

„Spielerische Differenzen“

Fallbesprechung 31.10.2008

PD Dr. Alexander Schall, MJur
(Oxford)

Sachverhalt (Kurzfassung)

Konditor S nimmt bei der Bank B Kredit auf, um vermittels der B bestimmte **Börsentermingeschäfte** mit Waren und Aktien zu tätigen. Nach erheblichen Verlusten kündigt B den Kredit und verlangt Rückzahlung von 200.000 CHF. S verteidigt sich mit Art 513 Abs. 2 OR. Zu Recht?

Vorüberlegungen

I. Grundtypen Derivate

- Terminkontrakte (*futures*)
 - (Ver)Kauf von Basiswert zu fixem Preis in Zukunft
- Optionen (*traded options*)
 - Kauf des Rechts auf Lieferung/Abgabe von Basiswert zu fixem Preis in Zukunft

II. Wirtschaftlicher Sinn

Klassisch:

- Absicherung gegen Risiken künftiger Entwicklung (hedging)
z.B. bei Wechselkursen, Rohstoffen
- Verbesserte Planbarkeit

Heute aber auch:

- Ausgeklügelte Investmentstrategien
- Risikoverlagerung, „Markt für Risiken“

III. Gefahren von Derivaten

- Einsatz zu reiner Spekulation
(z.B. Fußball-WM Bonus Coupon;
Société Générale)
- Leverage-Effekt
- Komplexität führt zu
Unüberschaubarkeit der Risiken

IV. Welche Verträge sind im „Spiel“?

- **Darlehen** der **B** an **S** (Art. 312 OR)
- **Kommission** des **S** an **B** (Art. 425 OR)
- Termingeschäfte (= **Kaufverträge**, Art. 184 OR) der **B** mit anderen Börsenteilnehmern (für Rechnung des **S**, Art. 431 OR)

V. Auf welche Verträge zielt der Differenzeinwand?

- Darlehen
 - Wortlaut?
 - (+) Gleichstellung Spiel – Differenzgeschäft
- Die einzelnen Termingeschäfte
 - (-) werden von B, nicht von K getätigt
- Kommission
 - Erstreckung auf Hilfsgeschäfte?
 - Wirkung des Selbsteintrittsrechts (Art. 436)?
 - wohl (-)

Falllösung: Art. 513 OR

- 1: Aus Spiel und Wette entsteht keine Forderung
- 2: Dasselbe gilt von Darlehen und Vorschüssen, die wissentlich zum Behufe des Spieles oder der Wette gemacht werden, sowie von Differenzgeschäften und solchen Lieferungs-
geschäften über Waren und Börsenpapiere, die den Charakter eines Spieles oder einer Wette haben

I. Zweck des Art. 513 OR

Indifferenz des Gesetzes zum Spiel, da

- Risiken künstlich geschaffen werden
- Rechtsgeschäfte missbilligt werden, denen ein wirtschaftlicher oder ernsthafter sittlicher Zweck abgeht
- Verlierer vor Folgen seines wirtschaftlich sinnlosen Tuns zu schützen

II. Eingreifen von Art. 513 Abs. 2 ?

- Erfasst nicht alle Börsentermingeschäfte,
- sondern nur bei **aleatorischen Charakter**
 - **Spekulationscharakter** muss überwiegen
 - **Spielabsicht + leichte Erkennbarkeit erforderlich**
- Hintergrund: **Abgrenzung** sinnvoller von missbilligter reiner Spekulation (Normzweck!) sowie **Verkehrsschutz**

III. Indizien für Spielabsicht

- Grundsatz: Vermutung, Termingeschäft sei nicht in Spielabsicht geschlossen (Zobl/Kramer, Rn. 562)
- Widerlegung (enge Voraussetzungen)
 - Planlosigkeit der Geschäftsschlüsse
 - Missverhältnis zwischen Risiko und Mitteln
 - Fehlende Kenntnisse im Börsenwesen
(aber überwindbar durch Kenntnisse der Bank bzw. Erwerb eigener Erfahrung)
 - Nicht mehr: fehlender Zusammenhang mit Beruf
 - Nicht mehr: Ausschluss realer Lieferung

IV. Subsumtion

- Für (erkennbare) Spielabsicht:
 - Offenbar planloses Vorgehen
 - Keine Risikovorsorge
- Gegenaspekte
 - Bonität des S offenbar gut
 - Geschäftsmann
 - Erfahrung durch zweijährige Tätigkeit
- Außerdem
 - Fehlender Zusammenhang mit Geschäftstätigkeit unerheblich
 - Ebenso fehlendes Interesse an realer Lieferung
 - Vermutung gegen Spielabsicht
- Ergebnis: Differenzeinwand wohl unbegründet

V. Überzeugt das alles noch?

- Bisherige Tendenz: contra Art. 513 Abs. 2
 - Derivate wirtschaftlich sinnvoll
 - Rechtssicherheit gefährdet
 - Anlegerschutz über Intermediäre zu gewährleisten
- Konsequenzen:
 - De lege ferenda: Streichung gefordert
 - De lege lata: evt. cessante ratione credit lex
 - Ökonomisierung des Rechts?

V. Überzeugt das alles noch?

- Jetzt aber: Neubewertung durch Finanzkrise erforderlich?
 - Gefahren der Spekulation mit Derivaten plastisch hervorgetreten
 - Spekulationsanteil offenbar massiv
 - Volkswirtschaftliche Nützlichkeit fraglich
- Mögliche Konsequenzen:
 - De lege ferenda: Erhalt des Art 513 Abs. 2
 - De lege lata: Ausweitung auf alle spekulativen Geschäfte
 - Moralisierung des Rechts

Conclusio

Unser Beispielsfall:

- Öffnet einen kleinen Blick auf die Realität der Finanzmärkte
- Reisst folgende Problemstellungen an:
 - Macht und Verantwortung des Juristen
 - Wechselwirkung von Moral und Ökonomie im Recht
 - Verhältnis von Finanz- und Realwirtschaft

Noch Fragen?

Vielen Dank!