

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja zu 3 c

BGHR: ja

BörsG § 55

Schweigst ein nicht termingeschäftsfähiger Kunde eines Brokers auf Kontoauszüge, in denen unverbindliche Forderungen des Brokers mit wirksamen Forderungen des Kunden verrechnet werden, so liegt darin keine wirksame Zustimmung zu der Verrechnung als "Erfüllung" im Sinne von § 55 BörsG, auch wenn die vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Klausel enthalten, daß Kontoauszüge endgültig sind, wenn ihnen nicht innerhalb bestimmter Frist widersprochen wird.

BGH, Urt. v. 16. November 1987 - II ZR 24/87 - OLG Frankfurt
am Main
LG Frankfurt
am Main

BUNDESGERICHTSHOF

19

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 24/87

Verkündet am:
16. November 1987
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Eugen W [REDACTED], B [REDACTED] weg 12, W [REDACTED],

Kläger, Revisionskläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. P [REDACTED] B [REDACTED] S [REDACTED] Inc., 100 G [REDACTED] Street,
New York, N.Y. USA, vertreten durch den Chairman
John J. C [REDACTED],

2. Andreas N [REDACTED], c/o Firma B [REDACTED], H [REDACTED] Allee 2-10,
F [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte
und zu 1) Revisionsklägerin,

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

19

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. November 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Bundschuh, Brandes, Dr. Hesselberger und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 1 gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. Oktober 1986 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Klägers wird, unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels, das angefochtene Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der mit dem Hauptantrag verfolgte Klageanspruch in Höhe von 54.211,54 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 5. Dezember 1984 teilweise geändert:

Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, an den Kläger 17.731,54 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit 20. Juni 1983 und 41.843,06 US-Dollar nebst 4 % Zinsen seit 16. Oktober 1986 zu zahlen.

Wegen eines mit dem Hauptantrag verfolgten Teilbetrages von 36.480 DM nebst Zinsen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den 16. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Kläger die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2. Die übrige Kostenentscheidung bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Tatbestand:

Der Kläger, ein nicht im Handelsregister eingetragener Teppichhändler, verlangt jetzt noch von der Beklagten zu 1, einem US-amerikanischen Broker-Haus mit Sitz in New York, wegen Verlusten aus Wertpapier- und Börsentermingeschäften die Rückzahlung seines Einsatzes von 140.000 DM und hilfsweise des Erlöses, den die Beklagte aus dem Verkauf von Wertpapieren des Klägers in Höhe von 41.843,06 US-Dollar erzielt hat, jeweils nebst Zinsen.

Im März 1982 nahm der Kläger über die Frankfurter Repräsentanz der Beklagten zu 1 Verbindung zu dieser auf. Er beauftragte sie mit dem Kauf von F [REDACTED]-Bonds und von F [REDACTED] C [REDACTED] W [REDACTED]. Am 19. März 1982 empfahl der Beklagte zu 2, der als Anlageberater für die Beklagte zu 1 in Deutschland tätig ist, dem Kläger die Spekulation mit sogenannten Spread-Positionen zwischen Terminkontrakten über US-Treasury-Bonds (T-Bonds) und staatlich garantierten verzinslichen Hypothekenbriefen (sogenannten "Ginnie Maes"). Bei dieser von der Beklagten zu 1 ausgearbeiteten Strategie werden gleichzeitig ein Kaufkontrakt über einen der beiden Zinstitel und ein Leerverkaufskontrakt über den anderen Titel abgeschlossen. Gewinn soll hierbei durch die Änderung der Kursdifferenz zwischen den beiden Papieren erzielt werden. In dem dem Kläger ausgehändigten "Bulletin" der Beklagten zu 1 vom März 1982 wird diese Strategie als "weitaus risikoärmer" bezeichnet als die Spekulation in Direktgeschäften ohne Abschluß eines Gegengeschäfts. Es

wird auch darauf hingewiesen, daß wegen des geringen Risikos der "Einschuß" für eine Kontraktposition "nur" \$ 1.000 betrage und ein "Stop-Loss-Auftrag" zur Begrenzung des Verlustrisikos wegen des "begrenzten Risikos" für überflüssig gehalten werde.

