

TE OGH 1998/8/25 1Ob81/98p

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.08.1998

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei, R***** regGenmbH, ***** vertreten durch Dr. Gottfried Wieser, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei Ferdinand S*****, vertreten durch Dr. Malte Berlin, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen S 3,298.326,21 sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 19. November 1997, GZ 2 R 174/97i-47, womit das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 30. Mai 1997, GZ 6 Cg 223/93k-40, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 28.930,49 (darin S 4.821,75 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte war zumindest seit dem Jahre 1984 Kunde bei einer Raiffeisenkasse und deren Angestellten persönlich bekannt. Er unterhielt dort ein Wertpapierkassakonto sowie ein mit Losungswort gesichertes Sparbuch. Auf dem Stammbuch des Wertpapierkassakontos befanden sich der Vermerk "Kunde persönlich bekannt - Deviseninländer" sowie ein Hinweis auf das Sparbuch. In der Folge eröffnete der Beklagte über Vermittlung durch diese Raiffeisenkasse bei der Klägerin ein US-Dollar-Fremdwährungskonto. In dem darauf gerichteten Ersuchen der Raiffeisenkasse wurden der Name des Beklagten, seine Anschrift und seine Eigenschaft als Deviseninländer angeführt. Zumindest seit 1988 unterhielt der Beklagte bei der Raiffeisenkasse ein Girokonto, das seinen Namen und seine Anschrift aufwies sowie ein ebenfalls legitimiertes DM-Fremdwährungskonto.

Der Beklagte hatte sich in den 80er-Jahren im Aktien- und Optionsbereich betätigt. Im Jahr 1989, somit zu einem Zeitpunkt, zu dem er bereits als Wertpapierspezialist bezeichnet werden konnte, las der Beklagte in der "Frankfurter Allgemeinen Zeitung" von Spekulationsmöglichkeiten mit "German Bund Future-Kontrakten". Diese Kontrakte waren erst im Herbst des Vorjahrs an der Liffe in London, einer Börse für Terminkontrakte, eingeführt worden. Es handelte sich um Zinsspekulationen auf eine fiktive Anleihe der Bundesrepublik Deutschland. Die Kontrakte mit einem Nominale von DM 250.000 haben eine Laufzeit von drei Monaten, nach deren Verstreichen eine Anleihe verpflichtend zu übernehmen ist, können jedoch täglich verkauft werden. Gewinne oder Verluste ergeben sich aus der jeweiligen Zinsentwicklung. Für den Fall entstehender Verluste verlangt der Broker einen sogenannten "Einschuß" in Höhe von damals DM 2.500. Sind 75 % des Einschusses verbraucht, ist ein "Nachschuß" zu leisten. Der Beklagte sprach den

Angestellten der Raiffeisenkasse auf diese "German Bund Future-Kontrakte" an. Er erhielt die Auskunft, daß derartige Geschäfte für die Raiffeisenkasse zu risikoreich seien, weshalb sich der Beklagte an die Klägerin wenden müsse. Die Klägerin nahm in der Folge Kontakt mit einem Broker auf und erwarb über diesen im Auftrag des Beklagten im April 1989 die ersten German Bund Future-Kontrakte. Der Beklagte erteilte die jeweiligen Kauf- und Verkaufsaufträge zunächst noch an die Raiffeisenkasse und in der Folge an die Klägerin. Zwischen dem Broker und der Klägerin wurden Erwerb und Verkauf der Kontrakte mit "Customer-Confirmations" bestätigt. Kursanpassungen wurden in Form von Gutschriften oder Zahlungsanweisungen zwischen dem Broker und der Klägerin abgerechnet. Den Geschäften lagen die AGB der österreichischen Kreditunternehmungen idFv 1.10.1979 zugrunde. Gemäß deren Punkt 38 Abs 1 kam es durch die Annahme der Aufträge des Beklagten zum Selbsteintritt der Klägerin, ohne daß es einer ausdrücklichen Anzeige gemäß § 405 HGB bedurft hätte. Zu jeder Kauforder erstellte die Klägerin Abrechnungen und übersandte sie an die Raiffeisenkasse. Über diese erfolgte auch die geldmäßige Abwicklung. Solange Deckung auf dem Sparbuch des Beklagten gegeben war, erfolgten Einschüsse über das Sparbuch, sonst über das Girokonto des Beklagten sowie über dessen DM- oder Dollarkonto. Über ausdrücklichen Wunsch des Beklagten wurde auch dessen Wertpapierkassakonto für diese Geschäfte verwendet. Der Beklagte hatte sich in den 80er-Jahren im Aktien- und Optionsbereich betätigt. Im Jahr 1989, somit zu einem Zeitpunkt, zu dem er bereits als Wertpapierspezialist bezeichnet werden konnte, las der Beklagte in der "Frankfurter Allgemeinen Zeitung" von Spekulationsmöglichkeiten mit "German Bund Future-Kontrakten". Diese Kontrakte waren erst im Herbst des Vorjahrs an der Liffe in London, einer Börse für Terminkontrakte, eingeführt worden. Es handelte sich um Zinsspekulationen auf eine fiktive Anleihe der Bundesrepublik Deutschland. Die Kontrakte mit einem Nominale von DM 250.000 haben eine Laufzeit von drei Monaten, nach deren Verstreichen eine Anleihe verpflichtend zu übernehmen ist, können jedoch täglich verkauft werden. Gewinne oder Verluste ergeben sich aus der jeweiligen Zinsentwicklung. Für den Fall entstehender Verluste verlangt der Broker einen sogenannten "Einschuß" in Höhe von damals DM 2.500. Sind 75 % des Einschusses verbraucht, ist ein "Nachschuß" zu leisten. Der Beklagte sprach den Angestellten der Raiffeisenkasse auf diese "German Bund Future-Kontrakte" an. Er erhielt die Auskunft, daß derartige Geschäfte für die Raiffeisenkasse zu risikoreich seien, weshalb sich der Beklagte an die Klägerin wenden müsse. Die Klägerin nahm in der Folge Kontakt mit einem Broker auf und erwarb über diesen im Auftrag des Beklagten im April 1989 die ersten German Bund Future-Kontrakte. Der Beklagte erteilte die jeweiligen Kauf- und Verkaufsaufträge zunächst noch an die Raiffeisenkasse und in der Folge an die Klägerin. Zwischen dem Broker und der Klägerin wurden Erwerb und Verkauf der Kontrakte mit "Customer-Confirmations" bestätigt. Kursanpassungen wurden in Form von Gutschriften oder Zahlungsanweisungen zwischen dem Broker und der Klägerin abgerechnet. Den Geschäften lagen die AGB der österreichischen Kreditunternehmungen idFv 1.10.1979 zugrunde. Gemäß deren Punkt 38 Absatz eins, kam es durch die Annahme der Aufträge des Beklagten zum Selbsteintritt der Klägerin, ohne daß es einer ausdrücklichen Anzeige gemäß Paragraph 405, HGB bedurft hätte. Zu jeder Kauforder erstellte die Klägerin Abrechnungen und übersandte sie an die Raiffeisenkasse. Über diese erfolgte auch die geldmäßige Abwicklung. Solange Deckung auf dem Sparbuch des Beklagten gegeben war, erfolgten Einschüsse über das Sparbuch, sonst über das Girokonto des Beklagten sowie über dessen DM- oder Dollarkonto. Über ausdrücklichen Wunsch des Beklagten wurde auch dessen Wertpapierkassakonto für diese Geschäfte verwendet.

Die für den Beklagten abgewickelten Kauf- und Verkaufsgeschäfte betreffend die German Bund Future-Kontrakte wurden in der Zeit zwischen 3. 4. 1989 und 11. 5. 1990 durchgeführt. Im Zeitraum vom 13. 4. 1989 bis 19. 2. 1990 ergaben sich Gewinne in der Höhe von insgesamt DM 1.849.080 und zwischen 14. 9. 1989 und 11. 5. 1990 Verluste von insgesamt DM 4.178.700. Mit letztgenanntem Datum wurden die Spekulationsgeschäfte durch einen Angestellten der Klägerin gegen den Willen des Beklagten beendet. Sämtliche Konten des Beklagten wurden kompensiert. Der Beklagte erhoffte eine Sanierung aufgrund eines von ihm erwarteten "Turn around", der sich jedoch erst im Jahre 1994 ergab.

Sämtliche Legitimationsdaten des Beklagten lagen bei der Klägerin auf und waren dieser von Anfang an bekannt. Die Klägerin informierte den Beklagten nicht über eine allfällige devisenrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit der Spekulationsgeschäfte.

