Werk

Titel: Differenzgeschäft und Differenzklausel

Autor: Leist, G. A.

Ort: Jena

Jahr: 1891

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345616359_0056|log201

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

XIII.

Differenzgeschäft und Differenzklausel.

Von

Dr. jur. G. A. Leist.

Die Gegner des Börsenspiels sind mehr und mehr in die üble Stellung desjenigen gedrängt worden, der die schlimme Wirkung der feindlichen Geschosse spürt, ohne den Feind entdecken zu können. Lange Zeit hat man geglaubt, daß man den Gegner mit Sicherheit dort finde, wo man die Uniform des „Differenzgeschäfts" sehe. Aber als man an die Aufgabe herantrat, zuverlässige Anweisungen darüber auszugeben, welche Kennzeichen denn diese Uniform trage, da ist man zu der Erkenntnis gelangt, daß in derselben Kleidung, in welcher die sogen. Differenzgeschäfte erscheinen, auch ganz reelle Lieferungsverträge vorkommen. Diese Erkenntnis hat zu einer Spaltung innerhalb der Jurisprudenz geführt. Die einen haben aus Besorgnis, zugleich mit dem Feind auch den Freund zu treffen, den Kampf aufgegeben, indem sie zum Teil das Börsenspiel als einen unvermeidlichen Begleiter des Börsenhandels anerkennen, zum Teil sich der Hoffnung hingeben, es werde das Börsenspiel durch zweckmäßige Börseneinrichtungen beseitigt werden können. Im anderen Lager finden sich alle diejenigen zusammen, welche es nicht über sich gewinnen können, einem Geschäft rechtliche Wirkung beizumessen, das dringend verdächtig ist, dem Börsenspiel zu dienen. Die Angehörigen dieser Partei können sich zumeist nicht verhehlen, daß die äußere Erscheinung von Freund und Feind kein sicheres Unterscheidungsmerkmal bietet; sie sehen sich also auf die Untersuchung hingedrängt, ob unter der gleichen Hülle sich freundliche oder feindliche Gesinnung verbirgt, ob ein Geschäft aus der Absicht der Kontrahenten hervorging, einen wirklichen Handel oder nur ein Spiel zu veranstalten. Da indessen leider auch dem Juristen die Gabe versagt ist, Herz und Nieren einer unmittelbaren Prüfung zu unterziehen, so wird es nicht selten recht schwer, die Vermutung, daß es sich um ein Spiel handelt, mittels allerlei Indizien zur Ueberzeugung zu steigern. Doch nimmt man es hiermit nicht allzu genau. Weit verbreitet ist ja die Anschauung,

daß bei den Termingeschäften oder den Börsengeschäften überhaupt nicht viel Segen sei. Da ist es nicht zu verwundern, daß man sich wegen der Gefahr, daß einmal ein legitimes Termingeschäft mit einem Börsenspiel verwechselt werde, wenig Sorgen macht.

Zu der Partei, welche dem legitimen Börsengeschäft zu Liebe den Jobber gewähren läßt, gehört die Mehrzahl der heutigen Theoretiker; die Partei, welche im Krieg gegen das Börsenspiel das legitime Börsengeschäft gefährdet, dürfte die Majorität der Praktiker umfassen.

Den Nationalökonomen ist angesichts dessen, daß ein Teil der angesehensten Juristen selbst die Flinte ins Korn geworfen, der Glaube an die Wirksamkeit juristischer Mittel gegen das Börsenspiel gänzlich abhanden gekommen; die neueren Untersuchungen über den Terminhandel haben nur für die Frage Raum, ob dem Uebel durch eine bessere Organisation der Börse entgegengewirkt werden könne.

Da indessen bisher ein durchaus empfehlenswertes Heilmittel dieser Art nicht gefunden zu sein scheint, so darf der folgende Versuch, darzulegen, daß ohne Schädigung des legitimen Börsengeschäfts das Börsenspiel mit juristischen Waffen bekämpft werden kann, wenn man nur den Angriff gegen eine etwas andere Stelle richtet als bisher, auf das Interesse der Nationalökonomen und der gegenüber dem Börsenspiel neutralen Juristen rechnen. Denn daß, abgesehen von den unmittelbar Beteiligten, Alle, auch diejenigen, welche sich gegenüber dem Börsenspiel neutral halten, weil ihnen der Krieg aussichtslos zu sein scheint, als Gegner wenigstens des Jobbertums zu betrachten sind, wird keinem Zweifel ausgesetzt sein. Das Interesse der Juristen aber, welche vorher zu der zweiten Partei gerechnet sind, wird zunächst durch den Nachweis gewonnen werden müssen, daß die Argumentationen, mit denen man sich gegenüber dem sogen. Differenzgeschäft helfen zu können gemeint hat, zu diesem Zwecke nicht genügen.

Wenn vorher gesagt worden ist, daß ein großer Teil der Juristen gegenwärtig daran verzweifele, dem sogen. Differenzgeschäft mit juristischen Mitteln zu begegnen, so ist das nicht ganz richtig. Denn darüber sind die meisten einig, daß reine Differenzgeschäfte nichtig oder wenigstens klaglos sind. Aber die nahezu allgemeine Anerkennung dieses Satzes verliert ihren Wert dadurch, daß, wie fast niemand mehr bestreitet, reine Differenzgeschäfte nie oder fast nie vorkommen.

Als reines (eigentliches, wahres, echtes) Differenzgeschäft bezeichnet man bekanntlich einen befristeten Lieferungsvertrag, welcher von der Vereinbarung begleitet ist, daß weder der Käufer zu der regelmäßig im Sinne des Art. 357 des Handelsgesetzbuchs genau bestimmten Zeit wirkliche Lieferung der Ware, noch der Verkäufer Abnahme der Ware und Zahlung des Preises verlangen dürfe, der Vertrag vielmehr ausschließlich durch Zahlung der Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem Markt- oder Börsenpreis der verabredeten

Lieferungszeit erfüllt werden solle. Das reine Differenzgeschäft verpflichtet danach einerseits die Partei, welche als Verkäufer auftritt, nicht zur Lieferung der Ware, sondern lediglich zur Zahlung einer auf die angegebene Weise zu berechnenden Geldsumme für den Fall, daß der Kurs der als verkauft angeführten Ware über den vereinbarten Betrag steigt, andererseits den sogen. Käufer nicht zur Zahlung dieses Betrages gegen Empfang der Ware, sondern nur unter der Bedingung, daß der Kurs des angeblichen Kaufgegenstandes sinkt, zur Erstattung der bezeichneten „Differenz".

Beispiele von Verträgen dieser Art werden noch aus neuerer Zeit verschiedentlich mitgeteilt. So wird berichtet [1]), die Coulisse habe in Paris früher ihre Geschäfte nie über einen Umsatz, sondern nur über die Differenz abgeschlossen, indem man dem „gekauft" oder „verkauft" die Klausel „liquidation suivant règlement" beifügte; damit habe man gemeint, es solle nur die Differenz gegen den Mittelkurs des Lieferungstages gezahlt werden. Bei den Verhandlungen des XVI. Deutschen Juristentages über das Differenzgeschäft ist zur Sprache gekommen [2]), daß in den 70er Jahren in Hannover Dividendenscheine einer bestimmten Aktiengesellschaft lebhaft gehandelt sind und zwar mit dem Zusatz „per Differenz". Der Ausdruck „per Differenz" habe klarstellen sollen, daß weder Ware noch Preis in obligatione sein solle.

Wie schon die verhüllende Ausdrucksweise dieser Verträge vermuten läßt, hat das reine Differenzgeschäft bereits seit längerer Zeit um seine Existenz zu kämpfen gehabt.

Daß in den Ländern, welche, wie Rußland und die Schweiz, die Wirksamkeit der Differenzgeschäfte durch ausdrückliche Gesetzesbestimmungen beschränken, die fraglichen Verträge in erster Linie betroffen werden, ist außer Zweifel. Aber auch in den Rechtsgebieten, deren Gesetzgebung eine Entscheidung über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der sogen. Differenzgeschäfte nicht getroffen hat, nimmt die Judikatur ganz überwiegend gegen die reinen Differenzgeschäfte Partei. Man beruft sich ihnen gegenüber auf die Verbote des Spiels oder der Wette, oder macht, wo solche Verbote fehlen, geltend, daß Verträge dieser Art des sittlichen Zwecks, der wirtschaftlichen Grundlage entbehrten, welche die Voraussetzung des Rechtsschutzes sei, daß sie als contra bonos mores keinen Anspruch auf Anerkennung seitens des objektiven Rechts hätten. Ja sogar in Staaten, deren Gesetzgebung, wie diejenige Italiens, auch das reine Differenzgeschäft ausdrücklich für giltig erklärt hat, haben die Gerichte vielfach Klagen aus Geschäften dieser Art mit der Begründung zurückgewiesen, daß der zum Abschluß eines Vertrages erforderliche ernstliche Wille gefehlt habe [3]).

1) Courtois, Défense de l'agiotage. Paris 1864, bei Cohn, Zeitgeschäfte und Differenzgeschäfte in diesen Jahrbüchern, VII (1866), S. 387.

2) Verhandlungen des XVI. Deutschen Juristentages, II, S. 208. (Rede des Prof. Westerkamp.)

3) Vergl. über die Gesetzgebung und Judikatur des Auslandes betr. Terminhandel und Differenzgeschäft: Gareis in den Verhandl. des XVI. Juristentages, II, S. 184 fg. Derselbe, Klagbarkeit der Differenzgeschäfte (1882); auch David Kohn, Der Getreideterminhandel (1891), S. 178—185.

In Deutschland hat sich die große Mehrzahl der Gerichte gegen die Giltigkeit oder Klagbarkeit der reinen Differenzgeschäfte erklärt. Insbesondere haben das vorm. Reichsoberhandelsgericht, das Reichsgericht und die höchsten preußischen Gerichte in zahlreichen Entscheidungen an dem Grundsatze festgehalten, daß ein Lieferungsvertrag, dessen Erfüllung von vornherein durch Vereinbarung der Kontrahenten unter Ausschluß des Rechts auf wirkliche Lieferung bezw. Preiszahlung auf das Mittel der Differenzzahlung beschränkt wird, in einem Teil Deutschlands ungiltig, in einem anderen wenigstens klaglos ist.

Gegenüber der fast konstanten Rechtssprechung der höchsten und der meisten niederen Gerichte scheint das reine Differenzgeschäft sich nicht haben halten zu können. Aus dem deutschen Börsenverkehr ist es nach dem Zeugnis zahlreicher Kenner desselben verschwunden.

Nach wie vor aber blüht das Börsenspiel, das man in dem reinen Differenzgeschäft verfolgte und mit ihm vernichten zu können meinte.

Unzählige am Terminhandel der deutschen Börsen beteiligte Personen kaufen und verkaufen enorme Quantitäten von Waren und Effekten, an deren Erwerb oder Absatz ihnen jedes Interesse fehlt, zu deren Erwerb sie das erforderliche Geld, zu deren Absatz sie die nötigen Vorräte weder bei dem Abschluß der Verträge haben, noch zur vereinbarten Erfüllungszeit zu besitzen hoffen, lediglich in der Absicht, die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Markt- oder Börsenpreis der Erfüllungszeit zu gewinnen oder sich durch Zahlung dieser Differenz aus dem Spiel zu ziehen. Jahrelang beauftragt der Spekulant in der Provinz seinen Kommissionär an der Börse in abwechselnder Folge mit dem Kauf und Verkauf großer Warenmassen, ohne daß jemals in der Korrespondenz von einer Lieferung der Ware oder von der Zahlung einer anderen Geldsumme als der Differenz die Rede wäre. Es ist vorgekommen, daß eine einzelne Person Effekten bestimmter Art in größerer Zahl handelte, als die Gesamtsumme der existierenden Effekten dieser Art betrug [1]). Im Kaffeeterminhandel wurden im Jahre 1888 in Hamburg 16 486 000 Sack, in Hâvre 13 850 000 Sack und in Antwerpen 3 216 500 Sack, also an den drei bedeutendsten Terminbörsen zusammen 33 552 500 Sack Santoskaffee gehandelt, während die gesamte Santosernte nur 3 500 000 Sack betrug [2]). Es wird angenommen, daß an den nordamerikanischen Börsen im ersten Halbjahr 1889 eine größere Weizenquantität auf Termine gehandelt ist, als im Jahre 1886 in der ganzen Welt produziert wurde [3]).

Beobachtungen dieser Art, die jeder in großer Zahl gemacht haben wird, der einen Einblick in das Getriebe der Börse gewonnen hat,

---

1) Ein Fall ist besprochen bei den Verhandlungen des XVI. Juristentages, II, S. 204.

2) C. J. Fuchs, Der Warenterminhandel, in Schmollers Jahrb. f. Gesetzgebung etc. Jahrg. XV (auch separ. ersch. Leipzig 1891), S. 32, A. 1. — Vergl. Bayerdörffer, Kaffeeterminhandel, in diesem Bd. der Jahrb. f. Nationalökonomie und St.

3) Fuchs a. a. O. S. 32.

mußten denjenigen, welche gewohnt waren, in dem reinen Differenzgeschäft das Mittel des Börsenspiels zu sehen, den Gedanken nahe legen, daß das reine Differenzgeschäft nur scheinbar verschwunden sei, daß es in Wahrheit in Verkleidungen, die der Richter abreißen müsse, fortlebe.

Schon früher war die Vereinbarung, daß beiderseits auf den Anspruch reeller Erfüllung verzichtet werde, in den schriftlichen Lieferungsverträgen oder Schlußzetteln regelmäßig derart versteckt, daß nur der Kundige sie verstehen konnte. Gegenwärtig — so sagt man — hat diese Klausel vor den Anfeindungen der praktischen wie theoretischen Jurisprudenz aus den schriftlichen Stipulationen ganz weichen müssen; die dem Richter vorgelegte Urkunde enthält allerdings kein Wort, welches auf eine solche Vereinbarung hindeutet; aber genau dasselbe, was früher im Kontext der Vertragskunde festgestellt wurde, wird jetzt bei Abschluß des Vertrages unter den Kontrahenten mündlich verabredet. Da die schriftliche Form für Verträge dieser Art nirgends erfordert wird, so muß eine solche mündliche Nebenabrede ganz ebenso wirken, wie wenn sie in das Vertragsdokument aufgenommen wäre. Bewirkt die schriftliche Klausel dieses Inhalts die Ungiltigkeit oder Klaglosigkeit des ganzen Vertrages, so kann es bei einer gleichen mündlichen Nebenvereinbarung nicht anders sein.

So ist es erklärlich, daß viele, man darf vielleicht sagen, die meisten Richter in Deutschland gegenüber Klagen auf Erstattung von Differenzen aus Börsen-Zeitgeschäften den Versuch gemacht haben, festzustellen, daß bei Abschluß des Vertrags beide Parteien auf das ihnen nach der Vertragsurkunde zustehende Recht, wirkliche Lieferung bezw. Zahlung des Preises zu fordern, extra protocollum verzichtet haben.

Eine ausdrückliche Verabredung dieses Inhalts wird vom Beklagten selbst, der sich die eingeklagte Differenz zu zahlen weigert, selten behauptet; wenn es geschieht, wird der Beweis regelmäßig nur durch Eideszuschiebung, nicht durch Benennung von Zeugen angetreten. Jede Partei hatte ja bei Abschluß des Vertrages das größte Interesse daran, daß, wenn ihre Spekulation glücklich auslaufen und sie selbst zur Einforderung der Differenz schreiten sollte, dem Gegner der Beweis einer Nebenabrede möglichst erschwert werde, welche geeignet ist, die Wirksamkeit des ganzen Geschäfts in Frage zu stellen. Beide Parteien werden deshalb, wenn es zu einer derartigen Vereinbarung kommt, Zeugen fernhalten; so muß denn auch jeder, wenn seine Spekulation fehlschlägt, die Nachteile tragen, welche die Heimlichkeit der Verabredung mit sich bringt.

