

90. 1. Kann der Börsentermingeschäftsunfähige Ansprüche aus Börsentermingeschäften in nicht zugelassenen Wertpapieren den Spieleinwand entgegensetzen, obgleich er Sicherheit nach § 54 BörsGef. gestellt hat?

2. Gehören zu solchen Börsentermingeschäften Börsentermingeschäfte an ausländischen Börsen? Abschluß von Deckungsgeschäften.

3. Einnahme der Arglist gegen den Spieleinwand.

4. Leistung auf Grund des Geschäfts nach § 762 BGB.

BörsGef. §§ 50, 54, 58, 61.

BGB. §§ 762, 764.

II. Zivilsenat. Ur. v. 4. Juni 1912 i. S. Nationalbank für Deutschland (Bekl.) w. B. St. (Kl.). Rep. II. 75/12.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger stand mit der Beklagten (durch deren Depositenkasse in der Jerusalemstraße) bis zum Jahre 1909 etwa 20 Jahre lang in Geschäftsverbindung. Am 30. Oktober 1908 erteilte er der Beklagten den Auftrag zum Verkauf von 100 Stück United States Steel Corporation common Shares in London zum Kurse von  $49\frac{7}{16}\%$  und am 16. November 1908 den Verkaufsauftrag für 50 Stück derselben Aktien zum Kurse von  $59\frac{11}{16}\%$  sowie endlich am 12. März 1909 den Verkaufsauftrag für 100 Stück derselben Aktien gegen  $2\frac{1}{4}\%$  Rückprämie. Diese drei Geschäfte wurden nach Londoner Börsensuance geschlossen. Sie wurden mehrfach von Medio zu Ultimo prolongiert. Aus anderen Geschäften schuldet der Kläger der Beklagten 1176,85 *M*; mit Einschluß dieses Verlustes schuldet der Kläger der Beklagten 10674,70 *M*. Davon entfallen auf obige drei Geschäfte 10674,70 *M* — 1176,85 *M*. Am 19. November 1908 hat der Kläger der Beklagten zwei 4 prozentige preussische Konsols über je 5000 *M* nebst Erneuerungsscheinen und den Zinscheinen vom 1. April 1909 in der Form des § 54 BörsGef. zur Sicherheit für ihre Forderungen aus bestehenden und noch zu schließenden Börsentermingeschäften in Wertpapieren bestellt.

Der Kläger behauptet, die drei eingangs erwähnten Börsentermingeschäfte seien Differenzgeschäfte. Deshalb schulde er daraus der Beklagten nichts gemäß § 764 BGB. Er hat die Beklagte mit dem Antrage verklagt, die Konsols Zug um Zug gegen Zahlung von 1176,85 *M* an ihn herauszugeben.

Das Landgericht wies die Klage ab. Das Kammergericht gab ihr statt. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

#### Gründen:

„Die streitigen Geschäfte sind nach Londoner Börsenusage abgeschlossen. Die Shares, um die es sich handelt, sind an keiner deutschen Börse zugelassen. Daß die Geschäfte Börsentermingeschäfte sind, ist nach den Feststellungen des Berufungsrichters nicht zu bezweifeln. Die Beklagte beanstandet diesen Ausgangspunkt des angegriffenen Urteils nicht. Sie hält die Geschäfte selbst für Börsentermingeschäfte. Im Hinblick auf § 50 BörsGes. vom 8. Mai 1908 sind die drei Geschäfte danach sog. inoffizielle Börsentermingeschäfte, d. h. der hier fragliche Börsenterminhandel hat in Papieren stattgefunden, die zum Börsenterminhandel an einer deutschen Börse nicht zugelassen sind.

I. Der Streit der Parteien dreht sich zunächst darum, ob gegen solche inoffizielle Börsentermingeschäfte der Spieleinwand nach § 764 BGB. zugelassen ist. Der Berufungsrichter hat diese Frage zugunsten des Klägers bejaht und die Anwendbarkeit des von der Beklagten angerufenen § 58 BörsGes. verneint.

