

20. Zur Bestimmung der Natur und des Begriffes des reinen Differenzgefchäftes. Kann das Kommissionsgefchäft sich als ein Differenzgefchäft gestalten?<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. das Urteil desselben Senates vom 20. Oktober 1894 unter „Preussisches Recht“ Nr. 64 S. 264.

I. Civilsenat. Urtheil v. 29. Dezember 1894 i. S. D. (Bekl.) w. F. & Co.  
(Rl.) Rep. I. 310/94.

- I. Landgericht Hamburg.  
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin erhebt Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung eines Saldos aus Börsengeschäften. Nach ihrer Angabe hat sie wiederholt Termingeschäfte an der Hamburger Börse in der Weise abgeschlossen, daß sie entsprechend den ihr von dem Beklagten erteilten Aufträgen die aufgetragenen Geschäfte in eigenem Namen abgeschlossen und, soweit erforderlich, entsprechende Schlußnoten in eigenem Namen mit der Hamburger Warenliquidationskasse gewechselt hat. Dem Beklagten gegenüber ist aber die Klägerin durchgängig als Selbstkontrahentin eingetreten.

Der Beklagte hat die Forderung der Klägerin bestritten, weil es sich durchgängig um reine Differenzgeschäfte gehandelt habe. Dieser Einwand ist vom ersten Richter verworfen und der Beklagte zur Zahlung verurteilt. Die Berufung ist zurückgewiesen. Auf die Revision ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen aus folgenden

#### Gründen:

„Zur Begründung seines Einwandes hatte Beklagter in erster Instanz behauptet, er sei zu den in der Klage erwähnten und zu einer Reihe anderer Börsentermingeschäfte von dem Vertreter der Klägerin, dem Kaufmanne H. in Berlin, veranlaßt worden. H. habe bei einer Abendgesellschaft das Gespräch auf Börsengeschäfte gebracht und unter der ausdrücklichen Versicherung, daß bei den durch seine Vermittelung abzuschließenden Geschäften irgend welche Kenntnis nicht erforderlich sei, von effektiver Lieferung oder Abnahme ebensowenig die Rede sein solle, da man lediglich mit der Differenz zu thun habe, den Beklagten zu bewegen gewußt, in Gemeinschaft mit einer Dame und einem Referendar auf gemeinschaftliche Rechnung ein Termingeschäft in Baumwolle abzuschließen. Die eingeklagten Geschäfte beziehen sich auf Kaffee und Baumwolle, außerdem hat Beklagter auch Geschäfte in Zucker gemacht. Nach seiner Angabe ist er Inhaber einer Kohlengroßhandlung in Stettin, welche er durch andere Ber-

sonen betreiben lasse. Er verstehe weder von Baumwolle, noch von Zucker, noch von Kaffee das geringste. Er würde sich ebensowenig wie jene anderen beiden Personen auf ein derartiges Geschäft eingelassen haben, wenn nicht effektive Lieferung sowie Abnahme ausdrücklich ausgeschlossen wären. Da das erste Geschäft zu Ungunsten des Beklagten ausschlug, habe er sich von H. zu immer neuen Geschäften verleiten lassen, welche sämtlich durch die Hand des H. gegangen seien. Zu diesen Geschäften gehörten auch die in der Klage erwähnten.

In der Berufungsinstanz hat Beklagter noch behauptet, die Absicht der Parteien, effektive Lieferung bezw. Abnahme auszuschließen und an Stelle derselben nur die Zahlung der Differenz treten zu lassen, sei nicht nur beim Abschlusse der Geschäfte, sondern fortgesetzt und wiederholt, insbesondere auch bei und nach Abfassung und Erteilung der Schlußnoten, ausdrücklich unter den Parteien erklärt worden.

