Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Oberlandesgericht Köln mit Beschluß vom 23. Januar 1978 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

Die Artikel 59 und 60 EWG-Vertrag bewirken keine Änderung in der Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, mit denen ein Mitgliedstaat die gerichtliche Geltendmachung bestimmter Verbindlichkeiten wie etwa von Spielschulden und diesen gleichgestellten Schulden ausschließt; Voraussetzung ist allerdings, daß diese Vorschriften in einer Weise angewendet werden, die gegenüber der Behandlung gleichartiger, im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats eingegangener Verbindlichkeiten weder tatsächlich noch rechtlich eine Diskriminierung darstellt.

Kutscher Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart Donner Pescatore

Sørensen O'Keeffe Bosco Touffait

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 24. Oktober 1978.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 21. SEPTEMBER 1978

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Der Beklagte des Ausgangsverfahrens, aus dem das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen stammt, war ab 1968 Verwaltungsdirektor im Deutsch-Französischen Militärwissenschaftlichen Forschungsinstitut in Saint-Louis (Haut-Rhin), wo er auch vom 1. Juli 1968 bis zum 28. Juli 1973 wohnte.

Während seines Aufenthalts in Frankreich vermittelte die Klägerin im Auftrag des Beklagten Börsentermingeschäfte in der Weise, daß sie die entsprechenden Kauf- und Verkaufsaufträge des Beklagten an ihren Börsenagenten an der Pariser Börse weitergab. Zum Fälligkeitstermin wurden die gekauften oder verkauften Aktien nicht wirklich übernommen oder übertragen, auch wurde weder der volle Kaufpreis gezahlt noch der volle Verkaufspreis eingezogen; es wurde vielmehr lediglich die Differenz der Aktienkurse zwischen dem vereinbarten und dem tatsächlich zum Termin bestehenden Kurs abgerechnet. Die sich hieraus ergebenden Gewinne und Verluste wurden dem Beklagten auf einem für ihn von der Klägerin geführten Konto gut- oder lastgeschrieben. Im Rahmen der Vermittlung der Termingeschäfte und der Führung des genannten Kontos räumte die Klägerin dem Beklagten einen Überziehungskredit ein.

Den am 31. Januar 1975 bestehenden Schuldsaldo des Beklagten auf diesem Konto in Höhe von 852 620,39 FF machte die Klägerin mit ihrer am 22. Mai 1975 beim Landgericht Bonn erhobenen Klage geltend. Dieses entschied mit Urteil vom 13. Januar 1977, daß der auf die Börsentermingeschäfte entfallende Betrag von 473 937,47 FF nicht einklagbar sei, da ihm der Differenzeinwand aus den §§ 52 ff. des Börsengesetzes und den §§ 762 und 764 BGB entgegenstehe.

Auf die Berufung der Klägerin bestätigte das Oberlandesgericht Köln mit Versäumnisurteil vom 11. August 1977 im wesentlichen das Urteil des Landgerichts Bonn mit der Begründung, daß der Differenzeinwand des deutschen Rechts bei Börsentermingeschäften nach dem Artikel 30 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Ordre public) selbst dann begründet sei, wenn, wie im vorliegenden Fall, französisches Recht maßgebend sei, das den Differenzeinwand nicht kenne. Nachdem der Beklagte gegen dieses Versäumnisurteil Einspruch erhoben hatte, setzte das Oberlandesgericht Köln mit Beschluß vom 23. Januar 1978 das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Schließen bei richtiger Auslegung der Artikel 59, 60 EWGV diese Artikel den nach deutschem Recht bestehenden Differenzeinwand (§§ 764, 762 BGB; 61, 58, 50 BörsenG; BGH NJW 75, 1600; 72, 382) für den Fall aus, daß eine französische Bank von ihrem Kunden deutscher Nationalität aufgrund französischen Rechts die Rückzahlung eines Kredites für an der Pariser Börse vereinbarungsgemäß durchgeführte Börsentermingeschäfte (Differenzgeschäfte) verlangt?
2. Kommt es für die Beantwortung der Frage zu Ziffer 1 darauf an, ob der deutsche Kunde nach deutschem Recht gemäß § 53 BörsenG börsentermingeschäftsfähig gewesen ist oder nicht?

