BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 424/12

Verkündet am:
28. Januar 2014
Weber,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 307 Abs. 1 Satz 1 Bl Cl

Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 AGB-Sparkassen 2002, der zufolge Einwendungen gegen Rechnungsabschlüsse der Sparkasse schriftlich oder, wenn im Rahmen der Geschäftsbeziehung der elektronische Kommunikationsweg vereinbart wurde, auf diesem Wege zugehen müssen, benachteiligt den Vertragspartner der Sparkasse nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - XI ZR 424/12 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 2014 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Grüneberg, Maihold und Dr. Matthias sowie die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 14. September 2012 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 5. November 2012 im Kostenpunkt, soweit nicht nach den Grundsätzen von § 91a ZPO entschieden worden ist, und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der Klageforderung zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die klagende Sparkasse nimmt den Beklagten aus Kontokorrent in Anspruch, der Beklagte wendet hilfsweise die Aufrechnung mit einer Schadenersatzforderung aus Auskunftsvertrag ein.

2 Der Beklagte unterhielt bei der Klägerin seit dem Jahr 1999 ein Girokonto. Seit dem Jahr 2002 führte die Klägerin das Girokonto auf der Grundlage ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung 2002 (künftig: AGB-Sparkassen), in denen es unter anderem hieß:

> "**Nr. 7 - Kontokorrent, Rechnungsabschluss, Genehmigung von Belastungen aus Lastschriften**
>
> [...]
>
> *(3) Einwendungen gegen den Rechnungsabschluss*
>
> Einwendungen gegen Rechnungsabschlüsse müssen der Sparkasse schriftlich oder, wenn im Rahmen der Geschäftsbeziehung der elektronische Kommunikationsweg vereinbart wurde (z.B. Homebanking), auf diesem Wege zugehen. Unbeschadet der Verpflichtung, Einwendungen gegen Rechnungsabschlüsse unverzüglich zu erheben (Nr. 20 Absatz 1 Buchst. g), gelten diese als genehmigt, wenn ihnen nicht vor Ablauf von sechs Wochen nach Zugang des Rechnungsabschlusses widersprochen wird. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung. Die Sparkasse wird den Kunden bei Fristbeginn auf diese Folgen hinweisen. Stellt sich nachträglich die Unrichtigkeit heraus, so können sowohl der Kunde als auch die Sparkasse eine Richtigstellung aufgrund gesetzlicher Ansprüche verlangen."

3 Die Klägerin kündigte das Vertragsverhältnis zum 18. April 2005. Anschließend klagte sie in einem früheren Rechtsstreit (künftig: Vorprozess) gegen den Beklagten auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus einem zur Sicherung ihrer Forderung bestellten Grundpfandrecht. Das Landgericht verurteilte den Beklagten, der das Bestehen der durch das Grundpfandrecht gesicherten Forderung bestritten und hilfsweise eine Forderung auf Schadenersatz aus Auskunftsvertrag entgegengehalten hatte, antragsgemäß. Die dagegen gerichtete Berufung blieb erfolglos, ebenso eine Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten.

4 Im hiesigen Rechtsstreit hat das Landgericht der Klage auf Ausgleich des kausalen Saldos auf der Grundlage der Kündigung vom 18. April 2005, den die Klägerin sowohl mit "Monatsblättern" ab dem Jahr 2003 als auch mit einem Saldoanerkenntnis zum 31. März 2005 begründet hat, stattgegeben und zu-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gleich entschieden, dass die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Forderung auf Leistung von Schadenersatz aus Auskunftsvertrag nicht bestehe.

