

Dietmar Kälberer^{*)}

Nutzungsherausgabe bei der Rückabwicklung von Börsentermingeschäften

Bei der Rückabwicklung von unverbindlichen Börsentermingeschäften haben Kreditinstitute dem Anleger die Verluste nach Bereicherungsrecht zu erstatten. Dass sie aus dem Kapital des Anlegers auch Nutzungen ziehen und diese herauszugeben haben, ist neuerdings bezweifelt worden. Dem tritt der Verfasser entgegen. Er nimmt Stellung zu den unterschiedlichen Auffassungen zur Bestimmung des Umfangs der Nutzungen.

Die Klassifizierung selbstständiger Optionsscheine als Börsentermingeschäfte¹⁾ rechtfertigt Regressansprüche einer Vielzahl von Privatanlegern, da Verluste aus unverbindlichen Börsentermingeschäften gemäß § 812 ff BGB²⁾ zu erstatten sind. Hierbei können auch die gezogenen Nutzungen eingefordert werden. Nach der Rechtsprechung³⁾ ist bei Kreditinstituten zu vermuten, dass sie rechtsgrundlos erhaltene Beträge im Rahmen des Bankbetriebes einsetzen und daher die gezogenen Kapitalnutzungen gemäß § 818 Abs.1 BGB herausgeben müssen.

Von einigen Oberlandesgerichten⁴⁾ wird eine Nutzungszinshöhe von ca. 8 – 10% des eingesetzten Kapitals bejaht. Neuerdings wird zunehmend eine Berechnung nach der – erstmals von der für Bankrecht zuständigen Kammer des LG Frankfurt⁵⁾ angewandten – Formel „5% plus Diskontsatz“ vorgenommen. Gerade bei sogenannten Altfällen (vor Inkrafttreten der Börsengesetznovelle 1989) berechnet sich der Betrag der Nutzungszinsen damit regelmäßig höher als die eigentlichen Verluste aus den unverbindlichen Geschäften. Verständlicherweise hat daher ein Urteil des AG Kaufbeuren⁶⁾ von der Kreditwirtschaft viel Zustimmung erfahren, weil dieses jegliche Nutzungsziehung verneint hat. Das Amtsgericht argumentiert, die von dem Anleger gezahlten Kaufprämien für Börsentermingeschäfte hätten nicht genutzt werden können, da diese von der Bank zum Erwerb der Geschäfte „weitergeleitet“ würden.

Der Bundesgerichtshof hat über die Frage der Höhe der gezogenen Nutzungen bei der Rückabwicklung von Börsentermingeschäften noch nicht ausdrücklich entschieden. Jedoch kann aus einem Beschluss vom 12. März 1996⁷⁾ vermutet werden, dass auch der Bundesgerichtshof die Annahme einer Nutzungsziehung durch die Banken billigt.

I. Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB?

Die saldierten Verluste (abzüglich Gewinne) aus unverbindlichen Börsentermingeschäften können nach ständiger BGH-Rechtsprechung⁸⁾ gemäß §§ 812 ff BGB nebst Sollzinsen, Gebühren, Provisionen, Courtagen, etc. zurückgefordert werden. Gegenüber diesem Anspruch kann sich das Kreditinstitut nicht auf die Weiterleitung der Prämien und damit auf den Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB berufen.⁹⁾ Dies versteht sich von selbst, wenn die Bank als Eigenhändler-

in auftritt (keine „Weiterleitung“), gilt aber auch bei Kommissionsgeschäften oder bei einer bloßen Botenstellung der Bank.¹⁰⁾ Da Banken gemäß § 53 Abs.1 BörsG „geboren“ börsentermingeschäftsfähig sind, sind die vertraglichen Beziehungen zwischen den Banken verbindlich, das heißt die vermittelnde Bank tilgt mit der sogenannten „Weiterleitung“ der Kaufprämien an die Drittbank eine eigene Verbindlichkeit, die sie aus der Beschaffung oder Absicherung des Geschäftes gegenüber der Drittbank hat.