Zu diesen Fragen nehme ich wie folgt Stellung:

I — Zu Beginn ist meines Erachtens die Frage zu untersuchen, ob im vorliegenden Falle eine Dienstleistung im Sinne der Artikel 59 ff. des EWG-Vertrags vorliegt und worin diese Dienstleistung gegebenenfalls besteht.

Die Kommission hat insbesondere in der mündlichen Verhandlung ernsthafte Zweifel geäußert, ob die Voraussetzungen des Artikels 59 überhaupt vorliegen. Diese Frage muß meines Erachtens deshalb näher geprüft werden, weil die Klägerin einerseits für den Beklagten mehr als nur eine Leistung erbracht hat und andererseits das „grenzüberschreitende Moment" im vorliegenden Fall nicht offensichtlich ist.

1. Da bei Bankgeschäften Dienstleistungen der Kreditinstitute in aller Regel im Zusammenhang mit Kapitalbewe-

gungen erbracht werden, ist von Anfang an das Verhältnis der Bestimmungen des EWG-Vertrags über die Dienstleistungsfreiheit zu denjenigen über den freien Kapitalverkehr mit besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden gewesen. Deshalb wurde die Unterscheidung zwischen „reinen" und „verbundenen" Bankdienstleistungen entwickelt, von denen nur die ersten als Dienstleistungen im Sinne der Artikel 59, 60 des EWG-Vertrags gelten und den Bestimmungen des Kapitels über Dienstleistungen unterworfen sind, wohingegen die „verbundenen" Bankdienstleistungen gemäß Artikel 61 Absatz 2 des EWG-Vertrags nur im Einklang mit der schrittweisen Liberalisierung des Kapitalverkehrs liberalisiert werden sollen. Die Frage, ob es sich um reine oder verbundene Bankdienstleistungen oder aber um reinen Kapitalverkehr handelt, wird im Prinzip danach entschieden, ob die Vertragsbeziehungen der Parteien um eine Kapitalbewegung kreisen oder nicht. Steht im Mittelpunkt eine Kapitalbewegung derart, wie sie die Richtlinien zu Artikel 67 des EWG-Vertrags betreffen, soll *allein* Kapitalverkehr vorliegen; dies ist etwa der Fall bei „kurz- und mittelfristigen Krediten, die in Verbindung mit Handelsgeschäften oder Dienstleistungen stehen, an denen ein Deviseninländer beteiligt ist" (vgl. Liste A der Anlage I zur 1. Richtlinie zur Durchführung des Artikels 67 des Vertrages vom 11. Mai 1960, ABl. 1960, Nr. 43, S. 921). Die damit in Zusammenhang stehenden Leistungen der Bank (Überweisung, Zinseinziehung usw.) werden nicht als *selbständige* Dienstleistungen angesehen, so daß die Liberalisierung *dieser* Kapitalbewegungen allein nach Artikel 67 des Vertrages durchgeführt wird.

Um *reine* Bankdienstleistungen handelt es sich dagegen bei Geschäften, die nicht in Zusammenhang mit Kapitalbewegungen stehen, wie beispielsweise Verwahrungsverträge, Marktstudien und ähnliche Leistungen.

Verbundene Bankdienstleistungen im Sinne von Artikel 61 Absatz 2 des Vertrages sollen endlich solche sein, bei denen die Kapitalbewegung eine *notwendige* oder doch eine *typische* Ergänzung darstellt. Eine *abschließende* Aufzählung der zu liberalisierenden verbundenen Bankdienstleistungen ist in der Richtlinie des Rates Nr. 73/183/EWG vom 28. Juni 1973 zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für selbständige Tätigkeiten der Kreditinstitute und anderer finanzieller Einrichtungen (ABl. 1973, L 194, S. 1) enthalten. Aus dieser Aufzählung ergibt sich, daß es sich durchweg um unselbständige Tätigkeiten handelt, die zu der zugrunde liegenden Kapitalbewegung nur akzessorisch sind.