Indessen ausdrücklicher Vereinbarungen bedarf es nicht; es genügt zu dem Zwecke, das abgeschlossene Geschäft als reines Differenzgeschäft und damit, der herrschenden Meinung zufolge, als unwirksam oder wenigstens klaglos erscheinen zu lassen, der Nachweis, daß die Parteien stillschweigend übereingekommen sind, es solle das Recht und die Pflicht beider Parteien im Gegensatz zu dem Wortlaut des Vertrages auf die Zahlung der Differenz beschränkt werden.

Gelingt dieser Nachweis, so steht damit fest, daß die Kontrahenten einen auf reelle Erfüllung gerichteten Lieferungsvertrag nur zum Schein, um Dritte, insbesondere den Richter, zu täuschen, errichteten. Dieses simulierte Geschäft ist nichtig. Das Geschäft aber, welches die Parteien unter jener Hülle wirklich abschließen wollten, welches sie dissimulierten, ist nichts anderes als ein reines Differenzgeschäft.

Nun genügt aber zu dem Beweise der Simulation des Lieferungs-, der Dissimulation des reinen Differenzgeschäfts nicht etwa, daß ein Kontrahent oder selbst beide Kontrahenten die Absicht gehabt haben, nur die Differenz zu fordern bezw. zu erstatten. Wie namentlich das vorm. Reichsoberhandelsgericht immer wieder hervorgehoben hat, muß hinzukommen, daß zwischen beiden Teilen ein Einverständnis über diesen Punkt erzielt ist. Dazu ist erforderlich, daß die Absicht des einen Teils, reelle Erfüllung weder zu leisten noch zu fordern, von dem zweiten Kontrahenten gekannt und gebilligt, und dies wiederum dem ersten Kontrahenten bekannt geworden ist. Selbst in dem Falle, daß zwei Jobber bei Abschluß des Lieferungsvertrages ihre beiderseitige Absicht, nur die Differenz zu fordern oder zu zahlen, gekannt haben, ist keiner von ihnen später verhindert, reelle Erfüllung zu verlangen, wenn er nicht bei Abschluß des Vertrages zu dem Bewußtsein gelangt ist, daß seine Absicht von dem anderen Teil als für das entstehende Rechtsverhältnis maßgebend anerkannt ist. Dann erst ist aus der Uebereinstimmung der Absichten eine Willenseinigung geworden.

Nun ist schon der Beweis, daß ein Kontrahent bei der Eingehung des Vertrages nicht die Absicht gehabt hat, wirkliche Erfüllung zu leisten und zu fordern, nicht so leicht zu führen, als es den Anschein hat.

Allerdings ist es kein Geheimnis, daß am Termingeschäft zahlreiche Personen teilnehmen, die ohne jede genaue Kenntnis der Lage des gehandelten Artikels auf Grund der unsichersten Vermutungen über die demnächstige Gestaltung der Preise oder auch lediglich ihrem Glück vertrauend, große Quantitäten von Waren oder Effekten kaufen oder verkaufen, ohne an deren Erwerb oder Absatz das geringste Interesse zu haben. Bei dem Jobber kommt meist hinzu, daß er nicht die geringste Aussicht hat, zur Erfüllungszeit im Besitz der zu liefernden Objekte oder einer Geldsumme zu sein, die zur Bezahlung hinreichen würde.

Daß ein Spekulant dieser Art bei dem Abschluß eines Lieferungsvertrages nicht daran denkt, die gekaufte Ware auf sein Lager zu nehmen, den Preis aus seiner Kasse zu bezahlen, oder die verkaufte Ware von seinem Lager zu liefern, versteht sich freilich von selbst. Deshalb aber braucht er nicht von vornherein die Absicht zu haben, den Gegner, wenn derselbe Erfüllung fordern sollte, unbefriedigt zu lassen. Denn auch der Jobber kann im allgemeinen darauf vertrauen, daß er um die Lieferungszeit jemanden finden wird, der ihm die gekaufte Ware abkauft oder die verkaufte Ware liefert. Erfüllt sich diese Erwartung, so braucht sich der Spekulant selbst nicht mehr um

die Realisation des Geschäfts zu bekümmern; diese erfolgt nun unmittelbar zwischen den beiden Personen, mit welchen er Verträge abgeschlossen hat. Nur die Differenz zwischen dem Preise des Engagements- und des Deckungsgeschäfts ist von dem Spekulanten oder an ihn zu zahlen.

Der Abschluß eines Deckungsgeschäfts ermöglicht also dem Spekulanten, noch zur Zeit, wo Erfüllung eines Lieferungsvertrages von ihm verlangt wird, seine Verpflichtungen auf die Schultern Anderer abzuwälzen. Die Differenz, auf welche er dabei seinen Gewinn oder Verlust beschränkt, ist derjenigen gleich, welche auf Grund eines reinen Differenzgeschäfts an ihn oder von ihm zu zahlen wäre[1]).

Aber nicht einmal diese Differenz braucht der Spekulant, wenn zu der Zeit, in der Erfüllung des Lieferungsvertrages verlangt wird, die erhoffte Entwickelung der Kurse noch nicht eingetreten ist, sofort verloren zu geben. Regelmäßig wird er genug Personen finden, die bereit sind, gegen Zahlung des Report oder Deport ein Prolongationsgeschäft einzugehen und damit ihm die Verpflichtung zur Abnahme und Bezahlung der Ware oder zur Lieferung derselben abzunehmen.

Immerhin muß zugegeben werden, daß der Spekulant einmal vergeblich nach Personen suchen kann, die geneigt sind, mit ihm ein Deckungs- oder ein Prolongationsgeschäft einzugehen. Nicht bloß der Jobber, dessen Solvenz zweifelhaft ist, kann in diese Lage kommen. Auch dem Kapitalisten, der auf Grund genauen Studiums des betreffenden Marktes, aber ohne daß er mit der Ware selbst etwas zu thun haben will, an der Spekulation teilnimmt, kann es begegnen, daß er „keinen Kontrakt findet". Bei dem großen Hamburger Kaffee-Corner vom Herbst 1888[2]) konnten die Baissiers nur mit der größten Mühe und zum Teil sehr bedeutenden Opfern die erforderlichen Deckungskäufe abschließen. Eine Zeit lang schien es nahe daran zu sein, daß die Baissepartei, außer stande, ihre Verpflichtungen zu erfüllen, sich dem Haussekonsortium auf Gnade und Ungnade ergeben mußte.

Aber auch abgesehen von dem außerordentlichen Fall eines Corner, in dem ja auch ein Differenzgeschäft enorme Verluste verursachen kann, scheint der Spekulant sich, wenn nicht von vornherein Recht und Pflicht zu reeller Erfüllung ausgeschlossen werden, wenigstens unnötigen Weitläufigkeiten auszusetzen. Warum sollte man, um Gewinn und Verlust auf die Differenz zu reduzieren, zwei Verträge abschließen, wenn man durch *einen* Vertrag denselben Erfolg erreichen kann?

Von diesem Gedanken beherrscht, haben zahlreiche Richter den

---

1) Selbstverständlich wartet der Spekulant mit dem Abschluſs eines Realisationsgeschäfts nicht immer bis zum Stichtag. „Bis zum Eintritt des Termins hat er in der Hand, jeden Moment, welcher ihm als der günstigste oder wenigst ungünstige erscheint, zu einem Deckungsgeschäft zu benutzen; dem vielleicht viel ungünstigeren Börsenpreis des Stichtages braucht er sich nicht preiszugeben, wenn er in Voraussicht einer ungünstigen Preisentwickelung eine frühere Eindeckung für ratsam erachtet." Entscheid. d. Oberlandesger. Hamburg in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. XXXVIII (N. F. XXIII), S. 224.

2) Vgl. Fuchs a. a. O. S. 36; Bayerdörffer a a. O.

Beweis, daß jemand bei Abschluß eines Lieferungsvertrages lediglich die Absicht gehabt habe, ein reines Differenzgeschäft einzugehen, als damit geführt erachtet, daß dargethan wird, er habe bei Abschluß des Vertrages nicht erwarten können, die zu wirklicher Erfüllung erforderlichen Mittel zu der vertragsmäßigen Erfüllungszeit in seinem Vermögen zu haben [1]).

Indessen auch wenn wir alle Bedenken, welche sich dieser Deduktion entgegenstellen, beiseite schieben und annehmen, daß die auf Eingehung eines Differenzgeschäftes gerichtete Absicht eines Kontrahenten nachgewiesen wäre, so wäre damit noch nicht viel ausgerichtet. Eine solche, dem im Vertrage ausgesprochenen Willen zuwiderlaufende Absicht würde wie jede Mentalreservation ohne alle Bedeutung sein. Selbst wenn beide Kontrahenten nachweislich die Absicht gehabt hätten, unter der Hülle eines Lieferungsvertrages ein reines Differenzgeschäft abzuschließen, ohne daß aber eine Partei die Absicht der anderen gekannt hätte, würde ein giltiges Lieferungsgeschäft vorliegen. Damit die Entstehung eines giltigen Lieferungsgeschäftes ausgeschlossen werde, muß hinzukommen, daß ein Einverständnis der Parteien über den Ausschluß der reellen Erfüllung erzielt wird. Es muß also bewiesen werden, daß die auf ein reines Differenzgeschäft gerichtete Nebenabsicht eines Teiles dem anderen bekannt geworden und dieser letztere damit einverstanden gewesen ist, daß demgemäß die Wirksamkeit des scheinbaren Lieferungsvertrages eingeschränkt werde; ferner muß diese Willensentschließung des einen Kontrahenten wiederum dem anderen bei Abschluß des Vertrages bekannt gewesen und von demselben gebilligt sein.

Es bedarf keiner Erörterung, daß der Versuch, diese komplizierten Vorgänge durch Indizien zu beweisen, wenig Aussicht auf Erfolg hat.

Dennoch gelangen zahlreiche deutsche Gerichte sehr häufig zur Abweisung der bei ihnen auf Zahlung von Differenzen erhobenen Klagen.

Gegenüber dieser Praxis, die der angedeuteten Beweisschwierigkeiten mittels der Befugnisse des § 259 der Civilprozeßordnung Meister wird, kann der Nachweis nicht genügen, daß es nur in seltenen Fällen möglich sein kann, eine für die Dissimulation eines reinen Differenzgeschäftes sprechende Vermutung zur Gewißheit zu steigern. Vielmehr wird es nötig sein, diese Vermutung, so weit wie möglich, zu beseitigen.

Zu diesem Zwecke ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die Vermutung, es sei der schriftlich fixierte Lieferungsvertrag, aus dem auf Zahlung einer Differenz geklagt wird, von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung über eine Modifikation des Vertragsinhalts begleitet gewesen, gegenüber der Organisation des heutigen Terminhandels einen schweren Stand hat.

---

1) Aehnlich wäre der Schluſs, daſs jemand, der bei Aufnahme eines Darlehns nicht die Aussicht hat, bei Ablauf der Rückzahlungsfrist die Summe in seinem Vermögen zu haben, in Wahrheit nicht ein Darlehn, sondern ein Geschenk zu empfangen beabsichtige.

Das moderne Termingeschäft ist bekanntlich eine Spezies des Lieferungsgeschäftes auf Zeit[1]). Allen Geschäften dieser Gattung ist gemeinsam, daß die Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen zu bestimmter Zeit gegen einen bestimmten Preis übernommen wird. Dem Termingeschäft aber ist eigentümlich, daß nur die Bestimmung des Preises dem freien Belieben der Kontrahenten überlassen ist, daß dieselben dagegen sowohl bei der Bemessung der Quantität und Qualität der Ware als der Wahl des Lieferungstermins an die Beobachtung gewisser für alle Geschäfte der betreffenden Art festgestellter Regeln gebunden sind.

Nur bestimmte Waren werden, und diese nur in genau vorgeschriebener Qualität, Gegenstand des Termingeschäfts. Das gehandelte Quantum muß einem gewissen Einheitsmaß (dem „Schluß") oder einem Vielfachen desselben entsprechen. Hinsichtlich der Zeit haben die Kontrahenten nur zwischen wenigen Terminen die Wahl.

David Kohn[2]) ist zu folgender Definition des Termingeschäfts gelangt:

„Das Termingeschäft ist ein solcher, mit Rücksicht auf den zukünftigen Preis geschlossener, in usancemäßig festgestelltem, zukünftigem Zeitraum zu effektuierender, übertragbarer, in seinen Bedingungen typischer Kauf und Verkauf, dessen Objekt nach Quantität und Qualität vertretbar oder durch geschäftliche Usance mit Hilfe kaufmännischer Fiktion nach Möglichkeit dazu gemacht ist."

Zu welchem Zwecke man an allen größeren Börsen des In- und Auslandes das Zeitgeschäft hinsichtlich der wichtigsten Waren und Effekten in dieser Weise organisiert hat, ist in neuerer Zeit vielfach erörtert. Hier wird der Hinweis darauf genügen, daß der moderne Börsenverkehr allerorten das Bestreben zeigt, bei einer möglichst großen Zahl von Zwischenhandels-Geschäften einen möglichst direkten Transport der Ware herbeizuführen.

Wenn eine große Anzahl von Personen dieselbe Quantität Waren auf denselben Termin zugleich gekauft und verkauft hat, so wäre es höchst unzweckmäßig, die von dem Verkäufer A zur Lieferung an den Käufer B bestimmte Ware von diesem empfangen und zur Erfüllung seiner Verpflichtungen gegen C an diesen gelangen zu lassen, damit dieser sie dann wieder an seinen Käufer D weiter befördere u. s. f. Statt dessen wird die Ware direkt von A an den Käufer X geliefert, der ebensowenig die Ware zu diesem Termine weiterverkauft hat, wie A sie seinerseits zu diesem Termine gekauft hat. Eine wirkliche Lieferung kommt also nur zwischen je zwei Personen in Frage, von denen die eine nur als Verkäufer, die andere nur als Käufer aufgetreten ist. Die Mittelglieder der Kette empfangen oder zahlen lediglich die Differenzen zwischen den Preisen der von ihnen geschlossenen Käufe und Verkäufe.

Die hierdurch zu erreichende vereinfachte Abwickelung der Geschäfte ist aber nur möglich, wenn sich eine Kette von lauter unter

1) Vgl. insbes. Fuchs, Waren-Terminhandel, S. 4 ff.
2) Getreide-Terminhandel, S. 37.

sich gleichen Gliedern herstellen läßt. Der Käufer X würde nicht die Lieferung, statt von seinem Verkäufer T, von A annehmen, wenn nicht A genau zu derselben Lieferung verpflichtet wäre, wie T. Alle Kontrakte müssen in allen ihren Teilen außer im Preise übereinstimmen, wenn sie fähig sein sollen, in eine Kette aufgenommen zu werden, m. a. W., wenn sie an den Vorteilen der Termingeschäfte teilnehmen sollen.

Ein Lieferungsgeschäft, welches mit einer geheimen, seinen Inhalt modifizierenden Klausel versehen ist, könnte danach zu den Termingeschäften nur dann gehören, wenn diese Klausel allen Termingeschäften gemeinsam wäre. Eine geheime Uebereinkunft aber aller am Terminhandel Beteiligten des Inhalts, daß wirkliche Lieferung und Zahlung des Preises ausgeschlossen sei, jeder Lieferungsvertrag vielmehr durch Erstattung der Differenz erledigt werden solle, wird angesichts der Warenmassen, die durch den Terminhandel thatsächlich bewegt werden, schwerlich behauptet werden.

Es bliebe also für diejenigen, welche nicht von dem Glauben an die Existenz reiner Differenzgeschäfte lassen wollen, die durch geheime Nebenverträge aus normalen Lieferungsverträgen entständen, nichts übrig, als solche Geschäfte außerhalb des Terminhandels zu suchen. Das Termingeschäft wäre jedenfalls von allem Verdacht frei; die Angehörigkeit zu einem Liquidationsverein würde jedermann gegen jeden Argwohn sichern.

Dennoch steht es außer allem Zweifel, daß, wenn es überhaupt ein Börsenspiel giebt, dasselbe heutzutage gerade auf dem Boden des Terminhandels blüht, daß der Jobber gerade hier das beste Feld für seine Thätigkeit findet.

