

# Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von *Dr. Alfred Flemming*, Rechtsanwalt in Frankfurt – *Dr. Walter Lewald*, Rechtsanwalt in Frankfurt – *Prof. Dr. Rudolf Nirk*, Rechtsanwalt beim BGH – *Dr. Fritz Ostler*, Rechtsanwalt in München – *Prof. Dr. Konrad Redeker*, Rechtsanwalt in Bonn.  
Schriftleitung: *Dr. Hermann Weber*, Rechtsanwalt, Palmengartenstraße 14, 6000 Frankfurt 1

Heft **45**

Seite 2433–2488

34. Jahrgang

4. November 1981

## Aufsätze

*Professor Dr. Ingo Koller, Passau*

### Die Verteilung des Scheckfälschungsrisikos zwischen Kunde und Bank

*Die AGB der Banken und Sparkassen belasten die Kunden der Kreditinstitute mit allen Nachteilen des Abhandenkommens, der Fälschung und Verfälschung von Schecks, Scheckvordrucken sowie Vordrucken von Empfangsbescheinigungen, soweit das Kreditinstitut kein Verschulden trifft. Der folgende Beitrag prüft die Vereinbarkeit dieser Klausel mit dem AGB-Gesetz. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die Klausel im Verhältnis zur Privatkundschaft der Kreditinstitute ungültig ist.*

#### I. Problem

Der Scheck war ursprünglich ein Zahlungsmittel der Kaufleute. Heute ist der Scheck allgemein gebräuchlich, wie die mehr als 14 Millionen Scheckkarten zeigen, die jährlich von Banken ausgegeben werden. Unter dem Aspekt des Verlustrisikos hat die Verdrängung des Bargeldes durch den Scheck nicht nur Vorteile gebracht. Zwar versetzt das Scheckverfahren die Bankkunden in die Lage, jederzeit über einen Betrag in Höhe ihres Guthabens bzw. im Rahmen der ihnen zugestanden Kreditlinie verfügen zu können, ohne Gefahr zu laufen, gegebenenfalls beträchtliche Summen Bargelds zu verlieren. Damit ist indessen nicht jedes Verlustrisiko gebannt; denn ihnen können auch die Scheckformulare, unter Umständen samt Scheckkarte abhanden kommen. Geraten sie in die Hand eines Fälschers, so können die Verluste erheblich sein. Gem. Nr. 11 der Scheckbedingungen der Banken<sup>1</sup> trägt nämlich der Kunde alle Nachteile des Abhandenkommens, der mißbräuchlichen Verwendung, der Fälschung und Verfälschung von Schecks, Scheckvordrucken und des Vordrucks von Empfangsbescheinigungen. Die bezogene Bank haftet im Rahmen der von ihr zu vertretenden Sorgfalt nur in dem Maße, als es im Verhältnis zu anderen Ursachen an der Entstehung mitgewirkt hat. Gleiches gilt gem. Nr. 7 der Bedingungen für eurocheque-Karten<sup>2</sup> beim Verlust von eurocheque-Karten und eurocheque-Vordrucken.

Die Höhe des Verlustrisikos illustriert ein vom *LG Berlin*<sup>3</sup> entschiedener Rechtsstreit. Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde: Während des Urlaubs einer Bankkundin wurde in deren Wohnung eingebrochen. Dabei wurden ca. 15 Scheckformulare aus einer Schreibtischschublade entwendet. Zwölf der Formulare wurden mit

gefälschter Unterschrift in Beträgen zwischen 200 und 300 DM vorgelegt und bezahlt. Das Konto der Kundin wies ein Guthaben von 700 DM auf. Obwohl diese Kundin in den letzten Jahren nur über laufende Einkünfte in Höhe von 500 DM aus Stipendien verfügte, wurde ihr Konto mit einem Negativsaldo von 2600 DM belastet. Das *LG Berlin* verurteilte die Kundin, gestützt auf die Nr. 11 der Bedingungen für den Scheckverkehr, zur Abdeckung des Saldos. Die Fälschung der Unterschrift sei angesichts der im Scheckverkehr erforderlichen Schnelligkeit der Unterschriftsprüfung nicht erkennbar gewesen. Auch die Überziehung des Kontos habe keinen Fälschungsverdacht ergeben. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß sich die Banken in Nr. 5 der Bedingungen für den Scheckverkehr<sup>4</sup> das Recht vorbehalten haben, Schecks ohne Rücksicht auf das Guthaben oder eine vereinbarte bzw. dem Kunden mitgeteilte Kreditlinie einzulösen.

Dort, wo sich der Fälscher die Scheckkartengarantie zunutze gemacht hat, hält sich freilich der Verlust der Bankkunden in Grenzen; denn die Banken haben in Höhe von 90% des gefälschten Betrages eine Versicherung zugunsten der Kunden abgeschlossen. Die Kunden werden demnach faktisch mit dem Fälschungsrisiko nur in Höhe von 10% belastet; eine Belastung, die aus Gründen der Schadensverhütung äußerst sinnvoll ist<sup>5</sup>. Anderenfalls bestünde nämlich die Gefahr, daß mit Scheckkarte und Vordrucken noch sorgloser umgegangen wird, als ohnehin vielfach zu beobachten ist.

Die Verlustrisiken, denen Bankkunden einerseits bei Verwendung der Scheckkarte, andererseits bei der Einlösung normaler Schecks ausgesetzt sind, gehen mithin weit auseinander. Dies gibt Anlaß zur Prüfung, ob Nr. 11 der Bedingungen für den Scheckverkehr, die in ihrer Rigorosität aus einer Zeit stammt, in der Schecks nahezu ausschließlich von Kaufleuten begeben wurden, auch heute noch im Verhältnis zur Privatkundschaft der Banken als angemessen erscheint. Die Prüfung erfolgt in zwei Stufen. Zunächst wird die Risikover-

1) Abgedr. bei *Baumbach-Hefermehl*, WG und ScheckG, 12. Aufl. (1978), S. 577, 615.

2) Abgedr. bei *Baumbach-Hefermehl*, aaO, S. 578.

3) *LG Berlin*, NJW 1977, 586.

4) S. o. Fußn. 1.

5) Die Kunden tragen zusätzlich das praktisch vernachlässigenswerte Risiko einer Zahlungsunfähigkeit der Versicherung.

teilung nach dispositivem Recht<sup>6</sup> herausgearbeitet. Anschließend wird untersucht, ob und inwieweit die in den AGB vorgesehene Verteilung des Fälschungsrisikos eine unangemessene Benachteiligung der Bankkunden i. S. des § 9 AGB-Gesetz mit sich bringt.

## II. Die Verteilung des Scheckfälschungsrisikos nach dispositivem Recht

Wie das Scheckfälschungsrisiko nach dispositivem Recht zu verteilen ist, kann auch heute nicht als endgültig geklärt angesehen werden. Die wohl noch herrschende Meinung weist im Anschluß an das RG das Risiko bis zur Grenze eines Verschuldens der Bankkunden der Bank zu. In der neueren Literatur dringt hingegen die Ansicht vor, daß die Bankkunden, ungeachtet der Frage, ob sie zur Kategorie der Kaufleute oder der Privatkundschaft gehören, die Folgen von Scheckfälschungen auf sich nehmen müßten, falls diese durch einen in ihrer Sphäre liegenden Umstand begünstigt worden seien. Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung ist – soweit ersichtlich – nicht ergangen.

1. Die Vertreter der herrschenden Meinung<sup>7</sup> begründen ihr Ergebnis mit dem Argument, daß der Bank keine gültige Anweisung ihrer Kunden vorgelegen habe. Sie sei mithin nicht im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages tätig geworden. Die Bank könne daher ihren Schaden nur insoweit auf ihre Kunden abwälzen, als diese nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung haften, weil sie z. B. die Scheckformulare nicht sorgfältig verwahrt und dadurch die Fälschung ermöglicht haben. Zum gleichen Ergebnis gelangt *Jacobi*<sup>8</sup> in Konstellationen, in denen die scheinbaren Aussteller der gefälschten Schecks bei ihrer Bank einen Aktivsaldo besitzen; denn es gelte der allgemeine Grundsatz, daß der Schuldner (die Bank) das Risiko trage, daß an den wahren Gläubiger gezahlt werde. Eine erhöhte Risikobelastung soll die Kunden aber dort treffen, wo die Bank im Zusammenhang mit der Bezahlung des Schecks Kredit gewährt. Dann gelte nämlich nicht mehr das Recht der schuldtilgenden Zahlung, sondern ausschließlich Auftragsrecht, aufgrund dessen die Bank verpflichtet sei, jeden Scheck zu honorieren, dessen Echtheit bei pflichtgemäßer Prüfung keine Bedenken erwecke. Zahle die Bank auf unerkennbar gefälschte Schecks, so leiste sie auftragsgemäß und könne deshalb Erstattung ihrer Aufwendungen (§ 670 BGB) verlangen.

*E. Ulmer*<sup>9</sup> und *Zöllner*<sup>10</sup> wollen das Fälschungsrisiko im Wege der ergänzenden Auslegung des Scheckvertrages verteilen. § 670 BGB, der den Erstattungsanspruch der Bank regle, sei im Lichte einer Risikoverteilung nach Sphären zu modifizieren. Danach tragen die Kunden das Risiko, wenn die Fälschung auf einen Umstand zurückzuführen ist, der ihrer Sphäre angehöre (z. B. Verlust von Scheckformularen). Alle anderen Fälschungsursachen werden der Sphäre der Bank zugerechnet.

