

Wertpapier-Daytrading, verdeckte Differenz-  
geschäfte, nicht ernst gemeinte  
Kassageschäfte/„Fimatex-Boursorama“

## § 764 BGB a. F. 1/03

BGB a. F. §§ 764, 762; BörsG a. F. §§ 53, 58

KG EWIR § 764 BGB a. F. 1/03, 263 (Reiner)

Leitsatz des Verfassers:

Wertpapiertransaktionen am Kassamarkt sind unverbindliche Differenzgeschäfte, wenn der Käufer keine unbeschränkte Verfügungsbefugnis über die Papiere anstrebt und den Kaufpreis mit dem Erlös aus deren Rückverkauf innerhalb der üblichen zweitägigen Erfüllungsfrist finanzieren will.

KG, Ur. v. 7.5.2002 – 17 U 95/01 (nicht rechtskräftig; LG Berlin), ZIP 2002, 1801

**Kurzkomentar:**

*Günter Reiner, Dr. iur., Privatdozent an der Universität Konstanz*

1. Die Klägerin ist ein französischer Discount-Broker, der seinen Kunden die Real-time-Abwicklung von Wertpapier- und Derivategeschäften anbietet. Der Beklagte hatte dort im Jahr 2000 eine Vielzahl von Wertpapiergeschäften getätigt und dabei auf dem Verrechnungskonto einen negativen Saldo von rund 21 000 € angehäuft. Dessen Ausgleich verlangt die Klägerin. Der Beklagte beruft sich auf den Differenzeinwand sowie darauf, er habe sein Konto nur deshalb überzogen, weil die von der Klägerin zur Verfügung gestellte Trading-Software fälschlicherweise ein ausreichendes Kontoguthaben ausgewiesen habe.

2. Das KG weist die Klage, ohne weiter auf die streitigen Software-Probleme einzugehen, mit dem Argument ab, es handle sich um verdeckte Differenzgeschäfte (§ 764 BGB a. F.), nicht aber um Börsentermingeschäfte (§§ 53, 58 BörsG a. F.). Im Wesentlichen hält sich die Begründung des Gerichts an die Entscheidung BGHZ 149, 294 (= ZIP 2002, 254, dazu EWIR § 764 BGB 1/02, 711 (Balzer); Reiner, ZBB 2002, 211) zum erweiterten (gehebelten) Devisen-Daytrading (Müller-Deku, WM 2000, 1029, 1031 – „Variante II“). Ganze vier Fünftel seiner Entscheidungsgründe übernimmt das KG (fast) wörtlich vom BGH. Dies erstaunt aus zwei Gründen: Zum einen äußert sich der Urteilstatbestand gar nicht zum zeitlichen Anlagehorizont des Beklagten und zum Daytrading-Charakter der betroffenen Wertpapiergeschäfte. Zum anderen würde es, sollte das Beklagtenvorbringen zur fehlerhaften Software zutreffen, am Merkmal des willentlichen Verzichts auf den Einsatz eigenen Kapitals im Einvernehmen mit dem Vertragspartner fehlen. Denkbar wäre dann nur eine zweite Art der Wertpapier- oder Geldkreditierung: die sofortige Verbuchung der gekauften Wertpapiere bzw. – bei Verkäufen – der Entgeltzahlungen zu Gunsten des Kunden noch vor Ablauf der börsenüblichen zweitägigen Erfüllungsfrist (einfaches, „echtes“ (BGH und KG) Daytrading; „Variante I“, Müller-Deku, WM 2000, 1030 f.). Bemerkenswerterweise weicht das KG bei den Ausführungen zu § 764 BGB a. F. ausgerechnet dort von BGHZ 149, 294 ab, wo der BGH den Tenindruck des Anlegers beim erweiterten Daytrading thematisiert. Die Feststellung, der Anleger habe die Kaufpreisansprüche „nur mit dem Erlös aus der von vornherein beabsichtigten Wiederveräußerung“ erfüllen können (BGH, unter II. 1. b.), sucht man beim KG vergebens. Ob sich das einfache Daytrading ebenfalls unter den Differenzeinwand subsumieren lässt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden (ablehnend OLG Karlsruhe 6.2.2002 – 1 U 185/01, BKR 2002, 375,

unter c.). Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision (Az.: XI ZR 212/02) erscheint insofern nachvollziehbar.

