

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 762, 764; BörsG §§ 50, 58, 60, 61

Börsentermingeschäfte, die im Ausland geschlossen werden, sowie Aufträge zu solchen Geschäften unterliegen dem Einwand aus §§ 762 und 764 BGB. §§ 58, 50 BörsG sind auch nicht entsprechend auf den nur an einer Auslandsbörse zugelassenen Terminhandel anwendbar.

BGH, Urt. v. 20. Dezember 1971 - II ZR 156/69 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 156/69

URTEIL

Verkündet am
20. Dezember 1971
Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma P [REDACTED] & Co., Inhaber Günter P [REDACTED],
H [REDACTED], B [REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den kaufmännischen Angestellten Klaus K [REDACTED],
H [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Dr. Bauer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 31. Oktober 1969 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

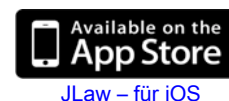
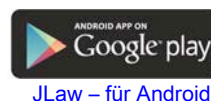
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war vom Juni 1966 bis März 1967 kaufmännischer Angestellter der Klägerin mit Handlungsvollmacht für die von ihm zu bearbeitenden Warentermingeschäfte. Für solche Geschäfte war er schon früher bei einer anderen Firma tätig gewesen. Die Klägerin befaßte sich mit der Abwicklung solcher Geschäfte in Kakao, Kaffee und Zucker für ihre Kunden. Die Geschäfte wurden von Londoner Firmen, unter anderem der Firma W██████, E██████ & Co., an der dortigen Börse abgeschlossen. Zwischen der Klägerin und ihren Kunden bestand Einigkeit, daß es sich um Differenzgeschäfte handeln sollte, bei denen keine Waren geliefert, sondern lediglich der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem eines Gegengeschäfts gezahlt oder empfangen werden sollte. Hierfür wurde den Kunden ein Kredit von 500 £ eingeräumt. Nur Guthaben des Kunden über 500 £



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



sollten ausgezahlt werden. Bei diesen Geschäften traten erhebliche Verluste für die Klägerin ein. Sie kündigte daher das Anstellungsverhältnis mit dem Beklagten zum 31. März 1967.

Der Beklagte machte auch für sich selbst solche Warentermingeschäfte über die Klägerin. Die Klägerin hat vom Beklagten die Zahlung von 7.740,- DM nebst Zinsen mit der Begründung verlangt, daß sich dieser Betrag zu seinen Lasten bei den von ihr in seinem Auftrag und auf seine Rechnung abgeschlossenen Warentermingeschäften ergeben habe.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hat geltend gemacht, daß er die Warentermingeschäfte mit der Firma W■■■■■, E■■■■■ & Co. in London im eigenen Namen abgeschlossen habe. Die Klägerin sei nur als Maklerin tätig geworden. Die Geschäfte seien zudem als Spiel- und Differenzgeschäfte anzusehen.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klagantrag weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht (vgl. MDR 1970, 423) unterstellt die Behauptung der Klägerin als richtig, daß der Beklagte die Käufe und Verkäufe von Kakao, Kaffee und Zucker entgegen seiner Behauptung mit ihr als Kommissionärin ge-

schlossen habe, wobei sie als Eigenhändlerin eingetreten sei. Zwischen den Parteien ist im übrigen unstreitig, daß es sich um verdeckte Differenzgeschäfte gehandelt hat, bei denen der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem des Gegengeschäfts von dem einen oder anderen Teil geleistet werden sollte. Diese Geschäfte werden zwar im § 764 BGB in dieser Gestalt nicht erwähnt. Es ist aber daran festzuhalten, daß sie als Differenzgeschäfte im Sinne des § 764 BGB anzusehen sind, wenn durch sie ohne Beziehung zum Güterumsatz aus den Schwankungen des Marktes Gewinn erzielt werden soll (RGZ 117, 267; anders Schönle, Bank- und Börsenrecht 1971 S. 429). Nach dem Vorbringen der Klägerin hatten die vom Beklagten erteilten Aufträge (§ 60 Börsengesetz vom 22. Juni 1896; im folgenden: BörsG) sog. inoffizielle Börsentermingeschäfte zum Gegenstand, weil Geschäfte nach Maßgabe des Börsenterminhandels einer ausländischen Börse (London) abzuwickeln waren, also keine Zulassung durch eine deutsche Börse (§ 50 BörsG) stattgefunden hatte. Beide Teile waren börsentermingeschäftsfähig (vgl. RGZ 147, 112, 117).