Im Hinblick auf den Kauf der Ford-Bonds und der Fluor-Warrants sowie der ins Auge gefaßten Spread-Geschäfte überwies der Kläger der Beklagten zu 1 noch im März 1982 140.000 DM, was damals einem Betrag von 58.312,98 US-Dollar entsprach. Dieser Betrag wurde dem Kläger auf einem für ihn eingerichteten "Securities Account" (Wertpapierkonto) gutgeschrieben.

Am 29. März 1982 unterzeichnete der Kläger mehrere, teils in englischer, teils in deutscher Sprache vorgedruckte Vereinbarungen mit der Beklagten zu 1. In dem sogenannten Kundenvertrag wird der Beklagten zu 1 u.a. ein umfassendes Pfandrecht an allen "Guthaben, Wertpapieren und Waren", die auf Konten des Klägers geführt werden, eingeräumt und die Geltung der Gesetze des Staates New York vereinbart. In dem als "Selbstauskunft (für Warenterminkonten) - Commodity Suitability Letter" - bezeichneten Schriftstück heißt es u.a.:

"Ich bin bereit, auf mein Konto bei B. (Beklagte zu 1) Zahlungen zu leisten; ich bin darüber belehrt worden und ich bestätige, daß jegliche solche Zahlung als Vorauserfüllung bestehender oder künftiger Verbindlichkeiten anzusehen ist, die sich, aus welchem Grunde immer, aus Warentermingeschäften über mein Konto bei B. ergeben".

Am 5. April 1982 erwarb die Beklagte zu 1 Fluor Warrants für 15.200 US-Dollar und am 12. April 1982 Ford-Bonds zum Preise von 35.745,19 US-Dollar. Diese Papiere wurden auf dem "Securities Account" des Klägers geführt. Im April 1982 wurde ferner für den Kläger ein "Commodities Account" bei der Beklagten zu 1 eröffnet, auf das zunächst vom "Securities Account" 6.969 US-Dollar übertragen wurden. Über dieses "Commodities Account" tätigte der Kläger zahlreiche Spread-Geschäfte, während über das Securities Account auch Aktienoptionsgeschäfte abgewickelt wurden. Soweit auf dem Commodities Account Geld benötigt wurde, wurde dies vom Securities Account abgebucht. Bis Ende Juli 1982 wurde auf dem Commodities Account ein realisierter Gewinn von knapp 10.000 US-Dollar erzielt. Im August trat auf diesem Konto ein realisierter Verlust in Höhe von 3.191,25 US-Dollar auf. Am 25. August 1982 verkaufte die Beklagte zu 1 die Ford-Bonds für 41.843,06 US-Dollar.

Im September 1982 richtete die Beklagte zu 1 für den Kläger ein "Treasury-Unterkonto" zu dem "Commodities Account" ein und kaufte zugunsten dieses Kontos am 2. September 1982 für 44.115,25 US-Dollar US-Treasury-Bills, das sind festverzinsliche Schatzwechsel mit kurzer Laufzeit (bis 2. Dezember 1982). Dieses Unterkonto hatte den Zweck, Geldbeträge, die für Geschäfte auf dem Commodities Account bestimmt waren aber gerade nicht benötigt wurden, zinsbringend anzulegen.