Die Beklagte, eine Aktiengesellschaft, gehört zu den Personen, die in verbindlicher Weise Börsentermingeschäfte abschließen können (§ 58 Abs. 1 BörsGes.). Der Kläger dagegen gehört nicht zu diesen Personen; er ist börsentermingeschäftsunfähig. Der Kläger hat aber der Beklagten eine Sicherheit nach § 54 BörsGes. bestellt. Würde es sich um Börsentermingeschäfte in zugelassenen Wertpapieren, d. h. um sog. offizielle Börsentermingeschäfte, handeln, so würden die Geschäfte für die Beklagte vollverbindlich sein (§ 54 Abs. 1 Schlußsatz BörsGes.). Der Kläger würde, weil er nicht börsentermingeschäftsfähig ist, zwar nicht persönlich aus den Geschäften haften, aber die Beklagte könnte sich aus der gestellten Sicherheit befriedigen (§ 54 Abs. 1 BörsGes.). Auf Seiten der Beklagten würde danach das offizielle

Börsentermingeschäft voll verbindlich sein, während es für den Kläger nur beschränkt, nämlich beschränkt auf die Sicherheit, wirksam sein würde.

So würde sich die Rechtslage gestalten, wenn es sich um Ansprüche aus offiziellen Börsentermingeschäften handeln würde, und wenn der Spieleinwand nicht erhoben wäre. Ist der Spieleinwand erhoben, so trifft § 58 BörsGes. für offizielle Börsentermingeschäfte, also für Börsentermingeschäfte in zugelassenen Wertpapieren, folgende Bestimmung: Der Börsentermingeschäftsfähige kann den Spieleinwand nicht vorbringen, sobald er sich, wie dies hier zutrifft, Sicherheit nach § 54 BörsGes. hat stellen lassen. Denn für ihn ist das Geschäft durch Stellung der Sicherheit voll verbindlich geworden. Dies bestimmt Satz 1 § 58 BörsGes. Der Kläger dagegen würde, weil das Geschäft für ihn nicht verbindlich, sondern infolge der Sicherheitsstellung nur beschränkt wirksam wäre, den Spieleinwand auch nur in diesem beschränkten Umfange, d. h. insoweit erheben können, als die Ansprüche der Beklagten aus offiziellen Börsentermingeschäften über den Betrag der gestellten Sicherheit hinausgehen. Dies bestimmt Satz 2 § 58 BörsGes.

Die Beklagte macht nun geltend, diese letztere Bestimmung des Satzes 2 § 58 BörsGes. finde auch auf die hier vorliegenden Börsentermingeschäfte in nicht zugelassenen Wertpapieren, also auf den inoffiziellen Börsenterminhandel, Anwendung, so daß sie sich, auch wenn der vom Kläger erhobene Spieleinwand begründet wäre, doch für ihre Ansprüche aus den drei Börsentermingeschäften befriedigen dürfe. Die Beklagte führt zur Rechtfertigung dieser Auffassung aus: Zuerst sei der Staub'sche Nachtrag zum Exkurs zu § 376 Anm. 29, 82, 142, 178 (8. Aufl.) nicht allein im Widerspruche mit dem Regierungskommissar Hempfenmacher in dessen Kommentar zum Börsengesetz (§ 58 Bem. 3), sondern auch im Widerspruche mit dem Berichterstatter der Reichstagskommission (DJurZ. 1908 S. 609 ff., insbesondere S. 612) sowie im Widerspruche mit der im Reichstage selbst hervorgetretenen Auffassung des § 58 BörsGes. und im Widerspruche mit den im Staub'schen Nachtrag angeführten Stellen aus den Vorarbeiten des Gesetzes sowie endlich im Gegensatze zu Düringer (Bankarch. Bd. 7 S. 114 und 115) und Wildhagen (DJurZ. 1907 S. 1276 und 1282) zur Aufstellung der Ansicht gekommen, daß

§ 58 BörsGes. auf inoffizielle Börsentermingeschäfte, insbesondere auf ausländische Börsentermingeschäfte, überhaupt keine Anwendung finde, sondern daß vielmehr Ansprüche aus inoffiziellen Börsentermingeschäften dem Differenzeinwande völlig preisgegeben seien.

