

## Werk

**Titel:** XVIII.

**Ort:** Freiburg i. B. ; Leipzig

**Jahr:** 1894

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1894\\_0033|log38](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1894_0033|log38)

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

Ist nun die Differenzklausel ein Spielvertrag, so ist der sie sanktionirende Gebrauch unsittlich, also kein Handelsgebrauch im Sinne des Art. 1 des H.-G.-B.

Um Mißverständnisse auszuschließen, mag hinzugefügt werden:

Unsittlich ist nicht, daß einem erfüllungsunfähigen Kontrahenten ein Gewinn gewährt wird, sondern daß er ihm gewährt wird, weil unter entgegengesetzter Bedingung dem erfüllungsunfähigen Gegner ein entsprechender Gewinn gewährt wäre.

Unsittlich ist nicht der Gebrauch, auch an erfüllungsunfähige Gegner die Differenz zu zahlen; aber unsittlich ist, daß vom Spieler die Spielschuld mit den Zwangsmitteln des Rechts eingetrieben wird.

#### XVIII.

Sollte der im Vorstehenden gewonnene Grundsatz, daß nur ein erfüllungsfähiger Kontrahent aus einem Termingeschäft<sup>131)</sup> einen Anspruch auf die Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Börsenpreise des Erfüllungstermins herleiten kann, in der Rechtsprechung Anerkennung finden, so würde damit das Börsenspiel mit Börsenexternen, soweit es überhaupt nöthig hat auf die Judikatur ordentlicher Gerichte Rücksicht zu nehmen<sup>131\*)</sup>, gewiß noch nicht unterdrückt

---

über die Voraussetzungen des Handelsgebrauchs insb. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, §§ 35, 36; v. Sahn, Commentar zum H.-G.-B.<sup>4</sup> I, S. 75.

131) Es bedarf wohl kaum eines Hinweises darauf, daß nach dem entwickelten Grundsatz auch der Kontrahent eines Kassageschäfts nur dann Schadenserfaz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn er bei Ablauf der üblichen Erfüllungsfrist erfüllungsfähig war.

131\*) Gegenüber der Meinung, daß das Börsenspiel auf die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte gar keine Rücksicht zu nehmen brauche, mag hier nur darauf hingewiesen werden, daß nach einer in den Anlagen zum Bericht der Börsen-Enquete-Kommission enthaltenen Zusammenstellung das Reichsgericht in der Zeit vom

oder auch nur erheblich eingeschränkt, sondern nur auf andere Wege verwiesen werden, auf denen auch Leute, die mit Waare und Preis nichts zu thun haben wollen, zu Ansprüchen auf eine Differenz gelangen können.

Schon jetzt schließen zuweilen die Kontrahenten eines Termingeschäfts, in welchem der Preis entsprechend dem derzeitigen Terminpreise bestimmt wird, uno actu einen zweiten Lieferungsvertrag über die gleiche Quantität zu demselben Termin, aber in entgegengesetzter Richtung. In diesem zweiten Kaufvertrage, in dem der Käufer des ersten Vertrages als Verkäufer, der Verkäufer des ersten Vertrages als Käufer auftritt, wird als Kaufpreis der Börsenpreis des Stichtages festgesetzt.

Häufiger als der simultane Abschluß zweier Termingeschäfte in entgegengesetzter Richtung ist der successive Abschluß solcher Verträge. Es darf bereits gegenwärtig als üblich bezeichnet werden, daß der Börsenexterne vor Ablauf der Erfüllungsfrist seinen Kauf durch einen Verkauf an seinen Verkäufer „deckt“, und daß der Börsenexterne die verkaufte Waare vor dem Ende der Lieferungsfrist von seinem Käufer zurückkauft. In dem zweiten Termingeschäft (Gegengeschäft) wird der Kaufpreis gemäß der zur Zeit seines Abschlusses bestehenden Preisnotiz für Terminwaare festgesetzt. Das Gegengeschäft verbindet sich wiederum häufig mit einem Termingeschäft in entgegengesetzter Richtung auf einen späteren Termin (Prolongationsgeschäft).

