

**Oberlandesgericht Stuttgart**  
**Urteil vom 21.05.2014**  
**9 U 75/11**

**Allgemeine Geschäftsbedingungen einer Bank: Wirksamkeit einer Zinsanpassungsklausel in einem Kontokorrentkreditvertrag; Auslegung einer Klausel als Grundlage einer Entgeltforderung für eine Hauptleistung**

**Tenor**

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Heilbronn - Einzelrichter - vom 01.04.2011, 6 O 489/06 Bi, hinsichtlich der dortigen Beklagten zu 1 bezüglich des Ausspruchs über die Verzugszinsen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte (zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin 96.909,19 € nebst Zinsen in Höhe von 2,5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 35.476,73 € seit dem 16.07.2006, aus 49.333,38 € seit dem 25.01.2007 und aus 12.099,08 € seit dem 15.12.2011 zu zahlen.

4. Im Übrigen werden die Klage gegen die Beklagte (zu 1) und die Widerklage abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung bezüglich des Widerklageantrages Ziff. 2b als unzulässig verworfen und bezüglich der übrigen Anträge zurückgewiesen.

III. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

IV. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts hinsichtlich der Beklagten (dort: zu 1) sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, es sei denn, die Klägerin leistet vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Wert des Berufungsverfahrens: 443.947,27 €

Klage:	96.909,19 €
Hilfsbegründung:	12.099,08 €
Widerklage:	333.939,00 €
Hilfswiderklage:	1.000,00 €

## Gründe

### I.

Die Klägerin verlangt von der beklagten, sich in Liquidation befindlichen Gesellschaft die Rückzahlung einer Überziehung eines auf einem Geschäftskonto eingeräumten Kontokorrentkredits sowie - hilfsweise - die Rückzahlung des während des Beruungsverfahrens gekündigten Kontokorrentkredits. Widerklagend verlangt die Beklagte die Auszahlung eines vermeintlichen, auf diesem Geschäftskonto bei richtiger Berechnung vorhandene Guthaben und verlangt die Überlassung von Kontoauszügen seit Beginn der Geschäftsbeziehung bis zum Jahr 1988. Hilfsweise widerklagend verlangt die Beklagte die Neuberechnung des Geschäftskontos nach vorgegebenen Berechnungsregeln.

Auf die Feststellungen des Landgerichts wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben und die Widerklage der Beklagten (früher: zu 1) abgewiesen. Die Beklagte schulde bezüglich des Konto Nummer ... den Ausgleich der den Kontokorrentkredit von 100.000 € übersteigenden geduldeten Kontoüberziehung. Das grundsätzliche Bestehen einer Rückführungspflicht der über den Kontokorrentkredit hinausgehenden Kontoüberziehungen werde von der Beklagten nicht infrage gestellt. Das Landgericht sei davon überzeugt, dass der Beklagten die Rechnungsabschlüsse auf den Kontoauszugsformularen der Klägerin zugegangen seien. Die Klägerin habe die wiederhergestellten Rechnungsabschlussmitteilungen mit einem Blankoformular eines Originalkontoauszugs vorgelegt. Die unwahre Behauptung der Beklagten, ihr seien nur gewöhnliche Kontoauszüge, nie aber Rechnungsabschlüsse zugesandt wurden, nehme das Gericht der Beklagten nicht ab. Die Beklagte verfüge nahezu ausnahmslos über sämtliche Kontoauszüge, die bis in die 80 er Jahre zurückgingen. Sie hätte selbst einen Kontoauszug mit Rechnungsabschlussvermerk vorgelegt. Die Rechnungsabschlüsse führten zu wirksamen Saldoanerkennnissen. Es könne dahingestellt bleiben, ob Ansprüche auf Rückforderung von Saldoanerkennnissen als periodisch fällig werdende Ansprüche gem. § 197 BGB a.F. verjähren. Eine Verjährung nach dem neuen Verjährungsrecht würde an der fehlenden Kenntnis der Beklagten von den Umständen über die Unrichtigkeit der Kontoführung scheitern. Die Beklagte hätte jedoch eine fehlerhafte Kontoführung durch die Klägerin nicht dargelegt. Die Bezugnahme auf das privat beauftragte Gutachten des Herrn ... sei kein hinreichend substantiiertes Sachvortrag. Für die Frage der korrekten Wertstellung sei das Gutachten auch völlig unzureichend, da es auf dem Kardinalfehler der Gleichstellung des Buchungstages mit dem Wertstellungstag beruhe. Die richtige Wertstellung richte sich jedoch bei Gutschriften danach, wann die Bank Deckung erhalte und bei Belastungen danach, wann Deckung abfließe. Die Annahme der Beklagten treffe nicht zu, die Bank dürfe Wertstellungen nur an Bankarbeitstagen vornehmen. Auch seien bei der Zinsberechnung des Herrn ... die vertraglich geschuldeten Überziehungszinsen bei Überschreiten der Kontokorrentkreditlinie fehlerhaft nicht berücksichtigt worden. Schließlich habe Herr ... nicht die wechselnden Kontokorrentkreditzinssätze aus den jeweiligen, zeitlich befristeten Kontokorrentkreditvereinbarungen berücksichtigt, was zu einer Fehlerhaftigkeit der "Spread"-Berechnungen zum Referenzzinssatz der Deutschen Bundesbank zur Folge habe.

Soweit die Beklagte einen konkreten Vortrag zu Buchungen in unverjährter Zeit ge-

halten habe, lasse sich eine falsche Buchung nicht feststellen. Zu den Buchungen auf dem Konto der Beklagten vom 01.03.2006, wertgestellt am 02.03.2006, habe die Klägerin Unterlagen vorgelegt, aus denen sich die Wertstellung bei ihr am 02.03.2006 ergeben würde. Die Wertstellung bei der Buchung Nr. ... (1.386,20 €) auf dem Konto der überweisenden Firma am 01.03.2006 belege hingegen nicht, dass an diesem Tag die Valuta auch der Klägerin zugeflossen sei. Genauso gut könne die Wertstellung der überweisenden Sparkasse ... falsch sein. Ohne eine Aufklärung, wann tatsächlich der Klägerin die Zahlung buchmäßig zugegangen sei, könne der behauptete Wertstellungsfehler nicht bewiesen werden.

Zu der weiteren Widerklage hinsichtlich der Überlassung von Kontoauszügen vor 1998 führt das Landgericht aus, dass die Beklagte keinen Anspruch auf kostenlose Überlassung von Auszügen mehr hätte. Zweitauszüge müsse die Bank nur zur Verfügung stellen, wenn der Kunde bereit sei, den hierfür entstehenden Aufwand zu vergüten. Dies sei bei der Beklagten nicht der Fall.

Gegen das ihr am 18.04.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 16.05.2011 Berufung eingelegt und diese am Montag, dem 20.06.2011, mit einer Begründung versehen. Die Berufung der Beklagten verfolgt die Klageabweisungsanträge sowie die Widerklageanträge unverändert weiter. Das Landgericht habe das Bestreiten der Beklagten übergegangen, wonach für 2006 keine Rechnungsabschlüsse vorlägen. Der Rechnungsabschluss vom 31.12.2005, von dem das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2007 (Bl. 104 d.A., Anlage K28/4) ausgegangen sei, habe hingegen bei der Beklagten ein Habensaldo von 13.333,05 € gehabt. Im Übrigen seien die Salden angesichts der Überprüfungen durch Herrn ... nicht genehmigungsfähig. Durch die Kondition der Salden würden die in den Saldoanerkennnissen erfassten Forderungen der Klägerin wieder eigenständig verjähren. Das Landgericht habe bezüglich der Wertstellungen nicht auf die internen Belege der Klägerin abstellen dürfen, sondern seine Entscheidung einzig auf die von der Beklagten vorgelegten Kontoauszüge und Belege stützen dürfen. Die Beklagte habe bezüglich der Buchungen ausreichend konkret vorgetragen.

Die Beklagte beantragt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Heilbronn vom 01.04.2011 (Az. 6 O 489/06 Bi) aufgehoben und die Klage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen.

Im Wege der Widerklage

2. a. die Klägerin zu verurteilen, 333.939,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit der Zustellung des Schriftsatzes vom 20.06.2011 an die Beklagte zu 1 zu zahlen.
- b. die Klägerin zu verpflichten, die Beklagte zu 1 die fehlenden Kontoabrechnungen vom Beginn der jeweiligen Geschäftsbeziehung bis Dezember 1988 zu überlassen.

Hilfsweise für den Fall der Abweisung der Widerklage:

Die Klägerin wird verurteilt, das Konto Nr. ... der Beklagten zu 1 wie folgt neu zu berechnen:

eingereichte Schecks sind spätestens binnen drei Arbeitstagen nach Erhalt dem Konto der Beklagten gutzuschreiben (BGH, Urteil vom 06.05.1997, XI ZR 208/96, NJW 1997, 2042 ff.).

Überweisungen zu Gunsten des Kontokorrentkontos müssen für denselben Tag erfolgen, an dem die Bank buchmäßige Deckung erlangt, also am selben Tag des Eingangs (BGH, Urteil vom 06.05.1997, XI ZR 208/96, NJW 1997, 2042 ff.).

Bareinzahlungen sind am Tag der Bareinzahlung dem betreffenden Konto den Beklagten gutzuschreiben (BGH, Urteil vom 17.06.1997, XI ZR 239/96, NJW 1997, 3168).

Überweisungen, Lastschrift einzige, Daueraufträge zu Lasten des Kontos sind taggenau auf den Tag des Geldflusses wertzustellen, insbesondere dürfen derartige Kontobewegungen zu Lasten des Kontos nicht früher als der Buchungstag wertgestellt werden (BGH, Urteil vom 17.06.1997, XI ZR 239/96, NJW 1997, 3168).

Im Rahmen der Neuberechnung hat die Klägerin Zinssatzänderungen des Bundesbankzinssatzes von mehr als 0,2 % unter Beibehaltung des ursprünglichen Äquivalenzgefüges zu berücksichtigen und die Zinssätze des Kontokorrentdarlehens um die gleiche Prozentpunktzahl anzupassen (Oberlandesgerichts Celle, WM 1991, 1035).

Die Klägerin beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens. Im Laufe des Berufungsverfahrens kündigte die Klägerin am 30.11.2011 den Kontokorrentkredit der Beklagten fristlos und stützte ihren Anspruch hilfsweise auch auf den diesbezüglichen Rückzahlungsanspruch.

Die Klägerin hat zunächst neben der Beklagten (zu 1) noch deren Geschäftsführer sowie dessen Ehefrau als Bürgen für die Verbindlichkeiten der Beklagten zu 1 in Anspruch genommen und daneben die Rückzahlung von Krediten beantragt, die beide persönlich aufgenommen hatten. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 17.07.2013 das Verfahren gegen die Eheleute abgetrennt, nachdem über deren Vermögen in England das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (Az. 9 U 142/13).

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen ... sowie durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen ... Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 17.07.2013 (GA 1378) sowie das schriftliche Gutachten (GA 1431 ff.) Bezug genommen.

## II.

Die gem. § 511 ZPO statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und mit einer Begründung versehene Berufung ist bezüglich des Widerklageantrags Ziff. 2b unzulässig. Im Übrigen ist die zulässige Berufung unbegründet mit Ausnahme eines geringfügigen Teils bei den Verzugs- und Prozesszinsen. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht der Klage stattgegeben (A.) und die Widerklage abgewiesen (B.). Auch der Hilfsantrag der Beklagten hat keinen Erfolg (C.).

## **A. Klage**

Die Klägerin hat gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB gegen die Beklagte einen fälligen Darlehensrückzahlungsanspruch in der streitgegenständlichen Höhe.

Sowohl der vertraglich eingeräumte Kontokorrentkredit als auch die geduldete Überziehung der Kreditlinie haben den Charakter eines Darlehens (Wunderlich in: Schimansky/Bunte/Lwowski [S/B/L], Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 75 Rn. 25ff.). Grundsätzlich hat eine Bank, die eine Saldoforderung aus einem Kontokorrentkonto geltend macht, zu den in den Saldo eingestellten Aktiv- und Passivposten konkret vorzutragen. Sie kann sich dabei entweder darauf beschränken, das letzte Saldoanerkennnis 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 war), 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 (BGH, Beschluss vom 22. Januar 2013 - XI ZR 471/11 - Rn. 9, juris). Die Klägerin kann sich zwar nicht auf Saldoanerkennnisse nach dem 01.01.2002 stützen (1.), wohl aber auf dasjenige vom 28.12.2001, das mit den danach folgenden Einzelbuchungen den kausalen Saldo mindestens in Höhe der Klageforderung bildet (2.). Der Anspruch ist fällig (3.) und einredefrei durchsetzbar (4.).

### **1. Unwirksamkeit der Saldoanerkennnisse ab dem 01.01.2002**

Die Klägerin kann sich zum Nachweis ihres Zahlungsanspruchs nicht auf ein Saldoanerkennnis für Abrechnungsperioden ab dem 01.01.2002 stützen. Diese können von der Beklagten gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, Abs. 2 BGB wegen ungerechtfertigter Bereicherung herausverlangt werden.

a. Die Saldofeststellung ist ein abstraktes Schuldanerkennnis i.S.v. §§ 781, 782 BGB. Neben diesem kann der Anspruch aus dem kausalen Saldo nicht geltend gemacht werden (Grundmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, Strohn, HGB, 2. Aufl., § 255 Rn. 20, 22). Soweit der Bundesgerichtshof es alternativ zulässt, die Klage entweder auf das letzte Saldoanerkennnis oder auf Einzelforderungen zu stützen (BGH, Beschluss vom 22. Januar 2013 - XI ZR 471/11), trägt er damit dem Beibringungsgrundsatz und den Unsicherheiten der gerichtlichen Feststellbarkeit eines wirksamen Saldoanerkennnisses Rechnung. Seine Rechtsauffassung, in dem Saldoanerkennnis liege eine Novation des Schuldverhältnisses mit der Folge, dass der anerkannte Saldo beim fortgesetzten Kontokorrent als eigenständiger Aktivposten in die neue Abrechnungsperiode einzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 06. Juni 2000 - XI ZR 258/99 - Rn. 28, BGHZ 144, 349-356; Mayen in: S/B/L, a.a.O., § 47 Rn. 91ff.), hat er nicht aufgegeben.