5 Die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht nach teilweiser übereinstimmender Erledigungserklärung der Parteien zurückgewiesen, wobei es zugleich nach den Grundsätzen des § 91a ZPO eine Kostenentscheidung hinsichtlich des erledigten Teils zulasten des Beklagten getroffen hat. Gegen die Entscheidung zur Klageforderung richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Klägerin habe gegen den Beklagten einen Anspruch auf Ausgleich des negativen Saldos aus Girovertrag. Sie habe ihren Vortrag zur Höhe der geltend gemachten Forderung durch Vorlage der Monatsblätter konkretisiert, ohne dass der Beklagte einer der darin enthaltenen Buchungen etwas entgegengesetzt habe. Im Übrigen habe der Beklagte dem Rechnungsabschluss zum 31. März 2005, auf dem die weiteren Berechnungen der Klägerin beruhten, ebenso wie dem unter dem 18. April 2005 mitgeteilten Saldo nicht - wie nach

Nr. 7 Abs. 3 AGB-Sparkassen vorgesehen - schriftlich widersprochen. Damit habe er, da Nr. 7 Abs. 3 AGB-Sparkassen mit den das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beherrschenden Grundsätzen übereinstimme, den Saldo anerkannt. Soweit der Beklagte den Zugang eines Rechnungsabschlusses zum 31. März 2005 bestritten habe, sei dieses Bestreiten unbeachtlich. Der Anspruch der Klägerin sei auch nicht verjährt, weil die Parteien zwischen 2005 und 2009 miteinander über die Forderung verhandelt hätten. Ein Anspruch auf Leistung von Schadenersatz wegen der Verletzung einer aus einem Auskunftsvertrag resultierenden Pflicht stehe dem Beklagten nicht zu.

9 Einen Tatbestandsberichtigungsantrag des Beklagten unter anderem des Inhalts, in den Gründen des Berufungsurteils den Passus zu streichen, der Beklagte habe den Zugang von "Quartalsabrechnungen [...] lediglich mit Nichtwissen bestritten", hat das Berufungsgericht mit der Begründung zurückgewiesen, es handele sich "um eine rechtliche Wertung des Vortrages des Beklagten und nicht um eine (verdeckte) Sachverhaltsmitteilung".

II.

10 Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

11 1. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Klageforderung in dem zuletzt von der Klägerin noch geltend gemachten Umfang.

12 a) Das Berufungsgericht hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) wenn auch nicht in der Entscheidungsformel, so doch ebenso beachtlich in den Entscheidungsgründen zur "Frage nach der Wirksamkeit der Klausel Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 AGB-Sparkassen" zugelassen (vgl. Senatsurteil vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, WM 2011, 2268 Rn. 8, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 191, 119; BGH, Urteil vom 29. Januar 2013 - II ZR 91/11, WM 2013, 468 Rn. 8). Diese Frage betrifft das Zustandekommen eines abstrakten Saldoanerkenntnisses zum 31. März 2005, das die Klägerin als Rechnungsposten in den der Klage zugrundeliegenden (kausalen) negativen Saldo nach Beendigung des Kontokorrents zum 18. April 2005 (§ 355 Abs. 3 HGB, vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1967 - II ZR 46/65, BGHZ 49, 24, 25 f.; Urteil vom 4. Juli 1985 - IX ZR 135/84, WM 1985, 969, 971 f.; Oetker/Maultzsch, HGB, 3. Aufl., § 355 Rn. 84; MünchKommHGB/Langenbucher, 3. Aufl., § 355 Rn. 120) eingestellt hat. Die Entscheidung über die Zulassung der Revision ist damit so zu verstehen, das Berufungsgericht habe der revisionsrechtlichen Nachprüfung das Bestehen der Klageforderung als Saldoforderung samt Nebenforderungen überantworten wollen, wenn auch vor dem Hintergrund einer auf §§ 780, 781 BGB gestützten umstrittenen Abrechnungsposition (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2008 - XII ZR 34/08, GuT 2009, 43). Im Umfang der Zulassung greift die Revision das Berufungsurteil an.

