



## BuB-Monatsbrief

Nr. 12 • Dezember 2020

### Inhaltsverzeichnis

#### Allgemeines Bankrecht

OLG Jena, 29.9.2020	Kreditrecht – Kündigung wegen Geldwäscheverdachts	3
BGH, 10.6.2020	Allgemeines Vertragsrecht – Wirksamkeit einer Inkassokostenpauschale	4
OLG Schleswig, 5.5.2020	Kreditrecht – keine allg. Verpflichtung der Bank einen Ersatzkreditnehmer zu akzeptieren	6
BGH, 22.9.2020	Bürgschaft – kein Widerrufsrecht bei Vertragsschluss außerhalb von Geschäftsräumen	8

#### Wertpapier und Kapitalmarktrecht

BGH, 22.9.2020	Kommissionsvertrag – zur Haftung des Kommissionärs – Mistrade	10
----------------	---	----

#### Impressum

4



# **BVForms®**

## **Bank-Vertragsvordrucke**

### **Mehr Sicherheit in Ihrer Bankpraxis**

Von A wie AGB bis Z wie Zessionsliste – die mehr als 360 Vertragsvordrucke des Bank-Verlags stehen seit vielen Jahren für Rechtskompetenz und Sicherheit! Alle Formulare unterliegen einem ständigen inhaltlichen Monitoring unter Berücksichtigung der aktuellen Gesetzgebung, Rechtsprechung, Literatur und vor allem der Bankpraxis.

#### **» Bereitstellung**

Die BV-Vordrucke werden als offene pdf-Datei mit Formularfeldern zur Verfügung gestellt. Der Download der jeweils aktuellen Vordruck-Versionen erfolgt über die webbasierte BVForms® Content-Plattform.

Sie können wählen zwischen einer Voll-Lizenz mit Zugriff auf das Vordruck-Gesamtportfolio oder einer Teil-Lizenz mit Zugriff auf ausgewählte Vordrucke.

#### **» Fragen rund um das Formularwesen?**

Sprechen Sie uns einfach an!

**Michael Stoll**

Key Account Manager, 0221/5490-124

**Susanne Breithaupt**

Produktmanagerin, 0221/5490-641

## Kreditrecht – Kündigung wegen Geldwäscheverdachts

**Ein Kreditinstitut kann berechtigt sein, ein Darlehen wegen des Verdachts einer nicht zulässigen oder missbräuchlichen Verwendung der Darlehensvaluta, insbesondere wegen Geldwäscheverdachts, aus wichtigem Grund i.S.d. § 314 BGB zu kündigen.**

*(OLG Jena, Urt. v. 29.9.2020, Az.: 5 U 165/19, BeckRS 2020, 25939)*

In dem der Entscheidung des OLG Jena zugrunde liegenden Fall hatte sich das Gericht mit der Frage zu befassen, ob die beklagte Sparkasse berechtigt war, einen Darlehensvertrag wegen des Verdachts der Geldwäsche gestützt auf Ziff. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen (= Ziff. 19 Abs. 3 ABG-Banken) bzw. § 314 BGB außerordentlich zu kündigen. Das OLG bejahte diese Frage, sofern für das Kreditinstitut wie im zu entscheidenden Fall aufgrund einer Vielzahl von außergewöhnlichen Umständen zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung Verdachtsmomente für eine Geldwäsche i. S. d. § 261 StGB bestanden und objektiv bestehen durften. Dass der Verdacht einer Straftat i. S. d. § 261 StGB einen wichtigen Grund i. S. d. § 314 BGB bzw. der Ziff. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen darstelle, stehe, so das Gericht, außer Zweifel. So sei die Aufzählung der Regelbeispiele in Ziff. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen ausdrücklich nicht abschließend. Insofern könne auch der in Erwägungsgrund 33 der Verbraucherkreditrichtlinie genannte Verdacht auf eine nicht zulässige oder missbräuchliche Verwendung des Darlehens, worunter nach der Kommentarliteratur auch die Geldwäsche zähle, als Kündigungsgrund in Betracht zu ziehen sein.

