

BGer 4C.223/2005 vom 24. Oktober 2006

Bundesgericht, 2006-10-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.223_2005

FR: TF 4C.223/2005 du 24 octobre 2006

IT: TF 4C.223/2005 del 24 ottobre 2006

Erwägungen

E. 1

In der Berufungsschrift ist kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze der angefochtene Entscheid verletzt und inwiefern er gegen sie verstösst (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). Die Gesetzesartikel brauchen allerdings nicht ausdrücklich genannt zu werden, falls aus den Vorbringen hervorgeht, gegen welche Regeln des Bundesprivatrechts die Vorinstanz verstossen haben soll (BGE 121 III 397 E. 2a S. 400). Unerlässlich ist aber, dass die Berufung auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen zeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt (BGE 116 II 745 E. 3 S. 749). Der Berufungskläger soll in der Berufungsschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die er im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit seiner Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (Peter Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 154 f. N 4.91). Auf nicht oder ungenügend begründete Begehren tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 105 II 308 E. 6).

Diesen Anforderungen genügt die vorliegende Berufungsschrift, wie in den nachfolgenden Erwägungen aufzuzeigen ist, in verschiedenen Teilen nicht. So beschränkt sich die Beklagte vielfach darauf, den Entscheidungsgründen der Vorinstanz ihre eigene Auffassung gegenüber zu stellen, indem sie ihren im kantonalen Verfahren vertretenen Standpunkt wiederholt, ohne darzutun, inwiefern die vorinstanzliche Auffassung Bundesrecht verletzen soll.

E. 2

Das Bundesgericht hat seiner Entscheidung im Berufungsverfahren die Feststellungen der letzten kantonalen Instanz über die tatsächlichen Verhältnisse zugrunde zu legen hat, es wäre denn, sie beruhen auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder bedürften der Ergänzung, weil das kantonale Gericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm entscheidungswesentliche Behauptungen und Beweisanträge rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form unterbreitet worden sind (Art. 63 und 64 OG ; BGE 130 III 102 E. 2.2; 127 III 248 E. 2c; 115 II 484 E. 2a).

Die Beklagte rügt als "prozessualen Berufungsgrund", die Vorinstanz habe mit ihrer Feststellung des Sachverhalts in verschiedener Hinsicht Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG verletzt. Dabei verkennt sie, dass auf einem Versehen oder auf einer Verletzung von bundesrechtlichen Beweisvorschriften beruhende wie auch unvollständige tatsächliche Feststellungen nicht zu einer Verletzung von Art. 63 oder 64 OG führen. Diese Bestimmungen bilden bloss die Grundlage für eine allfällige Berichtigung oder Ergänzung des Sachverhalts durch das Bundesgericht bzw. die Vorinstanz.

Ein offensichtliches Versehen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG liegt nach der Rechtsprechung nur vor, wenn die Vorinstanz eine bestimmte Aktenstelle übersehen oder unrichtig, d.h. nicht in ihrer wahren Gestalt, insbesondere nicht mit ihrem wirklichen Wortlaut, wahrgenommen hat (BGE 115 II 399 E. 2; 113 II 522 E. 4b; 104 II 68 E. 3b). Ein Versehen ist nicht schon dadurch belegt, dass sich das Aktenstück bei der Beweiswürdigung nicht erwähnt findet, sondern es muss klar sein, dass es bei der Bildung der richterlichen Überzeugung auch implizit nicht einbezogen, also in den Akten unentdeckt geblieben oder vergessen worden ist. Erforderlich ist weiter, dass ein solches Versehen den Entscheid beeinflusst (BGE 101 Ib 220 E. 1 S. 222; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. II, Bern 1990, N. 1.6.3. zu Art. 55 OG S. 445, N. 5.1 zu Art. 63 OG).

Eine Ergänzung nach Art. 64 OG setzt voraus, dass entsprechende Sachbehauptungen bereits im kantonalen Verfahren prozesskonform aufgestellt, von der Vorinstanz aber zu Unrecht für unerheblich gehalten oder übersehen worden sind, was wiederum näher anzugeben ist. Ohne diese Angaben gelten Vorbringen, die über die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil hinausgehen, als neu und sind damit unzulässig (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ; BGE 115 II 484 E. 2a S. 485 f.). Ergänzungen des Sachverhalts haben demnach nur zu erfolgen, soweit sie entscheidungswesentliche Tatsachen betreffen.

Wie aus den folgenden Erwägungen hervorgeht, vermag die Beklagte weder die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsberichtigung nach Art. 63 Abs. 2 OG noch für eine Sachverhaltsergänzung nach Art. 64 OG darzutun.

E. 3

Im vorliegenden Verfahren ist umstritten, wie der Preis zu berechnen ist, den die Beklagte der Klägerin nach der von den Parteien diesbezüglich getroffenen Vereinbarung (Exit-Klausel) bei einem vor dem Rückzahlungsdatum erfolgenden Verkauf bzw. Rückkauf von Basket-Zertifikaten zu entrichten hat, insbesondere ob ein Dividendendiskont zu berücksichtigen ist oder nicht.

E. 3.1

Die Vorinstanz hat keinen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festgestellt, wie er für die Auslegung der strittigen Vereinbarung über die Berechnung des Rückkaufpreises von PROPERs durch die Beklagte in erster Linie massgebend wäre (Art. 18 OR), und ein solcher wird auch nicht behauptet. Für die Auslegung des Vertrages ist somit das Vertrauensprinzip massgebend. Danach sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4 S. 27 f.; 131 III 606 E. 4.1. S. 611, je mit Hinweisen). Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a S. 424).

Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen im Berufungsverfahren als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 63 Abs. 2 OG ; BGE 132 III 24 E. 4 S. 27 f.; 131 III 606 E. 4.1. S. 611, je mit Hinweisen). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Partieverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von

Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680; 118 II 365 E. 1 S. 366).

Davon ausgehend, dass die gewählten Bezeichnungen von den Vertragsparteien gewöhnlich in ihrer objektiven Bedeutung verwendet werden und den korrekten Sinn der Erklärung wiedergeben, hat ein klarer Wortlaut bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es allerdings nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben (Art. 18 Abs. 1 OR). So kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt (BGE 131 III 606 E. 4.2 S. 611 f.; 129 III 702 E. 2.4.1, je mit Hinweisen).

E. 3.2

Nach den vorinstanzlichen Feststellungen ist die Vereinbarung über die Preisberechnung nach der Exit-Klausel durch den Austausch von Willenserklärungen zwischen den Parteien wie folgt zustande gekommen:

Anfangs Februar 2001, nachdem die Parteien miteinander in Kontakt getreten waren, unterbreitete die Beklagte der Klägerin zwei Produktvorschläge betreffend T._____-Basket, die keine Exit-Klausel enthielten. Nach einer Besprechung zwischen den Parteien am Vormittag des 2. Februar 2001 sandte die Klägerin der Beklagten per Telefax unter Bezugnahme auf das gleichentags stattgefundene Gespräch eine "per heute überarbeitete Liste der wichtigsten Vereinbarungen" mit der Bitte, zu den restlichen Fragen, insbesondere auch bezüglich "Exit", Stellung zu nehmen respektive diese zu "bestätigen". Unter "1.1. Exit" hielt die Klägerin fest:

"Ist verankert im Termsheet. Sinngemäss: Bank X.______ führt Orders über 20'000 Stück direkt zu Börsenexecution Preisen unter Berücksichtigung einer Ausführungsgebühr aus. Zwischen A.______ AG und Bank X.______ ist direkt vereinbart, dass allfällige Verkäufe von über 20'000 Stück zum Verkaufserlös abzüglich 0.5% ausgeführt werden. (...)."

Der zuständige Vertreter der Beklagten teilte der Klägerin gleichentags per Telefax folgendes mit:

"Es freut mich ausserordentlich, Ihnen mitteilen zu können, dass die Bank X.______ gerne mit Ihnen zusammen dieses Produkt kreieren und handeln würde, Übereinkunft in den von Ihnen im Fax erwähnten offenen Punkten vorausgesetzt."

Bezüglich der "Exit-Klausel" führte er aus:

"Pt. 1.1.

i.o. s. entsprechende Formulierung im TS unter «Handel/Information»".

Dazu übermittelte er mit gleicher Sendung ein "indikatives Termsheet vom 02.02.2001", in dem unter "Handel/Information" folgendes festgehalten wird:

"Unter normalen Marktbedingungen wird die Bank X.______ einen Spread von 1.50% aufrechterhalten. Bei Aufträgen über EUR 2 Mio. Gegenwert werden die Nettokurse der Aktien bei Auftragsausführung zuzüglich (Kauf) resp. abzüglich (Verkauf) einer

Ausführungsgebühr zugrundegelegt".

Diese Formulierung fand Eingang in die definitiven Termsheets der vier von den Parteien gemeinsam herausgegebenen Basket-Zertifikate.

E. 3.3

Die Beklagte rügt zunächst, die Vorinstanz habe in Verletzung von Art. 6 OR verkannt, dass das Auslegungsobjekt nicht die von der Klägerin offerierte Umschreibung der Exit-Klausel ("direkt zu Börsenexecution Preisen unter Berücksichtigung einer Ausführungsgebühr") bilde, sondern die von der Beklagten in ihrer Antwort formulierte Exit-Klausel, wonach "Nettokurse" zuzüglich (Kauf) resp. abzüglich (Verkauf) einer (maximalen) Ausführungsgebühr "zugrunde gelegt" würden. Diese präzisierende und zweiseitig redigierte Endformulierung sei durch das stillschweigende Akzept der Klägerin Vertragsinhalt geworden.

Die Rüge geht fehl. Bei der Ermittlung des normativen übereinstimmenden Parteiwillens sind sämtliche Willenserklärungen der Parteien auszulegen (vgl. dazu Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar, N. 242 zu Art. 1 OR ; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, N. 299 f. zu Art. 18 OR ; Wiegand, Basler Kommentar, N. 10 zu Art. 18 OR). Erst wenn der Inhalt beider Willenserklärungen festgestellt ist, kann beurteilt werden, ob der Inhalt der Erklärung der Partei, die auf eine Offerte antwortet, mit dem Inhalt der Offerte übereinstimmt, mithin als Akzept der Offerte zu werten ist, oder ob er davon wesentlich abweicht und demnach als Gegenofferte zu betrachten ist, die bei Zustimmung der Gegenpartei zum alleinigen Vertragsinhalt wird. Bei der Beurteilung, wie die Offertpartei die Antwort auf ihre Offerte nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste, ist insbesondere zu berücksichtigen, wie die von ihr abgegebene Offerte nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen zu verstehen ist und in welcher Weise im Rahmen der Antwort darauf Bezug genommen wird.

