

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

30

BGB § 762 Abs. 2; BörsG §§ 55, 59, 64

Ein Schuldanerkenntnis, durch das der Vertragspartner des verlierenden Teils diesem gegenüber eine Zahlungsverpflichtung eingeht, ist nicht unwirksam, weil ihm - bereits abgewickelte - Differenz- oder Börsentermingeschäfte zugrunde liegen.

BGH, Urt. v. 14. Dezember 1987 - II ZR 89/87 - Kammergericht
Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

30

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 89/87

Verkündet am:
14. Dezember 1987
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Gustav S [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED],
B [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

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

gegen

den Börsenmakler Gerhard H [REDACTED], U [REDACTED]
Weg [REDACTED], H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

30

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Bundschuh, Brandes, Röhrich und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 16. Januar 1987 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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 erstrebt mit der Klage, daß die Zwangsvollstreckung aus einem von ihm dem Beklagten erteilten vollstreckbaren notariellen Schuldanerkenntnis über 750.000 DM für unzulässig erklärt wird.

Die Parteien vereinbarten im Mai 1983 miteinander Börsengeschäfte abzuwickeln. Über den damals als Freimakler an der B■■■■■ Börse zugelassenen Kläger sollten nach Weisung und für Rechnung des Beklagten mit möglichst geringem Kapitalaufwand Wertpapiergeschäfte getätigt werden. Der Kläger errichtete zu diesem Zweck bei der A■■■■-Bank in B■■■■ ein auf seinen Namen lautendes Konto und ein Depot. Der Beklagte verbürgte sich für Ansprüche der Bank gegen den Kläger aus diesem Konto.

Der Beklagte, der nicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist, erteilte dem Kläger Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren, die dieser als Aufgabegeschäfte (von den Parteien auch als "Folgtscheingeschäfte" bezeichnet), bei denen die Benennung eines Vertragspartners offenbleibt, an der Börse ausführte. Diese Geschäfte mußten, wenn sich der Kläger die Benennung des Käufers vorbehalten hatte, gegenüber anderen Banken innerhalb von 3 und gegenüber der A■■■■-Bank von 21 Tagen aufgelöst werden. Bis dahin mußten sie nicht erfüllt werden. Wollte der Beklagte z.B. gekaufte Papiere über diesen

Zeitpunkt in seinem "Bestand" halten, etwa weil der Kurs gesunken war und er mit einem Steigen rechnete, fand vereinbarungsgemäß eine sogenannte "Drehung" statt, durch die die Papiere "frischgemacht" wurden und erneut als Aufgabengeschäfte zu Buche standen. Auf diese Weise wurde erreicht, daß die umfangreichen Geschäfte nie erfüllt werden mußten. Der Beklagte hatte dem Kläger die bei diesen Geschäften entstandenen Minus-Differenzen auszugleichen; andererseits hatte er Anspruch auf die Gewinne. Der Kläger berechnete für jedes Geschäft 0,1 % Courtage. Für Geschäfte, die über das A-[REDACTED]-Konto des Klägers (auch "Folgt-scheinkonto" genannt) liefen, fielen in der ersten Zeit für die Bank 0,35 % Provision und 10 % Zinsen an, die später etwas gesenkt wurden. Der Kläger erteilte dem Beklagten täglich eine Abrechnung. Alle 14 Tage wurden die Differenzen aus glattgestellten Positionen zwischen den Parteien durch Zahlungen ausgeglichen.

Am 21. Juni 1984 übergab der Kläger dem Beklagten einen auf den 15. Juli 1984 vordatierten Scheck über 90.000 DM. Dieser sollte nach dem Vortrag des Beklagten zum Ausgleich eines durch unrichtige Abrechnung entstandenen Schadens dienen. Am 11. Juli 1984 rief der Beklagte bei der A-[REDACTED]-Bank an und bat, den gesamten auf dem "Folgt-scheinkonto" des Klägers vorhandenen Wertpapierbestand zu verkaufen. Dabei entstand wegen Kursrückgangs auf dem Konto ein Schuldsaldo in Höhe von 1.193.423,04 DM, für den die A-[REDACTED]-Bank den Beklagten als Bürgen in Anspruch nahm. Nach der Abrechnung des Klägers hat der Beklagte während der Geschäftsverbindung der Parteien einen Verlust von

insgesamt rund 2,5 Mio DM erlitten, während der Beklagte seinen Verlust "bei ordnungsgemäßer Abrechnung" durch den Kläger mit ca. 1,5 Mio DM beziffert.

