwalten will, liegt ein Treuhandkonto vor (vgl. auch BGHZ 61 77; BGH WM 1959 686, 688 Sp. 1; 1964 1038, 1039); ist dies nicht der Fall, treten also zu der Kontobezeichnung keine zusätzlichen Umstände hinzu, so wird man im Zweifel von einem bloßen Privatkonto auszugehen haben (vgl. auch BGHZ 61 78 f) — ähnlich wie in der-

artigen Fällen die Alternative zwischen Eigen- und Fremdkonto grundsätzlich im Sinne des ersteren entschieden wird (vgl. oben Rdn. 244 m. Nachw. aus der Rspr.).

Bei **Errichtung eines Kontos auf fremden Namen ohne Zusatz** ist auch dann, wenn der Errichtende sich die Verfügungsmacht vorbehält, grundsätzlich kein Treuhandkonto, sondern ein echtes Fremdkonto anzunehmen. Wird **der eigene Name nach dem Namen des Dritten** hinzugefügt, so wird im Zweifel ein Treuhandkonto gewollt sein; das gilt jedenfalls dann, wenn besondere Umstände auf die Absicht einer treuhänderischen Kontoführung schließen lassen. 266

b) Die Abgrenzung zwischen fiduziarischer Vollrechtsinhaberschaft und bloßer Ermächtigungstreuhand

Steht fest, daß ein Treuhandkonto vorliegt, so erhebt sich das weitere Abgrenzungsproblem, ob der Treuhänder fiduziarischer Vollrechtsinhaber ist oder ob lediglich eine ermächtigende Treuhand i. S. von § 185 BGB gegeben ist. Die Rechtsprechung nimmt grundsätzlich ersteres an, und zwar auch dann, wenn es sich um eine **uneigennützig** Treuhand handelt (vgl. BGHZ 11 37, 43 = JZ 1954 438 m. insoweit ablehnender Anm. von *Raiser*; BGH WM 1958 1044, 1045; 1964 1038, 1039). Demgegenüber wird im Schrifttum z. T. die Ansicht vertreten, es sei i. d. R. lediglich von einer ermächtigenden Treuhand auszugehen (vgl. vor allem *Siebert* BankArch. 1931/32 386 f; *Raiser* aaO S. 440 f; *Schönle* § 7 II 3 a 5). Diese Konstruktion wird den Interessen des Treugebers insofern besser gerecht, als sie ihm die materielle Rechtszuständigkeit beläßt und dem Treuhänder lediglich deren Ausübung im eigenen Namen ermöglicht. Praktische Bedeutung hat das vor allem deshalb, weil Einschränkungen der Ermächtigung gemäß § 185 I BGB die Verfügungsmacht mit dinglicher Wirkung begrenzen (und höchstens im Wege gutgläubigen Erwerbs analog §§ 170 ff BGB überwunden werden können), wohingegen bei einer Vollrechtsübertragung gemäß § 137 BGB nur eine obligatorische Beschränkung in Betracht kommt; auch unterliegt eine Ermächtigung gemäß § 183 BGB bis zur Vornahme des fraglichen Rechtsgeschäfts grundsätzlich jederzeit dem Widerruf, während der Treugeber bei der Vollrechtsübertragung allenfalls einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung hat und diesen gegebenenfalls im Klagewege durchsetzen muß. 267

Welcher Lösung der Vorzug zu geben ist, ist eine Frage der **Vertragsauslegung** und hängt demgemäß letztlich stets von den Umständen des Einzelfalles ab. Das macht freilich den Versuch nicht überflüssig, Regeln zu entwickeln, die im Zweifel den Ausschlag geben. Dabei erscheint nun aber sowohl die Lösung der Rechtsprechung als auch die in der Literatur vertretene Gegenmeinung zu undifferenziert. Richtiger Ansicht nach ist vielmehr in mehrfacher Hinsicht zu unterscheiden. Eine erste wesentliche Differenzierung liegt dabei in der **Unterscheidung zwischen Übertragung und Begründung eines Treuhandkontos**. Im ersten Fall, wenn also der Treugeber ein bereits bestehendes Konto auf den Treuhänder überträgt, hat die Auslegung grundsätzlich allein nach der zwischen Treugeber und Treuhänder bestehenden Interessenlage zu erfolgen; denn nur diese beiden sind Parteien des Rechtsgeschäfts, um dessen Auslegung es hier geht, und daher können die Interessen der Bank bei der Auslegung nur insoweit mit herangezogen werden, als man ihre Berücksichtigung durch den Treugeber und den Treuhänder ausnahmsweise erwarten kann. Der Treugeber hat nun aber bei der **uneigennützig** Verwaltungstreuhand gegenüber dem Treuhänder (und auch gegenüber der Bank) nicht den geringsten Anlaß, durch die „Übertragung“ mehr Rechtsmacht wegzugeben, als das für die Durchführung der Aufgabe des Treuhänders unerläßlich ist, und auch dieser kann das vernünftiger- und billigerweise nicht erwarten. Da aber die Auf- 268