Maßgeblich sei insofern ein sich aus konkreten Anhaltspunkten wie etwa allen Auffälligkeiten bei der Abwicklung von Finanztransaktionen oder der Abweichung von gewöhnlichem Geschäftsgebaren ergebender Anfangsverdacht, für dessen Annahme ein Beurteilungsspielraum bestehe. Ausreichend sei insofern, dass objektiv erkennbare Anhaltspunkte dafür sprechen, dass durch eine Transaktion illegale Gelder dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen oder die Herkunft illegaler Vermögenswerte verdeckt werden sollen und ein krimineller Hinter-

grund i. S. d. § 261 StGB nicht ausgeschlossen werden kann. Lügen die Voraussetzungen für einen i. S. d. GWG meldepflichtigen Verdachtsfall vor, sei ein wichtiger Grund zur Kündigung zumindest indiziert, weil es der Bank regelmäßig nicht zugemutet werden könne, ein Geschäft weiter durchzuführen, aufgrund dessen sie pflichtgemäß Meldung erstattet habe. Der Ablauf der Untersagungsfrist des § 11 Abs. 1 a GWG a. F. schließe eine solche außerordentliche Kündigung nicht aus. Auch stehe eine Einstellung des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO der Kündigung nicht entgegen. So lasse die Einstellung des Strafverfahrens nicht den den Kündigungsgrund bildenden Verdacht ex post entfallen, sofern die Bank diesen Verdacht zum Kündigungszeitpunkt aus der maßgeblichen ex ante-Sicht berechtigterweise bilden durfte.

**Dr. Michael Brass, UniCredit Bank AG**

## Allgemeines Vertragsrecht – Wirksamkeit einer Inkassokostenpauschale

**Eine Kostenpauschale ist als Allgemeine Geschäftsbedingung nach § 309 Nr. 5 a BGB unwirksam, wenn in die Kalkulation Kosten einfließen, die der Geschädigte selbst zu tragen hat.**

*(BGH, Urt. v. 10.6.2020, Az. VIII ZR 289/19, WM 2020, S. 1840 ff.)*

Dem Urteil des BGH liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Das beklagte Energieversorgungsunternehmen beliefert im Rahmen der Grund- und Ersatzversorgung Gas an Privatkunden. Kommt ein Kunde der Pflicht zur fristgerechten Zahlung nicht nach, mahnt das Energieversorgungsunternehmen den Kunden zweimal ab. Bleibt die Forderung auch nach der zweiten Mahnung offen, wird der Sachverhalt an eine Tochtergesellschaft des Energieversorgungsunternehmens weitergeleitet. Diese beauftragt einen externen Dienstleister, der den säumigen Kunden zu Hause aufsucht, um die ausstehende Forderung einzutreiben. Bleibt auch dieser Versuch erfolglos, wird die Gasversorgung des Kunden durch den externen Dienstleister bei einem weiteren Besuch unterbrochen. Das „Preisblatt M-Erdgas Allgemeine Preise S. Versorgungs GmbH“ (im Folgenden: Preisblatt), das als Allgemeine Geschäftsbedingung gegenüber Privatkunden verwendet wird, sieht hierfür eine Kostenpauschale in Klausel 3.2 vor. Diese lautet:

„PREISE BEI ZAHLUNGSVERZUG (je Vorgang) Zahlungseinziehung durch einen Beauftragten (Inkassokosten; umsatzsteuerfrei) 34,15 €.“

Die Kostenpauschale in Höhe von 34,15 € setzt sich unter anderem aus den IT-Kosten für die Unterstützung der Tätigkeit des externen Dienstleisters und der Vergütung des externen Dienstleisters zusammen.

Der Kläger, ein bundesweiter Verbraucherverband, wendet sich mit seiner Klage gegen die Zulässigkeit der pauschalen Berechnung der Inkassokosten in Klausel 3.2 und verlangt Unterlassung der Verwendung entsprechender Bestimmungen gegenüber Verbrauchern und die Erstattung der eigenen Abmahnkosten. So-

wohl erst- als auch zweitinstanzlich konnte sich der klagende Verbraucherverband mit seiner Rechtsauffassung nicht durchsetzen. Die Revision vor dem BGH hatte jedoch Erfolg.

Nach Ansicht des BGH verstößt die Klausel 3.2 als Allgemeine Geschäftsbedingung gegen § 309 Nr. 5 a BGB und ist deswegen unwirksam. Nach § 309 Nr. 5 a BGB ist eine Vereinbarung einer Kostenpauschale unwirksam, wenn die Pauschale den zu erwartenden Schaden übersteigt. Dies sei auch dann der Fall, wenn in die Kostenpauschale Kosten einfließen, die vom Geschädigten selbst zu tragen sind und nicht unter den ersatzfähigen Schaden fallen. Zum ersatzfähigen Schaden zähle nur derjenige Schaden, der adäquat kausal durch die Pflichtverletzung verursacht werde und in den Schutzbereich der Norm falle.