Am 3. September 1982 verkaufte die Beklagte zu 1 die Fluor-Warrants für 18.500 US-Dollar. Ende September 1982

stieg der Kurs der T-Bonds im Verhältnis zu den "Ginnie Maes" ungewöhnlich stark. Dadurch entstand bei den Spread-Geschäften des Klägers ein Verlust von 30.000 US-Dollar. Da sich der Kursanstieg Anfang Oktober 1982 weiter verstärkte, betrugen die Verluste am 11. Oktober 1986 bereits rund 80.000 US-Dollar. Deshalb ließ der Kläger an diesem Tage sämtliche Geschäfte auflösen. Die Beklagte zu 1 deckte die Verluste zum Teil durch den Verkauf der Treasury-Bills ab. Offen blieb ein Betrag von 29.315,72 US-Dollar. Darin sind die von der Beklagten zu 1 dem Kläger für Spesen und Provisionen in Rechnung gestellten 7.483,87 US-Dollar enthalten.

Der Kläger fühlt sich von den Beklagten getäuscht. Er habe sich bei den Spread-Geschäften auf die Verharmlosung des Verlustrisikos im "Bulletin" der Beklagten zu 1 verlassen. Der Beklagte zu 2 habe ihm wiederholt versichert, daß es sich bei diesen Geschäften um eine lukrative Kapitalanlage handle, die praktisch risikolos sei. Er habe sich außerdem darüber hinweggesetzt, daß vereinbarungsgemäß kein Geschäft ohne Zustimmung des Klägers hätte getätigt werden sollen. Eigenmächtig habe er die Fluor-Warrants und die Ford-Bonds verkauft. Im übrigen seien sämtliche Geschäfte unverbindlich. Deshalb müsse die Beklagte zu 1 seinen Einsatz zurückzahlen. Hilfsweise trägt der Kläger vor, daß zumindest der aus dem Verkauf der Ford-Bonds erzielte Erlös nicht zum eingesetzten Spekulationskapital gehört habe und ihm daher zurückgezahlt werden müsse.

Die Beklagten haben geltend gemacht, der Kläger sei von dem Beklagten zu 2 über die Risiken von Spreads und Optionen ausreichend informiert worden. In den von ihm unterzeichneten Schriftstücken sei er auf das Verlustrisiko hingewiesen worden. Durch Kontoauszüge sei der Kläger über den Verlauf der einzelnen Geschäfte informiert worden. Da er den Tagesauszügen nicht widersprochen habe, habe er sie gemäß Ziffer 10 des Kundenvertrages genehmigt. Der Kläger habe außerdem im Kundenvertrag der Übertragung von Guthaben aus dem "Securities Account" auf das "Commodities Account" zugestimmt. Seine Einzahlungen habe der Kläger als Vorauserfüllung und nicht als Sicherheitsleistung zur Verfügung gestellt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat lediglich dem Hilfsantrag stattgegeben. Mit der Revision, die der Senat nicht angenommen hat, soweit sie sich gegen den Beklagten zu 2 richtet, verfolgt der Kläger seine Hauptforderung auf Zahlung von 140.000 DM nebst Zinsen gegen die Beklagte zu 1 weiter. Die Revision der Beklagten zu 1 richtet sich gegen die Verurteilung nach dem Hilfsantrag. Jede Partei beantragt, die Revision des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers hat teilweise Erfolg, während die Revision der Beklagten zu 1 unbegründet ist.

I. Das Berufungsgericht hat Schadensersatzansprüche des Klägers aus Verschulden bei Vertragsschluß, aus positiver Vertragsverletzung und aus unerlaubter Handlung u.a. mit der Begründung verneint, daß der Kläger den angeblichen Schaden nicht substantiiert dargelegt habe. Dies greift die Revision des Klägers ohne Erfolg an.

