

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ:               nein

---

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

§ 58 BörsG ist auf ausländische Börsentermingeschäfte und Aufträge dazu auch dann nicht entsprechend anzuwenden, wenn an der ausländischen Börse gleiche oder ähnliche Bestimmungen für die Zulassung von Waren zum Börsenterminhandel gelten, wie sie § 50 BörsG vorschreibt (Bestätigung von BGHZ 58, 1).

BGB §§ 387, 390; BörsG §§ 56, 58 Abs. 2

Durch §§ 56, 58 Abs. 2 BörsG wird nur die Aufrechnung mit unverbindlichen Forderungen aus offiziellen Börsentermingeschäften zugelassen, nicht aber mit Forderungen aus inoffiziellen Börsentermingeschäften, die dem Differenzeinwand unterliegen.

BGH, Urt. v. 16. März 1981 - II ZR 110/80 - KG Berlin  
LG Berlin

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 110/80

### URTEIL

**Verkündet am**

16. März 1981

Spengler

Justizangestellte

**als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Gert-Wolf H [REDACTED], F [REDACTED]-K [REDACTED]-Straße 27,  
B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die S [REDACTED] & Co. Metallhandelsgesellschaft mbH,  
vertreten durch ihre Geschäftsführer Kaufmann Hans Z [REDACTED]  
und Kaufmann Dieter K [REDACTED], N [REDACTED]straße 6, B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

25

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 1981 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Fleck, Dr. Bauer, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 12. Mai 1980 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten aus abgetretenem Recht seiner Schwester, Frau P [REDACTED], die Auszahlung eines Gewinns aus Warentermingeschäften.

Die verklagte Handelsgesellschaft mit Sitz in Berlin besorgte im Auftrage von Frau P [REDACTED], einer italienischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Italien über längere Zeit bis Mitte 1976 Warentermingeschäfte an der Londoner Börse. Zwischen der Beklagten und ihrer Kundin bestand Einigkeit, daß es sich um Geschäfte handeln sollte, bei denen keine Ware geliefert, sondern lediglich der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem eines Gegengeschäfts gezahlt oder



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

empfangen werden sollte. Am 7. Juli 1976 hatte Frau P. bei der Beklagten ein Guthaben aus Gewinnen in Höhe von 13.947 DM. Nach Abzug des Verlustes aus dem Jahre 1975 in Höhe von 6.410 DM belief sich der Saldo zugunsten von Frau P. auf 7.536 DM. Diesen Betrag macht der Kläger geltend. Er ist der Ansicht, Frau P. hafte der Beklagten gegenüber nicht für einen weiteren Verlust von 20.896 DM aus einem am 15. Juli 1976 abgeschlossenen Warentermingeschäft, weil sie dafür keinen Auftrag erteilt habe.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger den Klaganspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht geht ohne weiteres davon aus, daß für die vertraglichen Beziehungen zwischen Frau P. und der Beklagten deutsches Recht gilt. Dies steht im Einklang mit dem Verhalten der Parteien im Rechtsstreit, die sich ausschließlich auf deutsche Rechtsvorschriften berufen haben.

In der Vorinstanz durfte offenbleiben, ob auf Frau P. ein Verlust aus dem Warentermingeschäft vom 15. Juli 1976 entfallen war und der Beklagten deswegen eine Gegenforderung in Höhe von 20.896 DM zusteht. Die Beklagte könnte damit nicht wirksam gegen die Klageforderung aufrechnen. Gemäß §§ 387, 390 BGB setzt die einseitige Aufrechnung eine klagbare Gegenforderung des aufrechnenden Schuldners voraus. Die Forderung der Beklagten aus dem Geschäft vom 15. Juli 1976 wäre aber ebenso wie die Klageforderung - wie noch darzulegen ist - ein unverbindlicher Anspruch aus einem Differenzgeschäft. Soweit das Börsengesetz in §§ 56 und 58 Abs. 2 die Aufrechnung mit unverbindlichen Forderungen aus Börsentermingeschäften ausnahmsweise zuläßt, gilt das für Forderungen, die aus offiziellen und nicht - wie hier - aus inoffiziellen Börsentermingeschäften herrühren, welche dem Differenzeinwand ausgesetzt sind (vgl. Schwark, Börsengesetz § 56 Rdnr. 2, § 58 Rdnr. 6).