Diese Ansicht, der sich der Berufungsrichter angeschlossen hat, wird, was die Auslegung des § 58 BörsGes. angeht, wonach § 58 nur für offizielle Börsentermingeschäfte gegeben sei, geteilt von den Kommentaren von Rußbaum, § 58 Nr. III; Neukamp, § 58 Anm. 7 fig.; Bernstein, § 58 III Anm. 4c; Apt, § 58 Anm. 1 sowie von Jacufiel, Leipz. Zeitschr. 1908 S. 577. Was jedoch das Verhältnis des § 58 BörsGes. zu den ausländischen Börsentermingeschäften angeht, ist die Wissenschaft geteilter Meinung. Die Beklagte macht geltend, die Beschränkung des § 58 BörsGes. auf den offiziellen Börsenterminhandel stehe mit der Tendenz des Gesetzes nicht in Einklang. Dies ergebe sich namentlich aus der Auffassung der obengenannten Persönlichkeiten, die beim Zustandekommen des Gesetzes zum Teil in hervorragender Stellung mitgewirkt hätten. Dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten ist nach seinem Vortrag eine briefliche Mitteilung des Berichterstatters B. der Reichstagskommission zugegangen, wonach die Reichstagskommission den Spieleinwand unter allen Umständen vor einer bestellten Sicherheit halt machen lassen wollte. Die Beklagte steht auf dem Standpunkte, dieser Wille sei auch in dem Entwurfe des Börsengesetzes klar durchgearbeitet gewesen; erst § 58 des Gesetzes habe Unklarheit geschaffen. Der Sinn dieses § 58 sei dunkel; sei es aber dem Gesetzgeber nicht gelungen, seinem leitenden Gedanken eine klare Fassung zu geben, so sei es Aufgabe der Rechtsprechung, dem wahren Rechtsgedanken zum Siege zu verhelfen. Dieser auch in dem nicht glücklichen Wortlaute des § 58 BörsGes. noch erkennbare Rechtsgedanke gehe dahin, daß, wer bereits eine Sicherheit geleistet, also wirtschaftlich das, was er aus dem Terminhandel schuldet, bereits aus seinem Vermögen gegeben hat, an der nicht ehrenvollen Erhebung des Spieleinwandes gehindert werden solle. Zudem sei die Meinung, die den Spieleinwand hier zulasse mit § 61 BörsGes. unverträglich.

Was die Behauptung der Unverträglichkeit des § 61 BörsGes. mit einem Ausschlusse des § 58 BörsGes. bei Erhebung des Spieleinwandes gegen Ansprüche aus ausländischen Börsentermingeschäften

angeht, so hat zu dieser Frage bereits der I. Zivilsenat des Reichsgerichts (Entsch. in Zivilf. Bd. 76 S. 371) Stellung genommen. Dort ist dargelegt, daß § 61 BörsGes. zwar die entsprechende Anwendung der §§ 52—60 verfügt, wenn das Geschäft im Auslande geschlossen oder zu erfüllen ist, daß also § 61 den § 58 des Gesetzes nicht ausnimmt. In demselben Urteil ist aber hinzugefügt, daß § 58 BörsGes. ausdrücklich auf § 50 verweist, d. h. nur für das offizielle Börsentermingeschäft bestimmt ist, daß § 58 also auch keine Anwendung, und zwar auch keine entsprechende Anwendung auf Auslandsgeschäfte finden kann, weil sie inoffizielle Börsentermingeschäfte sind. Dieser Auffassung des I. Zivilsenats schließt sich der erkennende Senat an. Hieraus folgt, daß § 61 BörsGes. durch § 58 des Gesetzes eingeschränkt wird, und daß das von der Beklagten aus § 61 entnommene Bedenken grundlos ist.