Um zu verstehen, daß auch der Jobber an dem Terminhandel teilnehmen kann, ohne sich gegen die Gefahr, zu reeller Erfüllung angehalten zu werden, durch geheime Klauseln schützen zu müssen, wird es erforderlich sein, sich zunächst die Folgen zu vergegenwärtigen, welche das Handelsgesetzbuch an die Nichterfüllung von Lieferungsverträgen knüpft; dann sollen die Abänderungen dieser Bestimmungen beleuchtet werden, welche einige deutsche Börsen für angezeigt erachtet haben.

Das Handelsgesetzbuch giebt bekanntlich sowohl dem Käufer als dem Verkäufer für den hier allein in Betracht kommenden Fall, daß von keiner Seite eine Vorleistung erfolgt ist, bei Verzug des Gegners die Wahl zwischen drei Befugnissen.

Ist der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, so hat der Verkäufer nach Art. 354 die Wahl, ob er

1) die Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen,
   oder
2) die Ware im Selbsthilfeverkauf für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadensersatz fordern,
   oder
3) von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Da die Termingeschäfte durchweg Fixgeschäfte sind, so ist nach den Bestimmungen des Art. 357 die Wahl der erstgenannten Befugnis bei ihnen davon abhängig, daß der wahlberechtigte Kontrahent seine Entschließung, auf Erfüllung zu bestehen, unverzüglich nach Ablauf der Lieferungszeit oder Frist dem andern Kontrahenten mitteilt; ferner muß der Selbsthilfeverkauf, wenn er als für Rechnung des Käufers vorgenommen gelten soll, gleichfalls unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist vorgenommen werden.

Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Ware im Verzuge ist, so hat nach Art. 355 der Käufer die Wahl, ob er

1) die Erfüllung des Vertrages nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen,
oder
2) statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern,
oder
3) von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Bezüglich des Fixgeschäftes verordnet hierzu Art. 357, daß die Wahl der erstgenannten Befugnis dem Verkäufer sofort angezeigt werden müsse, und ferner, es solle in dem bei dem Termingeschäft immer zutreffenden Fall, daß die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat, der Betrag des von dem Verkäufer zu leistenden Schadensersatzes in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit und am Ort der geschuldeten Lieferung bestehen, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen.

In der letztgenannten Bestimmung ist dem Käufer das Recht gewährt, die vom Verkäufer nicht gelieferte Ware sich durch einen unter möglichster Wahrung der Interessen des Gegners vorzunehmenden Deckungskauf zu verschaffen und die bei diesem Kauf entstehenden Mehraufwendungen und Kosten nebst Schadensersatz wegen der Verzögerung zu verlangen. Ein bei den Beratungen der Nürnberger Konferenz [1]) gestellter Antrag, für den Käufer auch das Recht zur Wahl zu stellen, „die zu liefernde Sache auf Kosten des Säumigen anderweitig anzuschaffen und Schadensersatz zu fordern", wurde abgelehnt, nachdem geltend gemacht war, daß dieses Recht selbstverständlich in dem Anspruch auf Schadensersatz liege.

Nicht darauf also beruht die von Vertretern des Kaufmannstandes [2]) öfter gerügte Verschiedenheit in der Stellung des Käufers und Verkäufers, daß ersterer nicht ebenso zur Vornahme eines Deckungskaufes berechtigt wäre, wie letzterer zum Abschluß eines Selbsthilfeverkaufs. Vielmehr besteht der Unterschied nach dem Handelsgesetzbuch darin, daß der Verkäufer ein Exekutionsgeschäft vornehmen muß, wenn er Schadensersatz ohne Erfüllung fordern will, während

1) Protokolle S. 683.
2) Vergl. Korrespondenz der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin, XII. Jahrg., No. 5, S. 62 ff.

der Käufer ein Exekutionsgeschäft wohl abschließen darf, aber auch ohne weiteres zur Einforderung der Differenz berechtigt ist.

Diese Ungleichheit hat schon bei den Nürnberger Beratungen des Handelsgesetzbuchs[1]) Anstoß erregt. Schon damals ist der Antrag gestellt worden, auch dem Verkäufer Liquidation seines Schadens ohne Selbsthilfeverkauf nach dem Vorbild der Schadensliquidation des Käufers gegen den säumigen Verkäufer zu gestatten. Allein dieser Antrag wurde abgelehnt. Ob auf die Majorität der Versammlung die Aeußerung eines Redners Eindruck gemacht hat, daß der Antrag eine förmliche Einladung zur Eingehung von Differenzgeschäften enthalte, möchte man bezweifeln. Denn das Gegenargument lag nahe, daß durch die Beibehaltung der Bestimmung, der Verkäufer solle Schadensersatz statt Erfüllung nur nach vorgenommenem Selbsthilfeverkauf fordern dürfen, die Differenzgeschäfte in keiner Weise beeinträchtigt werden. Auch bei den Verhandlungen der Konferenz ist nicht verkannt, daß die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Folgen des Verzuges beim Kauf nur dispositiven Charakter haben können, daß es also bei dem Abschluß eines Kaufvertrages den Kontrahenten freistehen muß, für den Fall des Verzuges eines Teils dem anderen Rechte beizulegen, die das Handelsgesetzbuch nicht kennt, und Rechte zu versagen, die das Gesetzbuch gewährt. Als in Nürnberg seitens der Redaktionskommission beantragt wurde[2]): „Durch die Bestimmungen der Art. 335 und 335a[3]) ist die Geltung von Handelsgebräuchen nicht ausgeschlossen, durch welche in Bezug auf die dort bezeichneten Geschäfte die Rechte oder das Verhalten der Kontrahenten in anderer Weise geregelt werden", wurde dagegen bemerkt, daß die Vertragsfreiheit gegenüber den Bestimmungen der angezogenen Artikel keiner gesetzlichen Bestätigung bedürfe; eine Bestimmung aber, welche die Börsenusancen den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs vorgehen lasse, werde nur die Salvierung der reinen Differenzgeschäfte zur Folge haben. Der Einwand, daß man durch Ablehnung des Antrags den Zweck, die Differenzgeschäfte zurückzudrängen, nicht erreichen werde, da eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen, wenn nicht durch die Börsenusancen, doch jedenfalls durch schriftliche Stipulation im einzelnen Falle geschehen könne, fand kein Gehör. Hier wie bei einer anderen Gelegenheit[4]) machte sich die Anschauung geltend, daß die Kontrahenten sich scheuen würden, im Gegensatz zu den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs ausdrückliche Vereinbarungen zu treffen, welche auf ihre Absicht, durch Erstattung der Differenz zu regulieren, schließen lassen könnten.

Diese Anschauung hat sich nicht als berechtigt erwiesen.

An mehreren deutschen Börsen werden die Geschäfte des Terminhandels auf Grund von Börsenbedingungen oder Maklerformularen

---

1) Protokolle S. 4597.
2) Protokolle S. 5080.
3) 2. Lesung, Bestimmungen über das Fixgeschäft.
4) Protokolle S. 4600.

abgeschlossen, welche die vom Gesetz normierten Folgen des Verzuges in einer offensichtlich den Spekulanten erwünschten Weise modifizieren.

In einem der neuesten für die Berliner Produktenbörse maßgebenden Schlußscheinformulare (Schlußscheinformular für Spiritus ohne Faß mit 70 Mk. Verbrauchsabgabe, giltig vom 2. Januar 1890 ab)[1]) wird Folgendes bestimmt:

§ 15. Die Nichterfüllung dieses Vertrages aus anderen, als den im § 14 angeführten Gründen (Insolvenz), berechtigt den zur Erfüllung bereiten Teil nicht zum Rücktritt vom Vertrage, sondern begründet für ihn nur die Befugnis, die Zwangsregulierung des Geschäfts in der Art zu bewirken, daß er nach seiner Wahl:

a) spätestens am nächsten Werkeltage nach dem letzten Erfüllungstage durch einen vereideten Makler für Rechnung des Nichterfüllenden den betreffenden Spiritus verkaufen resp. eine entsprechende Quantität ankaufen läßt, welches letztere auch schon am letzten Erfüllungstage geschehen kann, und außerdem den Unterschied zwischen dem Preise des Vertrages und dem erzielten Verkaufs- bezw. Ankaufspreise mit dem Nichterfüllenden verrechnet,

oder

b) mit dem Nichterfüllenden dasjenige Interesse verrechnet, welches sich ergiebt aus dem Unterschiede zwischen dem Preise des Vertrages und dem amtlich festgestellten Durchschnittspreise des Kündigungstages resp. des letzten Tages der Lieferungsfrist . . .

Auf die Bestimmung dieses Vertragsformulars, daß dem zur Erfüllung bereiten Teil das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, versagt sein soll, wird später zurückzukommen sein. Hier interessiert zunächst, daß Käufer und Verkäufer einander für den Fall des Verzuges vollständig gleich gestellt sind. Nicht bloß ist ausdrücklich ausgesprochen, was das Handelsgesetzbuch nur stillschweigend verordnet, daß auch der Käufer zum Abschluß eines Exekutionsgeschäfts berechtigt ist, sondern es ist auch im Gegensatz zum Handelsgesetzbuch vereinbart, daß der Verkäufer, ohne ein Exekutionsgeschäft einzugehen, in gleicher Weise wie der Käufer zur Einforderung der Differenz berechtigt ist.

Vor allem aber ist den Kontrahenten das Recht, die Erfüllung des Vertrages nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen, stillschweigend abgesprochen.

Daß es sich hier nicht etwa um ein Vergessen handelt, zeigt die Uebereinstimmung der vorstehenden mit den folgenden Bestimmungen anderer Börsen.

Das Breslauer Schlußzettelformular für den börsenmäßigen Handel in Effekten[2]) besagt unter:

1) Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsrecht, XXXVII (N. F. XXII), S. 510 ff.

2) Die Kenntnis dieser und der meisten im Folgenden angeführten Börsenbedingungen verdanke ich der Güte des Präsidenten der Aeltesten der Kaufmannschaft

10. Wenn einer der beiden Kontrahenten nicht pünktlich liefert oder abnimmt, so kann der andere von dem Vertrage nicht einseitig zurücktreten, er muß vielmehr — bei Verlust aller Rechte — den Säumigen ohne Verzug mittelst eingeschriebenen Briefes von der Nichterfüllung in Kenntnis setzen, und ist alsdann befugt, resp. verpflichtet, an der Börse, welche dem Tage, an dem die vorgedachte Benachrichtigung zur Post gegeben ist, unmittelbar folgt, nach seiner Wahl entweder die nicht gelieferten resp. nicht abgenommenen Werte durch einen vereideten Makler ankaufen resp. verkaufen zu lassen oder, ohne einen effektiven Ankauf oder Verkauf zu bewirken, von dem Säumigen die Kursdifferenz, im ersteren Falle zwischen dem Vertragspreise und dem laut Schlußzettel bedungenen Preise, im letzteren Falle zwischen dem Vertragspreise und dem Tageskurse sofort bar zu fordern, resp. an denselben zu zahlen.

In dem Breslauer Schlußzettelformular für Hafer heißt es:

§ 4. Ist trotz ordnungsmäßig geschehener Ankündigung die Abnahme des Hafers in der vorgeschriebenen Zeit nicht erfolgt, so muß Lieferer seinem Kontrahenten an der nächsten Börse bis 12 Uhr mittags hiervon schriftlich Anzeige machen und hat im übrigen das Recht und die Pflicht, entweder:

a) an eben dieser Börse den nichtabgenommenen Hafer durch einen vereideten Makler öffentlich verkaufen zu lassen,
oder

b) den Hafer zu dem an diesem Tage für den laufenden Monat amtlich notierten Preise resp. Durchschnittspreise zu behalten. Die Differenz und die erweislichen Kosten hat er von seinem Kontrahenten zu beanspruchen, resp. die erstere nach Abzug der letzteren an denselben zu zahlen.

§ 13. Ist dem Käufer der Ueberweisungszettel nicht bis $12^1/_2$ Uhr nachmittags an dem letzten Werktage der Lieferzeit übergeben worden, so gilt die Ware als nicht geliefert, und Käufer ist berechtigt resp. verpflichtet, nach seiner Wahl entweder

a) den Hafer noch an derselben Börse durch einen vereideten Makler meistbietend in Auktion anzukaufen und die Differenz nebst $^1/_3$ % der Ankaufsprovision, der usancemäßigen Maklercourtage und des Stempels vom Verkäufer zu beanspruchen, resp. dieselbe nach Abzug der auf diese Weise entstandenen Kosten an denselben zu zahlen,
oder

b) für die zu zahlende resp. zu empfangende Differenz den von der Börsenkommission für den Stichtag festgesetzten Regulierungspreis zu Grunde zu legen.

Wenn Käufer den gekauften Hafer weiter verkauft, aber nicht geliefert hat, weil sein Verkäufer mit der Lieferung im Verzug ge-

---

von Berlin, Herrn Geheimen Kommerzienrat Frentzel, und des Syndicus, Herrn Kreisgerichtsdirektor a. D. Beisert in Berlin.

blieben ist, so soll Käufer — ohne selbst verkaufen zu müssen — auch berechtigt sein, seinem Verkäufer denjenigen Preis zu berechnen, welcher im öffentlichen Ankaufe nachweislich bezahlt und ihm liquidiert wurde.

Für die Lieferungsgeschäfte („Geschäfte, denen eine besondere Probe nicht zu Grunde liegt und die zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist erfüllt werden müssen [Art. 357, H. G. B.]") an der Danziger Börse sind nach den „Allgemeinen Bedingungen für den Kauf von Getreide, Hülsenfrüchten und Oelsaaten" folgende Bestimmungen maßgebend:

§ 30. Wenn der Verkäufer (bez. Anmelder) oder der Käufer (bez. letzte Empfänger) im Verzuge ist, so hat der andere Teil das Recht, spätestens bis 4 Uhr nachmittags des auf den Eintritt des Verzuges folgenden Börsentages vertragsmäßige Ware durch einen Handelsmakler oder einen von dem Vorsteheramt der Kaufmannschaft zu solchen Geschäften bezeichneten Vermittler für Rechnung des Säumigen zu kaufen bez. zu verkaufen und den Vertrag dadurch zu erledigen, daß er unter Anrechnung der Kosten nebst 1 % Provision für sich den Unterschied gegen den Vertragspreis von dem anderen Teil fordert oder ihm vergütigt.

Wird von dem vorerwähnten Rechte nicht Gebrauch gemacht, so findet die Erledigung des Vertrages — unter Ausschluß des im Art. 354 und 355 des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches vorgesehenen Rechtes, vom Vertrage abzugehen — dadurch statt, daß der Unterschied des Vertragspreises gegen den Regulierungspreis des Tages, an welchem der Verzug eintrat, an denjenigen vergütigt wird, zu dessen Gunsten er sich herausstellt.

Es ist charakteristisch, daß man an keiner der bezeichneten Börsen den Ausschluß des vom Handelsgesetzbuch für den Fall des Verzuges auch bei Fixgeschäften gewährten Rechtes, Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern, offen auszusprechen gewagt hat, während man, wenigstens in Berlin und Danzig, die Beseitigung des gesetzlichen Rechts auf Rücktritt vom Vertrage mit dürren Worten verordnet hat.

Hinsichtlich der Form haben also in der That diejenigen Mitglieder der Nürnberger Konferenz Recht behalten, welche die Ansicht vertraten, die Kontrahenten würden Anstand nehmen, ausdrücklich dahin übereinzukommen, daß das Recht des nicht-säumigen Kontrahenten, auf Erfüllung zu bestehen, ausgeschlossen sein solle.

Aber wenn eine solche Bestimmung auch nicht ausdrücklich in die Lieferungsverträge aufgenommen zu werden pflegt, so ist sie in ihnen, da dieselben die Folgen des Verzuges ausschließlich regeln, doch mit voller Wirksamkeit enthalten. In der Sache also hat der Erfolg die Ansicht eines Konferenzmitgliedes bestätigt, welches bei der Beratung des Handelsgesetzbuchs [1]) bemerkte, daß der eigentliche

1) Protokolle S. 4600.