Zu ähnlichen Ergebnissen wie *E. Ulmer* und *Zöllner* gelangt *Canaris*<sup>11</sup> auf der Grundlage der Rechtsscheinhafung. Zwar könne eine Fälschung grundsätzlich keine dem Aussteller zurechenbare Anweisung schaffen. Etwas anderes gelte, falls der Mangel der Fälschung aus der Sphäre des scheinbaren Ausstellers stammt. Dem Kunden könne dann die Fälschung zugerechnet werden. Er werde zwar auf diese Weise mit einem im Vergleich zur Giroüberweisung erhöhten Risiko belastet. Dies sei aber sachgerecht; denn der Scheck sei ein Wertpapier, auf das, wie allgemein im Wertpapierrecht, strengere Rechtsscheinregeln Anwendung fänden.

2. Läßt man die verschiedenen Ansätze Revue passieren, so kann eine Lösung sofort verworfen werden. Unhaltbar ist die These *Jacobis*. Die Differenzierung zwischen Kunden mit Aktiv- und Passivkonto mutet nicht nur willkürlich<sup>12</sup> an; sie tut auch dem Parteiwillen Gewalt an. Wenn *Jacobi* behauptet, die Bank sei verpflichtet, einen objektiv gefälschten, subjektiv für echt gehaltenen Scheck einzulösen, so muß man sich diesen Anspruch nur als einklagbar und mit einem Schadensersatzanspruch der Kunden bewehrt vorstellen, um dessen fiktiven Charakter zu erkennen.

Eher wäre es schon denkbar, § 670 BGB dahin zu interpre-

tieren, daß die Bank als Geschäftsbesorgerin auch dort einen Erstattungsanspruch erlangt, wo sie – wie bei unerkennbar gefälschten Schecks – ohne Fahrlässigkeit davon ausgehen durfte, daß die Aufwendung auftragsgemäß sei<sup>13</sup>. Diese Auslegung erscheint jedoch als verfehlt; denn sie verkennt, daß dem Geschäftsbesorger nur im Rahmen seines Auftrages ein Teil des normalen Aufwandrisikos abgenommen wird. Die Existenz eines Auftrages hat hingegen der Geschäftsbesorger wie jeder andere der Vertragspartner auch auf eigenes Risiko<sup>14</sup> zu ermitteln<sup>15</sup>. Insoweit verfügt der Geschäftsbesorger über keinen Ermessensspielraum. Daraus folgt, daß die Bank, die aufgrund eines gefälschten Schecks glaubte, zur Auszahlung verpflichtet zu sein, nicht berechtigt ist, von ihrem Kunden Aufwendungsersatz zu verlangen.

Auch der Sphärengedanke allein vermag die maßgeblichen Entscheidungskriterien nicht zu liefern. Auf den ersten Blick erscheint es zwar als äußerst plausibel, den Bankkunden diejenigen Fälschungsrisiken aufzubürden, die ihrer Sphäre entspringen. Diese Form der Risikozurechnung schafft nämlich für die Bankkunden einen Anreiz, sich entsprechend ihren individuellen Verhältnissen optimal gegen Fälschungen zu sichern<sup>16</sup>, z. B. dann, wenn sich auf dem Girokonto hohe Beträge befinden, die Scheckformulare im Safe zu verwahren. Die Belastung der Bankkunden nach Sphärengrundsätzen vermag somit fraglos einen wichtigen Beitrag zur Minderung der im Wertpapierverkehr besonders mißlichen Fälschungsgefahr zu leisten. Zugleich entfällt die Notwendigkeit, im Einzelfall – gegebenenfalls unter großem Aufwand – nachweisen zu müssen, daß die Bankkunden schuldhaft bzw. im Fall der Beweislastumkehr schuldlos gehandelt haben. Stutzig macht freilich, daß man im amerikanischen Recht aufgrund von Sphärenüberlegungen zum konträren Ergebnis gelangt ist. Dort wird die entgegengesetzte Regel, daß die Bank als Bezogene die Gefahr einer Fälschung der Ausstellerunterschriften auf sich zu nehmen habe<sup>17</sup>, damit begründet, daß der Bezogene in der Lage sei, die Unterschrift der Aussteller zu prüfen<sup>18</sup>, und daß die stärkste Barriere gegen Fälschungen eine intensive Kontrolle der Unterschrift bilde. Eine Risikobelastung der Bankkunden wird mit dem Argument abgelehnt, daß sie eine oberflächliche Bearbeitung der Schecks durch die Banken fördere<sup>19</sup>.

6) Zum dispositiven Recht in diesem Sinne gehört im Licht des § 9 II 1 AGB-Gesetz auch das im Weg der Rechtsfortbildung entstandene Recht. Vgl. *Brandner*, in: *Ulmer-Brandner-Hensen*, AGB-Gesetz, 3. Aufl. (1978), § 9 Anm. 58 m. Nachw.; *Schlosser-Graba*, AGB-Gesetz, 1977, § 9 Anm. 24; *Löwe-Graf v. Westphalen*, in: *Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner*, AGB-Gesetz, 1977, § 9 Anm. 22; a. A. *Staudinger-Schlosser*, BGB, 12. Aufl. (1980), § 9 AGB-Gesetz Anm. 20.

7) RGZ 100, 60; *Meyers-Cording*, Das Recht der Banküberweisung, 1961, S. 104f.; *Baumbach-Hefermehl* (o. Fußn. 1), § 3 ScheckG Anm. 7 m. w. Nachw.

8) *Jacobi*, Wechsel- und ScheckR, 1956, S. 403.

9) *E. Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, 1938, S. 315ff.

10) *Rehfeldt-Zöllner*, WertpapierR, 12. Aufl. (1978), S. 140.

11) *Canaris*, in: *GroßKomm. z. HGB*, 3. Aufl., Anh. § 357 Anm. 275.

12) So zu Recht *Canaris*, aaO.

13) So v. *Thur*, ScheckWZ 1925, 333f.; *Reichel*, DJZ 1925, 1800f.

14) Vgl. RGZ 100, 55 (60).

15) Vgl. auch *Koller*, BB 1979, 1726, wo freilich entgegen der h. M. ein stärkerer Schutz der Geschäftsbesorger im Hinblick auf die Unkenntnis von Weisungen vertreten wird. Eine Parallele zu den dort behandelten Problemen kann nicht gezogen werden, da hier der Geschäftsbesorger irrtümlich von der Existenz einer Weisung ausgeht, der Geschäftsbesorger mithin überhaupt nicht aufgrund einer konkreten Veranlassung durch den Auftraggeber tätig wird.

16) Vgl. *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, S. 78ff.

17) Section 3 – 401, 3 – 404 Uniform Commercial Code; *White and Summers*, Uniform Commercial Code, 1972, S. 498.

18) Vgl. *Landvoigt*, Fälschung und Verfälschung von Wechseln und Schecks im anglo-amerikanischen, französischen und deutschen Recht, 1970, S. 22; *Farnsworth*, 60 Columbia Law Review, 285, 302.

19) *Landvoigt*, aaO, S. 114 m. Nachw.

Der isolierte Hinweis darauf, daß das Fälschungsrisiko durch Faktoren, die in der Sphäre der Kunden liegen, erhöht worden sei, vermag mithin die Überwälzung der Fälschungsgefahr auf die Bankkunden nicht zu rechtfertigen. Es bedarf zusätzlicher Überlegungen, warum gerade die in der Sphäre der Kunden liegenden Faktoren den Ausschlag geben, oder ob andere Risikozurechnungselemente eine Rolle spielen<sup>20</sup>.

### III. Eigener Lösungsvorschlag

Der zwischen der bezogenen Bank und ihren Kunden abgeschlossene Scheckvertrag ist als Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizieren. Dieser Geschäftsbesorgungsvertrag ist die Grundlage für Ansprüche der Bank auf Erstattung der Beträge, die sie auf Schecks ausgezahlt hat (§§ 675, 670 BGB). Voraussetzung eines derartigen Erstattungsanspruchs ist nun nach dispositivem Recht nicht nur, daß überhaupt ein Geschäftsbesorgungsvertrag zustande gekommen ist, sondern, falls – wie hier – der Geschäftsbesorgungsvertrag erst noch durch Weisungen des Kunden konkretisiert werden muß, ferner, daß der Bank eine gültige Weisung des Kunden zugegangen ist<sup>21</sup>. Es ist deshalb der herrschenden Meinung<sup>22</sup> darin zuzustimmen, daß der Bank, die auf die Vorlage eines gefälschten Schecks hin auszahlt, kein Aufwendungsersatzanspruch zusteht; denn es ist nach dispositivem Recht des BGB Sache der Bank wie einer jeden anderen Vertragspartei auch, auf eigene Gefahr hin festzustellen, ob eine Verpflichtung zum Tätigwerden begründet worden ist.