Seinen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß stützt der Kläger auf die angebliche Verharmlosung des Risikos der Spread-Geschäfte im "Bulletin" der Beklagten zu 1 und darauf, daß der Beklagte zu 2 die Harmlosigkeit dieser Geschäfte bestätigt und "von sicheren Warentermingeschäften, insbesondere Geschäften ohne Verluste, d.h. langlaufenden gut verzinsten Anlagen, gesprochen" habe. Nach der zutreffenden Feststellung des Berufungsgerichts läßt sich diesem Vorbringen nicht zweifelsfrei entnehmen, auf welche Anlageformen sich die Äußerungen des Beklagten zu 2 beziehen: Nur auf die Spread-Geschäfte oder auch auf die späteren Aktienoptionsgeschäfte. Zugunsten der Beklagten zu 1 ist deshalb davon auszugehen, daß sich die angeblichen Äußerungen des Beklagten zu 2 nur auf die Spread-Geschäfte bezogen, wovon offensichtlich auch die Revision ausgeht, während der Kläger über das Spekulationsrisiko der anderen Geschäfte durch die Hinweise in den schriftlichen Vereinbarungen (Selbstauskunft und "Risk Disclosure Statement") zutreffend aufgeklärt worden ist. Da der Kläger trotz gerichtlicher Aufforderung nicht dargelegt hat, durch welche Geschäfte und in welcher Höhe Verluste entstanden sind, läßt sich der durch die angebliche falsche Aufklärung entstandene Schaden nicht bemessen.

Was die Behauptung des Klägers angeht, der Beklagte zu 2 habe die Spread- und Aktienoptionsgeschäfte ohne Zustimmung des Klägers durchgeführt, stellt das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei fest, der Kläger habe in der Klageschrift selbst eingeräumt, daß bis zum Beginn seines Urlaubs Ende August 1982 alle Geschäfte ordnungsmäßig getätigt worden seien. Bis dahin seien aber schon zahlreiche Spread- und einige Aktienoptionsgeschäfte abgeschlossen gewesen. Das Berufungsgericht sieht deshalb die Behauptung des Klägers als widerlegt an, er habe die Anweisung gegeben, keine Warentermingeschäfte, womit er die Spread-Geschäfte meine, abzuschließen. Soweit nach dem Vortrag des Klägers während seines Urlaubs ohne seine Zustimmung Geschäfte durchgeführt worden sein sollen, fehlt nach der Feststellung des Berufungsgerichts jeglicher Vortrag dazu, wann genau der Kläger im Urlaub war und welche Geschäfte in dieser Zeit durchgeführt wurden. Obwohl der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht darauf hingewiesen wurde, hat er seinen Vortrag nicht ergänzt. Deswegen läßt sich auch der vom Kläger aus diesem Sachverhalt hergeleitete Schaden nicht bemessen.

Soweit der Kläger seinen Schadensersatzanspruch darauf stützt, die Beklagte zu 1 habe die Ford-Bonds und die Fluor Warrants ohne seine Zustimmung veräußert, fehlt es an einer nachvollziehbaren Darlegung des Schadens. Unstreitig sind diese Papiere mit Gewinn verkauft worden. Wenn das Berufungsgericht die nicht näher begründete Behauptung des Klägers, daß ihm hierdurch bei einem Dollar-Kurs von 3,00 bis zum Jahre 2004 ein Gewinn von

617.556 DM entgangen sei, als nicht nachvollziehbar ansieht, ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Nach allem scheitern die Schadensersatzansprüche des Klägers unter sämtlichen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten an der fehlenden Darlegung des Schadens. Es erübrigt sich deshalb der Frage nachzugehen, in welchem Umfange überhaupt Schadensersatzansprüche in Betracht kommen, soweit es sich um unverbindliche Börsentermingeschäfte handelt.

II. Das Berufungsgericht hält auch den Anspruch auf Rückzahlung des eingezahlten Betrages von 140.000 DM aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung für unbegründet. Soweit dieser Betrag nicht in festverzinslichen Ford-Bonds angelegt worden sei, habe er als Spekulationskapital für die Spread- und Optionsgeschäfte dienen und dementsprechend der Vorauserfüllungsvereinbarung in der "Selbstauskunft" unterliegen sollen. Diese Vereinbarung sei wirksam. Deshalb könne der Kläger den auf diese Geschäfte entfallenden Teil seiner Einzahlungen gemäß § 55 BörsG nicht zurückverlangen. Gegen diese Ausführungen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht - allerdings unausgesprochen - davon aus, daß der Kläger keinen Anspruch auf Rückzahlung hat, soweit mit seinen Zahlungen die Ford-Bonds angeschafft wurden. Es handelte sich dabei um einen schlichten Kauf festverzinslicher Wertpapiere. Auf dieses Geschäft finden die Vorschriften der §§ 50 f. BörsG über die Börsentermingeschäfte keine Anwendung. Dies hat zur Folge, daß es voll wirksam ist. Der auf

