

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BörsG § 53 Abs. 2 Nr. 1

Wer im Rahmen des Geschäftsbetriebs einer GmbH planmäßig über längere Zeit in nicht unerheblichem Umfang für diese Devisentermingeschäfte in eigener Zuständigkeit betreibt, handelt berufsmäßig und ist deshalb börsentermingeschäftsfähig.

BGH, Urt. v. 25. April 1988 - II ZR 185/87 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 185/87

Verkündet am:
25. April 1988
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Wolfgang S [REDACTED], Am I [REDACTED], B [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Bankhaus W [REDACTED] & Co., vertreten durch die persönlich
haftenden Gesellschafter Ove F [REDACTED], Albert J [REDACTED],
Joachim K [REDACTED], Friedrich Graf von S [REDACTED],
T [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

WI

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Februar 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Dr. Bauer, Bundschuh, Röhricht und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 24. April 1987 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger fordert von der verklagten Bank die Zahlung des Wertes eines verpfändeten Festgeldguthabens im Betrage von 174.107,67 US-Dollar, das diese zur Abdeckung von Schulden des Klägers aus Devisentermingeschäften verwertet hat.

Der Kläger stand mit der Beklagten seit 1983 in Geschäftsverbindung, in deren Rahmen er für seine persönlichen Zwecke Devisentermingeschäfte abgeschlossen hat. Als sich im Sommer 1985 erhebliche Verluste abzeichneten und der Kläger sich weigerte, die Sicherheiten zu erhöhen, kündigte die Beklagte die Geschäftsverbindung, verwertete das Festgeldguthaben und errechnete zum 30. September 1985 einen Schuldenstand des Klägers von 149.881 DM.

Der Kläger ist der Ansicht, die Devisentermingeschäfte seien unverbindlich. Er sei nicht verpflichtet, die daraus entstandenen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Deshalb sei die Beklagte auch nicht berechtigt gewesen, sein Festgeldguthaben zu verwerten.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 174.107,67 US-Dollar nebst 6,87 % Zinsen seit 1. Oktober 1985 zu bezahlen. Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

Sie ist der Ansicht, die Devisentermingeschäfte seien wirksam gewesen, weil der Kläger börsentermingeschäftsfähig sei. Er habe nämlich seit Jahren berufsmäßig solche Geschäfte getätigt. Dies leitet die Beklagte aus folgendem unstreitigen Sachverhalt her:

Der Kläger, der von Beruf Richter ist, ist neben seiner 13jährigen Tochter zu 90 % als Gesellschafter an der T■■■■-S■■■-Grundstücksgesellschaft mbH beteiligt. Zweck der Gesellschaft ist der Handel mit in- und ausländischen Grundstücken und die Bebauung eigener Grundstücke für eigene Rechnung. Die T■■■■-S■■■-GmbH stand ebenfalls mit der Beklagten in Geschäftsverbindung. Sie wurde dabei vom Kläger, der allerdings nicht Geschäftsführer war, vertreten. Der Kläger begann im Februar 1984 als Vertreter des Geschäftsführers für die T■■■■-S■■■-GmbH planmäßig Devisentermingeschäfte mit der Beklagten abzuschließen. Zur Absicherung der Beklagten verbürgte er sich im November 1983 für die T■■■■-S■■■-GmbH selbstschuldnerisch bis zum Höchstbetrage von 1,6 Mio DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; die Berufung des Klägers blieb erfolglos (vgl. den Abdruck des Berufungsurteils in WM 1987, 1096). Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob die Devisentermingeschäfte, die der Kläger für sich persönlich abgeschlossen hat, rechtswirksam waren und klagbare Verbindlichkeiten erzeugten. War dies der Fall, so war die Beklagte berechtigt, sich wegen ihrer Forderungen aus diesen Geschäften aus dem ihr verpfändeten Festgeldguthaben zu befriedigen, nachdem der Kläger die Zahlung verweigert hatte.

