

Anmerkung zu BGH 20.3.2001 - XI ZR 213/00

Erstveröffentlichung in JuristenZeitung, Heft 6/2002, S. 299-305

Nach dem Urteil des XI., für Bankrecht zuständigen Zivilsenats des BGH darf ein nichtbörsentermingeschäftsfähiger Käufer von Optionsscheinen nicht gleichzeitig die seinem Girokonto gutgeschriebenen Gewinne aus der Weiterveräußerung der Scheine behalten und die Rückerstattung des diesem Konto belasteten Kaufpreises verlangen. In seiner Besprechung stellt Reiner (JZ 2002, 300) verschiedene Unstimmigkeiten in der bereicherungs- und börsenrechtlichen Argumentation des Gerichts heraus.

Urteil

BGB §§ 812, 818 Abs. 3 BörsG §§ 53, 55, 57

Ein Bankkunde, der den auf ein unverbindliches Optionsscheingeschäft geleisteten Kaufpreis gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückfordert, muß sich nach den Grundsätzen der sogenannten Saldotheorie den durch Weiterveräußerung der Optionsscheine erlangten Erlös anrechnen lassen.

BGH, Urteil vom 20. März 2001 - XI ZR 213/00 (KG)

Der Kläger verlangt von der beklagten Bank die Erstattung des Kaufpreises für Dollar-Optionsscheine.

Der Kläger, ein Handwerksmeister, beauftragte die Beklagte am 27. August 1992 mit dem Kauf von 26.000 selbständigen Dollar-Optionsscheinen und wies sie an, den Kaufpreis seinem bei ihr geführten Girokonto zu belasten. Die Beklagte übertrug die Optionsscheine in das Depot des Klägers, belastete sein Girokonto mit dem Kaufpreis, zuzüglich Nebenkosten, in Höhe von 98.543,50 DM und erteilte ihm eine schriftliche Abrechnung. Danach unterzeichnete der Kläger erstmals eine Unterrichtungsschrift der Beklagten im Sinne des § 53 Abs. 2 BörsG. Am 27. Oktober, 5. und 11. November 1992 verkaufte er die Optionsscheine mit erheblichem Gewinn. Der Erlös in Höhe von 171.235,14 DM wurde seinem Girokonto gutgeschrieben.

Am 30. Oktober 1997 nahm die Beklagte den Kläger wegen der Unverbindlichkeit des Geschäfts vom 27. August 1992 auf Erstattung des Verkaufserlöses abzüglich des Kaufpreises in Anspruch, erklärte gegenüber dem Anspruch des Klägers auf Auszahlung des Guthabens auf einem anderen Girokonto in Höhe von 10.100 DM die Aufrechnung und belastete das Konto in dieser Höhe.

Mit der Klage begehrt der Kläger von der Beklagten Zahlung von 10.100 DM und weiteren 2.000 DM. Hierbei handelt es sich um einen Teilbetrag des Kaufpreises in Höhe von 98.543,50 DM, zu dessen Rückzahlung der Kläger die Beklagte für verpflichtet hält.

Das LG hat der Klage in Höhe von 10.100 DM stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger seinen abgewiesenen Klageantrag in Höhe von 2.000 DM weiter.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt: Dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein durchsetzbarer Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zu. Der Kauf der Optionsscheine sei zwar gemäß § 53 Abs. 2 BörsG unverbindlich gewesen und nicht durch eine Bestätigung gemäß § 141 BGB verbindlich geworden. Ob der Kauf gemäß § 57 BörsG verbindlich geworden und ob die Rückforderung gemäß § 55 BörsG ausgeschlossen sei, bedürfe keiner Entscheidung. Jedenfalls könne die Forderung gemäß § 242 BGB nicht durchgesetzt werden. Der Kläger verhalte sich widersprüchlich und verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er einerseits den Gewinn aus dem Verkauf der Optionsscheine behalten wolle, andererseits aber den bei Erwerb der Scheine geleisteten Kaufpreis zurückverlange. Der Schutzzweck der §§ 53 ff. BörsG gehe nicht so weit, dem Kläger den Gewinn aus dem Optionsscheingeschäft unentgeltlich zu gewähren.

II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

1. Das von den Parteien am 27. August 1992 geschlossene Geschäft mit selbständigen Dollar-Optionsscheinen ist ein unverbindliches Börsentermingeschäft. Geschäfte mit selbständigen Optionsscheinen sind anders als solche mit abgetrennten Scheinen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes als Termingeschäfte anzusehen (BGHZ 114, 177, 179 ff.; Senatsurteile vom 13. Oktober 1998 - XI ZR 26/98, WM 1998, 2331, 2332 und vom 17. November 1998 - XI ZR 78/98, WM 1998, 2524). Solche Geschäfte konnte der Kläger am 27. August 1992 nicht verbindlich abschließen, weil er zu diesem Zeit-

punkt weder als Kaufmann im Handelsregister eingetragen (§ 53 Abs. 1 BörsG) noch kraft Information termingeschäftsfähig war (§ 53 Abs. 2 Satz 1 BörsG).

2. Das unverbindliche Termingeschäft ist nicht durch Bestätigung gemäß § 141 Abs. 1 BGB wirksam geworden, weil der Kläger nach Geschäftsabschluß eine Unterrichtungsschrift der Beklagten unterzeichnet hat. Zwar ist § 141 Abs. 1 BGB auf unverbindliche Rechtsgeschäfte entsprechend anwendbar (Senatsurteil vom 21. April 1998 - XI ZR 273/97, WM 1998, 1278, 1279). Da der Anleger durch die Unterzeichnung der Unterrichtungsschrift gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 BörsG Börsentermingeschäftsfähigkeit nur für künftige Geschäfte erlangt (Senatsurteil BGHZ 139, 36, 41 f.), kann in der Unterzeichnung eine Bestätigung bereits früher abgeschlossener Termingeschäfte nur bei einer konkreten, zumindest konkludenten Bezugnahme auf diese Geschäfte gesehen werden (Senatsurteile vom 13. Oktober 1998 - XI ZR 26/98, WM 1998, 2331, 2333 und vom 26. Januar 1999 - XI ZR 93/98, WM 1999, 539). Für eine solche Bezugnahme enthält der Vortrag der Parteien keinen Anhaltspunkt.

3. Das Börsentermingeschäft vom 27. August 1992 gilt auch nicht nach § 57 BörsG als von Anfang an verbindlich, weil die Beklagte die vom Kläger gekauften selbständigen Dollar-Optionsscheine in das Depot des Klägers übertragen und dieser sich damit einverstanden erklärt hat. Unter Bewirkung der vereinbarten Leistung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, zu deren Aufgabe das Vorbringen der Beklagten in den Vorinstanzen keinen Anlaß gibt, bei Geschäften mit selbständigen Optionsscheinen nur die effektive Lieferung des Gegenstandes der verbrieften Option oder die Gegenleistung in Geld zu verstehen (BGHZ 92, 317, 324; Senatsurteile BGHZ 107, 192, 195; 117, 135, 140; vom 3. Februar 1998 - XI ZR 33/97, WM 1998, 546, 548 und vom 13. Oktober 1998 - XI ZR 26/98, WM 1998, 2331, 2333). Beides ist nicht erfolgt.