Für die Frage, ob hinsichtlich der Tätigkeiten der Klägerin im vorliegenden Fall die Artikel 59 ff. des EWG-Vertrags überhaupt eingreifen, ist somit entscheidend, ob und gegebenenfalls welche ihrer Tätigkeiten als reine Bankdienstleistungen für den Beklagten angesehen werden können. Meines Erachtens handelt es sich bei der Vermittlung von Termingeschäften und der Führung eines diesbezüglichen Kontos um *reine Bankdienstleistungen,* die von den Artikeln 59, 60 des EWG-Vertrags erfaßt werden. Der im Zusammenhang damit gewährte Überziehungskredit ist dementsprechend ein kurzfristiger Kredit, der im Sinne der Liste A der Anlage I zur 1. Kapitalverkehrsrichtlinie von 1960 mit diesen Dienstleistungen „in Verbindung" steht. Man wird keinesfalls behaupten können, daß die Vermittlung von Termingeschäften notwendiger oder auch nur typischer Bestandteil der Einräumung eines Überziehungskredits ist. Gerade in einer solchen Unselbständigkeit läge aber das entscheidende Merkmal für eine „verbundene" Bankdienstleistung im Sinne von Artikel 61 Absatz 2 des Vertrages.

Zu einer anderen Beurteilung kann auch Liste B der Anlage I zur 1. Kapitalver-

kehrsrichtlinie von 1960 nicht führen, soweit sie den „Verkehr mit an Börsen gehandelten Wertpapieren, ausgenommen Anteile von Kapitalanlagegesellschaften" betrifft. Zu den mit dieser Art der Kapitalbewegung „verbundenen" Bankdienstleistungen gehört zwar nach der Richtlinie von 1973 auch die „Annahme von Kauf- und Verkaufsaufträgen". Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Geschäfte des Beklagten nicht zum Bereich des Wertpapierverkehrs im Sinne der genannten Richtlinie gehörten; Wertpapierverkehr im Sinne dieser Richtlinie ist nämlich nach der Definition in Liste B der Anlage I zur 1. Kapitalverkehrsrichtlinie von 1960 nur der *Erwerb* inländischer oder ausländischer an Börsen gehandelter Wertpapiere sowie die Repatriierung oder Verwendung des Liquidationserlöses aus solchen Wertpapieren. Unstreitig führten aber die von der Klägerin vermittelten Geschäfte nicht zu einem derartigen Wertpapierverkehr; die Wertpapiere waren lediglich das austauschbare Mittel zur Erzielung von Spekulationsgewinnen, ohne daß es jemals zu einem tatsächlichen „Erwerb" von Stücken oder zu einer „Liquidation" solcher Stücke kam. In der Vermittlung der Termingeschäfte durch die Klägerin kann also auch keine mit einem Wertpapierverkehr „verbundene" Bankdienstleistung im Sinne von Artikel 61 Absatz 2 des Vertrages gesehen werden.

2. Entscheidend ist meines Erachtens aber vor allem auch das „grenzüberschreitende Moment", das als notwendiges Tatbestandsmerkmal für die Anwendbarkeit der Artikel 59 ff. des Vertrages vorliegen muß. Wie dargelegt, stellt sich die Vermittlung der Börsentermingeschäfte durch die Klägerin als eine reine Bankdienstleistung dar, mit der ein Kredit in Verbindung steht. Die reine Bankdienstleistung selbst könnte als abgeschlossener französischer Inlandstatbestand ohne grenzüberschreitendes Moment angesehen werden, wenn der Beklagte — was hier vorausgesetzt werden soll — während der gesamten Laufzeit der Termingeschäfte seinen Wohnsitz in Frankreich gehabt haben sollte. Es könnte anders sein, wenn die Vergütung für diese reine Bankdienstleistung, also die Provisionen und Kosten, noch nicht bezahlt sind. Hier könnte man die Meinung vertreten, die Verlegung des Wohnsitzes durch den Beklagten vor der endgültigen Abwicklung der sich aus den reinen Bankdienstleistungen ergebenden Verpflichtungen lasse nachträglich das erforderliche grenzüberschreitende Moment entstehen. Meines Erachtens kann dies jedoch dahingestellt bleiben. Denn im Ausgangsverfahren geht es zwar vordergründig nur um die Rückzahlung des gewährten kurzfristigen Kredits, also um eine Kapitalbewegung, die nicht von den Artikeln 59 ff., sondern von Artikel 67 des Vertrages erfaßt wird; bei dieser Abwicklung des Kreditverhältnisses in einem anderen Mitgliedstaat wird aber vom Beklagten auf die ursprüngliche Bankdienstleistung Bezug genommen und daraus die Nichteinklagbarkeit des Anspruchs der Klägerin hergeleitet. Dieser Durchgriff beweist, daß in der Vermittlung der Termingeschäfte als einer reinen Bankdienstleistung *kein* abgeschlossener französischer Inlandstatbestand gesehen werden kann. Selbst wenn man also unterstellt, daß der Beklagte nur in Frankreich wohnhaft war und sämtliche Aufträge dort erteilt hat, reicht das *Fortwirken* der ursprünglichen reinen Bankdienstleistung aus, um die Geschäftsbeziehungen der Parteien den Artikeln 59, 60 des Vertrages zu unterwerfen.

