

27. 1. Zur Auslegung der §§ 48. 66 des Börsengesetzes vom
22. Juni 1896.
2. Zur Feststellung des Begriffes der Umgehung des Gesetzes.
I. Civilsenat. Urth. v. 28. Oktober 1899 i. S. R. jr. (Bekl.) w.
Schn. (Rl.). Rep. I. 242/99.

- I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht basebst.

Die Parteien standen vom November 1896 bis zum Juni 1897 in Geschäftsverbindung der Art, daß die Beklagte im Auftrage des Klägers an der Berliner Börse Wertpapiere kaufte und verkaufte. Die Beklagte trat in alle Geschäfte als Selbstkontrahentin ein

Am 1. Januar 1897 ergab sich daraus für die Beklagte ein Guthaben. Am 1. März 1897 gab der Kläger Auftrag zum Ankaufe von 25 Stück Luxemburgischer Prince-Henri-Aktien pr. ult. März,

welche die Beklagte ihm verkaufte. Am 12. März ersuchte der Kläger die Beklagte um Verkauf von 50 Stück Oesterr. Kreditaktien pr. ult. unter ihren Geschäftsbedingungen, die vom Kläger unter dem 1. März 1897 unterschrieben waren.

Der Kläger nahm die gekauften Papiere nicht ab, und die verkauften wurden nicht geliefert. Beide Geschäfte wurden, das erstere auf den 30. April, das zweite auf den 30. April und sodann auf den 31. Mai, hinausgeschoben, das erste durch einfaches Gegengeschäft gelöst, das zweite dadurch, daß, als Kläger am 31. Mai nicht lieferte, die Beklagte ihm auf Grund der Nr. 4 der Geschäftsbedingungen am 1. Juni telegraphisch anzeigte, daß sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange und sich am 2. Juni decken werde. Den Deckungskauf nahm die Beklagte nach den von ihr überreichten Schlussscheinen am 2. Juni vor. Das von ihr aufgestellte Kontokorrent schloß mit einem Saldo zu ihren Gunsten von 384,80 *M* pr. 3. Juni.

Der Kläger wollte die Geschäfte als verbindlich nicht anerkennen. Keine der Parteien war im Börsenregister eingetragen, und der Kläger behauptete, daß die Geschäfte Börsentermingeschäfte und deshalb nach § 66 des Börsengesetzes unverbindlich, jedenfalls aber reine Differenzgeschäfte seien. Wurden die Geschäfte im Kontokorrent gestrichen, so blieb ein Guthaben für den Kläger von mehr als 1800 *M*. Die Klage verlangte Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 1800 *M* nebst Zinsen seit der Klage.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, und widerklagend Verurteilung des Klägers zur Zahlung des Saldos von 384,80 *M* nebst Zinsen. Sie führte aus, daß nach den Geschäftsbedingungen vom 1. Januar 1897 die Geschäfte als Börsentermingeschäfte im Sinne der §§ 48. 66 des Börsengesetzes nicht anzusehen, und bestritt, daß reine Differenzgeschäfte abgeschlossen seien.

Der erste Richter verurteilte auf Grund des § 66 des Börsengesetzes, unter Abweisung der Widerklage, die Beklagte nach der Klage.

Dagegen legte die Beklagte die Berufung mit dem Antrage auf Abweisung der Klage und Verurteilung nach der Widerklage ein. Sie machte nunmehr geltend, daß es sich um Börsentermingeschäfte im Sinne des Gesetzes nicht handele, weil der Vorstand der Berliner Börse für den Terminhandel in Fonds bisher überhaupt keine Bedingungen festgesetzt habe, und weil die Geschäftsbedingungen, unter

denen die angefochtenen Geschäfte geschlossen, nicht nur in 28 wesentlichen Punkten von den bis zum 1. Januar 1897 in Geltung gewesenen Börsenbedingungen abwichen, sondern auch ernstlich darauf gerichtet seien, im Verkehre der Bankwelt mit den Kunden Firzgeschäfte im Sinne des Art. 357 H. G. B. überhaupt auszuschließen und nur Lieferungsgeschäfte im Sinne der Artt. 354—356 H. G. B. abzuschließen, denen der Charakter des Börsentermingeschäftes von Grund aus fehle, weil mit diesem die Übernahme des Risikos der Nachfrist unverträglich sei.