Die Vorinstanz ist insoweit korrekt vorgegangen und es ist ihr diesbezüglich keine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen. Sie legte die Erklärungen beider Parteien zunächst nach ihrem Wortlaut aus. Dabei kam sie zum Ergebnis, aus dem Wortlaut der klägerischen Erklärung ergebe sich klar, dass sich der von der Beklagten an die Klägerin zu zahlende Preis für den Rückkauf der PROPERS - sofern mehr als 20'000 Stück verkauft würden - nach dem Verkaufserlös abzüglich 0.5% Ausführungsgebühr richte, ohne zusätzlichen Abzug eines Dividendendiskonts. Aus dem Wortlaut der Antwort der Beklagten lasse sich sodann keine (zusätzliche) Berücksichtigung eines Dividendendiskonts entnehmen. Die Klägerin habe die Antwort "i.o. s. entsprechende Formulierung im TS unter «Handel/Information»", wobei weder im Faxschreiben noch in der im Termsheet aufgeführten Bestimmung ein Dividendendiskont erwähnt worden sei, nach Treu und Glauben als Akzept zu der von ihr vorgeschlagenen Berechnungsweise (Verkaufspreis abzüglich 0.5% Ausführungsgebühr, ohne [zusätzliche] Berücksichtigung eines Dividendendiskonts) verstehen dürfen. Diese sei somit Vertragsinhalt geworden.

Nach dem Ausgeführten kam die Vorinstanz aufgrund einer methodisch nicht zu beanstandenden Auslegung zum Schluss, die Beklagte habe die von der Klägerin formulierte "Exit-Klausel" so verstehen müssen, dass bei der Berechnung des Rückkaufpreises kein Dividendendiskont zur Anwendung kommen solle. Die Klägerin habe sodann die von der Beklagten abgegebene Parteierklärung hinsichtlich der Frage der Berücksichtigung eines Dividendendiskonts als mit der ihrigen übereinstimmend und damit

als blosses ausformuliertes Akzept betrachten dürfen.

Demnach stösst die von der Beklagten in diesem Zusammenhang erhobene Versehenrüge nach Art. 63 Abs. 2 OG, die Vorinstanz habe im Widerspruch mit den Akten festgestellt, dass die Klägerin die von der Beklagten formulierte zweiseitige Exit-Klausel gemäss den Termsheets ausdrücklich als Vertragsinhalt anerkannt habe, ins Leere. Die Klägerin durfte gemäss der vorinstanzlichen Auslegung davon ausgehen, dass die Exit-Vereinbarung mit der Antwort der Beklagten zustande gekommen war, weshalb ihrem nachfolgenden Verhalten - die Richtigkeit der Auslegung der Vorinstanz vorausgesetzt - keine weitere Bedeutung zukommt.

E. 3.4

Die Beklagte rügt allerdings, die Vorinstanz habe beide Parteierklärungen falsch ausgelegt. Sie habe bei der Auslegung ihres Wortlauts nach dem Vertrauensprinzip zu Unrecht auf den allgemeinen und nicht auf den besonderen Sprachgebrauch im Fachkreis der Derivate-Händler abgestellt, dem beide Parteien angehörten. Sie macht geltend, der Wert eines Basket Zertifikats berechne sich nach einer marktüblichen Berechnungsformel. Dabei würden bei Basket Zertifikaten, denen Aktien mit Dividendenanfall zugrunde lägen, künftige Dividenden, die bei der Emittentin anfielen, anlässlich der Emission mittels eines Diskonts berücksichtigt. Die Berücksichtigung des künftigen Dividendenanfalls mittels eines Diskonts stelle einen der definitionsgemässen Bewertungsparameter eines Basket-Zertifikats dar. Er finde daher im Handelsgeschäft ohne ausdrückliche Vereinbarung der Parteien stets Anwendung. Strittig sei vorliegend nicht das Bestehen und das Kennen dieser marktüblichen Berechnungsmethode durch die Klägerin, sondern nur die Auslegung der Exit-Klausel. Diese könne aufgrund der Verwendung der Begriffe "Zugrundelegung" der "Nettokurse" und ihre zweiseitige Formulierung für den Kaufsfall einerseits und den Verkaufsfall andererseits nur so verstanden werden, dass die allgemeine Preisberechnungsformel ihre Gültigkeit beibehalten habe. Die Vorinstanz verletzte Art. 1 und 18 OR, wenn sie die in das definitive Termsheet eingegangene und Vertragsinhalt gewordene Formulierung der Beklagten nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gemäss Duden und Lexikon dahingehend auslege, dass sich hieraus die Berücksichtigung eines Dividendendiskonts nicht entnehmen lasse, weil "zugrundelegen" schlicht "als Grundlage nehmen" bedeute und "Nettokurs" den "Kurs nach Abzug der Unkosten" meine, wobei ein "Dividendendiskont" nicht mit "Unkosten" gleichgesetzt werden könne. Der Wortlaut wäre vielmehr nach dem besonderen Sprachgebrauch auszulegen, der im vorliegend relevanten, fachspezifischen Bereich des Derivate-Handels gelte. Die Vorinstanz verkenne, dass die Berücksichtigung des marktüblichen Preisberechnungsmodells nicht auf der Ebene des expliziten Einbezugs der Handelsusanz durch die Parteien abzuhandeln sei, sondern schon vorweg bei der Ermittlung der objektiven Bedeutung der zwischen den Parteien ausgetauschten Willenserklärungen nach Vertrauensprinzip.

E. 3.4.1

Bei diesen Vorbringen verkennt die Beklagte, dass die Feststellung, ob und gegebenenfalls wie bestimmte Begriffe in Fachkreisen abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch verstanden werden, tatsächlicher Natur ist (Jäggi/Gauch, a.a.O., N. 390 und 399 zu Art. 18 OR). Die Vorinstanz hat keine Feststellungen darüber getroffen, dass die Begriffe "Nettokurs" und "zugrundelegen" im Kreis der Derivatehändler in dem Sinne verstanden würden, den ihnen die Beklagte zumessen will. Vielmehr stellte sie fest, es seien keine

fachspezifischen Begriffe umstritten.

