

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 70/83

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
6. Februar 1984
Kaufmann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Metzgermeisters Gottfried Ba[REDACTED],
A[REDACTED]platz 2, H[REDACTED] T,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die V[REDACTED], Vermittlung an Internationale Börsen GmbH,
R[REDACTED]-P[REDACTED]-Str. 2, K[REDACTED] [REDACTED], vertreten durch den
Geschäftsführer Günter M[REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1984 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 13. Dezember 1982 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung hinsichtlich des Hilfsantrages zurückgewiesen worden ist, die Beklagte zur Zahlung von [REDACTED] DM nebst Zinsen zu verurteilen.

In diesem Umfange wird die Sache zur anderen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger trägt mindestens 9/26 der Kosten der Revisionsinstanz; im übrigen bleibt die Entscheidung darüber dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte vermittelt über einen Londoner Broker Warentermingeschäfte. Der Kläger, ein selbständiger Fleischermeister, erteilte ihr insgesamt fünf Aufträge

mit der gleichzeitigen Ermächtigung, Erlöse und zurückfließende Mittel unter bestimmten Voraussetzungen wieder anzulegen. Die Beklagte bestätigte die Aufträge am 9., 17. und 28. Mai, 1. und 13. Juni 1979 und erhielt für sie vom Kläger insgesamt [REDACTED] DM. Weitere [REDACTED] DM zahlte der Kläger am 6. August 1979. In den Beträgen waren außer den Provisionen für die Beklagte und den Broker die Einschüsse enthalten, die bei Eingehung der Termingeschäfte sofort fällig waren. Die Beklagte verwandte im Rahmen ihrer Ermächtigung nicht verbrauchte Einschüsse und Gewinne teilweise für weitere Terminpositionen. Sie zahlte an den Kläger am 23. Mai 1979 [REDACTED] DM, am 1. Juni 1979 [REDACTED] DM und aufgrund einer Schlußrechnung am 30. August 1979 [REDACTED] DM, insgesamt [REDACTED] DM.

Der Kläger, der das Auftragsverhältnis zur Beklagten am 9. Juli 1979 gekündigt haben will, klagt auf Auszahlung des an diesem Tage bestehenden Guthabens von [REDACTED] Pfund Sterling und [REDACTED] US-Dollar; hilfsweise macht er als Differenz zwischen Ein- und Rückzahlungen [REDACTED] DM als Schadensersatz geltend, weil die Beklagte ihn nicht über die Risiken des Warentermingeschäfts aufgeklärt habe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision, die der Senat, soweit sie den Hauptantrag betrifft, nicht angenommen hat, verfolgt der Kläger den Hilfsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat eine Schadensersatzpflicht der Beklagten zutreffend verneint. Das greift die Revision



nicht an. Sie rügt aber mit Recht, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob dem Kläger der geltend gemachte Betrag von [REDACTED] DM nach § 812 BGB zusteht, weil die Beklagte um ihn ungerechtfertigt bereichert ist. Hierbei handelt es sich um eine andere materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage desselben prozessualen Anspruchs, die hätte geprüft werden müssen.

Die der Beklagten erteilten Aufträge hatten erlaubte Börsentermingeschäfte zum Gegenstand. Solche Geschäfte sind gemäß § 52 BörsG nur nach Maßgabe der §§ 53 bis 56 BörsG wirksam. Die Aufträge an die Beklagten waren nach §§ 53, 60 BörsG unverbindlich. Der Kläger war, als er sie erteilte, nicht termingeschäftsfähig. Er war als selbständiger Fleischermeister zwar Kaufmann. Der Vortrag der Parteien gibt aber nichts dafür her, daß er sein Gewerbe vollkaufmännisch betrieb und im Handelsregister eingetragen war, was nach § 53 Abs. 1 BörsG Voraussetzung der Termingeschäftsfähigkeit ist. Als Folge der Unverbindlichkeit hat die Beklagte die erhaltenen Leistungen nach § 812 BGB zurückzugewähren. Hiervon macht § 55 BörsG eine Ausnahme. Danach kann das aufgrund des unverbindlichen Geschäfts Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden, weil für den Leistenden eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Es muß sich dabei um eine Leistung handeln, die zur Erfüllung einer Schuld erbracht worden ist. Eine bloße Sicherheitsleistung, die nur zur Absicherung von in ihrer Entstehung noch ungewissen Verbindlichkeiten gegeben wird, ist keine Leistung im Sinne der genannten Bestimmungen. Sie wird auch nicht zu einer solchen, wenn sie später einseitig vom Sicherungsnehmer mit Verlusten verrechnet wird.