II. Das Berufungsgericht hält den Differenzeinwand gemäß § 764 BGB für durchgreifend. Er sei nicht durch § 58 BörsG ausgeschlossen, weil dessen Voraussetzung, nämlich die Zulassung der Geschäfte zum Börsenterminhandel gemäß § 50 BörsG durch den Vorstand einer deutschen Börse in dem dort vorgesehenen Verfahren, fehle. Nach § 61 BörsG seien die §§ 52 bis 60 BörsG auf ausländische Börsentermingeschäfte anwendbar, aber § 58 BörsG verweise auf § 50 BörsG, der sich nur auf deutsche Börsen beziehe. Diese Auffassung wird von der Revision ohne Erfolg angegriffen.

Die Ansicht des Berufungsgerichts stützt sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts (insbes. RGZ 76, 371, 372; 79, 381, 384), die gegenüber abweichenden Ansichten stets aufrechterhalten worden ist, solange ein Warenterminhandel in Deutschland und mit dem Ausland bestand (zuletzt etwa RGZ 134, 67; 146, 190). Der erkennende Senat hat die Frage in seinem Urteil vom 21. Juni 1965, WM 1965, 765 offen gelassen. Sie ist dahin zu entscheiden, daß der Spiel- und Differenzeinwand bei Auslandstermingeschäften gemäß §§ 58, 60, 61 BörsG nicht ausgeschlossen wird.

Seit dem Außenwirtschaftsgesetz vom 26. April 1961 ist der Terminhandel in Waren, Wertpapieren und Devisen mit dem Ausland grundsätzlich frei. Beschränkungen auf Grund des Außenwirtschaftsrechts liegen zur Zeit nicht vor (Schlegelberger/Hefermehl, HGB § 355 Anm. 46). Es handelt sich bei den Kommissionsgeschäften, wie sie hier gemäß dem Vortrag der Klägerin unterstellt werden, um erlaubte, aber mangels Zulassung nach § 50 BörsG inoffizielle Geschäfte (vgl. Heinichen in RGR-Komm. z. HGB Bd. IV Anh. § 376 Anm. 94), bei denen der Differenzeinwand nach der angeführten ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts erhoben werden kann. Das Berufungsgericht will daraus, daß den Gesetzgebungsorganen diese Rechtsprechung seit Jahrzehnten bekannt ist, sie aber bei den mehrfachen Novellen zum Börsengesetz keinen Anlaß gesehen haben, §§ 58, 61 BörsG im gegenteiligen Sinne zu ändern, entnehmen, daß sie die Auslegung der Vorschriften durch die Gerichte gebilligt und durch Beibehaltung des Wortlauts bestätigt haben, so daß eine Nachprüfung der Gründe nicht

mehr stattzufinden habe. Dem ist nicht zu folgen. Hat der Gesetzgeber nur einzelne Vorschriften eines Gesetzes geändert, so kann daraus ohne besondere Anhaltspunkte nicht geschlossen werden, er habe die bisherige Rechtsprechung zu Vorschriften, die von der Novellierung nicht betroffen waren, bestätigen und eine abweichende Auslegung ausschließen wollen. Von einer Prüfung der für und gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts sprechenden Gesichtspunkte kann daher nicht abgesehen werden.