Am 13. 4. 1990 gewährte die Klägerin dem Beklagten einen Kredit in der Höhe von insgesamt S 4.700.000 zur Abdeckung der Verluste aus den Spekulationsgeschäften. Der eingeklagte Kreditsaldo wurde unter Berücksichtigung der vereinbarten Zinsen, eines über einen Teilbetrag von S 1.000.000 von der Klägerin gegen den Beklagten erwirkten Versäumungsurteils sowie der liquidierten Sicherungsmittel errechnet.

Mit Schreiben vom 6. 12. 1995 nahm die Österreichische Nationalbank den sich aus der besonderen Organisation der Raiffeisen-Geldorganisation ergebenden Abwicklungsmodus bei Geschäften mit ausländischen Wertpapieren und österreichischen Auslandstiteln im Sinne der Kundmachung DE 10/82 und Geschäften gemäß § 12 DepG mit solchen Werten für Deviseninländer zur Kenntnis und hielt fest, daß die jeweils den inländischen Kunden betreuende örtliche Raiffeisenbank bzw -kasse die Deviseninländereigenschaft nach den geltenden Richtlinien festzustellen und auf den betreffenden Belegen festzuhalten habe. Am 28. 2. 1990 erteilte die Österreichische Nationalbank den Mitgliedsinstituten, die Deviseninländer sind, die allgemeine Bewilligung, entgeltliche Erwerbsgeschäfte in ausländischen Wertpapieren (das sind Aktien und Schuldverreibungen, Anteilscheine an ausländischen Kapitalanlagefonds, ausländische Geldmarktpapiere und Optionsscheine, die Optionen auf ausländische Wertpapiere und Gold verbrieften) und österreichischen Auslandstiteln auch unter Anwendung der Bestimmungen des § 12 DepG durchzuführen, wobei die in der Kundmachung DE 2/90 enthaltenen Bedingungen sinngemäß auf diese Erwerbsgeschäfte und auch auf die Behandlung der anvertrauten Werte (Depotpflicht) Anwendung zu finden haben. Der Erwerb von Optionen auf den An- bzw Verkauf von ausländischen Wertpapieren (puts und calls) war durch diese Bewilligung nicht gedeckt. Schreiben des Beklagten vom Dezember 1990 und 9. 2. 1994 - im letzteren wies er auf die Abwicklung über anonyme Konten hin - übe die Bewilligungsmöglichkeit der Geschäfte mit German Bund Future-Kontrakten wurden von der Österreichischen Nationalbank negativ beantwortet. Aufgrund der Vollliberalisierung des Devisenverkehrs im November 1991 ging man seitens der Österreichischen Nationalbank in weiterer Folge dazu über, alle - auch vor November 1991 abgewickelten - Geschäfte auf Antrag zu genehmigen, sofern sie nicht anonym abgeschlossen worden waren. Aufgrund eines Ersuchens der Klägerin vom 11. 3. 1994, die im Zeitraum vom 3. 4. 1989 bis 31. 12. 1989 von der Klägerin als befugtem Devisenhändler unter Einschaltung eines Maklers abgeschlossenen Transaktionen betreffend den Ankauf und Verkauf von German Bund Future-Kontrakten und Optionen auf diese Kontrakte devisenbehördlich zu genehmigen, erteilte die Österreichische Nationalbank mit Bescheid vom 1. 4. 1994 nachträglich die Bewilligung mit dem Beisatz, daß dieser Bescheid insbesondere im Hinblick auf den Umstand ergehe, daß diese Transaktionen auf legitimierter Basis durchgeführt worden seien. Bezugnehmend auf diesen Bescheid teilte die Klägerin in der Folge mit, die Geschäfte seien im sogenannten "Diskretverfahren" abgewickelt worden, wobei unter Diskretkonten solche zu verstehen seien, die nach außen hin mit einer Pseudobezeichnung geführt würden, jedoch im Innenverhältnis legitimiert seien, wenn der Kunde von Anfang der Geschäfte an namentlich als Inhaber des Wertpapierdepots bekannt gewesen sei und entsprechende Aufträge sowohl bei der Raiffeisenkasse als auch der Klägerin erteilt habe. Die Einschüsse und Gutschriften seien über in diesem Sinne legitimierte teilweise auch über offiziell legitimierte Konten erfolgt. Die Österreichische Nationalbank beantwortete dieses Schreiben dahin, daß die Transaktionen im Sinne der Bestimmungen der Kundmachung DL 2/91, Punkt 8.2, als auf legitimierter Basis abgewickelt anzusehen und somit keine echten Geschäfte im Sinn des § 12 DepG seien. Im Jahr 1989 und den Jahren zuvor waren Banken durch Schreiben der Österreichischen Nationalbank angewiesen worden, mit Ausnahme der § 12 DepG-Geschäfte keine anonymen Geschäfte zu machen. "Legitimiert" im devisenrechtlichen Sinn bedeutet, daß ein einziges Mal Name und Anschrift des Kunden festzuhalten ist, nicht jedoch, daß diese Prüfung auf jedem einzelnen Beleg vermerkt werden muß. Das Fehlen des Vermerks, daß die Deviseninländereigenschaft geprüft wurde, stellt lediglich eine Ordnungswidrigkeit dar, die der bescheidmäßigen Genehmigung nicht entgegensteht. Eine Identitätsprüfung des Kunden kann unterbleiben, wenn der Bankangestellte diesen persönlich kennt. Ein anonymes Geschäft ist nur dann gegeben, wenn keine legitimierten Verrechnungskonten bestehen, sondern gegebenenfalls nur ein Sparbuch und wenn das Bankinstitut keinerlei Aufzeichnungen über Namen und Adresse des Kunden führt. Mit Schreiben vom 6. 12. 1995 nahm die Österreichische Nationalbank den sich aus der besonderen Organisation der Raiffeisen-Geldorganisation ergebenden Abwicklungsmodus bei Geschäften mit ausländischen Wertpapieren und österreichischen Auslandstiteln im Sinne der Kundmachung DE 10/82 und Geschäften gemäß Paragraph 12, DepG mit solchen Werten für Deviseninländer zur Kenntnis und hielt fest, daß die jeweils den inländischen Kunden betreuende örtliche Raiffeisenbank bzw -kasse die Deviseninländereigenschaft nach den geltenden Richtlinien festzustellen und auf den betreffenden Belegen festzuhalten habe. Am 28. 2. 1990 erteilte die Österreichische Nationalbank den Mitgliedsinstituten, die Deviseninländer sind, die allgemeine Bewilligung, entgeltliche Erwerbsgeschäfte in ausländischen Wertpapieren (das sind Aktien und Schuldverreibungen, Anteilscheine an ausländischen Kapitalanlagefonds, ausländische Geldmarktpapiere und Optionsscheine, die Optionen auf ausländische Wertpapiere und Gold verbrieften) und österreichischen Auslandstiteln auch unter Anwendung der Bestimmungen des Paragraph 12, DepG durchzuführen, wobei die in der Kundmachung DE 2/90 enthaltenen Bedingungen sinngemäß auf diese