3. Mindestens bis zur Beschwerdeentscheidung des BGH lässt sich nicht ausschließen, dass andere Instanzgerichte dem Beispiel des KG folgen und auf eine Unterscheidung zwischen einfachem und erweitertem Daytrading verzichten werden. Das könnte eine Prozessflut auslösen, denn bei den unter Geltung des §764 BGB a.F. abgeschlossenen Transaktionen sind Klagen auf (Rück-)Zahlung verjährungsrechtlich mindestens noch bis Ende 2005 denkbar. Auch für die nach Aufhebung des §764 BGB a.F. abgeschlossenen und binnen zwei Tagen glatt gestellten Wertpapiergeschäfte bleibt die Entscheidung des KG brisant – unter dem Gesichtspunkt des Spieleinwands (§762 BGB), soweit dieser nicht durch §37e WpHG ausgeschlossen wird (hierzu Reiner, ZBB 2002, 216). Weder BGH noch KG stellen klar, ob sie Daytrades dem Satz 1 oder 2 des §764 BGB a.F. zuordnen; sie zitieren beide Vorschriften. Die verwendeten Bezeichnungen „nicht ernst gemeinte Kassageschäfte“ und „verdeckte Differenzgeschäfte“ sowie der angeblich fehlende Bezug „zum tatsächlichen Güterumsatz des Wirtschaftslebens“ sprechen gegen den Umsatzcharakter (zum Begriff Reiner, Derivative Finanzinstrumente im Recht, 2002, S.28) und für eine einvernehmliche Spiel-*causa* i. S. d. echten „Spiele um die Differenz“ (RGZ 117, 267, 269) nach §764 Satz 1 a.F. und §762 BGB (zum deklaratorischen Gehalt des §764 Satz 1 BGB a.F. Reiner, aaO, S.105). Solange die Rechtsprechung den inneren Grund der Unverbindlichkeit des Spielvertrags zu Unrecht (krit. Reiner, aaO, S.136 ff.) in dessen Verwerflichkeit und Gefährlichkeit erblickt, besteht beim Spieleinwand außerdem wie bisher schon beim Differenzeinwand die Gefahr seiner systemwidrigen Instrumentalisierung zum Zwecke des Anlegerschutzes.

4. Die Entscheidung des KG leidet an denselben Widersprüchen wie BGHZ 149, 294 (hierzu Reiner, ZBB 2002, 212 ff.): Es ist inkonsequent, den Parteien im Zusammenhang mit §764 BGB a.F. den Willen zum „effektiven Austausch von Wertpapieren und Kaufpreis“ abzuspochen und der Bank im gleichen Atemzug ein Interesse an der „Sicherung der Kaufpreisansprüche“ zu bescheinigen. Zudem passt es nicht zusammen, den Termincharakter des Daytrading (§53 BörsG a.F.) zu verneinen (krit. auch Müller-Deku, WuB I G 7. – 1.02, S.425 f.), nachdem sein Differenzcharakter aus der Finanzierungsfunktion dieser (spekulativen) Handelstechnik abgeleitet wurde. Denn es ist gerade die Spekulation auf eine „günstige ... Entwicklung des Marktpreises ... ohne Einsatz eigenen Vermögens durch ein gewinnbringendes Glattstellungsgeschäft“, die die „spezifische, mit dem hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkt untrennbar verbundene Gefährlichkeit“ (KG) der Börsentermingeschäfte prägt. Damit zusammenhängend enthält das KG-Urteil – insofern über den BGH hinausgehend – eine weitere Ungereimtheit: Einerseits soll der Anleger keine „unbeschränkte Verfügungsbefugnis über die Waren oder Wertpapiere“ anstreben, was für ein Differenzgeschäft spricht. Andererseits soll es gerade deshalb am Termincharakter fehlen, weil der Beklagte beim Kauf der Wertpapiere „sogleich die Verfügungsmöglichkeit“ erhält. Merkwürdige Folge: Ob ein Wertpapiergeschäft wirksam ist, lässt sich im Zeitpunkt seines Erwerbs noch gar nicht feststellen; es hängt davon ab, ob der Anleger die Papiere binnen zwei Tagen zurückverkauft oder länger behält.