Was nun § 58 BörsGes. selbst angeht, so läßt sein Wortlaut keinen Zweifel aufkommen. Satz 1 des § 58 sagt ausdrücklich, daß die börsentermingeschäftsfähige Person, die sich eine Sicherheit hat bestellen lassen, den Spieleinwand nur dann nicht erheben kann, wenn die Sicherheit für einen Anspruch aus einem offiziellen Börsentermingeschäfte bestellt worden ist. Damit darüber jeder Zweifel ausgeschlossen werde, hat der Gesetzgeber sich noch ausdrücklich auf § 50 BörsGes. bezogen, der den offiziellen Börsenterminhandel regelt. § 58 BörsGes. lautet nämlich:

„Gegen Ansprüche aus Börsentermingeschäften in Waren oder Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind (§ 50), kann von demjenigen, für welchen das Geschäft nach den Vorschriften der §§ 53, 54, 57 verbindlich ist, ein Einwand aus den §§ 762 und 764 BGB. nicht erhoben werden. Soweit gegen die bezeichneten Ansprüche ein solcher Einwand zulässig bleibt, finden die Vorschriften der §§ 54 und 56 über die Befriedigung aus der Sicherheit und die Zulässigkeit der Aufrechnung entsprechende Anwendung.“

Satz 2 dieser Gesetzesstelle betrifft gleichfalls nur den offiziellen Börsenterminhandel, also nicht die ausländischen Börsentermingeschäfte. Dieser Wille des Gesetzgebers ist ganz unzweideutig gemacht, indem Satz 2 auf die in Satz 1 bezeichneten Ansprüche aus offiziellen Börsentermingeschäften ausdrücklich verweist.

Die Beklagte meint, es müßten die Worte „gegen die bezeichneten Ansprüche“ dahin ausgelegt werden, daß damit Ansprüche aus Börsentermingeschäften schlechthin gemeint seien; zu diesem Zwecke müsse man sich hinwegdenken, was dieser Auslegung in Satz 2 entgegenstehe. Erst eine solche Auslegung sei eine freie, dem Geiste des Gesetzes gerecht werdende.

Auf diesem Wege kann der Beklagten nicht gefolgt werden. Es handelt sich hier keineswegs um eine verfehlte Ausdrucksweise des Gesetzgebers. Der Gedanke, von dem sich der Gesetzgeber leiten ließ, ist ein leicht verständlicher. Er wollte nur den Börsenterminhandel vor dem Spieleinwande schützen, der alle die Garantien bietet, wie sie § 50 BörsGes. umschreibt. Klarer und unzweideutiger, als geschehen, konnte sich der Gesetzgeber nicht ausdrücken. Daß Satz 1 des § 58 dem Börsentermingeschäftsfähigen, der Sicherstellung erlangt hat, den Spieleinwand schlechthin abschneidet, ist eine notwendige Folge aus dem Standpunkte des § 54 Abs. 1 BörsGes., der das offizielle Börsentermingeschäft für den Börsentermingeschäftsfähigen vollverbindlich werden läßt, sobald ihm Sicherheit bestellt ist. Mit demselben Begriffe des Vollverbindlichwerdens operieren auch die in Satz 1 des § 58 bezogenen §§ 53 und 57. Hieraus ist zu ersehen, daß der Gesetzgeber sich genau bewußt war, was er in Satz 1 des § 58 BörsGes. bestimmen wollte und bestimmt hat. Nachdem er in Satz 1 des § 58 den Spieleinwand des Börsentermingeschäftsfähigen erlobigt hatte, der ein offizielles Börsentermingeschäft abgeschlossen hat, bedurfte es noch der Regelung, wie es sich bei offiziellen Börsentermingeschäften mit dem Spieleinwande des Börsentermingeschäftsunfähigen verhalte. Diese Regelung ist in Satz 2 des § 58 im Einklange mit § 54 BörsGes. erfolgt, wie dies bereits oben dargelegt worden ist. Damit aber jede Auslegung des Satzes 2 zugunsten inoffizieller Börsentermingeschäfte unmöglich gemacht werde, hat die Reichstagskommission dem Satz 2 die zum Gesetz erhobene Fassung gegeben, die ausdrücklich befragt, daß Satz 2 keine anderen Ansprüche im Auge hat als die Ansprüche aus den in Satz 1 bezeichneten offiziellen Börsentermingeschäften. Es ist somit nicht richtig, was die Beklagte einwendet, der § 58 ergäbe keinen Sinn, wenn man sich nicht die von ihr vorgeschlagene Auslegung zu eigen mache. Der hier dargelegte Sinn des § 58 läßt sich auch bereits

aus dem Entwurf und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes entnehmen. Der Berufungsrichter hat daher mit Recht den Spieleinwand zugelassen.

