

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

18

BörsG §§ 61, 53, 55, 96; EGBGB Art. 30;
ZPO § 1027 a

- a) Die Vereinbarung eines ausländischen Schiedsgerichts in einem Vertrag über Termingeschäfte an ausländischen Börsen, die zugleich Differenzgeschäfte sind, ist nicht anzuerkennen, wenn sie in Verbindung mit einer Rechtswahlklausel zur Folge hätte, daß das Schiedsgericht den Termin- und Differenzeinwand nicht beachtet (Fortführung von BGH, Urteil vom 12. März 1984 - II ZR 10/83, LM BörsG Nr. 12/13).
- b) Edelmetalle gehören nicht zu den ausländischen Zahlungsmitteln im Sinne von § 96 Abs. 1 BörsG.
- c) Die Vereinbarung, daß eine Vorauszahlung der Vorauserfüllung künftiger Verbindlichkeiten dienen soll, muß sich auf ein bestimmtes Börsentermingeschäft beziehen, weil sonst keine Leistung "auf Grund des Geschäfts" im Sinne von § 55 BörsG vorliegt.

BGH, Urt. v. 15. Juni 1987 - II ZR 124/86 - OLG Frankfurt
am Main
LG Frankfurt
am Main

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 124/86

Verkündet am:
15. Juni 1987
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Merrill L [redacted], P [redacted], F [redacted] & S [redacted] Inc., vertreten durch den
alleinvertretungsberechtigten Präsidenten William A. Sc [redacted],
New York/USA, 1 Li [redacted] Plaza, [redacted] B [redacted],

Beklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [redacted] -

g e g e n

Walter M [redacted], W [redacted]straße [redacted],
V [redacted]-V [redacted] / Sch [redacted],

Kläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [redacted] und
[redacted] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Dr. Bauer, Bundschuh, Brandes und Röhrich

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. März 1986 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger 77.658,15 US-Dollar nebst 8 % Zinsen hieraus seit 7. April 1983 zu zahlen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Rückzahlung eines Betrages von 86.658,15 US-Dollar nebst Zinsen, den er nach seiner Behauptung in drei Teilbeträgen von 55.000, 21.658,15 und 10.000 US-Dollar als Sicherheitsleistung für Warentermingeschäfte an die Beklagte bezahlt hat.

Die verklagte Merrill L. [REDACTED], P. [REDACTED], F. [REDACTED] & S. [REDACTED] Inc. (MLP) mit Sitz in New York gehört zu den Gesellschaften des Merrill L. [REDACTED] Konzerns und ist das größte Börsenmaklerhaus der USA. Eine weitere Gesellschaft des Konzerns ist die Merrill L. [REDACTED] Futures Inc., die früher als Merrill L. [REDACTED] Commodities Inc. (MLC) firmierte. Sie wurde Anfang 1981 für die Durchführung von Warentermingeschäften gegründet; seit 1. April 1981 wickelt sie alle Warentermingeschäfte des Merrill L. [REDACTED] Konzerns ab.

Der 84-jährige Kläger ist von Beruf Immobilienmakler, jetzt aber nicht mehr geschäftlich tätig. Er wandte sich 1981 an den Kundenberater S. [REDACTED] der Merrill L. [REDACTED] AG (MLAG) in F. [REDACTED] am M. [REDACTED], der Repräsentanz der Gesellschaften des Merrill L. [REDACTED] Konzerns in der Bundesrepublik Deutschland, da er an Warentermingeschäften interessiert war. Die MLAG übersandte ihm ein Formular mit der Überschrift: "Angaben zur Kontoeröffnung mit Merrill L. [REDACTED], P. [REDACTED], F. [REDACTED] & S. [REDACTED] Inc., New York." Dieses füllte der Kläger am 29. Oktober 1981 aus und unterzeichnete es. Anschließend erhielt er von der MLAG