Zweck des Art. 335 [1]) dahin gehe, diejenigen Geschäfte zu beseitigen, von welchen man glaube, sie seien als reine Differenzgeschäfte anzusehen, daß dieser Zweck aber durch den Artikel in keiner Weise erreicht werde, wenn nicht zugleich im Gesetze bestimmt werde, daß nicht vertragsmäßig festgesetzt werden könne, es solle nach Ablauf der Erfüllungszeit eine reelle Erfüllung des Vertrages nicht mehr verlangt werden dürfen.

Wie schon vor dem Handelsgesetzbuch kommen nun auch nach dessen Erscheinen in großer Zahl Lieferungsgeschäfte vor, aus denen nicht auf Lieferung geklagt werden kann.

Aber sind denn nicht alle diese Verträge reine Differenzgeschäfte und als solche ungiltig oder wenigstens klaglos? Ist nicht das Hauptmerkmal des reinen Differenzgeschäfts, der Ausschluß des Rechts und der Pflicht, reelle Erfüllung zu verlangen und zu leisten, auch hier vorhanden?

Schon der Umstand, daß eines der Rechte, welche das Handelsgesetzbuch in den Art. 354 und 355 gegen den säumigen Kontrahenten einräumt, in versteckter Weise aus dem Wege geräumt wird, kann Zweifel an dem guten Gewissen derer erwecken, welche an der Feststellung der angeführten Schlußscheinformulare und Börsenbedingungen beteiligt waren. Es ist gewiß nicht Zufall, wenn die Bestimmung, daß das gesetzliche Rücktrittsrecht beseitigt sein solle, ausdrücklich ausgesprochen ist, während der Ausschluß der Befugnis, reelle Erfüllung zu verlangen, zwischen den Zeilen gelesen werden muß. Juristen wie Nichtjuristen kann die Frage Bedenken erregen, ob man noch von einem Lieferungsvertrage in einem Falle reden dürfe, in dem der Käufer nicht wirkliche Lieferung, der Verkäufer nicht Zahlung des vereinbarten Preises vor Gericht fordern darf, in welchem jede Partei den säumigen Gegner nur zur Erstattung von Schadensersatz zwingen kann.

Und doch muß behauptet werden, daß die Verträge, welche auf Grund der angeführten Bestimmungen geschlossen werden, auch dann wirksam sind und zur Verurteilung des Säumigen zur Zahlung der Differenz führen können, wenn mit der herrschenden Meinung das reine Differenzgeschäft als nichtig oder klaglos betrachtet wird.

Allerdings scheint auf den ersten Blick die Klage auf Erfüllung der Obligation sich mit Notwendigkeit aus dem Begriff einer klagbaren Obligation zu ergeben. Wenn der Verpflichtete nicht freiwillig erfüllt, so soll der Richter ihm die Erfüllung befehlen, und wenn der Verpflichtete diesem Befehle nicht gehorcht, so soll dem Berechtigten durch die Zwangsvollstreckung dasjenige verschafft werden, was er zu fordern hat.

Freilich genau derselbe Erfolg, welchen die vertragsgemäße Erfüllung der Obligation gehabt hätte, kann in manchen Fällen durch die Zwangsvollstreckung nicht erreicht werden. Immer wird über der Verhandlung des Rechtsstreites und der Durchführung der Zwangs-

1) s. ob. S. 812 Anm. 3.

vollstreckung einige Zeit vergehen, und wenn dann auch der Berechtigte keinen anderen Gegenstand erhält als denjenigen, welchen ihm der andere Teil schuldete — durch die Verzögerung kann der Wert dieses Gegenstandes und das persönliche Interesse, welches der Gläubiger an seinem Empfang hatte, erheblich gemindert sein. Dann bedarf es, um ihn wirklich zu befriedigen, noch einer anderen Leistung als derjenigen, die den Gegenstand der Obligation bildete; es kommt die Verpflichtung zu Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung hinzu. Es ist möglich, daß infolge der Verzögerung das Interesse des Gläubigers an dem Empfang des Obligationsobjekts ganz und gar geschwunden ist. In solchem Falle bleibt nichts übrig, als dem Gläubiger statt des Obligationsgegenstandes vollen Schadensersatz zu verschaffen. Naturgemäß wird dies regelmäßig bei dem Fixgeschäft eintreten müssen, und so hatte denn der den Beratungen der Nürnberger Konferenz zu Grunde gelegte preußische Entwurf für den Fall, daß ein Fixgeschäft nicht pünktlich erfüllt werde, die Bestimmung vorgeschlagen, daß sich der Vertrag in die Verpflichtung des Nichterfüllenden zum Schadensersatz auflösen solle; den Betrag der Entschädigung solle die Differenz zwischen dem vertragsmäßigen Kaufpreise und dem Börsenkurse oder Marktpreise bilden; eine höhere Entschädigung solle nur gefordert werden können, wenn dies ausdrücklich vereinbart war oder wenn der Käufer nachweist, daß die unterbliebene Lieferung der Ware ihm auf Grund der bestehenden Verhältnisse einen höheren Schaden verursacht oder einen höheren Gewinn entzogen hat, und er die Ware an diesem Tage am Handelsplatz nicht anderwärts anschaffen konnte. Gegen diese Bestimmungen wurde indessen bei den Beratungen lebhaft und mit Erfolg angekämpft. Dem Kontrahenten eines Fixgeschäftes, dem nicht erfüllt werde, müsse das Recht zugestanden, keineswegs aber die Pflicht auferlegt werden, sich an der Differenz genügen zu lassen; der Säumige solle ihm nicht statt der wirklichen Leistung die Differenz aufdrängen dürfen. Die Bestimmung des Entwurfs, daß der Handel im Fall der Nichterfüllung sich ohne weiteres von selbst in die Differenz des Lieferungstages auflöse, widerstrebe der Wirklichkeit und sei durch ein Bedürfnis des Handels nicht verlangt, da wenigtens an den solideren deutschen Börsen alle und jede Geschäfte immer nur auf wirkliche Lieferung und auf wirklichen Empfang der Waren oder Stücke gerichtet würden. Die Bestimmungen des Entwurfs aber würden virtuell alle Fixgeschäfte zu Differenzgeschäften machen.

In der That ist nicht abzusehen, warum ein Fixkäufer, wenn nicht pünktlich geliefert wird, in jedem Fall alles Interesse an dem Empfang der Ware verloren haben sollte, und es erscheint deshalb als durchaus gerechtfertigt, wenn das Handelsgesetzbuch mit Rücksicht darauf auch dem Fixkäufer das Recht zur Wahl gestellt hat, Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen. Dadurch ist der Fixkäufer in den Stand gesetzt, nach durchgeführtem Prozeß gemäß § 770 der Civilprozeßordnung die geschuldete Quantität Waren dem Gegner durch einen Gerichtsvollzieher wegnehmen zu lassen. Die

nötigenfalls zwangsweise Durchführung des Anspruchs auf Erfüllung erscheint danach als der gewiesene Weg für denjenigen Kontrahenten eines Fixgeschäftes, dessen Interesse an dem Empfang des geschuldeten Gegenstandes nicht mit Ablauf der Lieferungszeit völlig erloschen ist, während das Recht auf Schadensersatz statt Erfüllung sich als ein Auskunftsmittel für solche Kontrahenten darstellt, denen eine Nachholung der Erfüllung nichts mehr helfen kann.

Muß es nun, wenn dies richtig ist, nicht Verdacht erregen, daß die Kontrahenten sich von vornherein dieses Wahlrechtes begeben, daß sie schon bei Abschluß des Vertrages auf das Recht verzichten, Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu beanspruchen? Wenn der Börsenverkehr auch ein großes Interesse an präziser Erfüllung haben muß, so verlieren doch die Objekte des Terminhandels durch eine Verzögerung nicht allen Wert. Der Mühlenbesitzer, welcher Getreide per ultimo gekauft hat, weil er es zu dieser Zeit braucht, wird es meist noch brauchen können, wenn es ihm einige Tage zu spät geliefert wird. Wer im Terminhandel an rechtzeitiger Erfüllung ein Interesse hat, der muß — so kann man sagen — da die rechtzeitige Erfüllung nicht erzwungen werden kann, dafür sorgen, daß er wenigstens statt der rechtzeitigen Erfüllung ein möglichst ähnliches Surrogat erhält. Das ist die nachträgliche Erfüllung nebst Schadensersatz. Allerdings kann sich bei Ablauf der Erfüllungszeit herausstellen, daß für den Kontrahenten die nachträgliche Erfüllung kein Surrogat der rechtzeitigen ist, weil ihm die nachträgliche Erfüllung nichts nützen kann, aber beim Abschluß des Vertrages läßt sich das im Terminhandel noch gar nicht übersehen. Wenn hier von vornherein die Kontrahenten auf das Mittel verzichten, welches das Gesetz selbst ihnen zu dem Zwecke gewährt, einen der rechtzeitigen Erfüllung möglichst ähnlichen Erfolg auf dem Wege des Zwanges herbeizuführen, so heißt das nichts Anderes, als: es wird zwar nominell eine Obligation auf Lieferung und Zahlung begründet, aber die Erfüllung derselben wird in das Belieben jedes Teils gestellt; es liegt also ein giltiger Lieferungsvertrag überhaupt nicht vor; was übrig bleibt, ist eine Verpflichtung des einen oder des anderen Teils zur Zahlung einer Geldsumme. Die Frage, wer zu bezahlen hat, und wie viel er zu bezahlen hat, wird mit Hilfe der Fiktion eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Lieferungsvertrages beantwortet.

Um dieser Argumentation jeden Schein von Ueberzeugungskraft zu nehmen, genügt der Nachweis, daß die Abmachung, es solle nicht nachträgliche Erfüllung, sondern nur Schadensersatz statt der Erfüllung verlangt werden können, durchaus vereinbar ist mit der Absicht der Parteien, wirkliche Erfüllung zu erlangen.

Zunächst mag darauf hingewiesen werden, daß der durch den § 770 der Civilprozeßordnung dem Terminkäufer eröffnete Weg, zu dem Gegenstand seiner Forderung zu gelangen, ein sehr unsicherer ist.

Allerdings gewährt dieser Paragraph dem Käufer das Recht, dem Verkäufer, der ihm zur Lieferung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere verurteilt ist, eine entsprechende Quan-

tität dieser Sachen oder Wertpapiere durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen zu lassen und sich dieselben anzueignen.

Aber dieses Mittel versagt, wenn der Gerichtsvollzieher Gegenstände der fraglichen Art bei dem Schuldner nicht vorfindet.

Der Käufer ist dann, ohne, wie in dem Fall des § 769 der Civilprozeßordnung, die Ableistung eines Offenbarungseides verlangen zu können, darauf verwiesen, sein Interesse in einem neuen Prozesse zu liquidiren und wegen der durch das zweite Urteil festgestellten Geldforderung die Zwangsvollstreckung in das gesamte bewegliche oder unbewegliche Vermögen des Verkäufers zu betreiben.

Danach stehen den Vorteilen, welche mit der Wahl des auf nachträgliche Erfüllung gerichteten Anspruchs verbunden sind, nicht unerhebliche Gefahren und Unannehmlichkeiten für den Käufer gegenüber. Freilich kann er, wenn er auf Erfüllung besteht, dann, wenn es zur Liquidation von Schadensersatz kommt, möglicherweise eine höhere Summe beanspruchen, als wenn er von Anfang an Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hätte [1]). Allein dem gegenüber kommt in Betracht, daß das Verfahren, wenn der Käufer nicht noch rechtzeitig zu dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergeht, sehr lange Zeit dauern kann. Auch wenn damals, als der Verkäufer in Verzug geriet oder noch, als der Käufer nach Ablauf der gewährten Nachfrist zur Klage schritt, genügende Bestände der verkauften Waren bei dem Verkäufer vorhanden waren und der Käufer hoffte, daß der Gerichtsvollzieher nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils die Zwangsvollstreckung nach § 770 der Civilprozeßordnung mit Erfolg betreiben werde — auch in diesem höchst unwahrscheinlichen Fall sieht sich schließlich der Käufer zu einem neuen Prozeß genötigt, wenn inzwischen der Verkäufer seine Vorräte verbracht hat. Während der ganzen Verhandlung aber über die auf Lieferung gerichtete Klage mußte der Kläger für den Fall, daß es dem Gegner einfallen sollte, vor dem Urteilsspruch die Lieferung zu bewirken und Schadensersatz wegen der Verspätung zu leisten, das zur Bezahlung erforderliche Geld und den zur Aufnahme der Ware nötigen Lagerraum offen halten. Er war also daran gehindert, das Geld zu anderen Zwecken, insbesondere zu neuen Spekulationen zu verwenden.

Nicht viel günstiger ist die Lage des Verkäufers, welcher gegenüber dem säumigen Käufer auf Erfüllung besteht. Er bedarf allerdings nicht zweier Prozesse, um ein auf Geldzahlung lautendes Urteil zu erlangen, aber auch er muß bis zur Zwangsvollstreckung seine Gegenleistung zur Disposition des Käufers halten.

Es wird danach die Vermutung ausgesprochen werden dürfen, daß auch von denjenigen am Terminhandel Beteiligten, welchen an wirklicher Erfüllung gelegen ist, nur sehr wenige dann, wenn der Mitkontrahent nicht erfüllt, eine Klage auf Erfüllung durchführen werden.

---

1) Vgl. Lamprecht, Verzug beim Kauf, eine Darstellung aus dem Handelsrecht, in Busch, Archiv f. Theorie und Praxis d. allg. D. Handels- u. Wechselrechts, N. F. I (auch in Sep.-Abdr., Leipzig 1872), S. 81 ff.

Auch der Käufer, welcher in der durch Art. 357 des Handelsgesetzbuchs festgestellten Frist nachträgliche Erfüllung verlangt hat, wird nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist regelmäßig nur eine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung anhängig machen.

Ist sonach der Weg, welchen die „Natur der Sache" dem Kontrahenten vorgezeichnet zu haben scheint, dem an wirklicher Erfüllung gelegen ist, wenig empfehlenswert, so führt auf der anderen Seite einen solchen Kontrahenten der Weg mit Sicherheit zum Ziel, welcher zunächst nur für solche geschaffen schien, denen das Interesse an wirklicher Erfüllung fehlt.

Statt daß der Käufer die gekaufte und nicht gelieferte Ware sich dadurch verschafft, daß er sie auf Grund eines rechtskräftigen Urteils dem Verkäufer wegnimmt, kauft er sie sofort von einem Dritten und fordert dann außer der Entschädigung für den durch die geringe Zeitdifferenz entstandenen Schaden Ersatz des ~~von~~ den Dritten gezahlten Kaufpreises, unter Abzug derjenigen Summe, die er für dieselbe Ware an den Gegner hätte zahlen müssen.

Dementsprechend verkauft der Verkäufer die vom Käufer nicht abgenommene und bezahlte Ware von neuem und liquidiert als seinen Schaden den Ausfall, den er bei diesem zweiten Verkauf erlitten hat.

Auf diese Weise kann der Käufer gleich nach Eintritt des Verzuges die Ware erhalten, deren er bedarf; der Verkäufer ist imstande, sich sofort der Ware zu entäußern und wenigstens einen Teil der Summe, welche ihm der Käufer als Kaufpreis schuldet, einzuziehen; gegen den säumigen Kontrahenten bleibt in beiden Fällen nur ein Anspruch auf Schadensersatz übrig.

Ob dieser Anspruch als Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu bezeichnen ist, oder ob der Kontrahent, indem er diesen Anspruch erhebt, Erfüllung verlangt, braucht hier nicht eingehend erörtert zu werden.

Während das Handelsgesetzbuch selbst auch den Käufer, welcher einen Deckungskauf vorgenommen hat, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" fordern läßt, haben sowohl das vorm. Reichsoberhandelsgericht[1]) als das Reichsgericht[2]) ausgesprochen, daß in der Durchführung des Selbsthilfeverkaufs und der Einforderung der sich dabei ergebenden Preisdifferenz ein Bestehen auf Erfüllung zu sehen sei. Der Verkäufer fordere nach wie vor Leistung gegen Gegenleistung; nur sei an die Stelle der Ware der Erlös des Selbsthilfeverkaufs getreten.