den Kaufpreis von 35.745,19 US-Dollar entfallende Teil des Betrages von 140.000 DM ist daher verbraucht und nicht mehr rückforderbar. 35.745,19 US-Dollar entsprechen bei einem Wechselkurs von 2,40 DM/Dollar (140.000 DM = 58.312,98 Dollar) 85.788,46 DM. Diesen auf den Kauf der Ford-Bonds entfallenden Teilbetrag seiner Einzahlung kann der Kläger nicht mehr von der Beklagten zu 1 zurückverlangen.

2. Auch der verbleibende Betrag von 54.211,54 DM [140.000 - 85.788,46 DM] steht nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht in vollem Umfange für die Rückgewähr aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Verfügung.

Die Beklagte zu 1 hat im Auftrag des Klägers Fluor-Corporation-Warrants für 15.200 US-Dollar erworben. Das Berufungsgericht bezeichnet diese Papiere als spekulative Optionsscheine für festverzinsliche Wertpapiere und behandelt sie wie die Spreads- und die Aktienoptionsgeschäfte als Börsentermingeschäfte. Ohne weitere tatsächliche Feststellungen über Herkunft und Art dieser Warrants und die Bedingungen, die für sie gelten, kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, daß ihr Kauf die Voraussetzungen eines Börsentermingeschäfts erfüllt (vgl. zum Begriff des Börsentermingeschäfts BGH, Urt. v. 21.6.1965 - II ZR 51/63, WM 1965, 766 und BGHZ 92, 317). Von den Aktienoptionsgeschäften unterscheiden sich die Warrants schon deshalb, weil es sich um wertpapiermäßig verbriefte Rechte handelt, die im vorliegenden Falle auch tatsächlich angeschafft wurden. Ob dieser Unterschied letztlich ausschlaggebend

sein kann für die Verneinung des Börsentermingeschäftscharakters der Fluor-Warrants, braucht derzeit nicht entschieden zu werden, solange nicht feststeht, daß im übrigen die Voraussetzungen eines Börsentermingeschäfts vorliegen. Allein der vom Berufungsgericht hervorgehobene spekulative Charakter der Fluor-Warrants macht diese noch nicht zum Börsentermingeschäft. Es gibt auch spekulative Kassageschäfte, die weder dem Termin- noch dem Spieleinwand unterliegen.

Nach allem ist bei dem derzeitigen Sach- und Streitstand zugunsten der Beklagten zu 1 zu unterstellen, daß es sich beim Kauf der Fluor-Warrants nicht um Börsentermingeschäfte, sondern um verbindliche Kassageschäfte gehandelt hat und deshalb der darauf entfallende Teil der eingezahlten Geldsumme vom Kläger nicht mehr zurückverlangt werden darf. Der Kaufpreis der Warrants betrug 15.200 US-Dollar. Das ergibt umgerechnet bei dem vorstehend angegebenen Kurs einen Betrag von 36.480 DM.