Der Kläger bestritt, daß ihm die Geschäftsbedingungen am 1. März und vor dem 12. März vorgelegt seien. Er behauptete, daß dies erst nach dem 12. März und auf seine Frage nach der Bedeutung der Bedingungen mit dem Bemerkten geschehen sei, er wisse ja, diese Dinge seien nur pro forma, die Geschäfte würden gemacht wie früher. Darauf habe er das Formular unterschrieben, ohne es zu lesen.

Nach Beweisaufnahme wurde die Berufung zurückgewiesen. Auch die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

„Der Berufungsrichter stellt zu Gunsten der Beklagten fest, daß die angefochtenen Geschäfte auf Grund der vom Kläger unter dem 1. März 1897 unterschriebenen Geschäftsbedingungen geschlossen sind. Diese Bedingungen stimmen in allen wesentlichen Punkten mit den von der Bank für Handel und Industrie (Darmstädter Bank) aufgestellten Bedingungen für Lieferungsgeschäfte in Wertpapieren vom 1. Januar 1897 (Hans Hoffmann, Das Reichsbörsengesetz S. 81) überein. Die Behauptung des Klägers, ihm sei vor der Unterschrift der Bedingungen erklärt, „er wisse ja, diese Dinge seien bloß pro forma, die Geschäfte würden gemacht wie früher,“ sieht der Berufungsrichter nicht für erwiesen an.

Im übrigen geht der Berufungsrichter davon aus, daß die seit dem 1. Januar 1895 geltenden Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse nach dem 1. Januar 1897 von dem Börsenvorstande der Berliner Börse stillschweigend als für den Terminhandel im Sinne des § 48 des Börsengesetzes festgesetzte Geschäftsbedingungen in Kraft belassen seien. In der mündlichen Verhandlung ist dies nicht weiter in Zweifel gezogen. Der Berufungsrichter stellt sodann fest, daß es sich bei den angefochtenen Geschäften um Ultimoaufträge

zum Abschlusse von börsenmäßigen Termingeschäften gehandelt habe, die ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Natur nach Börsentermingeschäfte seien und deshalb unter den § 66 des Börsengesetzes fallen. In dieser Beziehung ist festgestellt, daß die geschlossenen Effekten bekannte, an der Berliner Börse zugelassene Spielpapiere sind, daß Prince-Henri-Aktien namentlich auch zu 25 Stück gehandelt werden, wie bei den Geschäften zwischen den Parteien, daß die Preise der Effekten amtlich notiert werden, daß der Vorstand der Berliner Fondsbörse nach dem von der Beklagten beigebrachten Protokollauszuge vom 19. Januar 1897 die Börseneinrichtungen solchen Zeitgeschäften, wie sie von den Parteien auf Grund der Geschäftsbedingungen der Bank für Handel und Industrie geschlossen sind, eröffnet hat. Der Berufungsrichter legt darauf, daß diese Geschäftsbedingungen den Fixcharakter aufgegeben haben, kein Gewicht, weil der Fixcharakter für die börsenmäßigen Termingeschäfte im weiteren Sinne unwesentlich sei, die Nachfristklausel auch nicht ernst gemeint sein könne, da der Lieferungsspflichtige auch nach Ablauf der Nachfrist regelmäßig nicht liefern werde, von vornherein dazu nicht gewillt, und dies dem anderen Teile bekannt sei.

Auf Grund dieser Feststellungen in Verbindung mit der unstrittigen Thatsache, daß keine der Parteien im Börsenregister eingetragen ist, gelangt der Berufungsrichter im Anschluß an das Urteil des Reichsgerichtes vom 12. Oktober 1898,

Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 42 S. 43,

dazu, den fraglichen Geschäften die Rechtswirksamkeit zu versagen. Daß unter dieser Voraussetzung dem Kläger das eingeklagte Guthaben zusteht, die Widerklageforderung nicht besteht, ist nicht mehr in Frage gezogen.