13 b) Die Beschränkung der Revisionszulassung, der der Revisionsangriff entspricht, ist wirksam. Die Zulassung der Revision wie das Rechtsmittel selbst können zwar nicht auf einzelne Rechtsfragen oder Anspruchselemente beschränkt werden, wohl aber auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen und damit abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs (Senatsurteile vom 13. November 2012 - XI ZR 334/11, WM 2013, 24 Rn. 9 und vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, WM 2011, 2268 Rn. 8, insoweit nicht ab-

gedruckt in BGHZ 191, 119, jeweils mwN). Dafür reicht es aus, dass der betroffene Teil in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Prozessstoff beurteilt werden kann und nach einer Zurückverweisung eine Änderung des von der beschränkten Zulassung und dem entsprechend beschränkten Angriff erfassten Teils nicht in die Gefahr eines Widerspruchs zu dem nicht anfechtbaren Teil gerät (Senatsurteil vom 13. November 2012 aaO mwN). Bei der Frage, ob der Klägerin ein Anspruch aus dem Kontokorrentverhältnis zusteht, handelt es sich um einen rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs in diesem Sinne. Dem steht nicht entgegen, dass im Fall der Klageabweisung eine Entscheidung über die Hilfsaufrechnung nicht hätte ergehen dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2013 - II ZR 91/11, WM 2013, 468 Rn. 8 a.E.; anders im Falle der erfolgreichen Hilfsaufrechnung, vgl. BGH, Beschluss vom 1. Juli 2009 - XII ZR 93/07, NJW-RR 2009, 1612 Rn. 11 f.).

14 c) Nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens ist die Entscheidung des Berufungsgerichts gemäß § 91a ZPO, soweit die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache teilweise übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob der Ausspruch des Berufungsgerichts über die Zulassung der Revision hinsichtlich der Klageforderung so zu verstehen ist, sie erstrecke sich auf die Kostenentscheidung gemäß § 91a ZPO, so dass die Revision darauf hätte gestützt werden können, das Berufungsgericht habe die Voraussetzungen dieser Bestimmung verkannt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 20/10, GRUR 2011, 1140 Rn. 30; Urteil vom 25. November 2009 - VIII ZR 323/08, juris Rn. 9; Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 12/05, GRUR 2008, 357 Rn. 16). Denn insoweit greift die Revision das Berufungsurteil nicht an.

15 2. Das Berufungsurteil unterliegt im Umfang des Revisionsangriffs nicht schon deshalb der Aufhebung, weil das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war (§ 547 Nr. 1, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO). Der Senat hat die von der Revision insoweit erhobene Verfahrensrüge geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO). Der senatsinterne Geschäftsverteilungsplan des 19. Zivilsenats des Berufungsgerichts genügte den gesetzlichen Anforderungen der §§ 21e, 21g GVG. Seine Anwendung war jedenfalls, was allein einen nach § 547 Nr. 1 ZPO relevanten Verstoß gegen den gesetzlichen Richter zu begründen vermöchte, nicht willkürlich (BVerfGE 95, 322, 333; BGH, Urteil vom 12. November 2010 - V ZR 181/09, WM 2011, 843 Rn. 6, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 188, 43).

16 3. Das Berufungsurteil weist aber ansonsten Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten auf. Das Berufungsgericht durfte aufgrund seiner Feststellungen nicht davon ausgehen, die Klägerin habe in den Saldo zum 18. April 2005 zu Recht ein abstraktes Saldoanerkenntnis zum 31. März 2005 eingestellt.

17 a) Bei der Prüfung des Zustandekommens eines abstrakten Saldoanerkenntnisses zum 31. März 2005 ist das Berufungsgericht noch richtig davon ausgegangen, die Annahme des Antrags der Klägerin auf Abschluss eines Saldoanerkenntnisvertrages habe mangels schriftlicher Einwendungen des Beklagten gegen den Rechnungsabschluss auf der Grundlage der Nr. 7 Abs. 3 AGB-Sparkassen fingiert werden können.

18 aa) Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 AGB-Sparkassen, die nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts (vgl. Senatsurteil vom 26. Oktober 2010 - XI ZR 562/07, WM 2010, 2307 Rn. 13) in den Vertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten einbezogen war, knüpft die Fiktion einer Erklärung des Kunden nach den für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen maßgebenden Grundsätzen (vgl. Senatsurteile vom 13. November

2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 16 und vom 8. Oktober 2013 - XI ZR 401/12, WM 2013, 2166 Rn. 22 mwN) an das Unterlassen von Einwendungen in der Form des § 127 Abs. 1 und 2 BGB bzw. - sofern, wie hier allerdings nicht, der "elektronische Kommunikationsweg" vereinbart wurde - alternativ in der Form des § 127 Abs. 3 BGB. Eine Auslegung dahin, Einwendungen müssten in der Form des § 126 Abs. 1 BGB erhoben werden (in diesem Sinne Steppeler/Künzle, Kommentar zu den Sparkassen-AGB, 3. Aufl., S. 111), ist zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und daher nicht ernstlich in Betracht zu ziehen.