Erwerbsgeschäfte und auch auf die Behandlung der anvertrauten Werte (Depotpflcht) Anwendung zu finden haben. Der Erwerb von Optionen auf den An- bzw Verkauf von ausländischen Wertpapieren (puts und calls) war durch diese Bewilligung nicht gedeckt. Schreiben des Beklagten vom Dezember 1990 und 9. 2. 1994 - im letzteren wies er auf die Abwicklung über anonyme Konten hin - übe die Bewilligungsmöglichkeit der Geschäfte mit German Bund Future-Kontrakten wurden von der Österreichischen Nationalbank negativ beantwortet. Aufgrund der Volliberalisierung des Devisenverkehrs im November 1991 ging man seitens der Österreichischen Nationalbank in weiterer Folge dazu über, alle - auch vor November 1991 abgewickelten - Geschäfte auf Antrag zu genehmigen, sofern sie nicht anonym abgeschlossen worden waren. Aufgrund eines Ersuchens der Klägerin vom 11. 3. 1994, die im Zeitraum vom 3. 4. 1989 bis 31. 12. 1989 von der Klägerin als befugtem Devisenhändler unter Einschaltung eines Maklers abgeschlossenen Transaktionen betreffend den Ankauf und Verkauf von German Bund Future-Kontrakten und Optionen auf diese Kontrakte devisenbehördlich zu genehmigen, erteilte die Österreichische Nationalbank mit Bescheid vom 1. 4. 1994 nachträglich die Bewilligung mit dem Beisatz, daß dieser Bescheid insbesondere im Hinblick auf den Umstand ergehe, daß diese Transaktionen auf legitimierter Basis durchgeführt worden seien. Bezugnehmend auf diesen Bescheid teilte die Klägerin in der Folge mit, die Geschäfte seien im sogenannten "Diskretverfahren" abgewickelt worden, wobei unter Diskretkonten solche zu verstehen seien, die nach außen hin mit einer Pseudobezeichnung geführt würden, jedoch im Innenverhältnis legitimiert seien, wenn der Kunde von Anfang der Geschäfte an namentlich als Inhaber des Wertpapierdepots bekannt gewesen sei und entsprechende Aufträge sowohl bei der Raiffeisenkasse als auch der Klägerin erteilt habe. Die Einschüsse und Gutschriften seien über in diesem Sinne legitimierte teilweise auch über offiziell legitimierte Konten erfolgt. Die Österreichische Nationalbank beantwortete dieses Schreiben dahin, daß die Transaktionen im Sinne der Bestimmungen der Kundmachung DL 2/91, Punkt 8.2, als auf legitimierter Basis abgewickelt anzusehen und somit keine echten Geschäfte im Sinn des Paragraph 12, DepG seien. Im Jahr 1989 und den Jahren zuvor waren Banken durch Schreiben der Österreichischen Nationalbank angewiesen worden, mit Ausnahme der Paragraph 12, DepG-Geschäfte keine anonymen Geschäfte zu machen. "Legitimiert" im devisenrechtlichen Sinn bedeutet, daß ein einziges Mal Name und Anschrift des Kunden festzuhalten ist, nicht jedoch, daß diese Prüfung auf jedem einzelnen Beleg vermerkt werden muß. Das Fehlen des Vermerks, daß die Deviseninländereigenschaft geprüft wurde, stellt lediglich eine Ordnungswidrigkeit dar, die der bescheidmäßigen Genehmigung nicht entgegensteht. Eine Identitätsprüfung des Kunden kann unterbleiben, wenn der Bankangestellte diesen persönlich kennt. Ein anonymes Geschäft ist nur dann gegeben, wenn keine legitimierten Verrechnungskonten bestehen, sondern gegebenenfalls nur ein Sparbuch und wenn das Bankinstitut keinerlei Aufzeichnungen über Namen und Adresse des Kunden führt.

Die Klägerin ist Devisenhändler und hat eine Devisenhandelsermächtigung.

Mit ihrer am 13. 12. 1993 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte die Klägerin, die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des zum 22. 11. 1993 aushaltenden offenen Saldos aus dem am 13. 4. 1990 zur Verlustabdeckung aus Wertpapierspekulationen gewährten Kredits.

Der Beklagte wendete dagegen ein, das der Kreditgewährung zugrundeliegende Geschäft sei nichtig, weil keine devisenrechtliche Genehmigung für die genehmigungsbedürftigen Finanzterminspekulationen vorgelegen sei. Die Geschäfte seien unter § 14 DevG zu subsumieren und hätten daher einer Bewilligung durch die Österreichische Nationalbank bedurft, gleichgültig ob sie legitimiert oder nicht legitimiert abgewickelt worden seien. Die Geschäfte seien durch die Kundmachung DE 10/89 nicht gedeckt, weil es sich um Terminkontrakte gehandelt habe. Auch habe die Klägerin die Aufträge auf Rechnung des Beklagten erteilt, so daß ein Privater Auftraggeber gewesen sei. Der Bescheid der Österreichischen Nationalbank vom 1. 4. 1994 sei aufgrund falscher Informationen ergangen, weil die Geschäfte in Wahrheit nicht auf legitimeirter Basis geschlossen worden seien. Ein allfälliger Selbsteintritt der Klägerin sei dem Beklagten nie zur Kenntnis gebracht worden, nur zur Umgehung des Devisengesetzes erfolgt und daher nichtig. Der Beklagte sei bei den Gesprächen über die Umänderung der Schuld in Irrtum geführt worden, und die Klägerin sei ihren Sorgfalts- und Aufklärungspflichten nicht nachgekommen, weil sie ihn niemals über die Genehmigungspflicht für diese Geschäfte informiert habe. Der Beklagte habe die Geschäfte unter der ausdrücklichen Bedingung abgeschlossen, daß sie anonym sein sollten, und hätte nicht so gehandelt, wenn er gewußt hätte, daß anonyme Geschäfte nie genehmigungsfähig seien. Wertpapierkassabon und Sparbuch seien ursprünglich anonyme Konten gewesen. Über Vorschlag der Raiffeisenkasse sei ein Dollarkonto "angehängt" worden, ohne dem Beklagten mitzuteilen, daß dadurch die Anonymität verloren gehe. Durch diese Vorgangsweise sei dem Beklagten ein Schaden

entstanden, der erst zu jenem Zeitpunkt eingetreten sei, in dem die Österreichische Nationalbank ihre Rechtsmeinung, wonach German Bund Future-Transaktionen ursprünglich nicht genehmigungsfähig gewesen seien (welche Ansicht zu einem Rückabwicklungsanspruch de Beklagten geführt hätte), geändert habe. Dadurch sei dem Beklagten ein Schade in der Höhe des Rückabwicklungsanspruchs entstanden, der bis zur Höhe der Klagsforderung aufrechnungsweise eingewendet werde. Der Beklagte wendete dagegen ein, das der Kreditgewährung zugrundeliegende Geschäft sei nichtig, weil keine devisenrechtliche Genehmigung für die genehmigungsbedürftigen Finanzterminspekulationen vorgelegen sei. Die Geschäfte seien unter Paragraph 14, DevG zu subsumieren und hätten daher einer Bewilligung durch die Österreichische Nationalbank bedurft, gleichgültig ob sie legitimiert oder nicht legitimiert abgewickelt worden seien. Die Geschäfte seien durch die Kundmachung DE 10/89 nicht gedeckt, weil es sich um Terminkontrakte gehandelt habe. Auch habe die Klägerin die Aufträge auf Rechnung des Beklagten erteilt, so daß ein Privater Auftraggeber gewesen sei. Der Bescheid der Österreichischen Nationalbank vom 1. 4. 1994 sei aufgrund falscher Informationen ergangen, weil die Geschäfte in Wahrheit nicht auf legitimierter Basis geschlossen worden seien. Ein allfälliger Selbsteintritt der Klägerin sei dem Beklagten nie zur Kenntnis gebracht worden, nur zur Umgehung des Devisengesetzes erfolgt und daher nichtig. Der Beklagte sei bei den Gesprächen über die Umänderung der Schuld in Irrtum geführt worden, und die Klägerin sei ihren Sorgfalts- und Aufklärungspflichten nicht nachgekommen, weil sie ihn niemals über die Genehmigungspflicht für diese Geschäfte informiert habe. Der Beklagte habe die Geschäfte unter der ausdrücklichen Bedingung abgeschlossen, daß sie anonym sein sollten, und hätte nicht so gehandelt, wenn er gewußt hätte, daß anonyme Geschäfte nie genehmigungsfähig seien. Wertpapierkassabon und Sparbuch seien ursprünglich anonyme Konten gewesen. Über Vorschlag der Raiffeisenkasse sei ein Dollarkonto "angehängt" worden, ohne dem Beklagten mitzuteilen, daß dadurch die Anonymität verloren gehe. Durch diese Vorgangsweise sei dem Beklagten ein Schaden entstanden, der erst zu jenem Zeitpunkt eingetreten sei, in dem die Österreichische Nationalbank ihre Rechtsmeinung, wonach German Bund Future-Transaktionen ursprünglich nicht genehmigungsfähig gewesen seien (welche Ansicht zu einem Rückabwicklungsanspruch de Beklagten geführt hätte), geändert habe. Dadurch sei dem Beklagten ein Schade in der Höhe des Rückabwicklungsanspruchs entstanden, der bis zur Höhe der Klagsforderung aufrechnungsweise eingewendet werde.

Die Klägerin replizierte, es habe sich bei den Geschäften zwischen den Parteien um nicht genehmigungsbedürftige Transaktionen zwischen Inländern ohne Beteiligung eines Ausländers gehandelt. Eine allenfalls doch erforderliche Genehmigung der Österreichischen Nationalbank sei mit Bescheid vom 1. 4. 1994 erteilt worden. Die Klägerin sei gemäß Art 38 Abs 1 der AGB zum Selbsteintritt in die Geschäfte berechtigt gewesen, den sie auch vorgenommen habe. Die Verluste seien spätestens im April 1990 bekannt gewesen, allfällige Schadenersatzansprüche wegen unterlassener Aufklärung daher verjährt und die Klägerin für die eingewendete Gegenforderung überdies nicht passiv legitimiert. Die Klägerin replizierte, es habe sich bei den Geschäften zwischen den Parteien um nicht genehmigungsbedürftige Transaktionen zwischen Inländern ohne Beteiligung eines Ausländers gehandelt. Eine allenfalls doch erforderliche Genehmigung der Österreichischen Nationalbank sei mit Bescheid vom 1. 4. 1994 erteilt worden. Die Klägerin sei gemäß Artikel 38, Absatz eins, der AGB zum Selbsteintritt in die Geschäfte berechtigt gewesen, den sie auch vorgenommen habe. Die Verluste seien spätestens im April 1990 bekannt gewesen, allfällige Schadenersatzansprüche wegen unterlassener Aufklärung daher verjährt und die Klägerin für die eingewendete Gegenforderung überdies nicht passiv legitimiert.