Dem Berufungsrichter ist im Ergebnisse beizutreten. Die Angriffe der Revision treffen weder den Kernpunkt der Sache, noch den Kernpunkt der angefochtenen Entscheidung und der Entscheidung des Reichsgerichtes vom 12. Oktober 1898. Auch wenn angenommen wird, daß der Begriff des Börsentermingeschäftes, wie ihn der § 48 des Börsengesetzes aufstellt, auch den §§ 55. 66. 69 des Gesetzes und allen Vorschriften des Abschnittes IV, betreffend den Börsenterminhandel, zu Grunde liegt, ist das Ergebnis, zu dem der Berufungsrichter gelangt, gerechtfertigt. Auf die Ausführungen der Revision gegen die Argu-

mentation des Berufungsrichters aus den §§ 50 Abs. 3. 82 Abs. 4 des Börsengesetzes kommt nichts an, weil es dieser Argumentation nicht bedarf. Auch die Ausführungen der Revision gegen die Auslegung der §§ 51, 52 des Gesetzes in dem reichsgerichtlichen Urteil vom 12. Oktober 1898 können auf sich beruhen. Es handelt sich vorliegend nicht um einen tatsächlichen Terminhandel in Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel nicht zugelassen sind, oder in denen der Börsenterminhandel untersagt ist, für die deshalb eine amtliche Feststellung und Veröffentlichung der Preise nicht stattfindet. In Frage steht allein, ob die im § 66 des Börsengesetzes ausgesprochene Unwirksamkeit von Börsentermingeschäften, für die nicht beide Parteien im Börsenregister eingetragen sind, auf die Börsentermingeschäfte, die der Formulierung des § 48 des Gesetzes entsprechen, zu beschränken, oder ob diese Unwirksamkeit auf solche Geschäfte zu erstrecken ist, deren äußere Rechtsform zwar sich mit der Begriffsbestimmung des § 48 nicht deckt, die aber nach ihrem materiellen Inhalt und ihrer wirtschaftlichen Natur und Zweckbestimmung unter die Geschäfte fallen, die der Gesetzgeber nur den in das Börsenregister eingetragenen Personen mit Rechtswirksamkeit hat gestatten, von denen er andere Personen hat ausschließen wollen, von denen deshalb anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie hat treffen wollen und ausdrücklich getroffen haben würde, wenn er ihre Einkleidung in eine andere Rechtsform, als diejenige, die er formuliert hat, vorausgesehen hätte.

Das Urteil des Reichsgerichtes vom 12. Oktober 1898 beruht in seinem Kern, ebenso wie das angefochtene Berufungsurteil, auf der Bejahung dieser Frage, die Bejahung dieser Frage aber auf dem Satze, daß der Rechtserfolg, den der Gesetzgeber durch eine zwingende allgemeingültige Rechtsnorm einem Rechtsgeschäft versagt, nicht auf einem Umwege dadurch erreicht werden kann, daß dem Rechtsgeschäfte ohne Änderung seines Inhaltes eine andere Form gegeben wird.

Das Reichsgericht hält an diesem Satze fest. Aus sittlichen oder wirtschaftlichen Gründen, wegen sozialer Gefahren und in ähnlichen Fällen verbietet der Gesetzgeber manche Handlungen, die an sich dazu dienen könnten, rechtsgeschäftliche Folgen zu erzeugen, entweder schlechthin, oder so, daß die Handlungen rechtsgeschäftliche Folgen nicht haben sollen, oder er zieht dem Eintritt solcher Folgen gewisse, der

Privatwillkür entzogene Schranken. Faßt der Gefezgeber die Definition folcher Handlungen nicht weit oder genau genug, fo entfteht die Gefahr, daß die Parteien den Rechts- und den wirtschaftlichen Erfolg, den fie durch das Rechtsgefchäft, gegen das das Gefez fich richtet, erreichen wollen, auf einem Umwege dadurch zu erreichen fuchen, daß fie ein verwandtes Gefchäft an Stelle des vom Gefez bedrohten abfchließen und fo die Erreichung des gefezgeberifchen Zweckes vereiteln. Dies ift der Fall der Umgehung des Gefezes, die jedes Recht dem direkten Handeln gegen das Gefez gleichftellt.