II. Die Beklagte vertritt die Meinung, der Spieleinwand sei dem Kläger versagt, weil er innerhalb 20-jähriger Geschäftsverbindung Spielgeschäfte gemacht und Gewinne eingezogen habe. Mit Rücksicht hierauf sei es arglistig, den Spieleinwand zu erheben, weil der Kläger die Beklagte in den Glauben versetzt habe, sie habe einen solchen Einwand von ihm nicht zu besorgen. Die Einrede der Arglist ist nicht begründet, da der Kläger nicht gehindert werden kann, von seinem gesetzlichen Rechte Gebrauch zu machen.

III. Die Beklagte hält § 286 B. P. D. für mehrfach verletzt:

1. Der Berufungsrichter stellt fest, daß die drei streitigen Geschäfte Spielgeschäfte im Sinne des § 764 B. G. B. waren. Der Kläger habe nämlich, so führt er aus, die drei Geschäfte in der der Beklagten bekannten Absicht geschlossen, daß Erfüllung ausgeschlossen sein und nur der Unterschied zwischen dem vereinbarten und dem Börsenpreis am Stichtage gezahlt werden solle. Diesen Parteiwillen entnimmt der Berufungsrichter daraus, daß die Parteien von 1898 bis zu den hier fraglichen drei Abschlüssen miteinander 448 durch Gegengeschäfte erlebte Ulimogeschäfte gemacht und nur drei Termingeschäfte durch Effektivüberfüllung erlebte haben. Allerdings finde sich auch eine geringe Zahl von Kassengeschäften. In Termingeschäften bewegten sich nach der Feststellung des Berufungsrichters die monatlichen Umsätze zwischen 35000 *M.* und 474000 *M.* In den Monaten August und Dezember betrug die Schuld des Klägers 600000 *M.* In Verbindung damit bringt der Berufungsrichter den Umstand, daß die Papiere der drei Abschlüsse wegen ihrer starken Schwankungen sich vorzüglich zum Börsenspiel eignen, und daß der Kläger seine Absicht zu „fixen“ dem einen der Filialleiter der Beklagten, der Abschlussvollmacht besaß, vor dem Abschlusse mitgeteilt habe. Dieser Filialleiter habe den Ausdruck „fixen“ im Sinne des Börsenspiels verstanden. Die Spielabsicht des Klägers ergibt sich nach der Darstellung des Berufungsrichters weiter aus der Art der Abwicklung der drei Geschäfte, aus den Beträgen, die dabei in Frage kamen, und aus deren Verhältnisse zu den Mitteln des Klägers sowie aus noch anderen Umständen. Damit ist die Spielabsicht auf Seiten des Klägers

einwandfrei festgestellt. Die Beklagte beanstandet die Bemerkung des Berufungsrichters, wonach ein gewichtiges Anzeichen für die Spielabsicht des Klägers darin erblickt wird, daß der Kläger das dritte Geschäft gegen Rückprämie abgeschlossen hat. Die Beklagte meint, einen Abschluß gegen Rückprämie könne man ebensogut gegen eine Spielabsicht anführen, weil sie das Risiko begrenze. Auf der beanstandeten Bemerkung des Berufungsrichters beruht sein Urteil nicht. Es ergibt sich aus seinen Ausführungen, daß er auch dann aus den übrigen zwingenden Umständen bereits zu der Überzeugung von der Spielabsicht des Klägers gekommen ist, wenn man die beanstandete Erwägung völlig ausschleibt.

2. Der Berufungsrichter erachtet auch die Kenntnis der Beklagten von der Spielabsicht des Klägers für erwiesen. Er entnimmt diese Kenntnis aus einer Reihe von Umständen. Die betreffenden Feststellungen sind angegriffen. Auf diese Angriffe kommt es nicht an. Denn der Berufungsrichter stellt fest, daß jedenfalls die beiden Filialleiter der Beklagten, mit denen der Kläger die Geschäfte abgeschlossen hat, die Spielabsicht des Klägers hätten kennen müssen. Auch diese Feststellung ist angegriffen; allein diese Angriffe beruhen nur darauf, daß die Beklagte den vom Berufungsrichter verwerteten Umständen eine andere Deutung gibt. Mit solchen Angriffen kann die Beklagte in der Revisionsinstanz nicht durchbringen, weil die freie Beweiswürdigung nach § 286 B.P.O. nur angreifbar ist, wenn ein Verstoß gegen Rechtsgrundsätze vorliegt. An einem solchen Verstoße fehlt es aber hier.