III. Das Reichsgericht ist von der Fassung der §§ 61, 58 BörsG ausgegangen, die eindeutig sog. offizielle Börsentermingeschäfte (§ 50 BörsG) im Auge hat. Es hat eine entsprechende Anwendung auch für den Fall verneint, daß an der ausländischen Börse gleiche oder ähnliche Schutzbestimmungen für die Zulassung von Börsentermingeschäften gelten, wie sie § 50 BörsG vorsieht. Als ausschlaggebend hat es erachtet, daß § 50 den Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Terminhandels bezwecke, der dem deutschen Gesetzgeber nur gewährleistet erscheine, wenn sich die Zulassung unter der Aufsicht und Überwachung der eigenen staatlichen Organe vollzieht. Der Gesetzgeber habe sich jedenfalls klar und unzweideutig dahin ausgesprochen, daß nur derjenige Börsenterminhandel vor dem Spiel- und Differenzeinwand geschützt sein solle, der alle Garantien biete, wie sie § 50 BörsG umschreibe (RGZ 79, 381, 386).

Von dieser Rechtsprechung abzugehen, besteht nach Ansicht des Senats auch unter den heutigen Verhältnissen kein Anlaß. Jede Rechtsordnung kann bestimmen, unter welchen Voraussetzungen sie reine Spekulationsgeschäfte anerkennen will. Wird die Bestimmung dahin getroffen,

daß nur solche Geschäfte an Börsen als einredefrei behandelt werden sollen, die einer eigenen Kontrolle unterliegen, so liegt darin entgegen der Auffassung von Hoeniger (in Düringer/Hachenburg, HGB 3. Aufl. 1932 Bd.V 1 Anh. II nach § 382 Anm. 172; anders Breit in der Voraufgabe) weder eine Disqualifizierung der ausländischen Börsen noch eine Rechtsverweigerung gegenüber dem Ausland. Ob der Spiel- und der Differenzeinwand dem deutschen (börsentermingeschäftsfähigen) Publikum bei einer Spekulation an ausländischen Terminbörsen erhalten bleiben soll, ist eine rechtspolitische Frage, die vom deutschen Gesetzgeber nach seiner Beurteilung der schutzwürdigen Interessen zu entscheiden war und ersichtlich im bejahenden Sinne entschieden worden ist. Ob ihr eine unangebrachte Überschätzung der Qualitäten der eigenen Staatsorgane zugrunde lag, wie Brändl, Internationales Börsenprivatrecht 1925 S. 176 meint, kann dahingestellt bleiben; es könnte an der getroffenen Regelung nichts ändern. Es darf nicht außer Betracht bleiben, daß es sich lediglich darum handelt, gegenüber reinen Spekulationsgeschäften den nach allgemeinem bürgerlichen Recht zulässigen Spiel- und Differenzeinwand (§§ 762, 764 BGB) aufrechtzuerhalten, denn die sog. Hedge-Geschäfte, die an ausländischen Börsen geschlossen werden und einen wirtschaftlich gerechtfertigten Sicherungszweck für ein im Betriebe des Abschließenden getätigtes, auf tatsächliche Lieferung gerichtetes Hauptgeschäft haben, sind einredefrei möglich (RGZ 107, 22; 146, 190, 193; vgl. Brändl aaO S. 182). In diesem Umfang hatte auch der Runderlaß Außenwirtschaft Nr. 96/52 vom 1. September 1952 (Langen, Devisengesetze, 2. Aufl. Bd. 2 S. 139) den Abschluß von Warentermingeschäften an ausländischen Börsen genehmigt, aber reine Spekulationsgeschäfte ausgeschlossen (Nr. 3). Dieser Runderlaß zeigt ent-

gegen der Revision gerade die Tendenz, ausländische Spekulationsgeschäfte nicht zu begünstigen. Die ausländischen Börsen werden auch nicht dadurch disqualifiziert (so Brändl aaO S. 178 f), daß eine entsprechende Anwendung des § 50 BörsG auf ausländische Zulassungsverfahren abgelehnt wird, wie sie verschiedentlich befürwortet worden ist (Apt, Börsengesetz 5. Aufl. 1909 § 58 Anm. 2; Nussbaum, Börsengesetz 1910 § 58 II S. 292 für den Fall, daß die Geschäfte an der ausländischen Börse auf Grund gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften nach Art des § 50 BörsG zugelassen sind). §§ 58, 50 BörsG enthalten eine Ausnahmeregelung für den nach deutschem Recht sonst zulässigen Spiel- und Differenzeinwand, die auf ausländische Verhältnisse nicht ohne weiteres übertragen werden kann. Wann die Gleichstellung eines ausländischen Zulassungsverfahrens mit einem solchen nach § 50 BörsG stattzufinden hätte, wäre wegen der Verschiedenheit der Organisation der Börsen und des Zustandekommens ihrer Notierungen auch von Sachverständigen kaum zuverlässig zu beurteilen, jedenfalls von den Beteiligten nicht zu übersehen. Die Änderung der Rechtsprechung würde daher eine erhebliche Unsicherheit zur Folge haben, für welche Differenzgeschäfte der Einwand ausgeschlossen ist. Eine Ausdehnung der §§ 58, 50 BörsG könnte sachgerecht nur auf Grund einer gesetzlichen Regelung durchgeführt werden, die die Anerkennung von bestimmten ausländischen Zulassungsverfahren vorsähe.