Nach dem Wortlaut der streitgegenständlichen Klausel werden sämtliche Kosten für die „Zahlungseinziehung durch einen Beauftragten“ von der Kostenpauschale erfasst. Für den Kunden sei die Klausel dahingehend auszulegen, dass hierunter sowohl sämtliche Tätigkeiten des bei dem Kunden in Erscheinung tretenden externen Dienstleisters als auch die Tätigkeiten der vom Energieversorgungsunternehmen eingeschalteten Tochtergesellschaften fallen. Kosten für den allgemeinen Arbeits- und Zeitaufwand im Rahmen der Schadensermittlung und der außergerichtlichen Abwicklung des Schadenersatzanspruchs seien allerdings Kosten, die der Beklagte selbst zu tragen habe und die deshalb nicht ersatzfähig sind. Diese können gerade nicht in die Kalkulation der Kostenpauschale einfließen. Aufgrund der Geltendmachung von nicht ersatzfähigen Kosten sei die Klausel deswegen unwirksam.

»

Zudem verstoße die Klausel gegen das in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verankerte Transparenzgebot, weil sie nicht klar und verständlich ist. Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen die Rechte und Pflichten des Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darstellen und die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit wie möglich erkennen lassen. Für den Kunden sei bei der streitgegenständlichen Klausel allerdings nicht hinreichend ersichtlich, dass unter die „Inkassokosten“ von 34,15 € auch solche Aufwendungen fallen, die nicht durch die unmittelbare Einziehung der offenen Forderung, sondern auch durch das Abstellen der Gasversorgung entstehen.

**Leonhard Ost, UniCredit Bank AG**

### Impressum

#### Verlag und Redaktion:

Bank-Verlag GmbH  
Postfach 450209, 50877 Köln  
Wendelinstraße 1, 50933 Köln  
Tel. 0221/54 90-0  
Fax 0221/54 90-315  
E-Mail: medien@bank-verlag.de

#### Geschäftsführer:

Wilhelm Niehoff (Sprecher), Michael Eichler, Matthias Strobel

#### Bereichsleitung Medien:

Bernd Tretow

#### Mediaberatung:

Katrin Frese  
Tel. 0221/54 90-327  
E-Mail: katrin.frese@bank-verlag.de

#### Redaktion:

Caroline Serong  
Tel. 0221/54 90-118  
E-Mail: caroline.serong@bank-verlag.de

#### Layout & Satz:

Cathrin Schmitz  
Tel. 0221/54 90-132  
E-Mail: cathrin.schmitz@bank-verlag.de

Erscheinungsweise: 12 x jährlich  
Kein Teil dieser Publikation darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlags vervielfältigt werden. Unter dieses Verbot fallen insbesondere die gewerbliche Vervielfältigung per Kopie, die Aufnahme in elektronische Datenbanken und die Vervielfältigung auf Datenträgern.

Die Beiträge sind mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt, die Redaktion übernimmt jedoch kein Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der abgedruckten Inhalte. Mit Namen gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers wieder. Empfehlungen sind keine Aufforderungen zum

Kauf oder Verkauf von Wertpapieren sowie anderer Finanz- oder Versicherungsprodukte. Eine Haftung für Vermögensschäden ist ausgeschlossen. Für die Inhalte der Werbeanzeigen ist das jeweilige Unternehmen oder die Gesellschaft verantwortlich.

## Kreditrecht – keine allg. Verpflichtung der Bank einen Ersatzkreditnehmer zu akzeptieren

**Ein Kreditgeber ist nicht verpflichtet, einen Ersatzkreditnehmer zu akzeptieren.**

*(OLG Schleswig, Urt. v. 5.5.2020, Az. 5 U 162/19, NJW-RR 2020, S. 813 ff.)*

In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit begehrte die Klägerin die Rückzahlung eines Vorfälligkeitsentgelts, das sie im Zusammenhang mit der vorzeitigen Auflösung eines nicht grundpfandrechlich besicherten Darlehens gezahlt hatte. Das Darlehen diente der Finanzierung einer Photovoltaik-Aufdachanlage, welche aufgrund einer Nutzungsuntersagungsverfügung jedoch zurückgebaut werden musste. Die Klägerin war der Auffassung, dass der Wegfall des ökonomischen Zwecks des Darlehens die Beklagte im Lichte des § 254 BGB (Mitverschulden) dazu verpflichten soll, den ihr angebotenen Ersatzkreditnehmer zu akzeptieren und damit auf ein Entgelt für die vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrages zu verzichten. Dass sich die Beklagte geweigert hatte, den Ersatzkreditnehmer zu akzeptieren, soll entweder in der Form eines Schadensersatzanspruchs nach § 280 Abs.1 BGB oder als Leistungskondition § 812 Abs. 1 S. 1 1. Var. BGB den klägerischen Zahlungsanspruch begründen.

