

Verfahrensgang

BGH, Urt. vom 25.01.2005 – XI ZR 78/04, [IPRspr 2005-12](#)

Rechtsgebiete

Vertragliche Schuldverhältnisse → Allgemeines Vertragsrecht

Allgemeine Lehren → Ordre public

Leitsatz

Bei der Klage eines Verbrauchers gegen ein im Ausland (hier: Schweiz) ansässiges Brokerunternehmen auf Rückzahlung von Einlagen für Warentermin- und Optionsgeschäfte können auch richterrechtliche Regeln zu den zwingenden Bestimmungen im Sinne des Art. 29 I EGBGB gehören.

Der ordre public ist nicht berührt, wenn der Termin- und Differenzeinwand gemäß §§ 52 ff. BörsG a.F. und § 764 BGB a.F. zwar nach früherer Rechtsprechung zum ordre public gehörte und die Vorschriften noch im maßgeblichen Zeitpunkt der Geschäftsvornahme der Parteien galten, aber zum Zeitpunkt des Urteils bereits aufgehoben waren, da der Gesetzgeber bereits vor dem Inkrafttreten des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes vom 21.6.2002 die Termingeschäftsfähigkeit kraft Aufklärung gemäß § 53 II BörsG a.F. als „Fremdkörper“ im deutschen Rechtssystem angesehen hat.

Rechtsnormen

AGBG § 3; AGBG § 9

BGB § 764

BörsG §§ 52 ff.; BörsG § 53; BörsG §§ 53 ff.; BörsG §§ 55 ff.; BörsG § 58; BörsG § 61

EGBGB Art. 6; EGBGB Art. 27; EGBGB Art. 29; EGBGB Art. 31; EGBGB Art. 34

WpHG § 37d

ZPO § 529; ZPO § 545; ZPO § 560

Sachverhalt

Der Kl. nimmt die Bekl., ein in der Schweiz ansässiges Brokerunternehmen, auf Rückzahlung von Einlagen in Anspruch, die er ihr für Warentermin- und Optionsgeschäfte zur Verfügung gestellt hat.

Der Kl., ein in Deutschland lebender Diplomchemiker, wurde von Telefonverkäufern einer in Deutschland ansässigen GmbH, die gewerbsmäßig Termin- und Optionsgeschäfte vermittelte, in Deutschland geworben und erhielt von ihr eine Informationsbroschüre und Vertragsformulare der Bekl. Am 9.4.1997 unterzeichnete er in Deutschland einen Kunden- und einen Provisionsvertrag. Der Kundenvertrag untersteht nach den AGB der Bekl. schweizerischem Recht. Nach dem Provisionsvertrag hatte der Kl. für den An- und Verkauf jeder Aktienoption eine „Round-Turn-Commission“ in Höhe von 90 US-Dollar und für Forex-, d.h. Devisengeschäfte einen „Spread“ zu zahlen, von dem die deutsche Vermittlungsgesellschaft 55% erhalten sollte. Der Kl. bestellte die Vermittlungsgesellschaft zu seiner Agentin und erteilte ihr Vollmacht zum Abschluss von Termin- und Optionsgeschäften. Er zahlte im April 1997 29 000 DM auf ein Konto der Bekl. bei einem deutschen Kreditinstitut ein und erhielt bei Beendigung der Geschäftsbeziehung 4 460 DM zurück.

Seine Klage auf Rückzahlung des Restbetrags in Höhe von 12 547,10 Euro nebst Zinsen ist in den Vorinstanzen in der Sache erfolglos geblieben. Die erfolgreiche Revision führt allerdings zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Entscheidungsgründen:

(Randnummern der IPRspr-Redaktion)

[1] Die Revision ist begründet.

[2] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[3] Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien unterliege aufgrund der vereinbarten Rechtswahlklausel gemäß Art. 27 I EGBGB schweizerischem Recht. Nach diesem sei eine Rechtswahlklausel auch in einem Formularvertrag zulässig. Die freie Rechtswahl sei nicht gemäß Art. 27 III EGBGB eingeschränkt. Der Sachverhalt sei in dem Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts nicht nur mit einem anderen Staat als der Schweiz verbunden gewesen. Vielmehr habe die Bekl. ihren Sitz in der Schweiz.

