

# Risiko als Vertragsgegenstand

von

Martin Henssler

P 57603

Juristische Gesamtbibliothek  
Technische Universität Darmstadt



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XXVII

## Teil I

### Die Entscheidung unter Ungewißheit als Gegenstand wissenschaftlicher Forschung

<i>Erstes Kapitel:</i> Die gesellschafts- und wirtschaftspolitische Bedeutung von Risikobewußtsein und Risikobereitschaft .....	3
A. Das Risiko als Bestandteil menschlicher Existenz .....	3
B. Ordnungspolitische Maßnahmen zur Förderung der Risikobereitschaft .....	6
I. Die risikofeindliche Tendenz des modernen Sozial- und Wohlfahrtsstaates .....	6
II. Der Schutz des Risikoträgers .....	7
C. Die Beurteilung von Risikofragen durch die Wirtschaftswissenschaften .....	8
D. Folgerungen für die ökonomische Analyse des Rechts .....	10
<i>Zweites Kapitel:</i> Risikobewußtsein und Risikobereitschaft als Gegenstand zivilrechtlicher Überlegungen .....	12
A. Die Risikoverteilung als eine der zentralen Aufgaben des bürgerlichen Vertragsrechts .....	12
B. Die verschiedenen Erscheinungsformen vertraglicher Risikoübernahme .....	14
C. Die Beurteilung der bewußten Risikoübernahme durch das deutsche Zivilrecht .....	15
D. Die offenen Fragen der juristischen Risikoforschung als Gegenstand der vorliegenden Untersuchung .....	17

## Teil II

### Die Zuordnung vertraglicher Risiken als Problem des allgemeinen Schuldrechts

<i>Drittes Kapitel:</i> Das bürgerlich-rechtliche Modell der vertraglichen Risikoverteilung .....	23
A. Das Verhältnis zwischen gesetzlicher und privatautonom gestalteter Risikoverteilung .....	23
B. Das gesetzliche Risikoverteilungsmodell .....	26

I. Die Korrekturbedürftigkeit des Verteilungskonzeptes des Bürgerlichen Gesetzbuches . . . . .	26
II. Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage . . . . .	27
III. Einheitslösung oder gesetzesbezogene Aufteilung der Streitfragen? . . . . .	29
C. Divergenzen zwischen subjektiver Parteivorstellung und Vertragswirklichkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses . . . . .	32
I. Das gesetzliche Grundkonzept . . . . .	32
II. Die Ergänzungsbedürftigkeit der gesetzlichen Regelung . . . . .	34
1. Die Regelungslücke zwischen § 119 Abs. 2 BGB und § 123 BGB . . . . .	34
2. Fehlvorstellungen, welche die Motivationsebene nur einer Partei betreffen . . . . .	34
3. Der beiderseitige Motivirrtum . . . . .	38
D. Nachträglich auftretende Divergenzen zwischen Vertragsrealität und geplanter Entwicklung der Vertragsgrundlagen . . . . .	40
I. Der aktuelle Diskussionsstand . . . . .	40
II. Die umfassende Risikoverteilung durch das gesetzliche Grundkonzept . . . . .	41
III. Die Befreiung des Schuldners vom Leistungsrisiko . . . . .	43
1. Methodischer Lösungsansatz . . . . .	43
2. Abschließende Risikozuordnungen außerhalb des gesetzlichen Grundkonzeptes . . . . .	44
a) Risikoverteilung kraft vertraglicher Vereinbarung . . . . .	44
b) Risikozuweisung kraft gesetzlicher Spezialbestimmung bzw. kraft Vertragstyp . . . . .	45
c) Risikozuweisung nach Verschuldensgrundsätzen . . . . .	45
3. Negative, eine Entlastung des Schuldners ausschließende Tatbestandsmerkmale . . . . .	47
a) Das Risiko der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung . . . . .	47
b) Störungen, die lediglich das Vermögen des Schuldners betreffen . . . . .	47
c) Störungen, die erst nach Abwicklung der beiderseitigen Leistungspflichten auftreten . . . . .	48
d) Die objektive Vorhersehbarkeit als zentrales Kriterium für die Zuordnung einer planwidrigen Fehlentwicklung . . . . .	49
aa) Der Standpunkt der rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtsprechung 49 bb) Die zentrale Stellung der Vorhersehbarkeit 50 cc) Die Prognostizierbarkeit der künftigen Entwicklung 53 dd) Die Vorhersehbarkeit des Störungsausmaßes 54 ee) Der Sorgfaltsmaßstab 55 ff) Zusammenfassung 57	
4. Kriterien für die Entlastung des Schuldners vom Leistungsrisiko im Bereich der verbleibenden Fehlentwicklungen . . . . .	57
a) Objektive oder subjektive Verteilungskriterien . . . . .	57
b) Der Lösungsansatz Kollers . . . . .	58
c) Störungsursprung und vertragsspezifisches Störungsausmaß als objektive Verteilungskriterien . . . . .	60
5. Die verschiedenen Einflußsphären . . . . .	64
a) Störungen aus der Sphäre des Schuldners . . . . .	64
b) Störungen aus der Sphäre des Gläubigers . . . . .	64
c) Störungen aus der neutralen Sphäre . . . . .	65
d) Die Zurechenbarkeit von Sozialkatastrophen . . . . .	66
6. Das Ausmaß der Vertragsstörung . . . . .	68
a) Die Beschränkung auf wesentliche bzw. erhebliche Veränderungen der Kosten – Nutzen – Relation . . . . .	68

