



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 239/01

Verkündet am:  
25. Juni 2002  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:                   nein

---

HGB §§ 383, 384

AGB WPGeschäfte (1995) Nr. 1

- a) Direktbanken werden im Effektengeschäft in der Regel als Kommissionär tätig.
- b) Zur Pflicht von Direktbanken, beim Abschluß von Ausführungsgeschäften die Interessen ihrer Auftraggeber zu wahren.

BGH, Urteil vom 25. Juni 2002 - XI ZR 239/01 - OLG München  
LG München I

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 2002 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Siol, Dr. Bungeoth, Dr. Joeres und die Richterin Mayen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. April 2001 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger nehmen die beklagte Direktbank, die Wertpapieraufträge online im Internet, telefonisch und per Telefax entgegennimmt, auf Auszahlung des Gewinns aus Börsentermingeschäften in Anspruch.

Die Kläger, ein Jurastudent und eine Unternehmensberaterin, unterschrieben am 13. Juli 1999 eine Unterrichtungsschrift der Beklagten gemäß § 53 Abs. 2 BörsG und orderten am 1. Oktober 1999 telefonisch bzw. online im "Sekundenhandel" von der S. emittierte Aktienoptions-

scheine. Diese veräußerten sie alsdann am 1. und 4. Oktober 1999 mit einem Gewinn in Höhe von 189.198,43 DM. Die Beklagte stornierte bis zum 5. Oktober 1999 sämtliche Geschäfte und machte geltend, die Emittentin habe die Ausführungsgeschäfte storniert, weil ihr bei der Stellung der Kurse ein Irrtum unterlaufen sei. Hierzu sei die Emittentin aufgrund eines Vertrages, den sie mit ihr am 5./17. August 1999 geschlossen habe, berechtigt gewesen. Der Vertrag enthalte in § 8 folgende Regelungen:

"Mistrades

- (1) Die Parteien sind verpflichtet, Einwendungen gegen einen Geschäftsabschluß innerhalb von 5 Handelstagen zu erheben. Geschäfte sind bei fristgemäßer Einwendung rückabzuwickeln, wenn der Geschäftsabschluß auf einem Irrtum einer Partei oder eines Kunden der D. beruht oder auf einer Fehlfunktion von T. oder auf einer Fehlfunktion eines der an T. angeschlossenen elektronischen Systems der Parteien beruht. Erscheint für beide Parteien bei einem Irrtum über die Preisstellung eine Abwicklung zum historischen Kurs unter Berücksichtigung der zu dem Zeitpunkt herrschenden Marktbedingungen gleichermaßen vorteilhaft, so ist diese einer Rückabwicklung vorzuziehen.
- (2) Verspätete Einwendungen können zurückgewiesen werden. Bei verspäteten Einwendungen sind die Parteien allerdings verpflichtet, sich um den Ausgleich der Interessen zu bemühen."

Die Klage auf Zahlung von 189.198,43 DM nebst Zinsen hatte in den Vorinstanzen bis auf einen geringen Teil der Zinsforderung Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat die Verurteilung der Beklagten im wesentlichen wie folgt begründet:

Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Wertpapiergeschäfte mit den Klägern zu stornieren. Da es sich um Festpreisgeschäfte handele, könne die Beklagte sich nicht auf § 8 ihres Vertrages mit der Emittentin berufen. Für die An- und Verkäufe seien feste Preise vereinbart worden. Die Beklagte habe die Kläger nicht darauf hingewiesen, daß sie als Kommissionärin handeln wolle.

II.

Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Wertpapiergeschäfte der Parteien seien Festpreisgeschäfte, d.h. Kaufverträge, ist rechtsfehlerhaft. Die Parteien haben Kommissionsverträge abgeschlossen, so daß die Klageforderung nicht gemäß § 433 Abs. 2 BGB begründet ist.

1. Die tatrichterliche Auslegung einer Individualvereinbarung unterliegt im Revisionsverfahren nur der eingeschränkten Überprüfung darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer acht gelassen wurde (BGH, Urteile vom 29. März 2000 - VIII ZR 297/98, WM 2000, 1289, 1291 f. und vom 3. April 2000 - II ZR 194/98, WM 2000, 1195, 1196 m.w.Nachw.). Letzteres ist hier der Fall.

2. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß die Beklagte den Klägern in den Wertpapierabrechnungen vereinbarungsgemäß nicht nur den Kurswert der Optionsscheine, sondern zusätzlich Provisionen in Rechnung gestellt hat. Dies spricht deutlich gegen Festpreisgeschäfte, die grundsätzlich nur in Betracht kommen, wenn die Parteien eines Wertpapiergeschäfts einen festen, bestimmten Preis vereinbaren und die Bank keine zusätzlichen Gebühren für eine Geschäftsbesorgung in Rechnung stellt (vgl. Nr. 23 der AGB der Beklagten, die Nr. 9 der Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte (WM 1995, 362) entspricht; Jütten, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis Rdn. 7/68). Zudem ist die Ausführung von Aufträgen zum Kauf von Wertpapieren im Wege der Kommission der Regelfall (Baumbach/Hopt, HGB 30. Aufl. (8) AGB-WPGeschäfte 1 Rdn. 1). Dies mußten die Kläger, die sich seit über 10 Jahren mit Wertpapieren beschäftigen, wissen. Die Beklagte hat die Kläger auch nicht darüber informiert, daß Kaufverträge zustande kommen. Dazu wäre sie bei Abschluß von Festpreisgeschäften nach Nr. 4.3 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel vom 26. Mai 1997 (BANz 1997, 6586) verpflichtet gewesen.

3. Auch die Darstellung der Wertpapiergeschäfte in der Werbung der Beklagten rechtfertigt die Annahme von Festpreisgeschäften nicht. In ihrer Werbung garantiert die Beklagte im sogenannten Sekunden- oder Echtzeithandel Ausführungskurse, zu denen Kunden binnen fünf Sekunden, nachdem die Beklagte ihnen den Kurs mitgeteilt hat, Geschäfte abschließen können. Diese Garantie soll die Kunden lediglich vor für sie negativen Kursbewegungen zwischen der Kursmitteilung und dem Zustandekommen des Ausführungsgeschäfts schützen und die mit Kosten verbundene Setzung eines Kurslimits entbehrlich machen. Der Abschluß von Festpreisgeschäften, d.h. Kaufverträgen zwischen der Beklagten und ihren Kunden zu einem festen Gesamtpreis, ist zu diesem Zweck nicht erforderlich und nicht beabsichtigt. Dies erhellt insbesondere auch aus der in der Werbung der Beklagten hervorgehobenen Tatsache, daß den Kunden eine Verbesserung des Kurses zwischen der Kursansage und dem Zustandekommen des Ausführungsgeschäfts zugute kommt und die Kursgarantie nur im Falle der Verschlechterung des Kurses greift. Von der Vereinbarung eines festen Preises kann danach keine Rede sein. Die Verträge zwischen den Parteien sind vielmehr, wie im Effektengeschäft üblich (Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 2. Aufl. Rdn. 10.27; ders., in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 104 Rdn. 106 f.), Kommissionsverträge.

4. Diese Auslegung kann der erkennende Senat selbst vornehmen, da keine weiteren Tatsachenfeststellungen zu treffen sind (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2000 - II ZR 194/98 aaO).

III.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO a.F.).

1. Ein Garantieverprechen (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 13. Juni 1996 - IX ZR 172/95, WM 1996, 1467, 1469 und vom 18. Juni 2001 - II ZR 248/99, WM 2001, 1565, 1566; Senat, Urteil vom 16. April 2002 - XI ZR 375/00, WM 2002, 1120, 1122, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) der Beklagten kommt als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht. Die Beklagte hat sich nicht verpflichtet, für den Abschluß von Kaufverträgen zu den von der Emittentin gestellten Kursen einzustehen. Sie hat ihren Kunden - wie dargelegt - durch die Garantie von Ausführungskursen lediglich das Risiko von Kursverschlechterungen zwischen der Kursmitteilung und dem Zustandekommen des Ausführungsgeschäfts abnehmen wollen. Daß das Ausführungsgeschäft wirksam zustande kommt und daß die Emittentin es nicht wegen Willensmängeln rückgängig machen kann, hat die Beklagte den Klägern nicht garantiert.