Das Schuldanerkenntnis begründet eine neue, selbständige Verpflichtung, die vom zu Grunde liegenden Schuldverhältnis (Girovertrag) unabhängig ist (Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl., § 781 Rn. 1) und daher als Leistung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, Abs. 2 BGB kondiziert werden kann (Langenbucher in: Münchener Kommentar, HGB, 2. Aufl., § 355 Rn. 103).

Nach der herrschenden Lehre ist der Rechtsgrund für die Abgabe eines Saldoanerkenntnisses nicht das Bestehen der kausalen Forderung, sondern die Verpflichtung aus dem Kontokorrentvertrag, einen *richtigen* Saldo anzuerkennen (Mayen in: S/B/L, a.a.O., § 47 Rn 94; Langenbucher in: Münchener Kommentar, HGB, a.a.O., § 355 Rn. 103; Grundmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, Strohn, a.a.O., § 355 Rn. 22; Lorenz in: Staudinger [2007], § 812 BGB Rn. 15; Marburger in: Staudinger [2009], § 780 BGB, Rn. 23 f.; Habersack in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 780 Rn. 47). Das Saldoanerkenntnis kann nur als Ganzes kondiziert werden, so dass die Parteien sich anschließend so gegenüber stehen, als ob kein Anerkenntnis abgegeben wurde (BGH, Urteil vom 13. Dezember 1967 - Ib ZR 168/65 - Rn. 32, juris).

b. Die Beklagte kann die Saldoanerkenntnisse ab dem 01.01.2002 kondizieren, weil die als Einzelbuchungen eingestellten quartalsweisen Berechnungen des Zinssatzes für den vertraglich vereinbarten Kontokorrentkredit infolge einer fehlerhaften Zinsanpassung unrichtig sind.

aa. Die von der Klägerin in ihren Verträgen verwendeten Klauseln, mit denen sie sich das Recht ausbedungen hat, die Zinssätze für den vertraglich vereinbarten Kontokorrentkredit durch einseitige Leistungsbestimmung anzupassen, sind unwirksam.

(1) Die in den Verträgen vom 26.04.2001 und 27.08.2003 enthaltenen Zinsanpassungsklauseln benachteiligen wegen nicht hinreichender Bestimmung der Anpassungsparameter die Beklagte unangemessen.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind gem. § 307 BGB bzw. § 9 AGBG a.F. i. V. m. Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB auch im Geschäftsverkehr mit Unternehmen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Zinsanpassungsklauseln dann der Fall, wenn sie es dem Verwender ermöglichen, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne Begrenzung anzuheben und so nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Gleiches gilt, wenn sie nur das Recht des Klauselverwenders enthalten, Erhöhungen ihrer eigenen Kosten an ihre Kunden weiterzugeben, nicht aber auch die Verpflichtung, bei gesunkenen eigenen Kosten den Preis für die Kunden zu senken (BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08). Der Bundesgerichtshof hat dem entsprechend Klauseln beanstandet, die den Banken ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 Abs. 1 BGB zuweisen ohne die maßgeblichen Parameter der Anpassung zu konkretisieren. Insbesondere bedarf es zur Wirksamkeit der Klausel einer verbindlichen Verpflichtung der Bank zur Senkung des Zinssatzes unter Wahrung des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Äquivalenzverhältnisses zwischen dem Vertragszinssatz und den Refinanzierungskonditionen (BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08; Urteil vom 13. April 2010 - XI ZR 197/09; Urteil vom 21. Dezember 2010 - XI ZR 52/08).

Diese Anforderungen, die der Bundesgerichtshof bezüglich Zinsanpassungsklauseln in Sparverträgen aufgestellt hat, sind auf Zinsanpassungsklauseln in Darlehens- und Kontokorrentkreditverträgen übertragbar (OLG Düsseldorf, Urteil vom

05. April 2012 - 6 U 7/11) und gelten auch gegenüber gewerblichen Kunden. Die Rechtslage ist bei Soll- und Habenzinsen vergleichbar (Nassall in: jurisPR-BGHZivilR 18/2004 Anm. 3). Der (gewerbliche) Darlehenskunde muss im Voraus abschätzen können, welchen Belastungen er für die Kreditinanspruchnahme ausgesetzt ist. Hierfür muss er die Voraussetzungen kennen, um etwaige Zinsanpassungen überprüfen zu können (Senat, Urteil vom 6. November 2013 - 9 U 123/13). Dementsprechend bedarf es der Bestimmung eines Referenzwertes wie beispielsweise eines Geld- oder Kapitalmarktzinssatzes, gegebenenfalls einer Anpassungsschwelle, die eine Befugnis oder Pflicht zur Änderung begründen und/oder eines Anpassungsintervalls, innerhalb dessen eine Überprüfung der Anpassungsvoraussetzungen zu erfolgen hat.

Diesen Anforderungen werden die Zinsanpassungsklauseln in den o.g. Verträgen nicht gerecht. Diese verweisen als Grund für Zinsanpassungen lediglich auf nicht konkretisierte Änderungen des „allgemeinen Zinsniveaus“ und räumen der Klägerin ein billiges Ermessen bei der Anpassung ein ohne verbindliche Verpflichtung zur Zinssatzsenkung unter Wahrung des Äquivalenzverhältnisses bei Vertragsabschluss.

(2) Hinsichtlich der Verträge vom 07.01.2002, 27.01.2003 und 19.04.2005 hat die Klägerin eine geänderte Klausel verwendet, die den Anforderungen der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 2009/2010 nahe kam, aber ihr letztendlich dennoch nicht vollständig gerecht wird:

Die Zinsanpassungsklausel hat in den vorgenannten Verträgen folgenden Wortlaut:

*Die Bank überprüft den Zinssatz spätestens zum Ende eines jeden Monats. Erhöht sich der letzte veröffentlichte Monatsdurchschnitt für den EURIBOR-Dreimonatsgeld gegenüber dem im Vormonat ermittelten Monatsdurchschnitt bei Vertragsschluss bzw. bei der letzten Konditionenanpassung um mindestens 0,25 Prozentpunkte, so kann die Bank den Zinssatz unter Berücksichtigung ihrer Refinanzierungsmittel nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) anheben; die Bank wird den Zinssatz entsprechend senken, wenn sich der Monatsdurchschnitt für EURIBOR-Dreimonatsgeld um mindestens 0,25 Prozentpunkte ermäßigt hat. Bei der Leistungsbestimmung wird sich die Bank an der Zinsgestaltung orientieren, die bei Vertragsabschluss bestanden hat.*

Diese Klausel ist insoweit teilunwirksam, als sie der Klägerin bei der Zinssenkung ein nicht ausreichend konkretes Leistungsbestimmungsrecht einräumt. Grundsätzlich sind Allgemeine Geschäftsbedingungen objektiv auszulegen. Ist danach eine Klausel objektiv mehrdeutig und führt eine Auslegung zu einer Unwirksamkeit der Klausel, ist von dieser gem. § 305c Abs. 2 BGB auch im Individualprozess auszugehen, denn die scheinbar kundenfeindlichste Auslegung führt dann für den Kunden zu einem günstigeren Ergebnis (BGH, Teilurteil vom 29. April 2008 - KZR 2/07 -, BGHZ 176, 244-255).

So liegt der Fall hier. Die Klägerin hat in der Klausel zwar eindeutig die Voraussetzungen für eine Zinsänderung definiert (Anpassungsschwelle von 0,25 Prozentpunkten Veränderung gegenüber dem Monatsdurchschnitt des Dreimonats-EURIBOR bei Vertragsschluss). Hinsichtlich der Pflicht zur Höhe der Zinssenkung fehlt hingegen eine ausreichend klare Bindung der Klägerin, das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis zu wahren. Die Klägerin hat ihr Erhöhungsrecht in ihr billiges Ermessen gestellt und neben der Veränderung des Dreimonats-EURIBOR auch

die Berücksichtigung ihrer - nicht näher definierten - Refinanzierungsmittel vorbehalten. Zwar verwendet sie hinsichtlich der Verpflichtung zur Senkung das Wort „wird“ anstelle des ein Ermessen ausdrückenden Wortes „kann“ bei der Erhöhung des Zinssatzes. Im Gesamtzusammenhang wird jedoch nicht ausreichend deutlich, dass eine genaue Wahrung des Äquivalenzverhältnisses von der Klägerin sicherzustellen ist. Die verbindliche Pflicht zur Anpassung wird nämlich dadurch eingeschränkt, dass sie nur eine „entsprechende“ Senkung vorsieht. Das Wort „entsprechend“ kann sich sowohl auf die Rahmenbedingungen für die Ermessensausübung im vorhergehenden Satz als auch auf die Höhe der Senkung des Dreimonats-EURIBOR beziehen. Im letzten Satz heißt es ergänzend, dass die Klägerin sich an der Zinsgestaltung bei Vertragsschluss „orientieren“ werde. In der Gesamtschau lässt diese Formulierung, anders als beispielsweise das Wort „einhalten“, Abweichungen im Ermessen der Bank und zum Nachteil des Kunden zu.

Diese Auslegung der Klauseln wird letztlich bestätigt durch die eigene Praxis der Klägerin. Nach den Feststellungen des Sachverständigen ... in seinem Gutachten vom 05.02.2014 hat die Klägerin es z.B. unterlassen, trotz Absinken des Referenzzinssatzes um jeweils über 0,30 Prozentpunkte z.B. im März und Juni 2003 eine Anpassung des Vertragszinssatzes vorzunehmen.

bb. Die Unwirksamkeit der Klausel bezüglich der Zinsanpassung durch eine einseitige Leistungsbestimmung der Klägerin lässt die Vereinbarung der Zinsvariabilität unberührt, da es sich insoweit um eine eigenständige, nicht gegen das Klauselverbot verstoßende, kontrollfreie Preisregelung handelt. Die verbliebene Lücke ist durch ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu schließen (BGH, Urteile vom 21. Dezember 2010 - XI ZR 52/08 und vom 13. April 2010 - XI ZR 197/09).

Die Auslegung ergibt, dass der Klägerin kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 Abs. 1 BGB verbleibt ([1]). Die Zinsanpassung hat in Abhängigkeit des Zinssatzes für EURIBOR Dreimonatsgeld als Referenzzinssatz zu erfolgen ([2]). Sofern die Zinsanpassungsklauseln nicht Anpassungsschwellen und Anpassungsintervalle vorsehen, ist täglich ohne Anpassungsschwelle anzupassen ([3]).

(1) Die durch die Unwirksamkeit der AGB-Klausel entstandene Regelungslücke ist durch ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu schließen. Aus der bei Schließung von Regelungslücken in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gebotenen objektiv-generalisierenden Sicht ist der hypothetische Vertragswille typischer Parteien, sofern ihnen die Unwirksamkeit der Klausel bei Vertragsschluss bekannt gewesen wäre, nicht darauf gerichtet, eine unwirksame, den Vertragspartner des Klauselverwenders unangemessen benachteiligende Klausel durch eine der unausgewogenen Regelung im Kern gleichende Gestaltung zu ersetzen. Deswegen kann an die Stelle einer unwirksamen, einseitigen Zinsanpassungsklausel kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Bank treten (BGH, Urteile vom 21. Dezember 2010 - XI ZR 52/08 und vom 13. April 2010 - XI ZR 197/09).

(2) Bei der ergänzenden Vertragsauslegung sind Anpassungsparameter zu wählen, die dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit von Zinsänderungen genügen und dem Charakter des Vertrages entsprechen. Dabei ist zunächst ein Referenzzinssatz zu bestimmen, an dem sich unter Wahrung des Äquivalenzverhältnisses die Zinsänderungen auszurichten haben. Vor diesem Hintergrund scheint es dem Senat angemessen, den Dreimonats-EURIBOR als Referenzzinssatz zu bestimmen. Es handelt sich um einen relativ kurzfristigen Geldmarktsatz, was der kurzfristigen Veränderbarkeit des Zinssatzes und den mit



Zinsänderungen verbundenen Kündigungsmöglichkeiten des Bankkunden entspricht. Bei den Verträgen vom 07.01.2002, 27.01.2003 und 19.04.2005 ergibt sich dieser Referenzzinssatz aus der bestehenden Vereinbarung, die lediglich hinsichtlich eines verbleibenden Ermessens bei der Leistungsbestimmung unwirksam ist (s.o.).

(3) Die Kontokorrentkredit-Verträge sind in Ermangelung anderer Anknüpfungspunkte dahingehend auszulegen, dass jede Zinssatzänderung des Referenzzinssatzes zu einer Änderung des Vertragszinssatzes führen kann. Dies gilt jedenfalls für die Verträge vom 26.04.2001 und 27.08.2003. Diese gaben der Klägerin formal das Recht zur jederzeitigen Änderung unabhängig von der Höhe der Veränderung des „allgemeinen Zinsniveaus“ oder von bestimmten Zeitabständen. Insofern ist auch eine Zinsberechnung unter Berücksichtigung des täglich zu ermittelnden Zinssatzes, jedenfalls unterhalb des vertraglich vereinbarten Anfangszinssatzes zumutbar. Soweit die Klägerin in den Verträgen vom 07.01.2002, 27.01.2003 und 19.04.2005 Anpassungsparameter festgelegt hat (monatliche Überprüfung und Abweichung von 0,25 Prozentpunkten), waren diese Vereinbarungen wirksam und daher anzuwenden.