b) Die Konkretisierung durch den Gedanken der Vorhersehbarkeit . . . .	69
c) Die Konkretisierung über das Äquivalenz- und Unzumutbarkeitsprinzip . . . . .	70
d) Unwirtschaftliche Aufwandserhöhungen . . . . .	72
7. Die Grenze der Risikozuweisung bei Vernichtung oder zumindest ernsthafter Gefährdung der Existenz des Risikoträgers . . . . .	73
a) Die Bewertung des Existenzeinwands in Doktrin und Praxis . . . . .	73
b) Die dogmatische Herleitung des Verbots der Existenzgefährdung aus der Sozialbindung des Eigentums in Art. 14 Abs. 2 GG . . . . .	75
c) Wertentscheidungen in privatrechtlichen Sonderbestimmungen . . . .	76
d) Die dogmatische Verankerung des Existenzvernichtungsverbotes in § 242 BGB . . . . .	77
e) Die kollektive Verursachung der Existenzgefährdung . . . . .	80
f) Zusammenfassung . . . . .	81
IV. Die Verlagerung des Verwendungs- und Entwertungsrisikos vom Gläubiger auf den Schuldner . . . . .	82
1. Unterschiede zur Parallelsituation auf der Schuldnerseite . . . . .	82
2. Abnahmepflicht . . . . .	82
3. Die Verpflichtung des Sachleistungsgläubigers zur Erbringung der Gegenleistung . . . . .	84
a) Anwendbarkeit der Unmöglichkeitsvorschriften bei Zweckfortfall und Zweckerreichung . . . . .	84
b) Die Entlastung des Gläubigers vom Risiko der Zweckvereitelung bzw. der subjektiven Verwendungsplanung . . . . .	85
V. Rechtsfolgen bei grundsätzlich bejahter Entlastung des Risikoträgers . .	89
1. Vertragsanpassung vor Vertragsaufhebung . . . . .	89
2. Die Anpassung des Vertrages . . . . .	90
a) Vertragsanpassung über die ergänzende Vertragsauslegung . . . . .	90
b) Vertragsanpassung nach normativen Kriterien? . . . . .	90
3. Mögliche Rechtsfolgen bei gebotener Vertragsaufhebung . . . . .	92
a) Die abzuwägenden Interessenpositionen der Parteien . . . . .	92
b) Die Vertragsaufhebung bei Störungen aus der neutralen Sphäre . . . .	93
c) Störungen aus der Sphäre des Kontrahenten . . . . .	94
d) Störungen aus der Sphäre des Risikoträgers . . . . .	94
<i>Viertes Kapitel: Risikoordnung durch vertragliche Vereinbarung . . . . .</i>	<i>95</i>
A. Der Standort der vertraglich vereinbarten Risikoübernahme im Gesamtkonzept der Risikoverteilung . . . . .	95
B. Die rechtliche Beurteilung der Risikoübernahme als Auslegungsproblem . . .	95
I. Die erläuternde Vertragsauslegung . . . . .	96
II. Die ergänzende Vertragsauslegung . . . . .	97
III. Das Willenselement in der ergänzenden Vertragsauslegung . . . . .	99
IV. Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht . . . . .	103
V. Das Verhältnis zwischen der ergänzenden Vertragsauslegung und den verschiedenen Konzepten der gesetzlichen Risikoverteilung . . . . .	107
C. Allgemeine Grundlagen der Auslegung vertraglicher Risikoübernahmebestimmungen . . . . .	111
I. Anfängliche Fehlvorstellungen und vertragliche Risikoübernahme . . . .	111
II. Nachträgliche Fehlentwicklung und bewußte Risikoübernahme . . . . .	113
1. Die vertragliche Erfassung des konkreten Risikos . . . . .	113