Das Erstgericht erkannte die Klagsforderung als zu Recht und die eingewendete Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und verurteilte den Beklagten zur Zahlung des Klagsbetrages. Es traf die eingangs in ihren wesentlichen Teilen wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, die Transaktionen seien mit Bescheid der Österreichischen Nationalbank vom 1. 4. 1994 nachträglich genehmigt worden, so daß sich eine Überprüfung der devisenrechtlichen Zulässigkeit erübrige. Die Bewilligung sei gültig, weil die dem Bescheid beigelegte Bedingung - Transaktionen auf legitimierter Basis - erfüllt sei, zumal der Beklagte sowohl der Raiffeisenkasse als auch der Klägerin als Inhaber des Wertpapierdepots bekannt gewesen sei. Die Klägerin habe die Transaktionen gemäß Punkt 38 der AGB im Wege des Selbsteintritts vollzogen, ohne daß es einer ausdrücklichen Anzeige gemäß § 405 HGB bedurft habe. Auf die Frage, ob ein Differenzgeschäft vorliege, sei mangels eines entsprechenden Einwands des Beklagten nicht einzugehen. Ein allfälliger Schadenersatzanspruch wegen Nichtaufklärung des Beklagten über den Verlust der Anonymität des Wertpapierdepots durch das "Anhängen" von Fremdwährungskonten wäre - wenn überhaupt - nicht gegen die Klägerin, sondern die Raiffeisenkasse geltend zu machen. Eine Aufklärung des Beklagten über das Spekulationsrisiko sei angesichts dessen umfangreichen Fachwissens nicht erforderlich

gewesen. Das Erstgericht erkannte die Klagsforderung als zu Recht und die eingewendete Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und verurteilte den Beklagten zur Zahlung des Klagsbetrages. Es traf die eingangs in ihren wesentlichen Teilen wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, die Transaktionen seien mit Bescheid der Österreichischen Nationalbank vom 1. 4. 1994 nachträglich genehmigt worden, so daß sich eine Überprüfung der devisenrechtlichen Zulässigkeit erübrige. Die Bewilligung sei gültig, weil die dem Bescheid beigelegte Bedingung - Transaktionen auf legitimierter Basis - erfüllt sei, zumal der Beklagte sowohl der Raiffeisenkasse als auch der Klägerin als Inhaber des Wertpapierdepots bekannt gewesen sei. Die Klägerin habe die Transaktionen gemäß Punkt 38 der AGB im Wege des Selbsteintritts vollzogen, ohne daß es einer ausdrücklichen Anzeige gemäß Paragraph 405, HGB bedurft habe. Auf die Frage, ob ein Differenzgeschäft vorliege, sei mangels eines entsprechenden Einwands des Beklagten nicht einzugehen. Ein allfälliger Schadenersatzanspruch wegen Nichtaufklärung des Beklagten über den Verlust der Anonymität des Wertpapierdepots durch das "Anhängen" von Fremdwährungskonten wäre - wenn überhaupt - nicht gegen die Klägerin, sondern die Raiffeisenkasse geltend zu machen. Eine Aufklärung des Beklagten über das Spekulationsrisiko sei angesichts dessen umfangreichen Fachwissens nicht erforderlich gewesen.

Das Gericht zweiter Instanz gab der dagegen erhobenen Berufung nicht Folge und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Durch den zwischen den Parteien geschlossenen Kreditvertrag seien die aus den Spekulationsgeschäften entstandenen Verbindlichkeiten des Beklagten noviert worden. Der Neuerungsvertrag setze das Bestehen des abzuändernden Rechtes voraus, widrigenfalls er unwirksam sei. Sei das Grundgeschäft nichtig, treffe dies auch auf die Novation zu. Die Gültigkeit der Kreditforderung hänge daher vom Bestand der ursprünglichen Verbindlichkeit des Beklagten ab. Trotz des spekulativen Charakters der Terminkontrakte brauche auf die Frage, ob es sich dabei um eine gemäß § 1271 ABGB nicht klagbare Spielschuld handle, nicht eingegangen zu werden, weil der Differenzeinwand vom Beklagten weder in erster Instanz noch in der Berufung erhoben worden sei. Auf die Unklagbarkeit einer Schuld sei aber nicht von Amts wegen Bedacht zu nehmen. Darüber hinaus versage § 28 Abs 2 BörseG den Differenzeinwand ganz allgemein dann, wenn es um Optionen oder Finanzterminkontrakte gehe, die an einer anerkannten in- oder ausländischen Wertpapierbörsen gehandelt werden. In diesen Fällen sei daher auch bei außerhalb der Börse geschlossenen Geschäften der Differenzeinwand ausgeschlossen, so daß sich der Kunde der Bank gegenüber nicht darauf berufen könne. Ansprüche aus solchen Differenzgeschäften, bei denen nach § 28 BörseG der Differenzeinwand nicht erhoben werden könne, seien uneingeschränkt klagbar. Dem Beklagten stünde daher der Differenzeinwand selbst für vor dem Inkrafttreten des Börsegesetzes 1989 geschlossene Kontrakte nicht zu, weil es sich bei den German Bund Future-Kontrakten um an einer anerkannten ausländischen Börse zu veröffentlichten Kursen gehandelte Finanzterminkontrakte handle. Das Gericht zweiter Instanz gab der dagegen erhobenen Berufung nicht Folge und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Durch den zwischen den Parteien geschlossenen Kreditvertrag seien die aus den Spekulationsgeschäften entstandenen Verbindlichkeiten des Beklagten noviert worden. Der Neuerungsvertrag setze das Bestehen des abzuändernden Rechtes voraus, widrigenfalls er unwirksam sei. Sei das Grundgeschäft nichtig, treffe dies auch auf die Novation zu. Die Gültigkeit der Kreditforderung hänge daher vom Bestand der ursprünglichen Verbindlichkeit des Beklagten ab. Trotz des spekulativen Charakters der Terminkontrakte brauche auf die Frage, ob es sich dabei um eine gemäß Paragraph 1271, ABGB nicht klagbare Spielschuld handle, nicht eingegangen zu werden, weil der Differenzeinwand vom Beklagten weder in erster Instanz noch in der Berufung erhoben worden sei. Auf die Unklagbarkeit einer Schuld sei aber nicht von Amts wegen Bedacht zu nehmen. Darüber hinaus versage Paragraph 28, Absatz 2, BörseG den Differenzeinwand ganz allgemein dann, wenn es um Optionen oder Finanzterminkontrakte gehe, die an einer anerkannten in- oder ausländischen Wertpapierbörsen gehandelt werden. In diesen Fällen sei daher auch bei außerhalb der Börse geschlossenen Geschäften der Differenzeinwand ausgeschlossen, so daß sich der Kunde der Bank gegenüber nicht darauf berufen könne. Ansprüche aus solchen Differenzgeschäften, bei denen nach Paragraph 28, BörseG der Differenzeinwand nicht erhoben werden könne, seien uneingeschränkt klagbar. Dem Beklagten stünde daher der Differenzeinwand selbst für vor dem Inkrafttreten des Börsegesetzes 1989 geschlossene Kontrakte nicht zu, weil es sich bei den German Bund Future-Kontrakten um an einer anerkannten ausländischen Börse zu veröffentlichten Kursen gehandelte Finanzterminkontrakte handle.