Die Beklagte wendet zwar noch ein, daß durch § 8 ihrer Geschäftsbedingungen, denen sich der Kläger unterworfen hatte, jedes Kennenmüssen ausgeschlossen sei, weil sich die Beklagte in § 8 ihrer Bedingungen dagegen verwahrt, daß sie Spielgeschäfte mache. Der Berufungsrichter hat diesen Paragraphen gewürdigt. Er kommt zum Ergebnis, daß gegenüber den unzweifelhaften Tatsachen der § 8 nicht in Betracht komme. Hiergegen ist nichts zu erinnern.

3. Die Beklagte macht dem Berufungsrichter den Vorwurf, er habe nicht berücksichtigt, daß die Aufträge des Klägers in London in der Tat ausgeführt worden seien. Der Berufungsrichter stellt fest, daß die Beklagte hinsichtlich der drei hier streitigen Geschäfte in London Deckungsgeschäfte abgeschlossen habe. Aus diesem Um-

stand entnimmt der Berufungsrichter aber nur, daß die Beklagte selbst keine Spielabsicht gehabt haben möge, daß es dem § 764 BGB. aber genüge, wenn die Beklagte die Spielabsicht des Klägers habe kennen müssen. Das Kennenmüssen seitens der Beklagten siehe aber völlig fest. Gegen diese Erwägung des Berufungsrichters ist nichts zu erinnern.

IV. Die Beklagte hat in der Vorinstanz den Versuch gemacht, gegen den Anspruch des Klägers den Betrag von 10000  $\mathcal{M}$  aufzurechnen, den der Kläger bei ihr im Laufe der Geschäftsverbindung gewonnen hatte. Die Beklagte vertrat nämlich die Meinung, wenn die drei hier in Frage stehenden Geschäfte Spielgeschäfte seien, so müßten auch die früheren Geschäfte denselben Charakter haben, also hätte die Beklagte den Gewinn von 10000  $\mathcal{M}$  dem Kläger nicht auszuführen oder mit ihm zu verrechnen brauchen; der Kläger müsse die empfangenen 10000  $\mathcal{M}$  danach herausgeben. Der Berufungsrichter hat mit Recht darauf hingewiesen, daß das, was die Beklagte hier dem Anspruch auf Herausgabe der Sicherheit entgegenhalte, keine Aufrechnung nach § 387 BGB. und § 529 Abs. 3 BPO., sondern ein Bereicherungsanspruch sei. Die Gewinne seien längst teils bezahlt, teils verrechnet. Darin liege eine Leistung auf Grund der Geschäfte. Diese Leistung könne nach § 762 BGB. nicht zurückgefordert werden. Die Beklagte macht die Ausstellung, sie könne wenigstens die Anerkennung verlangen, daß die Gewinne dem Kläger nicht zugestanden hätten. Diese Ausstellung ist nicht berechtigt, weil auch diesem Einwande § 762 BGB. im Wege steht.

Die Beklagte meint nun, sie habe mit dem Vorbringen der Einrede der Arglist (oben unter II) zugleich die Einrede des Zurückbehaltungsrechts vorgebracht. Diese Einrede habe der näheren Aufklärung mit Hilfe der Ausübung des Fragerechts nach § 139 BPO. bedurft. Diese Rüge ist nicht berechtigt. Eine Einrede des Zurückbehaltungsrechts war nicht vorgeschützt. Es ist auch nicht zu ersehen, auf welche Grundlage ein solches Recht überhaupt gestützt werden könnte. Der Berufungsrichter hat somit berechtigterweise dem Klagegehren auf Herausgabe der geleisteten Sicherheit stattgegeben.“