2. Die Erfassung einer bestimmten Risikogruppe . . . . .	115
3. Die Festpreisvereinbarung als typisches Beispiel einer vertraglichen Risikoübernahme . . . . .	116
4. Die Beschränkung der vertraglichen Bestimmungen auf einzelne Zuweisungskriterien im Sinne eines unvollständigen Grundmodells der Risikoverteilung . . . . .	118
5. Die Gefahr der Existenzvernichtung als normatives Auslegungskriterium . . . . .	120
a) Erläuternde Vertragsauslegung und Existenzgefährdung . . . . .	120
b) Die ergänzende Vertragsauslegung . . . . .	121
D. Die Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts für die Auslegung einer Risikoübernahmeklausel . . . . .	121
I. Die Verwertung ökonomischer Wertungsgrundlagen durch die deutsche Rechtswissenschaft . . . . .	121
II. Die ökonomische Analyse der vertraglichen Risikoverteilung . . . . .	122
III. Verwertungsmöglichkeiten in der Rechtswissenschaft . . . . .	123
IV. Die Versicherbarkeit des Risikos . . . . .	125
V. Der Erwartungswert des Risikos . . . . .	125
<i>Fünftes Kapitel: Nebenleistungs- und Schutzpflichten bei vertraglicher Risikoübernahme . . . . .</i>	<i>129</i>
A. Der Schutz vor unbedachter Risikoübernahme durch Nebenpflichten des Vertragspartners . . . . .	129
I. Die Schutzbedürftigkeit des Risikoträgers . . . . .	129
II. Die dogmatischen Grundlagen der risikobezogenen Nebenpflichten des Vertragspartners . . . . .	129
B. Informationsbezogene Leistungs- und Schutzpflichten . . . . .	133
I. Die Wahrheitspflicht . . . . .	133
1. Die unrichtige Mitteilung von Tatsachen . . . . .	133
2. Die unrichtige Mitteilung von Werturteilen und Prognosen . . . . .	134
II. Die Haftung für unterlassene Information. . . . .	136
1. Begriffliche Unschärfen . . . . .	136
2. Die Einteilung der Informationsschutzpflichten . . . . .	137
III. Risikozuordnung und Informationsverantwortlichkeit . . . . .	139
IV. Aufklärungspflichten vor bzw. bei Abschluß des Vertrages. . . . .	140
1. Rechtsdogmatische Grundlagen . . . . .	140
2. Die Systematisierbarkeit der pflichtbegründenden Faktoren . . . . .	142
3. Pflichtbegründende Merkmale . . . . .	143
a) Der besondere Vertrauenstatbestand als konstituierendes Element jeder Schutzpflicht . . . . .	143
b) Schutzwürdigkeitskriterien . . . . .	144
aa) Das Informationsgefälle zwischen Risikoträger und Vertragspartner 144	bb) Kenntnis bzw. Erkennbarkeit des Informationsdefizits 145
cc) Eigene Nachlässigkeit des Risikoträgers 145	dd) Die Erheblichkeit der Fehlvorstellung 146
ee) Informationsverzicht 146	ff) Eigeninteressen des Kontrahenten 147
gg) Intensität und Dauer des geschäftlichen Kontakts 147	hh) Persönliche Eigenschaften der Vertragspartner 147
ii) Die Ursache des Risikos 148	jj) Atypische Risiken 149
kk) Der Einfluß der wirtschaftlichen Ausgeglichenheit des Vertrages auf den Umfang der	