Ohne Erfolg greift die Revision die Ansicht des Berufungsgerichts an, der Klage liege kein klagbarer Anspruch zugrunde.

Die Beklagte war von Frau P. beauftragt, Warentermingeschäfte zu vermitteln. Ob es sich dabei um ein Kommissions- oder sonstiges Geschäftsbesorungsverhältnis gehandelt hat, hat das Berufungsgericht offengelassen. Darauf kommt es auch nicht an. In jedem Falle kommt ein Anspruch aus §§ 675, 667 BGB in Betracht.

Die Gewinne, die mit den Warentermingeschäften erzielt und an die Beklagte ausbezahlt worden sind, hat diese aus der Geschäftsbesorgung erlangt. Sie muß sie aber dennoch nicht an den Kläger herausgeben, weil dem Herausgabeanspruch der Differenzeinwand gemäß §§ 764, 762 BGB entgegensteht. Diesen Einwand hat die Beklagte zwar nicht erhoben; er ist jedoch von Amts wegen zu beachten.

1. Bei den Warenterminkontrakten, die die Beklagte Frau P. ■■■■ vermittelt hat, handelte es sich um ausländische Börsentermingeschäfte. Dafür gelten gemäß §§ 61 BörsG die Vorschriften der §§ 52 bis 60 BörsG, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob für sie ausländisches oder deutsches Recht gilt (vgl. SenUrt. v. 12. 6. 78 - II ZR 48/77, LM EGBGB Art. 30 Nr. 30). Auf den Auftrag - um den es hier geht - zu solchen Geschäften sind gemäß § 60 BörsG die §§ 52 bis 59 BörsG anzuwenden. Nach diesen Vorschriften hatten die der Beklagten erteilten Aufträge sogenannte inoffizielle, aber erlaubte Börsentermingeschäfte zum Gegenstand, weil Geschäfte nach Maßgabe des Börsenterminhandels einer ausländischen Börse abzuwickeln waren, also keine Zulassung durch die deutsche Börse (§ 50 BörsG) stattgefunden hatte. Im übrigen ist unstreitig, daß es sich gleichzeitig um verdeckte Differenzgeschäfte gehandelt hat, weil durch sie ohne Beziehung zum Güterumsatz aus den Schwankungen des Marktes Gewinn erzielt werden sollte (vgl. BGHZ 58, 1, 2).

2. Die Unverbindlichkeit dieser Geschäfte kann im vorliegenden Falle nicht mit dem Termineinwand begründet werden, da die Beteiligten zur Zeit der Geschäftsabschlüsse börsentermingeschäftsfähig waren. Die Beklagte ist als GmbH Vollkaufmann und deshalb gemäß § 53 Abs. 1 BörsG börsentermingeschäftsfähig. Frau P. war termingeschäftsfähig, weil sie im Inland zur Zeit der Geschäftsabschlüsse weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung hatte (§ 53 Abs. 2 Nr. 2 BörsG). Deshalb waren die Warentermingeschäfte nach den Vorschriften des Börsenrechts (§§ 61, 53 Abs. 1 BörsG) verbindlich.

3. Damit steht allerdings noch nicht fest, ob ihnen nicht der Differenzeinwand gemäß §§ 764, 762 BGB entgegensteht. Börsentermingeschäfte unterliegen grundsätzlich dem Differenzeinwand, wenn sie als (verdeckte) Differenzgeschäfte abgeschlossen worden sind. Eine Ausnahme davon macht § 58 BörsG. Danach kann gegen Ansprüche aus Börsentermingeschäften in Waren und Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind (§ 50 BörsG), derjenige, für den das Geschäft nach den Vorschriften der §§ 53, 54 und § 57 BörsG verbindlich ist, einen Einwand aus den §§ 762 und 764 BGB nicht erheben. § 58 BörsG schließt also den Differenzeinwand gegen offizielle Börsentermingeschäfte in Waren und Wertpapieren aus, die zum Börsenterminhandel an einer inländischen Börse gemäß § 50 BörsG zugelassen sind. Gegen inländische inoffizielle Börsentermingeschäfte bleibt der Einwand dagegen zulässig. Umstritten ist in Rechtsprechung und Schrifttum hingegen, ob der Differenzeinwand durch

§ 58 BörsG auch bei ausländischen Börsentermingeschäften ausgeschlossen ist, wenn an der ausländischen Börse gleiche oder ähnliche Bestimmungen für die Zulassung von Waren und Wertpapieren zum Börsenterminhandel gelten, wie sie § 50 BörsG vorschreibt.