Die Beklagte macht zwar als "Verletzung von Art. 63 Abs. 2 OG " geltend, die Klägerin habe der im Prozess geschilderten marktüblichen Berechnung der Preise von Basket Zertifikaten, die sich aus dividendenberechtigten Aktien zusammensetzten, nicht widersprochen und die Vorinstanz verkenne, dass damit zugleich erwiesen sei, dass der Begriff "Nettokurs" im Zusammenhang mit "Basket Zertifikaten" nach dem besonderen Sprachgebrauch der Derivatehändler definitionsgemäss einen Dividendendiskont beinhalte. Darin liegt aber keine Sachverhaltsrüge nach Art. 63 Abs. 2 OG , sondern unzulässige blosser Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung. Denn die Beklagte macht weder geltend, die Vorinstanz habe unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften, namentlich von Art. 8 ZGB , festgestellt, dass "Nettokurs" kein fachspezifischer Begriff sei, noch belegt sie, dass die gerügte Feststellung auf einem offensichtlichen Versehen beruhen würde, indem die Vorinstanz eine bestimmte Aktenstelle übersehen oder unrichtig wahrgenommen hätte. Vielmehr kritisiert sie bloss die vorinstanzliche Würdigung des Umstands, dass die von ihr in der Klageantwort geschilderte Berechnungsmethode von der Klägerin nicht bestritten worden war, wobei zu bemerken ist, dass der Begriff "Nettokurs" in der angesprochenen Schilderung gar nicht vorkommt.

Da die Beklagte somit zu den erwähnten tatsächlichen Feststellungen keine Ausnahme von der Sachverhaltsbindung des Bundesgerichts nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG darzutun vermag, ist das Bundesgericht daran gebunden resp. fällt eine Sachverhaltskorrektur hinsichtlich der von der Vorinstanz festgestellten Bedeutung der Begriffe "Nettokurs" und "zugrundelegen" ausser Betracht. Die Beklagte ist daher mit ihren umfangreichen Ausführungen darüber, wie die in Frage stehenden Begriffe in Fachkreisen verstanden würden und daher bei der Auslegung nach Vertrauensprinzip zu verstehen seien, nicht zu hören. Angesichts der tatsächlichen Natur der Feststellung, es seien keine fachspezifischen Begriffe umstritten, ist es sodann von vornherein unbehelflich, wenn die Beklagte dagegen vorbringt, die Vorinstanz habe damit die Art. 1 und 18 OR verletzt.

E. 3.4.2

Die erhobene Rüge gegen die vorinstanzliche Auslegung der Parteierklärungen geht auch deshalb fehl, weil die Beklagte dabei unzutreffenderweise von ihrem Standpunkt ausgeht, das Objekt der Auslegung stelle einzig die von ihr formulierte und in das definitive Termsheet eingegangene Version der Exit-Klausel dar. Wie vorstehend (Erwägung 3.3) aufgezeigt, hat die Vorinstanz indessen ihrer Auslegung zu Recht die Erklärungen beider Parteien im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Exit-Klausel zugrunde gelegt. Die Beklagte verkennt, dass die Klägerin die Äusserung der Beklagten, die mit der Bemerkung "i.o." eingeleitet wurde, nicht isoliert, sondern als grundsätzlich zustimmende Antwort auf ihre Offerte verstehen durfte.

Die Beklagte müsste demnach aufzeigen, dass entgegen der vorinstanzlichen Auslegung schon der Erklärung der Klägerin objektiv zu entnehmen sei, dass bei einem Rückkauf von PROPERs zwischen den Parteien ein Dividendendiskont berücksichtigt werden muss, und dementsprechend auch der zustimmenden Antwort der Beklagten ein entsprechender Gehalt beigemessen werden darf. Sie beschränkt sich aber in ihren Ausführungen weitgehend darauf zu begründen, weshalb ihre eigene Parteierklärung, isoliert betrachtet, in dem von ihr befürworteten Sinn zu verstehen sei. Zur Erklärung der Klägerin bzw. zu deren Offerte bringt sie lediglich vor, die Vorinstanz habe auch die darin verwendeten Begriffe

"Börsenexecution Preise unter Berücksichtigung einer Ausführungsgebühr" und "Verkaufserlös abzüglich 0.5%" nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und daher falsch in dem Sinne ausgelegt, dass sich daraus ergebe, dass der Dividendendiskont bei der Berechnung nicht miterfasst sei, weil er nicht ausdrücklich erwähnt werde. Damit verfehlt sie indes die Anforderungen an die Begründung einer Bundesrechtsverletzung nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG. So legt sie nicht dar, wie die in der Erklärung enthaltenen Begriffe nach dem besonderen Sprachgebrauch im Kreis der Derivatehändler zu verstehen und daher im Rahmen einer bundesrechtskonformen Auslegung zu berücksichtigen sein sollen. Ebenso wenig bringt sie vor, die Vorinstanz habe insoweit gebotene tatsächliche Feststellungen zum fachspezifischen Verständnis dieser Begriffe zu treffen unterlassen, so dass der Sachverhalt entsprechend im Sinne von Art. 64 OG zu ergänzen sei.

Mit ihren umfangreichen Rügen, die sich fast ausschliesslich gegen die Auslegung der von ihr auf die klägerische Offerte hin abgegebenen Erklärung und nicht auch gegen diejenige der von der Klägerin abgegebenen Offerte richten, vermag die Beklagte nach dem Gesagten von vornherein nicht darzutun, dass der vorinstanzliche Schluss, wie die Klägerin die Erklärung der Beklagten nach ihrem Wortlaut verstehen durfte, bundesrechtswidrig sein soll, soweit darauf angesichts der Bindung des Bundesgerichts an den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt überhaupt eingetreten werden kann.