In der Berufung werde nicht mehr in Zweifel gezogen, daß für die in der Zeit von April 1989 bis Dezember 1989 geschlossenen Kontrakte eine nachträgliche devisenbehördliche Genehmigung in Form des Bescheids der Österreichischen Nationalbank vom 1. 4. 1994 vorliege. Richtig sei allerdings, daß sich dieser Bescheid entsprechend dem Ansuchen der Klägerin nicht auf die nach dem 31. 12. 1989 durchgeföhrten Transaktionen beziehe. Allerdings

seien die ab 1. 1. 1990 für den Beklagten durchgeführten Spekulationsgeschäfte durch die Kundmachung der Österreichischen Nationalbank zum Devisengesetz DE 2/90 generell bewilligt worden. Mit der genannten Kundmachung habe die Österreichische Nationalbank die generelle Bewilligung zur Durchführung sämtlicher durch die Vorschriften des Devisengesetzes erfaßter Geschäfte mit den in der Kundmachung angeführten Ausnahmen und Auflagen erteilt. Damit sei der am 1. 2. 1989 eingeleitete devisenrechtliche Liberalisierungsprozeß soweit fortgesetzt worden, daß die verbleibenden devisenrechtlichen Beschränkungen materiell wie formell nur mehr als Ausnahme gelten könnten, wogegen der freie und ungehinderte Zahlungsverkehr mit dem Ausland die Regel darstelle. Ob die vom Beklagten erworbenen Kontrakte Wertpapiere im Sinn des § 7 Abs 2 DevG und damit von den Auflagen der Z 3 Punkt 4.1. der genannten Kundmachung betroffen seien, sei im Verfahren erster Instanz nicht erörtert worden. Wertpapiere im devisenrechtlichen Sinn seien Urkunden, die unmittelbar aus sich heraus ein Recht verkörpern und der Veranlagung dienen. Nach den erstgerichtlichen Feststellungen seien Erwerb bzw Verkauf der Kontrakte zwischen dem Broker und der Klägerin in "Customer Confirmations" bestätigt worden. Daß es sich hiebei um Rechte der Erwerber verbrieftende Urkunden gehandelt habe, sei dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen. Der von der Klägerin vermittelte Ankauf von Kontrakten stelle daher keinen Erwerb ausländischer Wertpapiere im Sinn des § 7 DevG dar, sondern die gemäß § 14 DevG bewilligungspflichtige Übernahme einer sonstigen Geldverpflichtung gegenüber einem Ausländer. Die Übernahme von sonstigen Geldverpflichtungen im Sinn des § 14 Abs 1 dritter Fall DevG umfasse alle Rechtsgeschäfte, deren Abschluß eine Verpflichtung zur künftigen Erbringung einer Geldleistung im Ausland entstehen lasse. Die in Z 1 der Kundmachung DE 2/90 erteilte generelle Bewilligung erfahre bei derartigen Geschäften durch Z 3.5. die dort genannten Einschränkungen. Danach sei unter anderem von der generellen Bewilligung die Übernahme von Geldverpflichtungen gegenüber Ausländern im Zusammenhang mit dem Abschluß von Waretermingeschäften (auch Optionen) mit Ausländern nicht umfaßt. Diese Ausnahme liege hier jedoch nicht vor, weil weder ein Waretermingeschäft noch eine Option darauf Inhalt der vom Beklagten geschlossenen German Bund Future-Kontrakte gewesen sei. Die vom Beklagten am 1. 1. 1990 unter Vermittlung durch die Klägerin geschlossenen Kontrakte hatten daher aufgrund der generellen Bewilligung der Österreichischen Nationalbank nicht der Einzelgenehmigung bedurft. In der Berufung werde nicht mehr in Zweifel gezogen, daß für die in der Zeit von April 1989 bis Dezember 1989 geschlossenen Kontrakte eine nachträgliche devisenbehördliche Genehmigung in Form des Bescheids der Österreichischen Nationalbank vom 1. 4. 1994 vorliege. Richtig sei allerdings, daß sich dieser Bescheid entsprechend dem Ansuchen der Klägerin nicht auf die nach dem 31. 12. 1989 durchgeführten Transaktionen beziehe. Allerdings seien die ab 1. 1. 1990 für den Beklagten durchgeführten Spekulationsgeschäfte durch die Kundmachung der Österreichischen Nationalbank zum Devisengesetz DE 2/90 generell bewilligt worden. Mit der genannten Kundmachung habe die Österreichische Nationalbank die generelle Bewilligung zur Durchführung sämtlicher durch die Vorschriften des Devisengesetzes erfaßter Geschäfte mit den in der Kundmachung angeführten Ausnahmen und Auflagen erteilt. Damit sei der am 1. 2. 1989 eingeleitete devisenrechtliche Liberalisierungsprozeß soweit fortgesetzt worden, daß die verbleibenden devisenrechtlichen Beschränkungen materiell wie formell nur mehr als Ausnahme gelten könnten, wogegen der freie und ungehinderte Zahlungsverkehr mit dem Ausland die Regel darstelle. Ob die vom Beklagten erworbenen Kontrakte Wertpapiere im Sinn des Paragraph 7, Absatz 2, DevG und damit von den Auflagen der Ziffer 3, Punkt 4.1. der genannten Kundmachung betroffen seien, sei im Verfahren erster Instanz nicht erörtert worden. Wertpapiere im devisenrechtlichen Sinn seien Urkunden, die unmittelbar aus sich heraus ein Recht verkörpern und der Veranlagung dienen. Nach den erstgerichtlichen Feststellungen seien Erwerb bzw Verkauf der Kontrakte zwischen dem Broker und der Klägerin in "Customer Confirmations" bestätigt worden. Daß es sich hiebei um Rechte der Erwerber verbrieftende Urkunden gehandelt habe, sei dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen. Der von der Klägerin vermittelte Ankauf von Kontrakten stelle daher keinen Erwerb ausländischer Wertpapiere im Sinn des Paragraph 7, DevG dar, sondern die gemäß Paragraph 14, DevG bewilligungspflichtige Übernahme einer sonstigen Geldverpflichtung gegenüber einem Ausländer. Die Übernahme von sonstigen Geldverpflichtungen im Sinn des Paragraph 14, Absatz eins, dritter Fall DevG umfasse alle Rechtsgeschäfte, deren Abschluß eine Verpflichtung zur künftigen Erbringung einer Geldleistung im Ausland entstehen lasse. Die in Ziffer eins, der Kundmachung DE 2/90 erteilte generelle Bewilligung erfahre bei derartigen Geschäften durch Ziffer 3 Punkt 5, die dort genannten Einschränkungen. Danach sei unter anderem von der generellen Bewilligung die Übernahme von Geldverpflichtungen gegenüber Ausländern im Zusammenhang mit dem Abschluß von Waretermingeschäften (auch Optionen) mit Ausländern nicht umfaßt. Diese Ausnahme liege hier jedoch nicht vor, weil weder ein Waretermingeschäft noch eine Option darauf Inhalt der vom Beklagten geschlossenen German Bund Future-

Kontrakte gewesen sei. Die vom Beklagten am 1. 1. 1990 unter Vermittlung durch die Klägerin geschlossenen Kontrakte hatten daher aufgrund der generellen Bewilligung der Österreichischen Nationalbank nicht der Einzelgenehmigung bedurft.

Rechtliche Beurteilung

Die dagegen erhobene Revision des Beklagten ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Gegenstand der Revisionsausführungen ist ausschließlich die Auslegung der Z 3.5.3. der Kundmachung DE 2/90 der Österreichischen Nationalbank, somit die Lösung der Frage, ob der dort von der generellen Bewilligung ausgenommenen Übernahme von Geldverpflichtungen gegenüber Ausländern im Zusammenhang mit dem Abschluß von Warentermingeschäften (auch Optionen) mit Ausländern auch die hier zu beurteilenden An- und Verkäufe von German Bund Future-Kontrakte zu unterstellen sind. Zu den Fragen der Novation und der Abhängigkeit der neuen Verbindlichkeit vom Bestand der alten Schuld (vgl hiezu ZfRV 1979, 200; MietSlg 42.295; Ertl in Rummel ABGB2 Rz 2 zu § 1377) kann daher auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Gegenstand der Revisionsausführungen ist ausschließlich die Auslegung der Ziffer 3 Punkt 5 Punkt 3, der Kundmachung DE 2/90 der Österreichischen Nationalbank, somit die Lösung der Frage, ob der dort von der generellen Bewilligung ausgenommenen Übernahme von Geldverpflichtungen gegenüber Ausländern im Zusammenhang mit dem Abschluß von Warentermingeschäften (auch Optionen) mit Ausländern auch die hier zu beurteilenden An- und Verkäufe von German Bund Future-Kontrakte zu unterstellen sind. Zu den Fragen der Novation und der Abhängigkeit der neuen Verbindlichkeit vom Bestand der alten Schuld vergleiche hiezu ZfRV 1979, 200; MietSlg 42.295; Ertl in Rummel ABGB2 Rz 2 zu Paragraph 1377,) kann daher auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Dagegen ist auf die Bestimmung des § 1271 letzter Satz ABGB, nach der Verbindlichkeiten aus Wette und Spiel gerichtlich nicht gefordert werden können, einzugehen. Das Berufungsgericht vertritt dazu ebenso wie das Erstgericht unter Berufung auf GIU 262 und Binder (in Schwimann, ABGB2 Rz 1 zu § 1271) die Ansicht, auf die Unklagbarkeit der Schuld sei nicht von Amts wegen Bedacht zu nehmen. Diese Auffassung wird jedoch - worauf auch Binder eigens hinweist - von Wolff (in Klang2 V 990) und Krejci (in Rummel, ABGB2 Rz 77 zu §§ 1267 bis 1274) nicht geteilt. Diesen Autoren folgend hat der Oberste Gerichtshof in JBI 1998, 60 ausgesprochen, daß die Unklagbarkeit von Spiel- und Wettschulden von Amts wegen wahrzunehmen sei. Dagegen ist auf die Bestimmung des Paragraph 1271, letzter Satz ABGB, nach der Verbindlichkeiten aus Wette und Spiel gerichtlich nicht gefordert werden können, einzugehen. Das Berufungsgericht vertritt dazu ebenso wie das Erstgericht unter Berufung auf GIU 262 und Binder (in Schwimann, ABGB2 Rz 1 zu Paragraph 1271,) die Ansicht, auf die Unklagbarkeit der Schuld sei nicht von Amts wegen Bedacht zu nehmen. Diese Auffassung wird jedoch - worauf auch Binder eigens hinweist - von Wolff (in Klang2 römisch fünf 990) und Krejci (in Rummel, ABGB2 Rz 77 zu Paragraphen 1267 bis 1274) nicht geteilt. Diesen Autoren folgend hat der Oberste Gerichtshof in JBI 1998, 60 ausgesprochen, daß die Unklagbarkeit von Spiel- und Wettschulden von Amts wegen wahrzunehmen sei.