[4] Der Kl. könne sich nicht auf Art. 29 I EGBGB berufen. Fraglich sei bereits, ob diese Vorschrift gemäß Art. 29 IV 1 Nr. 2 EGBGB unanwendbar sei, weil die Bekl. ihre Dienstleistungen nicht nur in der Schweiz erbringen konnte. Jedenfalls führe die Rechtswahl nicht dazu, dass dem Kl. der durch zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts gewährte Schutz entzogen werde. Die §§ 52 ff. BörsG a.F. seien im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil der Kl. keinen Bereicherungsanspruch aufgrund mangels Börsentermingeschäftsfähigkeit unverbindlicher Geschäfte, sondern Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Aufklärung geltend mache. Zwingende Normen über die Haftung eines Vermittlers von Termingeschäften habe das deutsche Recht bis zur Einführung des § 37d IV WpHG im Jahr 2002 [durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.6.2002 (BGBl. I 2010)] nicht gekannt. Die Rechtsprechung des BGH zu vertraglichen Aufklärungspflichten bei Termin- und Optionsgeschäften sei keine zwingende Norm im Sinne des Art. 29 I EGBGB. Verbraucherschutznormen seien allerdings die Vorschriften des AGBG gewesen. Die Rechtswahlklausel sei aber weder überraschend im Sinne des § 3 AGBG noch benachteilige sie den Kl. unangemessen im Sinne des § 9 AGBG.

[5] Art. 34 EGBGB sei auf Verträge, die in den Regelungsbereich des Verbraucherschutzes gemäß Art. 29 EGBGB fielen, nicht anwendbar. Die Rechtswahlklausel verstoße auch nicht gegen den deutschen ordre public.

[6] Ausführungen zu einer deliktischen Haftung der Bekl. seien entbehrlich, weil das LG diese verneint habe und dessen diesbezügliche Feststellungen in der Berufungsbegründung nicht gerügt worden seien.

[7] II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

[8] 1. Dies gilt zunächst für die Erwägungen zu vertraglichen Ansprüchen des Kl.

[9] a) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht insoweit schweizerisches Recht als maßgeblich angesehen hat, ist rechtlich nicht haltbar.

[10] aa) Rechtsfehlerfrei ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Für die Wirksamkeit einer in AGB enthaltenen Rechtswahlklausel ist nach Art. 31 I EGBGB das Recht maßgebend, das nach der Klausel angewendet werden soll (Senat, BGHZ 123, 380, 383 (IPRspr. 1993 Nr. 37); *Staudinger-Hausmann*, BGB, Bearb. 2002, Art. 31 EGBGB Rz. 72 jeweils m.w.N.). Die Entscheidung des Berufungsgerichts, nach schweizerischem Recht sei die Rechtswahlklausel wirksam, unterliegt keiner revisionsrechtlichen Überprüfung (§ 545 I, 560 ZPO). Dass dem Berufungsgericht bei der Ermittlung und Anwendung des schweizerischen Rechts ein Verfahrensfehler unterlaufen ist (vgl. BGHZ 118, 151, 162 (IPRspr. 1992 Nr. 265) m.w.N.), macht die Revision nicht geltend.

[11] Art. 31 II EGBGB, § 3 AGBG führen zu keinem anderen Ergebnis. Ob der Tatbestand des Art. 31 II EGBGB erfüllt ist, kann dahinstehen. Jedenfalls ist die Wahl schweizerischen Rechts nicht überraschend im Sinne des § 3 AGBG, da die Bekl. ihren Sitz in der Schweiz hat und ihre Vertragsleistungen, zumindest teilweise, von dort aus erbringt (vgl. *Ulmer-Brandner-Hensen-Schmidt*, AGB-Gesetz, 9. Aufl., Anh. §§ 9-11 Rz. 577).

[12] bb) Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Rechtswahl der Parteien werde durch Art. 27 III EGBGB nicht eingeschränkt. Diese Vorschrift setzt voraus, dass der Sachverhalt, abgesehen von der Rechtswahlklausel, nur mit einem Staat verbunden ist, dessen Recht nicht gewählt worden ist. Dies ist hier nicht der Fall, weil die Bekl., wie dargelegt, ihren Sitz in der Schweiz hat und ihre Vertragsleistungen, zumindest teilweise, von dort aus erbringt (vgl. Senat, BGHZ 123, 380, 384 (IPRspr. 1993 Nr. 37) m.w.N.).