Daß der Kläger die Optionsscheine wieder veräußert hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Er hat dadurch die Leistungsbewirkung der Beklagten nicht unmöglich gemacht. Die Optionsscheine verbrieften kein Recht der Beklagten, dem Kläger Dollars zu liefern; diesem stand es vielmehr frei, die Option auszuüben. Die Beklagte hat durch die Übertragung der Optionsscheine nur die erste Phase des einheitlichen Optionsgeschäfts, die Einräumung des vom Kläger weiterveräußerten verbrieften Optionsrechts, erfüllt. § 57 BörsG setzt darüber hinaus auch die Erfüllung der zweiten Phase durch effektive Lieferung des Basiswertes oder der Gegenleistung in Geld voraus (Senatsurteil vom 17. November 1998 - XI ZR 78/98, WM 1998, 2524, 2525). Daran fehlt es hier.

4. Der Anspruch des Klägers gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist nicht gemäß § 55 BörsG ausgeschlossen. § 55 BörsG erfordert nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Leistung auf ein bestimmtes Börsentermingeschäft. Belastungsbuchungen aufgrund unverbindlicher Termingeschäfte, Verrechnungen aufgrund antizipierter Vereinbarungen beim Kontokorrentkonto und Saldoanerkennnisse durch Schweigen auf einen Rechnungsabschluß reichen nicht aus (Senatsurteile BGHZ 107, 192, 197; 117, 135, 141; vom 3. Februar 1998 - XI ZR 33/97, WM 1998, 545, 546 f., vom 13. Oktober 1998 - XI ZR 26/98, WM 1998, 2331, 2334 und vom 17. November 1998 - XI ZR 78/98, WM 1998, 2523, 2524). Daß der Kläger die Beklagte bei Erteilung des Kaufauftrages am 27. August 1992 angewiesen hat, den Kaufpreis seinem Girokonto zu belasten, rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil der Kläger dadurch noch keine eigene Vermögensposition aufgegeben, sondern der Beklagten nur deklaratorisch gestattet hat, ihre Forderungen als Rechnungsposten in das Kontokorrent einzustellen. Es macht für die Schutzwürdigkeit des Kunden entgegen der Ansicht der Beklagten keinen nennenswerten Unterschied, ob der Kunde die Bank wegen des Kaufpreises ausdrücklich auf sein Girokonto verweist oder ob die Bank gegebenenfalls mit Rücksicht auf die Handhabung bei anderen Wertpapiergeschäften ihren Kaufpreisanspruch von sich aus in das Girokonto des Kunden einstellt.

5. Der mit der Revision verfolgte Bereicherungsanspruch besteht aber deshalb nicht, weil der Kläger sich auf den zurückgeforderten Kaufpreis in Höhe von 98.543,50 DM den Veräußerungserlös der Optionsscheine in Höhe von 171.235,14 DM anrechnen lassen muß. Die Beklagte war zwar gemäß § 55 BörsG gehindert, die zur Erfüllung des Geschäfts vom 27. August 1992 in das Depot des Klägers übertragenen Optionsscheine gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückzufordern (Senatsurteil vom 13. Oktober 1998 - XI ZR 26/98, WM 1998, 2331, 2334) oder nach dem Verkauf der Optionsscheine durch den Kläger Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB zu verlangen (Senatsurteil vom 17. November 1998 - XI ZR 78/98, WM 1998, 2524, 2525). Gleichwohl ist der Veräußerungserlös auf den zurückgeforderten Kaufpreis anzurechnen; danach verbleibt kein Saldo zugunsten des Klägers.

a) Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge hat nach den Grundsätzen der sogenannten Saldotheorie zu erfolgen. Danach ist der Bereicherungsanspruch bei beiderseits ausgeführten gegenseitigen nichtigen Verträgen ein von vornherein in sich beschränkter einheitlicher Anspruch auf Ausgleich aller mit der Vermögensverschiebung zurechenbar zusammenhängender Vorgänge in Höhe des sich dabei ergebenden Saldos (BGHZ 1, 75, 81; BGH, Urteile vom 11. November 1994 - V ZR 116/93, WM 1995, 159, 160 und vom 14. Juli 2000 - V ZR 82/99, WM 2000, 2107). Es ist deshalb durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile zu ermitteln, für wel-

chen Beteiligten sich ein Überschuß ergibt. Leistung und Gegenleistung sind dabei in Fortgeltung des bei Vertragsschluß gewollten Austauschverhältnisses für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung entsprechend § 818 Abs. 3 BGB grundsätzlich zu saldieren. Dies bedeutet bei ungleichartigen Leistungen, daß der Bereicherungsschuldner die erlangte Leistung nur Zug um Zug gegen seine volle Gegenleistung herauszugeben braucht, ohne daß es der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts bedarf (BGH, Urteile vom 11. November 1994 - V ZR 116/93, WM 1995, 159, 160; vom 10. Februar 1999 - VIII ZR 314/97, WM 1999, 925, 926; vom 14. Juli 2000 - V ZR 320/98, WM 2000, 1742, 1743; vom 14. Juli 2000 - V ZR 82/99, WM 2000, 2107, 2108 und vom 19. Januar 2001 - V ZR 437/99, Umdruck, S. 15 f.). Wenn die Gegenleistung - wie hier die Optionsscheine - nicht mehr herausgegeben werden kann, ist der dem Bereicherungsgläubiger zugeflossene Gegenwert anzurechnen (BGH, Urteil vom 16. März 1998 - II ZR 303/96, WM 1998, 925, 927).

b) Der Anwendung der Saldotheorie steht nicht entgegen, daß das Börsentermingeschäft vom 27. August 1992 nicht nichtig, sondern nur unverbindlich ist. Leistung und Gegenleistung bleiben durch das von den Parteien gewollte Austauschverhältnis auch bei einem unverbindlichen Austauschvertrag für die bereicherungsrechtliche Abwicklung miteinander verknüpft (vgl. BGHZ 57, 137, 150; 72, 252, 256; 78, 216, 223). Berücksichtigt die Saldotheorie das faktische Synallagma bei von Anfang an nichtigen Verträgen, so muß dies erst recht bei lediglich unverbindlichen gelten.