mehrere Vertragsformulare in englischer Sprache mit deutscher Übersetzung, u.a. ein "Customer Agreement" (Kundenvereinbarung), das als Vertragspartner Merrill L████, P████, F████ & S████ Inc. nannte und ein "Commodity Account Agreement" (Vereinbarung für Warentermingeschäfte), das im englischen Formular "Merrill L████ Commodities Inc." und in der deutschen Übersetzung "Merrill L████, P████, F████ & S████ Inc." als Vertragspartner angibt. Die formularmäßig abzugebende "Anerkennung des besonderen Risiko-Hinweises und der Kunden-Vereinbarung" enthielt im englischen Text die Firma der MLC und im deutschen die der Beklagten. Die unterschiedlichen Firmenangaben im englischen Text und in den deutschen Übersetzungen beruhen darauf, daß die Beklagte bis 1981 die Warentermingeschäfte selbst durchgeführt hat und nach deren Übergang auf die MLC die alten Formulare noch aufgebraucht wurden.

Das erwähnte Formular über die Anerkennung des besonderen Risiko-Hinweises und der Kunden-Vereinbarung enthielt folgende, gesondert zu unterzeichnende "Schiedsgerichtsvereinbarung":

"Alle Streitigkeiten, die sich aus meinem Konto oder im Zusammenhang damit aus Geschäften, die Sie für mich durchführen, oder aus dieser Vereinbarung oder ihrer Verletzung ergeben, werden durch Schiedsverfahren geregelt, in Übereinstimmung mit den jeweils geltenden Bestimmungen des Kontraktmarktes, an welchem das Geschäft, das zur Forderung Anlaß gegeben hat, durchgeführt wurde, oder der New York Stock Exchange Inc., nach meiner Wahl. Wenn ich meine Wahl Ihnen nicht innerhalb von 5 Tagen nach Ihrer

Aufforderung, diese zu treffen, durch eingeschriebenen Brief an ihr Hauptbüro mitteile, dann treffen Sie die Wahl. Die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs kann durch jedes zuständige Gericht erfolgen."

Der Kläger hat die Vertragsformulare mit englischem Text unterzeichnet. Die deutschen Übersetzungen enthielten kleingedruckt am unteren Rand den Hinweis: "Der vorstehende Text wurde von Merrill L [REDACTED], P [REDACTED], F [REDACTED] & S [REDACTED] S.A. aus dem Englischen übersetzt und wird lediglich zu Informationszwecken überreicht. Rechtlich verbindlich ist nur der englische Originaltext."

Bei der Beklagten wurde ab November 1981 für den Kläger ein "Security Account" geführt, das dazu diente, die Einzahlungen des Klägers vorübergehend verzinslich anzulegen, soweit sie nicht für Warentermindirektgeschäfte benötigt wurden. Die Beklagte hat das Guthaben auf diesem Konto nach und nach zur Abdeckung von Verlusten auf das bei der MLC geführte Warenterminkonto des Klägers überwiesen. Bei Beendigung der Geschäftsverbindung im August 1986 war auf dem Warenterminkonto bei der MLC noch ein Guthaben von 4.450,39 US-Dollar zugunsten des Klägers.

Der Kläger stützt die Klage in erster Linie auf ungerechtfertigte Bereicherung. Die mit der Beklagten abgeschlossenen Verträge seien nach deutschem Börsenrecht unverbindlich, da er nicht Kaufmann und deshalb nicht börsentermingeschäftsfähig sei. Seine Einzahlungen seien un-

wirksame Sicherheitsleistungen gewesen, die er von der Beklagten zurückverlangen könne.