[13] cc) Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Anwendbarkeit des Art. 29 I EGBGB verneint hat. Die Rechtswahl der Parteien führt dazu, dass dem Kl. der

durch zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts gewährte Schutz entzogen wird. Zu diesen Bestimmungen gehören alle durch Parteivereinbarung nicht abdingbaren Vorschriften, die geeignet und dazu bestimmt sind, einem Vertragspartner Schutz gegenüber dem anderen zu gewähren (*Staudinger-Magnus* aaO Art. 29 EGBGB Rz. 102; *MünchKomm-Martiny*, 3. Aufl.; Art. 29 EGBGB Rz. 35; *Erman-Hohloch*, BGB, 11. Aufl., Art. 29 EGBGB Rz. 17; *Soergel-v. Hoffmann*, BGB, 12. Aufl., Art. 29 EGBGB Rz. 29).

[14] (1) Hierunter fallen die dem Schutz des Anlegers vor der besonderen Gefährlichkeit von Börsentermingeschäften (vgl. Senat, BGHZ 148, 297, 299) dienenden §§ 52 ff. BörsG a.F. Dieser Schutz war, soweit er gemäß §§ 55 ff. BörsG a.F. reichte, vertraglich nicht abdingbar.

[15] Das Berufungsgericht hat zwar nicht verkannt, dass die §§ 52 ff. BörsG a.F. zu den zwingenden Anlegerschutzvorschriften des deutschen Rechts gehörten. Es hat sie aber rechtsfehlerhaft im vorliegenden Fall nicht für anwendbar gehalten, weil der Kl. keinen aus einer Unverbindlichkeit der Geschäfte folgenden Bereicherungsanspruch geltend mache. Dies trifft nicht zu. Der Kl. hat, wie die Revision zu Recht rügt, vor dem LG ausdrücklich geltend gemacht, durch die Vereinbarung schweizerischen Rechts werde ihm der Schutz des § 53 II BörsG a.F. entzogen. Darüber hinaus hat er im Verlauf des Rechtsstreits mehrfach vorgetragen, er sei nicht in einer den Anforderungen des § 53 II BörsG a.F. genügenden Weise aufgeklärt worden. Das Berufungsgericht war gehalten, diesen Tatsachenvortrag unter jedem einschlägigen rechtlichen Gesichtspunkt zu würdigen und deshalb in den gemäß Art. 29 EGBGB anzustellenden Günstigkeitsvergleich zwischen deutschem und schweizerischem Recht (vgl. *Staudinger-Magnus* Rz. 105; *MünchKomm-Martiny* Rz. 37 jeweils m.w.N.) auch Bereicherungsansprüche einzubeziehen.

[16] (2) Rechtlich unhaltbar ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, das deutsche Recht habe bis zur Einführung des § 37d IV WpHG keine zwingenden Normen zur Haftung der Vermittler von Termingeschäften gekannt. Zu den zwingenden Bestimmungen im Sinne des Art. 29 I EGBGB gehören, was das Berufungsgericht verkannt hat, auch richterrechtliche Regeln zum Schutz eines Vertragspartners gegenüber dem anderen (*Staudinger-Magnus* Rz. 102; *MünchKomm-Martiny* Rz. 35; *Bamberger-Roth-Spickhoff*, BGB, 2003, Art. 29 EGBGB Rz. 17 jeweils m.w.N.). Hierunter fallen auch die in der Rechtsprechung des Senats entwickelten Grundsätze über Aufklärungs-, Hinweis- und Warnpflichten gegenüber Kapitalanlegern.

[17] b) Ein weiterer Rechtsfehler besteht darin, dass das Berufungsgericht das schweizerische Recht, obwohl es dieses für maßgeblich hält, nicht auf den vorliegenden Fall angewandt hat. Das Berufungsurteil enthält hierfür keine erkennbare Begründung. Sollte sich das Berufungsgericht stillschweigend die Auffassung des LG zu eigen gemacht haben, dem Vorbringen des Kl. sei nicht zu entnehmen, dass die Bekl. vertragliche Pflichten, die sich nach schweizerischem Recht ergäben, verletzt habe, wäre dies rechtlich nicht haltbar.