2. Die Kläger haben gegen die Beklagte nach den bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen auch keinen Anspruch gemäß § 394 Abs. 1 HGB. Die Beklagte hat zwar in Nr. 22 Abs. 8 Satz 1 ihrer AGB die Haftung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Ausführungsgeschäfts durch ihren Vertragspartner übernommen. Ihre Haftung setzt aber gemäß § 394 Abs. 2 Satz 1 HGB eine wirksame Verbindlichkeit aus dem Ausführungsgeschäft voraus. Daran fehlt es nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Vortrag der Beklagten.

Die Beklagte hat behauptet, die Emittentin habe die Wertpapiergeschäfte gemäß § 8 des Vertrages vom 5./17. August 1999 storniert, weil sie die Kurse aufgrund eines Irrtums erkennbar um ein Vielfaches zu niedrig angegeben habe.

§ 8 des Vertrages vom 5./17. August 1999 ist wirksam. Die Klausel unterliegt nicht der Inhaltskontrolle gemäß §§ 9-11 AGBG, weil das Berufungsgericht nicht festgestellt hat und die Parteien nicht vorgetragen haben, daß es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Sie verstößt auch nicht wegen ihrer Auswirkungen auf die Kunden der Beklagten gegen die guten Sitten (vgl. zu den Anforderungen an ein sittenwidriges Verhalten von Vertragsparteien gegenüber Dritten: BGHZ 103, 235, 241; 121, 357, 367; BGH, Urteile vom 18. März 1996 - II ZR 10/95, NJW-RR 1996, 869 und vom 26. Juni 1997 - IX ZR 233/96, NJW 1997, 2946, 2947; Staudinger/Sack, BGB 13. Bearb. § 138 Rdn. 333 ff.).

3. Die Klage ist nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht wegen positiver Vertragsverletzung des Kommissionsvertrages zwischen den Parteien begründet. Der mit der Klage geltend gemachte Gewinn, ist den Klägern nicht infolge der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht der Beklagten entgangen.

a) Ein Kommissionär hat allerdings die Interessen seines Auftraggebers wahrzunehmen (Koller, in: Staub, HGB 4. Aufl. § 384 Rdn. 17) und die Kommission für ihn sachgerecht und vorteilhaft auszuführen (Krüger, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB § 384 Rdn. 12). Dazu gehört auch, daß er das Ausführungsgeschäft zu Bedingungen abschließt, die den Interessen des Auftraggebers angemessen Rechnung tragen. Dem

genügt § 8 des Vertrages vom 5./17. August 1999 nicht, weil er eine Rückabwicklung des Ausführungsgeschäfts ermöglicht, ohne eine Schadensersatzpflicht entsprechend § 122 BGB vorzusehen. Den Kunden der Beklagten drohen deshalb erhebliche Vermögensschäden, wenn sie im Daytrading, für das die Kursgarantie der Beklagten im Sekundenhandel insbesondere gilt, Gewinne sofort in neue Geschäfte investieren, dabei verlieren und sodann das erste, gewinnbringende Geschäft als "Misttrade" rückabgewickelt wird. Diese Pflichtverletzung rechtfertigt aber nicht die Klageforderung, weil die Kläger, wenn in dem Ausführungsgeschäft ein dem § 122 BGB entsprechender Schadensersatzanspruch vereinbart worden wäre, nur den Schaden, der ihnen durch ihr Vertrauen auf die Gültigkeit des Ausführungsgeschäfts entstanden ist, nicht aber den Gewinn aus dem Ausführungsgeschäft, der den Gegenstand der Klage bildet, ersetzt verlangen könnten.