(4) Bei der Ermittlung des zutreffenden Zinssatzes ist das anfängliche Äquivalenzverhältnis zu wahren. Dabei ist zunächst der Unterschied zwischen dem Vertragszinssatz und dem Referenzzinssatz bei Vertragsschluss festzustellen. Allerdings führt die ergänzende Vertragsauslegung dazu, dass dieser Unterschied nicht in absoluter Höhe bei Änderungen des Referenzzinssatzes fortgeschrieben werden kann. Es ist vielmehr der relative Abstand zu ermitteln und dieser ist bei Zinsanpassungen beizubehalten (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - XI ZR 52/08, Tz. 25; Urteil vom 13. April 2010 - XI ZR 197/09, Tz. 26f.).

Zwar mag bei Kreditverträgen mit variabler Verzinsung die Einhaltung eines absoluten Abstandes zwischen Referenzzinssatz und Darlehenszinssatz sinnvoll und vertraglich ohne weiteres zulässig sein. Insbesondere besteht nicht wie bei Sparverträgen die Gefahr, dass ein Habenzinssatz im Rahmen einer Zinsanpassung zu einem Sollzinssatz wird. Diese Gefahr besteht nur, wenn der Referenzzinssatz bei Vertragsschluss höher als der Vertragszinssatz liegt. Wenn der Referenzzinssatz - wie hier - niedriger als der Vertragszinssatz ist, kann letzterer nur negativ werden, wenn zuvor der Referenzzinssatz selbst negativ geworden ist. Unverhältnismäßig hohe Zinsanpassungen nach oben werden hingegen auch bei einem relativen Äquivalenzverhältnis aus faktischen Gründen unterbleiben, weil in diesen Fällen der Zinssatz nicht mehr marktüblich und durchsetzbar wäre.

cc. Die Anwendung der unwirksamen Zinsanpassungsklausel hat zum Nachteil der Beklagten zur rechtsgrundlosen Leistung der quartalsweisen Saldoanerkennnisse geführt, durch die die Klägerin bereichert ist.

(1) Entgegen der Behauptung der Beklagten lassen sich allerdings Saldoanerkennnisse zu den quartalsweise erstellten Rechnungsabschlüssen der Klägerin feststellen. Nach den - üblichen und unstreitigen - Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (Ziff. 7 Abs. 2 AGB, vgl. Anlage K33) kommen Saldoanerkennnisse von Rechnungsabschlüssen zu Stande, wenn der Kunde diesen nicht innerhalb von 6 Wochen ab Zugang widerspricht. Dies hat die Beklagte im maßgeblichen Zeitraum nicht getan. Die Rechnungsabschlüsse ergeben sich jeweils aus den von dem Senat in der mündlichen Verhandlung vom 30.11.2011 in Augenschein genommenen Kontoauszügen (GA 927), deren Inhalt unstreitig ist. In diesen hat die Klägerin zu jedem quartalsweisen Rechnungsabschluss eine Zinsabrechnung vorgenommen und den Rechnungsabschluss und dessen Saldo

ausgewiesen. Die Beklagte hat bestätigt, dass die Kontoauszüge immer dieselbe Struktur hatten.

(2) Ebenso wenig sind die Saldoanerkennnisse bzw. Rechnungsabschlüsse der Klägerin formal unwirksam. Zwar hat der Bundesgerichtshof Kontoauszüge als wettbewerbswidrig beurteilt, die nicht ausreichend klar erkennen lassen, dass der abgebildete Tagessaldo, der auf der Grundlage der Buchungsdaten berechnet wird, nicht identisch ist mit dem Saldo, der sich aus der tatsächlichen Wertstellung ergibt, die alleine für die Berechnung der Zinsen maßgeblich ist. Dadurch könnte dem Kunden Deckung suggeriert und er zu zinspflichtigen Belastungen veranlasst werden, obwohl das Guthaben erst zu einem späteren Zeitpunkt gutgeschrieben wird (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 87/04). Dieser Informationsfehler mag zwar zu einem - von der Bank gegebenenfalls zu erstattenden - Zinsschaden führen. Der Rechnungsabschluss wird durch eine derartige Darstellungspraxis jedoch nicht grob unrichtig oder nicht genehmigungsfähig. Eine missverständliche Darstellung des Tagessaldos ist nicht identisch mit der Fehlerhaftigkeit eines Rechnungsabschlusses. Auch die Beklagte stellt nicht infrage, dass die Klägerin die Salden und Zinsen auf der Grundlage der Wertstellungsdaten und nicht der Buchungsdaten berechnet hat. Eine missverständliche Darstellung von Tagessalden in Kontoauszügen macht einen inhaltlich richtigen Rechnungsabschluss nicht grob fehlerhaft.

(3) Die Rechnungsabschlüsse waren jedoch hinsichtlich der Zinsberechnungen und damit auch hinsichtlich der ausgewiesenen Salden falsch. Die von der Klägerin ihren Zinsberechnungen zu Grunde gelegten und in den Kontoauszügen ausgewiesenen Zinssätze für die Inanspruchnahme des vertraglich vereinbarten Kontokorrentkredits sind unstreitig und der von der Klägerin vorgelegten Übersicht (Anlage K105/1) zu entnehmen.

Der Dreimonats-EURIBOR hat sich während der Laufzeit der jeweiligen Vereinbarungen wiederholt und deutlich gesenkt, ohne dass die Klägerin diese Änderungen beim Vertragszinssatz nachvollzogen hätte. Zum Beispiel ist der Dreimonats-EURIBOR in der Laufzeit der Vereinbarung vom 26.04.2001 bis zum 09.01.2002 von 4,779% auf 3,325% gesunken und bis zum Ende des Jahres 2002 (während der Laufzeit des Vertrages vom 07./09.01.2002) weiter auf 2,865% gefallen (Quelle: Zeitreihe ST0316 der Deutschen Bundesbank), ohne dass die Klägerin Zinssenkungen vorgenommen hätte. Die Klägerin hat daher quartalsweise zu viel Zinsen als Einzelforderungen ins Kontokorrent eingestellt und dadurch einen zu hohen Saldo ausgewiesen. Auf dessen Anerkenntnis hatte sie keinen Anspruch.

dd) Die Ansprüche der Beklagten auf Kondiktion der Saldoanerkennnisse wegen unterbliebener bzw. fehlerhafter Zinsanpassungen sind jedenfalls verwirkt, soweit sie Saldoanerkennnisse vor dem 01.01.2001 betreffen.

(1) Ein Recht ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment; dazu unter [c]) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres liegt vor, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde (dazu unter [a]). Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (dazu unter [b]).

(a) Die Klägerin durfte sich bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs

vom 21. April 2009 (XI ZR 78/08) darauf einrichten, dass die Beklagte die Zinsanpassungen nicht mehr nachträglich beanstanden würde. Bei lang laufenden Kontokorrentkreditverträgen besteht die Besonderheit, dass sich systematische Fehler bei der Zinsberechnung oder -anpassung auf Grund des Zinseszinses über die Laufzeit exponentiell auswirken. Dadurch unterscheiden sie sich von anderen Ansprüchen, die in der Regel erst ab Verzugs eintritt zu verzinsen sind. Bei diesen ist der Schuldner - im Regelfall infolge einer Mahnung oder eines vereinbarten Fälligkeitstermins - gewarnt. Grundsätzlich will das Gesetz den Schuldner vom Zinseszinsentlasten, um ihn vor schwer kalkulierbaren und kaum vorhersehbaren Zinslasten zu bewahren, vgl. §§ 248, 289 BGB (Grundmann in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 248 Rn. 1). In Kontokorrentkreditverträgen besteht ein hohes Bedürfnis an Rechtsklarheit, um ein Aufsummieren von Ansprüchen, wie sie beispielsweise auch § 197 BGB a.F. verhindern wollte, zu vermeiden. Dem dienen die periodischen Rechnungsabschlüsse, die den Parteien die Möglichkeit der zeitnahen Überprüfung und Klärung geben. Üblicherweise, wie auch hier, werden sie viermal im Jahr quartalsweise abgegeben, um überschaubare Rechnungsperioden zu schaffen. Im Zahlungsverkehr trägt die neue Vorschrift des § 676b Abs. 2 BGB, die einen Einwendungsausschluss bei fehlerhaften Belastungsbuchungen wegen nicht oder fehlerhaft ausgeführter Zahlungsvorgänge bereits nach 13 Monaten vorsieht, dem Interesse nach schneller Klärung Rechnung.

Bei variabel verzinsten Darlehensverträgen, die flexibel auf sich ändernde Bedingungen am Geld- und Kapitalmarkt reagieren müssen und daher Anpassungsrechte vorsehen, besteht ein besonderes Bedürfnis, die Berechnungsgrundlagen zügig zu klären. Nach einem längeren Zeitablauf lassen sich die Umstände, die zur Zinsanpassung geführt haben, schwerer aufklären. Dies gilt insbesondere für die Bedingungen am Geld- oder Kapitalmarkt, wenn man nicht nur auf einen bestimmten dokumentierten Referenzzinssatz abstellt, sondern beispielsweise auf die konkreten Refinanzierungsbedingungen, die bei einem Kreditinstitut nicht nur von den Refinanzierungskosten auf dem Kapitalmarkt, sondern auch von deren Passivgeschäft beeinflusst sind. Schließlich möchte ein Kreditinstitut Gewissheit haben, dass es die berechneten Zinserträge auch dauerhaft behalten darf. Aus diesem Grund darf ein Kreditinstitut erwarten, dass ein Darlehensnehmer die mitgeteilten Zinsanpassungen und die Rechnungsabschlüsse auf ihre Rechtmäßigkeit sorgfältig überprüft und etwaige Zweifel mitteilt. Die Beklagte wurde auf jedem Kontoauszug darauf hingewiesen, dass sie Rechnungsabschlüsse zu prüfen hatte. Dies geht aus den vorgelegten Original-Kontoauszügen hervor.

Zwar musste ein Kreditnehmer bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.04.2009 nicht damit rechnen, dass die Zinsanpassungsklausel wegen des zu unbestimmt vereinbarten Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 BGB unwirksam war. Nach der bis dahin gültigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs waren die Klauseln aber schon immer einschränkend auszulegen. Eine Anpassung des Vertragszinses war nur entsprechend den kapitalmarktbedingten Änderungen der Refinanzierungskosten unter Beibehaltung des anfänglichen Grundgefüges (Äquivalenzverhältnis) zulässig und die Klausel verpflichtete zu einer Herabsetzung zu Gunsten des Kunden innerhalb angemessener Frist (BGH, Urteil vom 04.12.1990 - XI ZR 340/89 - Tz. 33). Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet die Unwirksamkeit der Zinsanpassungsklauseln mit der zu unbestimmten Verpflichtung der Bank, die Zinshöhe zu Gunsten des Kunden unter Beibehaltung des Äquivalenzverhältnisses zu senken und auch bei Erhöhungen dieses zu wahren. Dabei betonte der Bundesgerichtshof das Erfordernis der Vorhersehbar-

keit und Kontrollierbarkeit der Zinsanpassungen (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - XI ZR 52/08 - Tz. 17; Urteil vom 13. April 2010 - XI ZR 197/09 - Tz. 19; Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08 - 35).

Die Vorhersehbarkeit ist die spiegelbildliche Voraussetzung für die Kontrollierbarkeit. Während der Kunde bei der Vorhersehbarkeit auf Grund der Klausel abschätzen können muss, unter welchen Voraussetzungen die Bank die Zinskonditionen in Zukunft ändern kann, muss ihm nach Bekanntgabe der Änderung eine Kontrolle der Vertragskonformität möglich sein. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs legt dar, anhand welcher Kriterien wie Anpassungsparameter, Anpassungsschwelle und -häufigkeit ein Vertrag bei einer unwirksamen, weil zu unbestimmten Anpassungsklausel auszulegen ist. Diese Prüfkriterien und somit die Möglichkeit der Kontrolle und Beanstandung standen dem Kunden schon seit jeher zur Verfügung. Er hätte sich einerseits, beispielsweise anlässlich der ersten Zinsanpassungen oder Veränderungen der Kapitalmarktbedingungen, nach den Anpassungskriterien erkundigen und sie auf eine Einhaltung des Äquivalenzverhältnisses überprüfen können. Ihm war es auf Grund der unstreitig bekannt gegebenen und erkennbaren Zinsanpassungen schon immer möglich, auf eine fehlerhafte Anpassung des Vertragszinssatzes an die aus einem geeigneten Referenzzinssatz ableitbaren Bedingungen des Kapitalmarkts hinzuweisen und die konkreten Zinsanpassungen zu beanstanden. Daten über die durchschnittlichen Sätze in dem Aktiv- und Passivgeschäft der Banken, sowie über die Zinssätze im Interbankenverkehr wie FIBOR oder EURIBOR waren öffentlich verfügbar.

Darauf, ob der Kunde verpflichtet ist, sich nach den Zinsanpassungsparametern zu erkundigen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 05. April 2012 - 6 U 7/11, Tz. 81) kommt es nicht an. Hier geht es darum, dass der Kunde mit einer Zinsanpassung oder - trotz sinkender Kapitalmarktbedingungen - mit einem Unterlassen von Zinsanpassungen konfrontiert wird. Auch wenn es keine rechtliche Verpflichtung gab, so bestand dennoch die Notwendigkeit, die eigenen Interessen, die ersichtlich nicht von der Bank wahrgenommen werden, zu schützen und die Handlungen des Vertragspartners auf Vertragskonformität zu überprüfen. Denn es war bereits vor der Rechtsprechungsänderung zu den Zinsanpassungsklauseln erkennbar, dass die tatsächlich durchgeführten Zinsanpassungen nicht überprüfbar waren. Dies hätte eine Nachfrage bei der Bank jedenfalls nahegelegt. Lässt der Kunde hingegen die Zinsanpassungen und Rechnungsabschlüsse jahrelang unbeanstandet, dann signalisiert er, das Ergebnis der Zinsanpassung nicht beanstanden zu wollen, so dass sich die Bank darauf einstellen kann.