Allerdings spricht auf den ersten Blick vieles dafür, dieser durch § 670 BGB vorgezeichneten Risikoverteilung dadurch auszuweichen, daß man entweder den wertpapierrechtlichen Fälschungseinwand nach Sphärengrundsätzen einschränkt<sup>23</sup> oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu Lasten der Bankkunden verschuldensunabhängige Zurechnungselemente ins Spiel bringt. Denkbar wäre es sogar, die Regeln des Geschäftsbesorgungsvertrages einschließlich der Grundsätze über den Aufwendungsersatzanspruch im Weg der Rechtsfortbildung<sup>24</sup> dadurch umzuformen, daß man entscheidend darauf abhebt, welcher Sphäre die maßgebliche Störungsquelle zuzuordnen ist<sup>25</sup>. Zur Unterstützung dieses zuletzt genannten Ansatzes mag eine Parallele zu § 645 BGB gezogen werden<sup>26</sup>. Gleichgültig wie man versucht, eine der spezifischen Interessen- und Risikokonstellation des Scheckverkehrs besser angepaßte Risikoverteilung zu erreichen, man darf im Rahmen des Sphärengedankens nicht lediglich auf die Beherrschbarkeit des Risikos durch eine Partei abstellen und darf außerdem den Sphärengedanken nicht verabsolutieren. Neben der Beherrschbarkeit der Störungsquelle spielt nämlich auch die Absorbierbarkeit sowie die Veranlassung des Risikos eine Rolle<sup>27</sup>.

Bevor nun näher auf die Absorbierbarkeit und Veranlassung des Fälschungsrisikos eingegangen wird, soll genauer untersucht werden, inwieweit und mit welcher Effizienz Bank und Kunden Fälschungen ausschalten können. Unter dem Aspekt der Beherrschbarkeit des Fälschungsrisikos hat man hierbei mehrere Fallgruppen zu bilden. Zunächst geht es um die Fälle, in denen die Fälschung der Unterschrift dadurch ermöglicht worden ist, daß die Scheckformulare dem Kunden oder einem von ihm beauftragten Gewahrsamsinhaber abhanden gekommen bzw. von letzterem mißbraucht worden sind. Daneben stehen die Fälle, in denen die Unterschrift der Aussteller auf gefälschten Scheckvordrucken oder auf neutralen Formularen imitiert worden sind. Letzterenfalls können die Kunden weitere Auszahlungen nur durch eine Anzeige verhindern, daß gefälschte Schecks honoriert worden sind.

#### 1. Fälschung der Unterschrift auf dem Kunden ausgehändigten Scheckformularen

1. Es besteht nun kein Zweifel, daß der Kunde dort, wo ihm oder Personen seines Vertrauens Scheckvordrucke

abhanden gekommen sind, in aller Regel in der Lage war, das Fälschungsrisiko im Sinne der Sphärentheorie bzw. abstrakten Beherrschbarkeit<sup>28</sup> auszuschalten. Man kann dem Kunden nun sicherlich in aller Regel nicht zumuten, einen Tresor anzuschaffen oder die Schecks im Banksafe zu verwahren, um die Gefahr einer Fälschung zu bannen. Im Lichte der Risikozurechnung nach Maßgabe der abstrakten Beherrschbarkeit kommt es jedoch auf die Zumutbarkeit im konkreten Einzelfall nicht an, sondern allein darauf, ob den einzelnen Kunden die Scheckvordrucke auch bei Einsatz aller denkbaren Abwehrmöglichkeiten abhanden gekommen wären. Im Rahmen dieser Abwehrmöglichkeiten ist es dann deren Sache zu entscheiden, welche Gefahren aus ihrer Sicht mit angemessenem Aufwand gebannt werden können und danach zu verfahren, im übrigen aber Schäden, deren Abwehr sie subjektiv für zu teuer halten, in Kauf zu nehmen. Von einer verschuldensunabhängigen Risikozurechnung geht deshalb ein ständiger Anreiz aus, die Gefahr der Fälschung durch situationsgerechte Optimierung der Verwahrung zu minimieren. Unter diesem Aspekt sind die Bankkunden jedenfalls dann geeignete Adressaten der Risikobelastung, wenn man zu ihren Lasten generalisierend unterstellt, daß sie durchwegs zweckrational handeln.

Gleiches gilt indessen auch für die Bank, die den gefälschten Scheck auszahlt. Auch sie könnte bei Einsatz aller denkbaren Mittel sicherstellen, daß die gefälschte Unterschrift rechtzeitig erkannt wird. Daß dies im Massenverkehr der Scheckeinlösung regelmäßig nicht geschieht und nicht geschehen sollte, ist Ausfluß des Rentabilitätsdenkens. So wie es aber den Kunden beispielsweise verwehrt ist, sich gegenüber einer Zurechnung nach den Regeln der abstrakten Beherrschbarkeit bzw. der Sphärentheorie darauf zu berufen, eine Verwahrung der Scheckhefte im Banksafe sei im konkreten Einzelfall unrentabel, so darf die Bank nicht die Unrentabilität eines Einsatzes von Schriftsachverständigen ins Spiel bringen; denn auch im Hinblick auf die Banken erscheint es als sinnvoll, sie ständig zu motivieren, die Abwehrmaßnahmen zu verbessern, z. B. durch Innovationen, deren Gestalt sich heute nicht absehen läßt, die Zahl erfolgreicher Fälschungen zu senken.

2. Angesichts des Umstandes, daß in der hier behandelten Konstellation sowohl die Bank als auch die Kunden das Risiko der Einlösung von gefälschten Schecks zu beherrschen imstande sind, ist zu fragen, wer von beiden die Fälschungsgefahr typischerweise effizienter zu steuern imstande ist. Die Rechtsordnung sollte nämlich demjenigen das Risiko auferlegen und ihn hierdurch zu dessen Minimierung anregen, der die Gefahr leichter, sicherer und billiger in Griff bekommt. Dabei zeigt sich, daß sich keine allgemeine Aussage über etwaige Beherrschbarkeitsvorsprünge treffen läßt, die gleicher-

20) Insoweit besteht ein Unterschied zu sonstigen Fälschungsfällen. Der Erwerber eines gefälschten Wertpapiers, der über keine Schriftproben des Ausstellers verfügt, ist z. B. erheblich schutzbedürftiger. Ihm wird man eher das Recht zugestehen müssen, sich darauf berufen zu dürfen, der scheinbare Aussteller habe durch einen Mangel in seiner Sphäre die Fälschung begünstigt. Unzutreffend erscheint hingegen die These, daß derjenige, dessen Unterschrift auf einem Wertpapier gefälscht worden ist, immer und gegenüber jedermann hafte, falls die Fälschung durch einen in seiner Sphäre gelegenen Umstand gefördert worden sei. Die den Wertpapieren immanente Umlauffreundlichkeit schließt nicht von vorneherein aus, daß zu Lasten anderer Beteiligten des Wertpapierverkehrs Risikozurechnungsgründe, die in deren Sphäre liegen, ins Gewicht fallen.

21) Vgl. o. bei Fußn. 15.

22) Vgl. o. bei Fußn. 7.

23) Dazu Koller, WM 1981, 210.

24) Vgl. BGH, NJW 1973, 318 (319); 1970, 39; Staudinger-Otto, BGB, 12. Aufl., § 324 Anm. 26; Koller (o. Fußn. 16), S. 53 ff.

25) Vgl. o. bei Fußn. 9.

26) Vgl. Koller (o. Fußn. 16), S. 157 ff.

27) Vgl. Koller, aaO, S. 89 ff.

28) Zur Terminologie näher Koller, aaO, S. 78 ff.

maßen für den Bereich der Privatkundschaft (z. B. Lohn-, Renten- und Gehaltskonten) und der sonstigen Konteninhaber (Konten gewerblich oder freiberuflich Tätiger sowie Konten von juristischen Personen und Sondervermögen) gültig wäre. Eine differenzierende Stellungnahme ist daher unmöglich.

a) Nimmt man die Gruppe der *Privatkundschaft* unter die Lupe, so wird man davon ausgehen müssen, daß die ihr zuzuordnende Fälschungsgefahr relativ homogen strukturiert ist. In der breiten Masse dieser Scheckkunden unterscheiden sich die Lebensgewohnheiten, etwa im Hinblick auf Verwahrung der Scheckvordrucke, Kontaktaufnahme mit den Banken im Falle eines Verlustes, Höhe der auf den Girokonten gehaltenen Beträge, wohl nur unwesentlich. Der Umstand, daß das Fälschungsrisiko so gleichförmig strukturiert ist, läßt die Aussage zu, daß aus der Sicht der Banken erhöhte Schutzvorkehrungen nicht nur für einen kleinen Teil der Kunden rentabel sind. Damit ist keineswegs gesagt, daß die Banken billiger und effizienter Scheckfälschungen unterbinden könnten. Es fehlen nämlich alle aktuell greifbaren Anhaltspunkte dafür, welcher Aufwand einerseits aus der Sicht der Banken und andererseits aus der Sicht aller Privatkunden erforderlich ist, um die trotz Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt fortbestehende Restgefahr der Auszahlung gefälschter Schecks um einen bestimmten Prozentsatz zu senken. Dieser Vergleich ist aber auch deshalb zum Scheitern verurteilt, weil sich die Methoden der Gefahrenabwehr verbessern lassen und die Zurechnung auf der Grundlage der abstrakten Beherrschbarkeit ja für denjenigen, der letztlich den Schaden zu tragen hat, einen Anreiz schaffen soll, mit Hilfe von Innovationen neue, kostengünstigere Formen der Schadensverhütung zu ersinnen. Von einem relevanten Beherrschbarkeitsvorsprung der einen oder anderen Seite kann man jedoch nur dann ausgehen, wenn eine Seite evident und langfristig über das effizientere Schadensverhütungspotential verfügt. Daran fehlt es hier, so daß im Verhältnis Bank – Privatkundschaft der Gedanke der Sphäre bzw. abstrakten Beherrschbarkeit für sich allein keine Risikozuweisung gestattet. Es kommt daher gar nicht darauf an, ob man zugunsten der Privatkundschaft eine Ausnahme von der dem BGB zugrunde liegenden Prämisse machen muß, daß jede Vertragspartei in der Lage ist, zweckrational zu handeln und ihren Nutzen sachgerecht zu optimieren<sup>29</sup>.