3. Von der Einzahlung des Klägers in Höhe von 140.000 DM bleibt für die Spread- und die Aktienoptionsgeschäfte somit nur ein Betrag von 17.731,54 DM [54.211,54 - 36.480] übrig. Diesen kann der Kläger entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts von der Beklagten zu 1 zurückverlangen.

a) Den Spread-Geschäften liegen sogenannte Zinsterminkontrakte (vgl. dazu Kümpel, WM 1987, 1321, 1328) über

US-Dollar Treasury-Bonds und "Ginnie Maes" zugrunde. Daß es sich dabei um Börsentermingeschäfte handelt, steht außer Zweifel. Ob sie unter die Börsentermingeschäfte in Wertpapieren i.S. der §§ 50 f. BörsG oder die Devisentermingeschäfte i.S. von § 96 BörsG einzuordnen sind (vgl. Kümpel aaO), spielt im vorliegenden Fall keine Rolle, da - wie noch darzulegen sein wird - sie sowohl als Börsentermingeschäfte über Wertpapiere als auch über Devisen wegen fehlender Börsentermingeschäftsfähigkeit des Klägers unverbindlich sind. Zwar sind Devisentermingeschäfte wie offizielle Börsentermingeschäfte zu behandeln (vgl. Sen.Urt. v. 15.10.1979 - II ZR 144/78, WM 1979, 1381). Diese sind aber auch nur verbindlich, wenn beide Vertragspartner börsentermingeschäftsfähig sind. Im anderen Falle steht ihnen der Termineinwand entgegen.

Bei den Aktienoptionsgeschäften handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ebenfalls um Börsentermingeschäfte. Das Berufungsgericht beruft sich für seine gegenteilige Auffassung auf eine angeblich in "DB 1984, 1342" veröffentlichte Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Es hat dabei aber übersehen, daß an dieser Fundstelle das Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 15. Juni 1983 (2 U 72/82) abgedruckt ist, das durch Urteil des erkennenden Senats vom 22. Oktober 1984 (BGHZ 92, 317) aufgehoben worden ist. In dieser Entscheidung, die sich allerdings auf deutsche Aktienoptionsgeschäfte bezieht, hat der Senat seine Auffassung begründet, daß es sich dabei um Börsentermingeschäfte handelt. Dasselbe gilt auch für ausländische Aktienoptionsgeschäfte (BGHZ 93, 307).

b) Bei den Spread- und Aktienoptionsgeschäften, die der Kläger der Beklagten zu 1 in Auftrag gab, handelte es sich also um ausländische Börsentermingeschäfte. Dafür gelten gemäß § 61 BörsG die Vorschriften der §§ 52-60 BörsG und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ausländisches oder deutsches Recht gilt (vgl. Sen.Urt. v. 12.6.1978 - II ZR 48/77, WM 1978, 1203). Auf Aufträge zu solchen Geschäften sind gemäß § 60 BörsG die §§ 52-59 BörsG anzuwenden. Nach diesen Vorschriften hatten die der Beklagten zu 1 erteilten Aufträge inoffizielle, aber erlaubte Börsentermingeschäfte zum Gegenstand, weil sie an ausländischen Börsen abzuwickeln waren, also keine Zulassung durch eine deutsche Börse (§ 50 BörsG) stattgefunden hatte (BGHZ 58, 1, 2). Ein solches Geschäft ist gemäß § 52 BörsG nur nach Maßgabe der §§ 53-56 BörsG wirksam. Gemäß § 53 BörsG sind erlaubte Börsentermingeschäfte verbindlich, wenn beide Vertragspartner börsentermingeschäftsfähig sind. Das trifft auf den Kläger nicht zu, da er nicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist. Das Geschäftsbesorgungsverhältnis zwischen der Beklagten zu 1 und dem Kläger ist daher bezüglich der erwähnten Geschäfte unverbindlich. Gegenseitige Ansprüche bestehen bei solchen Geschäften nur insoweit, als erbrachte Leistungen grundsätzlich zurückzugewähren sind. Eine Ausnahme davon macht § 55 BörsG. Danach kann das aufgrund des Geschäfts Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden, weil für den Leistenden eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Erforderlich ist, daß die Leistung unwiderruflich zur Erfüllung eines Börsentermingeschäfts erbracht wird und dieses aufgrund der Leistung endgültig ganz oder zum Teil seine

Erledigung findet (vgl. Sen.Urt. BGHZ 86, 115; Schwark, BörsenG § 55 Rz. 4). Es muß sich ferner um eine Leistung auf ein bestimmtes Geschäft handeln.