Die Rechtsprechung zum - ausnahmsweisen - Hinausschieben des Verjährungsbeginns bei unklarer Rechtslage und unzumutbarer Klageerhebung ist nicht auf die Verwirkung übertragbar. Auch wenn unter verjährungsrechtlichen Gesichtspunkten eine unterlassene Klageerhebung trotz ausreichender Tatsachenkenntnis aber wegen fehlender Rechtskenntnis nicht schädlich sein muss (st. Rspr. BGH, Urteil vom 23. Januar 2013 - VIII ZR 80/12; Urteil vom 07.12.2010 - XI ZR 348/09), kann von einem Gläubiger nach Treu und Glauben erwartet werden, dass er seine Unzufriedenheit mit einem Handeln des Schuldners und seine Auffassung, unberechtigt Zahlungen zu leisten, zum Ausdruck bringt. Zum Beispiel könnte er zunächst - auch ohne Klage - gegenüber der Bank seine Auffassung zum Ausdruck bringen, dass die Anpassungsklausel unwirksam sei. Auch hätte er um eine Klärung der von der Bank im Rahmen der AGB-Zinsanpassungsklausel verwendeten Anpassungsparameter oder um eine nachvollziehbare und prüfbare Begründung der Zinsanpassung oder deren Unterlassung bitten können.

Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs betrifft lediglich die Wirksamkeit der AGB-Zinsanpassungsklauseln. Hinsichtlich der eingeschränkten Zulässigkeit von Zinsanpassungen auf Grund der früher für wirksam gehaltenen Klauseln, die eine Wahrung des Äquivalenzverhältnisses voraussetzten und dessen Verletzung im Wege der nachträglichen Kontrolle hätte gerügt werden können, ist keine Rechtsprechungsänderung eingetreten. Bereits durch eine entsprechende Aufforderung, mit den Zinsanpassungen den sich beispielsweise im Dreimonats-EURIBOR widerspiegelnden Bedingungen am Kapitalmarkt Rechnung zu tragen bzw. das vertragliche Äquivalenzverhältnis zu konkretisieren und vor diesem Hintergrund die Anpassungen zu rechtfertigen, wäre die Darlehensgeberin gewarnt gewesen. Sie hätte ihr Verhalten überprüfen und ihre Anpassungen darauf ausrichten können.

Zwar bestand für den Darlehensnehmer insoweit eine Unsicherheit, als er von einem billigen Ermessen der Bank bei der Zinsanpassung ausgehen konnte, so dass er in der irrigen Annahme der Wirksamkeit der AGB-Zinsanpassungsklausel in einem Toleranzbereich Abweichungen nicht anzweifeln konnte. Hier geht es hingegen um ein anhand der veröffentlichten Geld- und Kapitalmarktbedingungen erkennbares starkes Absinken des Zinsniveaus mit einem deutlichen Überschreiten eines Toleranzbereichs. Beispielsweise ist der Dreimonats-EURIBOR während der Laufzeit des Kontokorrentkreditvertrag vom 26.04.2001 (bis 09.01.2002) von anfänglich 4,779 % um über 1,5 Prozentpunkte auf einen Stand von 3,272 % (03.01.2002; Quelle: Zeitreihe ST0136 Deutsche Bundesbank) gefallen, ohne dass Anpassungen vorgenommen worden wären. Beanstandet der Darlehensnehmer hingegen überhaupt keine Anpassungen oder unterlassene Anpassungen und damit auch nicht solche, die außerhalb eines Toleranzbereichs liegen, darf die Bank sich auf den Bestand ihrer Abrechnungen - jedenfalls nach einer gewissen Zeit - verlassen. Wenn der Kunde bereits grobe Abweichungen hinnimmt, kann er sich nicht damit rechtfertigen, wegen einer Unsicherheit im kleinen Toleranzbereich bei der Wahrung des Äquivalenzverhältnisses von Beanstandungen abgesehen zu haben.

Den Kreditinstituten kann dabei nicht eigenes widersprüchliches Verhalten vorgehalten werden. Die Rechtsprechung hat die Anpassungsklauseln der Bankwirtschaft jahrelang gebilligt. Offenbar bestand in der Kreditwirtschaft die Auffassung, die Zinssätze müssten sich zwar an den Refinanzierungsbedingungen orientieren, hierfür könnten als Maßstab jedoch die von den Kreditinstituten am Markt verlangten Zinssätze herangezogen werden. Auch wenn diese Zinssätze tatsächlich nicht geeignet sind, weil sie nicht zwangsläufig die Refinanzierungskonditionen abbilden, sondern das durchschnittliche Marktverhalten der Kreditinstitute unabhängig von variabel verzinslichen Darlehensverträgen, war diese Annahme nicht erkennbar treuwidrig und vorsätzlich falsch. Der Bundesgerichtshof selbst hat in seiner Entscheidung vom 04.12.1990 (XI ZR 340/89 - Tz. 46) auf einen derartigen Zinssatz (von der Bundesbank veröffentlichte Effektivzinssätze für Konsumentenkredite) abgestellt. Im Übrigen war die Klägerin wegen des vertraglichen Kündigungsrechts der Beklagten nicht in der Lage, die Zinskonditionen beliebig diktieren zu können. Die Beklagte war ihr nicht ausgeliefert.

(b) Die Bank ist hinsichtlich ihres Vertrauens in den Bestand ihrer Zinsanpassungen und dem Behaltendürfen der Zinseinnahmen schutzwürdig, weil die Pflicht zur Herausgabe andernfalls mit einem für sie unzumutbaren Nachteil verbunden wäre.

Die Kontokorrentkredite waren größtenteils mit einer kurzen Laufzeit oder un-

befristet (bis auf weiteres) vereinbart. Dadurch bestanden für beide Seiten kurzfristige Beendigungsmöglichkeiten. Insbesondere konnte die Beklagte den Kontokorrentkredit jeweils ohne Vorfälligkeitsentschädigung ablösen. Demgegenüber hat sie wiederholt die Zinssätze der Klägerin durch mehrere Vereinbarungen bestätigt oder neu festgesetzt. Zu keinem Zeitpunkt hat die Beklagte fehlerhafte Zinsanpassungen beanstandet. Insofern bestand auch für die Klägerin kein Anlass, die Zinsanpassung zu überprüfen oder den Kontokorrentkredit zu kündigen und für die erneute Kreditgewährung einen Zinssatz zu verlangen, den sie für angemessen hielt.

Der nachträgliche Verlust dieser vertraglichen Anpassungsmöglichkeit und der damit verbundenen Erwerbchancen stellt eine unzumutbare Härte dar.

(c) Jedenfalls dann, wenn Zinsanpassungen in Rechnungsabschlüssen über 5 Jahre zurückliegen, ohne dass anlässlich der jeweils vierteljährlichen Aufforderungen zur Prüfung und Abgabe von Saldoanerkennnissen Beanstandungen erhoben wurden, liegt auch das für das Rechtsinstitut der Verwirkung erforderliche Zeitmoment vor. Daher kann die Beklagte keine Zinskorrekturen bezüglich Zinsbelastungen verlangen, die vor mehr als 5 Jahren vor ihrer ersten Beanstandung im Rahmen der Widerklageschrift vom 20.02.2007 lagen. Die Klägerin hat sich insoweit ausdrücklich mit einer Neuberechnung ab dem 01.01.2002 einverstanden erklärt (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.04.2014, S. 4).

(2) Vor dem Hintergrund, dass sich die Klägerin mit einer Neuberechnung ab dem 01.01.2002 ausdrücklich einverstanden erklärt hat, kann es dahingestellt bleiben, ob im Zeitpunkt der fehlerhaften Zinsbelastungsbuchungen spiegelbildlich Bereicherungsansprüche der Beklagten in Höhe der zu hohen Zinsen entstanden und diese ihrerseits der Verjährung gem. § 197 BGB a.F. i. V. m. Art. 229 § 6 EGBGB unterlagen (so: OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2012 - 6 U 7/11; OLG München, Urteil vom 9. Mai 2011 - 19 U 3229/10; OLG Nürnberg, Urteil vom 30. März 2009 - 14 U 297/07).

c. Die Beklagte kann die Saldoanerkennnisse auch im Hinblick auf fehlerhaft berechnete Überziehungszinsen für die Zeit ab dem 01.01.2002 kondizieren. Die Parteien haben für geduldete Überziehungen keinen Zinssatz vereinbart, der den jeweiligen Anfangszinssatz für die vereinbarten Kontokorrentkredite überstieg. Auch wurde keine Zinsanpassungsabrede getroffen.

aa. Die Beklagte hat in den jeweiligen Kontokorrentkreditverträgen lediglich einen Zinssatz für den vereinbarten Kreditrahmen festgeschrieben. Hinsichtlich der geduldeten Überziehungen ergab sich lediglich aus den allgemeinen Kreditbedingungen, dass für diese „ein höherer Überziehungszins“ anfallt, ohne dass dessen Höhe konkretisiert worden wäre.

Der Überziehungszinssatz ergibt sich nicht aus den Preisaushängen der Klägerin. Dieser gilt nur für Privatkunden.

Die Klägerin hat auch nicht darlegt, wie sie der Beklagten vor der jeweiligen Inanspruchnahme die gültigen Zinssätze für Überziehungen anderweitig mitgeteilt haben will. Die Klägerin beruft sich auf ihre Kontoauszüge. Diese stellen keine ordnungsgemäße Mitteilung der Zinssätze dar, zumal sie dem Bankkunden nicht vor oder bei Inanspruchnahme mitgeteilt wurden. Die Mitteilung der Zinssätze für eine abgelaufene Zinsperiode im Zusammenhang mit der quartalsweisen Zinsberechnung zum Schluss der Rechnungsperiode stellt keine rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder Bestim-

mung von Zinssätzen für die Zukunft dar. Dieser Erklärungsinhalt lässt sich einem lediglich der Abrechnung dienenden Dokument nicht beilegen.

bb. Die Parteien haben hinsichtlich des Überziehungszinssatzes keine Zinsanpassung vereinbart. In den Kontokorrentkreditverträgen wurde das Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin nur im Zusammenhang mit dem Zinssatz für den vereinbarten Kredit geregelt. Die Berechtigung, einen höheren Zinssatz für geduldete Überziehungen zu verlangen, ist hingegen an anderer Stelle in den allgemeinen Kreditbedingungen festgelegt. Diese sehen kein Zinsanpassungsrecht während der Inanspruchnahme der geduldeten Überziehung vor. Der Kreditvertrag ist daher dahingehend auszulegen, dass die Klägerin ohne das Recht und die Pflicht zur Zinsanpassung nur denjenigen Zinssatz für geduldete Überziehungen verlangen kann, der anfänglich für den vertraglichen Kontokorrentkredit vereinbart wurde.

cc. Die Kondiktionsansprüche sind jedoch verwirkt, soweit sie sich auf unberechtigt gebuchte Überziehungszinsen für die Zeit vor dem 01.01.2002 beziehen. Hier sind Zeit- und Umstandsmoment wie bei den fehlerhaften Zinsanpassungen erfüllt. Die Beklagte konnte bei jedem Rechnungsabschluss, der jeweils vierteljährlich erfolgte, die Berechnung der Überziehungszinsen zu dem erhöhten Zinssatz erkennen und deren Berechtigung überprüfen. Hierauf wurde sie unter Hinweis auf die Genehmigungswirkung hingewiesen. Wenn ein gewerblicher Kunde über eine Dauer von mindestens 5 Kalenderjahren derartige Abrechnungen unbeanstandet hinnimmt, schafft er bei seiner Bank ein schutzwürdiges Vertrauen darin, dass sie die belasteten Beträge behalten darf und - zur Klarstellung - keine anderweitige ausdrückliche Regelung mit dem Kunden treffen muss. Zudem verhindert er damit, dass die Bank, die einen höheren Überziehungszinssatz für nur geduldete Überziehungen verlangen möchte, bei Beanstandungen durch den Kunden auf der sofortigen Rückführung der Überziehung besteht und individualvertraglich alternativ einen höheren Überziehungszinssatz in rechtlich einwandfreier Form anbietet.

Die Beklagte hat die fehlende Berechtigung der Überziehungszinsen erstmalig mit der Widerklage vom 20.02.2007 geltend gemacht. Die Klägerin ist mit einer Neuberechnung ab 01.01.2002 ausdrücklich einverstanden.

d. Die Beklagte kann die Saldoanerkennnisse auch im Hinblick auf zu Unrecht berechnete Entgelte kondizieren.

aa. Die Saldoanerkennnisse können allerdings nicht mit dem pauschalen Verweis auf das Privatgutachten ... kondiziert werden, die Klägerin habe fehlerhaft Entgelte berechnet. Der allgemeine Verweis auf das Gutachten kann einen konkreten, für das Gericht nachprüfbareren Vortrag nicht ersetzen. Auf die Unzulänglichkeit des Vortrages wurde die Beklagte hingewiesen. In der Widerklageschrift hat die Beklagte pauschal auf einen Leitzordner mit zahlreichen Berichten des Privatgutachters ... Bezug genommen und vorgetragen, dass in dem Zeitraum vom 29.12.1988 bis 31.12.2001 369 Entgelten mit einem Gesamtwert von 2.727,23 DM gebucht worden seien, wovon „möglicherweise“ DM 563,73 berechtigt seien. Ein solcher Vortrag lässt eine rechtliche Prüfung nicht zu.

bb. Die Beklagte beanstandet allerdings zu Recht die Abrechnung von Arbeitsposten. Diese Buchungen sind unberechtigt und haben zu einem fehlerhaften Saldoanerkennnis geführt. Es fehlt an einer wirksamen Entgeltvereinbarung.