Wie auch schon die Vorinstanz, so hat auch das OLG Schleswig die Klage als unbegründet abgewiesen.

Ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB soll bereits deshalb ausscheiden, weil es keine Pflicht einer Bank gibt, einen Ersatzdarlehensnehmer zu akzeptieren. Selbst wenn die Beklagte den von der Klägerin angebotenen Ersatzkreditnehmer unter besonderen Umständen hätte akzeptieren müssen, läge hierin keine Verpflichtung ihrerseits, sondern allenfalls eine Obliegenheit. Die Verletzung einer bloßen Obliegenheit könne jedoch einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB nicht begründen.

Im Zusammenhang mit der Prüfung eines etwaigen bereicherungsrechtlichen Anspruchs

geht das OLG Schleswig zunächst auf die vom BGH entwickelten Grundsätze zur Annahme von Ersatzkreditnehmern bei grundpfandrechlich gesicherten Darlehen ein. Danach stehe es dem Kreditgeber im Ausgangspunkt grundsätzlich frei, ob und gegebenenfalls gegen welches Vorfälligkeitsentgelt er sich auf eine vorzeitige Darlehensablösung einlässt. Eine Vereinbarung der Vertragspartner über die Höhe des Vorfälligkeitsentgelts – hier die Aufhebungsvereinbarung – unterliege keiner Angemessenheitskontrolle, sondern sei – solange die Grenzen des § 138 BGB gewahrt sind – grundsätzlich rechtswirksam.

Nur ausnahmsweise gelte etwas anderes, wenn der Kreditgeber zur Einwilligung in die vorzeitige Darlehensablösung gegen eine angemessene Vorfälligkeitsentschädigung verpflichtet sei. In diesem Fall unterliege eine von ihm in Rechnung gestellte Vorfälligkeitsentschädigung der Überprüfung auf ihre Angemessenheit. Wenn eine derartige Verpflichtung bestünde und der Kreditgeber einen Ersatzkreditnehmer ohne nähere Prüfung kategorisch ablehnen würde, könne dies nicht nur zur Kürzung, sondern auch zum völligen Wegfall des Anspruchs auf die Vorfälligkeitsentschädigung führen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit erfahre insofern bei Dauerschuldverhältnissen, hier dem Darlehensvertrag, dann Ausnahmen, wenn berechnete Interessen eines Vertragsteils dies gebieten würden. Der Kreditgeber sei verpflichtet, einen Ersatzkreditnehmer zu akzeptieren, wenn der Kreditnehmer ein berechtigtes Interesse hat, sich von dem Vertrag zu lösen und es dem Kreditgeber zuzumuten ist, den Ersatzkreditnehmer zu akzeptieren. Der Darlehensgeber sei insbesondere dann aufgrund berechtigter Interessen des Darlehensnehmers verpflichtet, in eine vorzeitige

»

Ablösung des Darlehens gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung einzuwilligen, wenn ansonsten die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Darlehensnehmers betroffen wäre, der ohne Kreditablösung das belastete Grundstück nicht veräußern könnte. Hingegen scheidet ein berechtigtes Interesse des Darlehensnehmers, einen Ersatzkreditnehmer zu stellen, aus, wenn der Grund für die vorzeitige Darlehensablösung allein in seiner Person liegt. Denn die (weitere) Verwendbarkeit des Darlehens falle allein in den Risikobereich des Darlehensnehmers; auch ein Wegfall der Geschäftsgrundlage komme in diesem Fall nicht in Betracht.

Gemessen an diesen höchstrichterlichen Grundsätzen musste das OLG Schleswig im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis kommen, dass die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Klägerin nicht eingeschränkt war. Dass die Klägerin nämlich für das Darlehen nach Veräußerung der Photovoltaikanlage und Vereinnahmung des Kaufpreises keine Verwendung mehr hatte, soll allein in ihrem Risikobereich liegen. Die Gründe, die die Klägerin dazu bewogen hätten, die Anlage zu veräußern, stünden in keinem Zusammenhang mit dem Darlehen. Schlussendlich liege es auch von vornherein im alleinigen Risikobereich der Klägerin, wenn sie die Anlage auf ein nicht tragfähiges Dach montiert hat.