Zu dieser Frage muß hier aus den nachstehend angeführten Erwägungen nicht abschließend Stellung genommen werden. Es ist aber doch anzumerken, daß die allgemein als Belegstelle für die Wahrnehmung der Unklagbarkeit nur auf Einrede zitierte Entscheidung GIU 262 diese Aussage nicht trifft, sondern lediglich die Zurückweisung der Klage ausschließt, weil "nur die in § 2 CPO bezeichneten, bei Gericht angebrachten Gesuche sogleich zurückgewiesen werden können". § 2 der "Provisorischen Civil-Prozeß-Ordnung für Ungarn, Croatiens, Slavonien, die serbische Woiwodschaft und das Temeser Banat" (vgl GIU, Bd I, 540) ordnete die sofortige amtswegige Zurückweisung von Gesuchen aber nur wegen Vorliegens der dort genannten Prozeßhindernisse (Unzulässigkeit des Rechtswegs, Unzuständigkeit, vorgeschriebenes vorausgehendes Verfahren, zB Strafprozeß, mangelnde Vertretung bzw Formmängel nach Verbesserungsversuch) an. Zu dieser Frage muß hier aus den nachstehend angeführten Erwägungen nicht abschließend Stellung genommen werden. Es ist aber doch anzumerken, daß die allgemein als Belegstelle für die Wahrnehmung der Unklagbarkeit nur auf Einrede zitierte Entscheidung GIU 262 diese Aussage nicht trifft, sondern lediglich die Zurückweisung der Klage ausschließt, weil "nur die in Paragraph 2, CPO bezeichneten, bei Gericht angebrachten Gesuche sogleich zurückgewiesen werden können". Paragraph 2, der "Provisorischen Civil-Prozeß-Ordnung für Ungarn, Croatiens, Slavonien, die serbische Woiwodschaft und das Temeser Banat" vergleiche GIU, Bd römisch eins, 540 ordnete die sofortige amtswegige Zurückweisung von Gesuchen aber nur wegen Vorliegens der dort genannten Prozeßhindernisse (Unzulässigkeit des Rechtswegs, Unzuständigkeit, vorgeschriebenes

vorausgehendes Verfahren, zB Strafprozeß, mangelnde Vertretung bzw Formmängel nach Verbesserungsversuch) an.

Wie im einzelnen noch darzustellen sein wird, sind die hier zu beurteilenden Finanzterminkontrakte Differenzgeschäfte, weil der dem anderen Teil erkennbare Verrtagszweck nicht in der Lieferung von Waren oder Wertpapieren besteht, sondern darin, die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem Kurs des Liefertags zu erlangen bzw zu bezahlen (Koch, Der Differenzeinwand nach dem neuen Börsengesetz, ÖBA 1990, 24 mwN; Hammerer, Der Differenzeinwand bei Spekulationsgeschäften ÖBA 1997, 415, 416 mwN). Derartige Differenzgeschäfte sind grundsätzlich als Spiel oder Wette im Sinne des § 1271 ABGB zu qualifizieren (Art XXIX Abs 1 EGEO; EvBl 1983/142). Ansprüche aus Differenzgeschäften sind jedoch dann klagbar, wenn sie unter die Bestimmung des § 28 des Börsegesetzes 1989 (BörseG) fallen (Krejci aaO Rz 69). Nach dessen Abs 2 ist, wenn an einer anerkannten in- oder ausländischen Wertpapierbörsen Optionen und Finanzterminkontrakte gehandelt und dafür Kurse veröffentlicht werden, der Einwand von Spiel und Wette bei Rechtsstreitigkeiten aus diesen Geschäften von wem auch immer unzulässig. Wie im einzelnen noch darzustellen sein wird, sind die hier zu beurteilenden Finanzterminkontrakte Differenzgeschäfte, weil der dem anderen Teil erkennbare Verrtagszweck nicht in der Lieferung von Waren oder Wertpapieren besteht, sondern darin, die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem Kurs des Liefertags zu erlangen bzw zu bezahlen (Koch, Der Differenzeinwand nach dem neuen Börsengesetz, ÖBA 1990, 24 mwN; Hammerer, Der Differenzeinwand bei Spekulationsgeschäften ÖBA 1997, 415, 416 mwN). Derartige Differenzgeschäfte sind grundsätzlich als Spiel oder Wette im Sinne des Paragraph 1271, ABGB zu qualifizieren (Art römisch XXIX Absatz eins, EGEO; EvBl 1983/142). Ansprüche aus Differenzgeschäften sind jedoch dann klagbar, wenn sie unter die Bestimmung des Paragraph 28, des Börsegesetzes 1989 (BörseG) fallen (Krejci aaO Rz 69). Nach dessen Absatz 2, ist, wenn an einer anerkannten in- oder ausländischen Wertpapierbörsen Optionen und Finanzterminkontrakte gehandelt und dafür Kurse veröffentlicht werden, der Einwand von Spiel und Wette bei Rechtsstreitigkeiten aus diesen Geschäften von wem auch immer unzulässig.

Das Börsegesetz 1989 ist seinem Abschnitt IV zufolge am 1. 12. 1989 in Kraft getreten. Gemäß 5 ABGB wirken Gesetze nicht zurück. Durch die Gesetzesänderung werden Tatbestände nicht erfaßt, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes verwirklicht wurden. Soweit es sich um Dauertatbestände handelt, ist der in den Zeitraum der Herrschaft der neuen Rechtsnorm herüberreichende Abschnitt des Dauertatbestands nach den Vorschriften des neuen Gesetzes zu beurteilen, falls nicht Übergangsbestimmungen etwas anderes anordnen (SZ 69/186; SZ 69/241 mwH). Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung kann - entgegen dem Berufungsgericht - nicht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe die in § 28 BörseG genannten Geschäfte unabhängig vom Abschlußdatum immer dann dem Differenzeinwand entziehen wollen, wenn nur der Rechtsstreit im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes anhängig war. Vielmehr stellt diese Bestimmung ausschließlich auf die Qualität des dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Geschäfts ab (vgl Göth ÖTOP-Indexoptionsgeschäfte aus der Sicht des § 33 TP 17 GebG; zugleich ein Beitrag zur zivilrechtlichen Natur des Differenzgeschäfts, ÖBA 1992, 701, 708 f), so daß auch nur dessen Abschluß für die Anwendbarkeit des Gesetzes von Bedeutung sein kann. Das Börsegesetz 1989 ist seinem Abschnitt römisch IV zufolge am 1. 12. 1989 in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 5, ABGB wirken Gesetze nicht zurück. Durch die Gesetzesänderung werden Tatbestände nicht erfaßt, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes verwirklicht wurden. Soweit es sich um Dauertatbestände handelt, ist der in den Zeitraum der Herrschaft der neuen Rechtsnorm herüberreichende Abschnitt des Dauertatbestands nach den Vorschriften des neuen Gesetzes zu beurteilen, falls nicht Übergangsbestimmungen etwas anderes anordnen (SZ 69/186; SZ 69/241 mwH). Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung kann - entgegen dem Berufungsgericht - nicht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe die in Paragraph 28, BörseG genannten Geschäfte unabhängig vom Abschlußdatum immer dann dem Differenzeinwand entziehen wollen, wenn nur der Rechtsstreit im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes anhängig war. Vielmehr stellt diese Bestimmung ausschließlich auf die Qualität des dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Geschäfts ab vergleiche Göth ÖTOP-Indexoptionsgeschäfte aus der Sicht des Paragraph 33, TP 17 GebG; zugleich ein Beitrag zur zivilrechtlichen Natur des Differenzgeschäfts, ÖBA 1992, 701, 708 f), so daß auch nur dessen Abschluß für die Anwendbarkeit des Gesetzes von Bedeutung sein kann.