Auf den gerichtlichen Hinweis zur nicht dargelegten Vereinbarung eines Entgelts für Arbeitsposten hat die Klägerin vorgetragen, diese seien auf der Grundlage von Nr. 12 Abs. 2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart worden. Auf dieser

Grundlage lässt sich jedoch eine vertragliche Vereinbarung nicht feststellen (1), so dass die Klägerin ohne eine solche nur einen Anspruch auf die ortsübliche Vergütung hat, den sie allerdings nicht ausreichend dargelegt hat (2). Jedoch sind Berichtigungsansprüche größtenteils verwirkt (3).

(1) Die Klausel Nr. 12 Abs. 2 AGB berechtigt die Klägerin nicht, für ihre Hauptleistungen das Entgelt nach billigem Ermessen festzusetzen.

(a) Die Klausel kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Klägerin sie zur Grundlage einer Entgeltforderung für ihre Hauptleistung machen kann.

Die Vorschrift hatte nach dem Vortrag der Klägerin seit Beginn der Geschäftsbeziehung denselben Wortlaut wie in den als Anlage K33 vorgelegten AGB aus dem Jahr 2003:

## **12 Zinsen, Entgelte und Auslagen**

### **(1) Zinsen und Entgelte im Privatkundengeschäft**

*Die Höhe der Zinsen und Entgelte für die im Privatkundengeschäft üblichen Kredite und Leistungen ergibt sich aus dem "Preisaushang - Regelsätze im standardisierten Privatkundengeschäft" und ergänzend aus dem "Preis- und Leistungsverzeichnis". Wenn ein Kunde einen dort aufgeführten Kredit oder eine dort aufgeführte Leistung in Anspruch nimmt und dabei keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde, gelten die zu diesem Zeitpunkt im Preisaushang oder Preis- und Leistungsverzeichnis angegebenen Zinsen und Entgelte. Für die darin nicht aufgeführten Leistungen, die im Auftrag des Kunden oder in dessen mutmaßlichen Interesse erbracht werden und die, nach den Umständen zu urteilen, nur gegen eine Vergütung zu erwarten sind, kann die Bank die Höhe der Entgelte nach billigem Ermessen (§ 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches) bestimmen.*

### **(2) Zinsen und Entgelte außerhalb des Privatkundengeschäfts**

*Außerhalb des Privatkundengeschäfts bestimmt die Bank, wenn keine andere Vereinbarung getroffen ist, die Höhe von Zinsen und Entgelten nach billigem Ermessen (§ 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches).*

Die Klausel ist als Allgemeine Geschäftsbedingung einheitlich so auszulegen, wie ihr objektiver Inhalt und typischer Sinn, ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, nach ihrem Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (BGH, Urteil vom 07. Juni 2011 - XI ZR 388/10; Urteil vom 11. Juli 2012 - IV ZR 122/11). Danach kann die Klausel nicht dahingehend verstanden werden, dass die Bank auf ihrer Grundlage das Entgelt für die wesentlichen und dauerhaft zu erbringenden „üblichen“ Leistungen einseitig bestimmen kann. Redlicherweise darf ein Kunde erwarten, dass ihm vor Vertragsschluss von seinem Vertragspartner das Entgelt für die wesentlichen Leistungen genannt wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn es um standardisierte Leistungen geht, die der Vertragspartner dauerhaft und wiederholt gegenüber einer Vielzahl von Kunden erbringt. In diesen Fällen wird eine Bank den Aufwand und die Gewinnmarge für ihre Leistungen kalkuliert haben und in der Lage sein, ih-



re daraus resultierende Entgeltforderung eindeutig zu beziffern. Auch darf ein Kunde erwarten, dass er vor Vertragsschluss darüber informiert wird, wenn die Leistungen zu dem Entstehen eines erheblichen Entgelts führen können. Bei Standardleistungen besteht keine Notwendigkeit, einem Partner die einseitige Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu überlassen. Ein redlicher Vertragspartner wird das Hauptentgelt, das er für seine Leistungen erwartet, dem Kunden vorher deutlich mitteilen und es nicht über eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer späteren einseitigen Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen vorbehalten.

Die Bedeutung der Entgeltvereinbarung wird anhand der tatsächlich abgerechneten Kosten deutlich. Die Klägerin erhebt sowohl eine Kontoführungsg Gebühr, ohne dass der Umfang der damit abgegoltenen Leistungen erkennbar wird, als auch ein Entgelt je Arbeitsposten. Dabei sind bei der gewerblich tätigen Beklagten im Quartal Kosten in Höhe von über 150 DM (vergleiche z.B. Kontoauszug vom 02.07.1993) für über 300 Arbeitsposten angefallen.

Die Auslegung, wonach die Klägerin keine Entgelte für ihre Hauptleistung im Wege der einseitigen Leistungsbestimmung festlegen kann, wird durch Nr. 12 Abs. 1 AGB gestützt, die allerdings nur für das Privatkundengeschäft gilt. Bei diesem legt die Klägerin ihre Entgeltforderung für „übliche Kredite und Leistungen“ klar und primär durch den "Preisaushang - Regelsätze im standardisierten Privatkundengeschäft" und ergänzend durch das "Preis- und Leistungsverzeichnis" fest. Ein Leistungsbestimmungsrecht der Bank sieht Nr. 12 Abs. 1 S. 3 AGB nur für den Fall vor, dass der Kunde andere Leistungen in Anspruch nimmt, die in den Preisverzeichnissen nicht aufgeführt sind. In diesem Zusammenhang kann eine Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts sinnvoll sein, weil angesichts der Vielfalt der möglichen Dienstleistungen und Sachverhaltsgestaltungen es nur schwer möglich ist, bereits bei Vertragsschluss für sämtliche Leistungen ein Entgelt festzusetzen.

Daraus folgt, dass die Klägerin aufgrund von Nr. 12 Abs. 2 AGB nicht berechtigt ist, einseitig ein Entgelt für die typischen Hauptleistungen im Zusammenhang mit dem Girokonto nach billigem Ermessen festzusetzen. Als typische Leistungen sind insbesondere die Kontoführung und der Zahlungsverkehr anzusehen. Diese Leistungen erbringt die Klägerin in standardisierter und automatisierter Form massenhaft gegenüber allen ihren Kunden, so dass für diese Leistungen ausdrücklich ein Entgelt hätte vereinbart werden müssen.

(b) Selbst wenn - wie nicht - die Klausel die Bank berechtigen würde, auch für ihre Hauptleistungen das Entgelt nach billigem Ermessen festzusetzen, dann wäre diese Klausel gemäß § 3 AGBG bzw. § 305c BGB unwirksam, weil sie überraschend wäre. Eine Klausel ist überraschend, wenn sie nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Ob eine Klausel ungewöhnlich ist, ist anhand der Gesamtumstände zu beurteilen. Die Ungewöhnlichkeit kann sich auch aus der Höhe des Entgelts ergeben (Grüneberg in: Palandt, a.a.O., § 305c Rn. 3).

Wie oben bereits dargelegt, erwartet ein Kunde von seinem Vertragspartner, dass dieser ihm redlicherweise das Entgelt für die üblichen und wesentlichen Leistungen klar offenlegt und sich hierfür nicht, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung bestünde, ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht einräumen lässt. Dies gilt insbesondere für den Postenpreis, der bei Geschäftskunden je nach Umfang des Geschäftsbetriebs einen erheblichen Teil ausma-

chen kann.

Eine Klausel ist dann überraschend, wenn ihr ein Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt innewohnt (Basedow in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 305c Rn. 10). Es muss eine deutliche Diskrepanz zwischen der Erwartung des Kunden und der Regelung vorliegen und der Kunde muss nach den Umständen auf eine solche Klausel vernünftigerweise nicht gefasst sein. Hierbei ist die für den Geschäftskreis übliche Gestaltung der Vereinbarung sowie der äußere Zuschnitt des Vertrages zu beachten (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - III ZR 118/03). Unter diesen Umständen ist die Klausel überraschend. Der Vergleich zum Privatkundengeschäft verdeutlicht, dass die üblichen Leistungen in einem Preis- und Leistungsverzeichnis oder einem Preisaushang ausgewiesen werden. Hier besteht zwischen den Erwartungen der Verbraucher und der Unternehmer als Bankkunden kein Unterschied. Es handelt sich um eine massenhaft zu erbringende Standardleistung, bei der selbst kleine Preisveränderungen durch die Anzahl der Leistungen erhebliche finanzielle Auswirkungen haben können. Dabei ist die hohe Abhängigkeit des gewerblichen Bankkunden von seinem Kreditinstitut zu berücksichtigen. In einer solchen Geschäftsbeziehung werden klare Vereinbarungen erwartet, damit auch der Bankkunde seine aus der Bankverbindung resultierenden Belastungen abschätzen kann. Ein Wechsel der Bankverbindung ist regelmäßig mit einem hohen Aufwand für den Bankkunden verbunden, der seinen Vertragspartnern die neue Bankverbindung mitteilen muss. Bei einem solchen Massengeschäft ist ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen nicht zu erwarten. Die Klausel ist auch von der äußerlichen Gestaltung her überraschend. Als Regelung zur Hauptleistung erwartet ein Kunde sie redlicherweise in dem Hauptvertrag (Kontoeröffnungsvertrag oder Kreditvertrag), nicht jedoch ausgelagert in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Sie findet sich zudem erst in der Nr. 12 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und als Abs. 2 hinter der Regelung für das Privatkundengeschäft, die auf ein Preis- und Leistungsverzeichnis verweist.

(2) Die Klägerin hat ihren Anspruch auf die abgerechneten Postenpreise auch nicht anderweitig dargelegt. Zwar hat die Klägerin in Ermangelung einer vertraglichen Vereinbarung eines Postenpreises einen Anspruch auf die ortsübliche Vergütung gemäß §§ 675, 612 BGB, 354 HGB. Hierzu hat sie jedoch keinen ausreichenden Vortrag gehalten, obwohl sie mit Hinweisbeschluss des Senats vom 26.03.2013 (GA 1301) dazu aufgefordert wurde. Sie hat lediglich, ohne Anknüpfungstatsachen zu nennen, behauptet, die "damals" in Rechnung gestellten Zahlungsverkehrsgebühren hätten "zu jedem Zeitpunkt nach den Erfahrungen und Branchenkenntnissen der Klägerin dem branchenüblichen Kostenniveau entsprechen" und seien damit ortsüblich und angemessen gewesen.

Dieser Vortrag genügt nicht zur Überprüfung der Ortsüblichkeit und Angemessenheit des Entgelts. Die Klägerin legt nicht dar, aus welchen Erkenntnisquellen sie die Branchenüblichkeit der eigenen Postenpreise und Kostenstruktur erschließt oder der Senat sie mit Hilfe eines Sachverständigen erschließen könnte. Sie legt bereits nicht den Regelungsgehalt ihrer Postenpreisberechnung zu Grunde. So bleibt offen, ob die Postenpreise auch für gesetzlich geschuldete Leistungen erhoben werden (wie dies dem Wortlaut nach im Privatkundengeschäft erfolgt ist). Sie grenzt auch nicht die Postenpreise, die für jede Buchung erhoben werden, von dem monatlichen Kontoführungsentgelt ab. Weder trägt sie vor, wie die Kostenstruktur bei anderen Kreditinstituten ist, noch legt sie den erforderlichen Aufwand für die Leistungen dar. Bei dem Beweisangebot handelt es sich letztendlich um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis, der erst der Beschaffung der erforderlichen Informationen dient (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1984 - VII ZR

123/83).

(3) Die Kondiktionsansprüche, die mit zu Unrecht abgerechneten Arbeitsposten begründet werden, sind jedoch ebenfalls für den Zeitraum vor dem 01.01.2001 verwirkt. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen zur Verwirkung hinsichtlich der Überziehungszinsen verwiesen.

cc. Die Beklagten kann die Kondiktion der Saldoanerkennnisse nicht auf die unberechtigte Abrechnung von Gebühren für Rücklastschriften stützen. Die Beklagte hat lediglich pauschal die Berechtigung zur Erhebung von Rücklastschriftgebühren bestritten. Die Klägerin hat daraufhin die Vereinbarung mit der Beklagten über den Einzug von Forderungen durch Lastschrift vom 21.09.1995 vorgelegt. Danach durfte sie zwar keine eigenen Rücklastschriftgebühren erheben, wohl aber fremde Rücklastschriftgebühren der Beklagten in Rechnung stellen. Die Klägerin hat vorgetragen, dass sie vertragsgemäß nicht eigene Rücklastschriftgebühren berechnet habe, sondern fremde Aufwendungen, die sie dem Kunden als Aufwendungsersatz in Rechnung stellen kann (vgl. Bunte in: S/B/L, a.a.O., § 17 Rn. 32). Diese Behauptung hat die Beklagte nicht bestritten.

e. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Kondiktion der Saldoanerkennnisse, soweit sie sich auf Wertstellungsfehler vor dem 01.01.2002 beruft. Lediglich wegen zwei fehlerhafter Wertstellungen nach dem 01.01.2002 ist eine Kondiktion möglich.

aa. Eine generell fehlerhafte Wertstellungspraxis der Klägerin, die zu einer fehlerhaften Zinsberechnung geführt haben könnte, hat die Beklagte in tatsächlicher Hinsicht nicht dargelegt, sondern ihren bereits vom Landgericht zu Recht abgelehnten Standpunkt aufrecht erhalten, es müsse in Abhängigkeit des Buchungstages wertgestellt werden.