Uns genügt es, daß man auch bei der mit Hilfe eines Deckungskaufes herbeigeführten Befriedigung des Käufers in demselben Sinne von einer Erfüllung des Kaufs wird reden dürfen, wie bei der Befriedigung, welche dadurch bewirkt ist, daß der Gerichtsvollzieher eine entsprechende Quantität Ware aus den Vorräten des Verkäufers weggenommen hat.

---

1) Entscheid. IX, S. 118.
2) Entscheid. in Civilsachen V, S. 65.

Es hat allerdings den Anschein, daß nur die Wegnahme der geschuldeten Ware durch den Gerichtsvollzieher dem Käufer wirkliche Erfüllung bringe, während er durch den Erwerb der Ware von einem Dritten und den hinzutretenden Ersatz der Preisdifferenz doch nur auf einem Umwege befriedigt werde.

Allein man darf nicht vergessen, daß die Wegnahme der Ware, auch abgesehen von dem Zeitunterschied, dem Käufer nicht dasselbe gewährt, was ihm die Obligation verschaffen sollte. Die Forderung des Käufers war gerichtet auf eine Handlung des Verkäufers; dieser sollte die Ware liefern; jetzt sondert sie der Gerichtsvollzieher gegen oder ohne den Willen des Verkäufers aus dessen Vorräten aus und nimmt sie ihm fort.

Will man dann, wenn der Käufer sich die Ware durch einen Deckungskauf verschafft, nur von einem Surrogat der Erfüllung reden, so muß es auch hier geschehen; spricht man dort davon, daß die Obligation zwangsweise erfüllt werde, so wird man auch hier gegen diesen Ausdruck nichts einwenden können. In beiden Fällen tritt eine Erfüllung der Obligation auf Kosten des Säumigen ein; dort benutzt man einen direkten, aber zeitraubenden und gefährlichen Weg, hier führt ein Umweg in kürzerer Zeit zum Ziel.

Dem Unterschied, daß man in dem einen Fall die Ware aus den Vorräten des Verkäufers, in dem anderen aus der Hand eines Dritten erhält, wird keinerlei Bedeutung beigemessen werden können, da es sich bei dem Lieferungsvertrag um vertretbare Sachen handelt.

Ist es aber richtig, daß man Erfüllung eines Lieferungsvertrages mindestens ebenso gut erlangen kann, wenn man nach Vornahme eines Selbsthilfekaufes oder nach Abschluß eines Deckungskaufes Erstattung der Preisdifferenz fordert, als wenn man „Erfüllung verlangt“ oder „auf der Erfüllung besteht“, so ergiebt sich, daß man nicht darum, weil die zwangsweise Realisierung auf dem letzteren Wege vertragsmäßig ausgeschlossen ist, die Existenz eines Lieferungsvertrages bestreiten darf. Die Erfüllung ist dadurch nicht in das Belieben eines Kontrahenten gestellt, der Erfüllungszwang nicht ausgeschlossen, sondern nur auf einen, aber durchaus tauglichen Weg beschränkt.

Nach diesen Ermittelungen wird die Behauptung, daß die oben angeführten Vertragsbestimmungen der Berliner, Breslauer und Danziger Börse sowohl den Bedürfnissen des Kaufmannes, der wirkliche Erfüllung wünscht, als den Absichten des Jobbers, dem es sich nur um die Differenz handelt, ohne jede geheime Klausel vollkommen entsprechen, und daß mithin ein Vertrag dieser Art nicht den geringsten Anhalt für die Entscheidung darüber gewährt, ob die Kontrahenten reelle Geschäftsleute oder Jobber sind, nur noch einer kurzen Begründung bedürfen.

Nehmen wir an, daß A, der einer gewissen Quantität Spiritus bedarf, dieselbe unter Benutzung des oben angeführten Formulars an der Berliner Börse von B gekauft hat, der niemals daran gedacht hat, den Spiritus wirklich zu liefern. Wie wir schon gesehen haben, kann ihn A in keiner Weise dazu zwingen, sondern nur Schadensersatz for-

dern; und zwar hat er die Wahl, ob er, abgesehen von dem Verzögerungsinteresse, entweder einen Deckungskauf vornehmen und die Differenz zwischen dem Preise desselben und dem Vertragspreise, oder die Differenz zwischen dem letzteren und dem Börsenpreise des Stichtages fordern will. Da er des Spiritus bedarf, sieht er sich genötigt, den ersteren Weg einzuschlagen. Würde sich nun erst mit dem Ablauf der Lieferfrist herausstellen, daß der Verkäufer nicht liefert, wäre also ein Deckungskauf erst nach Ablauf der Lieferfrist geboten, so würde der Käufer, der den Spiritus am Ende der Lieferfrist spätestens nötig hat, in Unannehmlichkeiten geraten können, welche ihm der spätere Schadensersatz nicht vollständig aufzuwiegen vermag. Aber dieser Gefahr ist durch folgende Vertragsbestimmungen vorgebeugt:

> § 5. Der Verkäufer ist verpflichtet, die Lieferung des verkauften Spiritus durch Uebergabe eines Kündigungsscheines an der Börse bis zu dem Zeitpunkte, welcher jeweilig von der ständigen Deputation der Produktenbörse für die Kündigung dieses Artikels bekannt gegeben ist, an einem ihm beliebigen Werkeltage innerhalb der obigen Frist dem Käufer anzukündigen. Endet die Lieferungsfrist an einem Feiertage, so muß die Ankündigung spätestens am vorhergehenden Werkeltage geschehen . . .

Dazu kommt die bereits oben abgedruckte Bestimmung, daß der nichtsäumige Teil eine entsprechende Quantität Spiritus für Rechnung des Nichterfüllenden entweder am nächsten Werkeltage nach dem Erfüllungstage oder an diesem selbst ankaufen resp. verkaufen lassen darf.

Der Käufer, welcher die Ware braucht, ist also durch den Lieferungsvertrag in den Stand gesetzt, sie sich auf Kosten des anderen Teiles noch vor Ablauf der Erfüllungszeit zu verschaffen.

Der Verkäufer aber, der nur auf die Differenz spekuliert hat und nicht imstande sein würde, die Ware zu liefern, bezahlt, abgesehen von der Courtage u. dergl., keinesfalls mehr als die Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Preise des Deckungskaufes.

Hiernach wird es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß der Börsenspieler wenigstens an der Berliner Produktenbörse, der Breslauer und Danziger Börse keines geheimen, die offiziellen Stipulationen modifizierenden Einverständnisses bedarf, um seine Zwecke erreichen zu können.

An Börsen, deren Bedingungen und Vertragsformulare das „Bestehen auf Erfüllung“ nicht ausschließen, sind allerdings Vereinbarungen nicht unwahrscheinlich, welche dieser Aufgabe dienen. Wenn auch das „Bestehen auf Erfüllung“ in letzter Linie, falls nicht die Zwangsvollstreckung gemäß § 770 der Civilprozeßordnung Erfolg hat, nur zur Beitreibung einer „Differenz“ führen wird, kann doch dieser Modus dem Börsenspieler wegen der Kosten und der dem Gegner gewährten Möglichkeit, die Spekulation über den Ablauf der Lieferungsfrist hinaus fortzusetzen, sehr unwillkommen sein. Ebenso hat aber auch der Kaufmann, der einen Lieferungsvertrag abschließt, um eine Ware zu erlangen oder abzusetzen, nach dem oben Ausgeführten kaum ein In-

teresse daran, daß dieser Weg zu seiner Befriedigung offen gehalten werde, dagegen für den Fall, daß er selbst nicht zu rechtzeitiger Erfüllung imstande sein sollte, ein großes Interesse daran, daß dieser Weg dem Gegner abgeschnitten sei. Selbstverständlich aber ist durch eine mündliche Nebenabrede die Wirksamkeit des Vertrages nicht mehr gefährdet, als durch eine in denselben aufgenommene Nebenbestimmung gleichen Inhalts. Hier wie dort wird nur eine der Wirkungen, welche ein Lieferungsvertrag nach den dispositiven Vorschriften des Gesetzbuchs hat, ausgeschlossen, ohne daß dadurch aber der ernstliche Wille der Parteien, einen Lieferungsvertrag einzugehen, beeinträchtigt würde.

Ist damit festgestellt, daß der Börsenspieler nicht etwa einen Lieferungsvertrag nur zum Schein abschließt, um ein reines Differenzgeschäft zu verstecken, daß vielmehr dem Börsenspieler hinsichtlich des Lieferungsgeschäftes genau derselbe Vertragswille beiwohnt wie dem wirklichen Kaufmann, obwohl beide durch ganz verschiedene Motive zu dem Vertragsabschluß veranlaßt werden, so fragt sich weiter, ob denn nicht der Verschiedenheit der Motive rechtliche Bedeutung zukommt.

Ist es nötig, damit das Spielverbot Anwendung finden könne, daß Merkmale nachgewiesen werden, welche das Spiel von jedem auf wirtschaftlicher Grundlage beruhenden Geschäfte äußerlich unterscheiden? Genügt es nicht, um einen Vertrag unwirksam zu machen, der Nachweis, daß die Parteien ihn lediglich zum Zwecke des Spiels errichtet haben?

Es soll hier nicht auf eine Untersuchung darüber eingegangen werden, ob das Spielverbot in den verschiedenen Rechtsgebieten in diesem Sinne aufzufassen ist. Wenn es der Fall ist, so wird die gesetzliche Bestimmung entweder sehr geringen Erfolg haben oder zu einer großen Rechtsunsicherheit führen. Da der Inhalt der abgeschlossenen Verträge schlechterdings keinen Aufschluß darüber giebt, ob die Kontrahenten ein Spiel unternehmen oder einen Handel ins Werk setzen wollten, wird man sich auf den Versuch verwiesen sehen, aus dem Geschäftsgebahren, der Vermögenslage u. dergl. Schlüsse auf die Absichten der Kontrahenten zu ziehen. Wie unzuverlässig solche Schlüsse sind, wird [1]) keiner weiteren Ausführung bedürfen.

In Rechtsgebieten dagegen, in denen nicht ein übrigens legales Rechtsgeschäft seine Wirksamkeit dadurch einbüßt, daß es zum Zweck des Spiels abgeschlossen ist, in denen vielmehr, damit das Spielverbot Anwendung finden könne, Willensakte nachgewiesen werden müssen, die mit dem Willen, ein rechtlich anerkanntes Geschäft wie den Lieferungsvertrag abzuschließen, unverträglich sind, kann als letztes Auskunftsmittel die neuerdings verbreitete Theorie von der Ungiltigkeit der Geschäfte in fraudem legis in Frage kommen. Giebt man nämlich nur zu, daß das sog. reine Differenzgeschäft kein Lieferungsvertrag ist und daß es die vom Gesetz geforderten äußeren Merkmale des Spiels an sich trägt, so ergiebt sich für die Vertreter jener Theorie, daß

1) Vgl. oben S. 808.

mit dem reinen Differenzgeschäft auch jedes Lieferungsgeschäft für nichtig oder klaglos zu erklären ist, bei dessen Abschluß die Kontrahenten den nämlichen Zweck verfolgten, den die Kontrahenten eines reinen Differenzgeschäftes im Auge haben.

Es ist hier nicht der Ort, nachzuweisen, daß jene, insbesondere von Bähr vertretene Theorie [1]) nicht ganz so richtig wie einfach ist. Diese Aufgabe kann um so mehr einer anderen Gelegenheit überlassen werden, als die Voraussetzung, unter der diese Theorie hier in Frage kommen würde, nicht unzweifelhaft zutreffend ist.

Das vorher gewonnene Ergebnis, daß ein Lieferungsvertrag nicht schon deshalb als ungiltig oder klaglos behandelt werden darf, weil die Parteien „das Bestehen auf der Erfüllung" vertragsmäßig ausgeschlossen haben, stand nicht in unmittelbarem Widerspruch zu dem von der herrschenden Meinung anerkannten Grundsatz, daß das reine Differenzgeschäft ungiltig oder klaglos ist. Denn wenn auch nach den wiederholten Definitionen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts das hervorstechendste Merkmal des reinen Differenzgeschäftes in dem vertragsmäßigen Ausschluß des Rechtes, wirkliche Lieferung bezw. Abnahme und Zahlung des Kaufpreises zu fordern, besteht, so ist doch dabei wenigstens vom Reichsoberhandelsgericht immer als ferner erforderliches Merkmal die Beschränkung von Recht und Pflicht der Kontrahenten auf die Zahlung der „Differenz", also des Unterschiedes zwischen dem Vertragspreis und dem Kurs des Stichtages, hervorgehoben [2]). Durch die oben angeführten Bestimmungen der Berliner, Breslauer und Danziger Börse ist dagegen neben dem Recht auf Einforderung dieser „Differenz" der Anspruch auf Ersatz des vollen, durch Deckungskauf oder Deckungsverkauf zu ermittelnden Schadensersatzes zur Wahl gestellt.

1) Allerdings vermag ich dem Reichsgericht, dessen VI. Senat (Entscheid. in Civils. XXVI, S. 185 = Seuffert's Archiv XLVI [N. F. XVI], Nr. 1) die Ansicht geäufsert hat, dafs die in meiner Schrift „Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien" enthaltene Deduktion „im Grunde doch ebenfalls nur auf den Gesichtspunkt der Gesetzumgehung hinauslaufe", nicht zu widersprechen. Man kann ja unter dem „Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung" sehr Verschiedenes verstehen. Da mir aber das Richtige von dem durch Bähr Behaupteten ziemlich weit entfernt zu sein scheint, so kann ich nicht zugeben, dafs meine Deduktion notwendig an denselben Gegenerwägungen scheitern mufs, wie diejenige Bähr's. Ich bedauere, dafs Bähr die ihm durch eine Rezension meiner Abhandlung (Krit. Vierteljahrschr. XXXII [N. F. XIII], S. 367 ff.) gebotene Gelegenheit nicht benutzt hat, den Gegensatz seiner und meiner Auffassung zu beleuchten, sondern nur, seine zuerst durch Hellwig (Arch. f. civ. Praxis LXIV, S. 369) verkündete und von ihm selbst bereits ausführlich dargelegte Ansicht (Urteile des Reichsgerichts m. Besprech., S. 52 ff.) noch einmal zu sagen. Dafs Bähr dabei von den in der rezensierten Abhandlung enthaltenen Einwendungen keine Notiz genommen hat, beruht vermutlich auf demselben Grunde, der ihn auch sagen läfst, dafs ich „am Schlufs", ohne zu sicheren und klaren Ergebnissen zu gelangen, auf das Verhältnis von Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt zu sprechen komme. Allerdings stehen einige Bemerkungen darüber im Schlufskapitel, die Erörterung S. 44 bis 61 dürfte indessen kaum zum „Schlufs" zu rechnen sein.

2) Vgl. Entscheid. d. Reichsoberhandelsgerichts XIV, S. 273, XV, S. 279, XVII, S. 41; vgl. auch k. sächs. bürg. Ges.-B. § 1482; dagegen legt das Reichsgericht (Seuffert's Archiv XLIII, Nr. 111; Entscheid. in Civils. XXIII, S. 138) nur auf das negative Merkmal (Ausschlufs des Erfüllungsanspruchs) Gewicht.

Die Frage ist nur, ob dieser Unterschied von solcher Bedeutung ist, daß er für die Entscheidung über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages maßgebend sein kann.

Verwandelt sich ein giltiges Lieferungsgeschäft dadurch in ein ungiltiges oder klagloses reines Differenzgeschäft, daß die Wahl zwischen der konkreten und abstrakten Schadenersatzberechnung beseitigt und nur die letztere zugelassen wird?

