

42. 1. Heilung klagloser Börsentermingeschäfte. Genügt nach § 57 des Börsengesetzes eine teilweise Bewirkung der Leistung?

2. Wann ist die Leistung der Kauf bewirkt, insbesondere beim Aukauf von Mineushares an der Londoner Börse?

Börsengesetz vom 27. Mai 1908 § 57.

Gesetz, betr. Änderung des Börsengesetzes, vom 8. Mai 1908 Art. V.

II. Zivilsenat. Ur. v. 22. April 1913 i. S. Dr. S. (Bekl.) w. Pfälzische Bank (Kl.). Rep. II. 589/12.

I. Landgericht Mannheim.

II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Der Beklagte, der nicht zu den in § 53 BörsG. genannten Personen gehörte, hatte in den Jahren 1895 bis 1908 ununterbrochen durch Vermittelung der Klägerin an der Börse spekuliert, vielfach in deutschen Industripapieren und amerikanischen Eisenbahnaktien, mit einem sehr erheblichen Umsatz aber auch in südafrikanischen Minenwerten. Die Klägerin hatte ihm eine laufende Rechnung eröffnet, deren Saldo er halbjährlich prüfte und anerkannte. Auf den 30. Juni 1908 hatte sich ein Saldo zu seinen Lasten in Höhe von 274115 *M* ergeben. Mit Schreiben vom 26. Juli 1908 erklärte er, den Saldo geprüft und für richtig befunden zu haben. Bald darauf ergaben sich Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien. Am 26. August 1908 kündigte die Klägerin die Geschäftsverbindung, indem sie die nunmehrige Schuld des Beklagten auf 270990 *M* berechnete und Zahlung bis 30. September 1908 unter Verkaufsandrohung forderte. Da der Beklagte die Zahlung ablehnte, verkaufte die Klägerin die Werte, die sie für ihn in Händen hatte, und klagte den verbleibenden Betrag von 32480,50 *M* ein. Der Beklagte erhob Widerklage auf 284261,10 *M*.

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts bei einer Mischung von klagbaren und klaglosen Geschäften im Kontokorrent hatte die Klägerin selbst eine Aufstellung darüber beigebracht, welcher Teil des Saldos vom 30. Juni 1908 auf die eine und welcher Teil auf die andere Art von Geschäften zu rechnen sei. Dabei ergab sich ein Betrag von 273709,09 *M* als auf klaglose und ein solcher von

405,91 *M* als auf klagbare Geschäfte entfallend. Diese sog. Spaltungsrechnung erkannte der Beklagte als rechnerisch richtig an.

Das Landgericht sprach der Klägerin jene 405,91 *M*, zuzüglich 5,90 *M* Bankzinsen, zusammen 411,81 *M* zu, wies aber im übrigen Klage und Widerklage ab. Dagegen verurteilte das Oberlandesgericht den Beklagten auf die Anschlußberufung der Klägerin zu Zahlung von 32480,50 *M* nebst Zinsen. Seine Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

... „Der Differenzeinwand ist nicht mehr erhoben. . . . Geltend gemacht ist, es habe sich bei einem großen Teile der zwischen den Parteien geschlossenen Geschäfte um unklagbare Börsentermingeschäfte gehandelt. Hierüber besteht kein Streit, aber auch darüber nicht, daß neben den klaglosen Geschäften klagbare geschlossen wurden und auch ihr Ergebnis in dem Saldo von 274 115 *M* per 30. Juni 1908 enthalten war. Der Berufungsrichter hat, der Rechtsprechung des Reichsgerichts folgend, s. u. a. Entsch. in Zivils. Bd. 59 S. 193, geprüft, welcher Teil des Saldos auf die eine, welcher Teil auf die andere Art von Geschäften entfalle, und dabei mit dem ersten Richter für erwiesen erachtet, daß sich für die klaglosen Geschäfte die Summe von 273709,09 *M* ergebe, für die klagbaren der Rest von 405,91 *M*. Danach war die erste und unter Umständen einzige Frage die, ob jene an sich unklagbare Schuld des Beklagten von 273709,09 *M* dadurch zu einer klagbaren geworden war, daß sich die Voraussetzungen des § 57 neuen BörsG. erfüllt hatten. Der Prüfung dieser Frage hat sich in eingehender Weise auch der Berufungsrichter unterzogen, und er ist dabei jedenfalls zu einem richtigen Ergebnis gelangt.