gabe des Treuhänders bei der uneigennützigen Treuhand lediglich in der Verwaltung des Kontos liegt und da dafür — anders als bei der **Sicherungstreuhand** — nicht die Vollrechtsübertragung erforderlich ist, sondern die Ermächtigung zur Ausübung der Rechte aus dem Konto genügt, ist bei Übertragung eines bereits bestehenden Kontos nach dem mutmaßlichen Parteiwillen und der Interessenlage im Zweifel nur von einer Ermächtigungstreuhand i. S. von § 185 BGB auszugehen (a. A., jedoch ohne wirkliche Auseinandersetzung mit der Problematik, BGH WM 1958 1044, 1045). Anders dürfte allerdings zu entscheiden sein, wenn das Konto nach der Absicht der Parteien auch debitorisch soll werden können. Denn einen Kredit wird die Bank i. d. R. nur dem unmittelbar mit ihr in Kontakt stehenden und ihr bekannten Treuhänder gewähren, zumal die Treuhandabrede je keineswegs notwendig eine Vollmacht einschließt und die Bank daher bei im Namen des Treugebers aufgenommenen Krediten das Risiko des Vorliegens einer entsprechenden Vollmacht trüge; folglich wird es hier der Absicht der Parteien entsprechen, daß der Treuhänder Vollinhaber des Kontos wird.

Geht es dagegen nicht um eine Übertragung bereits bestehender Rechte, sondern — wie z. B. in der Leitentscheidung BGHZ 11 37, im Fall BGH WM 1964 1038 oder bei der Errichtung von Anderkonten — um die **Begründung** eines (uneigennützigen) Treuhandkontos, so stellt sich die Rechts- und Interessenlage wesentlich anders dar. Denn im Gegensatz zur Treuhandübertragung, an der nicht die Bank, sondern nur der Treugeber und der Treuhänder beteiligt sind, erfolgt die Begründung eines Treuhandkontos durch Vertrag mit der Bank. Es ist jetzt also nicht mehr zu fragen, wie der *Treuhand* bei objektiver Auslegung das Verhalten des Treugebers auffassen durfte und mußte, sondern wie die *Bank* die Begründung des Kontos — sei es durch den Treugeber, sei es, wie meist, durch den Treuhänder — verstehen konnte. Folglich spielen jetzt für die Abgrenzung zwischen Vollrechtsinhaberschaft und bloßer Ermächtigung (auch) die Interessen der Bank eine ausschlaggebende Rolle, da sie bei dieser Fallgestaltung die Erklärungsadressatin ist und da die objektive Auslegung folglich von ihrem Verständnishorizont aus zu erfolgen hat bzw. vom Horizont eines an ihrer Stelle stehenden objektiven Beobachters aus.

269 Die Interessen der Bank aber sprechen jedenfalls bei solchen Konten, die wie **Girokonten** auch debitorisch werden können, für eine Vollrechtsinhaberschaft und gegen eine bloße Ermächtigung. Denn die Bank muß wissen, an wen sie sich bei einem etwaigen Passivsaldo halten kann. Sie hat aber keine Gewähr dafür, daß der Treuhänder auch Vollmacht zur Verpflichtung des Treugebers hat — eine Ermächtigung zur Verpflichtung hält die h. L. bekanntlich ohnehin für unzulässig —, und sie hat daher ein elementares Interesse daran, daß der Verfügungsberechtigte, also der Treuhänder, auch Kontoinhaber und damit Schuldner eines etwaigen Debet ist; daß sie sich bei Fehlen oder Überschreitung einer Vollmacht des Treugebers gemäß § 179 BGB an den Treuhänder halten kann, bietet keinen hinreichenden Schutz, da die Bank dabei Gefahr läuft, nach Absatz 2 nur das negative Interesse zu erhalten, und da sie überdies nach Absatz 3 Satz 1 schon bei leichter Fahrlässigkeit hinsichtlich des Fehlens der Vollmacht völlig leer ausgeht. Die Bank wird daher im Zweifel ein Girokonto — um das es übrigens im Falle BGHZ 11 37 in der Tat ging — als ein **Vollrechtstreuhandkonto** des Treuhänders begründen wollen. Dafür spricht auch die Ausgestaltung der Anderkonten, bei denen der Treuhänder jedenfalls Vollrechtsinhaber ist (vgl. unten Rdn. 293); da aber Anderkonten lediglich eine Unterform der Treuhandkonten darstellen, hat der BGH mit Recht von diesen eine Parallele zu den sonstigen Treuhandkonten gezogen (vgl. BGHZ 11 43). Auch bei Bejahung einer Vollrechtstreuhand ist aber zu beachten, daß die Entstehung eines Debet u. U. dem mutmaßlichen Willen des Treuhänders

widerspricht wie z. B., wenn ein Bevollmächtigter einen nichtgedeckten Scheck auf das Konto zieht (vgl. OLG München WM 1973 438 bezüglich eines Anderkontos und dazu unten Rdn. 697).