Daß hier der bereicherungsrechtliche Rückforderungsanspruch der Beklagten nach § 55 BörsG ausgeschlossen ist, ändert nichts. § 55 BörsG schließt den Rückforderungsanspruch der Beklagten nur deshalb aus, weil sie durch die Erfüllung ihrer unverbindlichen Vertragspflicht freiwillig auf den Schutz, den § 53 BörsG beiden Parteien eines Börsentermingeschäftes durch dessen Unverbindlichkeit gewährt, verzichtet hat. Er dient aber nicht dem Zweck, die mit der Leistung verbundene Vermögenseinbuße gegenüber einem Bereicherungsanspruch des Vertragspartners unberücksichtigt zu lassen und den Leistenden einem Bereicherungsanspruch auszusetzen, obwohl er angesichts der durch die Erfüllung erlittenen Vermögenseinbuße nicht bereichert ist.

c) Die Unanwendbarkeit der Saldotheorie gegenüber Geschäftsunfähigen und Minderjährigen rechtfertigt keine andere Beurteilung. Diese Einschränkung der Saldotheorie ist wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit dieses Personenkreises geboten. Geschäftsunfähige und Minderjährige sollen die von ihnen erbrachte Leistung auch dann zurückfordern können, wenn die Gegenleistung bei ihnen untergegangen ist, weil sie sonst entgegen dem Willen des Gesetzgebers an einem nichtigen Vertrag faktisch festgehalten würden (BGHZ 126, 105, 108), obwohl sie nicht in der Lage sind, die mit dem Empfang der Gegenleistung verbundene Gefahr wirksam zu übernehmen (MünchKomm/Lieb, 3. Aufl. § 818 BGB Rdn. 91).

Von einer vergleichbaren Lage und Schutzbedürftigkeit kann bei nicht termingeschäftsfähigen Personen keine Rede sein. Sie sind zwar nicht in der Lage, Börsentermingeschäfte verbindlich abzuschließen, können solche Geschäfte aber durch effektive, einverständliche Erfüllung bei oder nach Eintritt der Fälligkeit von Anfang an verbindlich machen (§ 57 BörsG), also die mit dem Empfang der Gegenleistung verbundene Gefahr wirksam übernehmen.

III. Die Revision des Klägers war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Anmerkung

Privatdozent Dr. jur. **Günter Reiner**, Konstanz, dr@gunterreiner.de

I. In seiner Entscheidung vom 20.3.2001 gestattet es der XI. Zivilsenat einem termingeschäftsunfähigen Anleger nicht, von seiner Bank gewinnbringende Optionsscheine zu beziehen, ohne diese bezahlen zu müssen. So sehr dieses Ergebnis auch zu gefallen vermag: Die börsen- und bereicherungsrechtliche Argumentation des Gerichts ist mit einer Fülle von Ungereimtheiten verbunden, die teilweise vermeidbar und teilweise bereits im (Börsen-) Gesetz angelegt sind. Der Fall bewegt sich im Anwendungsbereich des Börsentermineinwands der §§ 53 ff. BörsG, dem börsenrechtlichen Pendant zum zivilrechtlichen Spiel- und Differenzeinwand für sog. Börsentermingeschäfte. Auf die Einzelheiten des komplexen Rechtsbegriffs des Börsentermingeschäfts kann hier nicht weiter eingegangen werden.¹ Jedenfalls gehören dazu nach ständiger Rechtsprechung Geschäfte über selbständige, d.h. nicht aus Options- oder Wandelschuldanleihen stammende Kapitalmarktoptionen, und zwar sowohl Primärgeschäfte zu ihrer Begründung als auch Sekundärgeschäfte zu ihrer Veräußerung.²

Der Streitgegenständliche Sachverhalt stellt sich vereinfacht wie folgt dar: Der klagende Privatanleger beauftragte die beklagte Bank mit dem Kauf selbständiger verbriefteter Optionen auf die effektive Lie-

¹ Siehe hierzu *Reiner*, Derivative Finanzinstrumente im Recht, 2. Kapitel, A.I.1.a., erscheint 2001 in Baden-Baden.
² Grundlegend BGH 22.10.1984 - II ZR 262/83, BGHZ 92, 317, 319 (Primärgeschäfte); BGH 4.2.1992 - XI ZR 32/91, BGHZ 117, 135, unter II.1.a. (Sekundärgeschäfte).

ferung von Dollars. Die Bank übertrug daraufhin die Papiere in das Depot des Kunden, belastete sein Girokonto mit dem Kaufpreis (ca. DM 100.000) und erteilte ihm eine schriftliche Abrechnung. Erst danach unterzeichnete der Kunde erstmals eine formularmäßige Unterrichtungsschrift der Bank über die Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften. Zwei Monate später verkaufte er die Optionsscheine - wiederum über seine Bank - mit über DM 70.000 Gewinn weiter. Der Erlös wurde seinem Girokonto gutgeschrieben. Beide Prozessparteien sind sich darüber einig, dass der ursprüngliche Kommissionsvertrag über den Erwerb der Optionsscheine nach §§ 60, 52 f. BörsG wegen der damals noch fehlenden Börsentermingeschäftsfähigkeit des Kunden unverbindlich, der Vertrag über die anschließende Weiterveräußerung dagegen wegen der zwischenzeitlich erfolgten Risikoaufklärung voll wirksam ist. Als die Bank fünf Jahre später die Rückerstattung des Gewinns aus dem Optionsgeschäft verlangte, verweigerte der Kunde die Zahlung und begehrte seinerseits die Rückerstattung des seinem Konto belasteten Optionskaufpreises. Da nach § 55 BörsG das auf Grund eines unverbindlichen Börsentermingeschäfts Geleistete nicht zurückgefordert werden könne, so seine Argumentation, sei er der Bank weder zur Herausgabe der Optionsscheine noch des Erlöses aus der Weiterveräußerung verpflichtet. Umgekehrt müsse die Bank ihm aber den Kaufpreis unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzahlen, weil die Einstellung der Kaufpreisforderung in das Girokonto ebenso wenig wie die pauschale Verrechnung aufgrund antizipierten Saldoanerkennnisses als Bewirken der Leistung i.S. von § 55 BörsG anzusehen sei.

II. Obwohl die Argumentation des Klägers vollständig im Einklang mit den höchstrichterlichen Prämissen zur Auslegung des BörsG steht, folgt ihr der BGH im Ergebnis nicht, sondern bestätigt die Klageabweisung durch die Berliner Vorinstanz.³ Im Unterschied zum KG benötigt der BGH dazu aber nicht die Allheilmittel des § 242 BGB. Vielmehr erreicht er dieses Ergebnis auf der Ebene des Bereicherungsrechts über ein dort zur Verfügung stehendes, spezielleres Billigkeitsinstrument: die gleichermaßen bekannten und umstrittenen Grundsätze der sog. Saldotheorie für die Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge.⁴ Ein Bereicherungsanspruch gegen die Bank, so der BGH, bestehe nicht, weil der Kunde sich auf den zurückgeforderten Kaufpreis den diesen Betrag übersteigenden Erlös aus der Weiterveräußerung der Optionsscheine anrechnen lassen müsse. Nach der Saldotheorie sei der Bereicherungsanspruch bei beiderseits ausgeführten gegenseitigen nichtigen und „erst recht bei lediglich unverbindlichen“⁵ Verträgen „ein von vornherein in sich beschränkter einheitlicher Anspruch auf Ausgleich aller mit der Vermögensverschiebung zurechenbar zusammenhängender Vorgänge in Höhe des sich dabei ergebenden Saldos“. Zur Begründung verweist er auf die „Fortgeltung des bei Vertragsschluss gewollten Austauschverhältnisses“, das sog. „faktisches Synallagma“.⁶ Bei der Rückabwicklung ungleichartiger Leistungen brauche der Bereicherungsschuldner die erlangte Leistung nur Zug um Zug gegen seine volle Gegenleistung zu erstatten. Könne die Gegenleistung - wie hier die Optionsscheine - nicht mehr herausgegeben werden, sei der dem Bereicherungsgläubiger zugeflossene Gegenwert anzurechnen. Bei näherer Prüfung dieser Argumentation des Gerichts treten eine Reihe von Unstimmigkeiten zu Tage, innerhalb des Bereicherungsrechts (III.) und im Verhältnis zum Börsenrecht (IV.).

