

**Differenzeinwand beim Devisen-Daytrading: Verdeckte
Differenz- oder Börsentermingeschäfte**

Leitsatz

1. Zum Differenzeinwand beim Devisen-Daytrading.
2. Devisengeschäfte, die binnen der für Kassageschäfte üblichen Frist von zwei Tagen zu erfüllen sind, sind keine Börsentermingeschäfte.

Fundstellen

BGHZ 149, 294-302 (Leitsatz und Gründe)
WM 2002, 283-285 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 11. Zivilsenat, 17. November
2000, Az: 11 U 27/99
vorgehend LG Hamburg, 12. Dezember 1998, Az: 327 O 73/98

Tenor

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
Hamburg vom 17. November 2000 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.
Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Die klagende Bank nimmt den Beklagten, einen in H. ansässigen iranischen Kaufmann, auf Ausgleich von Debetsalden auf Fremdwährungskonten in Anspruch.
- 2 Der Beklagte wollte im Februar 1997 über sein privates Girokonto bei der Klägerin in großem Umfang Devisengeschäfte abwickeln, um Gewinne aus Kursschwankungen zu erzielen. Die Klägerin war damit einverstanden und legte zu dem Privatkonto Fremdwährungsunterkonten an. Der Beklagte unterschrieb am 20. Februar 1997 eine Unterrichtungsschrift der Klägerin im Sinne des § 53 Abs. 2 BörsG und tätigte anschließend bis zum 31. März 1997 etwa 440 Devisengeschäfte in US-Dollars, Britischen Pfund und Japanischen Yen. Er setzte bei den Geschäften, die keinen Bezug zu seinem Geschäftsbetrieb hatten und jeweils binnen zwei Werktagen ab Auftragserteilung auf den Fremdwährungskonten verbucht wurden, die unter Banken üblichen Währungsmengen von 5 Mio. und 10 Mio. US-Dollar ein. Der Beklagte besaß außer den gutgeschriebenen Devisenvaluta keine Guthaben oder sonstigen Vermögenswerte in entsprechender Höhe, durfte aber sein Konto überziehen. Die Geschäfte wurden teilweise mit Stop-loss-Order bzw. Take-profit-Order abgeschlossen und im übrigen auf gesonderte Weisung des Beklagten zumeist noch am selben Tag, spätestens aber binnen zwei Tagen durch Gegengeschäfte glattgestellt. Nachdem der Beklagte zum Ausgleich von Verlusten insgesamt 679.000 DM bar eingezahlt hatte, wiesen die Fremdwährungskonten am 31. März 1997 insgesamt ein Guthaben aus.
- 3 Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe in der Folgezeit weitere Aufträge erteilt, die zu Verlusten geführt hätten. Am 11. August 1997 hätten seine Konten Debetsalden in Höhe von 240.677,33 DM, 175.876,96 US-Dollar und 9.313.019,96 Japanische Yen ausgewiesen, die er nach Erhalt der Kontoauszüge anerkannt habe.
- 4 Die Klage auf Zahlung dieser Beträge ist in den Vorinstanzen, das Berufungsurteil ist in ZIP 2000, 2246 ff. veröffentlicht, erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

5 Die Revision ist nicht begründet.

I.

6 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

7 Der Beklagte könne gegenüber der Klageforderung den Differenzeinwand gemäß §§ 764 , 762 Abs. 1 Satz 1 BGB erheben. Die Devisengeschäfte seien nur scheinbar ernstgemeinte Kassageschäfte. Tatsächlich handele es sich um verdeckte Differenzgeschäfte. Die Parteien seien darüber einig gewesen, daß der Beklagte nicht zur Erfüllung der Forderungen der Klägerin aus den einzelnen Devisengeschäften in Höhe des gesamten Spekulationsvolumens verpflichtet sei, sondern daß es nur um den Ausgleich der Kursverluste bzw. -gewinne gehe. Dies ergebe sich daraus, daß die Beklagte dem Kläger den Handel mit Devisenvolumina ermöglicht habe, die normalerweise berufsmäßigen Devisenhändlern vorbehalten seien, für die der Beklagte keinen echten Bedarf gehabt habe und die er auch nicht habe bezahlen können. Die Klägerin habe deshalb in keinem Fall auf Ausgleich der Fremdwährungskonten durch Zahlung des Gegenwertes in DM bestanden, sondern diesen Gegenwert bis zum Abschluß eines Gegengeschäfts gestundet. Die Barzahlungen des Beklagten nach verlustreichen Geschäften hätten nur der Absicherung der Differenz zwischen dem Ankaufpreis und dem aktuellen Kurs der Devisen gedient. Der Beklagte habe mit Wissen der Klägerin durch den ständigen An- und Verkauf der Devisen lediglich Kursgewinne erzielen wollen.