**Dr. Christian Wulfers, UniCredit Bank AG**

## Bürgschaft – kein Widerrufsrecht bei Vertragsschluss außerhalb von Geschäftsräumen

**Ein Bürge hat kein Widerrufsrecht gemäß § 312g BGB (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 9. März 1993 - XI ZR 179/92, WM 1993, 683).**

*(BGH, Urt. v. 22.9.2020, Az. XI ZR 219/19)*

Dem Urteil des BGH liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte war geschäftsführender Alleingesellschafter einer GmbH, welcher die Klägerin, ein Kreditinstitut, einen Kontokorrentkredit über 300.000 € eingeräumt hatte. Für diesen Kredit hatte sich der Beklagte selbstschuldnerisch bis zu einem Höchstbetragsbürgschaft von 170.000,00 € verbürgt. Die Bürgschaft unterzeichnete der Beklagte in Anwesenheit eines Mitarbeiters der Klägerin in den Geschäftsräumen der Hauptschuldnerin. Über ein Widerrufsrecht wurde er nicht belehrt.

Nachdem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin gestellt worden war, kündigte die Klägerin den verbürgten Kredit fristlos und stellte den bestehenden Schuldsaldo von 295.779,65 € zur Zahlung fällig. Während der Beklagte sich zunächst aus seiner Bürgschaft verpflichtet sah, widerrief er, vertreten durch seine Prozessbevollmächtigten, sodann seine damalige Willenserklärung auf Abschluss des Bürgschaftsvertrags und verweigerte die Zahlung.

Das LG gab der auf Zahlung von 170.000 € nebst Zinsen i. H. v. 6.474,36 € sowie weiterer Rechtshängigkeitszinsen gerichteten Klage statt. Das Berufungsgericht dagegen wies die Klage mit Rücksicht auf den vorgetragenen Widerruf der Bürgschaftserklärung ab. Mit der Revision, die zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das OLG Hamburg führte, verfolgte die Klägerin ihr Begehren indes erfolgreich weiter:

Nach Auffassung des BGH ging das OLG Hamburg rechtsfehlerhaft davon aus, dass der Beklagte seine auf Abschluss des Bürgschaftsver-

trags gerichtete Willenserklärung gem. § 355 BGB i.V.m. § 312b Abs. 1, § 312g Abs. 1 BGB wirksam habe widerrufen können. Dieses Widerrufsrecht setze nämlich, so der BGH, gemäß § 312 Abs. 1 BGB einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB voraus, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers, vorliegend des Kreditinstituts, zum Gegenstand hat. Erforderlich sei, dass der Unternehmer eine vertragscharakteristische Leistung aus dem betreffenden Verbrauchervertrag zu erbringen hat. Diese Voraussetzungen erfüllen Bürgschaften nach Auffassung des Senats nicht.

Entgegen der früheren Rspr. des Senats zu § 1 HWiG bzw. § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung (im Folgenden: § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F.) genügt es für eine Anwendbarkeit der §§ 312b, 312g BGB nicht, dass der Bürge sein Leistungsversprechen erkennbar in der Erwartung abgibt, ihm oder einem Dritten werde daraus ein Vorteil erwachsen. § 312 Abs. 1 BGB in seiner seit dem 13. Juni 2014 geltenden Fassung setze vielmehr voraus, dass der Unternehmer eine vertragscharakteristische Leistung gegen ein mit dem Verbraucher hierfür vereinbartes Entgelt erbringt. Eine entgeltliche Leistung des Verbrauchers dagegen unterfällt, so der BGH, der Vorschrift nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht.

Soweit an die frühere Rspr. zu § 1 HWiG und § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. anknüpfend vertreten wurde, die Bürgschaft könne als gegenseitiger Vertrag in dem Sinne ausgestaltet sein, dass die Übernahme der Bürgschaft die Gegenleistung für die vom Begünstigten zu erbringende Leistung darstelle, hob der BGH hervor, dass die entgeltliche Leistung des Un-

»



ternehmers auch aus demjenigen Verbrauchervertrag, für welchen das Widerrufsrecht in Anspruch genommen wird, geschuldet sein müsse. Dies ergebe sich, so der BGH, aus § 312 Abs. 1 BGB, der einen Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB als Rechtsgrund für die Leistung voraussetzt. Dass die Leistung des Unternehmers aufgrund eines separaten, nicht § 310 Abs. 3 BGB unterfallenden Vertrags an einen Dritten erbracht wird, reiche nicht aus, so das Urteil weiter.