III. 1. Die Saldotheorie⁷ wurde für den Fall entwickelt, dass bei einem beiderseitig erfüllten, aber nichtigen und deshalb rückabzuwickelnden gegenseitigen Vertrag der Bereicherungsanspruch der einen Seite daran scheitert oder dadurch geschmälert wird, dass die von ihr der Gegenseite erbrachte Leistung bei Letzterer untergegangen ist bzw. sich dort verschlechtert hat. Dann soll auch die Gegenseite ihre Leistung nicht mehr bzw. nicht mehr vollständig zurückverlangen dürfen. Der Wegfall des Bereicherungsanspruchs infolge des Untergangs der eigenen Leistung auf der Gegenseite bewirkt - so die Rechtsprechung - in Höhe des ursprünglichen Wertes dieser Leistung einen Wegfall der eigenen Bereicherung des Leistenden durch die Gegenleistung nach § 818 III BGB.⁸ Dass diese formalistisch anmutende Argumentation⁹ nicht richtig sein kann, zeigt schon die folgende Überlegung: Wenn der Wegfall des auf die Rückgabe der Kaufsache gerichteten Kondiktionsanspruchs einen Wegfall der Bereicherung des Verkäufers bedeutet, muss dieser Kondiktionsanspruch Teil der Bereicherung sein, sofern die Rückgabe der Kaufsache im Originalzustand noch möglich ist. Der Verkäufer würde demnach bei einem unwirksamen Kaufvertrag nicht nur die Rückzahlung des Kaufpreises schulden, sondern zusätzlich die Befreiung des Käufers von dessen

³ KG Berlin 18.5.2000 - 19 U 7019/99, WM 2000, 1854.

⁴ BGH 19.1.2001 - V ZR 437/99, NJW 2001, 1127, unter III.2.c.: Die Saldotheorie stelle „letztlich eine von der Rechtsprechung aus Billigkeitsgründen vorgenommene Gesetzeskorrektur“ dar.

⁵ Näher zur Unterscheidung zwischen unwirksamen und unverbindlichen Verträgen *Reiner* (Fn. 1), 2. Kapitel, A.I., vor 1.

⁶ BGH 20.3.2001, unter II.5.a. bzw. b.

⁷ Zu den verschiedenen Unterarten der Saldotheorie siehe den Überblick bei *Flume*, AcP 194 (1994), 427 ff.

⁸ Vgl. BGH 20.3.2001, unter II.5.a.: „Leistung und Gegenleistung seien „in Fortgeltung des bei Vertragsschluss gewollten Austauschverhältnisses für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung *entsprechend § 818 III BGB* grundsätzlich zu saldieren“; deutlicher BGH 14.10.1971 - VII ZR 313/69, BGHZ 57, 137, 150, unter II.2.c.aa.: „Soweit der Käufer bei der Rückabwicklung die Sache in ihrem ursprünglichen Zustand dem Verkäufer nicht mehr bieten“ könne, sei „auch dieser *nicht mehr als bereichert* anzusehen“. [Hervorhebungen durch den Verf.]

⁹ Vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Auf., § 73 III, S. 322: Die Saldotheorie sei „unverkennbar vom Geiste der Begriffsjurisprudenz geprägt“.

Pflicht zur Rückgabe der Kaufsache - ein widersinniges Resultat.

Aber wie dem auch sei: Jedenfalls setzt die Saldotheorie einen bestehenden Bereicherungsanspruch voraus und ist dabei in ihrem Ausgangspunkt ein Hilfsmittel zur Verlagerung des Risikos des vollständigen oder teilweisen *Wegfalls der Bereicherung* an dem geleisteten Gegenstand vom Bereicherungsgläubiger (z.B. Verkäufer) auf den Bereicherungsschuldner (z.B. Käufer).¹⁰ Im vorliegenden Optionsscheinsfall ist die Lage dagegen grundlegend anders. Dort geht es in Bezug auf den Leistungsgegenstand - die Optionsscheine - gar nicht darum, die als unbillig empfundenen Folgen des § 818 III BGB zu vermeiden. Der Sachverhalt liegt nämlich allein schon deshalb außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 812 ff. BGB, weil es am Tatbestandsmerkmal des Erlangens „ohne rechtlichen Grund“ fehlt. Rechtsgrund für den Erwerb der Optionsscheine durch den Anleger ist zwar nicht der unverbindliche Kaufvertrag, wohl aber § 55 BörsG. Dadurch, dass diese Vorschrift die Rückforderung der Optionsscheine ausschließt, setzt sie eine gesetzliche *causa* an die Stelle der gescheiterten rechtsgeschäftlichen. Ein Bereicherungsanspruch, der nachträglich weggefallen sein könnte, hat also bereits von Anfang an nicht bestanden.

2. Die aufgezeigten Unstimmigkeiten im Vergleich zum herkömmlichen *Anwendungsbereich* der Saldotheorie setzen sich bei den *Details der Saldierung* fort. In scheinbarer Kontinuität mit der bisherigen Rechtsprechung rechnet der Senat den dem Kunden zugeflossenen „Gegenwert“ für die weiterveräußerten Optionsscheine auf die Forderung nach Rückzahlung des Kaufpreises an.¹¹ Dabei setzt das Gericht den Gegenwert stillschweigend mit dem Weiterveräußerungserlös gleich.¹² Das ist eine eklatante Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung einschließlich der vom XI. Zivilsenat zitierten Entscheidung des II. Zivilsenats vom 16.3.1998.¹³ Bislang verstand man nämlich den anzurechnenden „Gegenwert“ als Wertersatz i.S. des § 818 II BGB.¹⁴ Das ist aus der Sicht der Saldotheorie insofern konsequent, als der eigene Gegenleistungsbereicherungsanspruch des in Anspruch genommenen nur in *der* Form bereicherungsmindernd wegfallen kann (§ 818 III BGB), wie er nach dem System der §§ 812 ff. BGB bei isolierter Betrachtung bestehen würde. Die durch die Saldotheorie erreichte Restriktion des § 818 III BGB räumt den Weg für die Anwendung des § 818 II Fall 2 BGB frei. Der Wertersatz gemäß § 818 II BGB aber richtet sich gemäß bisheriger Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der grundlosen Erlangung, nicht etwa nach dem Zeitpunkt, zu dem die Herausgabe unmöglich wurde.¹⁵ Nur deshalb kann die Saldotheorie ja überhaupt als Instrument zur Risikoverlagerung funktionieren, denn durch das Abstellen auf den ursprünglichen Wert des Gegenstands bei der Anrechnung bleiben nachträgliche Wertminderungen zugunsten des Leistenden unberücksichtigt. Ebenfalls außer Betracht bleibt bei der Saldierung normalerweise der Weiterveräußerungserlös. Dieser ist als solcher nicht von § 818 II BGB gedeckt und er könnte bei Einzelkonklusion auch nicht gemäß § 818 I BGB verlangt werden. Nach Ansicht der Rechtsprechung wird das rechtsgeschäftliche Surrogat von dieser Norm nämlich nicht erfasst; das durch rechtsgeschäftliche Verwertung des Gegenstands Erlangte ist keine Nutzung.¹⁶