b) Anders ist die Situation im Verhältnis zu den *übrigen Kunden* der Bank (gewerblich oder freiberuflich Tätige sowie juristische Personen und Sondervermögen). Hier wird eine effiziente Risikobeherrschung durch die Bank durch den Umstand behindert, daß die Intensität des Risikos von Kunde zu Kunde sehr unterschiedlich ist. Diese Heterogenität des Risikos hat zur Konsequenz, daß ein mehr oder minder einheitlicher Sicherheitsstandard<sup>30</sup> den einen Kunden gegenüber zu hoch und damit zu teuer und den anderen Kunden gegenüber suboptimal wäre. Demgegenüber sind die gewerblichen Kunden besser in der Lage, das Ausmaß der sie individuell treffenden Risiken (z. B. durchschnittlicher Stand des Girokontos, Zugang zu den Scheckformularen, Zuverlässigkeit der Angestellten oder sonstiger Vertrauenspersonen<sup>31</sup>, Art der Aufbewahrung, Sicherung der Geschäftsräume etc.) zu bewerten und darüber zu entscheiden, in welchem Umfang in ihrer spezifischen Situation erhöhte Schutzvorkehrungen rentabel sind. In dieser Fallgruppe kann man deshalb zweifellos einen Beherrschbarkeitsvorsprung der Kunden konstatieren, weil diese die Fälschungsgefahr durch Maßnahmen zu senken in der Lage sind, die weder überdimensioniert sind, noch im Einzelfall rentabel ausschaltbare Fälschungen tolerieren.

3. Allerdings darf die Zurechnung nicht ausschließlich anhand von Beherrschbarkeitskriterien erfolgen. Es ist bei jeder

Risikoverteilung grundsätzlich auch zu berücksichtigen, welche der Parteien besser in der Lage ist, etwaige Schäden aufzufangen und das Risiko zu streuen<sup>32</sup>. Diese Zurechnungselement wird in der Rechtsprechung und neueren rechtswissenschaftlichen Diskussion vorwiegend unter dem Aspekt der Versicherbarkeit gesehen. Es spielen jedoch sämtliche Formen einer Absorption von Risiken eine Rolle, wie sich in einer Analyse verschiedenster Vorschriften nachweisen läßt<sup>33</sup>.

a) Unter dem Aspekt der Absorbierbarkeit von Schäden infolge von Scheckfälschungen läßt sich nun nicht bezweifeln, daß die Banken im Vergleich zur *Privatkundschaft* weit- und besser imstande sind, die Schäden sachgerecht aufzufangen und zu streuen<sup>34</sup>. Dabei spielt der Umstand, daß die Banken regelmäßig bedeutend finanzkräftiger sind, keine Rolle<sup>35</sup>. Entscheidend ist vielmehr, daß die Banken als Schaltstellen des Scheckverkehrs den optimalen Überblick über die Höhe des Fälschungsrisikos besitzen; dies sowohl im Hinblick auf dessen Ausmaß als auch dessen Intensität. Die Banken können deshalb unvergleichlich zuverlässiger ausreichende Rücklagen bilden und auf diese Weise als Selbstversicherer fungieren. Sie sind nicht einmal auf eigene Rücklagenbildung angewiesen. Die Praxis des Scheckkartenverfahrens zeigt nämlich, daß den Banken unschwer der Weg zu Versicherungen offensteht, während der Privatkundschaft ohne Hilfe der Banken jegliche Versicherungsmöglichkeit fehlt. Wenn man die Fälle verschuldeter Begünstigung der Scheckfälschung, die die Kunden ohnehin zu tragen haben, ausklammert, ist bei „Privatkunden“ auch nicht mit großen Externalisierungen von Risiken, d. h. Überwälzung des ganzen oder partiellen Schadens auf Dritte, zu rechnen; denn das Fälschungsrisiko dürfte bei der großen Masse der Privatkunden in etwa gleich hoch sein. Bei einer Umlage der Schadenslast auf die Gesamtheit der Privatkunden wird deshalb nicht der Effekt eintreten, daß eine Vielzahl von Kunden langfristig andere Kunden, die sich bedeutend höheren Risiken eines unverschuldeten Verlusts bzw. Mißbrauchs der Scheckformulare exponieren, subventionieren müßten. Wägt man die verschiedenen Risiko- und Zurechnungsgesichtspunkte gegeneinander ab, so gibt die Versicherbarkeit des Risikos durch die Banken den Ausschlag<sup>36</sup>. Dies gilt natürlich nur für die Fallgruppe, in der weder den Banken noch den Kunden ein Verschulden vorzuwerfen ist.

Das Ziel, die Zahl der erfolgreichen Fälschungen zu minimieren, muß unter dieser Lösung nicht leiden; denn die Banken können ja im

29) Vgl. Koller, aaO, S. 82. Vgl. dazu auch u. bei Fußn. 66.

30) Man kann von den Banken nicht erwarten, daß sie den Sicherheitsstandard von Kunde zu Kunde modifizieren, zumal ihnen in aller Regel die für sachgerechte Modifikationen notwendigen Anhaltspunkte fehlen werden.

31) Die Höhe des Fälschungsrisikos hängt wesentlich von der Zuverlässigkeit der Angestellten oder sonstiger Vertrauenspersonen ab. Vgl. zu den Erfahrungen in den USA *Farnsworth*, 60 Columbia Law Review, 305. In Privathaushalten spielt dieses Risiko kaum eine Rolle. Den Angestellten könnte man zwar im Bereich der Privatkundschaft deren Familienmitglieder gleichstellen, wenn Fälschungen durch Familienmitglieder erheblich ins Gewicht fallen sollten. Die daraus resultierende Gefahr einer Externalisierung von Risiken läßt sich jedoch im Verhältnis zur Privatkundschaft leicht durch sachgerechte Ausgestaltung der AGB erreichen.

32) *Landvogt* (o. Fußn. 18), S. 115f.; vgl. auch *Koller* (o. Fußn. 16), S. 89ff.

33) *Koller*, aaO, S. 188ff.

34) Vgl. *Farnsworth*, 60 Columbia Law Review, 302, 303; *Scott*, 91 Harvard Law Review (1978), 772ff.

35) Vgl. dazu *Koller* (o. Fußn. 16), S. 90; *M. Wolf*, NJW 1980, 2439. *Schmidt-Salzer*, BB 1980, 9, kommt vorschnell zu der Erklärung, daß die „deep pocket“ faktisch den Ausschlag gebe.

36) Das Zurechnungselement „Veranlassung“, d. h. der Umstand, daß die Banken überhaupt nur aufgrund ihrer Geschäftsverbindungen mit den Kunden in die Gefahr geraten, gefälschte Schecks zu honorieren, tritt jedenfalls angesichts der den Banken zur Verfügung stehenden Versicherungsmöglichkeiten in den Hintergrund. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß es bei gefälschten Weisungen an einer vom Kunden ausgehenden konkreten Veranlassung, tätig zu werden, fehlt.

Rahmen der Rentabilität die Abwehr von Fälschungen optimieren. Im übrigen kann durch AGB auch für die Kunden ein Anreiz geschaffen werden, das Fälschungsrisiko zu senken. In gewissem Umfang mag die Zurechnung des Fälschungsrisikos nach Absorptionsgesichtspunkten an die Banken allerdings dann die Summe erfolgreicher Fälschungen erhöhen, wenn die Versicherung von der Gemeinschaft aller Banken genommen wird und darauf verzichtet wird, in Parallele zur Kfz-Haftpflichtversicherung die Prämien nach der Höhe der individuellen Schadensfälle zu staffeln oder einen Selbstvorbehalt zu vereinbaren<sup>37</sup>. Wenn die Banken dem Wettbewerbsgedanken Rechnung tragen, werden sie auch bei einer gemeinsamen Versicherung hinreichend sicherstellen, daß die vorsichtiger arbeitenden Banken nicht andere Banken über die Versicherungsprämie subventionieren müssen.

Im Ergebnis ist mithin im Einklang mit der herrschenden Meinung den Banken im Verhältnis zu ihrer Privatkundschaft das Fälschungsrisiko bis zur Grenze deren Verschuldens zuzuweisen (§ 670 BGB)<sup>38</sup>. Für eine rechtsfortbildende Modifikation der Regeln über den Erstattungsanspruch aus Geschäftsbesorgungsverträgen besteht hier ebensowenig Anlaß wie für einen Einsatz der Figur „ergänzende Vertragsauslegung“. Eine Einschränkung des Scheckverkehrs ist auf der Basis dieser dispositiv-rechtlichen Risikoverteilung nicht zu befürchten; denn die Fälschungsgefahr hält sich in Grenzen und wird seit langem von den Banken auf dem Gebiet des Überweisungsverkehrs in Kauf genommen<sup>39</sup>. Vielmehr kann man mit v. Caemmerer<sup>40</sup> behaupten, daß eine Risikoverteilung scheckfeindlich ist, die Kunden gravierenden Gefahren aussetzt<sup>41</sup>.

b) Anders ist die Situation der Banken im Verhältnis zu ihrer sonstigen Kundschaft (gewerblich und freiberuflich Tätige sowie juristische Personen und Sondervermögen) gelagert. Im Unterschied zur Privatkundschaft ist hier davon auszugehen, daß das Risiko eines Verlusts bzw. Mißbrauchs der Scheckformulare sowie die Schadenshöhe relativ heterogen strukturiert sind, da das Risiko entscheidend durch die unterschiedlichen Ausformungen des Geschäftsbetriebes beeinflusst wird. Jede Absorption des Fälschungsrisikos durch die Banken müßte daher eine weitreichende Externalisierung von Risiken zur Folge haben; d. h. es wäre zu befürchten, daß die Banken diesen Kundenkreis nicht entsprechend den individuellen Gefahrenbeiträgen belasten könnten; denn die Banken besitzen keinen Einblick in die Interna ihrer Kunden, wie Vertrauenswürdigkeit des Personals, Zuverlässigkeit der Sicherungssysteme. Die Banken müßten auf eine Abwälzung der Versicherungsprämien nach Durchschnittssätzen ausweichen.