[18] Der deutsche Tatrichter hat das maßgebliche ausländische Recht gemäß § 293 ZPO von Amts wegen zu ermitteln. Die Parteien trifft keine (prozessuale) Beweisführungslast (BGHZ 120, 334, 342) (IPRspr. 1992 Nr. 229). Der Umfang der Ermittlungspflicht kann zwar durch den Vortrag der Parteien beeinflusst werden (BGHZ 118, 151, 164) (IPRspr. 1992 Nr. 265). Im vorliegenden Fall war vom Kl. aber kein Vortrag zum Inhalt des schweizerischen Rechts zu erwarten, weil er deutsches Recht für anwendbar hielt und weil nicht ersichtlich ist, dass er über Erkenntnisquellen für einen etwaigen Differenz- und Termineinwand sowie vertragliche Aufklärungspflichten nach schweizerischem Recht verfügte. Es kann auch keine Rede davon sein, der Kl. verfolge nur Ansprüche nach deutschem Recht und nicht nach schweizerischem Recht. Er macht den im Klageantrag bezeichneten Zahlungsanspruch geltend, ohne dieses Begehren durch die seiner Begründung dienenden Rechtsausführungen einzuschränken.

[19] 2. Rechtsfehlerhaft ist auch die Behandlung deliktischer Ansprüche. Das Berufungsgericht hat zwar allgemein ausgeführt, das landgerichtliche Urteil halte einer Überprüfung stand. Im Berufungsurteil kommt aber nicht ansatzweise zum Ausdruck, dass das Berufungsgericht deliktische Ansprüche einer eigenen rechtlichen Prüfung unterzogen hat. Das Berufungsgericht hat Ausführungen zu einer deliktischen Haftung vielmehr ausdrücklich als entbehrlich angesehen, weil das LG diese mit detaillierter Begründung verneint habe und dessen diesbezügliche Feststellungen in der Berufungsbegründung nicht angegriffen worden seien.

[20] Damit hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, den Umfang seiner Prüfungspflicht verkannt. Gemäß § 529 II 2 ZPO unterliegt das mit der Berufung angefochtene Urteil, von den in § 529 II 1 ZPO bezeichneten, hier nicht einschlägigen Mängeln abgesehen, der inhaltlich unbeschränkten, nicht an die geltend gemachten Berufungsgründe gebundenen Überprüfung auf Fehler bei der Anwendung formellen und materiellen Rechts. Das Berufungsgericht hat den Prozessstoff selbständig nach allen Richtungen von neuem zu prüfen, ohne an die rechtlichen Gesichtspunkte der Parteien oder des LG gebunden zu sein (BGH, Urt. vom 8.11.1991 – V ZR 260/90, WM 1992, 441; *Musielak-Ball*, ZPO, 4. Aufl., § 529 Rz. 24; *Zöller-Gummer-Heßler*, ZPO, 24. Aufl., § 529 Rz. 14). Dies hat das Berufungsgericht verabsäumt.

[21] 1. Das Berufungsgericht wird weitere Feststellungen zur Anwendbarkeit des \linebreak Art. 29 EGBGB zu treffen haben.

[22] a) Zwar ist bereits nach dem übereinstimmenden Parteivortrag davon auszugehen, dass die Parteien einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen und keinen Vertrag über die Lieferung von Wertpapieren, der nicht unter Art. 29 I EGBGB fiele (Senat, BGHZ 123, 380, 387) (IPRspr. 1993 Nr. 37), geschlossen haben. Der Vertrag diene auch einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Kl., sondern seiner privaten Vermögensanlage, zugerechnet werden kann. Zwischen den Parteien ist aber streitig, ob dem Vertragsschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung der Bekl. in Deutschland (Art. 29 I Nr. 1 EGBGB) vorausgegangen ist. Der Kl. hat hierzu vorgetragen, die Bekl. habe die deutsche Vermittlungsgesellschaft gezielt zur Werbung deutscher Kunden eingesetzt und zur Versendung ihrer Informationsbroschüre, u.a. an ihn, den Kl., veranlasst. Die Bekl. hat zwar eingeräumt, dass die deutsche Vermittlungsgesellschaft ihre Broschüre und ihre Vertragsformulare, die eine Beteiligung der Vermittlungsgesellschaft an den Provisionen vorsah, versandt hat. Sie hat aber bestritten, die Vermittlungsgesellschaft zur Werbung in Deutschland veranlasst oder hiervon zumindest gewusst zu haben. Deshalb sind die hierzu von beiden Parteien angebotenen Beweise zu erheben.