E. 3.5

Die Klägerin bestritt im kantonalen Verfahren nicht, dass ihr der allgemeine bzw. der marktübliche Mechanismus der Bewertung eines Basket Zertifikats bekannt sei, wonach bei Basket Zertifikaten, die auf Aktien mit Dividenden basieren, der Anfall künftiger Dividenden bei der Berechnung des Basketpreises entsprechend berücksichtigt wird. Die Beklagte macht geltend, angesichts dieser Kenntnis hätte die Klägerin die von ihr einseitig, nur für den Rückkauf gewünschte Wegbedingung des marktüblichen Dividendendiskonts explizit ansprechen müssen, was die Vorinstanz verkannt habe.

E. 3.5.1

Die Vorinstanz hat dazu zunächst zutreffend festgehalten, dass eine Verkehrsübung aus sich heraus nie ohne weiteres zum Inhalt eines Vertrags wird. Die Übung bildet, abgesehen von einer gesetzlichen Verweisung, nur dann Teil des Vertragsinhalts, wenn sich die Parteien ihr ausdrücklich, stillschweigend oder durch schlüssiges Verhalten unterworfen haben (BGE 94 II 157 E. 4b; vgl. auch BGE 118 II 295 E. 2a; 117 II 282 E. 4c S. 285; Wiegand, a.a.O., N. 31 zu Art. 18 OR ; Gauch/Schluop/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 1219; vgl. dazu auch Kramer, Berner Kommentar, N. 225 ff. zu Art. 1 OR).

E. 3.5.2

In der Folge hat die Vorinstanz mit überzeugender Begründung verneint, dass im vorliegenden Fall das marktübliche Berechnungsmodell Vertragsinhalt geworden sei:

E. 3.5.2.1

Die Beklagte habe, so die Vorinstanz zunächst, aufgrund des klaren Wortlauts der von der Klägerin formulierten Exit-Klausel, in der kein Bezug auf die ansonsten übliche Berechnungsweise genommen und kein Dividendendiskont erwähnt worden sei, nicht von einer stillschweigenden Verweisung auf das marktübliche Berechnungsmodell ausgehen dürfen, da es keinen Grund gegeben hätte, über den Rückkaufpreis zu verhandeln, wenn das

"marktübliche" Berechnungsmodell hätte zur Anwendung kommen sollen. Dem lässt sich beifügen, dass die Parteien mit ihren Formulierungen "Orders über 20'000 Stück" bzw. "Aufträgen über EUR 2 Mio. Gegenwert" nur für Grossaufträge eine ausdrückliche Regelung für den Rückkauf getroffen haben, nicht aber für normale Rückkaufsaufträge. Auch dies spricht dafür, dass die Parteien mit der getroffenen Regelung für Grossaufträge von der marktüblichen Berechnungsweise abweichen wollten und jene mangels expliziter Regelung nur für kleinere Aufträge anwendbar sein sollte.

Die Beklagte setzt sich nicht mit der erwähnten vorinstanzlichen Begründung auseinander und zeigt nicht auf, weshalb die entsprechende Beurteilung der Vorinstanz gegen Bundesrecht verstossen soll. Vielmehr stellt sie der vorinstanzlichen Beurteilung bloss ihre eigene Auffassung gegenüber, indem sie vorbringt, richtig sei vielmehr, dass sie mangels Nennung eines expliziten marktwidrigen Wegbedingungswunsches habe davon ausgehen dürfen, dass die allgemeine Preisberechnungsformel ihre Gültigkeit ungeachtet der individuellen Vereinbarung der Mitberücksichtigung der von der Klägerin zu verdienenden Marge beibehalte. Damit genügt sie den Begründungsanforderungen an eine Rüge im Rahmen einer Berufung nicht, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ; Erwägung 1 vorne).

E. 3.5.2.2

Die Vorinstanz hielt sodann dafür, es könnte nicht schon darauf geschlossen werden, die Klägerin habe sich dem marktüblichen Preisberechnungsmodell unterworfen, falls diese bei der Emission, wie von der Beklagten behauptet, von einem Dividendendiskont profitiert hätte. Selbst wenn diese bestrittene Behauptung zutreffen würde, könnte daraus nichts für die Berechnung des Verkaufspreises abgeleitet werden. Denn die Parteien hätten den Emissionspreis in den Verhandlungen in Prozenten festgehalten, so dass in der Folge dieser (fixe) Preis massgebend sei. Entsprechend verhalte sich die Klägerin nicht widersprüchlich, wenn sie sich beim Rückkauf durch die Beklagte auf die Exit-Klausel und dementsprechend darauf berufe, das kein Dividendendiskont zur Anwendung komme. Aufgrund des Umstands, dass die für die Klägerin (bei der Emission) geltenden Kaufpreise in den Verhandlungen prozentmässig festgelegt worden seien, habe die Klägerin die zweiseitig formulierte Klausel nach Treu und Glauben nicht dahingehend verstehen müssen, dass beim Rückkauf entgegen dem Wortlaut das "marktübliche Berechnungsmodell" beibehalten werde.

Die Beklagte lässt eine Auseinandersetzung mit dieser Erwägung vermissen und legt nicht dar, inwiefern dieser vorinstanzliche Schluss bundesrechtlich zu beanstanden sein soll. Sie breitet in ihrer Berufung bloss ihre abweichende, bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertretene Auffassung aus. Damit genügt sie den Anforderungen an die Begründung einer eidgenössischen Berufung nicht, so dass auf die entsprechenden Vorbringen nicht einzutreten ist (Erwägung 1 vorne). Folglich fällt die in diesem Zusammenhang sinngemäss beantragte Ergänzung des Sachverhalts im Sinne von Art. 64 OG , dass die Klägerin anlässlich der Emission von einem Dividendendiskont profitiert habe, ausser Betracht.