Nachdem der Scheck über 90.000 DM am 13. Juli 1984 nicht eingelöst worden war, erwirkte der Beklagte am 19. Juli 1984 gegen den Kläger einen Arrestbefehl wegen eines Anspruchs in Höhe von 1.390.000 DM "aus Verträgen (Börsengeschäften)". Während des Widerspruchsverfahrens kam es zu Gesprächen über die Abrechnung der Geschäfte. Am 27. Juni 1984 forderte der Beklagte den Kläger auf, ein notarielles Schuldanerkenntnis über 750.000 DM zu unterzeichnen, andernfalls werde er Strafanzeige wegen Betruges erstatten. Daraufhin ließ der Kläger folgende vorbereitete Erklärung notariell beurkunden:

"Schuldanerkenntnis

In der Zeit vom 1. Juni 1983 bis zum 20. Juli 1984 habe ich mit dem Kunden Gustav S. (Beklagter) ... Börsengeschäfte abgewickelt. Hiermit bekenne ich, Herrn S. einen Betrag in Höhe von DM 750.000 zu schulden. Dieser Betrag ist sofort zur Zahlung fällig.

Ich verzichte hiermit auf jegliche Einwendungen gegen die von mir anerkannte Forderung des Herrn S. und deren Geltendmachung durch Herrn S.

Der Betrag von DM 750.000 ist ab heute mit 20 % p.a. zu verzinsen. ...

Wegen des vorbezeichneten Betrages in Höhe von DM 750.000 nebst 20 % Zinsen p.a. ab heute unterwirft sich der Erschienene der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen ..."

Der Beklagte begann - nach dem Vortrag des Klägers entgegen der Zusage, daß das Schuldanerkenntnis lediglich als Sicherheit für ein etwaiges Guthaben des Beklagten aus der Abrechnung dienen sollte - sofort mit der Zwangsvollstreckung, gegen die sich der Kläger mit der vorliegenden Klage zur Wehr setzt.

Am 19. September 1984 schlossen die Parteien im Arrestverfahren einen gerichtlichen Vergleich. Dieser sieht u.a. vor, daß die Parteien bis zum 15. Oktober 1984 eine gemeinsame Abrechnung erstellen. Bis zu diesem Tage sollte die Zwangsvollstreckung gehemmt sein. Weiter wurde vereinbart, daß der Beklagte auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verzichtet, wenn sein Sicherungsbedürfnis nach der Abrechnung den Betrag von 1.050.000 DM nicht erreicht. Eine gemeinsame Abrechnung ist nicht zustandegekommen.

Der Kläger hält das Schuldanerkenntnis für unwirksam, weil er durch Drohung dazu genötigt worden sei und es deshalb angefochten habe. Außerdem schulde er dem Beklagten nichts mehr, sondern habe noch 155.000 DM zu bekommen. Der Kläger macht außerdem geltend, bei den Geschäften mit dem Beklagten habe es sich um Differenzgeschäfte gehandelt. Auf beiden Seiten habe die Absicht bestanden, diese Geschäfte niemals zur Erfüllung kommen zu lassen, sondern vorher durch Abschluß eines Gegengeschäfts das Engagement auf die Differenz zu reduzieren. Es hätten ausschließlich aus den Schwankungen der Börsenkurse Gewinne erzielt werden sollen. Diese Spielgeschäfte hätten sich konkret darin niedergeschlagen, daß lediglich die Kursdifferenzen

zwischen dem Ankaufstag und dem in das Belieben des Beklagten gestellten Tag der Verkaufsoorder einer der Parteien im 14tägigen Rhythmus gutgeschrieben worden seien. Der Gesamtumsatz während der Geschäftsverbindung habe ein Volumen von über 200 Mio DM erreicht; trotzdem habe der Beklagte kein einziges Wertpapier erworben und auch nicht erwerben wollen.