Die Bestimmungen für Verkäufe auf Terminlieferungen an der Bremer Baumwollbörse verordnen in § 68 folgendes:

> Wenn für das Ganze oder einen Teil der verkauften Baumwolle keine Andienung (Anweisung zum Empfang) vor dem vorletzten Geschäftstage der vereinbarten Lieferzeit erfolgt, so hat der Käufer den Verkäufer am vorletzten Geschäftstage der Lieferzeit schriftlich dazu aufzufordern, und wenn der Verkäufer dann nicht spätestens am letzten Geschäftstage der Lieferzeit bis 6 Uhr abends die Baumwolle andient, so soll der Kaufvertrag reguliert (closed) werden, indem die nicht angediente Baumwolle zum Marktpreise, der nötigenfalls durch Schiedsgericht festzustellen ist, am letzten Tage der Lieferzeit, zuzüglich einer Strafvergütung von einem Pfennig per $^1/_2$ Kilo, gegen den Kaufpreis abgerechnet wird.
>
> Wenn aber der Käufer nicht, wie vorgeschrieben, den Verkäufer zur Andienung auffordert und der Verkäufer nicht spätestens am letzten Geschäftstage der Lieferzeit 6 Uhr abends das verkaufte Quantum Baumwolle vollständig andient, so soll der Kaufvertrag für das nicht angediente Quantum reguliert werden, indem die Baumwolle zum Marktpreise am letzten Geschäftstage der Lieferzeit (ohne Strafvergütung) gegen den Kaufpreis abgerechnet wird.

Durch diese auch auf den Schlußnotenformularen abgedruckten Bestimmungen wird dem nichtsäumigen Käufer nicht allein das Recht genommen, auf Erfüllung zu bestehen, sondern ihm auch der Anspruch auf Ersatz des vollen, sich bei einem Deckungskauf ergebenden Schadens entzogen. Der Kaufvertrag soll lediglich durch Erstattung der „Differenz“ nebst einer bestimmten Strafvergütung reguliert werden [1]). Kurz, die Verträge der Bremer Baumwollbörse sind reine Differenzgeschäfte.

Sind nun, vorausgesetzt, daß die vorstehenden Bestimmungen wirklich, wie hier angenommen ist, die Normen des Handelsgesetzbuchs

---

1) Einen Mittelweg zwischen konkreter und abstrakter Schadensersatzberechnung weisen, wenn ich sie recht verstehe, die folgenden Festsetzungen der Magdeburger Schlufsschein-Bedingungen: Wenn ein Käufer oder Verkäufer einen Vertrag unerfüllt läfst oder seine Zahlungen vor der festgesetzten Lieferungszeit einstellt, oder der Vertrag nach Entscheidung des Vorstandes des Deutschen Zucker-Exportvereins aufzuheben ist, so soll derselbe durch Rechnung, die zu den jeweiligen Vertragspreisen aufgemacht ist, zum Austrag gebracht und der Zucker dann sofort auf Grund eines von dem Vorstand des Deutschen Zucker-Exportvereins festzusetzenden Preises zurückberechnet werden. Dieser Preis mufs mindestens 25 Pfennig für 50 Kilo niedriger bezw. höher sein als der für den Tag der Nichterfüllung des Vertrages vom Vorstande des Deutschen Zucker-Export-Vereins festzusetzende Marktwert und darf diesen bis zu Mk. 1,50 für 50 Kilo unterschreiten bzw. übersteigen. . . .

über die Nichterfüllung der Kaufverträge außer Kraft setzen wollen, alle an der Bremer Baumwollbörse geschlossenen, diese Bestimmungen enthaltenden Verträge ungiltig?

Wie wir sahen, weichen die Bedingungen der Berliner Produktenbörse ebenso wie der Breslauer und Danziger Börse, indem sie sowohl dem Verkäufer als dem Käufer zwei Wege der Schadensersatz-Berechnung eröffnen, teils formell, teils materiell von dem Handelsgesetzbuch ab. Während dieses bei dem Verzug des Käufers die Ermittelung des individuellen Schadens durch Vornahme des Selbsthilfeverkaufs als Vorbedingung der Schadensersatzforderung hinstellt, gewähren die angeführten Börsenregulative dem Käufer die Wahl zwischen dieser konkreten Schadensersatzberechnung und der abstrakten, die ohne Rücksicht auf die gerade in dem speziellen Fall durch die Nichterfüllung verursachte Schädigung des Verkäufers einfach durch Feststellung der „Differenz" bewerkstelligt wird. Andererseits wird aber bei dem Verzug des Verkäufers neben die abstrakte Schadensersatzberechnung, die das Handelsgesetzbuch als die normale ansieht, die konkrete, durch Vornahme eines Deckungskaufs ins Werk zu setzende ausdrücklich als ebenbürtig hingestellt. Wenn auch die letztere Bestimmung von den Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin[1]) damit gerechtfertigt wird, daß man „die vom Gesetzgeber verletzte Rechtsgleichheit zwischen dem Verkäufer und dem Käufer" habe wiederherstellen wollen, so ist das nicht ganz korrekt, da es sich nicht um eine materielle Abweichung vom Handelsgesetzbuch handelt. Man hat das auch dem Käufer zustehende Wahlrecht vermutlich deshalb geflissentlich hervorgehoben, um dem Vorwurfe vorzubeugen, daß es sich bei den Termingeschäften nicht um wirkliche Erfüllung, sondern lediglich um die Differenz handle.

Wenn im Gegensatz dazu durch die Bremer Bestimmungen die Kontrahenten allein auf den Weg der abstrakten Schadensersatzberechnung verwiesen werden, so scheint der Grund dafür kein anderer zu sein, als das Bestreben, das reine Differenzgeschäft zu erleichtern.

Muß es nicht auf den ersten Blick als undenkbar bezeichnet werden, daß jemand, dem wirklich an Erfüllung des Lieferungsvertrages liegt, der wirklich der gekauften Waren bedarf oder sein Lager für andere Waren als die verkauften zu räumen wünscht, von vornherein für den Fall, daß seine Forderung nicht erfüllt werde, auf das Recht verzichten sollte, vollen Schadensersatz zu fordern?

Man wird dagegen sich nicht darauf berufen dürfen, daß das Handelsgesetzbuch selbst wenigstens dem Käufer neben dem Anspruch auf vollen Schadensersatz das Recht auf die Differenz gewährt, ja die letztere sogar als das normale hingestellt habe; denn wenn man daraus folgern will, daß auch für den reellen Kaufmann die abstrakte Schadensberechnung zweckentsprechend sein müsse, so kann dem entgegengehalten werden, dass durch die Vorschrift über den Differenzanspruch

1) Vgl. Bericht an den Handelsminister v. 1. Juli 1889 in Korrespondenz d. Aelt. d. Kaufmannsch. v. Berlin, XII. Jahrg., S. 62 ff.

das Minimum bezeichnet werde, welches der Käufer fordern dürfe, selbst wenn sein Schaden geringer gewesen sein sollte. Dadurch, daß der Käufer durch das Begehren der Differenz unter Umständen mehr erhalte, als durch die Geltendmachung seines wirklichen Interesses, sei die Veranlassung gegeben, die allein den effektive Erfüllung des Geschäfts beabsichtigenden Kaufmann bestimmen könne, die Differenzforderung der Geltendmachung vollen Schadensersatzes vorzuziehen.

Indessen, wer so argumentieren wollte, würde die außerordentliche Bedeutung vergessen, die für den großen Handelsverkehr eine möglichst schleunige Abwickelung der Geschäfte hat.

Bei den Verhandlungen des XVI. Juristentages wurde von einem Börsenkundigen darauf hingewiesen, daß die bei fast allen Börsen mehr oder minder vollständig durchgeführte Verdrängung der ordentlichen Gerichte durch Börsenschiedsgerichte weniger auf ein Mißtrauen gegen die Juristen und ihre Beurteilung von Dingen des Börsenwesens, als auf das Bestreben zurückzuführen sei, die Entscheidung von Streitigkeiten in schleunigerer Weise zu bewirken, als es im regulären Civilprozeß geschehen kann. Dieser Beschleunigung zuliebe nimmt man in Kauf, daß hier und da einmal ein Streit infolge der sehr oberflächlichen Untersuchung falsch entschieden wird.

So tritt denn auch der Wunsch des Kaufmanns, vollen Schadensersatz zu erlangen, nachdem er sich in der Erwartung getäuscht sieht, auf Grund des abgeschlossenen Lieferungsvertrages wirkliche Erfüllung zu erhalten, regelmäßig zurück gegenüber dem Bedürfnis, das Geschäft schleunigst abzuwickeln. Die Durchführung eines konkreten Schadensersatzanspruches ist häufig recht schwierig und unsicher, durchweg aber sehr zeitraubend. Auch der Kaufmann, welchem thatsächlich durch die Nichterfüllung seitens des Gegners ein Schaden in höherem Betrage als dem der „Differenz" erwachsen ist, wird es gewöhnlich vorziehen, seinen Anspruch auf die sofort und ohne Schwierigkeiten liquide zu stellende „Differenz" zu beschränken, als einen vermutlich langwierigen Prozess wegen des höheren konkreten Schadens anzufangen.

Ist es danach erklärlich, daß auch derjenige Kaufmann, welcher auf Erfüllung des Vertrages durch den Gegner gerechnet hatte, dann, wenn dieselbe ausbleibt, sich regelmäßig mit der Differenz begnügt, so kann man sich zum Mißtrauen hinsichtlich der Intentionen der Kontrahenten doch noch dann berechtigt glauben, wenn dieselben von vornherein die etwaigen Schadensersatzansprüche auf den Betrag der Differenz beschränken. Zur Beseitigung des Einwandes, daß Kontrahenten, denen an wirklicher Erfüllung gelegen ist, keinen Grund haben, die etwaigen Schadensersatzforderungen schon bei Abschluß des Lieferungsvertrages in der Weise zu begrenzen, ist aber darauf hinzuweisen, daß regelmässig der wirklich erwachsene Schaden durch die Erstattung der „Differenz" gedeckt sein wird. Da der Terminhandel Waren zum Gegenstande hat, die am Börsenplatz in großen Massen vorhanden zu sein pflegen, kann der Kontrahent fast immer durch einen Locokauf oder -Verkauf zu dem Preis sich Befriedigung

verschaffen, der auch für die Berechnung der „Differenz“ maßgebend ist. Ferner kommt in Betracht, daß bei der Uniformität der Geschäfte des Terminhandels der Kaufmann, welcher als Käufer nur die „Differenz“ erhält, auf der anderen Seite auch als Verkäufer nicht mehr als diese zu bezahlen braucht.

Kurz, die Klausel eines Lieferungsvertrages, daß der vertragstreue Teil gegenüber dem vertragsbrüchigen nur den Anspruch auf die „Differenz“ haben soll, nötigt nicht zu der Annahme, daß die Kontrahenten nicht einen Lieferungsvertrag gewollt und einen wirklichen Handel beabsichtigt, sondern lediglich ein Spiel intendiert haben.

Selbstverständlich sind, welchen Sinnes auch die Kontrahenten gewesen sein mögen, alle Verträge dieser Art unwirksam oder in ihrer Wirksamkeit beschränkt in einem Lande, dessen Gesetze jedes Lieferungsgeschäft für ungiltig oder klaglos erklären, aus dem im Fall der Nichterfüllung nur ein Anspruch auf die „Differenz“ hervorgehen soll [1]). Hier muß mit dem Ungerechten der Gerechte leiden. In Rechtsgebieten dagegen, welche derartige Bestimmungen nicht kennen, darf nicht einem Geschäft bloß deshalb die Existenzberechtigung abgesprochen werden, weil es die Merkmale des sog. reinen Differenzgeschäftes trägt. Hier wird es vielmehr, falls die Gesetze ein Spiel oder eine Wette kennen, welche sich äußerlich von einem giltigen Rechtsgeschäft gar nicht unterscheiden [2]), darauf ankommen, die Absichten der Kontrahenten, den Zweck, welchen sie bei Abschluß des Vertrages verfolgt, aus den „Umständen“ oder „Verhältnissen“ zu ermitteln. Alle die oben erörterten Schwierigkeiten werden sich auch der Lösung dieser Aufgabe entgegenstellen.

Ist durch die vorstehenden Ausführungen der Nachweis erbracht, daß die von zahlreichen deutschen Gerichten gegenüber dem Börsenspiel gebrauchten Mittel entweder sich als untauglich erweisen oder zugleich den gesunden Börsenhandel schädigen müssen, so darf der folgende Vorschlag, einen neuen Weg einzuschlagen, auf wohlwollende Prüfung rechnen.

Es soll nicht mehr bestritten werden, daß der Jobber einen giltigen Lieferungsvertrag eingeht; der Absicht, in der die Kontrahenten sich am Termingeschäft beteiligt haben, soll kein Einfluß auf die Klagbarkeit oder Klaglosigkeit ihrer Ansprüche beigemessen werden.

---

1) Dahin gehört aber nicht das Kgr. Sachsen; § 1482[2] G.B.: Ein Vertrag, nach welchem der Eine dem Andern den Unterschied zwischen dem angenommenen Preise einer Sache und dem Marktpreise oder Kurse, welchen sie zu einer bestimmten Zeit gehabt habe oder haben werde, zahlen soll, ist nach den Vorschriften über Spiel und Wette zu beurteilen. Dies gilt insbesondere von einem Lieferungskaufe, welcher nur zum Schein auf Lieferung zu einer gewissen Zeit gerichtet ist, und bei welchem die Absicht der Vertragschliefsenden nur dahin geht, dafs der Unterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Marktpreise oder Kurse zur scheinbaren Lieferungszeit von dem Einen an den Andern vergütet werden soll.

2) Vgl. ob. S. 823 f.

Dagegen will ich versuchen, nachzuweisen, daß sich nach den Börsenbedingungen und Schlußzettelformularen verschiedener deutscher Börsen mit jedem Lieferungsvertrage ein ungiltiger oder klagloser Nebenvertrag verbindet, den man als „Differenzklausel" bezeichnen mag.

Diesem Nachweis sind wenige Bemerkungen vorauszuschicken [1]).

Der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises ist abhängig davon, daß er selbst (geliefert hat oder) zur Erfüllungszeit zur Lieferung bereit war; ebenso ist der Anspruch des Käufers auf Lieferung der Sache von der Voraussetzung abhängig, daß er (gezahlt hat oder) zur Zahlung bereit war.

Das Recht des Verkäufers, den Selbsthilfeverkauf vorzunehmen und Schadensersatz zu fordern, ist wie das Recht des Käufers, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, dadurch bedingt, daß der Gegner in Verzug geraten ist.

Verzug des Käufers oder Verkäufers liegt aber nur dann vor, wenn der andere Teil zur Erfüllung seiner Verpflichtungen (Lieferung der Ware oder Zahlung des Preises) bereit war.

Unter allen Umständen muß also derjenige, welcher aus einem Kaufgeschäft einen wirksamen Anspruch erheben will, seinerseits zur Erfüllung bereit gewesen sein.

Daran vermag eine beim Abschluß des Geschäfts getroffene Vereinbarung nur wenig zu ändern.

Allerdings kann der Verkäufer bei einem Pränumerationskauf Zahlung, der Käufer bei einem Kreditkauf Lieferung verlangen, ohne daß Gegenleistung in Bereitschaft gesetzt wäre.

Aber bei einem Pränumerationskauf kann nicht der Käufer, bei einem Kreditverkauf nicht der Verkäufer ohne Rücksicht auf die Gegenleistung klagen.

Ein Vertrag, durch welchen jedem Teil das Recht beigelegt wird, Leistung des anderen Teils zu verlangen, ohne selbst erfüllungsbereit zu sein, ist jedenfalls nach allen in Deutschland geltenden Rechten kein Kauf.

Für das deutsche Termingeschäft kommt nur der Kauf Zug um Zug in Betracht [2]). Wenn irgendwo dem Käufer Kredit gewährt wird, so ist die Zeit jedenfalls so kurz, daß sie für das Folgende unberücksichtigt bleiben kann.

Nehmen wir nun an, daß ein Jobber, der weder Waren noch ein annähernd zureichendes Kapital besitzt, von einem Getreidehändler an der Berliner Börse Getreide gekauft hat. Der Verkäufer hat das Getreide rechtzeitig gekündigt, auch eine entsprechende Quantität zur Lieferzeit bereit gehalten, der Käufer aber hat die Abnahme und Zahlung des Preises verweigert.