II. Die Devisentermingeschäfte waren verbindlich.

1. Devisentermingeschäfte sind erlaubte, aber - da es an den Börsen der Bundesrepublik Deutschland einen amtlich zugelassenen Devisenterminhandel nicht gibt - inoffizielle Börsentermingeschäfte (Sen.Urt. v. 15.10.1979

- II ZR 144/78, LM BGB § 762 Nr. 5 = WM 1979, 1381; Bundschuh, WM 1986, 725, 726). Nach § 52 BörsG ist ein nicht verbotenes Börsentermingeschäft nur nach Maßgabe der §§ 53 bis 56 BörsG wirksam. Gemäß § 53 BörsG ist das Geschäft verbindlich, wenn auf beiden Seiten als Vertragsschließende Vollkaufleute oder ihnen gleichgestellte Personen beteiligt sind. Vollkaufmann ist zwar die Beklagte als offene Handelsgesellschaft gemäß § 6 Abs. 1 HGB, nicht

aber der Kläger. Hieran ändert sich auch nichts dadurch, daß er, wie noch darzulegen sein wird, die Geschäfte der T-S-GmbH wie ein Geschäftsführer geführt hat, weil auch der GmbH-Geschäftsführer kein Kaufmann ist. Die Börsentermingeschäftsfähigkeit könnte der Kläger daher nur gemäß § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG erworben haben, wenn er zur Zeit des Geschäftsabschlusses der umstrittenen Eigengeschäfte oder früher berufsmäßig Börsentermingeschäfte betrieben hat. Hiervon ist das Berufungsgericht zu Recht ausgegangen.

2. Allerdings hat der Kläger die im eigenen Namen abgeschlossenen Devisentermingeschäfte nicht berufsmäßig i.S. des § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG betrieben.

Der Vorschrift des § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG liegt der Gedanke zugrunde, daß diejenige Person, die Börsen- oder Bankgeschäfte berufsmäßig betreibt oder betrieben hat, im allgemeinen über ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen verfügt und daher sowenig des staatlichen Schutzes bedarf, wie der sich am spekulativen Börsenterminhandel beteiligende Vollkaufmann. Voraussetzung für den Erwerb der Termingeschäftsfähigkeit ist allerdings, daß von einer beruflichen Erfahrung auf dem Gebiet des Börsenterminhandels ausgegangen werden kann. Eine außerhalb des Berufs begründete Gewohnheitsmäßigkeit genügt nicht. Insbesondere ist der gewohnheitsmäßige Börsenspekulant, mag er in Börsentermingeschäften auch noch so bewandert sein, nicht termingeschäftsfähig. Zwar kann dies zu unerfreulichen Ergebnissen führen. Der Gesetzgeber hat das aber in Kauf

genommen, weil er das Merkmal der Gewohnheitsmäßigkeit wegen seiner Dehnbarkeit vermeiden wollte (vgl. dazu Nußbaum, Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts 4. Bd., 2. Abteilung S. 646). Jedoch bereitet die Abgrenzung zwischen einer nur gewohnheitsmäßigen und einer berufsmäßigen Teilnahme am Börsenterminhandel nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Über diese hilft auch die allgemein gültige Definition des "Berufs" nicht hinweg, wonach unter Berufsausübung jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende Tätigkeit verstanden wird, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient (vgl. u.a. Maunz-Dürig-Herzog, Komm. z. Grundgesetz, Art. 12 Rz. 18 m.w.N.). Denn ob der gewohnheitsmäßige Spekulant an der Börse nur sein Glück versucht, oder in der Absicht handelt, sich mit Hilfe der erwarteten Gewinne eine der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dienende Einnahmequelle zu erschließen, läßt sich im allgemeinen nicht zuverlässig feststellen. Zum Schutze des Vertragspartners sowie im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bedarf es daher eines weiteren Abrenzungskriteriums. Dieses kann nur darin gesehen werden, daß für eine berufsmäßige Teilnahme am Börsenterminhandel i.S. des § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG ein planmäßiger Geschäftsbetrieb zu verlangen ist (vgl. OLG Hamburg OLGE 34, 72 f; Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, V. Bd., 1. Hälfte, 3. Aufl. Anh. II Anm. 68; vgl. auch Nußbaum, Komm. z. BörsG, 1910, Anm. IV a). Um diese Voraussetzung bejahen zu können, müssen bestimmte Umstände - wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation zur Durchführung der Börsentermingeschäfte - gegeben sein, die die Verhaltensweise

des Betroffenen von der häufig anzutreffenden privaten Teilnahme am Börsenterminhandel unterscheidet (vgl. auch BFHE 140, 82, 86 = ZIP 1984, 630 zur Frage, unter welchen Voraussetzungen Gewinne aus spekulativen Termingeschäften nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG steuerpflichtig sind; siehe dazu auch Ebenroth/Eisele, ZIP 1988, 205, 217). Danach kann im vorliegenden Fall ein berufsmäßiges Handeln des Klägers bei seinen privaten Geschäften gemäß § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG nicht in Betracht kommen. Zwar mag eine gewohnheitsmäßige Beteiligung am Börsenterminhandel anzunehmen sein. Es liegen aber keine Umstände vor, aus denen auf eine sich vom Börsenverkehr des Privatpublikums unterscheidende Verhaltensweise geschlossen werden könnte.