Durch die simultane oder successive Kombination entgegengesetzter Termingeschäfte kann derselbe oder doch ein ähnlicher Erfolg herbeigeführt werden, wie durch die Differenzklausel. Der Kontrahent, welcher theurer verkauft als gekauft hat, kann die Differenz zwischen den beiden Vertragspreisen beanspruchen, ohne nachweisen zu müssen, daß er zur

7. Oktober 1884 bis zum 6. Juli 1893 47 Urtheile in Differenzprozessen erlassen hat.

Erfüllungszeit die verkaufte Waare zur Lieferung bereit gehalten habe. Denn gegenüber dem Einwand des Beklagten, daß er nicht in Zahlungsverzug gerathen sei, weil der Kläger zur Erfüllungszeit nicht erfüllungsfähig gewesen sei, könnte dieser verlangen, daß er behandelt werde, als ob er erfüllt hätte, da der Beklagte verpflichtet war, zu derselben Zeit eine gleiche Waare an den Kläger zu liefern. Der Beklagte konnte nicht die Zahlung des Restes seiner Kaufpreisschuld, der bei Kompensation der beiderseitigen Kaufpreisforderungen übrig blieb, von der Lieferung der Waare durch den Kläger abhängig machen, da er die Waare, wenn er sie empfangen hätte, an den Kläger sofort hätte zurückliefern müssen. Durch die Kombination entgegengesetzter Kaufverträge kann also mit Hilfe der Kompensation in der That dem einen oder anderen Theil, je nachdem der Börsenpreis gestiegen oder gefallen ist, ein Anspruch auf eine Differenz verschafft werden, zu dessen Begründung der Besitz der Waare nicht nachgewiesen zu werden braucht.

M. G. bietet das gemeine Recht keine Rechtsätze, welche die Abweisung solcher Ansprüche rechtfertigen könnten. Anderer Ansicht können, so viel ich sehe, nur Diejenigen sein, welche mit R o h l e r<sup>132)</sup> in dem geltenden Recht die Vorschrift finden, daß alle Geschäfte, welche nach der Absicht der Kontrahenten einen „vom Gesetz perhorreszirten Erfolg“ herbeiführen sollen, ungiltig sind<sup>133)</sup>. Denn es unterliegt allerdings keinem Zweifel, daß nicht bloß die simultane, sondern auch die successive Kombination entgegengesetzter Termingeschäfte aus der Absicht der Kontrahenten hervorgehen kann, den Erfolg der Differenzklausel zu erzielen. Ist dagegen der bezeichnete Rechtsatz nicht als gemeinrechtlich

132) Das Börsenspiel (Sonderabdruck aus *Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen*), S. 24.

133) Vgl. dagegen auch R o h l e r, *Archiv für bürgerliches Recht* VII, S. 234 f.

anzuerkennen<sup>134)</sup>, so bedarf es der Darlegung nicht, wie schwierig und gefährlich die Untersuchung der Absichten wäre, welche die Kontrahenten zum Abschluß entgegengesetzter Termingeschäfte veranlaßt haben.

Die Erkenntniß, daß ein einzelnes Termingeschäft dem erfüllungsunfähigen Kontrahenten auch mit Hilfe der Differenzklausel einen Auspruch auf eine Differenz nicht zu verschaffen vermag, kann danach das Börsenspiel vielleicht zu einem Stellungswechsel veranlassen, aber seine Beseitigung nicht ermöglichen. Allerdings scheint z. B. bei Personen, die ohne Erfüllungsbereitschaft Differenzansprüche gewinnen wollen, eine gewisse Abneigung dagegen zu bestehen, zu diesem Zwecke die Kompensation in der angegebenen Weise zu benutzen. Ein von der Börsenquotekommission vernommener Sachverständiger hat geäußert<sup>135)</sup>: „Ich möchte auch bemerken, daß selbst die Kompensationen, die hier in den Engagements stattfinden, nicht durch Differenzzahlungen erledigt werden müssen. Wenn Sie heute an der Berliner Börse sechsmal von Jemand zu empfangen haben und auch sechsmal zu liefern haben, so kann ich nicht sagen: Hier haben Sie die Rechnung sechsmal hin und her, da kommt für mich so viel heraus, sondern dann sagt der Gegenkontrahent — und der Fall ist öfter vorgekommen —: Bitte, liefern Sie mir, ich werde auch liefern . . . Es giebt bei uns keine Kompensation. Es wird also der § 1, daß effektiv geliefert werden muß und effektive Lieferung gefordert werden kann, ganz streng aufrecht erhalten.“ Wenn auch diese Aeußerung sich nur auf die internen Börsengeschäfte beziehen

134) Vgl. *G. L. e i s t*, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien S. 88 ff.