Auf keinen Fall ist nun der Verkäufer, da der Vertrag auf Grund des Formulars der vereideten Makler abgeschlossen ist, in der Lage,

1) Vgl. zum folgenden insb. Lamprecht, Verzug beim Kauf (s. ob. S. 819, Anm. 1), mit Rücksicht auf dessen hauptsächlich für juristische und nichtjuristische Praktiker geschriebene Darstellung ich mich möglichst kurz fasse.

2) Vgl. Kohn, Getreideterminhandel, S. 36.

auf Erfüllung nebst Schadensersatz zu klagen. Er ist vielmehr, wenn die Kurse inzwischen gefallen sind, darauf verwiesen, die „Differenz" zu fordern oder durch einen Deckungsverkauf einen höheren Schaden nachzuweisen. Sind dagegen die Kurse gestiegen, so wird der Verkäufer den Verzug des Käufers mit Freuden benutzen, vom Vertrage zurückzutreten, um sein Getreide mit Vorteil in einem Locoverkauf loszuschlagen.

Der Getreidehändler wird vielleicht sehr verwundert sein, wenn ihm, nachdem er alles aufs beste erledigt glaubte, eine Aufforderung von dem Jobber zugeht, die Differenz zwischen dem Preise ihres Vertrages und dem Kurse des Stichtages zu bezahlen. Er wird sich darauf berufen, daß er von dem ihm durch den Verzug des Gegners gemäß Art. 354 des Handelsgesetzbuchs gewährten Recht, vom Vertrage zurückzutreten, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre, Gebrauch gemacht habe. Allein der Jobber wird darauf erwidern, daß in dem zwischen ihm und dem Gegner abgeschlossenen Vertrage das Recht des Rücktritts vom Vertrage ausdrücklich ausgeschlossen sei [1]). Wenn dagegen der Getreidehändler geltend macht, unmöglich könne durch diese Bestimmung des benutzten Vertragsformulars das geltende Recht in der Weise auf den Kopf gestellt werden, daß nun der säumige Teil vom nichtsäumigen in Gestalt der Differenz Schadensersatz fordern dürfe, so wird ihn der Jobber auf folgende, sich an die oben S. 813 mitgeteilten Vorschriften des Formulars unmittelbar anschließende Bestimmung verweisen:

> Die Forderung, welche sich herausbildet aus dem Unterschiede zwischen dem Preise des Kontrakts und dem der Zwangsregulierung, sowie die usancemäßige Courtage, außerdem Portoauslagen und Stempel sind derjenigen Partei, zu deren Gunsten dieselbe sich herausstellt, von seiten der anderen sofort bar zu bezahlen.

Eine solche Bestimmung muß nun jedem Juristen, der mit der Struktur des Termingeschäfts noch nicht vertraut geworden ist, so befremdlich erscheinen, daß man sich nicht allzusehr verwundern darf, wenn selbst das vorm. Reichsoberhandelsgericht sich einer derartigen Klausel gegenüber auf das Weginterpretieren gelegt hat [2]).

Der Fall, welcher dem Gericht zur Entscheidung vorlag, war folgender:

„Die Parteien haben einen Handel über vom Kläger dem Beklagten im Mai 1872 zu einem gewissen Preise zu liefernde 200 Ctr. Rüböl geschlossen und diesem Handel ein Regulativ:

„Bedingungen für Lieferungsgeschäfte in rohem Rüböl"

zu Grunde gelegt, welches von Geschäftsbeteiligten der Hamburger Börse festgestellt worden, und, wie es scheint, dort eine, wenn nicht allgemeine, doch sehr häufige Benutzung gefunden hat.

---

1) S. ob. S. 813.
2) Entscheid. IX, S. 201.

Der Beklagte hat am Erfüllungstage Lieferung der gekauften Ware verlangt. Hierauf hat zwar der Kläger 200 Ctr. Rüböl offeriert (oder offerieren lassen), allein, wie durch Ausspruch eines konventionell eingesetzten Schiedsgerichts in Gewißheit gebracht worden ist, Ware von schlechter Qualität, so daß der Beklagte dieselbe zurückzuweisen befugt war, wie derselbe sie denn wirklich zurückgewiesen hat. Der Kläger hat gegen diese Zurückweisung nichts eingewendet; wohl aber hat er gegen die damit verbundene Erklärung des Beklagten, sich vom Handel loszusagen, Widerspruch erhoben. Er hat sich sogar für berechtigt gehalten, von dem Beklagten den Belauf zu fordern, welcher für ihn als Nutzen sich ergeben haben würde, wenn seinerseits der Kontrakt durch Lieferung kontraktmäßiger Ware erfüllt worden wäre. Dieser Nutzen würde unbestritten, da Rüböl am Erfüllungstage B. Mk. 6,6 pr. Ctr. niedriger im Preise stand als der Kontraktpreis (auf 200 Ctr.) B. Mk. 1275 betragen haben, und auf diese Summe ist der Kläger gegen den Beklagten klagbar geworden."

Nachdem das Hamburger Handelsgericht der Klage stattgegeben, das Obergericht aber das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen hatte, hat das Reichsoberhandelsgericht das Obergerichtserkenntnis konfirmiert und dabei die Ansicht ausgesprochen, „daß der Inhalt der „Bedingungen" die exorbitante Behandlung des Kontraktverhältnisses, welche der Kläger beansprucht, nicht rechtfertige".

Das Reichsoberhandelsgericht bemerkt in den Entscheidungsgründen, daß sich allerdings in dem § 17 des Regulativs zwei Sätze fänden, „welche Bedenken zu erregen geeignet sind". Es sind die bei dem folgenden Abdruck des § 17 durch gesperrten Druck hervorgehobenen Sätze.

§ 17. Die Nichterfüllung dieses Vertrages berechtigt den anderen Teil nicht zum Rücktritt von dem Vertrage, sondern begründet für ihn nur die Befugnis nach seiner Wahl

a) spätestens am nächsten Werktage für Rechnung des Nichterfüllenden die betreffende Ware resp. verkaufen oder ankaufen zu lassen und den Ersatz der Differenz zu fordern, oder auch
b) von dem Nichterfüllenden lediglich die sofortige Vergütung der Differenz zu verlangen, welche zwischen dem Preise des Vertrages und dem Durchschnittspreise des betreffenden Empfangstages existiert.

Bei entstehenden Streitfragen sind die Preisdifferenzen zum Kündigungspreise (Durchschnittspreise) jedenfalls zu regulieren.

Das Reichsoberhandelsgericht findet, daß der letzte Satz „schon im allgemeinen dunkel" und jedenfalls deshalb unverständlich sei, da keine Andeutung darüber gemacht sei, von welchen „Streitfragen" darin geredet werde; der Satz über den Ausschluß des Rücktrittsrechts verliere das Befremdliche durch die sich an ihn anschließenden Worte.

Es wird, um die Unhaltbarkeit dieser Auffassung darzuthun, nur

einer Zusammenstellung der entsprechenden Bestimmungen anderer Börsenbedingungen und Vertragsformulare bedürfen.

Die Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse, giltig vom 1. Januar 1890 ab [1]), bestimmen, daß der nichtsäumige Teil das Recht haben solle, auf Erfüllung zu bestehen oder Zwangsregulierung vorzunehmen, schließen also das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, stillschweigend aus. Dann heißt es weiter:

> Die Zwangsregulierung kann nach Wahl des nicht säumigen Kontrahenten sowohl durch den vermittelst eines vereideten Maklers zu bewirkenden An- bezw. Verkauf der verschlossenen Werte oder unter Zugrundelegung des Durchschnittskurses, mit welchem dieselben am Zwangsregulierungstage notiert werden, auch zum Teil in der einen, zum Teil in der anderen Art erfolgen. Die Differenz zwischen dem Zwangsregulierungskurse und dem Vertragskurse ist demjenigen Teil, zu dessen Gunsten sie sich herausstellt, von dem anderen Teil sofort bar zu bezahlen. Der säumige Teil hat dem anderen Teil die übliche Maklergebühr, und zwar diese selbst dann, wenn die Zwangsregulierung ohne An- oder Verkauf bewirkt worden ist, die Portoauslagen und Stempel, den entstandenen, zum jeweiligen Reichsdikont zu berechnenden Zinsverlust und überdies auch noch die von der Deputation der Sachverständigen-Kommission etwa festgesetzte Konventionalstrafe zu zahlen.

Nach den oben [2]) auszugsweise mitgeteilten Schlußzettelformularen der Breslauer Börse ist der nichtsäumige Kontrahent berechtigt und verpflichtet, entweder einen Deckungskauf bezw. Verkauf vorzunehmen oder die Differenz nach dem Tageskurs zu berechnen. Die ermittelte Summe hat er entweder von dem säumigen Kontrahenten zu fordern oder an denselben zu zahlen. Nach dem Schlußzettelformular für Hafer (ebenso für Rüböl und Spiritus) werden im ersteren Fall die Kosten dieses Deckungsgeschäftes zugeschlagen, im letzteren abgezogen. Das Rücktrittsrecht ist in dem Formulare für Effekten ausdrücklich, in den anderen stillschweigend ausgeschlossen.

Auch nach den oben abgedruckten Bestimmungen der Danziger Börse ist das Rücktrittsrecht — und zwar ausdrücklich — ausgeschlossen. Der bei dem Realisationsgeschäft sich ergebende Unterschied der Preise ist von dem säumigen Teil zu fordern oder ihm zu vergütigen. Wählt der nichtsäumige Teil nicht die Vornahme des Realisationskaufs, so ist die „Differenz" an denjenigen zu vergütigen, zu dessen Gunsten sie sich herausstellt.

In den Usancen der Frankfurter Börse vom 15. Februar 1879 [3]) heißt es:

> Geschieht die Exekution durch Vermittelung eines beeidigten Maklers, so ist der Schlußzettel, sonst die Durchschnittsnotiz des

---

1) Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. XXXVII [N. F. XXII], S. 494 ff.
2) S. 814 f.
3) Saling, Börsenpapiere [5], S. 343 ff. Puls, Frankfurter Börsen-Handbuch [3], S. 35 ff.

öffentlichen Börsenkursblattes maßgebend für die Feststellung der Differenz, welche der Säumige zuzüglich Courtage zu zahlen oder abzüglich Courtage herauszubekommen hat.

An die oben S. 824 Anm. 1 wiedergegebenen Bestimmungen der Magdeburger Börse schließt sich folgender Satz an:

Dieser Bestimmung der Zurückberechnung ist die vertragstreue bezw. zahlungsfähige Partei ebenso unterworfen, wie die vertragsbrüchige bezw. zahlungsunfähige Partei, ohne Rücksicht darauf, ob hierdurch infolge des für den Tag der Zurückberechnung zufällig bestehenden Marktwertes ein Guthaben für die eine oder andere Partei entsteht."

Ferner werden die Art. 354—357 des Handelsgesetzbuchs ausdrücklich außer Kraft gesetzt.

In München ist nach den Bestimmungen des Münchener Handelsvereins, giltig vom 1. Januar 1891 ab, gegenüber dem säumigen Kontrahenten zunächst nur die Wahl zwischen dem Bestehen auf Erfüllung und dem Rücktrittsrecht gegeben. Hat der nichtsäumige Kontrahent Erfüllung gefordert und ist die von ihm gewährte Nachfrist fruchtlos abgelaufen, so tritt nunmehr die Zwangsregulierung, entweder vermittelst Realisationsgeschäfts oder durch Berechnung der „Differenz" ein. Dazu wird folgendes verordnet:

Der säumige Teil hat dem Mitkontrahenten Courtage, Portoauslage, Stempel und Zinsverlust nach dem Lombardzinsfuß der Reichsbank zu vergüten, wogegen die eventuelle Differenz zwischen dem Vertrags- und Zwangsregulierungskurse gegenseitig auszugleichen ist.

Endlich sei auf die oben [1]) abgedruckte Satzung der Bremer Börse hingewiesen, welche die „Regulierung" auch für den Fall vorschreibt, daß weder der Verkäufer „angedient" noch der Käufer zur „Andienung" aufgefordert hat, daß also kein Teil den andern in Verzug gesetzt hat.

Durch diese Zusammenstellung dürfte die Bedeutung aller dieser Bestimmungen, die einzeln leicht übersehen und mißverstanden werden können, klargestellt sein.

Ohne solche Bestimmungen verläuft ein (fixer) Zeitkauf in mehreren Fällen resultatlos.

Selbstverständlich dann, wenn zur Erfüllungszeit weder der Verkäufer die Zahlung des Preises, noch der Käufer die Lieferung der Ware beansprucht.

Ebenso aber dann, wenn zwar jeder Teil von anderen dessen Leistung verlangen wollte, keiner von beiden aber seinerseits zur Gegenleistung bereit wäre.

Dazu kommt nach dem Handelsgesetzbuch der Fall, daß ein Teil die Leistung fordert und selbst zur Gegenleistung bereit ist, der Gegner

1) S. 825.

aber sich der Annahme und Leistung weigert. Hier ist dem ersteren Kontrahenten das Recht gegeben, vom Vertrage abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre, m. a. W. den Kauf völlig resultatlos verlaufen zu lassen.

Nach den mitgeteilten Bedingungen der Berliner, Bremer, Breslauer, Danziger, Frankfurter, Hamburger, Magdeburger und Münchener Börse [1]) sorgt nun dafür, daß da, wo das Kaufgeschäft zu einem Ergebnis nicht führen würde, doch etwas geschieht, eine Nebenbestimmung, die ich als „Differenzklausel" bezeichnen möchte.

Diese Klausel erscheint, wie wir gesehen haben, an den verschiedenen Börsen in sehr verschiedener Fassung; auch dem Inhalt nach ergeben sich manche Abweichungen.

Gemeinsam aber ist allen diesen Klauseln, daß für Fälle, in denen der Vertrag ohne solche Bestimmungen zu einem Ergebnis nicht führen würde, eine Verpflichtung zur Zahlung der „Differenz", und zwar ohne Rücksicht auf den Verzug des Verpflichteten, begründet wird.

Das Reichsoberhandelsgericht, welches zuerst eine auf Grund der „Differenzklausel" erhobene Klage des säumigen Verkäufers gegen den nichtsäumigen Käufer abwies, weil „der Inhalt der „Bedingungen" die exorbitante Behandlung des Vertragsverhältnisses, welche der Kläger beansprucht, nicht rechtfertige", hat in einem späteren Erkenntnis [2]) den Sinn der damals an der Berliner Fondsbörse üblichen „Differenzklausel" [3]) nicht verkannt.

Mit der Frage, ob sich aus dieser „Differenzklausel" eine klagbare Forderung ergeben könne, hat sich das Gericht merkwürdigerweise sehr kurz in folgendem Satze abgefunden: „Vom Standpunkte der Schlußscheinbedingungen ist daher mit jedem Ultimo-Kaufgeschäft stillschweigend ein Rückkaufsabkommen, wonach der Verkäufer nicht bloß bei sinkenden, sondern auch bei steigenden Preisen zum Rückkauf verpflichtet ist, derartig verbunden, daß es, sofern nicht der Verkäufer ausdrücklich effektive Erfüllung oder Effektivverkauf wählt, als zur Ausführung gebracht angesehen wird" [4]).

---

1) Ebenso von ausländischen Börsen z. B. Amsterdam: Reglement für Roggen, Art. 23: „. . . . und wird der Kauf und Verkauf als erledigt betrachtet mit der Verpflichtung, die auf obengenannte Weise festgestellte Preisdifferenz sofort zu verrechnen." Reglement für den Effektenhandel, Art. 53: „Der eventuelle Schaden oder Vorteil ist mit dem Käufer (Verkäufer) zu verrechnen."

2) Entscheidungen XX, S. 227.

3) Zur Auslegung der dem betreffenden Geschäft zu Grunde liegenden Schlufsscheinbedingungen v. 3. Febr. 1873 (Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. XVIII, S. 502 f.), welche nach der Meinung des Gerichts die „Differenzklausel" in nicht glücklicher Fassung enthalten, wird auf folgende Bestimmung der Schlufsscheinformulare v. 1. Mai 1875 (Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. XXI, S. 269 f.) Bezug genommen:

Wird von den Rechten zu a u. b (Bestehen auf Erfüllung oder Abschlufs eines Realisationsgeschäfts, aus welchem letzteren sich übrigens auch eine Verpflichtung zur Zahlung der Differenz zwischen den Preisen ergeben kann) kein Gebrauch gemacht, so ist der nach Vorschrift der §§ 8 und 9 festgestellte Durchschnittspreis des unter b bezeichneten Börsentags für beide Teile als Abwicklungspreis bindend, derart, dafs die gegen den Vertragspreis sich ergebende Differenz dem einen oder anderen Teile (auch dem Säumigen) sofort zu vergüten ist.