3. Hingegen ergibt sich die Termingeschäftsfähigkeit des Klägers bei Abschluß der streitigen Privatgeschäfte daraus, daß er Börsentermingeschäfte der T■■■■-S■■■■-GmbH wie ein Geschäftsführer und somit i.S. des § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG berufsmäßig betrieben hat.

a) Die Anwendung des § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG setzt nicht voraus, daß die Börsen- oder Bankiergeschäfte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung abgeschlossen werden; die Termingeschäftsfähigkeit kann vielmehr auch Gesellschaftsorganen oder Angestellten zukommen, sofern der Betrieb von Börsentermin- oder Bankgeschäften zu ihren beruflichen Aufgaben gehört (vgl. RGZ 89, 90 f). Nach Sinn

und Zweck des § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG muß freilich nach der Art des Geschäftsbetriebes auf eine berufliche Geschäftserfahrung des Organs oder Angestellten geschlossen werden können, die es gerechtfertigt erscheinen läßt, diese Personen an privat abgeschlossene Börsentermingeschäfte zu binden. Hierfür ist allerdings nicht zu verlangen, daß die berufliche Tätigkeit überwiegend im Abschluß von Börsentermingeschäften bestanden hat. Denn ein berufsmäßiger Betrieb von Börsentermingeschäften setzt nicht voraus, daß der Geschäftsbetrieb hauptsächlich oder auch nur wesentlich diesen Geschäften gewidmet ist. Der gleichen könnte nämlich nur für die gemäß § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG ohnehin für termingeschäftsfähig erklärten Börsenbesucher und möglicherweise für einzelne Bankiers in Betracht kommen, so daß die Statuierung der Termingeschäftsfähigkeit als Folge berufsmäßigen Börsenterminhandels tatsächlich gegenstandslos würde (vgl. dazu Nußbaum, BörsG aaO). Zwar mag zweifelhaft sein, ob für die Begründung der Termingeschäftsfähigkeit in jedem Fall bereits genügt, daß der Beruf überhaupt den Abschluß von Börsentermingeschäften mit sich bringt (so Nußbaum, aaO; ferner Kümpel/Häuser, Börsentermingeschäfte S. 90), oder ob jedenfalls ein als Erfahrungsbasis geeigneter Teil der beruflichen Tätigkeit in dem Abschluß derartiger Geschäfte bestanden haben muß (so Schwark, BörsG § 53 Rz. 7). Welcher Ansicht der Vorzug zu geben wäre, kann aber dahingestellt bleiben. Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es hier nicht, weil nach der nicht angegriffenen Feststellung

des Berufungsgerichts von einer planmäßigen Beteiligung der T-S-Gesellschaft in nicht unerheblichem Umfange am Börsenterminhandel auszugehen ist. Das Berufungsgericht hat dies zu Recht daraus hergeleitet, daß die GmbH in der Zeit von Februar 1984 bis September 1985 mehr als zwanzig Börsentermingeschäfte mit der Beklagten abgeschlossen hat. Ferner ist unstreitig, daß das Volumen der Geschäftsabschlüsse allein in den Monaten von Februar bis August 1985 rund 13 Mio. DM betrug. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß sich die GmbH in einer Weise am Börsenterminhandel beteiligt hat, die dem für sie handelnden Kläger jene "Erfahrungsbasis" geboten hat.

b) Allerdings war der Kläger weder Geschäftsführer noch Angestellter der GmbH. Dies steht aber der Annahme eines berufsmäßigen Handelns gemäß § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG nicht entgegen. Denn berufsmäßig handelt auch, wer Börsentermingeschäfte für eine Gesellschaft wie deren geschäftsführendes Organ nach eigenem Ermessen betreibt. Davon ist hier auszugehen. Der Kläger ist der Beklagten gegenüber für die GmbH aufgetreten und besaß insoweit Vertretungsmacht. Nach der unwidersprochen gebliebenen Behauptung der Beklagten hat der damalige Geschäftsführer der GmbH, ein Bürovorsteher einer Anwalts- und Notariatskanzlei, nur Strohmannfunktion gehabt. Daraus folgt, daß der Kläger nach eigenem Ermessen für die Gesellschaft zu handeln imstande war.

