

**52. Zur Anwendung des § 764 BGB. auf Börsentermingeschäfte.  
Aus welchen Umständen kann auf die Spielabsicht geschlossen  
werden?**

I. Zivilsenat. Urt. v. 15. Juni 1927 i. S. B. (Bekl.) w. G. als  
Verwalter im Konkurs über das Vermögen d. G.-Bank (Kl.).  
I 336/26.

- I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsfachen.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 11. März 1924 verkaufte die H.-Bank dem ins Handelsregister eingetragenen Beklagten 1000 £, Auszahlung London, gegen Franken zum Kurse von 143 $\frac{1}{2}$  Pariser Usancen, per ultimo Mai. Am 23. April 1924 kaufte der Beklagte von der Bank 143000 Franken, Auszahlung Paris, zum Kurse von 64 $\frac{1}{2}$  Londoner Usancen, per ultimo Mai. Der Kläger als Verwalter in dem später über das Vermögen der Bank eröffneten Konkurs hat einen Teil der sich nach der Abrechnung ergebenden Forderung eingeklagt. Der Beklagte hat geltend gemacht, es habe sich um ein Differenzgeschäft im Sinne von § 764 BGB. gehandelt.

Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht gab ihr statt. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. Aus den

#### Gründen:

... Es handelt sich, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, allein darum, ob das vorliegende, zwischen börsengeschäftsfähigen Personen abgeschlossene Börsentermingeschäft in Werten, die zum Börsenterminhandel nicht zugelassen waren, nach § 764 BGB. nichtig ist. Der Berufungsrichter hat dies verneint. In seinen Darlegungen hat er indes für die rechtliche Beurteilung des Geschäfts maßgebende Umstände nicht beachtet. Das von ihm gefundene Ergebnis ist daher von Rechtsirrtum beeinflusst.

Der Vorderrichter geht davon aus, daß ein Termingeschäft, das in ausdrücklicher Abrede die in § 764 BGB. aufgestellten Merkmale des Differenzgeschäfts enthielte, in der Börsenübung kaum jemals vorkomme, daß diese vielmehr dem Verkaufsgeschäft ein entsprechendes Kaufgeschäft auf denselben Termin zu einem geeignet erscheinenden Zeitpunkt entgegenzustellen und aus dem Vergleich beider Geschäfte Gewinn und Verlust zu entnehmen pflege. Er wiederholt die im Schrifttum häufig geäußerten Zweifel, ob ein derartiges Gebaren den Merkmalen des § 764 BGB. entspreche, ohne indes neue Gesichtspunkte hinzuzufügen. Es besteht jedoch kein Anlaß, von der in ständiger Rechtsprechung (RGZ. Bd. 34 S. 82, Bd. 79 S. 234; JW. 1899 S. 373 Nr. 29) vertretenen Ansicht abzugehen, daß auch bei einem entsprechend jener Börsenübung abgewickelten Geschäft ein nicht auf

Lieferung, sondern nur auf Zahlung des Unterschieds im Sinne von § 764 BGB. gerichteter Abschluß vorliegen kann.

Der Berufungsrichter hat weiter den Standpunkt vertreten, auch wenn man sich auf den Boden der angeführten Rechtsprechung stelle, ergäben sich aus dem Vorbringen des Beklagten keine genügenden Anhaltspunkte für den Charakter des in Rede stehenden Geschäfts als eines Differenzgeschäfts. Er legt dabei seinen Darlegungen die Annahme zugrunde, dem Beklagten sei die Börsenübung eines Gegengeschäfts bereits bei Abschluß des ersten Geschäfts bekannt gewesen. Hierauf fußend nimmt er an, die nach Behauptung des Beklagten beim Geschäftsabschluß gefallenen Äußerungen der Gegenseite, der Beklagte bekomme am 31. Mai den Gewinn heraus, es komme lediglich auf die Differenz an, hätten sich nur auf die in solchen Fällen geübte Abwicklung des Geschäfts durch ein Gegengeschäft bezogen, aus ihnen könne aber nicht auf eine Absicht auch nur eines Teiles geschlossen werden, daß eine Lieferung nicht solle verlangt werden können. Zur Unterstützung seiner Auffassung zieht er heran, daß es sich nur um ein einziges, zu jener Zeit in seiner Art nicht ungewöhnliches Termingeschäft gehandelt habe, dessen Risiko zum Vermögen des in Börsengeschäften nicht unbewanderten Beklagten auch nicht außer Verhältnis gestanden habe.