Im *vorliegenden* Fall ändert sich am wirtschaftlichen Ergebnis zwar nichts, wenn man statt des Weiterveräußerungserlöses den ursprünglichen Wert der Optionsscheine bei Vertragsschluss in Ansatz bringt - vorausgesetzt, der Erwerbspreis war marktgerecht.¹⁷ Anders ist es aber, wenn die Papiere bis zum Zeitpunkt der Rückforderung des Kaufpreises keine Wertsteigerung, sondern einen Wertverlust erfahren haben oder wenn die Laufzeit schon abgelaufen ist und die Scheine wertlos verfallen sind. Hier würde man es vor dem Hintergrund der Anlegerschutzfunktion des Börsentermineinwands als unbillig empfinden, wenn der Kunde sein Geld nicht zurückverlangen könnte, nur weil der Saldo aus Kaufpreis und damaligem Wert der empfangenen Gegenleistung null ergibt. In seinem Urteil vom 13.10.1998¹⁸ setzt dem-

¹⁰ Das gilt im Übrigen auch für die alternativen, von den Kritikern der Saldotheorie angebotenen Ansätze. Vgl. z.B. *Larenz/Canaris* (Fn. 9), § 73 III, S. 323 ff., mit dem Gesichtspunkt der „Zurechenbarkeit der Entreicherung“; *Flume*, AcP 194 (1994), 427, 439 ff., sowie in: 50 Jahre BGH (2000), 525, 540 ff., mit seiner Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung; *MünchKommBGB-Lieb*, 3. Aufl., § 818, Rz. 94 ff., mit einer unmittelbaren normativen Einschränkung des § 818 III BGB verbunden mit einer bereicherungsunabhängigen Wertersatzpflicht; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 17 III.3.c.aa., S. 601 f., mit einer Analogie zu §§ 351, 487 II BGB.

¹¹ BGH 20.3.2001, unter II.5.a.

¹² BGH 20.3.2001, unter II.5., vor a.

¹³ BGH 16.3.1998 - II ZR 303/96, NJW 1998, 1951.

¹⁴ Vgl. BGH 16.3.1998 (Fn. 13), unter II.3.: Anzurechnen sei, wenn die Gegenleistung wegen ihrer Beschaffenheit nicht mehr herausgegeben werden könne, „der dem Bereicherungsgläubiger zugeflossene Gegenwert (§ 818 II BGB)“.

¹⁵ Vgl. nur BGH 14.3.2000 - X ZR 115/98, WRP 2000, 766, unter 2.d., zu einer rechtsgrundlos erlangten Lizenz: Bei der Bestimmung der angemessenen und üblichen Lizenz gehe es „um die *zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses* festzustellende Prognose der künftigen Entwicklung“ [Hervorhebung durch den Verfasser]; die Frage des maßgeblichen Bewertungszeitpunkts in Zusammenhang mit der Rückforderung einer Schenkung wegen Verarmung des Schenkers offen lassend, das Abstellen des Berufungsgerichts auf einen späteren Zeitpunkt aber als „rechtlich bedenklich“ bezeichnend BGH 6.3.1996 - IV ZR 374/94, NJW-RR 1996, 754, unter III.; zum Streitstand im Schrifttum siehe *MünchKommBGB-Lieb*, § 818, Rz. 42-46.

¹⁶ BGH 11.4.1957 - II ZR 182/55, BGHZ 24, 106, 110; BGH 11.10.1979 - VII ZR 285/78, BGHZ 75, 203, 206; ebenso Palandt-*Heinrichs*, BGB, 60. Aufl., § 100 Rz.1; Palandt-*Thomas*, § 818, Rz. 14; zum Streitstand im Schrifttum *MünchKommBGB-Lieb*, § 818, Rz. 26.

¹⁷ Lag der Erwerbspreis *unter* dem damaligen Wert, kann der Kunde die Differenz herausverlangen.

¹⁸ BGH 13.10.1998 - XI ZR 26/98, NJW 1999, 720.

gemäß der XI. Senat wie selbstverständlich voraus, dass der nicht börsentermingeschäftsfähige Anleger den gesamten Kaufpreis der verfallenen Optionsscheine nach § 812 I 1 Fall 1 BGB zurückverlangen kann. Die zuletzt genannte Entscheidung geht auf die Saldotheorie überhaupt nicht ein; sie befindet sich aber im Ergebnis durchaus im Einklang mit den Grundsätzen des gleichen Senats vom 20.3.2001: Die Lieferung der Optionsscheine war dort nämlich deshalb nicht zu berücksichtigen, weil diese bloß mit ihrem Wert (null) im Zeitpunkt ihres wirtschaftlichen Untergangs (Verfalls) „anzurechnen“ waren.¹⁹

3. Der Gedanke des „faktischen Synallagma“²⁰ vermag es ebenfalls nicht, die (auf die Nulllinie beschränkte) Saldierung zwischen Kaufpreis und Weiterveräußerungserlös zu rechtfertigen. Synallagma bedeutet eine bestimmte Art der finalen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung. Mit der gegenseitigen Verrechnung der beiderseitigen Leistungen bzw. ihres Wertes hat das nichts zu tun. Statt dessen müsste der Wegfall des Rückerstattungsanspruchs der einen Seite nach § 818 III BGB unter dem Gesichtspunkt des konditionellen Synallagma zum völligen Wegfall des Kondiktionsanspruchs der Gegenseite führen, ohne dabei die Werte der beiderseitigen Leistungen miteinander zu verrechnen (vgl. § 323 I HS 1 BGB).