Aufklärungspflicht 150 II) Die ökonomische Analyse der Aufklärungspflichten 150	
V. Aufklärungspflichten während der Vertragsdauer . . . . .	151
VI. Beratungspflichten des durch die Risikoübernahme begünstigten Vertragsteils . . . . .	151
VII. Nachforschungs- und Erkundigungspflichten . . . . .	153
C. Die Rechtsfolgen einer Pflichtwidrigkeit . . . . .	155
I. Die Rechtsgrundlage für die aus der Pflichtverletzung folgenden Schadensersatzansprüche . . . . .	155
II. Die Rechtsfolgen bei vorsätzlich oder fahrlässig falscher Mitteilung von Tatsachen . . . . .	156
III. Die Rechtsfolgen bei schuldhaft falscher Mitteilung von Werturteilen . . . . .	158
IV. Die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen Aufklärungs-, Beratungs- und Nachforschungspflichten . . . . .	159
V. Mitverschulden des Risikoträgers . . . . .	161
VI. Die Kausalitätsprüfung . . . . .	163
VII. Die entsprechende Anwendung der Präklusionsfrist des § 124 BGB . . . . .	164
 <i>Sechstes Kapitel: Risikobezogene Informationsleistungs- und Schutzpflichten dritter Personen</i> . . . . .	168
A. Das fremdfinanzierte Risikogeschäft . . . . .	168
I. Der Tatbestand der Risikoerhöhung . . . . .	168
II. Wahrheitspflichten des Kreditgebers . . . . .	169
III. Aufklärungspflichten des Kreditgebers . . . . .	169
1. Überblick über die Rechtslage beim finanzierten Abzahlungskauf . . . . .	169
2. Die Übertragbarkeit der Grundsätze des finanzierten Abzahlungskaufes auf finanzierte Risikogeschäfte . . . . .	174
3. Übergreifende Kriterien . . . . .	176
a) Qualifizierte wirtschaftliche Verbindungen . . . . .	177
b) Risikobegründendes bzw. -erhöhendes Verhalten des Kreditgebers . . . . .	178
B. Informationspflichten der Vertreter und Verhandlungsgehilfen des Vertragspartners . . . . .	179
I. Schutzpflichten des Abschlußvertreters des Vertragspartners . . . . .	179
II. Risikobezogene Schutzpflichten sonstiger Vertrauensträger . . . . .	180
1. Die Weiterentwicklung der Dritthaftung aus c. i. c. . . . .	180
2. Die Haftung des Sachwalters . . . . .	181
III. Die Dritthaftung der Vertragsgehilfen beim Vertrieb von Kapitalanlagen . . . . .	182
1. Die verschiedenen Lösungskonzepte . . . . .	182
2. Praktisch relevante Sachverhaltsgruppen . . . . .	183
a) Kapitalanlageberater . . . . .	183
b) Vermittlung durch neutrale Finanzmakler . . . . .	184
c) Sachwalter des Emittenten bzw. Anlageverkäufers . . . . .	186
C. Die Prospekthaftung . . . . .	188
I. Die Entwicklung der Prospekthaftung . . . . .	188
II. Die rechtsdogmatischen Grundlagen der Prospekthaftung . . . . .	189
1. Der Lösungsansatz der Rechtsprechung . . . . .	189