Das gleiche Ergebnis lässt sich aus der sogenannten Risikosphärentheorie ableiten.¹¹⁾ Kreditinstitute haben regelmäßige Anschaffungs- oder zumindest Absicherungskosten für derartige Geschäfte. Würde ein Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB bei der sogenannten Weiterleitung der Kaufprämien bejaht, müssten regelmäßig Rückabwicklungsansprüche gemäß §§ 812 ff BGB aus unverbindlichen Börsentermingeschäften verneint werden. Der Termineinwand wäre faktisch wirkungslos. Dies ist mit dem in §§ 52 ff BörsG geregelten Anlegerschutz nicht vereinbar. Die Weiterleitung der Kaufprämien fällt in die Risikosphäre der Bank.

II. „Weiterleitung“ der Kaufprämien im Rahmen des § 818 Abs. 1 BGB

Der Ansatzpunkt des AG Kaufbeuren¹²⁾ ist demgemäß auch nicht § 818 Abs. 3 BGB, sondern das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „tatsächlich“ gezogenen Nutzungen. Das AG Kaufbeuren führt hierzu aus, auf Grund der „Weiterleitung“ der Optionsscheinsprämien sei eine *tatsächliche* Nut-

1) BGH ZIP 1994, 693 = EWiR 1994, 563 (Tilp); BGH ZIP 1994, 1924 = EWiR 1995, 141 (Schwark); BGH ZIP 1995, 1812 = EWiR 1995, 1185 (Tilp); BGH ZIP 1996, 1459 = EWiR 1996, 879 (Tilp).

2) BGH ZIP 1989, 827 = EWiR 1989, 657 (Canaris); BGH WM 1987, 1156.

3) BGHZ 102, 41, 48 = ZIP 1987, 1457, 1459 a. E., dazu EWiR 1988, 317 (Kraus); BGH NJW 1961, 452; RGZ 53, 363, 371; s. auch Büttner, BB 1970, 233; Münstermann, WuB I E 2 b. - 24.88; Tilp, ZIP 1993, 1843.

4) OLG Hamm WM 1988, 1441; OLG Frankfurt/M. ZIP 1993, 1855; OLG Düsseldorf EWiR 1995, 131 (Metz); OLG Zweibrücken ZIP 1995, 1272 = EWiR 1995, 923 (Reusch); OLG Karlsruhe, Ur. v. 9. 5. 1996 – 12 U 206/95.

5) LG Frankfurt/M., Ur. v. 18. 3. 1996 – 2/21 O 83/95; LG Frankfurt/M., Ur. v. 25. 3. 1996 – 2/21 O 359/95; LG Frankfurt/M., EWiR 1995, 769 (Kälberer), ebenso OLG Stuttgart ZIP 1996, 2162; OLG Karlsruhe, Ur. v. 13. 3. 1997 – 11 U 33/96; LG Braunschweig, Ur. v. 11. 1. 1996 – 10 O 237/95; LG Köln, Ur. v. 20. 11. 1996 – 25 O 159/96.

6) AG Kaufbeuren WM 1996, 672; ebenso LG Hannover WM 1996, 2111; KG, Ur. v. 7. 1. 1997 – 19 U 4688/96.

7) BGH ZIP 1996, 1206 = EWiR 1996, 699 (Allmendinger); in dem Beschluss hat der BGH die Revision gegen das Urteil des OLG Zweibrücken ZIP 1995, 1272, wegen mangelnder grundsätzlicher Bedeutung und mangelnder Aussicht auf Erfolg nicht angenommen, soweit das OLG Zweibrücken Erstattungsansprüche für Verluste aus Optionen und Optionsscheinen, die vor Unterzeichnung des banküblichen Infoblattes gekauft wurden, und Nutzungszinsen in Höhe von 9% zusprach; s. auch die Anmerkung der Redaktion, ZIP 1996, 1208.