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine kontoführende Bank verpflichtet, die Wertstellung für eingehende Geldbeträge unabhängig vom Tag der Buchung für den Tag vorzunehmen, an dem ihr die entsprechende Deckung zugeflossen ist. Erfolgt der Geldeingang erst nach dem sog. Buchungsschnitt, ist gegebenenfalls die Gutschrift zurückzuvaluieren. Gleiches gilt für Belastungen, für deren Wertstellung es allein auf den Zeitpunkt des Abflusses der Deckung ankommt, da erst ab diesem Zeitpunkt ein Aufwendungsersatzanspruch entsteht. Den Parteien des Giroverhältnisses steht es jedoch unter Umständen frei, zur Verwaltungsvereinfachung bei Inkassovereinbarungen eine pauschale Wertstellungsregelung zu treffen, die der durchschnittlichen Dauer bis zum Zufluss der Deckung entspricht (BGH, Urteil vom 17. Juni 1997 - XI ZR 239/96; Urteil vom 06. Mai 1997 - XI ZR 208/96, BGHZ 135, 316-323).

(2) Die Beklagte hat erstinstanzlich und in der Berufungsbegründung zusammenfassend unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 06. Mai 1997 - XI ZR 208/96) dezidiert die Rechtsauffassung vertreten, die Wertstellung habe am Buchungstag bzw. in Abhängigkeit zum Buchungstag zu erfolgen. Diese Rechtsauffassung trifft nicht zu. Entgegen ihrer Ansicht, lässt sich die Fehlerhaftigkeit der Wertstellungen nicht allein anhand der Kontoauszüge sowie der Belege der Beklagten feststellen. Die Wertstellung hat nicht den von ihr geltend gemachten Regeln in Abhängigkeit vom Buchungstag (BT) zu erfolgen, die sie wie folgt behauptet hat:

- eingereichte Schecks (Gutschriften) BT+3AT
- eingehende Überweisungen am BT (weil die Bank vor Vorliegen der Gutschrift nicht buchen könne), der Wertstellungstag (WT) dürfe also nicht

- später liegen
- Bareinzahlung am Einzahlungstag (also spätestens am BT)
  - belastende Überweisungen, Lastschriften, Daueraufträge frühestens am BT

Die Beklagte wurde mehrfach von der Klägerin, dem Landgericht und dem Senat darauf hingewiesen, dass es für die Wertstellung auf den Zu- und Abfluss der buchmäßigen Deckung ankommt und daher kein zwingender Zusammenhang mit dem Buchungstag bestehen muss (BGH, Urteil vom 06. Mai 1997 - XI ZR 208/96 - Rn. 12).

(3) Die Klägerin hat demgegenüber behauptet, dass sie wertneutral in Abhängigkeit vom tatsächlichen Zu- und Abfluss auf ihrem eigenen Konto die Buchungen auf dem Konto der Beklagten wertgestellt hat (Bl. 61 d.A.). Für den Zeitraum ab 1996 behauptet sie dies sicher, während sie wegen der Vernichtung älterer Unterlagen sie dies für den Zeitraum davor nur unterstellt (Bl. 73 d.A.). Hierzu hat sie für sämtliche von der Beklagten beanstandeten Buchungen mit Abweichungen zwischen Buchungs- und Wertstellungstag ab 1996 ihre Gegenbuchungen dargelegt (Anlage K24). Weiter hat sie detailliert die Buchungsvorgänge erläutert (Bl. 143ff. d.A., Anlage K49/1-10):

- **belastende Schecks** können entgegen der Auffassung der Beklagten bereits mit einem Wertstellungstag zeitlich vor dem Buchungstag in das Konto eingestellt werden. Das hat entgegen der Auffassung der Beklagten nichts mit „hellscherischen Fähigkeiten“ der Klägerin zu tun. Die Annahme der Beklagten, die Klägerin könne nur buchen, wenn sie den Scheck physisch in den Händen halte, trifft nicht zu. Wie die Klägerin - erstinstanzlich unstreitig - dargelegt hat, wird der Scheck einer Schecklagerstelle vorgelegt, die ihn anschließend lediglich in einen Datensatz umwandelt (vgl. zum beleglosen Scheckeinzug: Nobbe in: S/B/L, § 61 Rn. 119). Dabei hat die Schecklagerstelle nach dem Vortrag der Klägerin die Möglichkeit, sofort zu buchen, also das Konto der Klägerin zu belasten und den Datensatz an die Bank weiterzusenden. Das ist zum Beispiel möglich, wenn die bezogene Bank (Klägerin) bei der Schecklagerstelle oder bei der Inkassobank ein eigenes Konto (Nostrokonto) hält, das sofort belastet werden kann (vgl. hierzu: Mayen in: S/B/L, § 46 Rn. 8). Die Bank erhält somit nicht einen Scheck, sondern einen Datensatz mit einem Wertstellungsdatum über die Belastungsbuchung auf diesem Konto. Wenn sie diesen Datensatz erst am Folgetag bucht, wie vorgetragen, liegt der Tag des Abflusses der buchmäßigen Deckung auf dem Nostrokonto bereits vor der Buchung. Dass die Klägerin die beleglose Scheckeinreichung (BSE) praktiziert, hat sie vorgetragen und durch die Vorlage ZV-Listen des Rechenzentrums ... belegt:

Die Klägerin hat für die Buchung Nr. ... (Zeilennummer aus dem Privatgutachten ...) vom 08.11.1999 (Buchungstag) mit Wertstellung 05.11.1999 ausgeführt, dass sie ebenfalls das Wertstellungsdatum der Schecklagerstelle genommen habe. Wegen fehlerhafter Daten habe sie jedoch nicht am Folgetag buchen können, sondern erst am 08.11.1999 (Bl. 148 d.A.). Dem hat die Beklagte in tatsächlicher Hinsicht nicht widersprochen.

- hinsichtlich der **begünstigenden Überweisungen** auf das Kundenkonto hat

die Klägerin unter Bezugnahme auf die Anlage K49/3 ausgeführt, dass sie die Buchungsdaten von der überweisenden Bank über die Deutsche Zentral-Bank und schließlich ihr Rechenzentrum ... erhalte. Demnach werden im Interbankenverkehr Wertstellungsdaten, zu denen das Clearing zu erfolgen hat, übermittelt, so dass eine überweisende Bank an einem Tag eine beleglose Gutschrift mitteilen kann, die erst am Folgetag wertmäßig auf dem Nostrokonto gutzuschreiben ist. Dass im Rahmen des Zahlungsverkehrs Vereinbarungen über Wertstellungen getroffen werden können, die von der Buchung unabhängig sind, ist möglich. Ein typisches Beispiel hierfür sind Terminüberweisungen, bei dem der Überweisende eine spätere Ausführung als den Buchungstag und damit eine spätere Wertstellung sowohl bei sich als auch beim Empfänger vorgeben kann. Damit wird den Bedürfnissen des automatisch abgewickelten Massenzahlungsverkehrs Rechnung getragen. Die gebuchten Datensätze verselbständigen sich von dem Fluss der Valuta. Die Vorstellung, eine Bank buche (manuell) erst, wenn sie auf einem eigenen Kontoauszug eine Gutschrift feststellt, ist jedenfalls nicht zwingend. Die Klägerin hat überzeugend dargelegt, dass der Wertstellungstag nicht von ihr bestimmt wird, sondern sich aus einem von ihrem Rechenzentrum übernommenen Datensatz ergibt.

- Die Klägerin hat bei dem **begünstigenden Lastschrifteinzug** dargelegt, dass sie am Tag der Einreichung durch den Kunden (Beklagte) bucht und automatisiert für den Folgetag gutschreibt (BT+1), es sei denn, die Buchung erfolge nach einer bestimmten Uhrzeit, dann könne erst für den darauf folgenden Tag gutgeschrieben werden (BT+2) (Anlage K49/4 + K49/6). Daraus wird deutlich, dass die Beklagte keinen Anspruch auf Gutschrift am Buchungstag hat, da an diesem Tag die Lastschriftenanforderung bei der belasteten Bank noch nicht vorliegt, so dass buchmäßig Deckung zufließen kann. Die Beklagte geht ersichtlich davon aus, dass die Klägerin buche, wenn sie den Zahlungseingang auf ihrem Konto wahrnehme. Die Darstellung der Klägerin hinsichtlich der tatsächlichen Abläufe bei den Lastschrifteinziehungen hat die Beklagte nicht bestritten.

- Hinsichtlich der Buchung von **Kontobelastungen** hat die Klägerin ebenfalls dargelegt, dass bei ihrem Konto bei der ...-Bank (oder einem Nostrokonto) eine Belastung wertgestellt werden kann, bevor sie selbst den entsprechenden, von dem Rechnungszentrum weitergeleiteten Datensatz buchen kann. Daher kann der Buchungstag eine zeitlich frühere Wertstellung einer Belastung buchen.

(4) Die Buchungsabläufe bei der Klägerin sind unstrittig. Die Beklagte ist erstinstanzlich auf diesen Vortrag nicht eingegangen. Sie hat vielmehr an ihrem - von der Klägerin substantiiert widerlegten - Ausgangspunkt festgehalten, dass der Buchungstag einen zwingenden Hinweis auf den tatsächlichen Wertstellungstag geben müsste (s. insbes. zuletzt noch in der Berufungsinstanz, Bl. 954f, 1260 d.A.).

Diese Rechtsauffassung wird insbesondere nicht durch die in Bezug genommene Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 27. Juni 2002 - I ZR 86/00, bestätigt durch BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 87/04) gestützt. Dem Fall lagen Überweisungen eines Rentenversicherungsträgers an Versorgungsempfänger zu Grunde. Der überweisende Rentenversicherungsträger übermittelte der Bank schon vor dem Zeitpunkt der Ausführung der Rentenzahlungen die Datenbänder mit vorgegebenen Wertstellungsdaten. Die Bank spielte die Daten ein und wies auf den Kontoauszügen bzw. bei den Kontostandsabfragen der Empfänger wegen des früheren Buchungstages bereits Gutschriften aus, die wertstellungs-

mäßig noch nicht wirksam waren. Der - unter Wettbewerbsgesichtspunkten - mit der Sache befasste I. Zivilsenat hielt die Vorgehensweise für unlauter und vertrat den Standpunkt, dass die Bank in solchen Fällen einen Hinweis erteilen müsse, dass die Kontostandsabfrage nur den Buchungssaldo, nicht aber den für die Zinsberechnung maßgeblichen Wertstellungssaldo anzeige.

Die Beklagte folgert zu Unrecht aus dieser Entscheidung, dass in Ermangelung anderer Vereinbarungen oder Fallkonstellationen der Buchungstag im System sofort umzusetzen sei (Bl. 956 d.A.). Ihre rechtliche Schlussfolgerung, die keine Tatsachenbehauptung enthält, verkennt die Bedeutung der BGH-Entscheidung für die Kontoführungen und Saldenanerkenntnisse. Auch der I. Zivilsenat geht davon aus, dass die Kontoauszüge inhaltlich richtig sind (BGH, Urteil vom 11. Januar 2007, I ZR 87/04, Tz. 18). Er beanstandet lediglich die Irreführung durch die auf den Kontoauszügen ausgewiesenen Buchungssalden, denen u.U. kein wertstellungsmäßig verfügbares Guthaben zu Grunde liege, so dass der Kunde ungewollt sein Konto überziehen könne. In solchen Fällen kann dem Kunden ein Schaden in Höhe einer ungewollten, aber vermeidbaren Inanspruchnahme von Kredit entstehen. Im vorliegenden Fall geht es hingegen nicht um irrtümliche (verfrühte) Kontoverfügungen auf Grund missverständlicher Kontoauszüge, sondern um die inhaltliche Richtigkeit der Wertstellungen. Diesbezüglich enthalten die Entscheidungen des I. Zivilsenats keine Aussagen oder Vorgaben zur Verwendung von Wertstellungsdaten abweichend vom tatsächlichen Zu- oder Abfluss der buchmäßigen Deckung bei der Bank.

Aus den vorgenannten Gründen lässt sich der Rechtsprechung des I. Zivilsenats nicht entnehmen, die Saldoanerkenntnisse seien grob unrichtig und daher per se nicht genehmigungsfähig. Der Bundesgerichtshof geht vielmehr von der objektiven Richtigkeit der Kontoauszüge aus.

Die Auffassung der Beklagten, nicht erkennbare Vorgänge, wie die von der Klägerin beschriebene Wertstellungspraxis, könnten nicht Gegenstand der Saldoanerkenntnisse sein, trifft nicht zu. Der Kunde hat die Möglichkeit, sich die Wertstellungstage vor einer Genehmigung bzw. während der sechswöchigen Prüfzeit erläutern zu lassen. Von besonders krassen Fehlern, die die Genehmigungsfiktion zerstören könnten (so die Beklagte, GA 211) kann keine Rede sein.

bb. Soweit die Beklagte konkret einzelne Wertstellungsfehler dargelegt hat, lassen sich lediglich zwei fehlerhafte Buchungen feststellen, die insoweit ebenfalls die Kondition der jeweils nachfolgenden Saldoanerkenntnisse rechtfertigen. Bei den übrigen Wertstellungen (Zeilennummern entsprechend dem Privatgutachten ...) lassen sich hingegen Fehler nicht feststellen:

**Zeilen ..., ..., ...:** Hier hat die Klägerin dargelegt, dass sie einen Scheck am 06.09.2000 mit Wertstellung am 06.09.2000 zunächst mit einem zu niedrigen Betrag dem Konto der Beklagten belastet habe, weil sie einen Euro-Betrag in DM gebucht hätte. Dies habe sie durch Buchungen am 07.09.2000 korrigiert, (Gutschrift des zu niedrigen Betrages und Belastung des richtigen DM-Betrages) wobei sie den ursprünglichen Wertstellungstag nicht geändert hat. Das ist nicht zu beanstanden.