Allenfalls könnten sie Risikoerhöhungsfaktoren, wie Ausmaß des Guthabens, Kreditlinie berücksichtigen oder sich an in der Vergangenheit liegenden Fälschungsschäden orientieren. Die Externalisierung von Risiken wird zwar durch solche Vorkehrungen gemindert. Das BGB ist aber darauf angelegt, Risiken, die stark durch die individuellen Verhältnisse der Vertragspartner gefärbt sind, grundsätzlich bei denjenigen Vertragsteilen anzusiedeln, die den besten Einblick in die für die Quantifizierung des Risikos maßgeblichen Faktoren besitzen<sup>42</sup>. Respektiert man diese Wertung, so ist das Fälschungsrisiko in dieser Fallgruppe rechtsfortbildend in Parallele zu § 645 BGB oder, falls man den Bereich der ergänzenden Vertragsauslegung weit ausdehnt, mit Hilfe dieser Rechtsfigur den Bankkunden zuzuweisen. Sie sind, wie oben dargelegt wurde, auch am besten in der Lage, entsprechend ihren besonderen Verhältnissen Schutzvorkehrungen zu treffen und auf diese Weise einen optimalen Sicherheitsstandard zu schaffen<sup>43</sup>.

## 2. Fälschung der Unterschrift auf gefälschten und neutralen Scheckformularen

Wird die Unterschrift der Bankkunden auf gefälschten oder neutralen Scheckvordrucken imitiert, so sind die Möglichkeiten der

Bankkunden, der Auszahlung gefälschter Schecks einen Riegel vorzuschieben, äußerst gering. Die Fälscher benützen nämlich in dieser Konstellation kein Material, das aus der Sphäre der Kunden in ihre Hand gelangt ist. Den Kunden fehlt deshalb jegliche Chance, das Fälschungsrisiko gänzlich auszuschalten. Sie können nur dessen Auswirkungen dadurch mindern, daß sie die Nachrichten über die Auszahlungen von Schecks kontrollieren und ihre Bank sogleich über das Auftauchen gefälschter Schecks informieren<sup>44</sup>. Die Banken sind hingegen im Sinne abstrakter Beherrschbarkeit in der Lage, durch ein geeignetes System der Unterschriftskontrolle schon beim ersten Auftauchen einer Fälschung Verluste abzuwehren. Dazu kommt, daß die Entscheidung, wie fälschungssicher die von ihnen ausgegebenen Scheckvordrucke ausgestattet sind, ausschließlich in die Sphäre der Banken fällt. In ihrer Hand liegt es auch, ob sie sich darauf einlassen, auf neutralen Vordrucken ausgestellte Schecks ohne Rückfrage beim Aussteller zu honorieren<sup>45</sup>. Unter dem Aspekt der Beherrschbarkeit haben mithin in diesen Fallkonstellationen die Banken wegen evident besserer Beherrschungsmöglichkeiten das Fälschungsrisiko auf sich zu nehmen<sup>46</sup>. Gleiches gilt unter dem Aspekt der Absorbierbarkeit des Risikos. Auch hier können die Banken etwaige Schäden effizienter auffangen. Da das Ausmaß des Risikos entscheidend durch ihre eigenen Kontroll- und Schutzvorkehrungen beeinflusst wird, kennen sie allein den Umfang der zur Risikostreuung nötigen Rücklagen. Die Risikoverteilung fällt jedoch zu Lasten derjenigen Kunden aus, die nach Absprache mit der Bank eigene Scheckvordrucke verwenden. Es ist dann Sache der Kunden, für fälschungssichere Vordrucke zu sorgen oder das Risiko etwaiger Fälschungen in Kauf zu nehmen.

## 3. Zwischenergebnis

Es kann mithin festgehalten werden, daß die Banken nach dispositivem Recht im Verhältnis zu ihrer Privatkundschaft bis zur Grenze deren Verschuldens das Risiko auf sich zu nehmen haben, daß sie gefälschte Schecks honorieren. Sonstige Kunden (gewerblich oder freiberuflich Tätige sowie juristische Personen und Sondervermögen) haben ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden für die Auszahlung gefälschter Schecks aufzukommen, falls die Schecks auf Vordrucken gefälscht worden sind, die ihnen ausgehändigt worden waren. Im übrigen tragen grundsätzlich die Banken das Fälschungsrisiko, es sei denn, daß die Kunden schuldhaft gehandelt haben. Ein schuldhaftes Verhalten der Banken läßt in Analogie zu § 645 I 1 BGB die verschuldensunabhängige Haftung der Kunden entfallen.

## IV. Das Scheckfälschungsrisiko im Licht der AGB

Die Banken haben sich seit jeher bemüht, das Scheckfälschungsrisiko durch AGB in mehr oder minder großem Um-

37) Vgl. Farnsworth, 60 Columbia Law Review, 291, 302, zu der Versicherungspraxis in den USA.

38) In dieser Form hat auch der Schweizer Gesetzgeber in § 1132 OR das Fälschungsrisiko verteilt. Im Bereich des Postscheckdienstes bürdet freilich § 10 PostSchO den Postscheckteilnehmern das Risiko einseitig nach Sphären Gesichtspunkten auf. Man sollte diese Vorschrift indessen nicht ohne weiteres als Ausfluß der Gerechtigkeit qualifizieren, sondern sie eher in die Reihe von Normen stellen, in denen die öffentliche Hand Risiken auf die Benutzer ihrer Einrichtungen abwälzt; eine Erscheinung, die derzeit unter dem Einfluß des AGB-Gesetzes langsam revidiert wird.

39) Landvogt (o. Fußn. 18), S. 115 f.

40) v. Caemmerer, BB 1964, 520.

41) Vgl. auch Fußn. 38.

42) Vgl. Koller (o. Fußn. 16), S. 179 ff.

43) Zu einer Zeit, in der sich die Scheckaussteller nahezu durchwegs aus kaufmännischen Kreisen rekrutierten, war mithin die Aussage E. Ulmers (o. Fußn. 9, S. 316) uneingeschränkt richtig, daß zum Zwecke einer gerechten Risikoverteilung die Sphäre des Ausstellers von der der Bank abzugrenzen sei.

44) Section 4-406 des Uniform Commercial Code kennt auch hier nur eine Verschuldenshaftung. Vgl. White and Summers (o. Fußn. 17), S. 539.

45) Gem. Nr. 1 der Bedingungen für den Scheckverkehr (o. Fußn. 1) sind die Banken nur verpflichtet, Schecks auf den zugelassenen Formularen einzulösen.

46) Das Risiko geht natürlich auf den Kunden über, wenn diese ihre Bank schuldhaft nicht rechtzeitig über das Auftauchen gefälschter Schecks informiert haben.

fang auf ihre Kunden abzuwälzen<sup>47</sup>. Die Frage, ob diese zum Kreis der Privatkundschaft oder zum Kreis der Kaufleute gehörten, spielte keine Rolle. Daran hat sich auch nichts geändert, als die Banken den Scheck als Zahlungsmittel derart popularisierten, daß heute mehr als 50% der Schecks von der Privatkundschaft der Banken ausgestellt werden. In Abweichung vom dispositiven Recht werden auch heute der Privatkundschaft alle Nachteile eines Abhandenkommens, der mißbräuchlichen Verwendung, der Fälschung und Verfälschung von Schecks, Scheckvordrucken und Empfangsbescheinigung aufgebürdet<sup>48</sup>.

In der Literatur<sup>49</sup> werden gegen diese AGB-Regelung keine umfassenden Bedenken erhoben, weil sie angeblich den Scheckverkehr erleichtere. Im Einklang mit dem *OLG Köln*<sup>50</sup> sollen die Kunden aber dort von einer Belastung mit der Fälschungsgefahr frei bleiben, wo die Kunden keinerlei Einfluß auf die Fälschung besitzen. *Zöllner*<sup>51</sup> wendet außerdem kritisch ein, es sei verfehlt, bei einem Verschulden der Bank dem Kunden nur deshalb einen Teil des Schadens aufzubürden, weil sein Verhalten mitursächlich, wenn auch nicht schuldhaft gewesen sei. *v. Caemmerer*<sup>52</sup> qualifiziert allerdings die Abwälzung der Scheckfälschungsgefahr auf die Kunden unter Hinweis auf die Risikoverteilung in den USA als schlechthin anstößig und unzureichend durchdacht.