8 § 58 BörsG schließe den Differenzeinwand nicht aus, weil keine Börsentermingeschäfte vorlägen. Die börsenübliche Laufzeit der Geschäfte von zwei Tagen sei nicht mit einem hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkt gleichzusetzen. Die Hebelwirkung der Geschäfte, das damit verbundene Risiko und die Absicht des Beklagten, auf Kursdifferenzen zu spekulieren, reichten zur Annahme von Börsentermingeschäften nicht aus.

II.

9 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen durchsetzbaren Anspruch gemäß § 607 Abs. 1 BGB auf Ausgleich der Debetsalden. Die Devisengeschäfte, die die Parteien dem Vortrag der Klägerin zufolge nach dem 31. März 1997 abgeschlossen haben, sind gemäß §§ 764 , 762 Abs. 1 Satz 1 BGB unverbindlich.

10 1. Bei den geschlossenen Devisengeschäften handelt es sich um verdeckte Differenzgeschäfte, die dem Differenzeinwand des § 764 BGB unterliegen.

11 a) § 764 Satz 1 BGB erfaßt seinem Wortlaut nach zwar nur den Fall, daß ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen wird, ihn nicht zu erfüllen, sondern nur die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem Börsenpreis im festgelegten Lieferzeitpunkt auszugleichen. In Rechtsprechung und Literatur besteht aber weitgehend Einigkeit darüber, daß § 764 BGB nach seinem Sinn und Zweck, der volkswirtschaftlich sinnlosen Differenzspekulation, die ohne Beziehung zum tatsächlichen Güterumsatz des Wirtschaftslebens nur aus den Schwankungen des Marktes Gewinn erzielen will (RGZ 117, 267 , 269; BGHZ 58, 1 , 2), die rechtliche Anerkennung zu versagen, auch auf sog, verdeckte Differenzgeschäfte Anwendung findet (BGHZ 58, 1 , 2; Häuser/Welter, in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts 2. Aufl. § 16 Rdn. 173 ff.; Kienle, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 106 Rdn. 77; Schwark, BörsG 2. Aufl. § 58 Rdn. 5; Erman/Terlau, BGB 10. Aufl. § 764 Rdn. 3).

12 Ein verdecktes Differenzgeschäft liegt insbesondere vor, wenn die Parteien zunächst nur ein die Spekulation eröffnendes Geschäft schließen, die tatsächliche Erfüllung dieses Geschäfts durch den Bankkunden aber nicht erfolgen soll, sondern sofort oder in einem günstiger erscheinenden späteren Zeitpunkt ein Gegengeschäft auf denselben Termin abgeschlossen und im Ergebnis nur die Differenz der Preise aus beiden Geschäften ausgeglichen werden soll (vgl. Häuser/Welter aaO Rdn. 174; Schefold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski,

Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 116 Rdn. 264). Neben solchen Geschäften mit einem hinausgeschobenen Fälligkeitstermin unterliegen dem Differenzeinwand aber auch nicht ernstgemeinte Kassageschäfte, bei denen die Parteien, ohne einen hinausgeschobenen Erfüllungstermin zu vereinbaren, durch Nebenabreden oder die tatsächliche Art der Vertragsdurchführung den sofortigen Leistungsaustausch als das Charakteristische des Kassageschäfts (Staudinger/Engel, BGB 13. Bearb. § 764 Rdn. 21) ausschließen, in Wahrheit keine Lieferung beabsichtigen, sondern Spekulationsgewinne durch Gutschriften aus gleichartigen Geschäften erzielen wollen (MünchKomm/Habersack, BGB 3. Aufl. § 764 Rdn. 16; Palandt/Sprau, BGB 61. Aufl. § 764 Rdn. 6).