In den Quellen des gemeinen Rechtes hat er feinen allgemeinen Ausdruck in ll. 29. 30 Dig. de leg. 1, 3 (l. 5 Cod. de leg. 1, 14) und feine praktifche Gefaltung in einer Reihe von Fällen gefunden. l. 13 § 26 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 3 § 3. l. 7 pr. §§ 1. 3 Dig. de S. C. Maced. 14, 6; l. 8 § 6. l. 29 § 1. l. 32 § 3 Dig. ad S. C. Vell. 16, 1; l. 16 Cod. de usur. 4, 32. Das Verbot des Darlehns an den Hausfohn, das Gefez gegen die Interceffion der Frauen und gegen die Schenkung unter Eheleuten, das Zinsverbot wird auf den Verkauf von Sachen durch den Gläubiger an den Hausfohn, dem das Darlehn aus dem Erlöfe verfehafft werden foll, auf das Darlehn, das der Frau gegeben wird, damit fie das Geld dem kreditunwürdigen Dritten gebe, auf den Verkauf unter dem Werte an den Ehegatten, auf Vergütung für Kredit unter der Rechtsform der Vertragsftrafe angewendet. In dem Gefez vom 16. Mai 1894 (R. G. Bl. S. 450) werden Verkäufe auf Abzahlung Befchränkungen unterworfen, die durch Vertrag nicht abgeändert werden dürfen. Der § 6 des Gefezes fagt ausdrücklich, daß die Befchränkungen auf Verträge Anwendung finden, die darauf abzielen, den Zweck des Abzahlungsgefchäftes in einer anderen Rechtsform, z. B. durch Vermietung, zu erreichen. Hier hat das Gefez den allgemeinen Rechtsgedanken ausdrücklich ausgefprochen, auf den der Gefezgeber auch ohne ausdrückliche Hinweifung bei dem Richter für die Anwendung zwingender Gefezes rechnen muß.

Vgl. reg. 84 in VI^o de R. J. 5, 12 appendix („cum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti“). Wächter, Handbuch des Württemb. Privatrechts Bd. 2 § 1 S. 9 a. E.

Die Anwendung diefes Rechtsgedankens enthält nicht, wie die Revision meint, die Verbesserung eines mangelhaften Gefezes durch den Richter, zu der der Richter nicht berufen ift, fondern die dem

wahren Willen des Gesetzes nach seinem Grunde und Zwecke entsprechende Anwendung des Gesetzes, zu der der Richter an erster Stelle berufen ist.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um ein zwingendes Gesetz. Das Börsengesetz gebietet die Führung eines Börsenregisters für Waren und Wertpapiere bei jedem zur Führung des Handelsregisters zuständigen Gericht. Es gebietet allen Personen, die sich an Börsentermingeschäften mit voller Rechtswirkung beteiligen, solche Geschäfte eingehen wollen, die Eintragung ihrer Namen in das Börsenregister (§§ 54. 55. 60. 66). Es versagt ohne diese Eintragung allen Börsentermingeschäften, der Erteilung und Übernahme von Aufträgen zu solchen und der Vereinigung zum Abschlusse derselben, den bestellten Sicherheiten und den abgegebenen Schuldanerkenntnissen die volle Rechtswirksamkeit. Das Gesetz will ohne die Eintragung voll rechtswirksame Börsentermingeschäfte nicht. Es will Börsentermingeschäfte unter nicht eingetragenen Personen verhüten.

Grund und Zweck des Gesetzes sind aus seiner Entstehungsgeschichte bekannt. Man ging davon aus, daß der börsenmäßige Terminhandel ganz überwiegend nicht berechtigten wirtschaftlichen Zwecken, sondern der Befriedigung des reinen Spielbedürfnisses diene, daß die Art seines Betriebes zu der Möglichkeit geführt habe, am Terminhandel mit geringen Mitteln teilzunehmen, obwohl die Wertpapiere regelmäßig nur in ganz bestimmten hohen Beträgen gehandelt werden, welche die Geldmittel der kleinen Kapitalisten erheblich übersteigen, daß dadurch zahllose Personen aus dem großen Privatpublikum, Beamte, Offiziere, Landwirte, Handwerker und selbst Kaufleute, deren Geschäftsbetrieb solche Geschäfte nicht fordert, zum börsenmäßigen Terminhandel verleitet werden, obwohl sie nicht die zur Beurteilung der Gewinn- und Verlustchancen erforderliche Fachkenntnis besitzen und regelmäßig Kontrahenten gegenüberstehen, die mit dem Börsenwesen vertraut und ihnen überlegen sind. Erwogen wurde, daß infolgedessen die Beteiligung am börsenmäßigen Terminhandel für das Privatpublikum in hohem Maße verhängnisvoll geworden sei und jährlich zahlreiche Existenzen vernichtet habe.