2. Kritik . . . . .	190
3. Der deliktsrechtliche Lösungsansatz . . . . .	193
III. Zur rechtspolitischen Notwendigkeit des Anlegerschutzes durch ein eigenständiges Rechtsinstitut der Prospekthaftung . . . . .	194
1. Der Individualschutz des Anlegers . . . . .	194
2. Die volkswirtschaftliche Notwendigkeit der Prospekthaftung . . . . .	197
 <i>Siebentes Kapitel: Die Grenzen zulässiger Risikoübernahme . . . . .</i>	 200
A. Rechtsdogmatische Ansatzpunkte . . . . .	200
B. Die Gute-Sitten-Klausel als Instrument zur Begrenzung vertraglicher Risiko- übernahmen . . . . .	201
I. Die Störung des vertraglichen Gleichgewichtes durch eine einseitige Risikoübernahme . . . . .	201
II. Die methodologische Verwertbarkeit von § 138 BGB als Instrument zur Verhinderung extremer vertraglicher Ungleichgewichte . . . . .	203
1. Der Gedanke der Vertragsgerechtigkeit unter der Geltung des Bür- gerlichen Gesetzbuches . . . . .	203
a) Die ursprüngliche Konzeption des Bürgerlichen Gesetzbuches . . . . .	203
b) Die starre Quote der <i>laesio enormis</i> . . . . .	203
2. § 138 BGB und der Gedanke der Vertragsgerechtigkeit . . . . .	204
III. Der Wuchertatbestand und seine praktische Bedeutung . . . . .	206
IV. Die Instrumentalisierung der Generalklausel . . . . .	207
V. Die Ermittlung des objektiven Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung . . . . .	211
1. Der Vergleichsmaßstab . . . . .	211
a) Der Marktpreis . . . . .	211
b) Der wettbewerbsanaloge Preis . . . . .	211
c) Die Abgrenzung des relevanten Marktes . . . . .	212
d) Der Vergleichsmaßstab bei fehlendem Markt . . . . .	216
2. Die Zulässigkeit fester Überhöhungsmargen . . . . .	216
VI. Elemente aus dem Bereich des benachteiligten Vertragsteils . . . . .	218
1. Die objektive Schwächesituation als notwendige Bedingung der Sittenwidrigkeit bei Äquivalenzstörungen . . . . .	219
2. Die Unkenntnis der mangelnden vertraglichen Ausgewogenheit . . . . .	220
3. Zusammenfassung . . . . .	221
VII. Elemente aus der Sphäre des Begünstigten . . . . .	221
VIII. Die Bedeutung des krassen Mißverhältnisses für die Verteilung der Beweislast . . . . .	224
IX. Zusammenfassende Thesen zur Sittenwidrigkeit wegen einer auffälligen Unausgewogenheit der vertraglichen Leistungen . . . . .	226
1. Ausgangslage . . . . .	226
2. Das auffällige Leistungsmißverhältnis . . . . .	226
3. Weitere Elemente der Sittenwidrigkeit . . . . .	227
C. Die ökonomische Bewertung einer vertraglichen Risikoübernahme im Rah- men der Äquivalenzprüfung . . . . .	227
I. Die rechtliche Bedeutung der Risikoübernahme für das vertragliche Gleichgewicht . . . . .	227
1. Die verschiedenen Ansatzpunkte . . . . .	227

2. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung des sittenwidrigen Mißverhältnisses . . . . .	231
II. Grundfragen der Risikobewertung . . . . .	232
1. Die Verwertbarkeit der entscheidungstheoretischen Forschungsergebnisse . . . . .	232
2. Die Voraussetzungen für eine exakte Risikobewertung . . . . .	233
a) Vollständige Gewißheit über das Risiko . . . . .	233
b) Subjektive Wahrscheinlichkeiten . . . . .	234
c) Der Zustand völliger Ungewißheit . . . . .	235
d) Die juristische Einteilung der Entscheidungssituationen unter Ungewißheit . . . . .	235
III. Die Berechnung des Risikowertes bei Kenntnis der wichtigsten Zukunftslagen und ihrer annähernden Wahrscheinlichkeit . . . . .	237
1. Die Aussagefähigkeit des mathematischen Gelderwartungswertes . . . . .	237
2. Der Gedanke der subjektiven Nutzenmessung . . . . .	238
IV. Die Äquivalenzprüfung bei geringen Wahrscheinlichkeiten . . . . .	241
1. Kriterien für die Bewertung einer Gewinnchance bei geringen Wahrscheinlichkeiten . . . . .	241
a) Die mangelnde Aussagekraft des mathematischen Erwartungswertes . . . . .	241
b) Generelle Unbeachtlichkeit geringer Wahrscheinlichkeiten? . . . . .	242
c) Die Bedeutung der Einsatzhöhe . . . . .	242
2. Bewertungskriterien für die Aufgabe eines unwahrscheinlichen Verlustrisikos . . . . .	243
3. Die Übernahme von Verlustrisiken bei geringen Wahrscheinlichkeiten . . . . .	245
a) Die grundsätzliche Risikoscheu bei hohen Verlustrisiken . . . . .	245
b) Die Risikobegrenzung nach dem Gesetz der großen Zahl . . . . .	245
c) Die Grenzen der kollektiven Risikostreuung . . . . .	248
d) Der Einfluß des Vermögens des Entscheidungsträgers . . . . .	250
4. Die Möglichkeit eines innervertraglichen Wertausgleichs zwischen Gewinnchance und Verlustrisiko . . . . .	251
5. Zusammenfassung . . . . .	252
V. Nutzen und praktische Verwertbarkeit der erzielten Erkenntnisse . . . . .	253
1. Konsequenzen für das rechtsdogmatische Schutzkonzept . . . . .	253
2. Praktische Anwendungsprobleme . . . . .	254
a) Die begrenzte Hebelwirkung des Risikofaktors bei einfachen Schuldverträgen . . . . .	254
b) Anwendungsbereiche bei Existenz eines Marktpreises . . . . .	255
c) Die Risikobewertung bei Fehlen eines Marktpreises . . . . .	257
D. Die rechtliche Wirksamkeit einer vertraglichen Risikoverteilung über Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	258
I. Allgemeine Geschäftsbedingungen als typische Form einer vertraglichen Risikoumverteilung . . . . .	258
II. Die Konkretisierung des gesetzlichen Risikoverteilungskonzeptes in den Spezialbestimmungen der §§ 10, 11 AGBG . . . . .	259
1. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit . . . . .	259
2. Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit . . . . .	261
III. Die Präzisierung der Generalklausel . . . . .	263
1. Vertragsspezifische und übergreifende Kriterien . . . . .	263