### 1. Fälschung der Unterschrift auf der Privatkundschaft ausgehändigten Scheckvordrucken

In dieser Fallgruppe weichen die Banken erheblich von der nach dispositivem Recht vorgezeichneten Risikobelastung der Kunden ab. Während die Privatkundschaft<sup>53</sup> nach dispositivem Recht nur die Gefahr zu tragen hat, daß sie schuldhaft<sup>54</sup> Fälschungen begünstigt, ist sie gem. Nr. 11 der Scheckbedingungen verpflichtet, trotz Beachtung jeder zumutbaren Sorgfalt alle ihrer Sphäre entspringenden oder durch sie begünstigten Schäden in Kauf zu nehmen. Es soll Sache der Kunden sein, wie sie diese Schäden auffangen, die sie glauben, rentabel nicht abwehren zu können.

Nun ist sicher die Zurechnung nach Sphärengesichtspunkten im Grundsatz angemessen. Sie prägt in vielfältiger Form das dispositive Recht<sup>55</sup> und erfüllt wichtige Präventionsfunktionen. Es wäre deshalb verfehlt, sie generell als unangemessen zu qualifizieren. Andererseits ist eine verschuldensunabhängige Zurechnung nicht schon deshalb angemessen, weil der Kunde des AGB-Verwenders das Risiko beherrscht; denn es ist immer zusätzlich zu fragen, wie unverschuldete Schäden aufgefangen werden können<sup>56</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn der Verwender der AGB – anders als beim Scheckfälschungsrisiko – die Gefahr schlechter als sein Kunde im Griff haben sollte<sup>57</sup>. So kann kein Zweifel daran bestehen, daß eine AGB-Klausel, derzufolge der Mieter einer Wohnung das Risiko, daß das Haus ohne sein Verschulden infolge eines Defekts seiner Einrichtungsgegenstände (z. B. Fernsehapparat) abbrennt, insbesondere angesichts der nur dem Hauseigentümer offenstehenden Versicherungsmöglichkeiten unangemessen ist<sup>58</sup>. Deutlich wird diese Wertung auch in Situationen, in denen sich der Verwender von AGB unter Berufung auf die Versicherungsmöglichkeiten des anderen Teils von seiner Haftung lösen will. Es ist hier weitgehend anerkannt, daß ein Ausschluß der Haftung für einfaches Verschulden, der mit einem Versicherungsschutz des Kunden korreliert, grundsätzlich<sup>59</sup> als angemessen zu qualifizieren ist<sup>60</sup>. Der Versicherungsschutz ersetzt als Risikoverteilungselement die Fahrlässigkeitshaftung, da er eine unangemessene Belastung des Risikoträgers verhindert.

Man mag dem entgegenhalten, daß eine Betonung des Versicherungsschutzes letztlich eine unnötige und schädliche Sozialisierung von Verlusten<sup>61</sup> provoziere. In dieser Allgemeinheit erscheint der Einwand jedoch als unzutreffend. Der Einwand einer unnötigen Sozialisierung von Schäden kann meines Erachtens auf drei Pfeiler ge-

stützt werden. Zum einen ist es in der Tat fragwürdig, Risiken durch Schadensstreuung auf Kollektive zu verteilen, wenn die Risiken von Betroffenen zu Betroffenen sehr unterschiedlich gelagert sind. Die Externalisierung von Schäden zu vermeiden, ist ein wichtiges Ziel<sup>62</sup>. Wo aber gemessen an der Position der Betroffenen und dem Ausmaß der in Frage kommenden Verluste gravierende Externalisierungen nicht zu erwarten sind, ist an dem hohen Stellenwert der institutionalisierten Schadensstreuung nicht zu zweifeln. Dies zeigt sich deutlich, wenn man das zweite Argument gegen eine Sozialisierung von Schäden, den Aspekt der Risikofreudigkeit, unter die Lupe nimmt. Es spricht sehr viel dafür, daß in vergangenen Zeiten die Risikofreudigkeit bedeutend größer war, d. h., daß man dahin tendierte, der sofortigen Deckung von Bedarf (z. B. infolge niedrigerer Preise) den Vorzug vor Rücklagenbildung und Schutz vor künftigem Schaden zu geben. Diese Bereitschaft, sogleich greifbare Güter überproportional hoch zu bewerten und Verluste als Schicksalsschläge hinzunehmen, hat auf breiter Ebene abgenommen<sup>63</sup>. Zum Beweis dieser These braucht nur auf das Wachstum des Versicherungsgeschäftes, den Ausbau des Sozialschutzes einschließlich der Sicherung des Arbeitsplatzes hingewiesen zu werden. Auch bei den Unternehmen ist der Drang nach Sekurität zu beobachten, wie die Bemühungen um externes Wachstum und Diversifikation zeigen. Diese Entwicklung mag damit zusammenhängen, daß heute die dringendsten täglichen Bedürfnisse problemlos gedeckt werden können. Die Rechtsordnung

47) E. Ulmer (o. Fußn. 9), S. 317.

48) Nr. 11 der Bedingungen für den Scheckverkehr (o. Fußn. 1).

49) *Baumbach-Hefermehl* (o. Fußn. 1), Art. 3 ScheckG Anm. 9; *Canaris* (o. Fußn. 11), Anh. § 357 Anm. 276.

50) *OLG Köln*, WM 1972, 943; *Baumbach-Hefermehl* (o. Fußn. 1), Art. 3 ScheckG Anm. 9; *Canaris* (o. Fußn. 11), Anh. § 357 Anm. 276.

51) *Rehfeldt-Zöllner*, WertpapierR, 12. Aufl. (1978), S. 141.

52) *v. Caemmerer*, BB 1964, 520.

53) Werden AGB gegenüber verschiedenen Verkehrskreisen verwendet, deren Interessen, Verhältnisse und Schutzbedürfnisse generell unterschiedlich liegen, so kann die Anwendung des § 9 AGB-Gesetz zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Der AGB-Verwender hat gruppentypische Unterschiede zu berücksichtigen. Vgl. *Brandner*, in: *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 6), § 9 Anm. 66, 78; *Kötz*, in: *MünchKomm*, § 9 AGB-Gesetz Rdnr. 6.

54) Es geht hier im wesentlichen um Verstöße gegen verkehrsrübliche Sorgfaltsstandards. Vgl. *Deutsch*, Fahrlässigkeit und verkehrserforderliche Sorgfalt, 1963, S. 360; *Weyers*, Unfallschäden, 1971, S. 391, 393f., 490f.; 506. Natürlich spielen daneben auch noch andere Faktoren, wie finanzielle Leistungsfähigkeit und soziale Erwünschtheit eines bestimmten Verhaltens eine Rolle.

55) Vgl. *Koller* (o. Fußn. 16), S. 99ff.

56) Vgl. *Graf v. Westphalen*, NJW 1979, 843; *Hensen*, in: *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 6), §§ 9 bis 11 Anm. 514 (zum Mietvertrag); *Kötz*, in: *MünchKomm*, § 9 AGB-Gesetz Anm. 8; *Löwe-Graf v. Westphalen*, in: *Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner* (o. Fußn. 6), § 9 Anm. 17; *M. Wolf*, NJW 1980, 2438. Krit. *Staudinger-Schlosser* (o. Fußn. 6), § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz Anm. 43, mit dem hier nicht einschlägigen Argument, den Klauselaufstellern würden sonst ganz unzumutbare Differenzierungen abverlangt werden. Anders aber *Schlosser*, wenn Versicherung zugunsten des Kunden „nahe liegt“. Vgl. indessen auch Anm. 49.

57) Unter dem isolierten Aspekt der Beherrschbarkeit ist dann sicherlich eine Belastung der Kunden zulässig. Vgl. *Staudinger-Schlosser* (o. Fußn. 6), § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz Anm. 49, die den Gesichtspunkt der Versicherbarkeit nicht berücksichtigen.

58) Vgl. *Staudinger-Schlosser*, aaO, § 9 AGB-Gesetz Anm. 148; *Staudinger-Emmerich*, BGB, 12. Aufl., § 548 Anm. 14; ferner *Kötz*, in: *MünchKomm*, § 9 AGB-Gesetz Rdnr. 8; *Löwe-Graf v. Westphalen*, in: *Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner* (o. Fußn. 6), § 9 Anm. 50. Zur ratio der Risikoverteilung nach dispositivem Recht vgl. *Koller* (o. Fußn. 16), S. 188f.

59) Zur Ausnahme vgl. *BGH*, WM 1980, 287f.

60) *BGH*, NJW 1980, 1953f.; vgl. ferner *BGH*, NJW 1961, 212 (213); 1968, 1718 (1720); 1973, 2107 (2109); *Palandt-Heinrichs*, BGB, 39. Aufl. (1980), § 9 AGB-Gesetz Anm. 9c; *Kötz*, in: *MünchKomm*, § 11 AGB-Gesetz Rdnr. 65. Ähnlich jedenfalls dann, wenn die Kunden üblicherweise eigene Versicherungen besitzen und die Versicherungskosten nicht erheblich höher als bei einer Risikotragung durch den anderen Teil liegen. *Brandner*, in: *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 6), § 9 Anm. 75.

61) Vgl. *Schlosser-Coester-Waltjen* (o. Fußn. 6), § 11 Nr. 7 Anm. 65; ferner *Haus*, ZVersWiss 67, 166.

62) Insoweit kann eine Parallele zu § 5 ADSp gezogen werden. Vgl. hierzu *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 6), Anh. § 9 bis 11 Anm. 18; *Staudinger-Schlosser* (o. Fußn. 6), § 9 AGB-Gesetz Anm. 161.