Man ging weiter davon aus, daß die damalige Gesetzgebung zur Bekämpfung der Ausartung des börsenmäßigen Terminhandels in Wertpapieren nicht ausreiche. Man wollte diesen Terminhandel nicht

ganz beseitigen, weil man annahm, daß er an sich und in gewissen Fällen eine berechnete Form des Handelsverkehrs sei. Man gelangte deshalb dahin, die Fähigkeit, rechtlich vollwirksame Börsentermingeschäfte abzuschließen, an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen, und glaubte in der Einrichtung des Börsenregisters das geeignete Mittel gefunden zu haben, dem Privatpublikum die Beteiligung an dem Börsenterminhandel zu erschweren und sie dadurch einzuschränken. Man nahm an, daß alle, aber auch nur solche Personen, die eine wirtschaftlich berechnete Veranlassung haben, sich des börsenmäßigen Terminhandels als Mittels zur Erleichterung und Sicherung ihrer geschäftlichen Unternehmungen zu bedienen, sich ohne Bedenken eintragen lassen könnten und würden. Für solche Personen sah man in der Einführung des Registerzwanges zugleich einen hohen Vorteil, weil die Eintragung die Scheidung zwischen berechtigtem und unberechtigtem Terminhandel zum Ausdruck bringe, die Einrede des reinen Differenzgeschäftes eingetragenen Personen gegenüber unbedenklich zu versagen sei, und dadurch klare und sichere Rechtsverhältnisse geschaffen würden. Für andere Personen hielt man jedes börsenmäßige Termingeschäft für bedenklich, und ihre Ausschließung von demselben für ganz unnachteilig.

Dabei war man sich darüber klar, daß es der gesetzlichen Feststellung des Begriffs des Börsentermingeschäftes bedürfe, schon bei den Verhandlungen der Börsen-Enquetekommission aber zugleich darüber, daß die Beteiligten versuchen könnten, ihren Geschäften den Charakter von Börsentermingeschäften im Sinne der gesetzlichen Begriffsbestimmung durch einzelne Abänderungen der Geschäftsbedingungen zu nehmen. Man vertraute aber darauf, daß der Richter bei Anwendung der Begriffsbestimmung die Vereitelung des vom Gesetz beabsichtigten Zweckes zu verhindern wissen werde.

Die Begriffsbestimmung war naturgemäß durch die Gestaltung gegeben, die der börsenmäßige Terminhandel in seiner bekannten Entwicklung aus dem gewöhnlichen fixen Lieferungsgeschäft im Sinne des Art. 357 H. B. angenommen hatte. Bei dem gewöhnlichen Fixgeschäft wird der gesamte Inhalt des Geschäfts, Objekt, Quantum und der Termin, durch das Bedürfnis und die Mittel der Kontrahenten in jedem einzelnen Falle bestimmt. Jedes Geschäft ist dadurch anderen, gleichartigen Geschäften gegenüber nach Menge, Preis, Lieferzeit indivi-

dualisiert. Im Gegensatz zu diesem gewöhnlichen Fixgeschäft haben die Geschäfte im börsenmäßigen Terminhandel einen allgemeinen, schablonenhaften Charakter dadurch erhalten, daß sie nach vorher an der Börse für alle Geschäfte dieser Art festgesetzten gemeinsamen Bedingungen auf dieselbe festbestimmte Zeit, über feste Mengeneinheiten geschlossen, und daß für sie an der Börse fortdauernd Terminpreise amtlich festgestellt und veröffentlicht werden. Auf dieser Gleichartigkeit aller Geschäfte nach Menge, Termin, Terminspreis beruht die Möglichkeit der Deckung jedes Kontrahenten durch Gegengeschäft, der Lösung durch bloße Differenzzahlung, die Möglichkeit der Beteiligung weiter Kreise an den Geschäften ohne den Besitz der Mittel zur Effektiverfüllung, die stets umgangen werden kann, die Möglichkeit der Benutzung dieser Geschäfte zu einfachen Differenz- und Spielgeschäften.

Daraus ergab sich für den Gesetzgeber die Begriffsbestimmung, die der § 48 des Börsengesetzes formuliert. Diese Begriffsbestimmung deckte die Börsentermingeschäfte, wie sie damals üblich waren. Geschäfte dieser Art sollten dem großen Privatpublikum durch die Einrichtung des Börsenregisters verschlossen werden.