2. Die ökonomische Effizienz als maßgebliches Kriterium der Angemessenheit gemäß § 9 AGBG . . . . .	266
3. Einzelne Effizienzkriterien . . . . .	268
a) Die Vermeidbarkeit des Risikos . . . . .	268
b) Der Gesichtspunkt der (leichteren) Versicherbarkeit des Risikos . . . . .	269
c) Die Freizeichnung durch den überlegenen Risikoträger . . . . .	270
4. Die wirtschaftliche Ausgeglichenheit des Vertrages . . . . .	271
a) Der Lösungsansatz in Literatur und Rechtsprechung . . . . .	271
b) Die Argumentation der h. M. . . . .	274
aa) Das Argument der unzureichenden Quantifizierbarkeit des Risikowertes 274 bb) Der fehlende Vergleichsmaßstab 274 cc) Der Vorwurf der Umgehung des Gesetzeszwecks 275 dd) Der Vorrang sozialdistributiver Überlegungen vor dem Äquivalenzprinzip 276	
c) Das Verhältnis zwischen vertraglicher Äquivalenz und unangemessener Benachteiligung . . . . .	278
IV. Zusammenfassung . . . . .	281

### Teil III

#### Besondere Formen der Risikoverträge

<i>Achtes Kapitel: Das rechtsverbindliche Spekulationsgeschäft</i> . . . . .	285
A. Der Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion . . . . .	285
B. Der Begriff des Spekulationsgeschäftes . . . . .	286
I. Die normative Verwendung des Begriffs . . . . .	286
1. Der Begriff des Spekulationsgeschäftes in § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB . . . . .	286
2. Der Begriff des Spekulationsgeschäftes in § 89 BörsG . . . . .	287
3. Der Begriff des Spekulationsgeschäftes in § 23 EStG . . . . .	288
II. Die allgemeine Wortbedeutung des Begriffes Spekulation . . . . .	289
III. Versuch einer zivilrechtlichen Begriffsbestimmung . . . . .	290
C. Die Risikoverlagerung nach Unzumutbarkeitskriterien bei Spekulationsgeschäften . . . . .	293
I. Die Beurteilung von atypischen und außergewöhnlichen Entwicklungen bei Spekulationsgeschäften . . . . .	293
1. Die Argumentation aus dem erkannt hohen Unsicherheitsfaktor . . . . .	294
2. Das auf der Motivation des Spekulanten beruhende Unwerturteil . . . . .	294
a) Die moralische Bewertung der Spekulation . . . . .	294
b) Die ökonomische Bewertung der Spekulation . . . . .	295
3. Die Auslegung der Risikoübernahme bei Kurssicherungsgeschäften . . . . .	297
4. Die Risikoverteilung in Spekulationsgeschäften . . . . .	299
II. Der Einwand der Existenzgefährdung bei Spekulationsgeschäften . . . . .	301
D. Informationsbezogene Schutzpflichten bei Spekulationsgeschäften . . . . .	303
I. Der Stand der Rechtswissenschaft . . . . .	303
II. Wahrheitspflichten des Vertragspartners . . . . .	304
III. Aufklärungspflichten . . . . .	304
1. Überblick . . . . .	304
2. Die Erkennbarkeit der Fehlvorstellungen bei Spekulationsgeschäften . . . . .	305