Die Beklagte zu 1 und das Berufungsgericht sind der Ansicht, durch die bei Beginn der Geschäftsbeziehungen geleisteten Zahlungen des Klägers seien die unverbindlichen Forderungen der Beklagten zu 1 aus den Verlusten bei den Spread- und Aktienoptionsgeschäften gemäß § 55 BörsG erfüllt worden, weil die Parteien in der formularmäßigen Selbstauskunft des Klägers die Vorauserfüllung vereinbart hätten. Dem kann nicht gefolgt werden. Wie der Senat im Urteil vom 13. Juli 1987 (II ZR 280/86, WM 1987, 1156 = ZIP 1986, 1170), das sich ebenfalls auf das von der Beklagten zu 1 verwendete Formular mit der Vorauserfüllungsvereinbarung bezieht, ausgeführt hat, stellen die aufgrund dieser Vereinbarung erbrachten Zahlungen keine Leistung i.S. von § 55 BörsG dar, deren Rückforderung ausgeschlossen ist.

c) Die Terminschulden des Klägers sind auch nicht durch eine nachträglich vereinbarte Verrechnung mit der Einzahlung erfüllt worden. Die Beklagte zu 1 ist der Ansicht, eine solche Vereinbarung sei dadurch zustande gekommen, daß der Kläger den Kontoauszügen nicht widersprochen habe. Nach Ziffer 10 des Kundenvertrages seien Mitteilungen über die Ausführung von Aufträgen und Kontoauszüge endgültig, wenn sie nicht binnen fünf Tagen nach Zusendung durch die Post beanstandet werden.

Der Senat ist der Ansicht, daß eine derartige Anerkennung durch Schweigen keine Erfüllung im Sinne von § 55 BörsG darstellt. Aus der erwähnten Geschäftsbedingung ist nur der vermutete Wille des Einverständnisses mit der aus den Kontoauszügen ersichtlichen Verrechnung abzuleiten; das untätige Verhalten des Kunden soll hiernach die gleichen Wirkungen haben, wie die Erklärung des Einverständnisses, selbst wenn dieses in Wahrheit nicht vorhanden ist (RGZ 87, 221, 226). Ein solcher nur vermuteter Wille entspricht aber nicht den Voraussetzungen des § 55 BörsG. Das Reichsgericht hat dies in der erwähnten Entscheidung für das Einverständnis mit der Bewirkung der Leistung gemäß § 57 BörsG ausgesprochen. Es hat dazu ausgeführt, die Bedeutung dieser Vorschrift liege darin, daß das an sich ungültige Geschäft dann hinterher zu einem gültigen werde, wenn der eine Vertragsteil die vereinbarte Leistung bewirke und der Vertragsgegner bekunde, daß diese Bewirkung auch seinem Willen entspreche; das Wirksamwerden des Geschäfts sei also an bestimmte tatsächliche Vorgänge des einzelnen Geschäfts geknüpft. Erforderlich sei, daß aus diesen tatsächlichen Vorgängen das erklärte Einverständnis sich ergebe. Diesem Erfordernis werde aber dadurch nicht Genüge geleistet, daß nach den Geschäftsbedingungen im allgemeinen und von vornherein einem bestimmten Verhalten des Kunden die Wirkung des Einverständnisses beigelegt werde. Wollte man eine solche Wirkung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulassen, so würde es durchaus in der Hand der Banken liegen, durch Aufstellung solcher Geschäftsbedingungen die Durchführung der Vorschrift des