Das Berufungsgericht unterstellt zunächst eine Behauptung des Beklagten, welche er so nicht gemacht hat. Das Urteil führt aus:

Wenn der Vertreter der Kläger den Beklagten darauf aufmerksam gemacht habe, daß er niemals in die Lage kommen könne, die Waren effektiv liefern oder abnehmen und bezahlen zu müssen, sondern es sich für ihn immer nur um Differenzen handeln werde, so sei dies vollkommen richtig. Es sei dies keineswegs eine Eigentümlichkeit des reinen Differenzgeschäftes und lasse daher auch den Schluß nicht zu, daß ein solches hier vorliege, sondern bei der Organisation des modernen Spekulationshandels an den großen Börsen könne der Spekulant niemals in die Lage kommen, das Gekaufte abzunehmen oder das Verkaufte liefern zu müssen, wenn er es nicht wünsche. Es stehe ihm immer die Möglichkeit offen, sich so einzurichten, daß es sich für ihn nur um die Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreise eines späteren Tages handle. Dazu bedürfe es gar nicht der Zustimmung des Gegenkontrahenten. Vorausgesetzt werde dabei nur, daß er ordnungsmäßig operiere, d. h. rechtzeitig ein Deckungsgeschäft vornehme, nicht etwa mit dem Gegenkontrahenten des ersten Geschäftes, sondern am offenen Markte mit einem beliebigen Dritten. Die Ware, welche er dann von dem Gegenkontrahenten des einen Geschäftes erhalte, benutze er, um sie seinerseits dem anderen

zu liefern, und durch die Zahlung erhalte er das Mittel, um seinerseits dem ersteren Zahlung zu leisten.

Soweit dies Argument eine allgemeine Bedeutung für sich in Anspruch nimmt, geht es fehl, indem es zwei dem Wesen nach sehr verschiedene Dinge, die nur äußerlich einander gleichen, nicht auseinander hält. Der Kaufmann, der gewerbsmäßig kauft, um mit Gewinn zu verkaufen, will durch den Umsatz der Waren gewinnen. Dieser Handel ist wirtschaftlich, für die Allgemeinheit notwendig und im großen Durchschnitte volkswirtschaftlich produktiv. Und deshalb ist es natürlich, daß das Recht eine Klage auf Erfüllung, eventuell auf das Interesse für das Kaufgeschäft gegeben hat. Ob im einzelnen nutzbringend für die Allgemeinheit und für den spekulierenden Kaufmann von diesem gekauft und verkauft wird, darum kann sich das Privatrecht nicht kümmern; es würde seinen Charakter verleugnen, wenn es nicht dem kontrahierenden Privatmanne einen weiten Spielraum für die Freiheit seiner Erwägungen und seiner Entschliefungen einräumte. Jenen Boden, dem Umsatze der Ware zu dienen, verläßt aber im allgemeinen der Kaufmann nicht, wenn er, statt die Ware selbst abzunehmen, seinen Verkäufer anweist, statt an ihn, an einen Dritten zu liefern, dem er seinerseits, sei es vorher, sei es nachher, sei es mit Vorteil, sei es mit Schaden, weiter verkauft hat, und wenn er, statt sie mit eigenem Gelde zu bezahlen, sie von seinem Abkäufer mit dessen Gelde dem ersten Verkäufer bezahlen läßt. Ob nicht auch ein Kaufmann, welcher in der von dem Berufungsurteile angerathenen Weise, aber gewerbsmäßig verfährt und dabei unmäßig und weit über seine Kräfte spekuliert, sich nicht bloß nach § 210 R.D. wegen Differenzhandels strafbar machen, sondern auch in dem Sinne spielen kann, daß seinen Geschäften die Klagbarkeit unter Umständen zu versagen wäre, mag hier dahingestellt bleiben. In entschiedener Weise tritt die Abweichung von dem regelmäßigen und korrekten Warenhandel bei dem Börsenspieler hervor, dem von vornherein der Umsatz in der Ware, über deren Preise und Kurse er das Differenzgeschäft schließt, völlig gleichgültig ist. Er will auch gewinnen, aber nicht dadurch, daß er die Ware in andere Hände bringt, sondern allein dadurch, daß er die Differenz des Preises, den nach seiner Hoffnung die Ware an diesem Börsenplatze zu dem gehandelten Termine kosten wird, im Vergleiche zu dem Kurse, zu welchem der