Auch die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf Verträge über Finanzdienstleistungen führt aus Sicht des Senats zu keinem anderen Ergebnis. Bürgschaften – oder sonstige Kreditsicherheiten – von Verbrauchern werden von dem in § 312 Abs. 5 Satz 1 BGB legal definierten Begriff der Finanzdienstleistung nicht erfasst. Denn die vertragspezifische Leistung muss – in Übereinstimmung mit § 312 Abs. 1 BGB – durch den Unternehmer erbracht werden und dementsprechend der Verbraucher aus dem jeweiligen Vertrag berechtigt sein.

Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i. V. m. § 312b Abs. 1, § 312g Abs. 1 BGB könne auch nicht aus Schutzzweckerwägungen im Wege einer Analogie auf außerhalb von Geschäftsräumen gestellte Verbraucherbürgschaften ausgeweitet werden. Denn hierfür fehlt es nach Auffassung des BGH bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber habe – in Kenntnis der rechtspolitischen Diskussionen und der höchstrichterlichen Rspr. zu dieser Frage – mit der Neuregelung der §§ 312 ff. BGB ausschließlich Verbraucherverträge erfassen wollen, die als Austauschvertrag mit einer Gegenleistungspflicht des Verbrauchers ausgestaltet sind. Verträge, in denen der Verbraucher die vertragscharakteristische Leistung schuldet, sollten demgegenüber – trotz entsprechender Möglichkeit auch in Ansehung des europäischen Rechts – ebenso wenig erfasst werden wie unentgeltliche Verbraucherverträge.

Ergänzend hob der BGH in seinem Urteil hervor, dass die Beschränkung des § 312 Abs. 1 BGB, wonach der Verbrauchervertrag eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben muss, sowohl im Hinblick auf

ein Widerrufsrecht bei Außergeschäftsraum- als auch bei Fernabsatzverträgen gilt. Dabei seien § 312 Abs. 1, § 312b Abs. 1 und § 312g Abs. 1 BGB auch nicht aufgrund richtlinienkonformer Auslegung oder Rechtsfortbildung auf Bürgschaftsverträge zu erstrecken. § 312 Abs. 1 BGB entspreche, so der BGH, soweit er eine Leistung eines Unternehmers als Gegenstand des Verbrauchervertrages voraussetzt, der Richtlinie 2011/83/EU (Rn. 27 ff. des Urteils). Dabei sei die Frage, ob die Richtlinie 2011/83/EU entsprechend § 312 Abs. 1 BGB eine Leistung des Unternehmers voraussetzt, angesichts des Wortlauts, der Regelungssystematik und des Regelungszwecks der Richtlinie ohne weiteres zu beantworten, so dass es auch keiner Anrufung des EuGH bedürfe.

**Dr. Thomas Kamm, UniCredit Bank AG**

## Kommissionsvertrag – zur Haftung des Kommissionärs – Mistrade

**Zur Haftung des Kommissionärs im Falle der Aufhebung des Ausführungsgeschäftes im börslichen Freiverkehr wegen Mistrade.**

*(BGH, Urt. v. 22.9.2020, Az. XI ZR 39/19, ZIP 2020, S. 2279 ff.)*

Der Kläger ist beruflich bei einer Bank mit dem Handel von Wertpapieren und Derivaten befasst und tätig privat seit 2008 über die beklagte Bank jährlich 100 bis 150 Wertpapiertransaktionen. Für diese Geschäfte haben die Parteien unter anderem die Sonderbedingungen der Beklagten für Wertpapiergeschäfte (SoBeWp) vereinbart, wie sie bspw. inhaltsgleich in WM 2007, 1768 ff. veröffentlicht sind. Am 3.6.2011 vereinbarte der Kläger mit der Beklagten, dass diese auf eigenen Namen, aber auf seine Rechnung 5.000 Stück Wertpapiere der M. GmbH (künftig: Emittentin) erwerben sollte. Die Beklagte betraute die D AG mit der Ausführung, die die Wertpapiere noch am 3.6.2011 um 10:22 Uhr an der Frankfurter Wertpapierbörse im Freiverkehr („Scoach Premium Trading“) zum Preis von 40,12 € pro Stück erwarb.