Ebensowenig ist die Beklagte zu hören, wenn sie unter dem Titel "systematische Auslegung" geltend macht, aus dem gesamten Kontext, in dem der Begriff "Ausführungsgebühr" verwendet worden sei, insbesondere bei Beachtung ihrer Erläuterungen zum Anfangssatz der "Exit-Klausel", wonach die Beklagte unter "normalen Marktbedingungen einen Spread von 1.5% aufrechterhalten" werde, hätte die Vorinstanz

erkennen müssen, dass weder für die Emission noch für den Rückkauf von einer Vereinbarung fixer Preise die Rede sein könne. Damit wendet sie sich gegen die tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, es seien für die Emission fixe Preise vereinbart worden, ohne insoweit eine Sachverhaltsrüge nach Art. 63 Abs. 2 oder Art. 64 OG zu substantiieren.

E. 3.5.3

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz bundesrechtskonform verneint, dass die marktübliche Preisberechnungsformel Inhalt der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung geworden sei. Damit entbehrt die von der Beklagten vertretene Ansicht, die Klägerin hätte angesichts ihrer Kenntnis des Preisberechnungsmodells die von ihr für den Rückkauf gewünschte Wegbedingung des marktüblichen Dividendendiskonts explizit ansprechen müssen, jeglicher Grundlage.

E. 3.6

Die Beklagte rügt sinngemäss, die Vorinstanz habe die Regeln über die Auslegung eines Vertrages nach dem Vertrauensprinzip verletzt, indem sie ausschliesslich auf den unrichtig interpretierten "klaren Wortlaut" abgestellt, dagegen die Umstände und die Sachgerechtigkeit missachtet habe.

Dieser Vorwurf ist nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz hat sich keineswegs auf eine Auslegung des von ihr als klar betrachteten Wortlauts der strittigen Vereinbarung beschränkt und ist insoweit methodisch korrekt (vgl. vorstehende Erwägung 3.1, 3. Absatz) vorgegangen. So hat sie eingehend geprüft, ob der Wortlaut der strittigen Vereinbarung in seinem Zusammenhang und nach den angerufenen Umständen in einem anderen Sinne zu verstehen sei als bei einer bloss grammatikalischen Auslegung. Sie hat daraus aber den Schluss gezogen, die Exit-Klausel sei nicht in dem von der Beklagten befürworteten Sinn zu verstehen.

E. 3.7

Nachfolgend ist zu verschiedenen Rügen der Beklagten gegen diesen Schluss Stellung zu nehmen, soweit sich dies nach dem vorstehend Ausgeführten nicht erübrigt:

E. 3.7.1

Die Beklagte macht unter dem Titel "Teleologische Auslegung" geltend, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie Wesen und Variabilität der Ausführungsgebühr in Abhängigkeit von noch anzufallenden, nicht bekannten Transaktionskosten bis zu einem Maximalbetrag von 0.5% und den Aspekt der Absicherung (Hedging) unbeachtet lasse bzw. nicht richtig erfasse. Es sei erwiesen, dass die Klägerin die Ausführungsgebühr als das verstanden habe, was sie sei, nämlich die Bezeichnung für die beim Ausstieg der Klägerin maximal zur Anwendung kommende Kursspanne (spread), d.h. die Differenz zwischen dem theoretischen Kurs des Basket, der definitionsgemäss auch den Dividendendiskont beinhalte, sowie dem der Klägerin für den Ausstieg gestellten Geldkurs.

Diese Vorbringen, die Vorinstanz habe den verwendeten Begriff Ausführungsgebühr nicht richtig in seiner fachspezifischen Bedeutung erfasst und die Klägerin habe diesen in einem bestimmten Sinn verstanden, betreffen nicht bundesrechtlich geregelte Fragen, sondern Tatfragen (vgl. Erwägung 3.1 und 3.4.1 vorne). Die Beklagte übt insoweit unzulässige Kritik an den vorinstanzlichen Feststellungen. Damit ist sie mangels Sachverhaltsrüge nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG nicht zu hören.

E. 3.7.2

Die Beklagte bringt sodann vor, das von der Klägerin geltend gemachte Verständnis der Exit-Klausel, dem die Vorinstanz gefolgt ist, würde der Klägerin eine missbräuchliche Arbitrage ermöglichen, d.h. die Erzielung eines risikolosen Gewinns zum Nachteil der Beklagten durch Ausnutzung der Differenz zwischen den von ihr tatsächlich beanspruchten Dividendendiskonten bei der Emission und des von ihr gewünschten Fixpreises von 99.50% beim Rückkauf durch die Beklagte. Die Vorinstanz behaupte, dass die Möglichkeit der missbräuchlichen Arbitrage nichts an ihrem Auslegungsergebnis ändere, weil die Parteien frei seien, das finanzielle Risiko anders zu verteilen. Damit verkenne sie aber, dass der Umstand der handelsüblichen Vermeidung von Konstellationen, die eine missbräuchliche Arbitrage ermöglichen (Boemle/Gsell/Jetzer/Nyffeler/Thalmann, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 192), als Kriterium der Sachgerechtigkeit bereits bei der grammatikalischen Auslegung zu berücksichtigen sei.

