

BUNDESGERICHTSHOF

III ZR 46/88

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

1. der Kauffrau Sabine P [REDACTED],
T [REDACTED]promenade [REDACTED], B [REDACTED],
2. der Firma S [REDACTED] G [REDACTED] GmbH & Co.
B [REDACTED]-KG,
vertreten durch die Firma S [REDACTED] G [REDACTED]
GmbH, beide geschäftsansässig E [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],
letztere vertreten durch ihre Geschäftsführerin, die
Kauffrau Heide S [REDACTED], D [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED],

Klägerinnen und Revisions-
klägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED]-

g e g e n

die A [REDACTED]-B [REDACTED], Aktiengesellschaft A [REDACTED] D [REDACTED] C [REDACTED]-
A [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand Walter A. K [REDACTED],
Leo J.H.M. S [REDACTED] und Karl-Friedrich T [REDACTED], Niederlas-
sung B [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WIII

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Kröner, Dr. Halstenberg, Dr. Werp und Dr. Rinne am 26. Januar 1989 gemäß § 554 b Abs. 1 ZPO in der Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht (Beschluß vom 11. Juni 1980 - 1 PBvU 1/79 - NJW 1981, 39)

beschlossen:

Die Revision der Klägerinnen gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 8. Januar 1988 - 17 U 6019/86 wird nicht angenommen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden zu 1/3 der Klägerin zu 1), zu 2/3 der Klägerin zu 2) auferlegt (§ 97 Abs. 1, 100 Nr. 1 ZPO).

Streitwert: 1.350.000,-- DM

Gründe:

Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch Aussicht auf Erfolg.

1. Grundsätzliche Bedeutung mißt die Revision ihrem Einwand zu, die Vereinbarungen der Beklagten mit dem Zeudenten vom 21. Dezember 1984 seien nach § 134 BGB unwirksam, weil die Gewährung von Darlehen zum Ankauf von Wertpapieren nach der - gemäß § 62 Abs. 1 Satz 2 KWG aufrechterhaltenen - Anordnung des Reichswirtschaftsministers vom 25. September 1941 (RWMBI 1941, 320) untersagt sei. Der Senat hat hierzu bisher zwar nicht ausdrücklich Stellung genommen. Zur Ablehnung der von der Revision vertretenen Auffassung bedarf es jedoch nicht der mündlichen Verhandlung und der Entscheidung durch Urteil. Bereits im März 1955 hat der Bundeswirtschaftsminister - in Übereinstimmung mit dem Zentralbankrat - die Fortgeltung der zitierten Anordnung verneint (WM 1955, 427). Auch wenn eine förmliche Aufhebung nicht erfolgte, ist die Stellungnahme des Bundeswirtschaftsministers in der Folgezeit für die Praxis maßgebend gewesen, ohne daß dagegen durchgreifende Bedenken erhoben worden wären. Im Schriftum wird daher zumindest eine gewohnheitsrechtliche Derogierung des Verbots bejaht (Canaris Bankvertragsrecht 2. Aufl. Rdnr. 1364). Auch der erkennende Senat billigt die herrschende Auffassung.

2. Keiner weiteren Erörterung bedarf die rechtliche Problematik der Darlehensgewährung für Differenz- und Börsentermingeschäfte. Nach den vorliegenden Vertragsunterlagen ist nämlich das Berufungsgericht mit Recht davon



ausgegangen, daß keine Zeit-, sondern nur Kassageschäfte (vgl. § 29 BörsG; zur Abgrenzung BGHZ 103, 84 = BGHR BörsG vor § 50 - Kassageschäft 1 und 2 -) vereinbart waren und auch durchgeführt worden sind. Bei echten Kassageschäften aber scheidet eine Anwendung der §§ 50 ff. BörsG wie auch des § 764 BGB aus. Die Tatsache, daß der Zedent keine Vermögensanlage beabsichtigte, sondern nur zu Spekulationszwecken handelte, ist bei Kassageschäften für deren Wirksamkeit ohne Bedeutung.

3. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn ein verdecktes Termingeschäft vorläge, etwa weil schon bei Abschluß des Anschaffungsgeschäfts die Weiterveräußerung zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgesehen war (vgl. RG HRR 1937, 855; BGHZ 103, 84 zu II. 2. und 3.), oder wenn das Kassageschäft dem Spieleinwand nach § 762 BGB ausgesetzt wäre, weil beide Parteien sich einig waren, daß die Beklagte jeweils die vom Zedenten bezeichneten Wertpapiere in Wahrheit gar nicht kaufen oder verkaufen sollte, sondern daß nur die Kursentwicklung dieser Papiere darüber entscheiden sollte, was und von wem zu zahlen sei (vgl. RGZ 52, 250, 251; BGH aaO zu II. 3.).

Mit Recht hat das Berufungsgericht aber insoweit einen hinreichend substantiierten Tatsachenvortrag der Klägerin verneint. Auch die Umstände, deren unzureichende Berücksichtigung die Revision gemäß § 286 ZPO rügt, reichen als Indizien für die Feststellung eines verdeckten Zeit- oder Spielgeschäfts nicht aus. Insbesondere läßt sich aus der früheren Geschäftsabwicklung zwischen dem Zedenten und dem Makler H. (vgl. BGH, Urt. v. 14. Dezember 1987

- II ZR 89/87 = WM 1988, 289) nicht auf die später mit der Beklagten geschlossenen Vereinbarungen schließen. Gegen die Annahme eines verdeckten Spielvertrags sprechen die Interessen der Bank: Während sie aufgrund der Vereinbarungen gemäß den vorliegenden Unterlagen nur das Risiko der Durchsetzung ihrer Darlehens- und Provisionsansprüche trug, hätte sie bei einer Vereinbarung der von den Klägerinnen behaupteten Art das volle Risiko der von dem Zedenten erwarteten Kurssteigerungen übernommen.

4. Auch soweit sich die Klägerinnen hilfsweise auf die Unwirksamkeit der Nachschuß- und Exekutionsklausel berufen, können sie nicht durchdringen. Wenn es sich insoweit überhaupt um eine vorformulierte Bedingung im Sinne des § 1 AGBG handeln sollte, sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zu § 9 AGBG nicht zu beanstanden. Die Revision verweist insoweit auf § 10 Nr. 5 AGBG, räumt aber selbst ein, daß die Voraussetzungen dieser Norm nicht vorliegen. Die Klausel enthält trotz ihres Wortlauts ("Es gilt als vereinbart ...") überhaupt nicht die Fiktion einer Vertragserklärung, sondern eine tatsächlich geschlossene Vereinbarung.

5. Mit Recht hat das Berufungsgericht es der Klägerin zu 1 auch versagt, sich darauf zu berufen, das Schreiben vom 10. Juli 1985 sei dem Zedenten nicht wirksam zugegangen. Auch nach Auffassung des Senats oblag es dem Zedenten aufgrund der getroffenen Vereinbarungen, vor seiner Afrikareise geeignete Vorkehrungen dafür zu treffen, daß er selbst oder ein Vertreter im - jederzeit möglichen - Falle erheblicher

Kurssenkungen erreichbar war und die erforderlichen Maßnahmen treffen konnte.

Vergeblich beruft sich die Revision darauf, das Berufungsgericht habe die Besonderheiten der bestehenden Geschäftsverbindung nicht umfassend gewürdigt und nicht hinreichend berücksichtigt, daß der Zedent die Beklagte von seiner Reise vorher unterrichtet habe. In welcher Weise daraufhin der - als Zeuge benannte - Vertreter der Beklagten zu erkennen gegeben haben soll, daß diese keinen Wert auf entsprechende Vorkehrungen des Zedenten lege, ist nicht substantiiert dargelegt. Deshalb hat das Berufungsgericht eine Beweisaufnahme darüber mit Recht abgelehnt.

6. Die Beklagte war schließlich auch nicht verpflichtet, mit der Exekution bis zur Rückkehr des Zedenten zu warten. Hinreichend sichere Kursvorhersagen waren nicht mög-

lich; die Beklagte brauchte sich angesichts der getroffenen Vereinbarung nicht auf das Risiko eines weiteren Kursverfalls einzulassen.

Krohn

Kröner

Halstenberg

Werp

Rinne