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen haben die mehrfach beschriebenen Spekulationsgeschäfte des Beklagten zwar vom 13. 4. 1989 bis 19. 2. 1990 Gewinne erbracht, jedoch - teilweise überschneidend - vom 14. 9. 1989 bis 11. 5. 1990 auch namhafte Verluste verursacht. Inwieweit für den hier maßgeblichen Zeitraum vom 14. 9. 1989 bis 30. 11. 1989 Verluste durch die vorhergehenden Gewinne oder Einschüsse zur Gänze abgedeckt waren, ist nicht

festgestellt, weshalb auch nicht beurteilt werden kann, ob die Verträge im Sinne des § 1271 zweiter Halbsatz ABGB schon wegen wirklicher Entrichtung oder Hinterlegung des Preises verbindlich sind. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen haben die mehrfach beschriebenen Spekulationsgeschäfte des Beklagten zwar vom 13. 4. 1989 bis 19. 2. 1990 Gewinne erbracht, jedoch - teilweise überschneidend - vom 14. 9. 1989 bis 11. 5. 1990 auch namhafte Verluste verursacht. Inwieweit für den hier maßgeblichen Zeitraum vom 14. 9. 1989 bis 30. 11. 1989 Verluste durch die vorhergehenden Gewinne oder Einschüsse zur Gänze abgedeckt waren, ist nicht festgestellt, weshalb auch nicht beurteilt werden kann, ob die Verträge im Sinne des Paragraph 1271, zweiter Halbsatz ABGB schon wegen wirklicher Entrichtung oder Hinterlegung des Preises verbindlich sind.

Einer abschließenden Klärung dieser Frage bedarf es jedoch nicht, weil ungeachtet der tatsächlichen Zahlung oder Hinterlegung des Preises für den Zeitraum vor Inkrafttreten des Börsegesetzes 1989 von der Wirksamkeit der Kreditgewährung zugrundeliegenden Geschäfte auszugehen ist:

Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung SZ 69/261 auf die Lehre (Seibert in RGRK12 Rz 6 zu § 764 BGB; Pecher in MünchKomm2 Rz 4 zu § 764 BGB) und Rechtsprechung (BGHZ 58/1) in der Bundesrepublik Deutschland verwiesen, wonach bei solchen Differenzgeschäften, die den Bedürfnissen eines gesunden Geschäftsverkehrs dienen (zB bei den "Hedge-Geschäften", die wirtschaftliche Absicherungsmaßnahmen darstellen), die erfolgreiche Erhebung des Differenzeinwands verwehrt bleibt (vgl dazu auch Göth aaO 708). Wegen des völlig anders gelagerten Sachverhalts hatte der erkennende Senat die von ihm als beachtlich bezeichneten Argumente im Schrifttum dort nicht abschließend zu beurteilen. Nunmehr ist es aber doch erforderlich, auch zu dieser Frage Stellung zu nehmen, weil die vom Beklagten abgeschlossenen Geschäfte im Ergebnis der Absicherung Dritter gegen das Risiko von Zinsschwankungen dienten, stellt sich doch gerade der Terminkontrakt als besonders effizientes Instrument der Risikoabsicherung dar (Uhlir, Financial Futures im Brennpunkt, ÖBA 1992, 342). In Anbetracht der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung, die die neuen Finanzinstrumente in kurzer Zeit erlangt haben (vgl RV zum Börsegesetz 1989, 17.GP BlgNR 1049, 30 f), erscheint die durch EvBl 1983/142 eingeleitete Rechtsprechung, nach der alle Geschäfte, die unter den dem Sprachgebrauch zu entnehmenden Begriff eines Differenzgeschäfts fallen, den für Spiel und Wette geltenden Rechtsregeln unterliegen, überholt und kann daher vom erkennenden Senat zumindest für den knapp vor dem Inkrafttreten des Börsegesetzes 1989 liegenden Zeitraum und für die in seinem § 28 Abs 2 genannten Kontrakte nicht aufrechterhalten werden. Der Schutzzweck der Bestimmungen der §§ 1270 ff ABGB ist dahin einzuschränken, daß nur Geschäften ohne wirtschaftliche Berechtigung, die somit als "Wette" oder "Spiel" ausschließlich zum Zweck der Kursspekulation geschlossen werden, die gerichtliche Durchsetzbarkeit verwehrt bleiben soll (vgl Göth aaO 707; Oppitz, Der Differenzeinwand bei Swapverträgen, ÖBA 1991, 782, 788 f). Daß unter diesem Gesichtspunkt nicht nur jener Teil des Geschäfts privilegiert sein kann, der unmittelbar dem wirtschaftlich gerechtfertigten Sicherungszweck dient (wie dies Gegenstand der Entscheidung BGHZ 58,1 war), ergibt sich aus der engen Verbindung des Absicherungs- mit dem Spekulationsgeschäft: Während der "Hedger" das Risiko künftiger Preisschwankungen durch Abkopplung vom Effektivgeschäft auf andere Marktteilnehmer abwälzt und dadurch vermeidet, übernimmt der "Trader" dieses Risiko mit der Erwartung Gewinne zu erzielen. Die Existenz der Trader ist aber Voraussetzung dafür, daß der Risikotransfer reibungslos erfolgen kann. Sie bilden die Marktgegenseite zu jenen, die hedgen, und gewährleisten durch ihr hohes Transaktionsvolumen die erforderliche Liquidität. (Uhlir aaO 344). Die erwünschte Absicherung gegen Zins- oder Kursschwankungen erfordert daher nicht nur das Vorhandensein von Hedgern, sondern zwingend auch die Existenz von Tradern, weil nur deren Nachfrage die von den Hedgern erwünschte Absicherung herbeiführen kann. Für beide Gruppen von Marktteilnehmern ist daher der wirtschaftliche Hintergrund ihres Geschäfts die von weiten Wirtschaftskreisen gewünschte, aber auch von der Rechtsordnung nicht verpönte Absicherung von Veranlagungen. Demgemäß hat daher auch das Börsegesetz 1989 in seinem § 28 Abs 2 eine Unterscheidung nicht getroffen, sondern Optionen und Finanzterminkontrakte unterschiedslos von dem "von wem auch immer" erhobenen Einwand, es liege Spiel oder Wette vor, ausgenommen. Auch jenem Teil des von der Klägerin gewährten Kredits, der möglicherweise zur Abdeckung von Verlusten verwendet wurde, die vor dem Inkrafttreten des Börsegesetzes 1989 entstanden, kann daher die Klagbarkeit nicht versagt werden. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung SZ 69/261 auf die Lehre (Seibert in RGRK12 Rz 6 zu Paragraph 764, BGB; Pecher in MünchKomm2 Rz 4 zu Paragraph 764, BGB) und Rechtsprechung (BGHZ 58/1) in der Bundesrepublik Deutschland verwiesen, wonach bei solchen Differenzgeschäften, die den Bedürfnissen eines gesunden Geschäftsverkehrs dienen (zB bei den "Hedge-Geschäften", die wirtschaftliche Absicherungsmaßnahmen darstellen), die erfolgreiche Erhebung des Differenzeinwands verwehrt bleibt vergleiche dazu auch Göth aaO 708). Wegen des völlig anders gelagerten