Ob die Einrichtung des Börsenregisters dafür das geeignete Mittel war, ist hier nicht zu beurteilen. Nach dem Grund und Zweck des Gesetzes war den Beteiligten der Weg, den sie dem Gesetz gegenüber einzuschlagen hatten, vorgezeichnet. Das Börsentermingeschäft war entweder aufzugeben, oder auf den Kreis der eingetragenen Personen zu beschränken, den das Gesetz selbst nicht einschränkt, da es die Eintragung in das Börsenregister von keinen besonderen Voraussetzungen abhängig macht. Wollten sie das nicht, so mußten sie auch die Folgen auf sich nehmen, die das Gesetz an die Nichtbefolgung seiner Vorschriften knüpft. Statt dessen ist das Bestreben der beteiligten Börsenkreise von Anfang an dahin gerichtet gewesen, das Gesetz illusorisch zu machen und seinen Zweck, das große Privatpublikum vom Börsenterminhandel fern zu halten und klare und sichere Rechtsverhältnisse zu schaffen, dadurch zu vereiteln, daß man die Termingeschäfte nicht nach den an der Börse festgestellten Geschäftsbedingungen abschloß, sondern für den Verkehr mit den Privatkunden andere Geschäftsbedingungen gleicher allgemeiner Art substituierte. Der Zweck dieses Verhaltens, das Gesetz illusorisch zu machen, wird kaum geleugnet. Die Sache liegt ja nicht so, daß die an der Börse Be-

teiligten aus geschäftlichen Gründen, welche nicht mit dem Erlaß des Börsengesetzes zusammenhängen, das bis dahin übliche Termingeschäft umgestaltet und ein Geschäft wesentlich anderen Inhaltes an die Stelle gesetzt hätten, welches anderen geschäftlichen Zwecken und anderen geschäftlichen Bedürfnissen sowohl der Börse als wie des mit demselben in Beziehung tretenden Publikums zu dienen bestimmt gewesen wäre. Man glaubte sich von der Pflicht der Eintragung in das Börsenregister einfach dadurch befreien zu können, daß man an die Stelle des der bisherigen Übung entsprechenden Thatbestandes, wie er im § 48 des Gesetzes definiert ist, an den der § 66 des Gesetzes die Pflicht zur Eintragung knüpft, einen anderen Thatbestand setzte, mit welchem man im übrigen daselbe erreicht.

Aber darin hat man sich geirrt. Die Ausführung, daß, nachdem der § 48 des Börsengesetzes die Begriffsbestimmung des Börsentermingeschäftes gegeben, „jedem Rechtsgenossen freistehe, von dem Abschluß solcher Börsentermingeschäfte abzusehen und ein anderes Geschäft abzuschließen“, ist verfehlt, wenn das andere Geschäft nur eine andere Rechtsform für die Geschäfte ist, die das Gesetz in seinen §§ 48. 66 im Auge gehabt hat, und zu denselben wirtschaftlichen Resultaten führt, die das Gesetz hat verhüten wollen. Die Sache liegt dann nicht anders, als in dem obigen Beispiel der gemeinrechtlichen Rechtsquellen, in welchen man an die Stelle des verbotenen Darlehns an den Haussohn den Verkauf an ihn setzte, um ihm das verbotene Darlehn zu verschaffen. Die Umgehung des Gesetzes liegt in der absichtlichen Wahl dieser Rechtsform zum Zweck der Erreichung dessen, was das Gesetz nicht will.¹ Der Charakter der Umgehung des Gesetzes wird weder dadurch beseitigt, daß man den Zweck des Gesetzes für unberechtigt hielt und das Kapital des großen Privatpublikums für die Geschäfte der Börse nicht entbehren zu können glaubte, noch dadurch, daß man durch den Abschluß solcher Geschäfte, ohne sich eintragen zu lassen, den Nachteil mit in den Kauf nahm, daß sie jedenfalls dem Differenzeinwand unterworfen blieben (§ 69 des Gesetzes).

Vgl. Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 59. 60.

Man nahm den Nachteil in den Kauf, obwohl man ihn durch Ein-

¹ Vgl. übrigens Bd. 26 dieser Sammlung Nr. 32 S. 184.

tragung hätte vermeiden können, weil man ihn, ohne sich eintragen zu lassen, nicht vermeiden konnte. Dadurch, daß man ihn in den Kauf nahm, würde man zugleich den Zweck des Gesetzes, klare und sichere Rechtsverhältnisse zu schaffen, vereiteln, wenn die Vorschrift des § 66 in der Anwendung auf solche Geschäfte versagte. Es ist völlig klar, daß, wenn man annehmen wollte, der Gesetzgeber habe zulassen wollen, sich der Eintragungspflicht dadurch zu entziehen, daß man die Geschäfte unter anderen allgemeinen Geschäftsbedingungen abschloß, als den von der Börse festgesetzten, ohne daß dadurch der Charakter der Geschäfte geändert wurde, das Börsengesetz nichts als ein Blatt Papier wäre, durch das an dem früheren, als unleidlich empfundenen Rechtszustande nichts geändert wäre, da die Beteiligung des Privatpublikums an den als verhängnisvoll angesehenen Geschäften ebenso unverändert bliebe, wie die Berufung auf die Einrede des reinen Differenzgeschäftes. Das kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, und die Rechtsprechung ist berufen, den Willen des Gesetzes zur Geltung zu bringen.