19 bb) Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 AGB-Sparkassen ist nicht nach § 309 Nr. 13 BGB unwirksam. Eine strengere (konstitutive) Form als die Schriftform oder ein besonderes Zugangserfordernis statuiert die Klausel nicht. Aus § 309 Nr. 13 BGB folgt im Umkehrschluss, dass eine Klausel, die für die Abgabe von Erklärungen die Schriftform vorsieht, im Regelfall nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist (Böhm ArbRB 2008, 91, 93; Löw, MDR 2006, 12, 14). Das gilt auch für Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 AGB-Sparkassen.

20 cc) Auch bei einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Regelungen der Nr. 7 Abs. 3 AGB-Sparkassen benachteiligt deren Satz 1 den Vertragspartner der Klägerin nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

21 (1) Die in Nr. 7 Abs. 3 Satz 2 AGB-Sparkassen statuierte Genehmigungsfiktion steht, was der Senat zu der im wesentlichen gleichlautenden Nr. 7 Abs. 3 Satz 2 AGB-Sparkassen in der ab dem Jahr 1993 geltenden Fassung (abgedruckt WM 1993, 711, 715) bereits entschieden hat (Senatsurteil vom 6. Juni 2000 - XI ZR 258/99, BGHZ 144, 349, 355), in Einklang mit § 308 Nr. 5 BGB. Das gilt auch für Nr. 7 Abs. 3 Satz 4 AGB-Sparkassen. Die dortige Regelung weicht entgegen der Ansicht der Revision nicht von § 308 Nr. 5 Buchst. b BGB ab. Mit dem besonderen Hinweis im Sinne des § 308 Nr. 5 Buchst. b BGB

ist ein deutlich abgesetzter Hinweis zu Beginn der Frist - und nicht lediglich etwa zu Beginn der Vertragsbeziehung - gemeint. Einen solchen Hinweis "bei Fristbeginn" ordnet Nr. 7 Abs. 3 Satz 4 AGB-Sparkassen in Übereinstimmung mit § 308 Nr. 5 BGB, was der Senat für eine wortgleiche frühere Fassung im Verhältnis zu § 10 Nr. 5 AGB-Gesetz a.F. bereits ausgesprochen hat (Senatsurteil vom 6. Juni 2000 - XI ZR 258/99, BGHZ 144, 349, 355), ausdrücklich an.

22 (2) Auch bei einer Zusammenschau mit diesen Bestimmungen folgt die Unwirksamkeit der Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 AGB-Sparkassen nicht aus § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dabei ist der Senat von dem Grundsatz ausgegangen, dass die Wirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt, dass der Verwender am Ergebnis der Erklärungsfiktion unter den besonderen Formvorgaben der Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 AGB-Banken ein berechtigtes Interesse hat (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 1989 - IX ZR 269/87, NJW 1990, 761, 763). Ein solches berechtigtes Interesse ist der klagenden Sparkasse bei massenhaft wiederkehrenden Geschäftsvorgängen wie dem Anerkenntnis von Rechnungsabschlüssen aus organisatorischen Gründen zuzubilligen. So ist gewährleistet, dass die Einwände des Kunden dauerhaft reproduzierbar und unverwässert an die für Reklamationen zuständige Stelle innerhalb der Sparkasse gelangen. Gleichzeitig wird verhindert, dass die Weitergabe einer bloß mündlichen Beanstandung in der Hektik des Tagesgeschäfts untergeht (vgl. schon Liesecke, WM 1975, 238, 243). Entsprechend hat der Senat weder Nr. 7 Abs. 3 AGB-Sparkassen unter diesem Aspekt beanstandet (Senatsurteil vom 6. Juni 2000 - XI ZR 258/99, BGHZ 144, 349, 355) noch in Nr. 7 Abs. 4 AGB-Sparkassen in der zwischen dem 1. April 2002 und dem 31. Oktober 2009 maßgeblichen Fassung (abgedruckt ZBB 2002, 139, 140) eine unangemessene Benachteiligung aufgrund des Umstands erblickt, dass Einwendungen gegen eine Belastungsbuchung aus einer Lastschrift schriftlich geltend zu machen waren (Senatsurteil vom 25. Januar 2011 - XI ZR 172/09, BKR 2011, 127 Rn. 14 ff.; vgl. auch BGH,