Die Beklagte hält die Klage wegen der zwischen den Parteien getroffenen Schiedsgerichtsvereinbarung für unzulässig. Hilfsweise macht sie geltend, sie sei hinsichtlich der Warentermingeschäfte nicht Vertragspartner des Klägers gewesen. Diese Geschäfte habe ausschließlich die MLC abgewickelt, an die sich der Kläger halten müsse. Im übrigen sei der Kläger Vollkaufmann und börsentermingeschäftsfähig. Letztlich hätten seine Zahlungen der Erfüllung eingetretener Verluste im Sinne von § 55 BörsG gedient, so daß eine Rückforderung nicht mehr möglich sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr in Höhe von 77.658,15 US-Dollar nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I. Das Berufungsgericht hat nicht erörtert, ob die deutschen Gerichte für die vorliegende Klage gegen die Beklagte mit Sitz in New York international zuständig sind. Dies ist unschädlich, da der Kläger und die Beklagte übereinstimmend davon ausgehen, daß sich die örtliche und damit auch die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Frankfurt am Main aus § 23 ZPO ergibt, weil die Beklagte im Bezirk dieses Landgerichts Vermögen besitzt.

II. Das Berufungsgericht hält die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit für unbegründet, weil die Schiedsabrede nach deutschem Börsenrecht unverbindlich und deshalb unwirksam sei. Dies hält den Angriffen der Revision stand.

1. Nach der auf einer umfassenden Würdigung der Vertragsverhandlungen beruhenden Feststellung des Berufungsgerichts ist die Beklagte und nicht die MLC Vertragspartnerin des Klägers für die Waretermingeschäfte geworden. Der Kläger habe aufgrund der vorangehenden Verhandlungen die Beklagte als künftigen Vertragspartner angesehen und dieser gegenüber sein Angebot zum Abschluß des

"Customer Agreement" und des "Commodity Account Agreement" abgegeben. Dieses Angebot habe die Beklagte angenommen, da sie nicht deutlich gemacht habe, daß der Vertrag nicht mit ihr, sondern mit einer anderen Konzerngesellschaft zustande kommen solle. Die von der Revision dagegen erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für begründet erachtet (§ 565a ZPO).

Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, daß diese Erwägung des Berufungsgerichts gegen das in beiden Verträgen vereinbarte Recht des Staates New York verstößt.

2. Gegenüber der Klage kann sich die Beklagte auf die Schiedsabrede nicht berufen. Dafür spielt es keine Rolle, ob der Kläger - was das Berufungsgericht offen gelassen hat - als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist oder nicht, weil die Versagung der Anerkennung der Schiedsabrede nicht davon abhängt, ob der Kläger im Sinne von § 53 BörsG börsentermingeschäftsfähig ist.

a) Ist der Kläger nicht börsentermingeschäftsfähig, sind die vereinbarten Warentermingeschäfte und die Schiedsabrede aufgrund der börsenrechtlichen Vorschriften nicht verbindlich.

Bei den Warentermingeschäften, die der Kläger mit der Beklagten vereinbarte, handelte es sich um erlaubte ausländische Börsentermingeschäfte, für die gemäß § 61 BörsG die §§ 52 - 60 BörsG gelten. Nach § 53 BörsG sind diese Geschäfte für den Kläger nicht verbindlich. Daran ändert es nichts, daß die Parteien die Geltung des

Rechts des Staates New York vereinbart haben, das auf US-Bundesrecht verweist, welches unstreitig den Termin- und Differenzeinwand nicht kennt. Nach § 61 BörsG gelten die §§ 52 - 60 BörsG auch für ausländische Börsentermingeschäfte, wenn ausländisches Recht anzuwenden ist. Es handelt sich um eine Kollisionsnorm des deutschen internationalen Privatrechts, die die Anwendung entgegenstehenden ausländischen Rechts ausschließt (vgl. Sen.Urt. v. 12. März 1984 - II ZR 10/83, LM BörsG Nr. 12/13 = WM 1984, 1245 m.w.Nachw.). Dies führt dazu, daß der deutsche Richter den Termineinwand auch dann berücksichtigen muß, wenn im übrigen nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts auf das zu beurteilende Rechtsverhältnis ausländisches Recht anzuwenden ist, das diesen Einwand nicht kennt. Zweck von § 61 BörsG als international-privatrechtlicher Kollisionsnorm ist es, deutsches (Börsenprivat-) Recht auch gegen entgegenstehendes ausländisches Recht durchzusetzen. Weil dieser Zweck verfehlt würde, hat der Bundesgerichtshof ein ausländisches Urteil über Forderungen aus Börsentermingeschäften, in dem die Vorschriften des deutschen Rechts über die Termingeschäftsfähigkeit nicht beachtet worden sind, nicht zur Vollstreckung anerkannt (BGH, Urt. v. 4. Juni 1975 - VIII ZR 232/73, LM BörsG Nr. 4 = WM 1975, 676). Aus demselben Grunde wurde auch einer Gerichtsstandsvereinbarung die Wirksamkeit versagt, die bei ihrer Anwendung in Verbindung mit einer Rechtswahlklausel zur Folge hätte, daß die zur Entscheidung berufenen Gerichte den Termineinwand nicht beachten (Sen.Urt. v. 12. März 1984 aaO).