Der Beklagte macht u.a. geltend, Gegenstand des Schuldanerkenntnisses seien Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263, 266 StGB sowie aus § 826 BGB wegen betrügerischer Manipulationen. Der Kläger habe nicht entstandene Auslagen, Prämien für nicht durchgeführte Geschäfte und falsche Börsenkurse berechnet. Dadurch sei ein Schaden von 1.548.526,13 DM entstanden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht der Klage durch Versäumnisurteil stattgegeben. Nach rechtzeitig erhobenem Einspruch hat der Beklagte im Wege der Anschlußberufung Widerklage erhoben mit dem Antrag, den Kläger für den Fall des Erfolgs seiner Berufung zu verurteilen, an den Beklagten 750.000 DM nebst 4 % Zinsen seit Zustellung der Widerklage zu zahlen. Das Berufungsgericht hat das Versäumnisurteil aufrechterhalten und die Hilfswiderklage als unzulässig abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte in erster Linie seinen Klagabweisungsantrag und hilfsweise seine Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Das Berufungsgericht hält die Zwangsvollstreckung aus dem notariellen Schuldanerkenntnis gemäß §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 767 Abs. 1 ZPO für unzulässig, weil es ersichtlich überwiegend unklagbare Ansprüche aus unverbindlichen Differenzgeschäften zum Gegenstand habe, so daß auch der Zahlungsverpflichtung aus dem Schuldanerkenntnis der Differenzeinwand entgegenstehe. Bei den Geschäften der Parteien habe es sich um Differenzgeschäfte gehandelt. Insbesondere bei den sogenannten "Dreh-Geschäften" sei der Spielcharakter augenfällig. Die Ankäufe durch den Beklagten hätten ersichtlich allein das Ziel gehabt, die Wertpapiere ohne Bezahlung des Kaufpreises solange zu halten, bis es der Beklagte für angebracht gehalten habe, sie nicht weiter zu "drehen", sondern die Wertdifferenz zu beanspruchen oder auszugleichen. Die einjährige Geschäftsbeziehung der Parteien sei offensichtlich stets ohne Effektivlieferung allein durch Verrechnung von Buchungsposten aus gegenläufigen Geschäften abgewickelt worden. Der Beklagte habe in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt, es habe sich um Börsentermingeschäfte mit Differenzcharakter gehandelt. Alle vom Beklagten in Auftrag gegebenen Börsentermingeschäfte hätten Spekulationscharakter gehabt und seien deswegen dem Differenzeinwand ausgesetzt. Durch die Geschäfte der Parteien seien klagbare Verbindlichkeiten nicht begründet worden. Deshalb

sei auch durch das Schuldanerkenntnis keine wirksame Zahlungsverpflichtung entstanden. Es sei dadurch auch keine Erfüllung eingetreten, sondern lediglich eine neue Verbindlichkeit geschaffen worden, der gemäß § 59 BörsG und § 762 Abs. 2 BGB ebenfalls der Differenzeinwand entgegenstehe. Dieser wäre allerdings nach § 58 BörsG ausgeschlossen, wenn es sich um offizielle Börsentermingeschäfte gehandelt hätte, die gemäß § 53 BörsG für beide Parteien verbindlich gewesen wären. Der Beklagte sei jedoch, da er nicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen sei, gemäß § 53 BörsG nicht börsentermingeschäftsfähig. Gegen diese Ausführungen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

2. Das Berufungsgericht geht ohne weiteres davon aus, es habe sich bei den Geschäften der Parteien um Börsentermingeschäfte gehandelt. Nach der in der Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegenden Auffassung sind Börsentermingeschäfte Verträge über Wertpapiere, vertretbare Sachen oder Devisen nach gleichartigen Bedingungen, die von beiden Seiten erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind und die einen Bezug zu einem Terminmarkt haben, der es ermöglicht, jederzeit ein Gegengeschäft abzuschließen (vgl. Urt. v. 21.6.1965 - II ZR 51/63, WM 1965, 766 und BGHZ 92, 317, 320). Daß diese Voraussetzungen gegeben sind, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Der Vortrag des Klägers spricht eher gegen das Vorliegen von Börsentermingeschäften. Danach wollten die Parteien keine Geschäfte abschließen, die sie später erfüllen müssen. Wie der Kläger die Geschäfte konkret