Urteil vom 30. September 2010 - IX ZR 178/09, WM 2010, 2023 Rn. 19; Urteil vom 21. Oktober 2010 - IX ZR 240/09, ZInsO 2010, 2293 Rn. 11; konsequent a.A. Fandrich in Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Banken- und Sparkassen-AGB, Rn. 31 a.E. [Stand: Oktober 2008]).

23 Demgegenüber wird in der Literatur eingewandt, der Kunde habe im Hinblick auf die weitreichenden Folgen der in Nr. 7 Abs. 3 Satz 2 AGB-Sparkassen geregelten Genehmigungsfiktion ein schützenswertes Interesse daran, Einwendungen auf jedem Kommunikationsweg - und nicht nur in der Form der Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 AGB-Banken - geltend zu machen. Es sei der Sparkasse zuzumuten, auch mündliche Einwendungen zu beachten. Das Schriftformerfordernis, das eigentlich dem Kundeninteresse an der Beweisbarkeit der Einwendung dienen solle, bewirke das Gegenteil, nämlich eine unangemessene Belastung (Fandrich in Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Banken- und Sparkassen-AGB, Rn. 31 [Stand: Oktober 2008]; im Ergebnis ebenso A. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., Teil 4, [2] Banken [Kreditinstitute] Rn. 23; Hettich/Thieves/Timmann/Windhöfel, BB 1990, 2347, 2351; Pamp in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., Klauseln [B] Rn. B 34; auf den Hinweis auf Einwände in der Literatur beschränken sich Bunte, AGB-Banken und Sonderbedingungen, 3. Aufl., AGB-Banken Rn. 559; Casper in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., § 3 Rn. 35 a.E.; Peterek in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Rn. 6.254). Das trifft nicht zu. Die Einhaltung der Schriftform sichert die Eindeutigkeit und Endgültigkeit der Erklärung und dient daher, worauf der Beklagte in der Revisionsverhandlung selbst hingewiesen hat, auch dem Interesse des Kunden. Die mit einer verkörperten Erklärung verbundenen Vorteile der Dokumentation haben den Gesetzgeber wiederholt bewogen, für den Widerruf bei Verbraucherverträgen die Fixierung auf

einem dauerhaften Datenträger oder die Textform vorzusehen (zu § 361a BGB a.F. vgl. BT-Drucks. 14/2658, S. 47; zu § 355 BGB vgl. BT-Drucks. 14/7052 S. 191, 194 f.). Zu § 355 Abs. 1 BGB in der ab dem 13. Juni 2014 geltenden Fassung halten die Gesetzesmaterialien fest, es sei für den Verbraucher "weiterhin ratsam, in Textform zu widerrufen" (BT-Drucks. 17/12637, S. 60). Zugleich sind die Anforderungen an die Einhaltung der gewillkürten Schriftform so gering, dass sie keine merklichen Belastungen darstellen.

24 Sollten einzelne Kunden nur mündlich in der Lage sein, Einwendungen gegen den Rechnungsabschluss zu erheben, wird sich die Sparkasse einer Entgegennahme der mündlichen Erklärung und schriftlichen Fixierung der Einwendungen an Stelle des Kunden kaum versperren. Sollte sie dies gleichwohl tun, wird ihr die Berufung auf Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 AGB-Sparkassen nach § 242 BGB verwehrt sein (vgl. Senatsurteil vom 15. Januar 2013 - XI ZR 22/12, WM 2013, 316 Rn. 25).