Nichts anderes kann gelten, wenn die Vereinbarung eines ausländischen Schiedsgerichts in Verbindung mit einer Rechtswahl dazu führt, daß dem Börseninländer der Termineinwand versagt wird, wie dies hier unstreitig der Fall wäre. Würde die Schiedsabrede anerkannt, stünden die börsenrechtlichen Schutzvorschriften zur Disposition der Parteien, was ihrem Charakter als unabdingbaren gesetzlichen Bestimmungen widerspräche.

b) War der Kläger börsentermingeschäftsfähig, steht der Differenzeinwand gemäß §§ 764, 762 Abs. 1 BGB der Anerkennung der Schiedsklausel entgegen.

Das Berufungsgericht geht ohne nähere Begründung davon aus, daß es sich bei den Warentermingeschäften des Klägers gleichzeitig um verdeckte Differenzgeschäfte gehandelt habe. Obwohl es nicht selbstverständlich oder gar zwingend ist, daß Börsentermingeschäfte zugleich Differenzgeschäfte sind (vgl. Bundschuh, WM 1986, 728, 729), kann nach dem Vortrag der Parteien hier davon ausgegangen werden, daß es dem damals fast 80-jährigen Kläger - für die Beklagte erkennbar - nicht auf die tatsächliche Erfüllung der Warenterminkontrakte, sondern darauf ankam, aus den Schwankungen der Marktpreise Gewinn zu erzielen.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Differenzeinwand auch dann - von Amts wegen - zu beachten, wenn ihn das sonst für die Rechtsbeziehungen der Ver-

tragsparteien maßgebliche ausländische Recht nicht kennt. Dabei ist es gleichgültig, ob der an dem Geschäft beteiligte Inländer börsentermingeschäftsfähig ist oder nicht (vgl. die Sen.Urteile v. 12. Juni 1978 - II ZR 48/77, LM EGBGB Art. 30 Nr. 30 = WM 1978, 1203 und v. 25. Mai 1981 - II ZR 172/80, LM BGB § 762 Nr. 7 = WM 1981, 758). Die maßgebliche Erwägung dafür ist, daß der durch die Vereinbarung einer ausländischen Rechtsordnung herbeigeführte Ausschluß des Differenzeinwands gegen den ordre public (Art. 30 EGBGB a.F., der gemäß Art. 220 EGBGB auf den vorliegenden Sachverhalt noch anzuwenden ist) verstößt, da die Vorschriften über die Spiel- und Differenzgeschäfte den Einzelnen vor den wirtschaftlichen Gefahren dieser Geschäfte schützen sollen und damit der Ordnung des innerstaatlichen Soziallebens dienen. Sie könnten bei uneingeschränkter Anerkennung des Ausschlusses des Differenzeinwands ihrer Wirkung beraubt werden. Dies zu verhindern und damit der in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck gekommenen Wertentscheidung des Gesetzgebers zur Durchsetzung zu verhelfen, ist ein berechtigter Grund für die Nichtanerkennung des Ausschlusses des Differenzeinwands durch Vereinbarung ausländischen Rechts, das diesen Einwand nicht kennt.