135) Stenogr. Ber. 2493 f. (Aussage des Inhabers der aus verschiedenen Reichsgerichtsprozessen bekannten Berliner Firma Gebrüder *S o b e r n h e i m*, Getreide-, Mühl- und Spiritus-Kommissionsgeschäft).

mag, so ergibt sie doch die Meinung, daß die Benutzung der Kompensation zur Begründung von Differenzansprüchen die Geschäfte in einem zweifelhaften Licht erscheinen lassen könnte. So mag es sich erklären, daß zahlreiche — vielleicht die meisten — Börsenfirmer auch dann, wenn jedes Geschäft durch ein Gegengeschäft gedeckt ist, doch die beanspruchten Differenzen nicht durch Vergleichung der beiden Kaufpreise mit einander, sondern unter Vergleichung der beiden Kaufpreise mit dem Börsenpreise des Stichtages berechnen<sup>136)</sup>. Sollte der Satz Anerkennung finden, daß Differenzansprüche auf die letztere Art nur unter der lästigen Voraussetzung der Erfüllungsfähigkeit begründet werden können, so würden die Beteiligten schwerlich Bedenken tragen, den nach geltendem Recht offen stehenden Ausweg zu benutzen.

Dennoch ist die bezeichnete Erkenntniß vielleicht von Nutzen in einer Zeit, die auf gesetzliche Maßregeln gegen das Börsenspiel hindrängt. Denn es dürfte sich als möglich erweisen, dem Börsenspiel den Zugang zu der neuen Stellung erheblich zu erschweren.

In dieser Beziehung mögen folgende Andeutungen denjenigen vorgetragen werden, welche die in Frage kommenden Interessen besser zu überschauen vermögen als der Verfasser.

Gesetzliche Vorschriften gegen das Börsenspiel dürfen sich nicht bloß auf Termingeschäfte beziehen. Denn wenn der Erwerb von Differenzansprüchen mit Hilfe von Termingeschäften erschwert würde, so würden nur die Kassageschäfte mehr als bisher in gleicher Weise zur Herstellung von Differenzansprüchen benutzt werden. Die gesetzlichen Vorschriften können auch nicht wohl auf Börsengeschäfte beschränkt werden. Denn Bestimmungen, welche die Vertragsfreiheit nur bei

136) So z. B. in dem vom Reichsgericht durch Urtheil vom 6. Mai 1892 entschiedenen Fall *Heimann gegen Moses v. Kramer*, der in seinem Anfangsstadium die erste Anregung zu der vorliegenden Untersuchung gegeben hat.

diesen einengen, würden odios erscheinen, außerdem auch leicht zu umgehen sein.

Deshalb sollen hier nur Bestimmungen in Betracht gezogen werden, welche mit Bezug auf Kaufverträge jeder Art in den Titel des Handelsgesetzbuchs „vom Kauf“ eingereiht werden könnten.

Zunächst dürfte eine Vorschrift des Inhalts, daß die Verbindung eines Kaufvertrages mit einem in continenti abgeschlossenen Gegengeschäft unzulässig sei, berechnigte Interessen nicht verletzen. Dagegen wird schwerlich eingewendet werden können, daß die vielbesprochene Versicherung gegen eine Veränderung des Börsenpreises dieser Kombination bedürfe. Wenn der Importeur<sup>137)</sup> mit einem Bankier vereinbart, daß letzterer für die bis zum Eintreffen der Waare durch das Sinken des Börsenpreises herbeigeführte Entwerthung aufkommen, dagegen beim Steigen des Börsenpreises Erstattung des Mehrwerthes beanspruchen solle, so ist dieser Vertrag bei der herrschenden Vertragsfreiheit gültig, ohne daß er der Einkleidung in ein Kaufgeschäft und ein Gegengeschäft bedürfte<sup>138)</sup>.

Die successive Kombination entgegengesetzter Kaufverträge dürfte ebensowenig zu verhindern sein wie die Kompensation der aus ihnen hervorgehenden Forderungen.

Vermuthlich erweist sich aber die Frage als förderlich, was denn einen Börsenexternen veranlaßt, seinem Kauf vor dem Eintritt der Erfüllungszeit einen Verkauf folgen zu lassen, wenn der Börsenpreis inzwischen gefallen ist, oder seinen Verkauf durch einen Kauf zu decken, wenn der Börsenpreis inzwischen gestiegen ist.

Darauf ist zunächst zu antworten: Wenn der Börsenexterne eine ihm ungünstige Preisentwicklung andauern sieht,

137) Vgl. oben S. 255 und Fuchs, Der Waaren-Terminhandel (Sonderabdruck aus Schmöller's Jahrbuch XV), S. 24.