[23] b) Art. 29 I EGBGB ist nicht durch Art. 29 IV 1 Nr. 2 EGBGB ausgeschlossen, weil die dem Kl. geschuldeten Dienstleistungen nicht ausschließlich in einem anderen Staat als Deutschland erbracht werden mussten. Art. 29 IV 1 Nr. 2 EGBGB erfasst ganz im Ausland abzuwickelnde Verträge, z.B. Dienstleistungen im Rahmen von Beherbergungsverträgen ausländischer Hotels oder Unterrichtsverträge, wenn sie etwa einen Auslandssprachkurs oder einen im Ausland zu absolvierenden Ski- oder Segelkurs zum Gegenstand haben (Begr. RegE Gesetz zur Neuregelung des IPR, BT-Drucks. 10/504 S. 80). Auch örtliche Bank- und Brokerdienstleistungen können hierunter fallen (MünchKomm-*Martiny* Rz. 16; *Soergel-v. Hoffmann* Rz. 26). Darum geht es hier aber nicht. Die Bekl. war bei der Erbringung ihrer Dienstleistungen nicht auf die Schweiz beschränkt, sondern durfte nach dem maßgeblichen Vertragsinhalt (vgl. *Erman-Hohloch* Rz. 24) auch an Börsen in anderen Staaten, etwa in Deutschland, Geschäfte tätigen.

[24] 2. a) Falls die weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts zu Art. 29 EGBGB ergeben sollten, dass schweizerisches Recht uneingeschränkt anwendbar ist, führt Art. 34 EGBGB zu keinem anderen Ergebnis. Diese Vorschrift ist, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, wegen des Vorrangs von Art. 29 EGBGB nicht anwendbar (vgl. Senat, BGHZ 123, 380, 390 f. (IPRspr. 1993 Nr. 37)).

[25] b) Art. 6 EGBGB führt, wie das Berufungsgericht ebenfalls rechtsfehlerfrei erkannt hat, zu keiner anderen Beurteilung.

[26] Der Termin- und Differenzeinwand gemäß §§ 52 ff. BörsG a.F. und § 764 BGB a.F. gehörte zwar nach früherer Rechtsprechung des BGH (Urteile vom 4.6.1975 – VIII ZR 232/73, WM 1975, 676, 677 (IPRspr. 1975 Nr. 13), vom 12.6.1978 – II ZR 48/77, WM 1978, 1203, 1204 f. (IPRspr. 1978 Nr. 3), vom 25.5.1981 – II ZR 172/80, WM 1981, 758 f. (IPRspr. 1981 Nr. 18) und vom 15.6.1987 – II ZR 124/86, WM 1987, 1153, 1154 (IPRspr. 1987 Nr. 183)) zum deutschen *ordre public*. Daran ist aber nach der Änderung der §§ 53, 58 und 61 BörsG a.F. durch die Börsengesetznovelle 1989 nicht mehr festzuhalten (Senat, BGHZ 138, 331, 336 ff.) (IPRspr. 1998 Nr. 185). Die §§ 53 ff. BörsG a.F. sind durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.6.2002 (BGBl. I 2010) zum 1.7.2002, d.h. zwischen dem Abschluss des Vertrags der Parteien und dem erstinstanzlichen Urteil im vorliegenden Rechtsstreit, aufgehoben worden. Maßgeblich ist zwar, anders als bei der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils (Senat, BGHZ 138, 331, 335) (IPRspr. 1998 Nr. 185), nicht der Zeitpunkt der

Entscheidung, sondern der der Vornahme des Rechtsgeschäfts (BGHZ 147, 178, 187) (IPRspr. 2001 Nr. 5). Der Gesetzgeber hat aber bereits vor dem Inkrafttreten des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes die Termingeschäftsfähigkeit kraft Aufklärung gemäß § 53 II BörsG a.F. als ‚Fremdkörper‘ im deutschen Rechtssystem angesehen (Begr. RegE 4. FMFG, BT-Drucks. 14/8017 S. 95). Angesichts dieser Bewertung und der deshalb erfolgten Aufhebung der §§ 53 ff. BörsG a.F. kann der Termin- und Differenzeinwand bereits für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses im April 1997 nicht mehr als Teil des nationalen ordre public angesehen werden.

[27] 3. Sollten die weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts die uneingeschränkte Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ergeben, wird das Berufungsgericht Feststellungen zu dessen Inhalt zu treffen und ferner deliktische Ansprüche zu prüfen haben.

Fundstellen

LS und Gründe

Europ. Leg. Forum, 2005, I-76, (II-70)
MDR, 2005, 641
NJW-RR, 2005, 1071
RIW, 2005, 463
WM, 2005, 423
ZIP, 2005, 479
JR, 2006, 340

nur Leitsatz

EWiR, 2005, 823, mit Anm. *Balzer*

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2005-12>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).