In der Beurteilung der vom Beklagten beim Abschluß des ersten Geschäfts verfolgten Absichten hat aber der Vorderrichter einen maßgeblichen Umstand gänzlich unberücksichtigt gelassen. Die Vorschrift in § 764 BGB. will wirtschaftlich berechnete Geschäfte nicht treffen, bei denen die Gegendeckung nur zum Zweck einer Sicherung gegen Verluste aus nicht voraussehbaren Schwankungen der Marktlage erfolgt. Sie ist nur gegen solche Geschäfte gerichtet, die ohne Beziehung zum Güterumsatz des Wirtschaftslebens und der mit ihm verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeit aus den Schwankungen des Marktes Gewinn zu erzielen suchen. Für die Frage, ob es sich um ein ernstlich gemeintes Lieferungsgeschäft handelt, das aus irgendwelchen wirtschaftlichen Gründen mit einem Gegengeschäft verbunden ist, oder bloß um ein Differenzgeschäft, ist daher der Umstand von wesentlicher Bedeutung, ob das Geschäft zum Berufskreis des Käufers in Beziehung steht. Ergibt sich aus der Sachlage, daß das Geschäft diesem Kreise fernlag, so wird darin ein erhebliches Anzeichen für die Annahme der auf ein Spiel um die Differenz gerichteten Absicht erblickt werden können.

In dieser Hinsicht fehlt es im angefochtenen Urteil an einer ausreichenden Würdigung des Sachverhalts. Der Beklagte ist Hypotheken- und Affekuranzmakler. Es ist nicht ersichtlich, welches Interesse er als solcher an der Lieferung der gekauften Debijen oder an der Verfügung über sie gehabt haben sollte. Der Kläger hat auch keine Behauptungen aufgestellt, die das Gegenteil darzutun geeignet wären. Die Sachlage spricht unter diesen Umständen dafür, daß der Beklagte lediglich die Form des Börsengeschäfts benutzt hat, um in Ausnutzung des von ihm erhofften weiteren Fallens des Franken den Kursunterschied in dem der äußeren Form nach als Lieferungsstag bezeichneten Zeitpunkt zu gewinnen. Im völligen Einklang damit steht die Absicht des Beklagten, die Pfund-Franken-Geschäfte „auch einmal mitzumachen“, von der das Berufungsurteil auf Grund einer persönlichen Äußerung des Beklagten spricht. Der Bank, der die geschäftliche Tätigkeit des Beklagten bekannt war, konnten solche Schlüsse ebenfalls nicht fernliegen.

Die vom Berufungsgericht für seine Auffassung unterstützend herangezogenen Gesichtspunkte sind als solche nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Daß der Beklagte mit der Bank bereits Effekten- und — für Kunden — auch Termingeschäfte gemacht hatte, spricht nicht entscheidend gegen seine Spielabsicht im vorliegenden Falle. Das gleiche gilt von den Darlegungen des angefochtenen Urteils, daß der Beklagte bei dem Geschäft kein übermäßiges Risiko eingegangen sei. Die vom Beklagten behaupteten Äußerungen der Beteiligten beim Abschluß sind mit der Absicht eines Spieles um die Differenz viel zwangloser zu bereinigen als mit der Auslegung, die sie im Berufungsurteil gefunden haben. . . .