Folgerichtig muß dies auch für eine Schiedsabrede gelten, die in Verbindung mit der Wahl eines ausländischen Rechts dazu führt, daß der Differenzeinwand nicht zum Zuge kommt. Es ist kein sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, in diesem Punkte den Differenzeinwand anders als den Termineinwand zu bewerten.

Der Senat hält trotz der Kritik, die sie im Schrifttum erfahren hat, an seiner hier fortentwickelten Rechtsprechung zur Nichtanerkennung von Vereinbarungen, die zum Ausschluß des Termin- und Differenzeinwands führen fest (vgl. z.B. Häuser/Welter, WM 1985, Sonderbeilage 8; Schwark, ZGR 1985, 466). Mehrfach hat der Senat darauf hingewiesen, daß die Aufgabe, das Recht des Börsenterminhandels an ausländischen Börsen den derzeitigen Bedürfnissen anzupassen, mit den Mitteln der Rechtsprechung nicht zu bewältigen ist. Dies kann nur durch den Gesetzgeber sachgerecht geschehen (vgl. die Sen.Urteile v. 16. März 1981 - II ZR 110/80, LM BGB § 762 Nr. 6 = WM 1981, 711 und v. 25. Mai 1981 - II ZR 172/80, LM BGB § 762 Nr. 7 = WM 1981, 758). Im übrigen sieht der Senat auch im Hinblick auf das seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des internationalen Privatrechts vom 25. Juni 1986 (BGBI I 1142) ab 1. September 1986 geltende Recht für Verbraucherverträge gemäß Art. 29 EGBGB keinen Anlaß, seine Rechtsprechung zu ändern. Nach dieser Vorschrift darf unter bestimmten Voraussetzungen bei Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen zu einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Berechtigten (Verbrauchers) zugerechnet werden kann, eine Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, daß dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird. Diese Vorschrift zeigt - unabhängig davon, ob sie auf

Rechtsgeschäfte der vorliegenden Art anzuwenden ist oder nicht - Welch hoher Stellenwert dem Schutz des Verbrauchers in der Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland zukommt.

c) Entgegen der Auffassung der Revision kann hinsichtlich der Anerkennung der Schiedsabrede nicht unterschieden werden, ob es sich um einen Rechtsstreit des ausländischen Brokers gegen den Börseninländer oder um einen Prozeß des Inländers gegen den Broker - wie hier - handelt. Die Anwendung der §§ 61, 50 - 60 BörsG und der §§ 764, 762 BGB ist nicht nur geboten, um Ansprüche gegen die durch den Termineinwand und den Differenzeinwand Geschützten abzuwehren. Sie ist auch notwendig, um diesen die Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf Rückzahlung der ohne Rechtsgrund geleisteten Geldbeträge zu verschaffen. Würde man im Sinne der Revision entscheiden, würde der Zweck der gesetzlichen Regelung ausgehöhlt, weil der geschützte Personenkreis auf diese Weise Verlusten ausgesetzt wäre, vor denen er im eigenen, aber auch im Interesse des Gemeinwohls geschützt werden soll (a.A. Triebel/Peglow, ZIP 1987, 613).

Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, es genüge, wenn der Verstoß gegen den ordre public und die börsenrechtlichen Vorschriften im Exequaturverfahren geprüft und berücksichtigt werde. Gerade der vorliegende Fall zeigt, daß damit kein ausreichender Schutz gewährleistet wäre: Würde die Schiedsabrede anerkannt, müßte der Kläger seinen auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützten Anspruch vor einem US-amerikanischen Schiedsgericht geltend

machen. Dieses würde wegen der Wahl des im Staate New Nork geltenden Rechts den Termin- und Differenzeinwand nicht berücksichtigen und deshalb die Klage abweisen. Auch wenn dieser Schiedsspruch gemäß § 1044 Abs. 2 Nr. 2 ZPO in der Bundesrepublik Deutschland nicht für vollstreckbar erklärt werden würde, würde dies dem Kläger für die Durchsetzung seiner Forderung nichts nützen.

d) Die Versagung der Anerkennung der Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien verstößt nicht gegen internationale Vereinbarungen.