25 b) Das Berufungsgericht hat aber keine zureichenden Feststellungen zu den Voraussetzungen einer Genehmigung des Rechnungsabschlusses nach Nr. 7 Abs. 3 AGB-Sparkassen getroffen.

26 aa) Soweit es unter Verweis auf § 138 Abs. 4 ZPO vom Zugang des Rechnungsabschlusses ausgegangen ist, hat es, wie die Revision zu Recht rügt, gegen das aus § 525 Satz 1, § 286 ZPO folgende Gebot verstoßen, sich mit dem Streitstoff umfassend auseinanderzusetzen und den Sachverhalt durch die Erhebung der angetretenen Beweise möglichst vollständig aufzuklären (vgl. Senatsurteile vom 29. Januar 2002 - XI ZR 86/01, WM 2002, 557, vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 31, vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524 und vom 11. Mai 2004 - XI ZR 22/03, BGHR ZPO § 286 Abs. 1 Beweiswürdigung 7).

27 Bedingung für das Zustandekommen eines abstrakten Saldoanerkenntnisses ist der Zugang eines - keiner besonderen Form bedürftigen (vgl. Senatsurteil vom 8. November 2011 - XI ZR 158/10, WM 2011, 2358 Rn. 23 f.) - Rechnungsabschlusses zum 31. März 2005 beim Beklagten. Für den Zugang ist die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 1985 - III ZR 144/84, WM 1985, 1098, 1099). Einen Nachweis für den Zugang hat die Klägerin nicht erbracht. Das Berufungsgericht hat insoweit nur allgemeine Erwägungen zur generellen Praxis der Banken und Sparkassen bei der Übermittlung von Rechnungsabschlüssen angestellt.

28 Ein entsprechender Nachweis ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht deshalb entbehrlich, weil zugunsten der Klägerin die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO eingreift. Zwar ist die bloße Erklärung mit Nichtwissen zum Zugang eines Schreibens nach § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig (BVerfG, NJW 1992, 2217; Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 138 Rn. 47 mit Fn. 110; Brause, NJW 1989, 2520). Insoweit hat das Berufungsgericht, was die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO auszulösen geeignet wäre, festgehalten, der Beklagte habe den Zugang der "Quartalsabrechnungen [...] lediglich mit Nichtwissen bestritten". Die Feststellung eines unbeachtlichen Bestreitens mit Nichtwissen hat der Beklagte indessen mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag nach § 320 ZPO angegriffen. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Tatbestandsberichtigungsantrag zurückgewiesen hat, namentlich sein Hinweis, es handele "sich um eine rechtliche Wertung des Vortrages des Beklagten und nicht um eine (verdeckte) Sachverhaltsmitteilung", beseitigt indessen die Bindung des § 314 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 - I ZR 161/08, NJW 2011, 1513 Rn. 12). Damit ist der Umstand, dass der Beklagte den Zugang eines Rechnungsabschlusses zum 31. März 2005 in den Vorinstanzen bestritten hat, im Revisionsverfahren beachtlich.

29 bb) Davon abgesehen hat das Berufungsgericht einen besonderen Hinweis im Sinne der Nr. 7 Abs. 3 Satz 4 AGB-Sparkassen nicht hinreichend festgestellt. Dieser Hinweis muss in einer Form geschehen, die unter normalen Umständen Kenntnisnahme verbürgt; er darf nicht in einer größeren Summe von Einzelmitteilungen, die üblicherweise nicht allesamt aufmerksam gelesen werden, versteckt sein. Er muss geeignet sein, die Aufmerksamkeit des Vertragspartners zu erwecken, d.h. drucktechnisch hervorgehoben und von einem in derselben Mitteilung eventuell enthaltenen Text klar abgesetzt werden, da er sonst vom Empfänger übersehen wird (BGH, Urteil vom 4. Oktober 1984 - III ZR 119/83, WM 1985, 8, 10). Ob der Rechnungsabschluss der Klägerin vom 31. März 2005 dem genügte, lässt sich dem Berufungsurteil nicht sicher entnehmen. Die Verwertung von Erkenntnissen aus anderen Verfahren zur generellen Praxis der Klägerin ergibt für den konkreten Fall nichts. Sie unterfällt nicht dem Privileg des § 291 ZPO, sondern verstößt gegen § 355 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 4. November 2010 - I ZR 190/08, NJW-RR 2011, 569 Rn. 9 ff.).