4) Vergl. dazu die gegen Grünhut (Endemanns Handb. d. Handelsr. III, S. 9 ff.) gerich-

Wahrscheinlich ist bei dieser Entscheidung die Frage, ob nicht die „Differenzklausel" ein Spiel enthalte, überhaupt noch nicht aufgeworfen worden.

Und doch liegt diese Frage hier, wie mir scheint, näher als bei dem sog. reinen Differenzgeschäft.

Das sog. reine Differenzgeschäft segelt regelmäßig unter der Flagge eines Kaufgeschäfts; damit ist der Zweifel gegeben, ob nicht die Flagge die Ladung deckt.

Hier ist zu solchem Zweifel kein Anlaß; die „Differenzklausel" erscheint zwar als Begleiterin eines Kaufgeschäfts, aber nicht unter dessen Flagge; sie gebraucht ihre eigene Flagge und das ist nicht diejenige eines anerkannten Rechtsgeschäfts.

Der Satz, daß die „Differenzklausel" nicht durch die Flagge des Kaufs, den sie begleitet, gedeckt wird, ist schon oben damit begründet worden, daß der Kauf nur für den erfüllungsbereiten Teil Forderungen auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung erzeuge, daß insbesondere die Forderung der Differenz den Verzug des Gegners voraussetze, während die „Differenzklausel" gerade in Fällen in Wirksamkeit treten soll, in denen kein Teil in Verzug geraten oder die Spekulation zu gunsten des säumigen Teils ausgeschlagen ist. Der Behauptung, daß eine Forderung des säumigen Käufers gegen den nichtsäumigen Verkäufer, des vertragsbrüchigen Verkäufers gegen den vertragstreuen Käufer unmöglich aus dem Kaufvertrag abgeleitet werden könne, ließe sich vielleicht entgegenhalten, daß der säumige Käufer den bei einem Selbsthilfeverkauf gewonnenen Ueberschuß von dem nichtsäumigen Verkäufer verlangen dürfe. „Allein dies beruht auf der positiven Vorschrift, daß der Verkäufer, wenn er nicht auf der realen Abnahme besteht oder vom Vertrage, als wäre er nicht geschlossen, abgeht, sich seiner Pflichten nur durch den Verkauf für Rechnung des Käufers entledigen darf und nur auf diesem Wege zu einem Schadensersatzanspruch gelangen kann" [1]). Es erwächst also diese Forderung nicht aus dem Kaufvertrag, sondern aus einem Stellvertretungsverhältnis.

Obwohl danach die „Differenzklausel" durch das Kaufgeschäft nicht geschützt wird, hat sie bisher bei einem anderen Rechtsgeschäft nicht Unterkunft gesucht. Ob die „Differenzklausel", wenn sich Anfechtungen einstellen, die Hülle eines legalen Rechtsgeschäfts anzunehmen verstehen wird, kann der Zukunft überlassen bleiben. Einstweilen ist die Entscheidung der Frage, ob die „Differenzklausel" als Spiel zu behandeln ist, wesentlich dadurch erleichtert, daß diese uns unverschleiert als Paktum entgegentritt.

Deshalb hoffe ich, nicht bloß die Zustimmung derer zu finden, die

---

tete Bemerkung des Reichsgerichts (Seufferts Archiv XLIII, No. 111): „Es ist keine juristische Konstruktion, sondern ein Spiel mit Worten, wenn man das Differenzgeschäft nennt einen Kaufvertrag mit Hinzufügung eines bedingten Rückkaufs- und Wiederkaufsvertrages und mit vertragsmäfsig festgestellter Ausgleichung durch Kompensation der gegenseitigen Verpflichtungen, soweit diese einander decken."

1) Entscheid. des Reichsoberhandelsgerichts XX, S. 223.

das sog. reine Differenzgeschäft den gesetzlichen Bestimmungen über das Spiel unterwerfen zu können meinen, wenn ich behaupte, daß die „Differenzklausel“ als Spiel zu behandeln und je nach den Gesetzen über das Spiel für nichtig oder klaglos zu erachten ist. Eine Rechtfertigung dieser Behauptung aber gegenüber den Einwendungen, welche aus dem (angeblichen) Begriff des Spiels entnommen zu werden pflegen, muß an diesem Orte unterbleiben.

Ist es richtig, daß die „Differenzklausel“ ungiltig oder klaglos ist, so ist damit keineswegs die Wirksamkeit des Lieferungsvertrages, welcher von dieser Klausel begleitet ist, beeinträchtigt.

Das Verhältnis des Lieferungsvertrages zu der „Differenzklausel“ wird am leichtesten durch die Vergleichung mit einem in neuerer Zeit zu weiter Verbreitung gelangten Vertragsverhältnis klargestellt werden.

Das sog. Abzahlungsgeschäft ist in Deutschland sehr häufig mit der Klausel versehen, daß die vom Käufer geleisteten Ratenzahlungen als Mietzinszahlungen angesehen werden sollen, wenn der Käufer eine spätere Ratenzahlung nicht pünktlich leisten sollte.

Danach wirkt der abgeschlossene Kaufvertrag unter der Bedingung, daß der Käufer die als Kaufpreis vereinbarte Summe in den verabredeten Ratenzahlungen pünktlich abträgt. Thut er es nicht, so tritt ein unter dieser Bedingung abgeschlossener Mietvertrag ins Leben.

Die Bedingung, unter welcher die Mietklausel in Wirksamkeit tritt, ist also die entgegengesetzte, wie diejenige, von welcher die Wirkungen des Kaufkontrakts abhängig sind.

Etwas Aehnliches liegt hier vor.

Unter der Bedingung, daß sich der Kurs zu gunsten eines Kontrahenten verändert hat, der den anderen Kontrahenten in Verzug gesetzt hat, ergiebt sich eine Forderung aus dem Lieferungsgeschäft; unter der entgegengesetzten Bedingung, nämlich, daß sich der Kurs zu gunsten eines Kontrahenten verändert hat, der den anderen Kontrahenten nicht in Verzug gesetzt, soll sich nach dem Willen der Parteien ein Anspruch auf die Kursdifferenz für den ersteren aus der „Differenzklausel“ ergeben; diese Klausel ist nun aber nichtig, der auf sie gegründete Anspruch also hinfällig. Wird dadurch auch die Forderung des nicht säumigen Kontrahenten aus dem Kauf aufgehoben? Gewiß ebenso wenig, wie die Ansprüche des Ratenkäufers aus dem Kaufgeschäft durch ein Gesetz erschüttert werden würden, welches den mit dem Händler geschlossenen Mietvertrag für nichtig erklärte.

Folglich ist die „Differenz“-Klage eines Kontrahenten, der seinen Gegner in Verzug gesetzt hat und also vor allem selbst nachweislich zur Gegenleistung fähig und entschlossen war, stattzugeben; die Klage eines Kontrahenten dagegen, der seinen Gegner nicht in Verzug gesetzt hat, ist, obwohl sie sich auf dieselbe Schlußnote stützt und nach den Worten derselben begründet erscheint, abzuweisen.

Der Jobber, der ohne Ware und Kapital am Termingeschäft teilnimmt, setzt sich also wohl einer Klage seines leistungsfähigen Gegners aus, erwirbt aber keine Klage gegen denselben.

Freilich kann der Jobber sich einen klagbaren Anspruch dadurch verschaffen, daß er sich die erforderliche Ware oder Geldsumme zur Erfüllungszeit leiht. Als bei den Verhandlungen der Nürnberger Konferenz [1]) geltend gemacht war, die Erfahrung lehre, daß die Pflicht einer thatsächlichen Anerbietung der Leistung [2]) der Spekulation auf die bloße Differenz des Tageskurses am wirksamsten entgegentrete, wurde von anderer Seite erwidert, daß die Verbindlichkeit eines thatsächlichen Anerbietens der Erfüllung namentlich im Kreditpapiergeschäft leicht umgangen werden könne; es werde ein Kontrahent kaum eher auf Erfüllung dringen, als bis die Preisverhältnisse zu seinen Gunsten gestaltet seien; sei dies aber der Fall, dann würden ihm leicht die Mittel zur scheinbaren Anerbietung der Erfüllung von anderen anvertraut.

Indessen darf nicht vergessen werden, daß eine scheinbare Bereitstellung der zur Gegenleistung erforderlichen Mittel nichts nützen kann [3]) und daß eine wirkliche Beschaffung derselben immer Weitläufigkeiten, Mühe und Kosten verursachen wird. Wer diese nicht scheut, vermag, auch ohne selbst Lager der gehandelten Ware zu besitzen, am Terminhandel teilzunehmen. Die von manchen Seiten befürwortete Beteiligung des Kapitals am Termingeschäft wird also dadurch keineswegs unmöglich gemacht, daß man von jedem, der die Zahlung der Differenz beansprucht, wirkliche Erfüllungsbereitschaft verlangt. Dem Jobber aber dürfte dadurch allerdings das Handwerk erschwert werden.

Einer großen Täuschung würde man sich freilich hingeben, wenn man meinte, daß die Gerichte imstande sein würden, das Jobbertum zu unterdrücken. Wenn auch die nicht geringe Zahl der Prozesse über „Differenzgeschäfte", zu denen namentlich durch Konkurse Veranlassung gegeben wird, die Behauptung [4]) als übertrieben erscheinen läßt, daß die Klagbarkeit der Forderungen aus Termingeschäften für die Börse ohne Bedeutung sei, so ist doch außer Zweifel, daß die große Mehrzahl der Termingeschäfte den ordentlichen Gerichten keine Gelegenheit zum Eingreifen bietet. Solange die Börsenschiedsgerichte auf den Verzug der Kontrahenten kein Gewicht legen, solange der reelle Kaufmann sich nicht scheut, das Jobbertum dadurch zu begünstigen, daß er auch ohne Rücksicht auf die Erfüllungsbereitschaft des Gegners die „Differenz" zahlt, solange selbst die offiziellen Re-

1) Protokolle S. 675.

2) Der preufs. Entwurf wollte für das Fixgeschäft verordnen, dafs die Erfüllung an einem bestimmten Tage oder in einer bestimmten Frist gefordert werden, die Aufforderung aber mit einem wirklichen Anerbieten der vertragsmäfsigen Gegenleistung verbunden sein müsse. Vgl. Lamprecht a. a. O. S. 28.

3) Vgl. Entscheid. d. Reichsoberhandelsgerichts XVI, S. 281; auch Entscheid. d. Reichsgerichts in Civils. XI, S. 113.

4) Vgl. Verhandlungen d. XVI. d. Juristentages II, S. 213.

gulative vieler deutscher Börsen [1]) die „Differenzklausel“ enthalten, wird das Jobbertum blühen.

Das Jobbertum wird verschwinden nur zusammen mit der heutzutage in kaufmännischen Kreisen weit verbreiteten Rechtsanschauung, welche in den „Differenzklauseln“ der oben aufgeführten Börsen am augenfälligsten hervortritt, sich aber auch an anderen Orten durch den Gebrauch kundgiebt, bei ungünstiger Entwickelung der Kurse die „Differenz“ zu bezahlen, selbst wenn der Gegner unzweifelhaft zur Erfüllung nicht bereit war.

Diese Rechtsauffassung, nach der der Verzug des Gegners für die Begründung des Differenzanspruchs irrelevant erscheint, ist ebenso erklärlich wie — hinsichtlich des geltenden Rechts — unrichtig.

Art. 357 des Handelsgesetzbuchs erkennt an, daß der Käufer die Differenz fordern kann, ohne daß er einen erlittenen Schaden in diesem Betrage nachzuweisen braucht und ohne daß dem Verkäufer der Gegenbeweis offen bliebe, der Käufer habe in Wirklichkeit gar keinen oder doch nur einen geringeren Schaden erlitten. Der Differenzanspruch ist also auch dann begründet, wenn thatsächlich nicht der geringste Schaden entstanden ist. Daß in einem solchen Falle die Bezeichnung des Differenzanspruches als Schadensersatzanspruch Anstoß erregen muß, ist selbstverständlich. Giebt es aber Fälle, in denen die Differenzforderung nicht den Ersatz eines wirklichen Schadens bezielt, so liegt es nahe, dieser Forderung den Charakter einer Schadensersatzforderung überhaupt abzusprechen. Wird doch auch der durch die neueste Gewerbeordnungsnovelle geschaffene abstrakte Schadensersatzanspruch wegen Kontraktbruchs vielfach als ein Anspruch auf eine Privatstrafe aufgefaßt. Wenn nun die Differenzforderung des Käufers in Wahrheit nicht eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung des Kaufgeschäfts ist, als welche sie nach den Worten des Handelsgesetzbuchs erscheint, so ist nur noch ein Schritt zu der Behauptung, dass es für die Begründung der Differenzforderung auch nicht darauf ankomme, ob der Gegner die Nichterfüllung des Kaufgeschäfts verschuldet habe.

Dem gegenüber muß es die Aufgabe des Juristen sein, darauf hinzuweisen, daß nach dem geltenden Rechte nur die schwierige und zeitraubende Untersuchung der Frage, welcher Schaden im einzelnen Fall entstanden ist, durch die Einforderung und Zubilligung der „Differenz“ beseitigt werden kann, daß aber niemals die „Differenz“ jemandem zugesprochen werden darf, der selbst an der Nichterfüllung des Kaufgeschäfts die Schuld trägt oder sich in diese Schuld mit dem Gegner teilt, mit anderen Worten, der den Gegner nicht in Verzug gesetzt hat.

Ob gerechtfertigte Bedürfnisse des heutigen Handelsverkehrs eine Abänderung dieser Rechtsgrundsätze erheischen, soll hier nicht erörtert werden. Jedenfalls könnte eine solche Abänderung nur durch die Entwickelung eines Gewohnheitsrechts oder durch einen Akt der Gesetz-

---

1) Die „Differenzklausel“ ist nicht enthalten in den Usancen der Börsen zu Dresden, Halle, Hannover, Köln, Königsberg, Leipzig, Mannheim, Memel, Stettin, Wien.

gebung erreicht werden, nicht aber, wie ein neuerer Verteidiger des modernen Termingeschäfts zu meinen scheint [1]), mit den Künsten juristischer Konstruktion.

---

1) David Kohn a. a. O. S. 62: „Die Subsumierung des Termingeschäftes (wenngleich auch nur der sog. Differenzgeschäfte) unter die Begriffe des Spiels und der Wette stammt daher, dafs man es einerseits nicht unter den römischrechtlichen Begriff des Kaufs und Verkaufs bringen kann, andrerseits aber daher, dafs die Worte Gewinn und Verlust die das Leben nicht kennenden Theoretiker leicht beirren konnten. Sie vergafsen während der Theoriemache nur eins: dafs nämlich das Vermögensrecht der äufsere Ausdruck der wirtschaftlichen Ordnung ist, dafs daher jenes mit dieser zugleich fortschreiten müsse, dafs die alten Rechtsformen nicht fähig sind, ohne Aenderung ihres Inhalts deren neue Gestaltungen aufzunehmen. Das Termingeschäft ist kein einfacher Kauf und Verkauf, kein Spiel, kein Tausch, sondern ein solcher Vertrag, der bisher juridisch noch nicht definiert wurde.

Die juridische Definition des Termingeschäfts und mit dieser die Aufnahme des Termingeschäfts in den Kreis der Rechtsinstitutionen wäre (wie dies das dem Termingeschäft gegenüber bekundete schwankende Verfahren der Gesetzgebungen und Indikaturen beweist) ein grofser Dienst für die Wirtschaft, welche jetzt im Termingeschäfte eine aufserhalb des Gesetzes stehende Institution in sich schliefst".