63) Vgl. *Weyers* (o. Fußn. 54), S. 90; *Posner*, Economic Analysis of Law, 2. Aufl. (1977), S. 75.

kommt jedenfalls nicht umhin, dem Wandel zu einem weniger risikofreudigen, ja tendenziell risikoscheuen Verhalten, das sich an den Grundsätzen eines abnehmenden Grenznutzens<sup>64</sup> orientiert, Rechnung zu tragen. Es bleibt als Einwand zu berücksichtigen, daß jede organisierte Risikostreuung mit beträchtlichem bürokratischem Aufwand verbunden ist. Dieser Einwand ist nicht von der Hand zu weisen. Er erscheint freilich dann nicht mehr als durchschlagend, wenn es gilt, Schäden zu bewältigen, die stärker ins Gewicht fallen<sup>65</sup>. Dazu gehören durchaus auch die Risiken, die die Privatkundschaft im Scheckverkehr läuft, wenn man den Kreditrahmen berücksichtigt, über den der Fälscher faktisch zu verfügen vermag. Insgesamt kann mithin heute bei größeren Risiken der hohe Rang der Risikostreuung nicht bezweifelt werden, es sei denn, daß es sich um Geschäfte handelt, bei denen typischerweise Wagnisse eingegangen werden.

Natürlich darf diese Risikostreuung nicht allzusehr den Anreiz mindern, sich um eine effiziente Ausschaltung von Gefahrenquellen zu bemühen. Auf das der Privatkundschaft drohende Scheckfälschungsrisiko bezogen muß jedoch eine Betonung der Risikostreuung und eine Vernachlässigung der den Kunden offenstehenden Beherrschungsmöglichkeiten die Schadenshäufigkeit nicht zwangsläufig erheblich steigern; denn der von einer verschuldensunabhängigen Haftung auf die typischerweise wenig zweckrational handelnde Privatkundschaft ausgehende Präventionseffekt ist<sup>66</sup> relativ gering. Er fällt noch weniger ins Gewicht, wenn man bedenkt, daß auch die Banken als zweckrational handelnde Unternehmen in der Lage sind, das Fälschungsrisiko zu beherrschen<sup>67</sup>. Unter dem Aspekt der Beherrschbarkeit und Versicherbarkeit des Scheckfälschungsrisikos erscheint mithin eine AGB-Klausel, die der Privatkundschaft umfangreiche Verluste infolge gefälschter Schecks zuweist, als unangemessen.

Es ist nun freilich nicht zu verkennen, daß die Banken mit guten Gründen stark daran interessiert sind, daß sie sich nicht mit Beweisen darüber auseinandersetzen müssen, ob einem Kunden das Scheckbuch schuldhaft abhandengekommen ist oder nicht. Es ist den Banken im Rahmen des § 9 AGB-Gesetz indessen zuzumuten, sich damit zu begnügen, den Kunden die Beweislast für schuldloses Verhalten aufzuerlegen. Wie nämlich der *BGH*<sup>68</sup> im Zusammenhang mit der Beschränkung des Nachbesserungsrechts durch eine Klausel, die an einen „Eingriff“ des Erwerbers in das gekaufte Gerät einen totalen Rechtsverlust knüpfte, zu Recht ausführte, ist dem Interesse des AGB-Verwenders, seine Beweisposition nicht zu verschlechtern, durch eine Beweislastverteilung zuungunsten der Kunden hinreichend Genüge getan. Es mag sein, daß es manchen Kunden mit gefälschten Beweisen gelingen mag, ihre Schuldlosigkeit vorzutauschen. Allzu große Ausmaße dürften derartige Täuschungsversuche nicht annehmen. Sie müssen angesichts der sonst den Kunden drohenden Schadensrisiken hingenommen werden, zumal die Banken die Folgen der Täuschungen auf die Versicherungen weiterwälzen können. Ebenso wenig rechtfertigt das Interesse, sich erst gar nicht mit Beweisen herumschlagen zu müssen, eine Lösung, die dem Kunden auch bei gravierenden Verlusten den Beweis abschneidet, daß ihm die Scheckformulare ohne sein Verschulden abhandengekommen sind<sup>69</sup>; denn der Aufwand, der mit einer Kontrolle der von den Kunden vorgelegten Beweise verbunden ist, wird sich in Grenzen halten.

Manche risikofreudigen Kunden mögen im Interesse niedrigerer Gebühren auf eine Versicherung verzichten. Dieses Interesse ist jedoch nicht hinreichend gewichtig, um eine Klausel zu tragen, die sämtlichen Kunden faktisch die Möglichkeit nimmt, das Risiko zu streuen. Die Banken als AGB-Aufsteller müssen nämlich auch die Interessen der risikoscheuen Kunden berücksichtigen. Daraus folgt nicht, daß die Banken eine „Zwangsversicherung“ anbieten müßten. Sie können jederzeit eine Wahl zwischen totaler Risikobelastung zu niedrigeren Gebühren und einem Versicherungsschutz offerieren<sup>70</sup>.

Die Banken dürfen sich ferner nicht unbeschränkt darauf berufen, daß Versicherungen immer nur im Rahmen bestimmter Versicherungssummen erhaltlich seien und daß ihnen nicht zugemutet werden könne, Großschäden zu tragen. In dem Rahmen, in dem die Banken bei der Privatkundschaft das Risiko tragen, gefälschte Schecks einzulösen, wird es normalerweise unschwer möglich sein, ausreichende Versicherungsdeckung zu erlangen. Anders ist die Situation bei der Gefahr von Großschäden, der nur eine dünne Schicht der Privatkunden ausgesetzt ist. Die Banken zu verpflichten, auch diese Gefahr auf sich zu nehmen, würde bei einer generellen Erhöhung der Versicherungssumme letztlich auch diejenigen Kunden belasten, die auf ihren Girokonten weder hohe Beträge halten noch so kreditwürdig sind, daß ohne weiteres auf große Summen lautende Schecks ausgezahlt werden. Es ist angemessen, diese ungewöhnlichen Gefahren nur diejenigen Kunden tragen zu lassen, die mit ihnen konfrontiert sind; denn gravierende Externalisierungen von Risiken zu vermeiden, ist ein sachgerechtes Anliegen<sup>71</sup>. Der Versicherungsschutz muß ferner nicht notwendig so organisiert sein, daß die Banken zur eigenen Deckung Versicherungsverträge abschließen. Eine das Fälschungsrisiko auf die Kunden abwälzende AGB-Klausel liegt in dem nach § 9 AGB-Gesetz zulässigen Spielraum, wenn die Banken Versicherungen zu angemessenen Konditionen, insbesondere angemessenen Höchstversicherungssummen, zugunsten ihrer Kunden eingehen<sup>72</sup>.

Keinen Rechtfertigungsgrund für eine totale Risikoabwälzung zu Lasten der Kunden liefert schließlich das Interesse der Banken, Privatkundschaft und die sonstigen Kunden gleichzubehandeln<sup>73</sup>. Die Abgrenzung zwischen beiden Gruppen bereitet sicherlich Schwierigkeiten; sie sind aber lösbar. Jedenfalls kann eine Einheitslösung zuungunsten der Privatkundschaft nicht mit der Begründung verfochten werden, eine Entlastung der Privatkundschaft wecke die Begehrlichkeit der bedeutend mächtigeren Gruppe der anderen Kunden, und dieser Begehrlichkeit könne dann nicht widerstanden werden. Wie auch immer ein Machtkampf ausgehen mag, jedenfalls darf er nicht zu Lasten der schwächeren Privatkundschaft ausgetragen werden.

Es kann mithin festgehalten werden, daß Banken gegenüber ihrer Privatkundschaft typische Scheckfälschungsrisiken grundsätzlich nur dann von sich abwälzen dürfen, wenn sie

64) Vgl. *Woll*, Allg. Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. (1978), S. 89 ff.

65) Vgl. *M. Wolf*, NJW 1980, 2439.

66) Zu Unrecht leugnet *M. Wolf*, NJW 1980, 2439 f., nahezu gänzlich die Relevanz des Präventionseffekts der Haftung. Er gerät dabei in Widerspruch zu seiner These, daß die Haftung bei Körper- und Gesundheitsschäden Schäden unterbinden helfen soll. Wenig einleuchtend ist das Argument, bei leichter Fahrlässigkeit könne der zur Schadensverhütung erforderliche Aufwand unverhältnismäßig werden; denn leichte Fahrlässigkeit setzt zumutbaren Aufwand voraus. Vgl. *Koller* (o. Fußn. 16), S. 82 f.

67) Insoweit besteht ein großer Unterschied zur formularmäßigen Übernahme des Risikos späterer Geschäftsunfähigkeit (dazu *Staudinger-Schlosser* [o. Fußn. 6], § 9 AGB-Gesetz Anm. 39 m. Nachw.); ganz abgesehen davon, daß dieses Risiko von Person zu Person sehr unterschiedlich strukturiert ist.

68) *BGH*, NJW 1980, 831 (832).

69) Das isolierte Rationalisierungsinteresse vermag nur in geringem Umfang Klauseln zugunsten der Verwender zu tragen. Vgl. *Staudinger-Schlosser* (o. Fußn. 6), § 9 AGB-Gesetz Anm. 25; *Brandner*, in: *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 6), § 9 Anm. 76; *Schlosser-Graba* (o. Fußn. 6), § 9 Anm. 44.

70) *BGH*, NJW 1980, 1953 (1955); vgl. *Staudinger-Schlosser* (o. Fußn. 6), § 9 AGB-Gesetz Anm. 33 m. Nachw.; ferner *Kötz*, in: *MünchKomm*, § 9 AGB-Gesetz Anm. 8; *Koller*, *VersR* 1980, 7.