III.

30 Das Berufungsurteil stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Saldoforderung zum 18. April 2005 in der von der Klägerin abzüglich später geleisteter Zahlungen behaupteten Höhe ist nicht auf andere Weise belegt.

31 1. Der Klägerin als Anspruchstellerin nach § 355 Abs. 3 HGB obliegt es, zu den in den Saldo eingestellten Aktiv- und Passivposten konkret vorzutragen. Sie kann sich dabei entweder darauf beschränken, das letzte Saldoanerkenntnis und etwaige danach eingetretene Änderungen des Saldos substantiiert darzutun oder, sofern sie diesen Weg nicht gehen kann oder will, etwa, weil es zu

einem bestätigten Rechnungsabschluss nicht gekommen oder ein solcher nicht zu beweisen ist, die in das Kontokorrent eingestellten Einzelforderungen darlegen. Dabei hat sie unter Einschluss aller von ihr akzeptierten Passivposten so vorzutragen, dass das Gericht die eingeklagte Saldoforderung rechnerisch nachvollziehen und überprüfen kann (Senatsurteile vom 18. Dezember 2001 - XI ZR 360/00, WM 2002, 281, 282 und vom 28. Mai 1991 - XI ZR 214/90, WM 1991, 1294, 1295; BGH, Urteil vom 2. November 1967 - II ZR 46/65, BGHZ 49, 24, 26 f.; Urteil vom 5. Mai 1983 - III ZR 187/81, WM 1983, 704, 705). Diesen zweiten Weg ist die Klägerin nicht vollständig gegangen, da sie zwar "Monatsblätter" ab dem Jahr 2003 vorgelegt, aber nicht von Beginn des Vertragsverhältnisses an bzw. ab einem vor dem 31. März 2005 erklärten Saldoanerkenntnis oder ab dem Zeitpunkt, bis zu dem der Kontokorrentsaldo unstreitig war (Senatsurteil vom 28. Mai 1991 aaO), zu sämtlichen Einzelbuchungen vorgetragen hat. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe keiner der in den Monatsblättern ab dem Jahr 2003 "enthaltenen Buchungen widersprochen", hilft der Klägerin entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht weiter. Darin liegt nicht zugleich die Feststellung, der Beklagte habe einen Saldoabschluss zum 31. Dezember 2012 anerkannt, von dem die Klägerin bei der Darstellung ihres Anspruchs ausgehen konnte. Mangels schlüssigen Vortrags der Klägerin zur Entwicklung des Kontokorrents von Beginn der Geschäftsbeziehung oder von einem unstreitigen Saldoanerkenntnis an kommt es darauf, ob die Buchungen ab dem Jahr 2003 selbst unstreitig waren, nicht an.

32 2. Ein auf der Grundlage des Kündigungsschreibens vom 18. April 2005 zustande gekommenes abstraktes Saldoanerkenntnis, das die Klägerin nicht für sich in Anspruch genommen hat und bei dem es sich im Verhältnis zur kausalen Saldoforderung um einen anderen Streitgegenstand handelte (Bork in jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 780 Rn. 16), hat das Berufungsgericht zwar in den Raum