- 13 Die Annahme eines solchen Scheinkassageschäfts ist unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Falles nur unter strengen Voraussetzungen gerechtfertigt, weil die Natur des binnen zwei Tagen abzuwickelnden Kassageschäfts gegen die Differenzabsicht einer oder beider Parteien spricht (Kammergericht WM 1989, 669, 672; Schefold aaO Rdn. 265). Es reicht deshalb nicht etwa aus, daß der Käufer bereits bei Abschluß des Eröffnungsgeschäfts die dem Vertragspartner bekannte Absicht hat, mit den gekauften Waren oder Wertpapieren zu spekulieren und diese umgehend, gegebenenfalls sogar noch am gleichen Tage vor Erlangung des Eigentums, wieder mit Gewinn an einen Vertragspartner seiner Wahl zu verkaufen. Eine solche Weiterveräußerung, die sich, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, im Rahmen marktwirtschaftlichen Handelns bewegt, setzt grundsätzlich den Erwerb der freien Verfügungsmöglichkeit über die Waren, Wertpapiere oder Devisen und damit eine Durchführung des Erstgeschäfts voraus. Ein verdecktes Differenzgeschäft kommt vielmehr erst dann in Betracht, wenn der Käufer, im Einvernehmen mit seinem Vertragspartner, keine unbeschränkte Verfügungsbefugnis über die Waren oder Wertpapiere anstrebt und zu ihrer Bezahlung weder eigenes Kapital noch vor Abschluß des Geschäfts vertraglich fest vereinbarte Kreditmittel, sondern den Erlös aus einem von vornherein beabsichtigten Gegengeschäft einsetzen will. Voraussetzung eines verdeckten Differenzgeschäfts ist ferner, daß das Gegengeschäft mit dem Vertragspartner des Erstgeschäfts geschlossen wird und mit dem Erstgeschäft im wesentlichen übereinstimmt. Bei Devisen reicht ein Gegengeschäft in anderer Währung mit annähernd demselben Volumen aus.
- 14 Indizien für ein verdecktes Differenzgeschäft können ein auffälliges Mißverhältnis zwischen dem Vermögen des Bankkunden und dem Umfang des geschlossenen Geschäfts, die Zurverfügungstellung eines (Sicherheits-)Betrages, der nicht den Wert des Erstgeschäfts, sondern allenfalls einen Verlust in Höhe der Differenz zwischen Erst- und Gegengeschäft abdeckt, das Fehlen einer Beziehung der erworbenen Waren oder Wertpapiere zum Geschäfts- oder Berufskreis des Käufers, der Charakter der Waren, Wertpapiere oder Devisen als typische Spekulationsobjekte sowie der häufige An- und Verkauf derselben Waren, Wertpapiere oder Devisen bei fortgesetzter Unterlassung effektiver Erfüllung sein (vgl. Staudinger/Engel, aaO Rdn. 16).
- 15 b) Nach diesen Grundsätzen sind die Devisengeschäfte der Parteien als Differenzgeschäfte anzusehen (so auch Müller-Deku, WM 2000, 1029, 1037). Die Geschäfte dienen nicht dem effektiven Austausch von Devisen und Kaufpreis, sondern der Erzielung von Spekulationsgewinnen in Form von Differenzen zwischen An- und Verkaufspreis. Die Klägerin hat die Devisen, die als Waren im Sinne des § 764 BGB anzusehen sind (Staudinger/Engel, aaO Rdn. 14), zwar den Fremdwährungskonten des Beklagten gutgeschrieben und damit gemäß Nr. 10 Abs. 2 der AGB-Banken ihre Verschaffungspflicht erfüllt. Der Beklagte hat dadurch aber kein unbeschränktes Verfügungsrecht über die Devisen erlangt, sondern konnte über sie nur im Rahmen weiterer Devisengeschäfte gerade mit der Klägerin, nicht aber in sonstiger Weise, etwa durch Transferierung auf ein Konto bei einer anderen Bank, verfügen. Hieran war er auch nicht interessiert, weil er für Devisen in der erworbenen Menge, die in keiner Beziehung zu seinem Geschäftsbetrieb standen, abgesehen vom Abschluß spekulativer Devisengeschäfte, keine Verwendung hatte. Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis des Beklagten hätte auch dem Sicherheitsinteresse der Klägerin widersprochen. Die den Fremdwährungskonten gutgeschriebenen Devisen von 5 oder 10 Millionen US-Dollar dienten bis zur Weiterveräußerung der

Sicherung der Kaufpreisansprüche der Klägerin, die der Beklagte nicht aus seinem bei Abschluß der einzelnen Geschäfte vorhandenen Vermögen, sondern nur mit dem Erlös aus der von vornherein beabsichtigten Wiederveräußerung der Devisen erfüllen konnte. Aus diesem Grunde war der Beklagte gezwungen, zu dem Eröffnungsgeschäft spätestens innerhalb der für Kassageschäfte geltenden börsenüblichen Abwicklungsfrist von zwei Tagen ein Gegengeschäft abzuschließen. Der von der Revision geltend gemachte Umstand, daß die Gegengeschäfte mit den Erstgeschäften nicht immer völlig deckungsgleich waren, ändert nichts. Es reicht aus, daß die Gegengeschäfte mit der Klägerin als Vertragspartnerin der Erstgeschäfte abgeschlossen wurden und annähernd dieselben Währungsmengen, wenn auch teilweise andere Währungen, zum Gegenstand hatten. Soweit die Devisen nach einem Kursverfall als Sicherheit nicht mehr ausreichten, hatte der Beklagte die Differenz durch Bareinzahlungen auszugleichen. Diese Anlage der Geschäfte sowie der häufige und schnell aufeinanderfolgende, oft am selben Tag durchgeführte, Kauf und Verkauf der Devisen, die ein typisches Objekt von Differenzspekulationen sind, zeigen, daß die einzelnen Umsatzgeschäfte nur das technische Mittel zur Erzielung der zu Spekulationszwecken angestrebten Differenz waren. Die Devisenkäufe und -verkäufe wurden nicht effektiv durch den Austausch von Devisen und Kaufpreis, den der Beklagte mit eigenen Mitteln gar nicht erbringen konnte, durchgeführt, sondern auf den Konten des Beklagten nur entsprechend verbucht und am Ende in einem Differenzbetrag aufgelöst. Darin besteht das Wesen des Differenzgeschäfts (BGH, Urteil vom 12. Juni 1978 - II ZR 48/77, WM 1978, 1203 , 1204).