Nach Abschluss des Geschäfts stellte die Emittentin einen Antrag auf Aufhebung von Geschäften, einen sog. Mistrade-Antrag, gemäß § 24 der Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Wertpapierbörse, weil das Geschäft zu einem offensichtlich nicht marktgerechten Preis zustande gekommen sei. Marktgerecht wäre ein Preis von 51,50 € gewesen. Die Frankfurter Börse gab dem Antrag statt und hob das Geschäft nachträglich auf, worüber die Beklagte den Kläger informierte. Der Kläger gab der Beklagten auf, gegen diese Entscheidung vorzugehen, ohne weitere konkrete Weisungen zu erteilen. Daraufhin teilte ein Mitarbeiter der Beklagten noch am gleichen Tag telefonisch einem Mitarbeiter der Frankfurter Börse mit, dass der Kläger mit der Aufhebung des Geschäfts nicht einverstanden sei. Am 10.6.2011 versandte die Beklagte zudem an die Frankfurter Börse eine E-Mail folgenden Inhalts, der Inhalt wurde vom Kläger vorgegeben:

„Sehr geehrte Damen und Herren, wir weisen Sie rein vorsorglich darauf hin, dass unser Kunde, wie wir bereits am 03.06.11 telefonisch mitgeteilt [haben], mit der Aufhebung des Geschäftes nicht einverstanden ist. Freundliche Grüße“

Am 23.11.2011 versandte die Beklagte im Auftrag des Klägers sodann folgende E-Mail an die Frankfurter Börse:

„Sehr geehrte [...], am 3.6.2011 um 10.22 Uhr erwarb unser Kunde 5000 Silberzertifikate (...) des Emittenten M. zu je 40,14 € an der Frankfurter Börse Scoach. Dieser Geschäftsabschluss wurde nachträglich wieder aufgehoben, womit unser Kunde jedoch nicht einverstanden war, was wir Ihnen sowohl telefonisch am 3.6.2011 als auch schriftlich per email vom 10.6.2011 15.55 Uhr mitgeteilt haben. Bisher ist eine Reaktion Ihrerseits nicht erfolgt, weshalb unser Kunde Sie hiermit letztmalig auffordert, eine Verschaffung der 5000 Stück zum damaligen Kaufpreis von je 40,14 € zu veranlassen. Gleichzeitig erteilt unser Kunde einen unlimitierten Verkaufsauftrag über diese 5000 Stück zum heutigen Kassakurs an der Frankfurter Börse Scoach, bzw. zum aktuellen Geldkurs. Freundliche Grüße“

Die Frankfurter Börse reagierte jeweils nicht, so dass der Kläger Klage auf Zahlung der Differenz zwischen dem zuerst gültigen Kaufpreis von 40,14 € und einem fiktiven Verkaufspreis am 23.11.2011 von 49,25 € je Stück, also gesamt auf Zahlung von 45.500 € nebst Zinsen gegen die Beklagte erhob. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung wurde vom OLG ebenso zurückgewiesen, aber die Revision

»

zugelassen. Das Klagebegehren stützt der Kläger auf die Delkrederehaftung nach § 394 HGB und Verletzung vertraglicher Pflichten. Auch der BGH hat die Revision als unbegründet zurückgewiesen.

Das Berufungsgericht hatte einen Schadensersatzanspruch abgelehnt, weil eine Delkrederehaftung vorliegend nicht eröffnet sei. Zwar sei zwischen den Parteien ein Kommissionsvertrag zustande gekommen. Die Haftung nach § 394 Abs. 1 HGB iVm Nr. 9 SoBeWp setze aber eine wirksame Verbindlichkeit aus dem Ausführungsgeschäft voraus. Aufgrund der bestandskräftigen Aufhebung des Ausführungsgeschäftes nach den Mistrade Regelungen fehle es aber hieran und es bestehe keine Forderung mehr gegen den Handelspartner. Des Weiteren sei die Beklagte auch nicht wegen einer schuldhaften Verletzung vertraglicher Pflichten schadensersatzpflichtig. Der Kommissionär sei grundsätzlich nicht verpflichtet, den Kommittenten darüber zu beraten, wie er gegen die Aufhebung des Ausführungsgeschäftes vorgehen könne. Ein Verstoß gegen Weisungen oder Warn- oder Hinweispflichten lag nicht vor. Der Kläger habe den Mitarbeiter der Beklagten zunächst nur angewiesen, gegen die Entscheidung der Frankfurter Börse vorzugehen. Nach dem Vortrag des Beklagten habe der Kläger genaue Anweisungen gegeben, was im Telefonat der Börse gegenüber zu sagen sei, was der Mitarbeiter der Beklagten auch so umgesetzt hat. Auch die Emailtexte stammen vom Kläger. Soweit der Kläger der Meinung sei, dass aus seiner Weisung vom 3.6.2011 für die Beklagte erkennbar gewesen sei, dass sie die „erforderlichen“ Maßnahmen zu ergreifen habe, sei dies schon unbeachtlich, weil er nach eigener Einlassung selbst nicht gewusst habe, was diese erforderlichen Maßnahmen gewesen wären, ob ein Anruf oder ein „formeller Widerspruch“ gewollt gewesen sei. Verantwortlich für einen Widerspruch sei der Kläger und nicht die Beklagte, die diesbezüglich weder eine Rechtsberatung schuldet noch die Einlegung eines formellen Widerspruchs.