II — Im vorliegenden Fall liegt die Beschränkung, deren Vereinbarkeit mit den Artikeln 59 ff. des EWG-Vertrags zu untersuchen ist, darin, daß ein zugunsten der Klägerin nach französischem Recht wirksam entstandener zivilrechtlicher Anspruch in der Bundesrepublik Deutschland deshalb nicht gerichtlich durchgesetzt werden kann, weil die

deutschen Gerichte trotz der auch von ihnen anerkannten grundsätzlichen Maßgeblichkeit französischen Rechts bestimmte Rechtssätze des deutschen materiellen Rechts über die Unklagbarkeit von Forderungen der hier fraglichen Art unmittelbar oder über den deutschen Ordre public (Artikel 30 EGBGB) zur Anwendung bringen.

Die erste Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob die Einwendung der Unklagbarkeit, der sogenannte Differenzeinwand, in einem Fall der vorliegenden Art gegen die Artikel 59, 60 des EWG-Vertrags verstoße.

Für die Frage, ob in der Anwendung und Auslegung des deutschen Rechts durch das vorlegende Gericht eine nach den Artikeln 59 ff. des EWG-Vertrags verbotene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zu sehen ist, ist in erster Linie das Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs vom 18. Dezember 1961 (ABl. 1962, Nr. 1; S. 32) maßgebend, das für die hier interessierenden Fälle des freien Dienstleistungsverkehrs für selbständige Tätigkeiten der Kreditinstitute durch die Richtlinie des Rates Nr. 73/183/EWG vom 28. Juni 1973 (ABl. 1973, L 194, S. 1) durchgeführt worden ist.

Für die reinen Bankdienstleistungen (vgl. Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie) verweist Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie auf die in Abschnitt III des Allgemeinen Programms erwähnten Beschränkungen, zu deren Beseitigung die Mitgliedstaaten verpflichtet werden.

1. Systematik und Zielrichtung des Allgemeinen Programms lassen sich am besten an den Programmsätzen III A Absatz 1, B, C und D Absatz 1 zeigen. Abschnitt III A untersagt „jedes Verbot oder jede Behinderung der selbständigen Tätigkeit des Leistungserbringers, die darin besteht, daß er ... anders behandelt wird als die eigenen Staatsangehörigen". Dies wird daran anschließend konkretisiert. Weiter heißt es unter A in Absatz 3: „Gleiches gilt für Vorschriften und Praktiken, die *allein für Ausländer* die Befugnis zur Ausübung der normalerweise mit der Erbringung von Dienstleistungen verbundenen Rechte ausschließen ..."

Nach Abschnitt III B ist unzulässig „jedes Verbot oder jede Behinderung des Ortswechsels des Gegenstands oder Trägers der Leistung oder der für eine Leistung verwendeten Werkzeuge, Maschinen, Apparate und sonstigen Hilfsmittel".

Nach Abschnitt III C und D verboten sind solche Beschränkungen, welche die Überweisung der zur Erbringung der Leistung erforderlichen finanziellen Mittel oder Zahlungen für Leistungen betreffen, wenn der Dienstleistungsverkehr nur durch Beschränkung der damit verbundenen Zahlungen begrenzt ist.

Diese Vorschriften zeigen deutlich, daß in erster Linie fremdenrechtliche Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs beseitigt werden sollen, also Bestimmungen, die *Ausländer* anders behandeln als eigene Staatsangehörige, oder aber — so die Bestimmungen unter B bis D — außenwirtschaftsrechtliche, insbesondere devisenrechtliche Beschränkungen.

Um derartige Beschränkungen geht es im vorliegenden Fall ganz offensichtlich nicht, da der Umstand, daß die Klägerin eine *ausländische* juristische Person ist, völlig unerheblich ist.