Preis zur Zeit des Abschlusses des Spielvertrages für jenen Termin an der Börse veranschlagt wird, einstreicht, ohne die Mühe und ohne die Gefahren des Umsatzes auf sich zu nehmen. Ihm ist es gleichgültig, ob Ware dieser Gattung in der Menge, über welche die für jenen Termin gezeichneten Schlußscheine lauten, zu diesem Termine am Plage sein wird. Ihm ist es ebenso gleichgültig, daß er gar nicht in der Lage ist, den Preis der „gekauften“ Ware zu zahlen. Es kann ihm vorläufig genügen, daß er einen „Kommissionär“ findet, welcher bereit ist, gegen einen Einschuß, welcher nur einige Prozente beträgt, von ihm einen „Auftrag“ entgegenzunehmen zu einem nominellen Abschlusse über sehr bedeutende Mengen und über Summen, welche das Vermögen des Spielers um ein Vielfaches übersteigen. Denn nur auf diese Weise kann er große Gewinne machen, und auf Gewinne hofft der Spieler immer. Sonst würde er nicht spekulieren. Seinen Intentionen entspricht ein Vertrag, welcher genau das ausdrückt, was er erreichen will, am besten. Da das aber dem Decorum nicht entspricht, wird die Verschleierung eines Lieferungsvertrages oder eines Auftrages zum Abschlusse eines Lieferungsvertrages gewählt mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Nebenabrede, daß nicht geliefert werden soll, sondern daß nur die Differenzen reguliert werden sollen. Wer einem solchen Spieler den Rat geben wollte, lieber statt des verschleierte Differenzgeschäftes ein wirkliches Lieferungsgeschäft zu schließen und dann noch rechtzeitig ein Deckungsgeschäft vorzunehmen, dem möchte er leicht antworten, daß, wenn sich der Berater zutraue, im gegebenen Augenblicke ein zutreffendes und eintreffendes Urteil über die Rechtzeitigkeit des Deckungsgeschäftes auszusprechen, so möchte ihm derselbe lieber gleich bei Abschluß des Geschäftes die Richtigkeit der anzurathenden Spekulation garantieren. In den Fällen, in welchen der Spieler es nicht für zweckmäßig erachtet, die Spekulation abzuschneiden, oder in denen er nicht den Mut findet, den zwar noch beschränkten, aber sicheren Verlust der Ungewißheit der weiteren Entwicklung vorzuziehen, wendet sich überdies ein solcher Rat an eine falsche Adresse. Das objektive Recht hat gute Gründe, dieses Spielgeschäft, bei welchem von vornherein die effektive Erfüllung zwischen den Kontrahenten vertragsmäßig ausgeschlossen ist, bei seiner volkswirtschaftlichen Nutzlosigkeit und sozialen Gefährlichkeit die Klagbarkeit zu versagen. Der Hinweis darauf, daß

die Römer selbst aus effektiven Geschäften nur auf das Geldinteresse verurteilten, ist kein zutreffendes Argument, um die Unschuldigkeit und Klagbarkeit der Spielgeschäfte zu verteidigen. Auch wenn unser Recht aus Börsentermingeschäften nur eine Klage auf die Differenz zuließe, müßte man das Spielgeschäft von dem Warenhandel scheiden. Denn nicht um der Prozesse willen werden die Rechtsgeschäfte geschlossen.

Im vorliegenden Falle hat aber Beklagter etwas ganz anderes, als was oben aus dem Berufungsurteile wiedergegeben ist, behauptet. Nicht daß ein Weg zu finden sei, auf welchem der Beklagte die effektive Erfüllung, wenn er richtig und, wie hinzugesetzt werden darf, glücklich weiter operiere, vermeiden könne, soll besprochen sein. In seinem, nach dem erstinstanzlichen, im Berufungsurteile in Bezug genommenen Thatbestande vorgetragenen Schriftsatz hat der Beklagte behauptet, er sei zu dem ersten Auftrage durch die Erklärung des klägerischen Vertreters bestimmt, es solle von effektiver Lieferung oder Abnahme nicht die Rede sein, da man lediglich mit der Differenz zu thun habe.