Nach § 57 BörsG. gilt ein nicht verbotenes Börsentermingeschäft als von Anfang an verbindlich, wenn der eine Teil bei oder nach dem Eintritte der Fälligkeit sich dem anderen Teile gegenüber mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt und der andere Teil diese Leistung an ihn bewirkt hat. Diese Bestimmung ist erst am 1. Juni 1908 in Kraft getreten, während fast sämtliche Geschäfte, auf deren Ergebnis sich der Saldo vom 30. Juni 1908 aufbaut, in der Zeit vor dem 1. Juni 1908 geschlossen wurden. Das neue Gesetz legte sich aber für seine Vorschriften über die Folgen einer Bewirkung der vereinbarten Leistung rückwirkende Kraft bei,

sofern das Einverständnis vom Vertragsgegner des Leistenden nach dem Inkrafttreten des Gesetzes abgegeben war; Art. V des Ges., betr. Änderung des BörsG., vom 8. Mai 1908. In an sich einwandfreier Anwendung dieser Gesetzesbestimmung geht der Berufungsrichter auf die vertragmäßige Aufrechnung zurück, die in der Rechnungsaufstellung der Klägerin per 30. Juni 1908, verbunden mit der Anerkennung ihres Salbos durch den Beklagten, zu finden sei; er erwägt, daß danach der Beklagte seine Gesamtschuld aus unklagbaren Börsentermingeschäften, die nahezu 6000000 *M* betrug, bis auf einen Rest von 273 709,09 *M* bezahlt gehabt, also insoweit die vereinbarte Leistung unter dem in Erteilung der Abrechnung vom 30. Juni 1908 liegenden Einverständnis der Klägerin bewirkt habe, und legt sich dann die allein noch verbleibende Frage vor, ob die Leistung des Beklagten bis auf jenen Rest, d. h. bis auf nur 4,62 % der ganzen Schuld, der Voll-Leistung im Sinne des § 57 BörsG. gleich zu achten sei, was er bejaht.

Es soll nicht gesagt werden, daß dieser Weg ungangbar gewesen sei. Die Revision ist hier dem Gedankengange des Berufungsrichters nicht recht gefolgt, indem sie Angriffe erhebt, die sich gegen diesen Ausgangspunkt seiner Erwägungen gar nicht richten können, sondern die hier nicht zur Erörterung stehende Meinungsverschiedenheit betreffen, ob die Klägerin mit den einzelnen Gruppen der von ihr demnächst verkauften Werte so verfahren durfte, wie sie tatsächlich verfahren ist. Dagegen, daß der Berufungsrichter eine Tilgung der Schuld des Beklagten zu 95,38 % der vollen Tilgung gleichgestellt, hat sie ihrerseits Bedenken nicht erhoben. Immerhin sind gerade in diesem Punkte Zweifel nicht von der Hand zu weisen. In der Literatur gehen die Meinungen über die Folgen der Bewirkung einer Teilleistung bei Anwendung des § 57 BörsG. erheblich auseinander. Neukamp — Anm. 9 zu § 57 — vertritt die Meinung, daß, sofern die übrigen Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung vorliegen, das Börsentermingeschäft auch dadurch gültig werde, daß der Käufer nur einen Teil des Kaufpreises zahle. Ohne weiteres abzulehnen ist diese Ansicht keinesfalls. Sie findet umgekehrt eine gewisse Stütze in der Begründung des Abänderungsentwurfs zum Börsengesetze von 1907, in dem sich auch die Bestimmung des jetzigen § 57 BörsG. zum ersten Male findet. „Erfolgt die Erfüllung“, so heißt es dort,