Unmittelbar, ohne den Umweg über die Saldierung lässt sich aus der Annahme, dass die gegenseitigen Rückabwicklungspflichten synallagmatisch miteinander verbunden sind, ebenfalls keine Antwort auf die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos bei Wertminderungen oder Totalverlust herauszugebender Gegenstände ableiten. Allenfalls entfaltet dieser Gedanke eine gewisse Suggestivwirkung zugunsten einer Anleihe beim Rücktrittsrecht,²¹ die aber abzulehnen ist. Der (vertragliche oder gesetzliche) Rücktritt führt nicht zur Aufhebung des Vertrags, sondern nur zur Änderung seines Inhalts. Nur deshalb kann dort der auf synallagmatische Verknüpfung gerichtete Parteiwille auf die Rückabwicklung durchschlagen. Das faktische Synallagma wird demgegenüber gerade dann bemüht, wenn die privatautonome Vereinbarung rechtlich nicht anerkannt wird.²²

4. Schließlich passt auch die symmetrische Ausgestaltung der Saldierung, wie sie der herkömmlichen Saldotheorie zugrunde liegt, nicht auf die Bedürfnisse des Optionsscheinsfalls. Während bislang „durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile zu ermitteln war, für welchen Beteiligten sich ein Überschuss ergibt“,²³ berücksichtigt der Senat in der vorliegenden Entscheidung die Bereicherung des Kunden um den Weiterveräußerungserlös tatsächlich aber nur bis zur Höhe des Kaufpreises. Es ist - im Ergebnis zu Recht - ausgeschlossen, dass die Bank ihrerseits einen positiven Saldo zu ihren Gunsten, also die Gewinne des Kunden herausverlangt. Man könnte zwar versuchen, diese Einschränkung als partielle Überlagerung des Bereicherungsrechts durch eine insoweit vorrangige börsenrechtliche Wertung - die Schutzfunktion des Börsentermineinwands - zu betrachten, welche die grundsätzliche Anwendbarkeit der Saldotheorie nicht in Frage stellt. Dagegen aber spricht der Umstand, dass das BörsG die Rechtsfolgen des Börsentermineinwands grundsätzlich symmetrisch ausgestaltet. Macht etwa der Anleger eines Future Gewinne, darf sich auch die Bank auf die Unverbindlichkeit des Geschäfts berufen und die Zahlung verweigern.

IV. Mit seinem wenig überzeugenden Rückgriff auf die bereicherungsrechtliche Saldotheorie sucht der BGH zu verhindern, dass der Anleger die börsenrechtlichen Vorschriften zum Schutz vor riskanten Verträgen dazu benutzt, um Gewinne zu erzielen, ohne dafür eine Risikoprämie entrichten zu müssen („windfall profits“). In der Tat erscheint ein solches Ergebnis sinnvoll - schließlich dient der Börsentermineinwand dem Schutz vor Risiken, nicht aber der Förderung der Gewinne der Anleger. Auf der anderen Seite enthebt das Verständnis des Bereicherungsrechts als Billigkeitsrecht²⁴ nicht von der Notwendigkeit einer nachvollziehbaren und widerspruchsfreien Argumentation. Es ist deshalb nach alternativen Lösungswegen zu suchen, und zwar nicht im Bereicherungsrecht und auch nicht im allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben,²⁵ sondern im *Börsenrecht* als derjenigen Rechtsmaterie, in der die sachlichen Wertungskriterien zur Entscheidung des Interessenkonflikts zwischen Anlegerschutz und Schutz des ver-

¹⁹ Nach *Koller/Pfeiffer* (EWiR § 812 BGB 1/01, 619, 620) soll das Urteil vom 13.10.1998 dagegen „in diametralem Gegensatz“ zur hier besprochenen Entscheidung desselben Senats stehen.

²⁰ Nach *Flume*, AcP 194 (1994), 427, 431, wurde die „Lehre vom faktischen oder fortwirkenden Synallagma“ von v. *Caemmerer* begründet.

²¹ Vgl. eine Parallele zwischen Saldotheorie und Rücktrittsrecht andeutend *Larenz/Canaris* (Fn. 9), § 73 III.1., S. 323: Die Verweisung von § 348 BGB auf die §§ 320, 322 BGB zeige, dass dem Gesetz die Fortwirkung synallagmatischer Vorschriften bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge nicht fremd sei.

²² Vgl. auch *Flume*, AcP 194 (1994), 525, 542: Die Problematik der Gefahrtragung sei für den Rücktritt und die Rückabwicklung des nichtigen gegenseitigen Vertrags „grundverschieden“.

²³ BGH 20.3.2001, II.5.a.

²⁴ BGH 21.1.2.1961 - III ZR 130/60, BGHZ 36, 232, 235: Die Bereicherungsansprüche gehörten „dem Billigkeitsrecht an“.

²⁵ So aber in der Vorinstanz KG 18.5.2000 (Fn. 3): Es sei „als Fall des Rechtsmissbrauchs in der Form des widersprüchlichen Verhaltens“ anerkannt, wenn jemand einen Vertrag als gültig behandelt wissen wolle, solange er Vorteile aus diesem ziehe, und die Unwirksamkeit geltend mache, nachdem die Vorteile ausgeschöpft seien. Beim unverbindlichen Optionsscheinskauf sei eine vergleichbare Wertung gerechtfertigt. Genau an dieser Stelle aber liegt der Fehler der Argumentation: Der Fall ist gerade nicht vergleichbar, weil der vom KG gerügte Widerspruch hier im Gesetz selbst angelegt ist. Der Kaufvertrag ist nach § 53 BörsG unverbindlich und trotzdem können nach § 55 BörsG bereits (freiwillig) erbrachte Leistungen nicht zurückverlangt werden.

traglichen Synallagma enthalten sind. Lässt sich deshalb nicht mit börsenrechtlichen Argumenten vermeiden, dass der Anleger risiko- und kostenlose Gewinne erzielt, ist diese Rechtsfolge hinzunehmen. Dreh- und Angelpunkt ist das richtige Verständnis der §§ 55 und 57 BörsG (unten 1. und 2.). Nicht weiter eingegangen werden kann hier auf § 56 BörsG (i.V.m. § 60 BörsG), der speziell in Fallgestaltungen der vorliegenden Art in Betracht kommt, wo der Anleger seine Optionen über dieselbe Bank weiterveräußert, über die er sie erworben hat.²⁶ Die Möglichkeit der Bank, den unverbindlichen Zahlungsanspruch gegen den auftragsrechtlichen Gewinnauskehrungsanspruch des Kunden aus der Weiterveräußerung aufzurechnen, mag hier sogar das am nächsten liegende Instrument zum Schutz des Gegenleistungsinteresses der Bank sein. Aus den veröffentlichten Entscheidungen des KG und des BGH wird jedoch nicht deutlich, warum die Anwendung dieser Norm im vorliegenden Fall nicht in Betracht kam.