Kann ein Konto dagegen nicht debitorisch werden wie z. B. ein **Sparkonto**, so hat die Bank kein ähnlich starkes Interesse daran, daß der Treuhänder Vollrechtsinhaber ist, und daher kann und muß sie hier bei einer an Treu und Glauben ausgerichteten Auslegung gemäß § 157 BGB Rücksicht auf die berechtigten Interessen des Treugebers nehmen, die im Zweifel für eine **bloße Ermächtigung** sprechen. Dagegen läßt sich nicht einwenden, die Bank habe auch hier ein Interesse an der Vollrechtsinhaberschaft des Treuhänders, weil sie diesem u. U. auf einem anderen Konto Kredit gegeben habe und dafür die Einlage auf dem Treuhandkonto als Sicherheit betrachten könne; denn das könnte die Bank nur, wenn das Sparkonto ein Privatkonto des Treuhänders wäre, nicht aber auch, wenn es sich um ein Treuhandkonto handelt (vgl. unten Rdn. 284), so daß die Abgrenzung zwischen Vollrechtsinhaberschaft und Ermächtigung für die Bank insoweit ohne Belang ist. Allerdings können sich für die Bank bei der Ermächtigungstreuhand insofern gewisse Nachteile ergeben, als sie z. B. bei Beschränkungen der Ermächtigung oder bei deren Widerruf nur analog §§ 170 ff BGB, also gemäß § 173 BGB nur bei Gutgläubigkeit, geschützt wird (vgl. unten Rdn. 274) und als sie außerdem bei einem erkennbaren Mißbrauch der Ermächtigung durch den Treuhänder in Analogie zu den Regeln über den Vollmachtsmißbrauch nicht von ihrer Schuld gegenüber dem Treugeber frei wird (vgl. dazu allgemein oben Rdn. 179 i. V. m. Rdn. 170 ff); bei der Vollrechtstreuhand sind dagegen Beschränkungen oder ein Widerruf rechtlich unbeachtlich (vgl. unten Rdn. 274 und 277), und auch eine Analogie zu den Regeln über den Vollmachtsmißbrauch ist abzulehnen (vgl. unten Rdn. 274). Diese Unterschiede sind jedoch nicht so gravierend, daß sie für sich allein den Ausschlag geben und die Annahme rechtfertigen können, die Bank könne und dürfe im Zweifel stets von einer Vollrechtstreuhand ausgehen. Vielmehr wird man ihr bei einem Konto, das nicht debitorisch werden kann, grundsätzlich die Rücksichtnahme auf die Interessen und den mutmaßlichen Willen des Treugebers zumuten müssen und daher im Zweifel eine bloße Ermächtigungstreuhand anzunehmen haben.

Im übrigen bleibt stets zu beachten, daß die Parteien nach dem Grundsatz der Privatautonomie **Freiheit bei der Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses** haben (soweit nicht § 137 S. 1 BGB entgegensteht). Es steht daher letztlich bei ihnen, ob sie die Form der fiduziarischen Vollrechtsübertragung oder die Form der Treuhandermächtigung wählen. Alle Abgrenzungsregeln gelten daher immer nur im Zweifel, d. h., soweit die Parteien nicht erkennbar etwas anderes vereinbart haben. Dementsprechend kann z. B. auch ein Girokonto in der Form einer Treuhandermächtigung, also als materiell dem Treugeber zustehendes Fremdkonto des Treuhänders begründet werden — wobei sich für die Bank dann eben im Falle eines Debet die gekennzeichneten Gefahren ergeben; und umgekehrt kann selbstverständlich auch ein Sparkonto als Eigenkonto des Treuhänders unter Begründung der Vollrechtsinhaberschaft für diesen errichtet werden. Daher ist auch jede Kritik, die gegen die Konstruktion der Vollrechtsinhaberschaft unter Hinweis auf die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten in Zwangsvollstreckung und Konkurs oder auf die Komplexität der dabei entstehenden Vertragsbeziehungen polemisiert (vgl. z. B. *Schönle* aaO), von vornherein verfehlt. Denn da die Möglichkeit der fiduziarischen Vollrechtsinhaberschaft nun einmal nicht auszuschließen ist, müssen diese Schwierigkeiten jedenfalls gelöst werden, so daß es insoweit nichts nützt, wenn man im Zweifel nur eine Treuhandermächtigung annimmt; auch sind diese Probleme