Der Senat hat diese Frage im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts im Urteil vom 20. Dezember 1971 (BGHZ 58, 1) verneint. Daran wird trotz der Kritik im Schrifttum festgehalten (vgl. dazu Weber/Crewett, BB 1972, 596, 597; A. Horn, Das Börsentermingeschäft in Wertpapieren mit dem Ausland S. 178 ff; Schwark, DB 1975, 2261, 2263; Samtleben, RIW/AWD 1975, 501, 503; Hadding/Wagner, WM 1976, 310).

Diese Rechtsprechung geht davon aus, daß § 58 BörsG nur für Börsentermingeschäfte in Waren und Wertpapieren gilt, die nach dem in § 50 BörsG vorgeschriebenen Zulassungsverfahren an einer inländischen Börse zum Börsenterminhandel zugelassen sind, und daß deshalb der Differenzeinwand für Warentermingeschäfte an ausländischen Börsen schon nach dem Gesetzeswortlaut nicht ausgeschlossen ist. Dagegen ist eingewandt worden, wenn der Gesetzgeber den Differenzeinwand bei ausländischen Börsentermingeschäften hätte gelten lassen wollen, hätte er nur in § 61 BörsG von der Bezugnahme auf § 58 BörsG absehen brauchen. Dieser Einwand wird der Bedeutung von § 58 BörsG nicht gerecht. Zweck dieser Vorschrift ist es nicht nur, den Differenzeinwand bei offiziellen Börsentermingeschäften auszuschließen; durch sie wird

auch klargestellt, daß, soweit der Differenzeinwand nicht ausgeschlossen ist, er auch gegen Börsentermingeschäfte, welche als Differenzgeschäfte abgeschlossen sind, erhoben werden kann. Erst durch diese Bestimmung wird deutlich, daß das Börsengesetz die Frage der Verbindlichkeit von Börsentermingeschäften nicht abschließend regelt.

Auch die entsprechende Anwendung von § 58 BörsG, soweit dadurch der Differenzeinwand ausgeschlossen wird, auf ausländische Börsentermingeschäfte hat die Rechtsprechung im wesentlichen deswegen abgelehnt, weil es wegen der Verschiedenheit der Organisation der Börsen und der Zulassungsverfahren schwierig zu beurteilen sei, ob ein ausländisches Börsenzulassungsverfahren dem Verfahren nach § 50 BörsG gleichwertig sei. Dagegen ist im Schrifttum unter anderem geltend gemacht worden, diese Rechtsprechung wirke sich diskriminierend gegenüber ausländischen Börsen aus; sie sei unzeitgemäß protektionistisch und entspreche nicht dem Entwicklungsstand des internationalen Handels. Dies mag teilweise berechtigt sein. Es mag auch Gesichtspunkte geben, daß diese Rechtsprechung angesichts der heutigen Verhältnisse an den ausländischen Börsen und des Grads der internationalen wirtschaftlichen Verflechtung zum Teil zu streng ist. Dennoch sieht sich der Senat nicht in der Lage, sie zu ändern. Die rechtspolitische Entscheidung, die seit 70 Jahren praktizierte, den Vorstellungen des Gesetzgebers von damals entsprechende Rechtsprechung aufzugeben, müßte von der allgemeinen Rechtsüberzeugung getragen sein, daß dies den heutigen Verhältnissen und