Was die Revision dagegen aus dem von ihr angeführten Beispiel beweisen will, ist verfehlt. Schon in den Verhandlungen der Börsen-Enquetekommission ist darauf hingewiesen, daß eine Person, die Wertpapiere besitzt und zu einer bestimmten künftigen Zeit Geld braucht, das Börsertermingeschäft nicht nötig hat oder doch nur gering benachteiligt wird, wenn sie vom Börsertermingeschäft keinen Gebrauch machen kann, um die Wertpapiere auf Termin zu verkaufen, daß der Fall überdies praktisch sehr selten, und daß die Möglichkeit, im Wege des Termingeschäftes zu verkaufen, immer bedenklich ist.

Auch die von der Beklagten in wesentlicher Übereinstimmung mit dem Schema der Bank für Handel und Industrie aufgestellten allgemeinen Bedingungen sind nicht geeignet, die Anwendung des Börsengesetzes auszuschließen. Sie sind, wie die von den Mitgliedern der Stempelvereinigung aufgestellten Bedingungen,

vgl. Hoffmann, a. a. O. S. 79,

dazu bestimmt, an die Stelle der ausdrücklich ausgeschlossenen Bedingungen für Zeitgeschäfte an der Berliner Fondsbörse zu treten. Wird dieser Zweck erreicht, so gewinnen die danach geschlossenen Geschäfte denselben allgemeinen, schablonenhaften, der Individualität des Einzelgeschäftes entbehrenden Charakter, der den in § 48 des Börsen-

gesetzes formulierten Börsentermingeschäften eigen ist. Werden sie an der Börse in Wertpapieren geschlossen, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind, die infolgedessen an der Börse tatsächlich gehandelt werden, ist die Benutzung der Börseneinrichtungen für sie gestattet, werden die Terminpreise für sie amtlich festgestellt, so unterscheiden sie sich materiell in nichts von den Börsentermingeschäften, die dem Wortlaute des § 48 des Börsengesetzes entsprechen. Sie sind dann, ebenso wie diese, durch ihre Gleichartigkeit, durch die parate Möglichkeit der Deckung durch Gegengeschäft und der Umgehung der Effektiv-erfüllung geeignet, dem Spiel zu dienen, und der Zweck des Gesetzes wäre vereitelt, wenn die Eintragungspflicht für diese Geschäfte nicht bestände. Dagegen kann nicht geltend gemacht werden, daß das Termingeschäft sich aus dem freien Terminhandel entwickle. Der Gesetzgeber des Börsengesetzes kann nicht anders als davon ausgegangen sein, daß nach der gebotenen Einrichtung des Börsenregisters am Börsenterminhandel jeder Art sich nur noch solche Personen beteiligen würden, die im Börsenregister eingetragen sind. Er muß davon ausgegangen sein, weil er die Vereitelung des Zweckes des Gesetzes nicht gewollt haben kann.

Im vorliegenden Falle ist unstreitig, daß die Geschäfte über Wertpapiere geschlossen sind, in denen der Börsenterminhandel vor dem 1. Januar 1897 erlaubt war und nachher nicht untersagt ist, daß die Benutzung der Börseneinrichtungen für Zeitgeschäfte auf Grund der in Rede stehenden Geschäftsbedingungen von dem Börsenvorstande der Berliner Börse gestattet ist, und daß die Preise für die gehandelten Effekten ohne Unterschied der Geschäftsbedingungen, nach denen sie gehandelt, und namentlich ohne Unterscheidung der Geschäfte, die mit Nachfrist geschlossen werden, und der übrigen Ultimogeschäfte amtlich festgestellt werden.