Wenn der Beklagte dies nach seiner Behauptung dahin verstanden hat, daß effektive Lieferung zwischen den Kontrahenten ausdrücklich ausgeschlossen sei, so läßt sich nicht sagen, daß er den Sinn der Worte verkannt habe. Das Berufungsurteil hat also mit seinem ersten Argumente einen Thatbestand der Beurteilung unterzogen, welcher nicht vorliegt; und dies Argument trifft den Thatbestand nicht, welcher dem Berufungsgerichte vorgetragen ist. Damit ist das Gesetz verletzt, und das Urteil unterliegt der Aufhebung, sofern es nicht durch seine übrigen Argumente getragen wird.

Das zweite Argument des Berufungsgerichtes findet es unverständlich, daß jemand auf den wunderlichen Gedanken kommen könnte, ein Spielgeschäft statt zweier Effektivgeschäfte zu schließen. Wäre diese Argumentation zutreffend, so sollte man meinen, daß reine Differenzgeschäfte überhaupt nicht vorkommen. Und das war ja noch vor einigen Jahren eine oft gehörte Behauptung. Indessen ist dem Reichsgerichte in seiner Spruchpraxis der Beweis geliefert, daß Termingeschäfte als reine Differenzgeschäfte an deutschen Börsen in bedeutendem Umfange geschlossen sind, und daß an Börsenplätzen ansässige Kommissionäre durch ihre Agenten und Vertreter auswärtige, mit dem Börsenverkehre nicht vertraute Personen vielfach zum Abschlusse solcher

Zeitgeschäfte mit der Erklärung angelockt haben, daß die effektive Lieferung ausgeschlossen bleiben solle, und daß nur die Differenzen zu begleichen seien. Das wirkliche Leben stimmt also mit dem Resultate, zu dem das Berufungsgericht durch seine Erwägungen geführt ist, nicht überein. Auch sind diese Erwägungen nicht stichhaltig.

Das Berufungsgericht nimmt an, die Spekulation im Wege eines reinen Differenzgeschäftes sei dergestalt in sich abgeschlossen, daß sich der Spekulant im voraus unabänderlich an den Börsenpreis eines einzigen Tages binde, und daß er einer in der Zwischenzeit etwa befürchteten ungünstigen Entwicklung des Preises nicht würde begegnen können. Das trifft in keiner Weise zu. Wurde das reine Differenzgeschäft in der Form geschlossen, daß der Beklagte „kaufte“, und fielen die Preise unerwartet und wider Verhoffen des Beklagten, oder wurde es in der Form geschlossen, daß der Beklagte „verkaufte“, und stiegen die Preise unerwartet, so hatte die Klägerin nach ihren Bedingungen den Beklagten verpflichtet, auf ihre Aufforderung bei eintretenden Preisschwankungen jeden zur Deckung ihrer Engagements erforderlichen Nachschuß unverzüglich zu leisten, widrigenfalls der Klägerin das Recht der sofortigen bestmöglichen Liquidation ihrer Engagements zustehe. Ein derartiger Vorbehalt entspricht den Bestimmungen, welchen die Klägerin bezüglich ihrer eigenen Verpflichtungen gegenüber der Warenliquidationskasse nach deren Regulativen unterworfen war. Auch hat die Klägerin von dieser Bedingung dem Beklagten gegenüber Gebrauch gemacht.

Der erste Klageposten ist eine Differenz von 6276,10 *M.*, welche daraus entstanden ist, daß der Beklagte je 500 Sack Kaffee im September, Oktober und November 1893 „verkaufte“ hatte. Als der Preis stieg, und das Engagement insolgedessen verlustdrohend wurde, forderte Klägerin nach ihrer Klagebehauptung Nachschüsse ein, und als Beklagter diese nicht leistete, schritt sie am 9. Februar 1894 zur Liquidation, indem sie sich zu den dormaligen Preisen „eindeckte“. Sie berechnete nun natürlich nicht die Preisdifferenz, wie sie sich später an dem ursprünglich verabredeten Termine herausstellte, sondern die vom 9. Februar 1894. Lag ein reines Differenzgeschäft vor, so steht freilich der Klägerin ein klagbarer Anspruch so wenig auf die eine wie auf die andere Differenz zu. Vielmehr ist bei solchem reinen Differenzgeschäfte, wenn es bewiesen wird, die Voraussetzung, daß der

spielende Kunde ebenso freiwillig zahlt, wie sein an der Börse berufsmäßig handelnder Gegenkontrahent, wenn er verliert, nach den dort herrschenden Gepflogenheiten. Aber den Intentionen, welche bei dem reinen Differenzgeschäfte verfolgt werden, widerspricht diese „Eindeckung“ so wenig wie den Intentionen, welche bei den effektiven Lieferungsgeschäften verfolgt werden.