2. Das Allgemeine Programm enthält ferner unter III A, letzter Absatz, eine Auffangbestimmung, wonach „als Beschränkungen ... alle Voraussetzungen [gelten], von denen die Erbringung von Dienstleistungen ... abhängt, soweit diese Voraussetzungen zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, jedoch ausschließlich oder vorwiegend Ausländer bei der Erbringung dieser Dienstleistungen behindern". Es ist frag-

lich, ob die Beschränkung im vorliegenden Fall eine der in diesem Absatz genannten *faktischen* Ausländerdiskriminierungen darstellt. In der Regelung des deutschen Börsenrechts kann meines Erachtens nicht eine Voraussetzung gesehen werden, von der die Erbringung der Dienstleistung abhängt und die ausschließlich oder vorwiegend Ausländer behindert. Soweit durch die deutschen Bestimmungen auch Geschäfte an Auslandsbörsen dem Differenzeinwand ausgesetzt werden, sind zahlenmäßig natürlich vorwiegend Ausländer betroffen. Die Bestimmung in Abschnitt III A kann aber nicht so verstanden werden, daß sie vorschreibt, Auslandsgeschäfte von Ausländern Inlandsgeschäften von Inländern gleichzustellen. Die systematische Stellung der Bestimmung in Abschnitt III zeigt vielmehr, daß sich die unzulässigen Beschränkungen auf *Inlandsgeschäfte* von Ausländern beziehen müssen. Ein universelles Gleichbehandlungs*gebot* enthält die Vorschrift nicht.

3. Die von der Kommission ferner angezogene Richtlinie Nr. 63/340/EWG des Rates vom 31. Mai 1963 (ABl. 1963, Nr. 86, S. 1609) über die Aufhebung aller Verbote oder Behinderungen von Zahlungen für Leistungen, wenn der Dienstleistungsverkehr nur durch Beschränkungen der damit verbundenen Zahlungen begrenzt ist, betrifft, wie sich aus ihren Begründungserwägungen und Bestimmungen ergibt, ausschließlich bestimmte öffentlich-rechtliche — insbesondere außenwirtschaftsrechtliche und devisenrechtliche — Beschränkungen hinsichtlich der Zahlungen für Dienstleistungen, nicht aber Fragen der zivilrechtlichen Wirksamkeit oder Durchsetzbarkeit von Ansprüchen aus Dienstleistungsverträgen. Die „Parallele", die sich der Kommission laut ihrem Schriftsatz „aufdrängt", besteht also in Wahrheit nicht.

4. Die Kommission will offensichtlich die Bestimmungen des Allgemeinen Programms und der genannten Richtlinien auch nicht unmittelbar anwenden, sondern benutzt diese Vorschriften nur als Indizien, um ihre Ansicht, die sich aus dem deutschen Recht ergebenden Beschränkungen seien mit Artikel 59 des EWG-Vertrags unvereinbar, direkt aus dieser Vertragsbestimmung zu begründen.

In Wahrheit liegt aber in der durch die deutsche Rechtsprechung bewirkten unterschiedlichen Behandlung keine von den Artikeln 59 ff. des EWG-Vertrags verbotene Beschränkung, da mit diesen Bestimmungen lediglich — maximal — Inländerbehandlung angestrebt wird. Darum geht es jedoch im vorliegenden Fall überhaupt nicht. Eine deutsche Bank sähe sich in vergleichbarer Lage ebenso dem Differenzeinwand ausgesetzt wie eine französische. Umgekehrt könnte sich bei wirksamen Termingeschäften im Inland der Spekulant *nicht* auf den Differenzeinwand berufen, auch wenn er diese Geschäfte über die inländische Niederlassung einer ausländischen Bank durchgeführt hätte.

Die Artikel 59 ff. des EWG-Vertrags verlangen nicht, daß Ausländern die Erbringung solcher Dienstleistungen ermöglicht wird, die Inländern versagt sind, wie sich mit aller Deutlichkeit aus Artikel 60 Absatz 3 sowie aus dem Allgemeinen Programm von 1961 ergibt. Aus dem *spezifischen* Diskriminierungs*verbot* der Artikel 59 ff., die das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikels 7 des EWG-Vertrags konkretisieren, folgt kein Privilegierungs*gebot* ausländischer Dienstleistungserbringer, das ja seinerseits zu einer Diskriminierung inländischer Dienstleistungserbringer führen würde.

Diese Ansicht steht in Übereinstimmung mit der absolut herrschenden Meinung in der Literatur.