- 16 Daß nur der Beklagte, nicht aber die Klägerin die Absicht hatte, aus den Devisengeschäften Differenzgewinne zu ziehen, während die Klägerin daran vor allem ein Provisionsinteresse hatte, steht der Annahme verdeckter Differenzgeschäfte nicht entgegen. Nach § 764 Satz 2 BGB reicht es aus, daß die Klägerin von der Differenzabsicht des Beklagten Kenntnis hatte oder haben mußte. Ersteres steht hier nach den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts außer Frage. Dieses ist sogar rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, daß sich die Parteien darüber einig waren, daß der Beklagte bei keinem der Geschäfte ernsthaft verpflichtet sein sollte, die Einzelforderungen der Klägerin in Höhe des gesamten Spekulationsvolumens zu erfüllen.
- 17 2. Der Differenzeinwand ist nicht gemäß § 58 Satz 1 BörsG ausgeschlossen. Die Devisengeschäfte der Parteien sind keine Börsentermingeschäfte. Börsentermingeschäfte sind standardisierte Geschäfte, die erst zu einem späteren Zeitpunkt, dem Ende der Laufzeit, zu erfüllen sind und einen Bezug zu einem Terminmarkt haben (BGHZ 92, 317 , 320; Senat BGHZ 142, 345 , 350). Diese Voraussetzungen erfüllen die Devisengeschäfte der Parteien nicht, weil sie nicht zu einem späteren, hinausgeschobenen Zeitpunkt, sondern sofort binnen der für Kassageschäfte üblichen Frist von zwei Tagen (vgl. BGHZ 103, 84 , 87) zu erfüllen waren.
- 18 Die Devisengeschäfte der Parteien können nicht ungeachtet des Fehlens eines hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkts allein aufgrund der mit ihnen verfolgten Spekulationsabsicht und der mit ihnen verbundenen Verlustrisiken als Börsentermingeschäfte angesehen werden (so auch Tilp EWiR 2001, 163 , 164; a.A. Müller-Deku WM 2000, 1029 , 1031 f.). Börsentermingeschäfte sind durch eine spezifische, mit dem hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkt untrennbar verbundene Gefährlichkeit gekennzeichnet. Sie verleiten zur Spekulation auf eine günstige, aber Ungewisse Entwicklung des Marktpreises in der Zukunft, die die Auflösung des Terminengagements ohne Einsatz eigenen Vermögens durch ein gewinnbringendes Gattstellungsgeschäft ermöglichen soll (BGHZ 103, 84 , 88; Senat, Urteil vom 17. Juli 2001 - XI ZR 15/01 , WM 2001, 1714 , 1715, für BGHZ vorgesehen). Das damit verbundene Risiko tritt bei Geschäften, die innerhalb der für Kassageschäfte üblichen Frist von zwei Tagen zu erfüllen sind, allenfalls in geringem Maße auf, selbst wenn diese Geschäfte - wie im vorliegenden Fall - in Spekulationsabsicht und auf Kredit abgeschlossen werden. Daß bei volatilen Märkten und EDV-gestütztem Handeln auch die Ausführungsfrist von zwei Tagen Spekulationsmöglichkeiten eröffnet, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Das in der Literatur in diesem Zusammenhang angesprochene echte Daytrading (Müller-Deku, WM 2000, 1029 , 1032) macht sich nicht die zweitägige Ausführungsfrist

zunutze, sondern Kursschwankungen innerhalb eines Tages und beruht wesentlich darauf, daß eine Veräußerung gekaufter Wertpapiere bereits vor deren Lieferung zugelassen wird.

- 19 Daß der termingeschäftsfähige Beklagte Börsentermingeschäfte verbindlich abschließen, aber gleichwohl die Unverbindlichkeit der Differenzgeschäfte mit der Klägerin geltend machen kann, bedeutet, anders als die Revision meint, keinen nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch, sondern entspricht der eindeutigen Gesetzeslage. § 58 BörsG schließt den Differenzeinwand nur bei hier nicht vorliegenden Börsentermingeschäften aus. Bei anderen Geschäften kann der Einwand aus den §§ 762 , 764 BGB erhoben werden.

III.

- 20 Die Revision der Klägerin war demnach als unbegründet zurückzuweisen.