Vorstellungen entspricht. Man kann jedoch sehr verschiedener Meinung darüber sein, ob es sachgerecht wäre, lediglich dem nach der bisherigen Rechtsprechung durch den Differenzeinwand geschützten Personenkreis in der Zukunft den Rechtsschutz zu verweigern, oder ob es nicht vielmehr geboten wäre, diesen Personenkreis unter zeitgerechten Gesichtspunkten neu abzugrenzen und den gesamten Bereich der hier in Betracht kommenden Geschäfte auch in sachlicher Hinsicht neu zu ordnen. Zu den durch § 53 BörsG erfaßten Personen gehören zur Zeit alle eingetragenen Kaufleute mit Ausnahme der Minderkaufleute, die "Börsenleute" und ferner Personen, die im Inlande zur Zeit des Geschäftsabschlusses weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben. Daß diese Abgrenzung den Anforderungen eines abgewogenen Rechtsschutzes nicht entspricht, liegt besonders hinsichtlich der letzten Gruppe, der "Ausländer" auf der Hand. Da sich die Börsentermingeschäfte in der Form der Warentermingeschäfte in anderer Weise entwickelt haben, als zur Zeit der Entstehung des Börsengesetzes voraussehbar war, und heute Bevölkerungskreise damit angesprochen werden, an die früher nie gedacht war, ist auch die unterschiedslose Einbeziehung aller eingetragenen Kaufleute in den Kreis der Personen, denen der Differenzeinwand verwehrt oder belassen wird, nicht gerechtfertigt. Allein das zeigt, daß der Kreis der Personen, denen § 58 BörsG den Differenzeinwand nimmt, heute vom Gesetzgeber wahrscheinlich anders abgegrenzt werden würde als dies in §§ 58, 53 BörsG geschehen ist. Ferner spricht gegen die Änderung der Rechtsprechung, daß alsdann die funktionelle Gleichwertigkeit des ausländischen Börsenzulassungsverfahrens

in jedem einzelnen Falle von den Gerichten geprüft werden müßte. Mit Recht wird in diesem Zusammenhang im Schrifttum darauf hingewiesen (Horn aaO S. 180, 181; Hadding/Wagner aaO S. 315), die moderne Gesetzgebung habe in § 2 Nr. 2 AuslInvestmG einen anderen Weg für die Feststellung der Gleichwertigkeit inländischer und ausländischer Kapitalanlegerschutzprinzipien gewiesen. Nach diesem Gesetz werden die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Vertriebs ausländischer Investmentanteile vor dessen Aufnahme durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen geprüft. Dadurch wird die einheitliche Beurteilung der maßgeblichen Kriterien und die für den Rechtsverkehr notwendige Rechtssicherheit und -klarheit gewährleistet. Eine vergleichbare gesetzliche Regelung würde den Interessen des an ausländischen Börsentermingeschäften beteiligten Publikums in höherem Maße entsprechen als die Prüfung durch die Gerichte in jedem einzelnen Fall. Diese Überlegungen zeigen, daß die Aufgabe, das Recht des Börsenterminhandels an ausländischen Börsen den heutigen Bedürfnissen anzupassen, mit den Mitteln der Rechtsprechung nicht zu bewältigen ist; dies kann nur durch den Gesetzgeber sachgerecht geschehen.

Ob die Zulassung des Differenzeinwands im bezeichneten Umfange mit dem Codex zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs, den die OECD im Jahre 1961 verabschiedet und den die Bundesrepublik Deutschland anerkannt hat, vereinbar ist (vgl. dazu Schwark, Börsengesetz Einleitung §§ 50 - 70 Rdnr. 34; Hadding/ Wagner aaO S. 314), braucht nicht entschieden zu werden, da die Übertragung jener

Grundsätze in deutsches Recht in erster Linie Sache des Gesetzgebers wäre; auch wenn man es für zulässig hält, im Wege der Rechtsprechung die Wertungen des Codex unmittelbar zu berücksichtigen, würde hier das an der schon aufgezeigten Schwierigkeit scheitern, daß dies nicht ohne Veränderung des Regelungsbereichs vertretbar erschiene und eine solche Aufgabe, wie dargelegt, von den Gerichten nicht geleistet werden könnte. Im übrigen verstößt die Zulassung des Differenzeinwands durch das deutsche Recht nicht gegen den EWG-Vertrag (vgl. EuGH, Urt. v. 24. 10. 78 - Rs 15/78, Sammlung des Gerichtshofes 1978, 1971).

Die Geschäfte zwischen Frau P. [REDACTED] und der Beklagten sind demnach dem Differenzeinwand ausgesetzt.

Daher kann der Kläger von der Beklagten als der Vermittlerin nicht die Herausgabe des Gewinns fordern (vgl. SenUrt. v. 19. 5. 80 - II ZR 269/79, WM 1980, 768).

Stimpel    Fleck    Richter am Bundes-    Bundschuh    Brandes  
                                 gerichtshof Dr. Bauer  
                                 kann urlaubshalber  
                                 nicht unterschreiben.

Stimpel