8) BGH ZIP 1989, 827; BGH WM 1987, 1156.

9) Sogenannte Botenbankentscheidung, BGH ZIP 1985, 727, 729, dazu EWiR 1985, 589 (Schwark).

10) BGH ZIP 1985, 727, 729.

11) Vgl. BGH ZIP 1992, 489 = EWiR 1992, 343 (Martinek); BGH NJW 1971, 1311, 1313.

12) AG Kaufbeuren WM 1996, 672.

*) Rechtsanwalt in Tübingen

zungsziehung nicht möglich gewesen. Dies vermag nur bei oberflächlicher Betrachtung zu überzeugen. Das AG Kaufbeuren berücksichtigt weder die bankübliche Abwicklung derartiger Geschäfte, noch bestimmt es, *worin* die Bereicherung bei einer Buchung der Geschäfte über ein Kontokorrent liegt.

1. „Weiterleitung“ der Prämien

Irreführend ist bereits die Formulierung „die Bank habe die Prämien weitergeleitet“. Regelmäßig findet keine Barzahlung statt, sondern eine Verrechnung über ein Kontokorrent. Dabei leitet das Kreditinstitut die Kaufprämien gerade nicht weiter, sondern hat zunächst selbst Aufwendungen zur Beschaffung der Optionsscheine. Hierfür setzt die Bank eigenes Kapital ein. Folglich bucht die Bank auf das Konto des Kunden anschließend auch nicht den an die Drittbank zu zahlenden Kaufpreis, sondern einen eigenen Aufwendungsersatzanspruch¹³⁾ aus Geschäftsbesorgungsvertrag (Kommissionsgeschäft) oder einen eigenen Anspruch aus Kaufvertrag (Eigengeschäft). Dies würde sogar bei einer sogenannten Botenbank¹⁴⁾ gelten; auch hier befriedigt das Kreditinstitut mit der Buchung der Prämien in das Kontokorrent einen eigenen Aufwendungsersatzanspruch.

Unrichtig ist auch der Ansatz des AG Kaufbeuren, eine „Weiterleitung“ würde grundsätzlich eine Nutzungsziehung verhindern. Wenn ein Sollsaldo aus unverbindlichen Geschäften resultiert, ist das Kreditinstitut zunächst einmal um diese Buchposition¹⁵⁾ bereichert. Diese nutzt das Kreditinstitut, indem es dem Anleger (ebenfalls unverbindliche¹⁶⁾) Sollzinsen berechnet. Dieses Beispiel zeigt, dass die Nutzungsziehung nichts mit der sogenannten „Weiterleitung der Prämien“ zu tun hat.

Im Ergebnis betrifft damit die sogenannte „Weiterleitung der Prämien“ nicht das Tatbestandsmerkmal der „tatsächlich“ gezogenen Nutzungen des §818 Abs.1 BGB, sondern stellt einen im Rahmen des Termineinwands unbeachtlichen Einwand im Sinne des §818 Abs.3 BGB dar.¹⁷⁾

2. Bereicherung

Die Frage der Nutzungsziehung hängt maßgeblich davon ab, worin die Bereicherung gesehen wird. Interessant ist hier der Ansatz von *Koller*.¹⁸⁾ Dieser stellt zunächst die Frage, ob bei kontokorrentmäßiger Verbuchung der Prämien aus unverbindlichen Geschäften überhaupt ein Bereicherungsanspruch gegeben sei. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung des BGH¹⁹⁾ zu einem Anspruch aus §812 BGB bei Börsentermingeschäften mag dies zunächst verwundern, allerdings hat der BGH²⁰⁾ in anderen Entscheidungen dargelegt, dass die Buchungsposten im Kontokorrent lediglich deklaratorisch sind. Aus dem deklaratorischen Charakter folgert *Koller*²¹⁾, dass diese Buchungen nur einen Irrtum des Anlegers über die Höhe der Forderung gegenüber dem Kreditinstitut auslösen würden. Im Ergebnis versäume daher der Anleger, sein Kapital zurückzufordern. Eine Verzinsung könne nicht über §818 Abs.1 BGB, sondern allenfalls im Rahmen eines Schadensersatzes als entgangener Gewinn verlangt werden. Diese Auffassung setzt meines Erachtens voraus, dass auch hinsichtlich der Hauptsache ein vertraglicher Rückgewähranspruch anstelle ei-