abgewickelt, welche Absprachen er mit der A███-Bank getroffen und was sich bei den einzelnen Vorgängen rechtlich abgespielt hat, ergibt sich weder aus dem Berufungsurteil noch aus dem Parteivortrag. Mit einiger Sicherheit läßt sich dem Parteivortrag allerdings entnehmen, daß der Beklagte Wertpapiere weder abnehmen noch liefern noch den vollen Kaufpreis dafür bezahlen sollte. Dies sollte offenbar dadurch bewerkstelligt werden, daß der Kläger die ihm als Börsenmakler gebotene Möglichkeit, Geschäfte an der Börse unter Vorbehalt der Aufgabe zu vermitteln (vgl. dazu Schlüter, Die Rechtsstellung des Freien Börsenmaklers an den deutschen Börsen in: Beiträge zum Börsenrecht, Band 14 der Schriften zum deutschen und ausländischen Geld-, Bank- und Börsenrecht), für Spekulationszwecke des Beklagten auf dessen Rechnung gegen Zahlung von Courtage einsetzen sollte. Die Aufgabegeschäfte boten deshalb die Möglichkeit zur Spekulation, weil nach den an der Berliner Wertpapierbörse geltenden Geschäftsbedingungen der Vertragspartner, wenn es sich um die Benennung des Verkäufers handelt, erst bis zum Schluß der nächsten Börsenversammlung und, wenn es um die Adresse des Käufers geht, spätestens am dritten Börsentag vor Börsenschluß aufgegeben werden muß (§ 13 Nr. 2). Nach dem Vorbringen der Parteien mußte der ADCA-Bank der Vertragspartner sogar erst innerhalb von 21 Tagen benannt werden. In der Zeit zwischen Abschluß des Aufgabegeschäfts und der Benennung des Vertragspartners können die Kurse der gehandelten Papiere fallen und steigen; deswegen eignen sich diese Geschäfte zur Spekulation. Wenn es durch "Drehen" der Geschäfte (was immer darunter auch zu verstehen sein mag) möglich und rechtlich zulässig

sein sollte, die Frist zur Benennung des Vertragspartners beliebig zu verlängern, liegt der Spekulationscharakter auf der Hand. Dies allein reicht aber nicht aus, die Geschäfte als unverbindliche Spiel- oder Börsentermingeschäfte zu qualifizieren. Daß Zweifel an dem Börsentermingeschäftscharakter bestehen, wurde bereits ausgeführt. Näher liegt die Annahme, daß es sich um eine Spekulation mit Kassageschäften handelte. Diese aber können nur unter besonderen Umständen als Spiel und damit gemäß § 762 Abs. 1 BGB als unverbindlich angesehen werden (vgl. Nußbaum, Börsengesetz S. 226 Abs. 34). Ob vorliegend solche Umstände gegeben sind, braucht derzeit nicht geprüft zu werden. Denn selbst wenn man unterstellt, daß es sich bei den zwischen den Parteien vereinbarten Geschäften um unverbindliche Spiel- oder Börsentermingeschäfte - soweit sie Aktien betreffen, wären sie gemäß § 63 BörsG verbotene Geschäfte gewesen - gehandelt hat, wäre das Schuldanerkenntnis des Klägers nicht dem Spiel- oder Termineinwand ausgesetzt.

§ 762 Abs. 2 BGB greift nur ein, wenn der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit, insbesondere in der Form des Schuldanerkenntnisses, eingeht. § 59 BörsG, der § 762 Abs. 2 BGB nachgebildet ist (Schwark, BörsG § 59 Rn. 1), besagt nichts anderes. Das Schuldanerkenntnis hat hier aber nicht der verlierende Teil abgegeben. Dies war der Beklagte. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß für ihn die Geschäftsverbindung mit dem Kläger im Ergebnis verlustbringend war.