So heißt es im Kommentar zum EWG-Vertrag von Groeben-Boeckh-Thiesing (Anmerkung I 2 b) zu Artikel 59), daß die absolute Freizügigkeit der Leistungen, nämlich die Möglichkeit, Leistun-

gen in gleicher Form im In- und Ausland anzubieten — und das fordert die Klägerin hier im Ergebnis —, nicht über die Liberalisierung, sondern nur über die Rechtsangleichung möglich ist. In seinem Buch über Europäisches Gemeinschaftsrecht schreibt Ipsen (S. 645): „Die Herstellung der Freiheiten zielt auf die Beseitigung von *Diskriminierungen,* nicht auf die Ausräumung solcher Beschränkungen, die mitgliedstaatlich *auch für Inländer* gelten. Die Liberalisierung im Mitgliedstaat eliminiert also keine Freiheitsbeschränkungen, die das heimische Recht *seinerseits* für *seine* Staatsangehörigen anordnet. Und soweit *solche* Beschränkungen bestehen, beschränken sie zulässigerweise *auch* die Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten, ohne sie dadurch zu diskriminieren." Die gleiche Auffassung vertritt im Ergebnis auch Maestripieri (La libre circulation des personnes et des services dans la CEE, 1972, S. 47-53).

III — Man könnte nun noch die Frage stellen, ob die Anwendung des deutschen Börsenrechts mit den Mitteln des deutschen internationalen Privatrechts möglicherweise gegen andere Vertragsbestimmungen als die Artikel 59 ff. verstößt. Da Artikel 7 nach der Verneinung der Voraussetzungen der Artikel 59 ff. nicht mehr eingreifen kann, bliebe allein die Auffangklausel des Artikels 5 Absatz 2 des EWG-Vertrags, wonach die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten.

Es handelt sich hierbei letztlich um die Frage, ob diejenigen Diskriminierungen, die zwingend aus der Verschiedenheit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einschließlich der unterschiedlichen Systeme des internationalen Privatrechts folgen, das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes in einer Weise behindern, daß die entsprechenden Beschränkungen ohne weiteres als verboten gelten müßten. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Vertrag geht von dem Bestehen unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen aus und sieht insbesondere die Rechtsangleichung der Artikel 100 ff. vor, um daraus resultierende Störungen im Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu beseitigen. Im vorliegenden Fall ergibt sich die „Störung" zum einen aus den unterschiedlichen börsenverwaltungsrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten und zum anderen daraus, daß die Bundesrepublik Deutschland ihre börsenrechtliche Regelung einseitig mit den Mitteln des internationalen Privatrechts auf Auslandssachverhalte erstreckt. Diese „Störung" kann somit nur einmal durch eine Harmonisierung des Börsenrechts, zum anderen durch eine Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts beseitigt werden.

Allerdings möchte ich darauf hinweisen, daß die nationalen Gerichte bei der Anwendung ihres nationalen Rechts und des internationalen Privatrechts ihres Staates zu einem „vertragsfreundlichen" Verhalten verpflichtet sind. So könnte zum Beispiel eine überdehnte und damit unangemessene Auslegung des Grundsatzes des Ordre public im Ergebnis eine Verletzung des EWG-Vertrags darstellen, die allen Organen der Mitgliedstaaten, also auch den Gerichten, nach der grundlegenden Bestimmung des Artikels 5 untersagt ist. Dies wird das Oberlandesgericht Köln bei seiner Entscheidung zu beachten haben.

IV — Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Anwendung des deutschen Börsenrechts und des deutschen bürgerlichen Rechts über das deutsche internationale Privatrecht auf einen Fall wie den vorliegenden *an sich* nicht gegen das Diskriminierungsverbot der Artikel 59, 60 des EWG-Vertrags verstößt. Mit den von mir für die Auslegung der deutschen Bestimmungen gezogenen Grenzen gilt dies auch für Artikel 5 des EWG-Vertrags.

Auch die Frage, inwieweit die Börsentermingeschäftsfähigkeit gemäß § 53 des deutschen Börsengesetzes eine Rolle spielen könnte, ist eine Frage der Auslegung des grundsätzlich anwendbaren deutschen Rechts, die Sache der deutschen Gerichte ist.

Ich schlage daher vor, auf die Fragen des vorlegenden Gerichts wie folgt zu antworten:

„Die Artikel 59, 60 des EWG-Vertrags schließen an sich die Anwendung des deutschen Börsenrechts und des deutschen bürgerlichen Rechts über das deutsche internationale Privatrecht auf den vorliegenden Fall nicht aus."