Mit Einwendungen wegen des Spekulationscharakters eines als Differenzgeschäft abgeschlossenen Warentermingeschäfts muß jeder Ausländer rechnen, denn solche Beschränkungen der Wirksamkeit sind international. Über sie kann sich der ausländische Partner unterrichten und Sicherheiten fordern, die ihm verbleiben. Eine "Rechtsverweigerung gegenüber dem Ausland" (so Hoeniger aaO) liegt nicht vor. Das

Reichsgericht hat daher keinen Anlaß gesehen, mit seiner ständigen Rechtsprechung zu brechen, wie Hoeniger es für nötig hielt. Auch angesichts der seit dem Erlaß des Börsengesetzes verstärkten internationalen Wirtschaftsbeziehungen besteht kein Grund, die Frage des bürgerlichen Rechts, inwieweit reine Spekulationen im Warenterminhandel an ausländischen Börsen in Gestalt von Differenzgeschäften zuzulassen ist, nunmehr abweichend von einer klaren und eindeutigen, im neueren Schrifttum durchweg ohne nähere Erörterung und ohne irgendwelche Bedenken gebilligten Auffassung (vgl. die Kommentare zu § 764 BGB) zu entscheiden, auf die sich die Beteiligten im In- und Ausland einstellen können.

Der Senat sieht nach alledem keinen gerchtfertigten Grund, jetzt im Wege einer erweiternden, in der praktischen Anwendung zu unsicheren Ergebnissen führenden Auslegung des § 58 BörsG den börsentermingeschäftsfähigen Personen den vollwirksamen Abschluß von Differenzgeschäften im ausländischen Warenterminhandel zu ermöglichen.

IV. Die Revision stellt das angefochtene Urteil auch insoweit zur Nachprüfung, als es annimmt, daß dem Spiel- und Differenzeinwand keine Arglist des Beklagten und kein Verstoß gegen die guten Sitten entgegensteht. Das Reichsgericht (z.B. RGZ 146, 190) hat § 826 BGB nur in ganz besonderen Ausnahmefällen herangezogen, um einen begründeten Differenzeinwand auszuschalten. Auch wenn der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung bereits unter den Voraussetzungen des § 242 BGB gewährt wird, ist dem Berufungsgericht zu folgen, daß nach dem vorliegenden Sachverhalt ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu verneinen ist (S. 16 BU). Die Zahlung eines Zwischensaldos von 300 £ ergab zwar,

daß der Beklagte damals keinen Differenzeinwand erheben wollte, aber er war nicht gehindert, später auf den Schutz des Gesetzes zurückzugreifen. Der Umstand, daß er ein von der Klägerin verpflichteter Spezialist war und (wie unterstellt) Kommissionsaufträge gleicher Art für die Klägerin entgegennahm, ändert nichts daran, daß es inoffizielle Geschäfte waren, auf deren vollwirksamen Bestand die Klägerin nicht vertrauen durfte. Auch die arbeitsrechtliche Treuepflicht, auf die die Revision verweist, hindert den Beklagten als Angestellten nicht, sich auf den Differenzeinwand zu berufen; denn insoweit ist er Kunde der Klägerin wie jeder Dritte gewesen.

Stempel

Fleck

Liesecke

Dr. Bauer

Dr. Schulze