Die Vorinstanz hat den Umstand einer möglichen Arbitrage berücksichtigt, indessen nicht geschlossen, die Vereinbarung sei aus diesem Grunde in einem vom klaren Wortlaut abweichenden Sinn zu interpretieren, da es den Parteien frei stehe, das finanzielle Risiko anders (als der Handelsüblichkeit entsprechend) zu verteilen. Die Beklagte legt nicht dar, dass und inwiefern die Vorinstanz mit dieser Argumentation Bundesrecht verletzt haben soll, sondern macht bloss geltend, die Vorinstanz hätte die Möglichkeit einer missbräuchlichen und damit verpönten Arbitrage schon bei der Auslegung des Wortlauts berücksichtigen und ihr dem Wesen des Basket-Zertifikats und den Usanzen des Derivatehandels krass widersprechendes Auslegungsergebnis als nicht sachgerecht verwerfen müssen. Dabei zeigt sie nicht auf und ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Bestreben, eine Arbitragemöglichkeit auszuschliessen im Wortlaut der von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen überhaupt zum Ausdruck kommen soll und daher von der Vorinstanz bei der grammatikalischen Auslegung hätte berücksichtigt werden können und müssen. Ebenso wenig legt sie dar, inwiefern die parteiautonom vereinbarte, vom Marktüblichen abweichende Risikoverteilung in einer Weise dem Wesen des Basket Zertifikats und den Usanzen des Derivatehandels widersprechen soll, dass die Vorinstanz diese unter den von ihr festgestellten Umständen, insbesondere als spezielle Regelung für Grossaufträge, als nicht sachgerecht hätte ausschliessen müssen. Die Rüge ist unbegründet, soweit angesichts ihrer Begründung überhaupt darauf eingetreten werden kann.

E. 3.7.3

Ferner hält die Beklagte dafür, die Klägerin habe ihr marktwidriges Verständnis der Exit-Klausel in einem kurz vor der Kontaktierung der Beklagten mit der Bank geschlossenen Geschäft nur mittels einer nachträglichen Vereinbarung durchsetzen können, in der die Nichtberücksichtigung der Dividendendiskontierung explizit erwähnt worden sei. Ungeachtet dessen habe es die Klägerin rund drei Monate später gegenüber der Beklagten in bösgläubiger Weise unterlassen, eine Formulierung mit der Wegbedingung der Dividendenkorrektur vorzuschlagen, weil sie davon habe ausgehen müssen, dass die Beklagte ihre Zustimmung zu einer solchen Regelung explizit verweigert hätte.

Die Vorinstanz hat dazu festgehalten, die Umstände und Hintergründe, die zur Aufnahme der "Exit-Klausel" in das Termsheet der Deutschen Bank und zu dem von der Klägerin eingereichten Bestätigungsschreiben der Deutschen Bank geführt hätten, seien nicht bekannt. Entsprechend könne aus dem Bestätigungsschreiben weder etwas für die Ansicht der Klägerin noch für diejenige der Beklagten abgeleitet werden. Sie hielt mithin dafür, der

Umstand, dass in der Vereinbarung mit der Deutschen Bank, anders als in der strittigen Vereinbarung, die Nichtberücksichtigung eines Dividendendiskonts ausdrücklich erwähnt wurde, vermöge eine Abweichung vom Ergebnis ihrer grammatikalischen Auslegung der Parteierklärungen nicht zu rechtfertigen, weil die Hintergründe der Vereinbarung mit der Deutschen Bank nicht bekannt seien. Die Beklagte setzt sich damit nicht auseinander und legt nicht dar, dass und weshalb die Vorinstanz damit Bundesrecht verletzt haben soll. Es erübrigt sich daher weiter auf diesen Punkt einzugehen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ; Erwägung 1 vorne).

E. 3.7.4

Gleich verhält es sich auch, soweit sich die Beklagte darauf beruft, das von der Klägerin geltend gemachte Verständnis der Exit-Klausel hätte vom Software-Programm der Beklagten, das auf der marktüblichen Optionspreisberechnungsmethode beruhe, gar nicht umgesetzt werden können.

Die Vorinstanz hat diesen behaupteten Umstand berücksichtigt, indessen befunden, die Klägerin hätte nichts davon wissen müssen, dass auf der Seite der Beklagten die bankinternen Kontrollmechanismen eine Vereinbarung nach dem klägerischen Verständnis nicht genehmigt hätten und eine Wegbedingung des Dividendendiskonts durch das Software-Programm technisch nicht zu lösen gewesen wäre. Damit setzt sich die Beklagte in keiner Weise auseinander. Überdies ist es offensichtlich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz befand, die Klägerin habe den behaupteten Umstand, der allein in der Sphäre der Beklagten liegt, nicht kennen müssen, und dass der Umstand dementsprechend bei der Beurteilung, wie sie die strittige Klausel nach dem Vertrauensprinzip verstehen musste, von vornherein nicht von Bedeutung sei.

E. 3.7.5

Die Beklagte bringt weiter vor, sie unterstehe den Richtlinien der eidgenössischen Bankenkommission vom 14. Dezember 1994 zu den Rechnungslegungsvorschriften der Art. 23 - 27 der Verordnung über die Banken und Sparkassen (SR 952.02) (RRV-EBK). Nach den Rz. 22 und 29 der Richtlinien habe sie die Positionen derivativer Finanzinstrumente nach "Fair Value" zu bewerten. Da bei Optionen der "Fair Value" der "theoretisch richtige Preis der Option unter Berücksichtigung aller preisbeeinflussenden Faktoren" sei, sei erwiesen, dass die Klägerin (recte: die Beklagte) die betreffenden Positionen unter Berücksichtigung der Dividendendiskontierung zu bewerten gehabt habe und ihr daher auch nicht der Gedanke hätte kommen können, dass die Klägerin den Begriff "Nettokurs" nicht als "Fair Value = theoretischer Preis" haben verstanden wissen wollen.