Dementsprechend hat das Berufungsgericht festgestellt, Gegenstand des Schuldanerkenntnisses seien Beträge, die der Beklagte im Rahmen der Geschäftsverbindung der Parteien an den Kläger bezahlt habe. Es geht also nicht um die Erfüllung unverbindlicher Geschäfte, sondern um die Rückzahlung eines Teils der vom Beklagten auf die unterstelltermaßen unverbindlichen Geschäfte geleisteten Zahlungen. In der Tat streiten die Parteien auch nur darüber. Der Beklagte behauptet, der Kläger habe teilweise zu hohe Kurse und Verluste aus gar nicht durchgeführten Eigengeschäften (Luftgeschäften) berechnet und nicht verdiente Courtagen verlangt. Daraus allein leitet er seinen Anspruch gegen den Kläger her. Daß der Beklagte dies alles bezahlt hat, ist unstreitig. Seine Zahlungen können unter Umständen - auch wenn die Geschäfte unwirksam waren - gemäß § 762 Abs. 1 BGB und §§ 55, 64 Abs. 2 BörsG als Erfüllungsleistungen wirksam geworden sein. Dem Beklagten stünden in diesem Falle keine Bereicherungsansprüche, sondern allenfalls Schadensersatzansprüche zu, falls die Voraussetzungen für unerlaubte Handlungen durch den Kläger vorliegen. Hatten die Zahlungen des Beklagten keine Erfüllungswirkung, kann er vom Kläger gemäß § 812 BGB seine Leistungen zurückfordern. Bei diesen möglichen Forderungen handelt es sich nicht um Ansprüche auf Erfüllung von Spiel- und Börsentermingeschäften. Deshalb kann sich ein Spielpartner verpflichten, solche Ansprüche zu erfüllen, ohne daß dieser Verbindlichkeit der Termin- oder Differenzeinwand entgegensteht. Der Spielpartner kann sich selbstverständlich auch wirksam verpflichten, Gelder an den Verlierer zurückzuzahlen, die dieser bereits mit

Erfüllungswirkung bezahlt hat. Wenn das Berufungsgericht seine gegenteilige Ansicht auf die Urteile des Bundesgerichtshofes vom 27. September 1979 (II ZR 198/78, WM 1979, 1382), vom 22. Oktober 1984 (BGHZ 92, 317) und vom 24. Januar 1985 (BGHZ 93, 307) stützt, verkennt es, daß es in diesen Entscheidungen jeweils darum ging, ob die dort in Rede stehenden abstrakten Schuldanerkenntnisse Leistungen aufgrund des Spiels im Sinne von § 762 Abs. 1 BGB oder des Geschäfts gemäß § 55 BörsG waren.

Nach allem kommt es für die Wirksamkeit des Schuldanerkenntnisses des Klägers nicht darauf an, ob es sich bei den Geschäften der Parteien um Spiel-, Differenz- oder Börsentermingeschäfte gehandelt hat. Das Berufungsurteil läßt sich daher nicht aufrechterhalten. Es müssen nunmehr die weiteren Einwendungen des Klägers gegen das Schuldanerkenntnis geprüft werden. Deswegen muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, weil es dazu bislang von seinem Standpunkt aus folgerichtig keine Feststellungen getroffen hat. In erster Linie wird es darauf ankommen, ob die Behauptung des Klägers zutrifft, das Schuldanerkenntnis habe lediglich als Sicherheit für ein etwaiges Guthaben aus einer noch vorzunehmenden Abrechnung dienen sollen. Falls sich daraus die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht ergeben sollte, könnte es darauf ankommen, ob der gerichtliche, im Arrestverfahren geschlossene Vergleich der Parteien der Zwangsvollstreckung entgegensteht, weil die gemeinsame Abrechnung nicht zustande gekommen ist. Dies hängt unter anderem von einer tatrichterlichen - gegebenenfalls ergänzenden - Auslegung

des Vergleichs ab. Sollte dies nicht zum Erfolg der Klage führen, wird geprüft werden müssen, ob es sich um ein abstraktes oder deklaratorisches (kausales) Schuldanerkenntnis handelt. Das erstere könnte der Kläger kondizieren, wenn er darlegt und beweist, daß dem Beklagten keine Ansprüche gegen ihn zustanden. Der Kläger wird ferner Gelegenheit haben, die mit der Revision erhobenen Rügen gegen die Verneinung eines Anfechtungstatbestandes und der Sittenwidrigkeit des Schuldanerkenntnisses durch das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung vorzutragen.

Dr. Kellermann

Dr. Bauer

Bundschuh

Röhricht

Dr. Henze