nes Bereicherungsanspruchs bejaht wird, weil die unverbindliche (deklaratorische) Prämienbuchung den vertragliche Rückgewähranspruch nicht verringert.

Dies stößt auf Bedenken. Gerade das Beispiel, in dem der Anleger zum Ausgleich eines Sollsaldo aus unverbindlichen Geschäften Zahlungen erbringt, zeigt, dass der Irrtum über den Sollsaldo zu einer Zahlung ohne Rechtsgrund und damit zu einem Anspruch aus §812 Abs.1 Satz 1 Alt. 1 BGB des Anlegers führt. Hier drängt sich die Frage auf, ob im Rahmen der §§812 ff BGB eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist, je nachdem ob der Anleger die Geschäfte aus Guthaben tätigt, also schon zuvor Zahlungen in das Kontokorrent erbracht hat,²²⁾ oder die Geschäfte auf Kredit tätigt und den Sollsaldo später ausgleicht. Zudem muss berücksichtigt werden, dass in der Regel über die Konten nicht nur Börsentermingeschäfte, sondern auch andere Buchungen getätigt werden (sogenannte gemischte Konten), also der Sollsaldo den einzelnen Buchungen nicht zugeordnet werden kann. Treten zusätzlich noch wechselnde debitorische und kreditorische Salden auf, so ist die Trennung zwischen Ansprüchen aus §§812 ff BGB und vertraglichen Rückgewähransprüchen nicht mehr möglich.

Gleichfalls lässt die Systematik der §§52 ff BörsG letztlich nur eine Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht zu. §57 BörsG fingiert beispielsweise rückwirkend eine Verbindlichkeit des Geschäftes. Wenn der Anleger trotz kontokorrentmäßiger Verbuchung von Prämien aus unverbindlichen Geschäften nach wie vor in voller Höhe einen vertraglichen Rückgewähranspruch und Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn haben soll, lässt sich dogmatisch kaum begründen, wie diese Ansprüche bei Erfüllung gemäß §57 BörsG rückwirkend wieder entfallen sollen.

Die Auffassung von *Koller* berücksichtigt auch nicht, dass in einem Kontokorrent die Buchungsposten gegeneinander verrechnet werden. Nach der Novationstheorie²³⁾ des BGH werden die einzelnen Buchungsposten im Kontokorrent bei periodischer Verrechnung und bei wirksamem Saldoanerkennnis seitens des Bankkunden durch die sogenannte Saldoforderung ersetzt (Novation).²⁴⁾ Die einzelnen Buchungsposten sind damit der selbstständigen Erfüllung entzogen.²⁵⁾

13) BGH ZIP 1985, 727, 729.

14) Sogenannte Botenbanken kommen in der Praxis kaum mehr vor; in der Regel treten die Banken als Eigenhändlerin oder als Kommissionärin auf (AGB-Banken a.F.; Sonderbedingungen für Börsentermingeschäfte, WM 1991, Beilage 1).

15) OLG Frankfurt/M. ZIP 1993, 1855, ebenso *Koller*, WuB I G 7. – 6.96.

16) BGH ZIP 1989, 827; OLG Frankfurt/M. ZIP 1993, 1855.

17) BGH ZIP 1985, 727, 729; in diesem Punkt ebenso *Koller*, WuB I G 7. – 6.96.