gestellt. Unabhängig davon, dass die Klägerin und der Beklagte keinen kaufmännischen Geschäftsverkehr unterhielten, ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichts aber jedenfalls nicht, das Kündigungsschreiben oder eine ihm beigefügte Anlage hätten alle wechselseitigen Forderungen bis zur Beendigung des Kontokorrents enthalten. Aus objektiver Sicht des Kontoinhabers stellte das Kündigungsschreiben, das schon keinen Hinweis im Sinne der Nr. 7 Abs. 3 Satz 4 AGB-Sparkassen enthielt, kein Angebot auf Abschluss eines auf ein abstraktes Saldoanerkenntnis gerichteten Vertrages dar (anderer Fall Senatsurteil vom 8. November 2011 - XI ZR 158/10, WM 2011, 2358 Rn. 25). Obwohl Ausführungen zum Vorliegen eines Rechnungsabschlusses als Auslegung einer Vertragserklärung Sache des Tatrichters sind (vgl. Senatsurteile vom 6. Oktober 1998 - XI ZR 36/98, BGHZ 139, 357, 366 und vom 8. November 2011 aaO Rn. 22), kann der Senat das Zustandekommen eines abstrakten Saldoanerkenntnisses auf der Grundlage der Kündigung vom 18. April 2005 verneinen, weil eine Bewertung dieses Schreibens als Vertragsangebot die Anforderungen an einen Rechnungsabschluss verfehlte.

IV.

33 Aufgrund des vorbezeichneten Fehlers unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung, soweit das Berufungsgericht hinsichtlich der Klageforderung zum Nachteil des Beklagten entschieden hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). Weiter ist die Kostenentscheidung aufzuheben, soweit nicht das Berufungsgericht nach den Grundsätzen des § 91a ZPO erkannt hat.

34 Eine Entscheidung in der Sache (§ 563 Abs. 3 ZPO) kann der Senat nicht treffen. Insbesondere kann anhand der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht sicher gesagt werden, ob die Klageforderung verjährt ist. Zwischen den Parteien ist nicht rechtskräftig über die Verjährung entschieden. Abgesehen

davon, dass die Frage der Verjährung nicht selbständig zum Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage gemacht werden könnte, hat die Klägerin eine solche Klage im Vorprozess nicht erhoben. Eine eigene Entscheidung des Senats über die Verjährung scheitert an unzureichenden Feststellungen des Berufungsgerichts. Es hat gemeint, der Ablauf der Verjährungsfrist sei aufgrund verschiedener Umstände gehemmt worden. Dazu hat es die Gründe seiner Entscheidung im Vorprozess wörtlich referiert und Unterlagen aus den dortigen Akten unter Verstoß gegen § 286 ZPO verwertet, ohne dass aus dem Berufungsurteil oder dem Protokoll der mündlichen Verhandlung ersichtlich wäre, die Akten des früheren Verfahrens seien beigezogen worden und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen (BGH, Urteil vom 12. November 2003 - XII ZR 109/01, NJW 2004, 1324, 1325). Dieses Versäumnis kann der Senat entgegen dem Antrag der Revision nicht dadurch ausgleichen, dass er selbst die Akten des Vorprozesses beizieht und ergänzende Feststellungen trifft. Gleichfalls ausgeschlossen ist, die mit Schriftsatz der Klägerin vom 15. März 2011 vorgelegten Schreiben den Gründen des Berufungsurteils zu unterlegen.

35 Die Sache ist daher im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei wird das Berufungsgericht auch der Frage nachzugehen haben, ob Verzugszinsen für das Jahr lediglich in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz beansprucht werden können.

36 Sollte das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin verneinen, wird es seine Entscheidung zur Hilfsaufrechnung von Amts wegen zur Klarstellung aufzuheben haben (vgl. Senatsurteil vom 20. Dezember 2005 - XI ZR 119/04, juris Rn. 18 mwN). Dieser Entscheidung des Berufungsgerichts ist in diesem Fall die Grundlage entzogen, weil der Eintritt der Bedingung für die Hilfsaufrechnung nicht eingetreten ist. Dass der Senat die diesen Teil des Berufungsurteils betreffende Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 15. Oktober

2013 zurückgewiesen hat, steht einer Aufhebung mangels Eintritts der prozessualen Bedingung der Hilfsaufrechnung nicht entgegen.

Wiechers Grüneberg Maihold

Matthias Menges

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 06.10.2011 - 2-25 O 443/10 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 14.09.2012 - 19 U 264/11 -