Allerdings hatte die Klägerin, wenn ein Differenzgeschäft vorlag, keinen Anspruch auf Lieferung der „verkauften“ 1500 Sack Kaffee an den Beklagten (auch nicht einen Anspruch, der zwar nicht klagbar, aber durch freiwillige Erfüllung tilgbar war); denn die Lieferung war ja dann vertragsmäßig ausgeschlossen. Und die „Eindeckung“ konnte dann dem Beklagten gegenüber nicht die Bedeutung haben, daß sich die Klägerin von einem anderen Kontrahenten die Ware verschaffe, welche der Beklagte am Termine nicht zu leisten hatte. Das ist aber auch gar nicht erforderlich. Hatte die Klägerin die 1500 Sack Kaffee, welche ihr der Beklagte „verkauft“ hatte, ihrerseits an der Hamburger Börse verkauft und sich dabei der Warenliquidationskasse bedient, und deckte sie sich nun im Februar 1894 ein, so war es für die Abrechnung, welche die Klägerin mit Hilfe der Liquidationskasse vornahm, völlig gleichgültig, ob diese Geschäfte zwischen der Klägerin und ihrem Gegenkontrahenten Effektivgeschäfte oder reine Differenzgeschäfte waren. Denn nach den eigenen Ausführungen des Berufungsgerichtes kam es in dem einen Falle so wenig zur Lieferung wie in dem anderen Falle. Vielmehr „erledigt sich in der Praxis die Kompensation unter den verschiedenen Kontrahenten am Stichtage durch die Vermittelung der Makler und der Warenliquidationskasse, indem überall da, wo in einer Person (hier der Klägerin) Lieferungs- und Abnahmepflicht hinsichtlich einer gleichen Quantität gleichartiger Gegenstände, obgleich verschiedenen Gegenkontrahenten gegenüber, zusammentreffen, beides im Wege der sogenannten Skontration ausgeglichen wird“.

Wenn nur der Beklagte zu zahlen bereit war, so lieferte für sein reines Differenzgeschäft diese Eindeckung der Klägerin den Maßstab für die Differenz, welche er der Klägerin zu zahlen hatte. Das genügte ja. Und ebenso einfach erledigen sich die Bedenken des Berufungsgerichtes, wenn es nicht die Klägerin, sondern der Beklagte war, welcher zu einer Eindeckung die Anregung gab.

Allerdings hatte die Klägerin sich in ihren Bedingungen die Zustimmung für die Erledigung durch ein Gegengeschäft vorbehalten. Daß indessen die Klägerin, welche, wie sie behauptet, bei den eingeklagten Geschäften entsprechende Schlussnoten in eigenem Namen mit der Warenliquidationskasse gewechselt hatte, jene Genehmigung für ein ihr während laufenden Engagements angetragenes Gegengeschäft, bei dem sie ja wieder verdiente, und welches das Risiko beendigte, weigern sollte, wenn nur der Beklagte sonst seinen Obliegenheiten nachkam, dafür liegt gar kein Grund vor. Da in diesem Falle nach den Bedingungen die Klägerin sofort Abrechnung zu erteilen hatte, und beiderseits ein sich ergebender Saldo sofort fällig war, so erhellt, daß der Spielvertrag für Manipulationen dieser Art den breitesten Raum ließ. Derartige Eindeckungen und Gegengeschäfte spielen denn auch in Prozessen über Börsengeschäfte, in denen der Beklagte den Einwand des Differenzgeschäftes vorbringt, eine sehr große Rolle. Daraus sucht zwar zuweilen der auf den Saldo Verklagte eine Bestätigung seiner Behauptung abzuleiten, daß reine Differenzgeschäfte vorliegen, weil niemals durch Lieferung und Abnahme erfüllt sei. Daß aber der börsenkundige Kläger daraus ein Moment für seine Deduktion ableitete, daß kein reines Differenzgeschäft vorliege, ist wohl noch nicht vorgekommen. Wenn also das Berufungsgericht daraus, daß der Beklagte Auftrag zu Deckungsgeschäften gegeben habe, den Schluß zieht, es seien keine reinen Differenzgeschäfte abgeschlossen, so entbehrt dieser Schluß jeglicher Beweisraft.