3. Die Erkennbarkeit einer Fehlvorstellung bei »objektiv« spekulativen Geschäften . . . . .	305
4. Die Zumutbarkeit der Aufklärung bei Spekulationsgeschäften . . . . .	306
a) Fehlende Verlustrisiken . . . . .	306
b) Die Trennung zwischen einseitigen und zweiseitigen Spekulationsgeschäften . . . . .	306
5. Aufklärungspflichten bei zweiseitigen Spekulationsgeschäften . . . . .	306
a) Der intensive Gegensatz der Parteiinteressen . . . . .	306
b) Die Grenze der Arglist . . . . .	307
c) Die fehlende Allgemeinzugänglichkeit von Informationen . . . . .	308
aa) Die Erkenntnisse der sogenannten Insiderdiskussion 309	
bb) Pflichtbegründende Faktoren 310	
d) Offensichtliche Informationsgefälle . . . . .	312
6. Einseitige Spekulationsgeschäfte . . . . .	312
IV. Beratungspflichten des Vertragspartners . . . . .	314
V. Spekulative Eigengeschäfte von Kreditinstituten . . . . .	314
1. Die Sonderstellung der Kreditinstitute . . . . .	314
2. Die für den Umfang der Informationspflichten maßgeblichen Kriterien . . . . .	316
a) Die Rechtslage bei einer Empfehlung der Bank . . . . .	317
b) Umsatzgeschäfte ohne Empfehlungen des Kreditinstitutes . . . . .	320
E. Zusammenfassung . . . . .	321
 <i>Neuntes Kapitel: Der Bürgschaftsvertrag</i> . . . . .	 323
A. Die Bürgschaft als Risikovertrag . . . . .	323
I. Die Gefährlichkeit der Bürgenstellung . . . . .	323
II. Der gesetzliche Schutz vor unbedachter Risikoübernahme . . . . .	324
III. Die Auslegung der Risikoübernahmeerklärung des Bürgen . . . . .	325
B. Die Begrenzung des Bürgschaftsrisikos bei Planungsfehlern des Bürgen . . . . .	327
I. Anfängliche Fehlvorstellungen über Grund und Umfang der Risikoübernahme . . . . .	327
1. Die Anfechtbarkeit der Verpflichtungserklärung wegen Irrtums . . . . .	327
2. Die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung . . . . .	327
II. Nachträgliche Fehlentwicklung . . . . .	328
1. Allgemeine Grundsätze . . . . .	328
2. Das gesetzliche Verteilungskonzept . . . . .	329
C. Die Pflichtenstellung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen . . . . .	335
I. Der Meinungsstand in der Rechtswissenschaft . . . . .	335
1. Die restriktive Beurteilung der Gläubigerpflichten durch die Rechtswissenschaft . . . . .	335
2. Die Aussagekraft der Gesetzgebungsmaterialien . . . . .	336
3. Die Argumentation aus dem einseitig verpflichtenden Charakter der Bürgschaft . . . . .	339
II. Die rechtlichen Grundlagen der allgemeinen Verhaltenspflichten des Gläubigers . . . . .	340
1. Die Begründung aus dem gesetzlichen Schutzpflichtverhältnis . . . . .	340
2. Bürgschaftsspezifische Schranken der Verhaltenspflichten . . . . .	342