Schließlich ist unerheblich, daß der Kläger für die Gesellschaft neben seinem Richterberuf tätig geworden ist. Bedeutung kann diesem Umstand nicht zukommen, weil das

Gesetz nur verlangt, daß eine berufsmäßige Teilnahme am Börsenterminhandel vorliegt, die auf eine Geschäftserfahrung schließen läßt. Diese Voraussetzung kann - wie der vorliegende Fall zeigt - auch dann erfüllt sein, wenn die betreffende Person mehreren Berufen nachgeht.

c) Da der Kläger berufsmäßig für die GmbH Börsentermingeschäfte betrieben hat, ist er an die im eigenen Namen vorgenommenen Geschäftsabschlüsse gebunden. Das Berufungsgericht hat mit zutreffender Begründung angenommen, daß der Kläger die berufsmäßige Tätigkeit für die Gesellschaft bereits ausgeübt hat (§ 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG), bevor es zum Abschluß der mit Verlusten endenden privaten Devisentermingeschäfte kam. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts rühren die Verluste, wegen derer die Beklagte das verpfändete Festgeldguthaben verwertet hat, aus Devisentermingeschäften her, die erst 1985 abgeschlossen worden sind.

Dem Kläger steht nach allem der Termineinwand gemäß §§ 52, 53 BörsG gegen die mit der Beklagten abgeschlossenen privaten Börsentermingeschäfte nicht zu.

4. Damit steht allerdings noch nicht fest, daß die Geschäfte verbindlich sind. Devisentermingeschäfte sind gleichzeitig auch verdeckte Differenzgeschäfte, wenn bei ihnen lediglich der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem des Gegengeschäfts von dem einen oder anderen Teil geleistet und damit ohne Beziehung zum Güterumsatz aus den Schwankungen des Marktes Gewinne erzielt

werden sollen (Sen.Urt. v. 15.10.1979 aaO und BGHZ 58, 1 mit Anmerkung von Liesecke, LM BGB § 762 Nr. 2). Das Berufungsgericht hat allerdings nicht festgestellt, ob diese Voraussetzungen für die Devisentermingeschäfte des Klägers zutreffen. Darauf kommt es aber auch nicht an, denn selbst wenn unterstellt wird, daß es sich um verdeckte Differenzgeschäfte gehandelt hat, würde der Differenzeinwand dem Kläger nicht zustehen.

Inoffizielle Börsentermingeschäfte, die gleichzeitig Differenzgeschäfte sind, unterliegen zwar grundsätzlich dem von Amts wegen zu beachtenden Differenzeinwand gemäß §§ 764, 762 BGB, auch wenn beide Geschäftspartner börsentermingeschäftsfähig sind. Dies gilt jedoch kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nicht für Börsentermingeschäfte in Devisen. Nach § 96 Abs. 3 BörsG kann bestimmt werden, daß die Vorschrift des § 58 BörsG, die den Differenzeinwand bei offiziellen Börsentermingeschäften für beiderseits termingeschäftsfähige Partner ausschließt, auch auf Börsentermingeschäfte in ausländischen Zahlungsmitteln, die zum (amtlichen) Börsenterminhandel nicht zugelassen sind, Anwendung finden. Von dieser Ermächtigung ist durch die weiterhin gültige Verordnung des Reichswirtschaftsministers vom 7. März 1925 (RGBl. I S. 20) Gebrauch gemacht worden. Dadurch sind die inoffiziellen Börsentermingeschäfte in Devisen hinsichtlich des Differenzeinwandes den offiziellen Börsentermingeschäften gleichgestellt worden. Der Differenzeinwand ist also gemäß § 58 BörsG ausgeschlossen, wenn die Vertragsschließenden - wie hier - börsentermingeschäftsfähig sind (Sen.Urt. v. 15.10.1979 aaO).

Die privaten Devisentermingeschäfte des Klägers waren somit verbindlich. Die Beklagte war deshalb berechtigt, sich aus dem verpfändeten Festgeldguthaben zu befriedigen. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht als unbegründet abgewiesen.

Dr. Kellermann

Dr. Bauer

Bundschuh

Richter am Bundesgerichtshof Röhricht und Dr. Henze befinden sich in Urlaub und können deshalb nicht unterschreiben.

Dr. Kellermann