Das Berufungsgericht stellt weiter die Behauptung auf, es sei begrifflich unmöglich, daß sich der Kommissionsvertrag zu einem reinen Differenzgeschäfte gestalte. Niemals könne der Auftrag selbst ein reines Differenzgeschäft, ein Spielvertrag sein. Dies Argument hat ohngefähr dieselbe Bedeutung, wie wenn behauptet würde, es sei begrifflich unmöglich, daß sich der Kommissionsvertrag zu einem Kaufe oder Verlaufe gestalte. Der Kommittent beauftrage den Kommissionär, für ihn zu kaufen oder zu verkaufen, aber er kaufe nicht von ihm und verkaufe ihm nicht. Oder wenn behauptet wird, der Kauf sei begrifflich etwas anderes als ein reines Differenzgeschäft. Wer kaufe, könne niemals verabreden, daß ihm die Ware nicht geliefert werde.

Juristisch haben solche Argumente wenig zu bedeuten. Denn nicht darauf kommt es an, wie die Kontrahenten ihre Verträge benennen,

oder wie ein Dritter die von den Kontrahenten geschlossenen Verträge rubriziert, sondern allein darauf, was sich als Inhalt des Vertrages ergibt. Ist es anständig, daß der Kommissionär in einem ihm aufgetragenen Lieferungskaufe als Selbstkontrahent eintreten kann, so ist es nicht verständlich, weshalb der Kommissionär nicht in ein ihm aufgetragenes Differenzgeschäft als Selbstkontrahent eintreten könnte. Da diese Hilfe ist nicht einmal nötig. „Das Differenzgeschäft ist ein Vertrag, bei welchem eine Quantität Waren, deren Preis und eine Zeit festgesetzt werden, und beide Kontrahenten versprechen, daß je nachdem die Veränderung des Preises (Kurses) zu dieser Zeit die eine oder die andere Richtung genommen haben sollte, der eine oder der andere die Differenz der Preise von dem Mitkontrahenten ausgezahlt erhalten solle. Es wird oft in die Form eines Lieferungskaufes gekleidet.“

Vgl. Thöl, Handelsrecht § 102.

Das läßt sich auch so ausdrücken: Der Käufer kauft zwar nicht, und der Verkäufer verkauft nicht; aber beide verabreden, es sollen zwischen ihnen dieselben Wirkungen nach Maßgabe der Börsenulancen bezüglich der Differenzregulierung am Stichtage eintreten, als ob gekauft und verkauft, aber nicht abgenommen oder nicht geliefert wäre. Natürlich können Auftraggeber und Beauftragter dasselbe verabreden. Der Beauftragte hat zwar einen Auftrag zum effektiven Ankaufe nicht erhalten, Parteien verabreden aber, es sollen zwischen ihnen dieselben Wirkungen eintreten, als wenn der Beauftragte einen solchen Auftrag erhalten und zum Börsenkurse die betreffenden Termingeschäfte ausgeführt, am Stichtage aber für Rechnung des Auftraggebers durch ein Gegengeschäft zum Börsenkurse erledigt hätte. Verlangte das objektive Recht nicht zur Klagbarkeit des Rechtsgeschäftes eine causa, wäre mit Thöl anzunehmen, daß das Differenzgeschäft, „der Windhandel“, obwohl er einer causa entbehrt, klagbar sei, so würde kein Grund vorliegen, diesem nach dem Bilde eines Auftragsverhältnisses geschlossenen Differenzgeschäfte oder der in die Form eines Auftrages eingekleideten Sponfion die Klagbarkeit zu verjagen, um sie dem nach dem Bilde eines Kaufvertrages geschlossenen Differenzgeschäfte oder der in die Form eines Kaufes eingekleideten Sponfion zuzusprechen. Das eine Geschäft ist genau so zu behandeln wie das andere. Ob, wie das Berufungsgericht behauptet, der Kommissionär als solcher