Sachverhalts hatte der erkennende Senat die von ihm als beachtlich bezeichneten Argumente im Schrifttum dort nicht abschließend zu beurteilen. Nunmehr ist es aber doch erforderlich, auch zu dieser Frage Stellung zu nehmen, weil die vom Beklagten abgeschlossenen Geschäfte im Ergebnis der Absicherung Dritter gegen das Risiko von Zinsschwankungen dienten, stellt sich doch gerade der Terminkontrakt als besonders effizientes Instrument der Risikoabsicherung dar (Uhlir, Financial Futures im Brennpunkt, ÖBA 1992, 342). In Anbetracht der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung, die die neuen Finanzinstrumente in kurzer Zeit erlangt haben vergleiche RV zum Börsegesetz 1989, 17.GP BlgNR 1049, 30 f), erscheint die durch EvBl 1983/142 eingeleitete Rechtsprechung, nach der alle Geschäfte, die unter den dem Sprachgebrauch zu entnehmenden Begriff eines Differenzgeschäfts fallen, den für Spiel und Wette geltenden Rechtsregeln unterliegen, überholt und kann daher vom erkennenden Senat zumindest für den knapp vor dem Inkrafttreten des Börsegesetzes 1989 liegenden Zeitraum und für die in seinem Paragraph 28, Absatz 2, genannten Kontrakte nicht aufrechterhalten werden. Der Schutzzweck der Bestimmungen der Paragraphen 1270, ff ABGB ist dahin einzuschränken, daß nur Geschäften ohne wirtschaftliche Berechtigung, die somit als "Wette" oder "Spiel" ausschließlich zum Zweck der Kursspekulation geschlossen werden, die gerichtliche Durchsetzbarkeit verwehrt bleiben soll vergleiche Göth aaO 707; Oppitz, Der Differenzeinwand bei Swapverträgen, ÖBA 1991, 782, 788 f). Daß unter diesem Gesichtspunkt nicht nur jener Teil des Geschäfts privilegiert sein kann, der unmittelbar dem wirtschaftlich gerechtfertigten Sicherungszweck dient (wie dies Gegenstand der Entscheidung BGHZ 58,1 war), ergibt sich aus der engen Verbindung des Absicherungs- mit dem Spekulationsgeschäft: Während der "Hedger" das Risiko künftiger Preisschwankungen durch Abkopplung vom Effektivgeschäft auf andere Marktteilnehmer abwälzt und dadurch vermeidet, übernimmt der "Trader" dieses Risiko mit der Erwartung Gewinne zu erzielen. Die Existenz der Trader ist aber Voraussetzung dafür, daß der Risikotransfer reibungslos erfolgen kann. Sie bilden die Marktgegenseite zu jenen, die hedgen, und gewährleisten durch ihr hohes Transaktionsvolumen die erforderliche Liquidität. (Uhlir aaO 344). Die erwünschte Absicherung gegen Zins- oder Kursschwankungen erfordert daher nicht nur das Vorhandensein von Hedgern, sondern zwingend auch die Existenz von Tradern, weil nur deren Nachfrage die von den Hedgern erwünschte Absicherung herbeiführen kann. Für beide Gruppen von Marktteilnehmern ist daher der wirtschaftliche Hintergrund ihres Geschäfts die von weiten Wirtschaftskreisen gewünschte, aber auch von der Rechtsordnung nicht verpönte Absicherung von Veranlagungen. Demgemäß hat daher auch das Börsegesetz 1989 in seinem Paragraph 28, Absatz 2, eine Unterscheidung nicht getroffen, sondern Optionen und Finanzterminkontrakte unterschiedslos von dem "von wem auch immer" erhobenen Einwand, es liege Spiel oder Wette vor, ausgenommen. Auch jenem Teil des von der Klägerin gewährten Kredits, der möglicherweise zur Abdeckung von Verlusten verwendet wurde, die vor dem Inkrafttreten des Börsegesetzes 1989 entstanden, kann daher die Klagbarkeit nicht versagt werden.

Im Rechtsmittelverfahren ist nicht mehr strittig, daß die Österreichische Nationalbank mit Bescheid vom 1. 4. 1994 sämtliche von der Klägerin für den Beklagten in der Zeit vom 3. 4. 1989 bis 31. 12. 1989 mit German Bund Future-Kontrakten durchgeführten Geschäfte nachträglich genehmigt hat (vgl hiezu EvBl 1991/78). Fraglich ist lediglich, ob für den daran anschließenden Zeitraum eine Bewilligung nicht mehr erforderlich war, weil die Vorgänge von der generellen Bewilligung aufgrund der Kundmachung der Österreichischen Nationalbank DE 2/90, die mit 1.1.1990 in Kraft getreten ist (Kundmachung DE 1/90), umfaßt waren. Diese Vorfrage der devisenrechtlichen Zulässigkeit des dem Klagebegehren zugrundeliegenden Geschäfts ist vom Gericht selbständig zu prüfen (EvBl 1976/101; ZfRV 1983, 210). Im Rechtsmittelverfahren ist nicht mehr strittig, daß die Österreichische Nationalbank mit Bescheid vom 1. 4. 1994 sämtliche von der Klägerin für den Beklagten in der Zeit vom 3. 4. 1989 bis 31. 12. 1989 mit German Bund Future-Kontrakten durchgeführten Geschäfte nachträglich genehmigt hat vergleiche hiezu EvBl 1991/78). Fraglich ist lediglich, ob für den daran anschließenden Zeitraum eine Bewilligung nicht mehr erforderlich war, weil die Vorgänge von der generellen Bewilligung aufgrund der Kundmachung der Österreichischen Nationalbank DE 2/90, die mit 1.1.1990 in Kraft getreten ist (Kundmachung DE 1/90), umfaßt waren. Diese Vorfrage der devisenrechtlichen Zulässigkeit des dem Klagebegehren zugrundeliegenden Geschäfts ist vom Gericht selbständig zu prüfen (EvBl 1976/101; ZfRV 1983, 210).

Gemäß Z 1. der Kundmachung DE 2/90 erteilte die Österreichische Nationalbank die generelle Bewilligung zur Durchführung sämtlicher Geschäfte, die durch die Vorschriften des Devisengesetzes erfaßt sind. Diese generelle Bewilligung erging mit der Auflage, daß die in den Kundmachungen enthaltenen Meldeverpflichtungen eingehalten werden, weiters unter der Bedingung, daß unbare Zahlungen durch Inländer an Ausländer oder durch Ausländer an Inländer unter Einschaltung einer hiezu autorisierten inländischen Bank (Devisenhändler oder Wechselstube) vorgenommen werden. Die Ziffern 2 bis 5 der Verordnung enthalten Beschränkungen der in Z 1 angeordneten

generellen Bewilligung, wobei die Z 3.4. ausländische Wertpapiere und österreichische Auslandstitel behandelt, die Z 3.5. Kreditgeschäfte und sonstige Geldverpflichtungen. Gemäß Ziffer eins, der Kundmachung DE 2/90 erteilte die Österreichische Nationalbank die generelle Bewilligung zur Durchführung sämtlicher Geschäfte, die durch die Vorschriften des Devisengesetzes erfaßt sind. Diese generelle Bewilligung erging mit der Auflage, daß die in den Kundmachungen enthaltenen Meldeverpflichtungen eingehalten werden, weiters unter der Bedingung, daß unbare Zahlungen durch Inländer an Ausländer oder durch Ausländer an Inländer unter Einschaltung einer hiezu autorisierten inländischen Bank (Devisenhändler oder Wechselstube) vorgenommen werden. Die Ziffern 2 bis 5 der Verordnung enthalten Beschränkungen der in Ziffer eins, angeordneten generellen Bewilligung, wobei die Ziffer 3 Punkt 4, ausländische Wertpapiere und österreichische Auslandstitel behandelt, die Ziffer 3 Punkt 5, Kreditgeschäfte und sonstige Geldverpflichtungen.

Der Revisionswerber bezweifelt nicht mehr die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die German Bund Future-Kontrakte seien keine ausländischen Wertpapiere im Sinn des § 7 DevG und der Z 3.4. der Kundmachung DE 2/90. Es reicht daher gemäß § 510 Abs 3 ZPO aus, auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts zu verweisen und hervorzuheben, daß Wertpapiere im devisenrechtlichen Sinn Urkunden sind, die unmittelbar aus sich heraus ein Recht verkörpern und der Veranlagung dienen (Schwarz/List, Das österreichische Devisenrecht2, 36). Nach den Feststellungen der Vorinstanzen wurden keine Rechte verbriefende Urkunden ausgestellt, sondern lediglich der Erwerb und Verkauf der Kontrakte zwischen dem Broker und der Klägerin durch "Customer-Confirmations" bestätigt. Gerade im Finanztermingeschäft wird aus steuerlichen Gründen die Ausstellung von Urkunden weitestgehend vermieden (vgl Göth, aaO 714) und werden die Handelsdaten zwischen der Clearingstelle und den teilnehmenden Banken über Datenleitungen ausgetauscht und auf den Bildschirmen der Computersysteme abgebildet (Göth, BMF nimmt zu verkehrssteuerlichen Fragen Stellung, Differenzgeschäfte unterliegen nicht der Börsenumsatzsteuer, SWK 1993, A 449, 451 f). Der Revisionswerber bezweifelt nicht mehr die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die German Bund Future-Kontrakte seien keine ausländischen Wertpapiere im Sinn des Paragraph 7, DevG und der Ziffer 3 Punkt 4, der Kundmachung DE 2/90. Es reicht daher gemäß Paragraph 510, Absatz 3, ZPO aus, auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts zu verweisen.

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at