„in beiderseitigem Einverständnis auch nur von einer Seite effektiv, so ist die beiderseitige Absicht, tatsächlich zu erwerben oder zu veräußern, bewiesen, und es ist dann unbedenklich, die Heilung der Unwirksamkeit eintreten zu lassen.“ Daß diese Absicht durch eine teilweise Leistung nicht oder nicht genügend erwiesen werde und nur durch Leistung des Ganzen erwiesen werden könne, wird sich schwerlich sagen lassen. Daß jedenfalls bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit der noch rückständigen Leistung — die hier bei nur 4,62 % des Restes vom Berufungsrichter einwandfrei angenommen wird — nach den Grundätzen von Treu und Glauben die Teilleistung der vollständigen Leistung in betreff der Rechtsfolgen aus § 57 BörfG. gleichzustellen sei, nimmt Bernstein Anm. II 1c das. im Wege ausdehnender Gesetzesauslegung an, während Apt, Bem. 2 zu § 57, und Rußbaum noch in seinem Kommentar zum Börsengesetz von 1910 bei Teilleistungen das Geschäft zu einem verhältnismäßigen Betrage als verbindlich erachten wollen. Diese für den Verkehr unannehmbare Folge hat Rußbaum selbst aus zutreffenden Erwägungen heraus nachträglich wieder abgelehnt, s. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 72, 1912, S. 62. Es wird in der Tat nur die Wahl bleiben, eine bloße Teilleistung zur Herbeiführung der Rechtswirksamkeit des Geschäfts im Sinne des § 57 BörfG. überhaupt für ungenügend zu erachten, je nach ihrer Höhe die Entscheidung auf den Einzelfall zu verstellen, oder die Teilleistung grundsätzlich für ausreichend zu halten. Den beiden letzten dieser drei Meinungen stünde das immerhin beachtliche Bedenken entgegen, daß das Gesetz, dessen Fassung wie Begründung für die Auslegung im übrigen einen Anhalt nicht bieten, schlechtweg von Bewirkung der „vereinbarten Leistung“ spricht, wie § 362 BGB. von Bewirkung der „geschuldeten Leistung“, und daß an sich hierunter nur die volle Leistung verstanden werden kann.

Nun kann aber im vorliegenden Falle diese ganze Streitfrage auf sich beruhen, weil auf einem anderen Wege, als dem vom Berufungsrichter eingeschlagenen, ohne jedes Bedenken zu demselben Ergebnis zu gelangen ist. Der Berufungsrichter erachtet den § 57 für anwendbar aus dem Gesichtspunkte der von der Bank entgegengenommenen Leistung des Spekulanten. Es ist aber nicht einzusehen, warum nicht die Leistung der Bank in den Vordergrund zu stellen wäre, die der Beklagte seinerseits gebilligt hat. Hat die Bank ihrer-

seits die vereinbarte Leistung bewirkt, so kann nicht zweifelhaft sein, daß der Beklagte sich durch Anerkennung des Saldos vom 30. Juni 1908 am 26. Juli desselben Jahres mit der Leistung einverstanden erklärt hat. Denn er erkannte aus den Abrechnungen, was die Klägerin geleistet hatte, und wenn er auch nur die letzte Abrechnung nach Prüfung billigte, so genehmigte er die gesamten bisherigen Erfüllungshandlungen der Klägerin. Die Anerkennung des Saldos schloß die Einverständniserklärung des § 57 BörsG. mindestens stillschweigend in sich, vgl. dazu Entsch. des RG. in Zivilf. Bd. 76 S. 81. Diese Erklärung war nach Inkrafttreten des neuen Börsengesetzes abgegeben, erfüllte also die Voraussetzungen des Art. V des Gesetzes vom 8. Mai 1908, sie war auch, wie § 57 erfordert, bei oder nach Eintritt der Fälligkeit abgegeben; darauf, wann die Klägerin geleistet hatte, kam es überhaupt nicht an.

Die Klägerin aber hat geleistet, und zwar alles, was vereinbart war. Die Revision bestreitet das mit dem bloßen Hinweise, daß die Klägerin dem Beklagten das Eigentum an den für ihn angekauften Wertpapieren habe verschaffen müssen, was unterblieben sei. Nach dem vom Berufungsrichter festgestellten Sachverhalt ist dieser Einwand für den größten Teil der gehandelten Werte, die südafrikanischen Minenshares, ohne weiteres hinfällig. Wie die Klägerin mit diesen Shares verfahren sollte, hatte der Beklagte schon im Oktober 1903 ganz genau vorgeschrieben. Sie sollte die Anteilsrechte in London auf den Namen der Diskontogesellschaft, später der Dresdner Bank in London, umschreiben lassen, und das hat sie getan. Der Beklagte schrieb, es sei ihm nicht immer möglich, seine Unterschrift beglaubigen zu lassen, deshalb wünsche er die Eintragung, nämlich der Geschäftsanteile in den Büchern der betreffenden Gesellschaft, auf den Namen der Klägerin, und erklärte sich dann einverstanden, daß es auf den Namen der genannten anderen Banken geschehe. Was die Klägerin demgegenüber noch anderes hätte tun sollen, um die vereinbarte Leistung zu bewirken, ist nicht verständlich. Die Umschreibung der Anteile in den Büchern der Gesellschaft auf Grund der Abtretungsurkunde (deed of transfer) gibt dem Erwerber das Recht daran; ein gesetzlicher Zwang zur Bildung von Zertifikaten besteht überhaupt nicht; s. Ruffbaum in D. Jur.-Z. 1911 Spalte 1252 ff. Jenes Recht aber hat die Diskontogesellschaft, später die Dresdner Bank,