In Erfüllung einer Schuld dürfte der Kläger die Provisionen für die Beklagte und den Broker geleistet haben. Möglicherweise sollten auch die am 6. August 1979 nicht in Verbindung mit einem konkreten Auftrag an die Beklagte gezahlten [REDACTED] DM ganz oder teilweise schon entstandene Verluste abdecken. Für den Einschuß dagegen, das heißt den Bruchteil des Kontraktwertes, der sofort beim Abschluß des Warentermingeschäfts gezahlt werden mußte, ist das nicht ohne weiteres anzunehmen. Insoweit kommt es darauf an, was die Parteien hinsichtlich des Einschusses vereinbart haben. Sie können sowohl eine vorweggenommene Erfüllungsleistung als eine zu hinterlegende Sicherheit gewollt haben. Für die zweite Alternative ließe sich immerhin die Aufklärungsschrift der Beklagten anführen, wo es auf Seite 7 heißt, die Hinterlegung einer Cash-Reserve, zumindest in der Höhe des Einschusses, sei Bedingung, und der geringe Einschuß bedeute die Gefahr, auch für die nicht hinterlegten 75 bis 85 % haftbar zu sein. Da die Parteien aber zu dieser Frage bisher nicht Stellung genommen haben und das Berufungsgericht dazu auch nichts festgestellt hat, ist dem Senat zu diesem Punkt eine abschließende Entscheidung nicht möglich.

Weitere Voraussetzung eines Bereicherungsanspruchs gegen die Beklagte ist allerdings, daß die Beklagte und nicht der Kläger den Vertrag mit dem Londoner Broker geschlossen hat. Sonst hätte der Kläger diesem seine Sicherheitsleistung erbracht und könnte sie auch nur von ihm und nicht von der Beklagten zurückfordern. Das Berufungsgericht hat auch insoweit nichts festgestellt. Die Beklagte rügt zu Unrecht, daß der Kläger erstmals in der Revisionsbegründung behauptet habe, nicht Vertrags-

partner des Brokers geworden zu sein. Der Kläger hat - allerdings in anderem Zusammenhang - schon in erster Instanz behauptet, die Beklagte habe die Verträge mit dem Broker anstatt in seinem im eigenen Namen geschlossen (Bl. 63, 72, 100 der Akte). Er hat sich auf diesen Vortrag in seiner Berufungsbegründung bezogen (Bl. 160 der Akte), auf die wiederum das Berufungsgericht im Tatbestand des angefochtenen Urteils ergänzend verwiesen hat. Dem Berufungsurteil läßt sich nicht entnehmen, daß in der Schlußverhandlung der Vertragsschluß im Namen des Klägers nicht mehr streitig war. Der Kläger hat vielmehr in zweiter Instanz seine Klage zusätzlich unter anderem damit begründet, die Beklagte habe seine Gelder ganz oder zu einem großen Teil an der Londoner Börse überhaupt nicht angelegt. Diese Behauptung ist nach Ansicht des Berufungsgerichts durch das Eingeständnis des Klägers widerlegt, die Auftragsbestätigungen des Londoner Brokers erhalten zu haben. Ob sich anhand der Auftragsbestätigungen belegen oder widerlegen läßt, daß der Kläger nicht der Vertragspartner des Brokers gewesen sei, wird das Berufungsgericht nunmehr zu entscheiden und sich dabei auch mit dem Hinweis des Klägers in der Revisionsbegründung auseinanderzusetzen haben, nach dem englischen Text der Auftragsbestätigungen seien nicht Aufträge des Klägers bestätigt, sei dieser vielmehr von Verträgen in Kenntnis gesetzt worden, die die Beklagte für seine Rechnung, aber - möglicherweise anders, als mit dem Kläger vereinbart - im eigenen Namen mit dem Broker geschlossen habe.

Sollte der Kläger den Beweis erbringen, daß die Beklagte den Vermittlungsauftrag als Kommissionärin ausgeführt hat, könnte diese dem Kläger nicht entgegenhalten,

den Einschuß an den Broker weitergeleitet zu haben und deshalb entreichert zu sein. Wäre das Geschäft mit dem Broker als verdecktes Differenzgeschäft unverbindlich, könnte die Beklagte ihrerseits den Einschuß vom Broker zurückfordern, falls sie mit diesem vereinbart hat, daß der Einschuß als Sicherheit zu hinterlegen sei. Haben die Beklagte und der Broker Vorauserfüllung vereinbart, könnte die Beklagte den Einschuß zwar nicht zurückverlangen. Sie wäre aber in diesem Falle durch die Zahlung von einer eigenen, wenn auch unvollkommenen Verbindlichkeit auf Kosten des Klägers befreit worden und könnte aus diesem Grunde die Rückzahlung des Einschusses an diesen nicht verweigern (vgl. BGHZ 86, 115, 122). Dasselbe würde gelten, wenn das Geschäft mit dem Broker verbindlich ist.

Die Parteien haben - ebenso wie die Vorinstanzen - nicht gesehen, daß die Beklagte dem Kläger die geltend gemachten Beträge möglicherweise - zumindest zum Teil - zu erstatten hat, weil sie um sie ungerechtfertigt bereichert ist. Damit sie Gelegenheit erhalten, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange der Einschuß als Sicherheit hinterlegt und ob der Vertrag mit dem Broker im Namen der Beklagten geschlossen worden

ist, wird die Sache zurückverwiesen. Sollten sich Zweifel ergeben, was die Parteien hinsichtlich des Einschusses vereinbart haben, so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Einschuß dazu bestimmt ist, künftige Schulden zu sichern und nicht zu tilgen (BGHZ 86, 115, 119).

Stimpel

Dr. Schulze

Dr. Bauer

Bundschuh

Brandes