1.a. Die Vorschrift des § 55 BörsG schließt - ähnlich wie § 762 I 2 BGB - die Rückforderung des auf Grund eines Börsentermingeschäfts Geleisteten aus. Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung²⁷ den Standpunkt, dass weder die Belastungsbuchung des Kaufpreises noch Verrechnungen aufgrund antizipierter Vereinbarungen im Kontokorrentvertrag und Saldoanerkennnisse durch Schweigen auf einen Rechnungsabschluss eine „Leistung“ des Kunden „auf Grund“ des Geschäfts i.S. des § 55 BörsG sein kann, welche die (unverbindliche) Leistungspflicht aus dem Börsentermingeschäft zur Erledigung bringt.²⁸ Belastungsbuchungen sind nach ständiger Rechtsprechung „bloße Realakte mit rein deklaratorischer Wirkung“.²⁹ Und *antizipierende* Verrechnungsvereinbarungen sowie stillschweigende Saldoanerkennnisse sind - vorbehaltlich des § 56 BörsG - unverbindlich und erzeugen keine klagbare Forderungen, soweit in ihnen das Ergebnis klagloser Geschäfte enthalten ist. Bei debitorischem Konto folgt dies aus § 59 BörsG, bei kreditorischem Konto aus § 59 BörsG analog.³⁰ Gleichzeitig geht das Gericht davon aus, dass dem Kunden ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises im Wege der Leistungskondiktion (§ 812 I 1 Fall 1 BGB) zusteht.³¹ Darin liegt ein Widerspruch, denn wenn die Zahlung nicht wirksam erfolgt ist, kann sie auch nicht zurückgefordert werden. Statt dessen besteht ein bereits aus dem Girovertrag ableitbarer Anspruch auf Kontoberichtigung.³² Für eine „Anrechnung“ des Weiterveräußerungserlöses des Kunden auf diesen Anspruch gibt es keinen Raum.

b. Ungeachtet des vorstehenden Einwands ist es ferner widersprüchlich, der Bank börsenrechtlich die Rückforderung der Optionsscheine bzw. ihres Wertes (§ 818 II BGB) zu versagen, im Rahmen der Saldotheorie hiervon aber im wirtschaftlichen Ergebnis partiell eine Ausnahme zu machen, wenn und soweit der Anleger seinerseits seine Geldleistung zurückfordert.³³ Besonders deutlich wird dies, wenn die Optionsscheine seit dem Kauf eine Wertsteigerung erfahren haben und der Kunde sie im Augenblick seines Verlangens nach Rückzahlung des Kaufpreises noch besitzt. Dann nämlich folgt aus der Saldotheorie, dass das Kreditinstitut die erlangte Leistung (Kaufpreis) „nur Zug um Zug gegen seine volle Gegenleistung“ herauszugeben braucht.³⁴ Der Senat hält dem Vorwurf des Widerspruchs entgegen, § 55 BörsG schließe den Rückforderungsanspruch der Bank nur deshalb aus, weil diese durch die Erfüllung ihrer unverbindlichen Vertragspflicht *freiwillig* auf den Schutz des Börsentermineinwands verzichtet habe; die Vorschrift diene aber *nicht* dem Zweck, „den Leistenden einem Bereicherungsanspruch auszusetzen, obwohl er angesichts der durch die Erfüllung erlittenen Vermögenseinbuße nicht bereichert“ sei.³⁵ Das ist ein Scheinargument: Es mag zwar tatsächlich nicht Hauptzweck des § 55 BörsG sein, den vertraglichen Austauschzusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung zu stören und die Bank für die Missachtung des Anlegerschutzes dadurch zu sanktionieren, dass sie dem Kunden die verkauften Termingeschäfte kostenlos überlassen muss. Das bedeutet aber noch keinesfalls, dass diese Rechtsfolge vom Gesetzgeber nicht zumindest als unvermeidliche Nebenfolge in bestimmten Sachverhaltskonstellationen bewusst in Kauf genommen wurde. Auch dann aber ist sie vom Gesetzeszweck i.S. der Methodenlehre gedeckt. Ein Beispiel bildet der Fall, dass der Kunde die gewinnbringenden Optionsscheine bereits erhalten, aber noch nicht bezahlt hat und auch kein Girokonto unterhält, von dem der Kaufpreis abgebucht werden könnte. Hier würde selbst der BGH nicht auf den Gedanken kommen, die durch die Rechtsfolge des § 55 BörsG bewirkte, angeblich nicht „bezweckte“ Störung des Synallagma dadurch zu mildern, dass er einen Bereicherungsanspruch der Bank in Höhe des ersparten Kaufpreises konstruiert. Abhilfe könnte hier allenfalls § 57 BörsG als börsenrechtliches Instrument zum Schutze des Synallagma schaffen.

²⁶ Diesen Gesichtspunkt spricht Pfeifer, WuB I G 7 Börsen- und Kapitalmarktrecht 1.01 (Jan. 2001), 35 f., in seiner Besprechung der Berufungsentscheidung an, ohne diesbezüglich aber auf den konkreten Sachverhalt einzugehen.

²⁷ Vgl. die Nachweise in BGH 20.3.2001, unter II.4.

²⁸ Vgl. zu den Anforderungen an die „Leistung“ nach § 55 BörsG Schwark, BörsG, 2. A., München 1994, § 55, Rz. 4.

²⁹ BGH 18.4.1989 - XI ZR 133/88, BGHZ 107, 192, unter II.2.b.

³⁰ Vgl. Schwark (Fn. 28), § 55, Rz. 16.

³¹ BGH 20.3.2001, unter II.4.; ebenso bereits in BGH 13.10.1998 (Fn. 18).

³² Ähnlich MünchKommHGB-Ekkena, Bd. 5, 2001, Effektengeschäft, Rz. 498.

³³ Auch Koller/Pfeiffer, EWIR § 812 BGB 1/01, 619, 620, sehen den Konflikt zwischen Saldotheorie und § 55 BörsG, versuchen ihn aber dadurch zu lösen, dass sie dem BGH eine „teleologische Reduktion des § 55 BörsG“ unterstellen.

³⁴ BGH 20.3.2001, unter II.5.a., m.w.N.

³⁵ BGH 20.3.2001, unter II.5.b.