**Zeile ... v. 29.07.2002:** Bei der am 29.07.2002 gebuchten und wertgestellten Gut-

schrift über 1.558,96 € handelt es sich um die Retour einer am 24.07.2002 wertgestellten Lastschrift (Zeile 397). Diese Wertstellung war fehlerhaft. Der stornierte Betrag hätte am selben Tag wie der Abbuchungstag wieder gutgeschrieben werden müssen, weil bei der Klägerin zu keinem Zeitpunkt die Deckung abgeflossen ist. Hierdurch wurde die Beklagte 2 Tage zu Unrecht mit Überziehungszinsen aus dem Betrag belastet. Bei dem abgerechneten Überziehungszinssatz von 14,75% p.a. war dies ein Betrag von 1,28 €.

**Zeile ...:** Hier beanstandet die Beklagte eine Hausüberweisung (Gutschrift), die am 10.05.2005 gebucht und am 11.05.2005 wertgestellt wurde. Die Klägerin hat unbestritten vorgetragen, dass die Buchung am 10.05.2005 um 19:01 Uhr erfolgt sei, weshalb die Wertstellung erst am nächsten Tag erfolgt sei (Bl. 159 d.A.). Dies ist nicht zu beanstanden, weil die Bank nach ihrem unbestrittenen Vortrag sowohl beim Überweisenden als auch bei der Beklagten die Wertstellung zum selben Tag vorgenommen hat.

**Zeile ...:** Allein aus der Wertstellung der Belastung an einem Feiertag (01.11.2005) kann ein Wertstellungsfehler nicht abgeleitet werden. Sie kann durch eine entsprechende Wertstellungsvorgabe des Einziehenden (hier: Allianz) bedingt sein. Insbesondere bei Buchungen zum Monatsanfang, die häufig zu festen Terminen fällig werdende Beiträge oder Raten betreffen, liegt ein Interesse des Zahlungsempfängers an pünktlicher und zinswirksamer Gutschrift zu Grunde. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Bank die Wertstellungen auch zu Nicht-Bankarbeitstagen vornimmt, wenn dies mit der im Interbankenverkehr vorgenommenen Wertstellung übereinstimmt.

**Zeile ...:** Die Klägerin hat am 01.03.2006 mit Wertstellung zum 02.03.2006 eine Gutschrift (LS-Einzug) über 8.296,97 € erteilt. Hierzu hat die Beklagte eine Kontoauszugskopie des Zahlers vorgelegt, dessen Konto bereits mit Wertstellung am 01.03.2006 über diesen Betrag belastet wurde (Bl. 185/186 d. A.). Hier hat die Klägerin die zutreffende Wertstellung im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast nicht dargelegt, so dass von einer fehlerhaften Wertstellung auszugehen ist. Die unberechtigte Zinsbelastung aus diesem Betrag für einen Tag beträgt bei dem von der Klägerin abgerechneten Überziehungszinssatz von 16,60 % 3,83 €.

## **2. Kausaler Saldo zum 30.11.2006**

Die Klägerin hat ihren Rückzahlungsanspruch aus der Kontoverbindung in Höhe der Klageforderung 96.909,19 € nachgewiesen. Der Sollsaldo zum 30.11.2006 betrug 184.810,11 € zuzüglich nicht gebuchter Zinsansprüche.

a. Für die Berechnung des kausalen Saldos zum 30.11.2006, der Gegenstand des Rückforderungsanspruchs der Klägerin ist, ist von dem letzten wirksamen Saldoanerkennungnis vom 28.12.2001 auszugehen, da der Beklagten die Kondiktion der Saldoanerkennnisse vor dem 01.01.2002 wegen der eingetretenen Verwirkung nicht möglich ist (s.o.).

b. Die auf dieses Saldoanerkennnis folgenden Einzelbuchungen ab dem 01.01.2002 sind - mit Ausnahme der Zins- und Entgeltberechnungen - im Wesentlichen zwischen den Parteien unstreitig. Die Buchungen wurden zwischen den Parteien mit Hilfe von Excel-Dateien und Differenzlisten abgeglichen. Die betragsmäßigen Differenzen bei den Buchungen der Klägerin zu den Rechnungsabschlüssen waren unerheblich. Soweit die Klägerin bei der von ihr vorgelegten Buchungszusammenstellung Buchungen hinsichtlich der Zinsen und Entgelte bzw. des Hauptbetrages und zugehöriger Entgelte zusammengefasst hat, ergab sich in der Summe und bei der Wertstellung kein Unterschied. Ebenso war die vom Privatgutachter ... gebuchte Wertstellung der Zinsen und Entgelte auf den 31. eines Monats anstatt auf den 30. eines Monats, wie von der Klägerin in den Kontoauszügen ausgewiesen, unerheblich. Unstreitig hat die Klägerin die Zinsen nach der kaufmännischen 30/360-Zinsmethode berechnet, bei der die Wertstellung am 31. eines Monats wie diejenige am 30. zu behandeln ist.

c. Die Neuberechnung des Kontos der Beklagten unter Berücksichtigung der fehlerhaften Zinsanpassungen, Berechnung von Überziehungszinsen und Berechnung von Arbeitsposten durch den Sachverständigen ergab zum 30.11.2006 einen Sollsaldo zu Lasten der Beklagten in Höhe von 184.816,25 €, der unter Berücksichtigung von zwei Wertstellungsfehlern nebst Zinseszinsen um 6,14 € auf 184.810,11 € zu korrigieren ist.

aa. Der Sachverständige hat nachvollziehbar und fehlerfrei entsprechend der Vorgaben des Senats den Sollsaldo zum 30.11.2006 von 184.816,25 € berechnet.

(1) Die von der Beklagten nicht geschuldeten Entgelte für Arbeitsposten hat der Sachverständige entsprechend den Vorgaben des Senats aus den Buchungen entfernt.

(2) Hinsichtlich der Anpassungen der Zinsen für den vereinbarten Kontokorrentkredit war die Berechnung danach zu differenzieren, welche Anpassungsklausel die Klägerin gewählt hätte. Während der Laufzeit der Verträge vom 26.04.2001 (bis 09.01.2002) und vom 27.08.2003 (Laufzeit vom 28.08.2003 bis 19.04.2005) waren die Zinsen - ausgehend von dem zum 30.12.2001 festgestellten Saldo - täglich in Abhängigkeit des Dreimonats-EURIBOR (Zeitreihe ST0316 der Deutschen Bundesbank) anzupassen.

Hinsichtlich der übrigen Kontokorrentkreditverträge hatte die Anpassung unter Berücksichtigung der in der Zinsanpassungsklausel bereits vereinbarten konkreten Anpassungsparameter (Monatsdurchschnitt des Dreimonats-EURIBOR = Zeitreihe SU0316 der Deutschen Bundesbank, monatliche Überprüfung und Anpassungsschwelle 0,25 Prozentpunkte) allerdings ohne Ermessen bei Anpassungszeitpunkt und Anpassungshöhe zu erfolgen. Soweit die Klägerin von ihrem Anpassungsrecht bei einem steigenden Referenzzinssatz keinen Gebrauch gemacht hat, war als Obergrenze des neu zu berechnenden Zinssatzes der von der Klägerin tatsächlich angesetzte und in den Kontoauszügen ausgewiesene Zinssatz anzusetzen.

Das bei der Zinsanpassung zu wahrende Äquivalenzverhältnis war dabei für jeden Kontokorrentkreditvertrag neu zu bestimmen, auch wenn mit diesen hinsichtlich des Kreditrahmens lediglich eine Verlängerung vereinbart wurde. Entscheidend ist, dass die Parteien in den jeweils neuen Kreditvereinbarungen die Leistungspflichten frei neu vereinbart haben. Der jeweils befristete Kontokorrentkredit lief aus und hätte von der Beklagten abgelöst werden können. Die Vereinbarungen zu Zinssatzhöhe, Kreditrahmen und Laufzeit wurden zweiseitig getroffen und waren somit nicht Ausfluss einer einseitigen Leistungsbestimmung der Klägerin.



Bei dieser Gelegenheit war es der Beklagten insbesondere möglich, die Angemessenheit und Marktüblichkeit der angebotenen Zinssätze zu überprüfen. Dass die Beklagte möglicherweise wirtschaftlich von der Klägerin abhängig war, ändert nichts an dem Umstand, dass die Vereinbarung der Vertragsfreiheit unterfällt. Ohne gesetzliche Bindung war die Klägerin daher nicht verpflichtet, nur Konditionen anzubieten, die das Äquivalenzverhältnis aus einem früheren Kreditvertrag wahren. Insbesondere kann ein Kreditinstitut bei der Entscheidung über die Fortführung eines befristeten Kontokorrentkredits der Verschlechterung der Bonität des Kunden durch einen höheren Risikozuschlag beim Zinssatz Rechnung tragen. Zudem wurden im vorliegenden Fall die Kontokorrentkredite nicht nur verlängert, sondern es wurden, mit Ausnahme des Vertrages vom 19.04.2005, die Kreditrahmen verändert.

Zu Unrecht beanstandet die Beklagte, der Sachverständige habe von der Klägerin berechnete niedrigere Zinssätze nicht berücksichtigt. Die Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 25.10.2012, die Klägerin habe z.B. im dritten Quartal 2009 niedrigere Zinssätze von 7,925% bzw. 7,927% angesetzt, verweist lediglich auf eigene - nicht nachvollziehbare - Berechnungen. Die Klägerin hat hingegen im Rechnungsabschluss zum 30.09.2002 unstreitig den vertraglich vereinbarten Zinssatz von 10,75% angesetzt. Dies geht auch aus dem Kontoauszug vom 01.10.2002 (KA Nr. 159) hervor. Eine förmliche Zinssatzänderung hat die Beklagte nicht behauptet.

(3) Der Sachverständige hat entsprechend der Vorgabe des Senats für die geduldeten Überziehungen den Zinssatz für den vereinbarten Kontokorrentkredit angesetzt ohne Anpassung an einen Referenzzinssatz, da weder ein konkreter höherer Zinssatz noch ein Zinsanpassungsrecht vereinbart worden war.

(4) Der Sachverständige hat die ihm auch in elektronischer Form zur Verfügung gestellten Buchungsdatensätze, die zwischen den Parteien bis zum Datum vom 25.07.2006 abgeglichen waren, um die ebenfalls in elektronischer Form gelieferten restlichen Buchungen der Klägerin bis zum 30.11.2006 ergänzt. Dabei hat er - von den beiden Parteien hingenommen - eine unzulässige Gebühr für eine Sperrmeldung nicht berücksichtigt, sowie fehlerhafte Wertstellungen bei der nicht wertstellungsneutralen Buchung von Rücklastschriften korrigiert (vgl. Gutachten S. 14, Anlage S1, GA 1431ff.).

Zwar war es entgegen der Auffassung der Beklagten nicht Aufgabe des Sachverständigen, die Buchungen einer rechtlichen oder tatsächlichen Würdigung zu unterziehen. Im Rahmen des Zivilprozesses obliegt die Beibringung des Sachverhalts den Parteien. Die Beanstandung von fehlerhaften Buchungen bedarf, wenn nicht systematische Fehler wie bei der Zinsberechnung vorliegen, der Darstellung der tatsächlichen Grundlagen jeder einzelnen Buchung. Hierfür genügt nicht der pauschale Verweis auf ein Privatgutachten, das in ebenso pauschaler Weise die Buchungen allein anhand einer Abweichung von Buchungs- und Wertstellungstag beurteilt oder schematisch Entgelte auflistet und diese für „möglicherweise“ unberechtigt hält. Die Parteien haben sich jedoch die vom Sachverständigen im Zuge der Nacherfassung aufgedeckten tatsächlichen Umstände übereinstimmend zu Eigen gemacht, so dass sie zur Entscheidungsgrundlage gemacht werden konnten. Die vom Sachverständigen vorgenommenen Korrekturen waren für die Beklagte günstig.

bb. Zwar hat der Sachverständige mangels Vorgabe durch den Senat nicht die beiden Wertstellungsfehler (Zeile 404 und Zeile 2290) mit einer dadurch verursachten zu hohen Zinsbelastung beim jeweils folgenden Rechnungsabschluss von 1,28 € und

3,83 € (=5,11 €) berücksichtigt. Dies ist jedoch unerheblich. Unter Berücksichtigung der wechselnden von der Klägerin berechneten Zinssätze sowie der nicht durchgehenden Inanspruchnahme von geduldeten Überziehungen oder des Kontokorrentkredits erhöht sich der Zinsvorteil der Klägerin von 5,11 € (s.o.) nach der eigenen Berechnung des Senats durch die quartalsweise gebuchten Zinseszinsen auf 6,14 €. Daraus ergibt sich zum 30.11.2006 ein Sollsaldo von 184.810,11 €.

### 3. Fälligkeit des Anspruchs

Der eingeklagte Rückzahlungsanspruch war hinsichtlich der geduldeten Überziehung (a.) bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung fällig und ist es hinsichtlich des Anspruchs aus dem Kontokorrentkredit (b.) während des Laufs des Rechtsstreits geworden.

a. Der Anspruch auf Rückzahlung der geduldeten Überziehung war bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung fällig. Gem. § 488 Abs. 3 BGB hängt die Fälligkeit des unbefristeten Darlehens von der Kündigung ab. Die dreimonatige Kündigungsfrist kann durch Vertrag abbedungen werden (Weidenkaff in: Palandt, a.a.O., § 488 Rn. 24).