§ 57 BörsG über das von den Kunden zu erklärende Einverständnis wenn nicht ganz zu beseitigen, so doch auf das Erheblichste einzuschränken. Zwischen der Heilung eines unverbindlichen Börsentermingeschäfts durch Einverständnis des Kunden mit der Leistungsbewirkung der Bank nach § 57 BörsG und der - hier in Frage stehenden - Heilung durch "Leistung" des Kunden nach § 55 BörsG besteht aber insoweit kein wesentlicher Unterschied (Canaris, ZIP 1987, 885, 886). Dem Schweigen des Klägers auf die Kontoauszüge der Beklagten zu 1 kommt daher keine Erfüllungswirkung im Sinne von § 55 BörsG zu. Dies führt dazu, daß der Kläger den ihm nach deutschem Recht zustehenden Anspruch auf Rückzahlung des Einzahlungsbetrages aus ungerechtfertigter Bereicherung in der genannten Höhe trotz der Geltung des Rechts des Staates New York im übrigen geltend machen kann (vgl. Sen.Urt. v. 12.6.1978 - II ZR 48/77, WM 1978, 1203, 1205). Da der Rechtsstreit insoweit entscheidungsreif ist, kann der Senat der Klage in diesem Umfange stattgeben.

III. Das Berufungsgericht hat auf den Hilfsantrag des Klägers diesem einen Anspruch auf Auszahlung des Erlöses aus dem Verkauf der Ford-Bonds in Höhe von 41.843,06 US-Dollar aus ungerechtfertigter Bereicherung zuerkannt. Dies greift die Revision der Beklagten zu 1 ohne Erfolg an.

Der Hilfsantrag ist nicht nur für den Fall gestellt, daß die mit dem Hauptantrag verfolgte Forderung auf Zahlung von 140.000 DM überhaupt keinen Erfolg hat. Er steht, soweit der Kläger mit dem Hauptantrag 140.000 DM nicht erreicht, ersichtlich in einem Eventualverhältnis zu dem

Teil der Forderung des Hauptantrags, der dem Anschaffungspreis für die Ford-Bonds entspricht. Da der Hauptantrag insoweit keinen Erfolg hat, muß über den Hilfsantrag entschieden werden.

Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 1 die aus der Veräußerung der Ford-Bonds erzielten 41.843,06 US-Dollar im Rahmen ihres vermeintlichen "Pfandrechts" zur Abdeckung der Verluste aus den Börsentermingeschäften in Anspruch genommen. Da diese Geschäfte unverbindlich sind, kann eine Sicherheit wirksam nur gemäß § 54 BörsG in der dort vorgeschriebenen Form gestellt werden. Gemäß § 54 Abs. 3 BörsG darf das Schriftstück, in dem die Erklärung über die Sicherheitenbestellung gemäß § 54 Abs. 2 BörsG abgegeben wird, andere Erklärungen des Bestellers der Sicherheit nicht enthalten. Dieser Formvorschrift entspricht die Sicherungserklärung in Ziffer 4 des Kundenvertragsformulars der Beklagten zu 1 nicht. Sie ist daher gemäß § 54 Abs. 5 BörsG nichtig. Die Beklagte hat somit den Erlös aus der Veräußerung der Ford-Bonds aus ungerechtfertigter Bereicherung an den Kläger herauszugeben. Eine wirksame Erfüllung durch die Vorauserfüllungsvereinbarung oder durch eine nachträgliche Verrechnungsvereinbarung mit den Verlusten aus den Börsentermingeschäften ist aus den vorstehend angeführten Gründen nicht eingetreten. Das Berufungsgericht hat daher dem Hilfsantrag des Klägers mit Recht stattgegeben.

IV. Der Rechtsstreit ist hinsichtlich eines mit dem Hauptantrag verfolgten Teilbetrages von 36.480 DM nebst

Zinsen, der von der Einzahlung des Klägers in Höhe von 140.000 DM auf die Anschaffung der Fluor-Warrants entfällt, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses die für die rechtliche Beurteilung der Fluor-Warrants notwendigen tatsächlichen Feststellungen treffen kann.

Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Dr. Kellermann

Bundschuh

Brandes

Dr. Hesselberger

Dr. Henze