In Wahrheit sind danach die von der Beklagten nach ihren Geschäftsbedingungen geschlossenen Geschäfte den Firzgeschäften des § 48 des Börsengesetzes völlig gleichwertig. Die Bedingungen sollen dem Wortlaute nach für alle Lieferungs- und Geschäftsbedingungen in Wertpapieren gelten und unterwerfen alle solche Geschäfte den Artt. 354—356 S. G. B. als vertragsmäßiger Norm. In Wahrheit zielen sie nur auf die unter 2 hervorgehobenen Ultimogeschäfte. Als Ultimo soll der letzte Börsentag des Monats, aber auch dieser nicht als fixer Termin für die Lieferung

im Sinne des § 48 des Börsengesetzes gelten, obwohl der Verzug durch Nichterfüllung ohne Mahnung eintreten soll. Das soll notwendig auch für Ultimogeschäfte in Wertpapieren gelten, die erheblichen Preisschwankungen unterliegen, Gegenstand der Börsenspekulation sind und im Börsenhandel erfahrungsmäßig lediglich mit Rücksicht auf den durch die Preisschwankungen zu erzielenden Gewinn abgeschlossen werden, bei denen deshalb nach der Absicht der Kontrahenten die vereinbarte Erfüllungszeit als eine wesentliche Bedingung des Geschäftes anzusehen ist.

Vgl. Entsch. des R.D.G.'s Bd. 8 S. 236, Bd. 16 S. 292.

Trotzdem soll der nicht säumige Käufer, unter Ausschluß des Rücktrittsrechtes, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur fordern können, wenn er dies dem säumigen Verkäufer telegraphisch anzeigt, und der Verkäufer entweder nicht telegraphisch eine Nachfrist von zwei Börsentagen beansprucht, oder auch an dem durch die zu gewährende Nachfrist hinausgeschobenen Erfüllungstage nicht erfüllt. Der Höchstbetrag des Schadensersatzes, den der Käufer zu fordern hat, soll nach der Wahl des Käufers durch Deckungskauf festgestellt oder durch die Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem amtlichen Börsenkurs am Erfüllungstage bestimmt werden. Auch der Verkäufer muß vor der Zwangsregulierung dem säumigen Käufer auf telegraphisches Verlangen dieselbe Nachfrist von zwei Börsentagen bewilligen.

Damit sind die Geschäfte äußerlich zwar des Charakters des Fixgeschäftes auf seiten des Verkäufers, den der § 48 des Börsengesetzes für das Börsentermingeschäft fordert, entkleidet, aber auch nur äußerlich. Die Nachfrist, die dem Verkäufer auf Verlangen gewährt werden muß, ist nicht die den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten im Sinne des Art. 356 H.G.B. Von solcher den Umständen angemessenen Frist ist bei Ultimogeschäften in Wertpapieren an der Börse überhaupt nicht zu reden; die Natur solcher Geschäfte läßt eine Nachfrist dieser Art überhaupt nicht zu; die Voraussetzung, an welche der Art. 356 H.G.B. die Pflicht zur Gewährung der Nachfrist knüpft, liegt nicht vor. Ob daraus zu schließen, diese Bedingung könne nicht ernst gemeint sein, weil jeder darauf rechnen müsse, Nachfrist werde nicht verlangt, und jedenfalls auch nach bewilligter Nachfrist nicht geliefert und abgenommen werden, kann auf sich beruhen. Die einzufür allemal festbestimmte Nachfrist von zwei Börsentagen führt zu

weiter nichts, als dazu, daß, wenn sie gefordert wird, das Geschäft von Ultimo auf den dritten Börsentag nach Ultimo fix prolongiert wird. Wenn die Revision geltend macht, daß nach der Natur des Ultimobörsengeschäftes in Wertpapieren mit dieser Nachfrist eine ernste Gefahr verbunden, und ein erheblicher Nachteil mit in den Kauf genommen werde, so gilt hier dasselbe, was oben bezüglich des Umstandes bemerkt ist, daß mit der Exemption der Geschäfte von den vom Börsenvorstande festgesetzten Bedingungen die Gefahr der Einrede des reinen Differenzgeschäftes in den Kauf genommen wird. Weder die Natur des Börsentermingeschäftes wird dadurch geändert, daß die Nachfrist eine weitere Spekulation über Ultimo gestattet, noch wird die Umgehung des Gesetzes dadurch beseitigt, daß die Geschäftsform, in der sie enthalten ist, mit Nachteilen für die Kontrahenten verknüpft ist, die sie übernahmen, weil ohnedies der Versuch der Umgehung des Gesetzes von vornherein aussichtslos war.

Der Berufsrichter hat hiernach den § 66 des Börsengesetzes auf die Geschäfte der Parteien mit Recht zur Anwendung gebracht." . . .