niemals Spieler oder auch nur Spekulant sein kann, ist für die Entscheidung dieses Prozesses ganz gleichgültig. Denn niemand verhindert den Kommissionär oder seinen Vertreter, Verabredungen zu treffen, durch welche er aufhört, Kommissionär als solcher im Sinne des hanseatischen Oberlandesgerichtes zu sein.

Ebenso gleichgültig ist es, ob der Kommissionär, welcher im Verhältnis zu seinem Kommittenten als Spieler und Spekulant auftritt, zu seiner Deckung mit Dritten überhaupt entsprechende Geschäfte abschließt, und ob diese Geschäfte wieder Differenzgeschäfte oder Effektivgeschäfte sind. Auch wenn es richtig wäre, was das Berufungsgericht behauptet, daß der Kommissionär niemals auf eigene Hand spekuliert, sondern sich immer deckt, so wird ja das regelmäßig zu keinem anderen Resultate führen, als daß aus diesem Geschäfte des Kommissionärs mit seinem Hintermann immer wieder Differenzen herauspringen, welche dann den Differenzen entsprechen, die der Kommissionär dem Kommittenten zu leisten oder von diesem zu fordern hat. Und wenn sich das auch in der Wirklichkeit bisweilen anders verhalten sollte, wenn es sich ereignen sollte, daß der Kommissionär durch Andienungen seines Hintermannes überrascht würde, welche seinen Kommittenten nicht präjudizieren, und denen durch angemessene Aufträge zu entsprechen der Kommittent keine Neigung zeigt: so hat es der hörsenkundige Kommissionär doch immer in der Hand, „Bedingungen“ für seinen Geschäftsverkehr über Einforderung von Nachschüssen und dgl. zu formulieren, welche ihm aus derartigen Verlegenheiten helfen. Dabei ist freilich immer vorausgesetzt, daß ihm der Kommittent überhaupt die Hand zu reichen gewillt ist, daß er sich nicht auf den Einwand des Differenzspieles und dessen Unklagbarkeit zurückzieht. So lange der Kommittent dies nicht thut, so lange er freiwillig erfüllt und freiwillig neue Aufträge erteilt, obgleich er rechtlich dazu nicht gezwungen werden kann, so lange spielt sich das in Form eines Kommissionsgeschäftes geschlossene reine Differenzgeschäft genau so ab wie eine wirkliche Kommission. Allein durch steigende Verluste kann dieser Wille des Kommittenten auf eine Probe gestellt werden, der er nicht mehr gewachsen ist. Wenn er es dann dem Kommissionär gegenüber ablehnt, diese weiteren Verluste zu tragen, und sich im Prozesse auf die Behauptung steift, es sei zwischen ihnen von vornherein verabredet, daß die effektive Lieferung ausgeschlossen sein sollte,

so ist es geboten, die Behauptung auf ihre Wahrheit zu untersuchen, d. h. Beweis aufzunehmen, wie ihn der Beklagte angetreten hat, und dessen Resultate zu würdigen. Der Richter darf solchen juristisch erheblichen Behauptungen nicht durch allgemeine, im vorstehenden übrigens widerlegte Betrachtungen ausweichen. Ebensovienig ist aber daraus allein, daß der Beklagte sich bei einem Geschäfte so verhalten hat, wie ein Kommittent, welcher den Auftrag zu einem Effektivgeschäfte gegeben hat, ein zulässiger Schluß auf die Unwahrheit jener für das gesamte Verhältnis der Parteien erheblichen Behauptung zu ziehen.

Weil das Berufungsgericht Beweis über jene direkte Behauptung des Beklagten und die seine der Klägerin angeblich bekannt gewordene Spielabsicht betreffenden weiteren Behauptungen, welche zur Unterstützung heranzuziehen sind, nicht erhoben hat, unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung.“ . . .