18) *Koller*, WuB I G 7. – 6.96.

19) BGH ZIP 1989, 827; BGH WM 1987, 1156.

20) BGH WM 1992, 429; BGH ZIP 1994, 1098.

21) *Koller*, WuB I G 7. – 6.96.

22) Vgl. BGH WM 1987, 1156.

23) BGH ZIP 1985, 153 = EWiR 1985, 93 (*Koller*); BGH ZIP 1992, 314 = EWiR 1992, 465 (*Nassall*); die neuere Lehre steht der Novationstheorie kritisch gegenüber, vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 29. Aufl., §355 Rz. 7; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 1995, Rz. 3.35 m. w. N.

24) *Baumbach/Hopt* (Fußn. 23), §355 Rz. 24; *Kümpel* (Fußn. 23), Rz. 3.29 m. w. N.

25) BGH ZIP 1992, 314 = EWiR 1992, 462 (*Nassall*).

Die Saldoforderung ist je nach kreditorischem oder debitorischem Saldo als Rückgewähranspruch gemäß § 607 Abs.1, § 700 Abs.1 BGB oder § 607 Abs.1 BGB²⁶⁾ zu klassifizieren. Wird auf das Kontokorrent eine unverbindliche Forderung gebucht, so ist auch das Saldoanerkennnis gemäß § 59 BörsG unverbindlich oder zumindest kondizierbar.²⁷⁾ Die Unverbindlichkeit darf jedoch nicht mit einer Unwirksamkeit gleichgesetzt werden.²⁸⁾ Eine Forderung aus unverbindlichen Geschäften ist gerade nicht unwirksam, sondern stellt lediglich eine Naturalobligation dar, das heißt, sie kann nicht eingeklagt werden. Folglich ist auch die Novation auf Grund der Kontokorrentverrechnung nur unverbindlich, aber nicht unwirksam. Bei Buchungen von Kaufprämien aus unverbindlichen Geschäften auf ein im Guthaben geführtes Konto und der anschließenden Verrechnung wird damit der Saldoanspruch aus § 607 Abs.1 i.V.m. § 700 Abs.1 BGB – trotz der Unverbindlichkeit des Geschäftes in Höhe der verbuchten unverbindlichen Forderung aus dem Börsentermingeschäft – verringert.²⁹⁾ Das Kreditinstitut wird durch das Saldoanerkennnis von dem Anspruch des Anlegers aus § 607 Abs.1 i.V.m. § 700 Abs.1 BGB in Höhe der unverbindlichen Buchungen ohne Rechtsgrund befreit, das heißt, das früher einbezahlte Kapital steht dem Kreditinstitut nunmehr in Höhe der unverbindlichen Buchungen ohne Rechtsgrund zur Verfügung, das Kreditinstitut ist bereichert.³⁰⁾ Da dieses Kapital zuvor dem allgemeinen Geschäftsbetrieb der Bank zugeführt wurde, ist es nicht mit den für das Börsentermingeschäft aufgewandten Mitteln identisch und kann hiervon unabhängig genutzt werden.

Fazit: An der bisherigen BGH-Rechtsprechung ist festzuhalten. Bei Buchungen von unverbindlichen Optionsprämien steht dem Anleger ein Anspruch aus §§ 812 ff BGB zu.

III. Höhe der Nutzungszinsen

Legt eine Bank ihre Nutzungen nicht offen, so ist entsprechend einem Urteil des OLG Düsseldorf³¹⁾ hinsichtlich der Höhe der zu vermutenden Nutzungszinsen grundsätzlich auf den Kontokorrentkredit abzustellen. Soweit ein Sollsaldo entstanden war, ist das ohnehin vorgegeben. Von einigen Gerichten³²⁾ werden – ebenfalls in Anlehnung an den Kontokorrentkredit – Nutzungszinsen in Höhe von 5% plus Diskontsatz, quartalsmäßig aufgezinnt, zugesprochen. Kontokorrentkredite erbringen eine der höchsten Renditen bei Kreditinstituten.³³⁾ Die Formel 5% plus Diskontsatz ist im Rahmen eines Kontokorrentkredites niedrig angesetzt. Nach der Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank³⁴⁾ liegt der durchschnittliche Zinssatz bei Kontokorrentkrediten von unter 1 Mio. DM ca. 7% p.A.