für den Beklagten erworben, sie besaß es für ihn als Treuhänderin. Das mochte unter Umständen für die Klägerin den Nutzen haben, daß sie bei Nichterfüllung der Zahlungspflicht seitens des Beklagten noch einen Einfluß dahin ausüben konnte, daß er über die Shares nicht verfügte, was dann, wenn er selbst als der Erwerber eingetragener war, eine Unmöglichkeit gewesen wäre. Immerhin hatte die Klägerin geleistet, was ihr nach der mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung zu leisten oblag, sie hatte effektiv erfüllt. Auch bei Wertpapieren ist das Vereinbarte geleistet, wenn die Bank die Papiere für den Spekulanten, als mittelbaren Besitzer, tatsächlich in Besitz nimmt; das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Bankiers vermag an der Erfüllung nichts zu ändern. Im vorliegenden Falle sind die Shares Besitz und Eigentum gerade desjenigen geworden, dem beides zu übertragen der Beklagte verlangt hatte, der Diskontogesellschaft bzw. der Dresdner Bank. Auch eine Nummernaufgabe war neben dieser effektiven Übertragung an einen Dritten sicherlich nicht noch erforderlich, wie sie überhaupt für den § 57 BörsG. nur als eines der Ersatzmittel tatsächlicher Übergabe von Werten in Betracht kommen kann, so daß die weitere Frage, ob Shares den §§ 1 und 3 des Bankdepotgesetzes zu unterwerfen wären, auf sich beruhen kann.

Ganz das gleiche aber, daß nämlich die Klägerin das Vereinbarte geleistet hat, muß auch von den eigentlichen Wertpapieren gelten. Davon hatte sie am 30. Juni 1908 noch eine große Zahl tatsächlich für den Beklagten in der Hand; beim Verkauf im Oktober 1908 ergaben sie einen Erlös von 142404,41 M. Viele andere waren früher an Abnehmer des Beklagten wieder verkauft und effektiv weitergegeben worden. Daß die Klägerin in betreff dieser letzteren Papiere getan hatte, was abgemacht war, ist nirgends bestritten. Was wegen der übrigen noch hätte geschehen sollen, ist nicht erkennbar. Der Beklagte konnte der Klägerin doch nicht zumuten, sie ihm ohne Sicherheit herauszugeben. Sie hatte, wie es ihre Pflicht war, womit sie aber auch ihrer Pflicht genügte, die Papiere für den Beklagten tatsächlich an sich genommen, in der Absicht, ihm mittelbaren Besitz und Eigentum daran zu verschaffen, die Übergabe wurde nach Maßgabe des § 930 BGB. ersetzt, und das genügt, die vereinbarte Leistung für bewirkt zu erachten; vgl. Könige, Nachtrag zu Staub Exkurs § 376, Anm. 45; Rußbaum in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 72

§. 64 flg. Vereindart war nach den vom Beklagten genehmigten Geschäftsbedingungen der Klägerin Verschaffung des Eigentums an den Papieren, aber unter Vorbehalt des Pfandrechts der Bank. Auf diesen ausdrücklichen Vorbehalt würde es nicht einmal ankommen. Keinesfalls ist „die vereinbarte Leistung“ schlechtweg gleichbedeutend mit der „typischen termingeschäftlichen Leistung“, die nur in der Übergabe bestände. Der vertragliche Vorbehalt des Pfandrechts ist unter allen Umständen als eine Abmachung anzusehen, die den Begriff der vereinbarten Leistung im Sinne des § 57 mit zu bestimmen vermag. Wie weit das auch von anderen Abmachungen zu gelten hätte, ist hier gleichgültig.