2. § 57 BörsG ist eine Heilungsvorschrift ohne Pendant bei anderen unvollkommenen Geschäften. Danach gilt ein Börsentermingeschäft als von Anfang an verbindlich, wenn eine Partei bei oder nach dem Eintritte der Fälligkeit sich der anderen Partei gegenüber mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt und die andere Partei diese Leistung an ihn bewirkt. Bei Geschäften mit Optionsscheinen soll nach ständiger Rechtsprechung und h.M. unter „Bewirkung der vereinbarten Leistung“ nur die effektive Lieferung des Gegenstandes der verbrieften Option oder die Gegenleistung in Geld zu verstehen sein.³⁶ Dazu ist es im Ausgangsfall nicht gekommen, so dass nach Ansicht des BGH keine Heilung des Kaufvertrags gemäß § 57 BörsG eingetreten ist. Mithilfe der Saldotheorie gelangt der Senat nun aber im wirtschaftlichen Ergebnis doch zu einer Perpetuierung des Optionsscheingeschäfts und korrigiert damit gewissermaßen die Folgen seiner restriktiven Auslegung des § 57 BörsG. In seiner Entscheidung gibt er selbst zu, dass die Vertragsparteien durch die Saldotheorie „an einem nichtigen Vertrag faktisch festgehalten“ werden.³⁷ Das deutet möglicherweise auf ein fehlerhaftes Verständnis der Funktion des § 57 BörsG und darauf aufbauend eine zu enge Auslegung dieser Norm auf Optionen. Die verbreitete, auf die Gesetzesmaterialien³⁸ gestützte Ansicht, der Grund für die Heilung, also der Zweck des § 57 BörsG liege darin, dass Börsentermingeschäfte vereinzelt zu Anlagezwecken oder zur tatsächlichen Verwendung der Ware geschlossen werden und solche Geschäfte wirtschaftlich dem Kassa-Handel nahestehen,³⁹ überzeugt schon deshalb nicht, weil Börsentermingeschäfte dann *auch* wirksam sein müssten, wenn die Vermutung der Absicht zur Erzielung von Differenzgewinnen in anderer Weise widerlegt wird. Umgekehrt dürfte die Heilung nicht greifen, wenn sich die Vermutung fehlender Differenzabsicht als unzutreffend erweist, zum Beispiel weil der Kunde die in der Folge der Ausübung der Option bezogenen Aktien sofort nach ihrem Erhalt weiterveräußert. Andererseits spricht einiges dafür, die objektive Funktion des § 57 BörsG darin zu sehen, dass bei unverbindlichen Börsentermingeschäften der synallagmatische Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung durch den Ausschluss der Rückforderung freiwillig erbrachter Erfüllungsleistungen nach § 55 BörsG nicht gestört wird.⁴⁰ Das kann hier nicht weiter vertieft werden.

Lässt man bei Geschäften über die Sekundärveräußerung von Optionen jedenfalls bereits die Bezahlung der Optionsprämie⁴¹ bzw. die Lieferung der Option für eine „Bewirkung der vereinbarten Leistung“ i.S. des § 57 BörsG ausreichen, gelangt man im vorliegenden Fall ohne den bereicherungsrechtlichen Umweg zum gewünschten Ergebnis. Denn der Kunde kann seine zumindest konkludente Einverständniserklärung mit der Einbuchung der Optionsscheine in sein Depot spätestens ab dem Augenblick nicht mehr bestreiten, wo er die Scheine weiterveräußert und damit kundgetan hat, dass er sie endgültig als ihm gehörend betrachtet und nicht die Absicht hat, sie der Bank zurückzugewähren. Für die weite Auslegung des § 57 BörsG spricht noch ein anderer Vorteil: In den Fällen, wo ein Rückgriff auf die Saldotheorie schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil kondizierbare Bereicherungen nur auf einer Vertragsseite stattgefunden haben, vereinfacht sie nicht nur die Rechtsfindung, sondern führt im Vergleich zur h.M. auch zu besseren, sachgerechteren Ergebnissen. Hat der nicht termingeschäftsfähige Anleger den Optionskaufpreis bereits mit Einverständnis der Bank vorgeleistet - und zwar in einer Weise, die nach § 55 BörsG eine Rückforderung ausschließt -, kann er von der Bank Lieferung der Scheine verlangen. Nach der h.M. wäre er hier auf die Kulanz seines Vertragspartners angewiesen. Entsprechendes gilt für die umgekehrte Situation, dass die Bank die Optionsscheine bereits geliefert, der Kunde hat sie aber noch nicht bezahlt hat und auch kein Girokonto besitzt, das die Bank belasten könnte. Die h.M. vermag hier nicht zu verhindern, dass der Kunde die Papiere selbst dann nicht zu bezahlen hat, wenn er aus ihnen einen Gewinn erzielt. Der Gefahr, dass die Bank den Anlegerschutz des Börsentermineinwands leerlaufen lässt, indem sie dem Kunden nach Vertragsschluss die Optionsscheine ohne weiteres Nachfragen ins Depot stellt, ist dadurch vorgebeugt, dass § 57 BörsG zur Heilung des Kaufvertrags ein besonderes Einverständnis des Kunden mit dieser Lieferung verlangt. Das bloße Stillschweigen des Anlegers auf die Übersendung der Depotübersicht kann dazu nicht ausreichen,⁴² selbst wenn im Bankvertrag dem Schweigen eine entsprechende Bedeutung zugeschrieben wird.⁴³

Ein nicht zu verkennender Nachteil der weiten Auslegung gegenüber der h.M. betrifft allerdings die Fälle, wo die mit Einverständnis des Anlegers gelieferten Optionen später wertlos verfallen. Den Kunden hier im Interesse des Synallagma zur Zahlung zu verpflichten, scheint dem Anlegerschutz zu widerstreben. Möglicherweise müsste man § 57 BörsG *insoweit* doch eng auslegen. Es wird daran deutlich, dass

³⁶ Nachweise bei BGH 20.3.2001, unter II.3.

³⁷ BGH 20.3.2001, unter II.5.c.

³⁸ Nachweise bei *Nußbaum*, ZHR 72 (1912), 52, 53.

³⁹ So z.B. BGH 18.4.1989 - XI ZR 133/88, BGHZ 107, 192, unter I.2.

⁴⁰ In diese Richtung gehend die Argumentation der beklagten Bank im Berufungsverfahren, wiedergegeben im Tatbestand des Berufungsurteils (KG Berlin 18.5.2000, siehe Fn. 3).

⁴¹ So im Interesse des Anlegerschutzes andeutungsweise *Schwark* (Fn. 28), § 57, Rz. 8, für die Fälle, wo der Anleger vorgeleistet hat; ebenso *Einsele*, WuB I G 7 Börsen- und Kapitalmarktrecht 4.99, S. 238.

⁴² *Schwark* (Fn. 28), § 57, Rz. 12.

⁴³ Vgl. RGZ 91, 42, 46, zu AGB, die das Schweigen auf Kontokorrentsalden als Einverständnis fingierten.

Friktionen bei der Anwendung des Börsentermineinwands auf Optionen unvermeidbar sind. Das beruht darauf, dass Verträge über die Sekundärveräußerung von Optionen ungeachtet ihres Charakters als synallagmatische Umsatzgeschäfte allein wegen ihres „termingeschäftsspezifischen Risikos“⁴⁴ als Börsentermingeschäfte qualifiziert werden. Und das wiederum ist die Folge eines allgemeinen, in den Börsentermineinwand der §§ 52 ff. BörsG eingebauten Konstruktionsfehlers durch die Verbindung nicht miteinander kompatibler Normziele: die vertragsrechtliche Privilegierung bestimmter Arten marktgängiger Risikoverträge vor dem Hintergrund des Spiel- und Differenzeinwands einerseits und der Anlegerschutz andererseits.⁴⁵

⁴⁴ BGH 4.2.1992 (Fn. 2), unter II.1.a.

⁴⁵ Ausführlich *Reiner* (Fn. 1), 2. Kapitel, B.I.