aa) In Betracht kommt das UN-Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (BGBl 1961 II 121), das für die Vereinigten Staaten von Amerika am 29. Dezember 1970 (BGBl 1971 II 15 und 843) und für die Bundesrepublik Deutschland am 28. September 1961 (BGBl 1961 II 102) in Kraft getreten ist. Nach Art. 2 dieses Übereinkommens erkennt jeder Vertragsstaat eine schriftliche Vereinbarung an, durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sei es vertraglicher oder nicht vertraglicher Art, bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen, einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen, sofern der Gegenstand des Streites auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann. Schon an der letzten Voraussetzung scheitert, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, die Anwendung des Übereinkommens auf den vorliegenden Fall.

Außerdem kann gemäß Art. V Abs. 2 lit b des Übereinkommens berücksichtigt werden, daß die Nichtbeachtung des Termin- und Differenzeinwands gegen den deutschen ordre public verstößt.

bb) Die Nichtanerkennung der Schiedsabrede verstößt auch nicht gegen Art. VI Abs. 2 des Deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrages vom 29. Oktober 1954 (BGBl 1956 II 487). Nach dieser Vorschrift darf Schiedsverträgen die Anerkennung in dem Gebiet eines jeden der Vertragsteile nicht lediglich deshalb versagt werden, weil sich der für die Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens bestimmte Ort außerhalb seines Gebiets befindet oder weil ein Schiedsrichter oder mehrere Schiedsrichter nicht seine Staatsangehörigen sind. Es bedarf keiner näheren Begründung, daß diese Kriterien keine Rolle bei der Versagung der Anerkennung der zwischen den Parteien getroffenen Schiedsabrede spielen.

Das Berufungsgericht hat nach allem die Klage zu Recht für zulässig gehalten.

III. In der Sache hat das Berufungsgericht die Zahlungen des Klägers in Höhe von 77.658,15 US-Dollar auf das Security-Konto bei der Beklagten als Sicherheitsleistungen angesehen, die er wegen der Unverbindlichkeit der Waretermingeschäfte zurückfordern kann. 2.000 US-Dollar hat es von der Klageforderung mit der Begründung abgesetzt, insoweit habe der Kläger den Kaufpreis für ein Goldkassageschäft geschuldet. Weitere 7.000 US-Dollar

kann der Kläger nach Ansicht des Berufungsgerichts deswegen nicht zurückfordern, weil damit die Provisionsansprüche der Beklagten gemäß § 55 BörsG, §§ 764, 762 BGB erfüllt worden seien.

1. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang Termingeschäfte in Devisen ebenfalls für unverbindlich gehalten. Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Senat hat im Urteil vom 15. Oktober 1979 (II ZR 144/78, LM BGB § 762 Nr. 5 = WM 1979, 138) dargelegt, daß es sich bei Devisentermingeschäften um inoffizielle Börsentermingeschäfte handelt, die den offiziellen Börsentermingeschäften gleichgestellt sind. Sie können also von börsentermingeschäftsfähigen Vertragspartnern wirksam abgeschlossen werden. Dies hat zur Folge, daß gegen solche Geschäfte, auch wenn es sich zugleich um Differenzgeschäfte handelt, der Differenzeinwand gemäß § 58 BörsG ausgeschlossen ist. War also der Kläger börsentermingeschäftsfähig - was das Berufungsgericht offengelassen hat -, waren die Devisentermingeschäfte für ihn verbindlich; die daraus entstehenden Forderungen der Beklagten muß er bezahlen. Nur wenn er nicht börsentermingeschäftsfähig war, steht ihm der Termineinwand zu. Für die Frage, ob die Devisentermingeschäfte verbindlich sind oder nicht, kommt es somit darauf an, ob der Kläger während der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten im Handelsregister als Kaufmann eingetragen war oder nicht. Da er sich auf den Termineinwand

beruft, ist er dafür beweispflichtig, daß er nicht börsertermingeschäftsfähig war. Das Berufungsgericht hätte dazu Feststellungen treffen müssen.