71) Zum totalen Ausschluß atypischer Schäden vgl. *BGH*, NJW 1980, 1955; *Brandner*, in: *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 6), § 11 Nr. 8 Anm. 13; vgl. auch *Koller*, *VersR* 1980, 4 f. m. w. Nachw.

72) Vgl. *BGH*, NJW 1960, 343; *Staudinger-Schlosser* (o. Fußn. 6), § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz Anm. 55; *M. Wolf*, NJW 1980, 2439.

73) Vgl. *Brandner*, in: *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 6), § 9 Anm. 66.

ihren Kunden eine Versicherungsmöglichkeit eröffnen. Die volle Haftung der Kunden für eine verschuldete Begünstigung der Scheckfälschung bleibt natürlich unberührt. Diese Verschuldenshaftung wird dazu beitragen, daß die Kunden sorgsam mit den Formularen umgehen und Fälschungen unverzüglich anzeigen. Um den auf die Kunden zielenden Präventionseffekt zu verstärken, erscheint es auch als angemessen, die Kunden verschuldensunabhängig mit einem relativ geringen Prozentsatz an etwaigen Schäden zu beteiligen. Dies gilt erst recht, wenn den Kunden Versicherungsschutz auch gegen Fälschungen geboten wird, die sie durch eigene Fahrlässigkeit gefördert haben.

## 2. Fälschungen der Unterschrift auf neutralen oder gefälschten Vordrucken

Nr. 11 der Scheckbedingungen konfrontiert hier die Kunden mit einem Risiko, das sie dort, wo ihre Unterschrift erstmals gefälscht wurde, überhaupt nicht, und dort, wo ihre Unterschrift zum wiederholten Male gefälscht wird, erheblich schlechter als die Banken zu beherrschen in der Lage sind; denn die Kunden können ihren Beitrag zur Ausschaltung des Fälschungsrisikos nur dadurch leisten, daß sie die Bank über Belastungen aufgrund von Scheckzahlungen informieren, denen sie keine eigenen Schecks zuordnen können. Dieser Beitrag kommt notwendigerweise immer dann zu spät, wenn ein Fälscher erstmals oder in kurzen Abständen auf neutralen oder gefälschten Vordrucken gefälschte Schecks vorlegt und die Bank diese Schecks honoriert. Ausschließlich die Bank vermag einen einigermaßen zuverlässigen Überblick über die Größe dieser Form des Fälschungsrisikos zu gewinnen und deshalb am besten das Ausmaß der notwendigen Rückstellungen zu kalkulieren. Eine Klausel, die Kunden in diesen Konstellationen verschuldensunabhängig die Fälschungsgefahr aufbürdet, muß deshalb generell als unangemessen (§ 9 AGB-Gesetz) qualifiziert werden. Allenfalls könnte man daran denken, die Banken von Großschäden infolge gefälschter Schecks zu entlasten. Letztlich erscheint freilich auch dies als unangemessen; denn die modernen Kommunikationsmöglichkeiten erlauben es den Banken ohne weiteres, vor Auszahlung auf extrem hohe Summen ausgestellter Schecks an Personen, die nicht als solvent bekannt sind, bei dem scheinbaren Aussteller anzufragen, ob der Scheck in Ordnung ist.

Anders ist die Situation, wenn dem Kunden die Nachricht über die Belastung mit einem gefälschten Scheck zugegangen ist und nach dem Zugang weitere gefälschte Schecks honoriert werden. Hat es hier der Kunde, wenn auch ohne Fahrlässigkeit, unterlassen, die Bank über das Auftauchen gefälschter Schecks zu informieren, so muß er sich die Fälschungen zurechnen lassen; denn hier ist der Kunde in der Lage, das Scheckfälschungsrisiko zu beherrschen. Soweit allerdings gefälschte Schecks auf Konten der Privatkundschaft gezogen werden, geht auch in dieser Fallgruppe das Risiko grundsätzlich<sup>74</sup> zu Lasten der Bank, da im Vergleich zu den Fällen abhandengekommener Scheckvordrucke die Beherrschungsmöglichkeiten der Kunden nicht so viel besser sind, daß die Versicherbarkeit des Risikos in den Hintergrund tritt<sup>75</sup>.

## V. Zusammenfassung

1. Löst eine Bank Schecks ein, weil sie trotz Anwendung verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht zu erkennen vermochte, daß die Ausstellerunterschrift gefälscht ist, so trägt sie nach dispositivem Recht den Schaden in ihrem Verhältnis zur Privatkundschaft. Im Verhältnis Bank – sonstige Kunden trifft die Kunden die Scheckfälschungsgefahr, wenn zur Fälschung Schecks benutzt wurden, die ihnen von der Bank ausgehändigt waren, oder die von den Kunden in eigener Regie hergestellten Scheckformulare nicht hinreichend fälschungssicher sind.

2. Die Kunden, die sich vorhalten lassen müssen, daß sie durch fahrlässiges Verhalten die Fälschung ermöglicht haben, sind zum vollen Ersatz des Schadens verpflichtet, es sei denn, daß auch die Bank ein Verschulden trifft.

3. Eine Klausel, mit deren Hilfe die Banken ihre Privatkundschaft in vollem Umfang für unverschuldete Scheckfälschungen verantwortlich machen, ist auch dann unangemessen, wenn die Banken die Fälschung bei Anwendung verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht entdecken konnten und zur Fälschung Formulare benutzt wurden, die den Kunden ausgehändigt worden waren. Im Verhältnis zur übrigen Kundschaft kann das Fälschungsrisiko durch allgemeine Geschäftsbedingungen abgewälzt werden, sofern die Fälschung durch Umstände begünstigt worden ist, die in der Sphäre dieser Kunden lagen.

74) Zu den Ausnahmen s. o. bei Fußn. 71.

75) Section 4–406 des Uniform Commercial Code kennt auch hier nur eine Verschuldenshaftung. Vgl. *White and Summers* (o. Fußn. 17), S. 539.

Professor Dr. Wolf Rüdiger Schenke, Mannheim

## Der gerichtliche Rechtsschutz im Wahlrecht

*Nach herrschender Meinung garantiert Art. 19 IV GG weder bei Verletzungen des aktiven noch des passiven Wahlrechts einen gerichtlichen Rechtsschutz. Der Verfasser kommt im folgenden zu dem Ergebnis, daß dies nicht Rechtens sein kann. Der zu gewährende Rechtsschutz ist im Regelfall durch die Verwaltungsgerichte in den Verfahren der §§ 42, 113 I 4, 123 VwGO sicherzustellen.*

### I. Einführung in die Problematik

Zu den vornehmsten Grundrechten in der Demokratie gehören die Wahlrechte. Um so merkwürdiger mutet es an, daß gerade diesen Grundrechten unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung kein gerichtlicher Rechtsschutz zuteil werden soll. Hierauf hatte schon zu Beginn dieses Jahrhunderts *Georg Jellinek* hingewiesen. In seinem „System der subjektiven öffentlichen Rechte“ bemerkte er<sup>1</sup>: „Es haben viel unbedeutendere Individualansprüche in neuester Zeit den richterlichen Rechtsschutz gefunden, es ist daher nicht einzu- sehen, warum eine Ausnahme zuungunsten des parlamentarischen Wahlrechts stattfinden soll.“ Mochte in der konstitutionellen Monarchie die Ausklammerung des Wahlrechts aus dem gerichtlichen Rechtsschutz immerhin – auch angesichts der nur rudimentär entwickelten Verwaltungsgerichtsbarkeit – noch auf ein gewisses Verständnis stoßen, vermag das Fortbestehen der Rechtsschutzlücke im Wahlrecht einer modernen Demokratie – zumal im Hinblick auf die sonst allenthalben feststellbare, durch Art. 19 IV GG initiierte Ausweitung des gerichtlichen Rechtsschutzes – nur noch Erstaunen hervorzurufen.

Freilich soll nach der herrschenden Meinung<sup>2</sup> Art. 19 IV GG einen gerichtlichen Rechtsschutz weder bei Verletzungen

1) Vgl. *Georg Jellinek*, System des subjektiven öffentlichen Rechts, 2. Aufl. (1905) S. 166.

2) *Badura*, in: Bonner Kommentar (Zweitbearb.), Anh. zu Art. 38 Rdnr. 41; *Bosch-Schmidt*, Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren, 1979, S. 90; *Goessl*, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, 1961, S. 134 ff.; *v. Mangoldt-Klein*, GG, 2. Aufl. (1966), Art. 41 Anm. III 2, S. 655; *Obermayer*, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, S. 103 (für Parlamentswahlen); *Rechenberg*, in: Bonner Kommentar, (Zweitbearb.), Art. 41 Rdnr. 12; *Schmidt-Vockenhausen*, Die Wahlprüfung in Bund und Ländern unter Einbeziehung Österreichs und der Schweiz, 1968, S. 18; *Seifert*, BWahlR, 3. Aufl. (1976), § 49 Rdnr. 3 ff. und *ders.*, DÖV 1953, 366; *Schreiber*, BWahlG, 2. Aufl. (1980), § 49 Rdnr. 20; *Stiefel*, DÖV 1960, 22; *Wuttke*, AöR 96 (1971), 513 ff.; *Zuleeg*, BayVBl 1962, 339; *BVerfGE* 22, 277 (281) u. 34, 81 (94) = NJW 1973, 33 bzgl. Bundestagswahl; *BVerwG*, BaWüVBl 1969, 121 f. u. DVBl 1973,