über dem Diskontsatz. Die Effektivverzinsung für Ratenkredite von 5 000 DM bis 15 000 DM ist sogar um weitere 2% p.A. höher als der durchschnittliche Zinssatz bei Kontokorrentkrediten.³⁵⁾ Gegenüber einem starren Zinssatz hat eine Anlehnung an den Diskontsatz den Vorteil, dass dieser eine Änderung der Marktverhältnisse widerspiegelt.³⁶⁾

Letztlich rechtfertigt sich die „5% plus Diskontsatz Formel“ – trotz Unterschreiten des Marktzinses – auch aus der Rechtsprechung des BGH zum pauschalierten Verzugschaden der Banken. Diesen wird vom BGH ein pauschalierter Verzugschadensersatz in Höhe von 5% plus Diskontsatz zugebilligt, weil zu vermuten sei, dass Banken diesen Zinsbetrag am Markt erzielen können.³⁷⁾ Was hier zugunsten der Bank gilt, muss bei den Nutzungen spiegelbildlich auch zu Lasten der Bank gelten. Im Rahmen der Nutzungen ist aber im Gegensatz zum entgangenen Gewinn eine Zinskapitalisierung zulässig.³⁸⁾

Typische Einwendungen wegen angeblicher Aufwendungen für Betriebs- und Sachkosten, Steuern und ähnliches sind im Rahmen dieser Vermutung nicht zu berücksichtigen.³⁹⁾ In der Formel sind Abschläge dafür schon⁴⁰⁾ enthalten. Im Übrigen kann ein Kreditinstitut diese Vermutung durch Offenlegen der Geschäftstätigkeit und der Gewinne widerlegen.

IV. Fazit

Unabhängig davon, ob das Kontokorrentkonto kreditorisch oder debitorisch ist, ist zu vermuten, dass Banken aus dem in unverbindlichen Börsentermingeschäften investierten Kapital einen Nutzungszins in Höhe von mindestens 5% über Diskontsatz, quartalsmäßig aufgezinnt, ziehen.

26) *Canaris*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 3. Bearb., 1988, Rz. 142.

27) LG Frankfurt/M. EWiR 1996, 165 (*Kälberer*) m. w. N.

28) *Hammen*, WM 1995, 1779.

29) Vgl. *Schwarck*, BörsG, 2. Aufl., § 55 Rz. 12.

30) Vgl. BGH WM 1987, 1156.

31) OLG Düsseldorf EWiR 1995, 131 (*Metz*).

32) Siehe oben Fußn. 5.

33) OLG Düsseldorf EWiR 1995, 131 (*Metz*).

34) Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank vom Januar 1995 bis April 1996, NJW 1996, Heft 28, S. XX; Zinsstatistik vom Januar 1994 bis Januar 1996; NJW 1996, Heft 15, S. XXI.

35) Siehe oben Fußn. 34.

36) Siehe oben Fußn. 34.

37) BGH ZIP 1991, 1479 = EWiR 1991, 1237 (*Bülow*).

38) OLG Stuttgart ZIP 1996, 2162; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13. 3. 1997 – 11 U 33/96.

39) A. A. *Münstermann*, WUB I E 2 b. – 24.88.

40) Siehe Fußn. 34; Bearbeitungsgebühren etc. werden in der Zinsstatistik nicht eingerechnet, dennoch liegen die Zinssätze 2 bis 4% über der Formel 5% plus Diskontsatz