Entgegen der Ansicht der Beklagten gehören dagegen nicht zu den ausländischen Zahlungsmitteln i.S. von § 96 BörsG die Edelmetalle. Die gegenteilige Auffassung von Heinichen (vgl. Staub/Heinichen, HGB Anh. z. § 376 Anm. 208) mag zu einer Zeit berechtigt gewesen sein, als die Währungen weitgehend auf Golddeckung beruhten. Dies ist aber heute nicht mehr der Fall; die Edelmetalle gehören daher richtigerweise zu den Waren (vgl. Schwark, Börsengesetz § 96 Rz. 3).

2. Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision auch nicht insoweit stand, als es die Erfüllungswirkung der Zahlungen des Klägers auf die unverbindlichen Börsentermingeschäfte verneint.

a) Die Unverbindlichkeit der Börsentermin- und Differenzgeschäfte hat zur Folge, daß erbrachte Leistungen grundsätzlich zurückzugewähren sind. Eine Ausnahme davon machen § 55 BörsG und §§ 764, 762 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach kann das auf Grund des Geschäfts Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden, weil für den Leistenden eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Es muß sich dabei aber um eine Leistung handeln, die zur Erfüllung einer Schuld aus einem bestimmten Geschäft erbracht wird (vgl. Sen.Urt. v. 13. Dezember 1982 - II ZR 63/82, WM 1983, 82). Eine bloße Sicherheitsleistung für eine in

ihrer Entstehung noch ungewissen Verbindlichkeit ist keine Leistung im Sinne von § 55 BörsG. Als solche kommt jedoch auch eine Vorauserfüllung in Betracht. Eine entsprechende Vereinbarung muß sich aber auf ein bestimmtes Geschäft beziehen, weil es sonst an einer Leistung "auf Grund des Geschäfts" im Sinne von § 55 BörsG fehlt. Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Die Einzahlungen des Klägers sind nicht auf bestimmte Geschäfte geleistet worden, sondern auf sein Security-Konto gegangen, von welchem aus sie die Beklagte auf das Warenterminkonto übertrug.

b) Nach Ansicht des Berufungsgerichts wurden die Zahlungen des Klägers auch nicht dadurch zu einer nachträglichen Erfüllungsleistung, daß er nach der Behauptung der Beklagten von Verlusten auf dem Warenterminkonto unterrichtet wurde und daraufhin jeweils Anweisung gab, den Deckungsbetrag von seinem Security-Account auf das Warenterminkonto zu übertragen. Damit sollten, so meint das Berufungsgericht, die als Sicherheiten erbrachten Zahlungen lediglich ihrem ursprünglichen Zweck zugeführt werden, nämlich zur Sicherung der entsprechenden Verluste. Dem kann nicht gefolgt werden.

Wegen fehlender anderweitiger Feststellung des Berufungsgerichts ist in der Revisionsinstanz davon auszugehen, daß entsprechend der unter Beweis gestellten Behauptung der Beklagten die Einzahlungen des Klägers auf das Warenterminkonto zur Erfüllung der aus den betreffenden Geschäften eingetretenen konkreten Verluste

dienten. Danach kommt eine endgültige Zahlung "auf Grund des Geschäfts" im Sinne von § 55 BörsG in Betracht, vorausgesetzt es handelte sich tatsächlich um endgültige Verluste aus bestimmten Geschäften und nicht nur um eine Aufstockung der Sicherheiten, die durch einen buchmäßigen Verlust infolge Kursverfalls während der Laufzeit eines Wareterminkontrakts eingetreten sind. Das Berufungsgerecht hätte somit dem Beweisantritt der Beklagten nachgehen müssen.

Nach alldem kann das Berufungsurteil, soweit es der Klage stattgegeben hat, nicht aufrechterhalten werden. Da weitere tatsächliche Feststellungen notwendig sind, muß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Kellermann

Dr. Bauer

Bundschuh

Brandes

Röhricht