138) Vgl. Rohler a. a. O. (oben Anm. 132), S. 22.

so wird allmählich die Besorgniß, daß diese Entwicklung sich bis zum Stichtage fortsetzen werde, die Hoffnung überwiegen, daß vor diesem Termin ein Umschlag eintreten werde. Der Börsenexterne schließt dann gern ein Gegengeschäft und gewährt damit dem Gegner einen Differenzanspruch, um dem vermuthlich höheren Differenzanspruch zu entgehen, der entstehen würde, wenn er den Dingen ihren Lauf ließe. Würde dem Börsenexternen bekannt sein, daß der Gegner aus dem Anfangsgeschäft nur unter Nachweis seiner Erfüllungsfähigkeit einen Differenzanspruch herleiten kann, so dürfte in nicht wenigen Fällen der Börsenexterne nicht geneigt sein, ein Gegengeschäft abzuschließen. Dies wird voraussichtlich nur dann geschehen, wenn der Börsenexterne erwarten muß, daß der Gegner sich erfüllungsfähig machen wird, und ferner, wenn der Börsenexterne demnächst neue Geschäfte mit dem Gegner abschließen will. Hat er diese Absicht, so wird er allerdings dem Gegner durch Eingehung eines Gegengeschäfts einen Differenzanspruch verschaffen, damit der Gegner das Gleiche thue, wenn demnächst ein Geschäft günstig für den Externen verlaufen sollte, der doch nicht im Stande sein würde, eine Differenzforderung anders als mit Hilfe eines Gegengeschäfts und der Kompensation zu gewinnen. Dagegen wird der Externe ein Gegengeschäft freiwillig nicht mehr eingehen, wenn er weitere Geschäfte mit dem Gegner nicht beabsichtigt. Börsenfirmer, die sich eines Differenzanspruchs für den Fall versichern wollen, daß der Externe sich nicht bis zum Ablauf der Erfüllungsfrist zum Abschluß eines Gegengeschäfts bereit erklären sollte, werden danach genöthigt sein, sich rechtzeitig erfüllungsfähig zu machen.

Nicht immer werden aber die Kontrahenten eines Börsengeschäfts zum Abschluß eines Gegengeschäfts durch ihr Interesse bestimmt; häufig nöthigt dazu eine beim Abschluß des Anfangsgeschäfts eingegangene Verabredung.

In den Geschäftsbedingungen, welche Börsenfirmer mit



ihren Kunden vereinbaren, finden sich Bestimmungen, welche den Kunden, der nicht erfüllen will oder kann, zum Abschluß eines Gegengeschäfts zwingen.

So heißt es z. B. in den Geschäftsbedingungen von Jean Fränkel, Bankgeschäft in Berlin<sup>139)</sup>: „Ultimo-Engagements bin ich, falls die diesbezüglichen Dispositionen nicht spätestens drei Tage vor dem Liquidationstermin in meinem Besitz sind, nach meinem eigenen Ermessen für meine Kommittenten zu lösen oder zu prolongiren befugt.“

Noch schärfer lautet die entsprechende Bestimmung in den Geschäftsbedingungen von Samuel Zielenziger, Bank- und Wechselgeschäft in Berlin: „Daneben behalte ich mir das Recht vor, laufende Engagements (und speziell Zeitgeschäfte) jederzeit, auch vor dem Stichtage, ohne jede gerichtliche Intervention durch die geeignetste Gegenoperation (Kauf oder Verkauf) und zwar auch unter Eintritt als Selbstkontrahent zu lösen, sobald meiner Aufforderung zur Abwicklung solcher Geschäfte oder zur Vermehrung der Sicherheiten nicht umgehend Folge geleistet ist“.

Ungeachtet dieser und ähnlicher<sup>140)</sup> Abmachungen dürfte zu erwägen sein, ob Vereinbarungen, welche den Kontrahenten eines Kaufvertrages, wenn er nicht erfüllen will, zum Abschluß eines Gegengeschäfts verpflichten oder ihm unter der Bedingung, daß er ein Gegengeschäft nicht abschließt, eine Rechtsverwirkung oder Konventionalstrafe androhen, für nichtig erklärt werden können.

139) Abgedruckt in den Anlagen zum Bericht der Börsen-Enquete-Kommission.

140) Vgl. auch die in den Schlußnoten der Berliner Produktenfirma übliche Bestimmung: „N. N. (die Börsenfirma) erhält extra 1% Provision für Kauf und Verkauf zusammen . . .“ und dazu Grünwald und Lilienthal, Zum Terminhandel an der Berliner Produktenbörse, Berlin 1892.