Damit hat die Beklagte indessen nicht dargetan, weshalb es nicht möglich sein soll, die Positionen gemäss der zutreffend verstandenen Parteivereinbarung über die Preisberechnung beim Rückkauf von PROPERS so zu bilanzieren, dass die Richtlinien der EBK zu den Rechnungslegungsvorschriften eingehalten werden, indem bei der Berechnung des "theoretisch richtigen Preises der Option" in Abweichung von der marktüblichen Berechnungsmethode der "preisbeeinflussende Faktor" der vereinbarten Wegbedingung der Dividendendiskontierung berücksichtigt wird. Soweit die Beklagte mit ihren Vorbringen zu diesem Umstand, auf den sie sich erstmals im vorliegenden Verfahren beruft, überhaupt zu hören ist (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG), vermag sie damit jedenfalls nicht aufzuzeigen, dass die Exit-Klausel anders als von der Vorinstanz ermittelt verstanden werden muss.

E. 3.7.6

Zusammenfassend hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, indem sie entschied, die strittige Exit-Klausel sei nach den damit zusammenhängenden Umständen nicht in einem vom Ergebnis ihrer grammatikalischen Auslegung abweichenden Sinn zu verstehen.

E. 4

Die Beklagte macht schliesslich geltend, die Vorinstanz habe ihre Verrechnungseinrede bundesrechtswidrig abgewiesen. Die Beklagte hatte ihre Verrechnungsforderung damit begründet, die Exit-Klausel sei unmissverständlich zweiseitig für den Kaufsfall und für den Verkaufsfall formuliert, woraus folge, dass sie sowohl für die Emission als auch für Verkaufsaufträge der Klägerin gleichermassen gelte. Entsprechend müsse sich die Klägerin darauf behaften lassen, dass bei Zugrundelegung ihrer Preisberechnungsformel auch die Emissionspreise nach diesem Modell berechnet und somit rückwirkend berichtigt werden müssten.

E. 4.1

Die Vorinstanz hielt insoweit fest, aus dem Schriftenwechsel zwischen den Parteien gehe klar und unmissverständlich hervor, dass die Parteien in ihren Verhandlungen den von der Klägerin bei der Emission zu zahlenden Preis fix festgelegt hätten. Da die Klägerin diesen fix vereinbarten Preis bezahlt habe, sei eine Gegenforderung der Beklagten aus der Emission der Basket Zertifikate nicht ersichtlich und daher auf die Verrechnungseinrede nicht weiter einzugehen.

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe damit Art. 1 und 18 OR verletzt. Sie verkenne, dass die offerierten Emissionspreise auf dem Fair Value, dem theoretisch richtigen Preis unter Berücksichtigung aller preisbeeinflussenden Faktoren, d.h. auch des Dividendendiskonts, beruhten. Auf diesem Fair Value sei die Marge der Beklagten hinzugerechnet worden. Die so ermittelten "Offer Preise", die immer noch unter 100% gelegen hätten, seien von der Klägerin akzeptiert worden. Insoweit sei der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt nach Art. 64 OG dahingehend zu ergänzen, dass die Klägerin anlässlich der Emission von einem Dividendendiskont profitiert habe. Wenn nun die Klägerin für den umgekehrten Fall des Rückkaufs die marktübliche Preisberechnungsformel mit Berücksichtigung des Dividendenanfalls als nicht vereinbart behaupte, so müsse sie sich enthalten lassen, dass dies aufgrund der Zweiseitigkeit der Exit-Klausel gleichermassen für durch sie getätigte Käufe zu gelten habe. Die Argumentation der Vorinstanz, die aus der behaupteten "fix festgelegten Prozentuale" gewissermassen eine "Verwirkung" dieses Berichtigungsrechts ableiten wolle, sei nicht stichhaltig. Die Beklagte habe anlässlich der aufgrund der marktüblichen Preisberechnung offerierten Emissionspreise gar nicht wissen können, dass die Klägerin eine marktübliche Preisberechnung wegbedungen haben möchte. Die Klägerin habe es absichtlich unterlassen, ihren Wunsch nach Wegbedingung anzusprechen.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, soweit die entsprechenden Vorbringen der Beklagten in den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz überhaupt eine Stütze finden und damit zu hören sind. Die Vorinstanz hat nicht ausgeschlossen, dass bei der Berechnung der "fixen" Emissionspreise ein Dividendendiskont berücksichtigt worden ist, sondern diese Frage ausdrücklich offen gelassen. Denn sie hat diesem Umstand keine Bedeutung zugemessen, weil die Emissionspreise in den Termsheets prozentual festgehalten wurden, während die Preise bei einem Rückkauf durch die Beklagte bzw. bei einem Verkauf durch dieselbe nach der Emission ("Re-Issue") jeweils zu berechnen waren,

wobei der Berechnungsmodus in der Exit-Klausel festgehalten wurde. Diese Beurteilung ist einleuchtend und hält vor Bundesrecht stand. Da es somit für den Bestand der Verrechnungsforderung keine Rolle spielt, ob bei der Berechnung der Emissionspreise ein Dividendendiskont berücksichtigt worden ist oder nicht, erübrigt sich die diesbezüglich beantragte Sachverhaltsergänzung.

Soweit die Beklagte geltend macht, sie habe bei der Berechnung der Emissionspreise nicht wissen können, dass die Klägerin die marktübliche Berechnungsweise wegbedungen haben wollte, berücksichtigt sie nicht, dass die Vorinstanz in bundesrechtskonformer Weise entschieden hat, die Parteien hätten die Exit-Klausel im entsprechenden Sinn verstehen müssen (vorstehende Erwägung 3). Wenn die Beklagte in diesem Zusammenhang weiter vorbringt, die Klägerin habe es absichtlich unterlassen, die Wegbedingung ausdrücklich anzusprechen, erweitert sie den im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalt, ohne eine Ausnahme nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG anzurufen, und ist daher nicht zu hören.

E. 5

Nach dem Ausgeführten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.