Ob bereits die Vereinbarung des Stornierungsrechts gemäß § 8 des Vertrages vom 5./17. August 1999, insbesondere die lange Stornierungsfrist von fünf Handelstagen gegen die Pflicht der Beklagten, die Interessen der Kläger zu wahren, verstößt, bedarf keiner Entscheidung. Ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns aus dem Ausführungsgeschäft folgt hieraus nicht. Der Sachvortrag der Parteien enthält keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Beklagten bei Erfüllung ihrer Pflicht zur Interessenwahrung der Abschluß des Ausführungsgeschäfts ohne das Stornierungsrecht oder mit einer erheblich kürzeren Stornierungsfrist möglich gewesen wäre.

b) Ein Kommissionär hat seinen Auftraggeber ferner über alle Umstände zu benachrichtigen, die für die Ausführung des Geschäfts wichtig

sind und Anlaß zu Weisungen geben können (Baumbach/Hopt aaO § 384 Rdn. 7; Krüger aaO § 384 Rdn. 16). Ob die Beklagte deshalb im vorliegenden Fall verpflichtet war, die Kläger in unmißverständlicher und unübersehbarer Form darauf hinzuweisen, daß das Ausführungsgeschäft das Stornierungsrecht der Emittentin und die lange Stornierungsfrist von fünf Handelstagen enthielt, und die Weisung der Kläger einzuholen, ob das Geschäft in dieser Form abgeschlossen werden solle, kann dahinstehen. Eine etwaige Verletzung dieser Pflicht könnte die Klage nur rechtfertigen, wenn die Kläger bei gehöriger Benachrichtigung die Optionsscheine anderweitig ohne das Stornierungsrecht oder mit einer kürzeren, angemessenen Stornierungsfrist, erworben hätten. Dafür enthalten die Feststellungen des Berufungsgerichts und der Sachvortrag der Parteien keinen Anhaltspunkt.

4. Die Kläger berufen sich ohne Erfolg darauf, die Beklagte habe den Gewinn ihrem Girokonto bereits gutgeschrieben und sei zur Stornierung dieser Gutschrift nicht berechtigt gewesen. Da die Kläger keinen Anspruch auf den Gewinn hatten, stand der Beklagten ein Rückzahlungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB und somit ein Stornierungsrecht gemäß § 8 Abs. 1 Halbs. 1 ihrer AGB zu.

#### IV.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.).

1. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil die Kläger bestritten haben, daß die Beklagte mit der Emittentin das Recht zum Rücktritt gemäß § 8 des Vertrages vom 5./17. August 1999 vereinbart hat und daß diese Vereinbarung auf den vorliegenden Fall Anwendung findet. Sie haben ferner bestritten, daß der Emittentin bei Stellung der Kurse ein Irrtum unterlaufen ist. Hierzu ist, gegebenenfalls nach ergänzendem Parteivortrag, Beweis zu erheben. Da der Irrtum der Emittentin nach dem Vortrag der Beklagten insbesondere an der starken Abweichung der angegebenen Kurse von den korrekten Kursen deutlich wird, kommt eine Begutachtung durch einen Sachverständigen in Betracht.

2. Sollte die Beweisaufnahme ergeben, daß die Emittentin nicht zum Rücktritt gemäß § 8 des Vertrages vom 5./17. August 1999 berechtigt war, sind Feststellungen zu dem von der Beklagten erhobenen Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu erheben. Hierzu hat die Beklagte vorgetragen und unter Beweis gestellt, die Kläger hätten die unrichtige Kursstellung bei Auftragserteilung erkannt und deshalb anders als bei früheren Geschäften, bei denen sie nur bis zu 1.000 € eingesetzt hätten, ihr gesamtes Guthaben in Höhe von 53.810 € in den Optionschein angelegt. In einem Telefonat vom 4. Oktober 1999 habe die Klägerin zu 2) eingeräumt, den Fehler bei der Kursstellung erkannt zu haben.

Damit sind die Voraussetzungen einer unzulässigen Rechtsausübung schlüssig vorgetragen. Ein interner, einseitiger Kalkulationsirrtum berechtigt zwar nicht zur Anfechtung (BGHZ 139, 177, 180). Es kann aber eine unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB darstellen, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annimmt, obwohl er wußte

oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzog, daß das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruhte, und wenn die Vertragsdurchführung für den Erklärenden schlechthin unzumutbar ist (BGHZ 139, 177, 184 f.).

Nobbe

Siol

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Bungereoth ist wegen Urlaubs gehindert, seine Unterschrift beizufügen.

Nobbe

Joeres

Mayen