Nach den Allgemeinen Kreditbedingungen waren Überziehungen der vereinbarten Kontokorrentkreditlinie sofort zurückzuführen. Danach konnte die Rückzahlung ohne Kündigungsfrist, also jederzeit, verlangt werden. Die Klägerin hat mit Schreiben vom 03.07.2006 unter Fristsetzung zum 15.07.2006 die Rückführung der Überziehung von 51.522,99 € verlangt. Dieses Schreiben ist als fristlose Kündigung auszulegen. Hinsichtlich der weiteren Überziehungen nach dem 03.07.2006 kann offen bleiben, ob sie als geduldete Überziehungen einen Darlehens-Charakter haben oder als pflichtwidrige Kontoüberziehungen auch ohne Kündigung zurückzuführen waren. In jedem Fall ist spätestens in der Klageerhebung eine berechtigte fristlose Kündigung zu sehen, die den Rückzahlungsanspruch fällig stellt.

Allerdings bestand nach den Berechnungen des Sachverständigen zum 30.11.2006 nicht die eingeklagte Überziehung der Kontokorrentkreditlinie (100.000 €) in Höhe der eingeklagten 96.909,19 €, sondern lediglich in Höhe von 84.810,11 €.

b. Die Klage ist jedoch auch im Übrigen begründet, weil die Klägerin sich hilfsweise auf einen Rückzahlungsanspruch aus dem im Laufe des Berufungsverfahrens gekündigten Kontokorrentkredit gestützt hat.

aa. Die Klägerin konnte den Anspruch aus dem Kontokorrentkredit noch in der Berufungsinstanz zum Gegenstand des Rechtsstreits machen.

(1) Zwar stellt die Einführung eines weiteren Streitgegenstands zur hilfsweisen Begründung eines Zahlungsantrages eine Klageänderung i.S.v. §§ 533, 263 ZPO dar, die die Klägerin nur im Wege der Anschlussberufung gem. § 524 ZPO geltend machen kann. Die Anschließung hat gem. § 524 Abs. 2 ZPO innerhalb der Berufungserwiderungsfrist zu erfolgen. Für die Einlegung ist nicht die ausdrückliche Erklärung erforderlich, es werde Anschlussberufung. Vielmehr genügt jede Erklärung, die sich ihrem Sinn nach als Begehren auf Abänderung des Urteils erster Instanz darstellt. Der Anschluss an das Rechtsmittel der Gegenseite kann daher auch konkludent in der Weise erfolgen, dass der Kläger sein im Übrigen unverändertes Klagebegehren auf einen weiteren Klagegrund stützt (BGH, Urteil vom 09. Juni 2011 - I ZR 41/10).

(2) Die hilfsweise geltend gemachte Kontokorrentkredit-Forderung war als sachdienliche Klageänderung i.S.v. §§ 533, 263 ZPO zuzulassen. Die maßgeblichen Tatsachen, insbesondere die streitigen Zinsanpassungen und Buchungen waren bereits Gegenstand der ersten Instanz. Zur Berechnung der Höhe der geduldeten Überziehung war die vollständige Neuberechnung des Kontos einschließlich derjenigen Buchungen erforderlich, die lediglich den Rahmen des Kontokorrentkredits ausfüllten.

(3) Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 30.11.2011 den Kontokorrentkredit der Beklagten gekündigt und sich ausdrücklich hilfsweise auf diesen Anspruch sowohl in der mündlichen Verhandlung als auch im danach der Beklagten zugestellten Schriftsatz vom 23.04.2012 (GA 1065) gestützt und in der mündlichen Verhandlung vom 30.04.2014 ihren Zurückweisungsantrag wiederholt. Darin liegt eine konkludent erklärte Anschlussberufung i.S.v. § 524 ZPO. Diese war nicht verfristet, weil der Klägerin keine Berufungserwiderungsfrist gesetzt worden war.

bb. Der Kontokorrentkredit vom 19.04.2005 wurde bis auf weiteres gewährt und konnte daher gem. Ziff. 3.1.2.1 der Allgemeinen Kreditbedingungen ebenfalls ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Dies hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 30.11.2011 getan. Dadurch ist der gesamte kausale Sollsaldo fällig geworden und konnte zur Auffüllung der Klageforderung angeführt werden.

#### **4. Keine Einreden der Beklagten**

Dem Anspruch der Klägerin steht weder die Einrede der Verjährung noch die der ungerechtfertigten Bereicherung gem. § 821 BGB entgegen.

a. Der Anspruch der Klägerin ist nicht verjährt. Dies folgt bereits daraus, dass die Beklagte sämtliche Forderungen der Klägerin dadurch zurückgeführt hat, dass sie das Konto Ende 2005 im Haben geführt hat. Die Klageforderung resultiert daher aus Belastungsbuchungen aus dem Jahr 2006, die zum Zeitpunkt der Klageerhebung am 25.01.2007 nicht verjährt waren.

Im Übrigen sind die Ansprüche aus den kausalen Salden noch nicht verjährt. Die Giroverträge enthalten regelmäßig eine antizipierte Verrechnungsabrede mit der Folge, dass zum Abschluss der jeweiligen Rechnungsperioden die berechtigt ins Kontokorrent eingestellten Einzelforderungen der Parteien automatisch saldiert werden (BGH, Urteil vom 18. April 1989 - XI ZR 133/88, BGHZ 107, 192-200; Urteil vom 04. Mai 1979 - I ZR 127/77, BGHZ 74, 253-258). Dieser kausale Saldo kann allerdings im fortgesetzten Kontokorrent nicht selbständig geltend gemacht werden, soweit er gleichzeitig Gegenstand eines Saldoanerkenntnisses ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führen die Saldoanerkenntnisse zu einer Novation des Schuldverhältnisses. Die kontokorrentfähigen beiderseitigen Ansprüche und Leistungen gehen unter und es bleibt nur der Saldo übrig (BGH, Urteil vom 06. Juni 2000 - XI ZR 258/99 - Rn. 28, BGHZ 144, 349-356; Mayen in: S/B/L, a.a.O., § 47 Rn. 91ff.). Allein die Kondizierbarkeit eines Schuldanerkenntnisses macht dieses noch nicht unwirksam. Die kontokorrentgebundenen Ansprüche werden erst nach der (berechtigten) Geltendmachung der Kondition wieder selbständig einklagbar, so dass erst ab diesem Zeitpunkt deren Verjährung beginnt.

Die Klage auf Rückzahlung des letzten anerkannten Saldos nebst der danach einge-

stellten Einzelforderungen umfasst gleichzeitig die Geltendmachung des kausalen Saldos für den Fall der erfolgreichen Kondition einer oder mehrerer zu Grunde liegender Saldoanerkennnisse. Daher hat die Klageerhebung die Verjährung der Ansprüche der Klägerin rechtzeitig gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt.

b. Die Beklagte kann dem Anspruch der Klägerin aus dem Saldoanerkennnis vom 28.12.2001 nicht dessen Rechtsgrundlosigkeit als Einrede gem. § 821 BGB gegen die damit anerkannte Verbindlichkeit entgegenhalten. Zwar kann derjenige, der ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit, beispielsweise durch Abgabe eines abstrakten Schuldanerkennnisses, eingegangen ist, deren Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit bereits verjährt ist. Diese Einrede schützt jedoch nur vor der Verjährung, nicht jedoch vor anderen Einwendungen, die der Gläubiger der rechtsgrundlosen Verbindlichkeit dem Bereicherungsanspruch entgegen setzen kann (Schwab in: Münchener Kommentar, a.a.O., § 821 Rn. 8).

So liegt der Fall hier. Die Klägerin kann dem Anspruch der Beklagten auf Herausgabe der wegen fehlerhafter Zinsberechnungen rechtsgrundlos erteilten Saldoanerkennnisse den Einwand der Verwirkung entgegenhalten. Der Beklagten werden ihre Ansprüche wegen deren illoyal verspäteter Geltendmachung versagt. Hätte sie rechtzeitig ihre Ansprüche geltend gemacht, wäre die Klägerin in der Lage gewesen, dem Rechnung zu tragen und mit der Beklagten eindeutige Vereinbarungen zu treffen, die ein Aufsummieren von Ansprüchen in dem gerade auf schnelle Klärung der wechselseitigen Beziehungen ausgerichteten Kontokorrent vermieden hätten.

## 5. Zinsanspruch

Der Anspruch auf Verzugszinsen folgt auf Grund der befristeten Mahnung ab dem 16.07.2006 aus §§ 286, 288 BGB. Hinsichtlich des zu verzinsenden Betrages war die Klage teilweise abzuweisen. Zum Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung vom 03.07.2006 zur Rückführung der geduldeten Überziehung betrug diese ausweislich der Neuberechnung durch den Sachverständigen (GA 1504) lediglich 35.482,62 €. Dieser Betrag ist um die Zinsnachteile durch die zwei nicht berücksichtigten fehlerhaften Wertstellungen (5,11 €) sowie die darauf vom Senat ausgerechneten Zinseszinsen bis zum 03.07.2006 (0,78 €) zu reduzieren. Die Beklagte befand sich zum Zeitpunkt des Verzugsseintritts daher mit 35.476,73 € im Rückstand.

Zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit am 25.01.2007 war sodann die restliche geduldete Überziehung mit dem Sollsaldo zum 30.11.2006 fällig und gem. §§ 291, 288 BGB zu verzinsen. Ausgehend vom Sollsaldo von 184.816,25 € und abzüglich der o.g. Wertstellungsfehler (5,11 €) nebst Zinseszinsen, die sich bis zu diesem Datum auf 1,04 € erhöht haben, war somit ein Sollsaldo in Höhe von 184.810,11 € fällig. Abzüglich des ungekündigten Kontokorrentkreditrahmens in Höhe von 100.000 € sowie der bereits fällig gestellten Überziehung in Höhe von 35.476,73 € waren somit zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit weitere 49.333,38 € fällig.

Soweit die Klage teilweise in Höhe restlicher 12.099,08 € auf Grund des am 30.11.2011 gekündigten Kontokorrentkredits begründet ist, schuldet die Beklagte daraus Verzugszinsen ab dem 15.12.2011. Ihr in der mündlichen Verhandlung übergebenes Kündigungsschreiben enthielt eine befristete Mahnung zum 14.12.2011.

Der Zinssatz wurde antragsgemäß zugesprochen und ist von § 288 BGB gedeckt.

## **B. Widerklage**

1. Aus den vorgenannten Gründen erweist sich die Widerklage auf Zahlung eines vermeintlichen Habensaldos als unbegründet. Ein solcher lässt sich zu Gunsten der Beklagten nicht feststellen.

2. Die Berufung ist hinsichtlich des Anspruchs auf Überlassung von Kontoauszügen für die Zeit vom Beginn der Geschäftsbeziehung bis Dezember 1988 unzulässig. Gem. § 520 Abs. 1, 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufung begründet werden und Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit ergibt. Werden im Rahmen einer Berufung mehrere Ansprüche verfolgt, ist eine Begründung für jeden einzelnen nötig (BGH, Urteil vom 26. Januar 2006 - I ZR 121/03; Heßler in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 520 Rn. 37).

Das Landgericht hat den Widerklageantrag auf Überlassung von Kontoabrechnungen vom Beginn der jeweiligen Geschäftsbeziehung bis Dezember 1988 abgewiesen, weil die Beklagten nicht bereit seien, hierfür die Kosten zu übernehmen. Die Berufung wiederholt zwar den Widerklageantrag, greift aber insoweit das Urteil inhaltlich nicht an, so dass es an einer Berufungsbegründung fehlt. Hierauf wurde die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 30.11.2011 hingewiesen.

Im Übrigen hat das Landgericht den Anspruch mit der gegebenen Begründung sowie wegen der Verwirkung des Kondiktionsanspruchs zu Recht abgewiesen.

## **C. Hilfswiderklage**

Die Hilfswiderklage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf vollständige Neuberechnung des Kontos, da seine Kondiktionsansprüche hinsichtlich der Saldoanerkennnisse vor dem 01.01.2002 verwirkt sind. Für die Zeit danach liegt durch das Gutachten des Sachverständigen ... eine ordnungsgemäße Neuberechnung vor, so dass auch insoweit keine Nebenpflicht der Klägerin besteht, diese wiederholend nachzuvollziehen.

## **D. Nebenentscheidungen**

Die Kostenentscheidung folgt, auch bezüglich der ersten Instanz, aus § 92 Abs. 2 ZPO. Soweit das Urteil des Landgerichts in dem gesonderten Verfahren 9 U 142/13 von den früheren Beklagten zu 2 und 3 angegriffen wird, bleibt eine Überprüfung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung hinsichtlich dieser Rechtsverhältnisse der dortigen Entscheidung vorbehalten.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Beim Streitwert war gem. § 45 Abs. 1 S. 2 GKG zu berücksichtigen, dass die Klägerin ihre Forderung hilfsweise auf den erst im Lauf des Rechtsstreits gekündigten Kontokorrentkredit gestützt und hiervon 12.099,08 € zur Begründung der Klageforderung benötigt hat. Das Teilunterliegen der Klägerin war erstinstanzlich geringfügig und hat keine besonderen Kosten ausgelöst. In der Berufungsinstanz ist mit der Streitwerterhöhung zwar eine Gebührenerhöhung einhergegangen. Die damit verbundenen Mehrkosten sind jedoch verhältnismäßig geringfügig.

Die Revision war nicht gem. § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache kei-

ne grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern. Die Entscheidung weicht nicht von Entscheidungen anderer Obergerichte oder des Bundesgerichtshofs ab und beruht im Wesentlichen auf den Umständen des Einzelfalls. Insbesondere bestand keine entscheidungserhebliche Divergenz zu den Entscheidungen der OLG Düsseldorf, OLG Nürnberg und OLG München hinsichtlich einer etwaigen Verjährung der Kondiktionsansprüche gem. § 197 BGB a.F., da der Senat von einer Verwirkung ausgegangen ist und die Klägerin mit dem gewählten Berechnungszeitraum einverstanden war, während der Beklagten hieraus kein Nachteil entstanden ist.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 14.05.2014 gab keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