Diese Begründung hielt auch der Revision vor dem BGH stand. Die Parteien haben einen Kommissionsvertrag im Sinne der §§ 383 ff. HGB geschlossen. Eine Haftung aus § 394 Abs.

1 HGB bestehe aber eben mangels einer wirksamen Verbindlichkeit aus dem Ausführungsgeschäft nicht, vgl. BGH vom 25.06.2002, XI ZR 239/01. Nr. 9 der SoBeWp, der eine Haftung „für die ordnungsgemäße Erfüllung des Ausführungsgeschäfts“ anordnet, ändere nach seinem eindeutigen Wortlaut nichts an der Akzessorität der Delkrederehaftung. Damit schützt § 394 HGB, Nr. 9 SoBeWp den Kunden nicht vor der Unwirksamkeit oder dem nachträglichen Wegfall des Ausführungsgeschäfts. Gleiches gilt gemäß Nr. 3 Abs. 1 SoBeWp, soweit die Unwirksamkeit oder der nachträgliche Wegfall des im börslichen Freiverkehr geschlossenen Ausführungsgeschäfts auf börsenrechtlichen Regelungen beruht. Die Geschäftsführung der Frankfurter Börse habe vorliegend als teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts gem. § 2 BörsG das Ausführungsgeschäft wirksam per Verwaltungsakt aufgehoben. Darauf, ob sie das Ausführungsgeschäft materiell zu Recht aufgehoben hat, kommt es für den Ausschluss der Delkrederehaftung der Beklagten nicht an. So sei die Aufhebung ein wirksamer privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, der das Ausführungsgeschäft vernichtete. Sein verfügender Teil entfaltete Tatbestandswirkung, vgl. zuletzt BGH v. 4.8.2020, II ZR 174/19, Rz. 35 ff.

Des Weiteren bestätigte der BGH, dass auch kein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung von Weisungen aus dem Kommissionsvertrag nach § 280 Abs. 1 BGB, § 384 Abs. 1, § 385 Abs. 1 HGB gegeben sei. Die Beklagte habe zunächst ihre aus dem Kommissionsvertrag resultierende Pflicht erfüllt, den Kläger gemäß § 384 Abs. 2 HS 1 HGB und § 675 Abs. 1, § 666 BGB über die Aufhebung des Ausführungsgeschäfts zu informieren. Es bestand keine Pflicht, ohne entsprechende Weisung der Aufhebung unverzüglich zu widersprechen. So könne der Kommittent auch ein Interesse daran haben, es ohne Rücksicht auf die Rechtmäßigkeit bei den Rechtsfolgen der Aufhebung zu belassen. Den Weisungen des Klägers, telefonisch und per E-Mail die Aufhebung im Namen des Klägers zu beanstanden, habe die Beklagte entsprochen. Eine Weisung, in Übereinstimmung mit § 42 Abs. 2 VwGO gegen Kostenerstattung und in Form des § 70 Abs. 1 VwGO durch die D AG als Adressatin des privatrechtsgestaltenden Ver-

»

waltungsakts Widerspruch einzulegen, habe der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erteilt. Die Auslegung des Inhalts der Weisung obliege hierbei dem Tatrichter. Vorliegend habe der Tatrichter keine gesetzlichen oder allgemein anerkannten Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungsgesetze verletzt oder wesentlichen Auslegungstoff außer Acht gelassen, so dass der BGH diese Feststellung nicht beanstandet hat.

**Martina Kern, UniCredit Bank AG**