Als drittes und letztes verbleiben dann die 500 Goldfield- und 500 Eastrand Shares, die Beklagter am 28. März 1907 per ultimo April anzukaufen der Klägerin Auftrag gegeben hatte. Sie allein waren am 30. Juni 1908 noch nicht angeschafft. Dies aber auf ausdrückliches, seit April 1907 immer wiederholtes Verlangen des Beklagten. Sie wurden von Monat zu Monat geschoben, weil dem Beklagten der Kurs nicht paßte, er vielmehr Prolongation verlangte. So erscheint ihr Preis ganz regelmäßig jeden Monat zuerst im Debet, dann im Kredit; die Klägerin verkaufte sie an den Beklagten und nahm sie ihm auf seinen Wunsch wieder ab. Daß hierbei Liquidationskurs und Rückkaufspreis irgendwie falsch eingestellt wären, ist nicht behauptet, die Abrechnungen darüber sind durchweg anerkannt. Dann aber hatte die Klägerin auch insoweit das ihrige getan, das Vereinbarte geleistet. Die tatsächliche Anschaffung der Papiere hatte noch nicht erfolgen sollen; die Klägerin war mit nichts im Rückstande, was der Beklagte mit ihr abgemacht hatte. Daß die Abwicklung dieses Geschäfts bis zum 30. Juni 1908 lediglich in Buchungen ihren Ausdruck fand, lag in seiner Natur; daß § 764 BGB. nicht Platz greift, bedarf keiner Ausführung, da ja die tatsächliche Anschaffung auch dieser Werte nur hinausgeschoben war. Übrigens hat der Beklagte gerade an diesen Shares, wie die Abrechnung der Klägerin ergibt, einen Gewinn erzielt, so daß ihre Ausschaltung dem Beklagten keineswegs nützen würde.

Danach erweist sich, wenn auch auf einem etwas anderen Wege, die Annahme des Berufungsgerichts als richtig, daß gemäß § 57 BörfG. eine Heilung der bisherigen klaglosen Börsentermingeschäfte

mit Anerkennung des Salbos vom 30. Juni 1908 durch den Beklagten eingetreten war. Diese Teilung ergriff die gesamten bisherigen Geschäfte. Die Unterscheidung der Revision zwischen „glattgestellten“, d. h. durch Gegengeschäft erledigten Geschäften und anderen findet im Gesetze keine Stütze. Das Kontokorrent umfaßte die gesamte Geschäftsverbindung der Parteien von 1895 an, der Salbo vom 30. Juni 1908 bildete vom ganzen das Ergebnis. Die Einverständniserklärung ergriff daher alle Geschäfte und nicht bloß einzelne. Auch auf Art und Zweck des Geschäfts kam es nicht an; § 57 schützt die Kapitalanlage wie die Spekulation. Wer die vereinbarte Leistung des anderen als Erfüllung annimmt, soll eben deshalb auch seinerseits erfüllen müssen; hat er bis zu diesem Augenblicke von der Möglichkeit, sich vom Geschäfte loszusagen, keinen Gebrauch gemacht, so soll er es — das erfordert die Rücksicht auf die Solidität im Verkehr — auch fernerhin nicht tun dürfen. Tut er es dennoch, so hält ihm das Gesetz entgegen, er habe sich nicht leisten lassen dürfen, ohne selbst zur Leistung bereit zu sein. Das ist einer seiner Grundgedanken. Und gerade deshalb ist es im vorliegenden Falle auch natürlicher, den Beklagten darauf zu verweisen, daß er seinerseits sich mit der Erfüllung der Klägerin einverstanden erklärt habe, als mit dem Berufungsrichter darauf, daß er zu 95,32 Prozent gezahlt und Klägerin ihrerseits diese Zahlung entgegengenommen habe.

Hiernach wurde mit der Salboanerkennung des Beklagten vom 26. Juli 1908 der Salbo zu Lasten der Beklagten vom 30. Juni 1908 auch in Höhe von 273 709,09 M klagbar. Damit erledigt sich aber der Prozeß. Alles, was sich nach dem 30. Juni 1908 zutrug, verschlechterte die Lage des Beklagten nicht. Will der Beklagte es nicht gelten lassen, so schadet er sich selbst.“ . . .