III. Unterlassungspflichten des Gläubigers . . . . .	343
IV. Informations- und Fürsorgepflichten . . . . .	343
1. Die Priorität der Sicherungsinteressen des Gläubigers . . . . .	343
2. Die Eigenverantwortlichkeit des Bürgen . . . . .	344
3. Die Konsequenzen aus der Aufspaltung der Gläubigerposition . . . . .	344
V. Vorvertragliche Aufklärungspflichten des Gläubigers . . . . .	345
1. Pflichtbegründende objektive Merkmale . . . . .	345
2. Das Verhältnis der pflichtbegründenden Kriterien zu den subjektiven Tatbestandsmerkmalen der culpa in contrahendo . . . . .	346
3. Das irreführende Vorverhalten des Gläubigers . . . . .	348
VI. Aufklärungspflichten nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages . . . . .	349
VII. Nachforschungs- und Beratungspflichten des Sicherungsnehmers . . . . .	350
VIII. Fürsorgepflichten bezüglich der optimalen Beitreibung der Hauptforderung . . . . .	350
IX. Fürsorgepflichten in bezug auf die Erhaltung und angemessene Verwertung weiterer Sicherungsrechte . . . . .	350
X. Zusammenfassende Thesen . . . . .	353
D. Gesetzliche Schranken der bürgschaftsvertraglichen Risikoübernahme . . . . .	354
I. Grenzen einer individualvertraglichen Haftungserweiterung . . . . .	354
II. Vom gesetzlichen Risikoverteilungskonzept abweichende AGB-Klauseln . . . . .	356
1. Allgemeine Grundsätze der Inhaltskontrolle . . . . .	356
2. Die Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips in AGB-Klauseln . . . . .	357
a) Grundsatz . . . . .	357
b) Die Erstreckung der Haftung auf alle künftigen Forderungen des Gläubigers . . . . .	357
c) Die Verpflichtung zur »Zahlung auf erstes Anfordern« . . . . .	358
d) Die Gegenrechte bei angefochtener Hauptverbindlichkeit . . . . .	360
3. Der Verzicht auf die Aufrechnungseinrede . . . . .	360
4. Der formularmäßige Ausschluß der Schutz- und Fürsorgepflichten des Gläubigers . . . . .	361
a) Der Verzicht auf die Einrede gemäß § 776 BGB . . . . .	361
b) Der formularmäßige Ausschluß gesetzlich nicht geregelter Verhaltenspflichten des Gläubigers . . . . .	362
<i>Zehntes Kapitel: Der Garantievertrag . . . . .</i>	<i>364</i>
A. Begriff und wirtschaftliche Bedeutung des Garantievertrages . . . . .	364
B. Der Garant als Risikoträger . . . . .	366
C. Der Schutz des Garanten . . . . .	368
I. Gesetzlicher Schutz und Schutzbedürfnis des Risikoträgers . . . . .	368
1. Die Schutzbedürftigkeit des Garanten . . . . .	368
2. Die Auslegung der Haftungsübernahme . . . . .	370
a) Die Abgrenzung zur Bürgschaft . . . . .	370
b) Die Abgrenzung von anderen Vertragsformen . . . . .	372
3. Die Form des Garantieversprechens . . . . .	374
II. Risikobegrenzende Einwendungen des Garanten . . . . .	376
1. Grundsatz . . . . .	376
2. Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis . . . . .	377

3. Einwendungen aus dem Valutaverhältnis . . . . .	378
4. Interne Einwendungen aus dem Garantievertragsverhältnis . . . . .	382
a) Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Haftungsübernahme . . . . .	382
b) Parallelen zur Bürgschaft . . . . .	383
c) Das Risiko einer planwidrigen Entwicklung . . . . .	383
d) Schuldhafte Herbeiführung des Garantiefalles . . . . .	384
e) Die Einwendung der Aufgabe anderweitiger Sicherungen . . . . .	385
III. Schutzpflichten des Begünstigten gegenüber dem Garanten . . . . .	388
1. Die Verwertbarkeit der bei der Bürgschaft erzielten Untersuchungsergebnisse . . . . .	388
2. Schuldhafte Risikoerhöhung . . . . .	389
3. Pflicht zur Abwendung des Garantiefalles . . . . .	389
4. Aufklärungspflichten . . . . .	389
5. Die Rechtsfolgen der Schutzpflichtverletzung . . . . .	390
<i>Elftes Kapitel: Der Leibrentenvertrag</i> . . . . .	392
A. Das Risikoelement des Leibrentenvertrages . . . . .	392
I. Wesen und praktische Bedeutung . . . . .	392
II. Der Begriff der Leibrente . . . . .	393
1. Die Entwicklung des Leibrentenbegriffs durch die Rechtsprechung . . . . .	393
2. Schwächen der herkömmlichen Leibrententheorien . . . . .	394
III. Normzweckbezogene Begriffsbestimmung . . . . .	395
1. Ausgangslage . . . . .	395
2. Die leibrentenspezifischen Risikoelemente . . . . .	395
3. Der Schutzzweck des gesetzlichen Formzwanges über § 761 BGB . . . . .	395
B. Leibrente und planwidrige Fehlentwicklungen . . . . .	399
I. Aktueller Meinungsstand . . . . .	399
II. Planwidrige Veränderungen der Leistungspflicht . . . . .	400
1. Fehlentwicklungen in bezug auf die Dauer der Leistungspflicht . . . . .	400
2. Sonstige Fehlentwicklungen . . . . .	400
a) Verminderung der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten . . . . .	401
b) Fehlplanungen hinsichtlich der Höhe der einzelnen Rentenzahlungen . . . . .	403
III. Exkurs: Fehlentwicklungen hinsichtlich der Verwendungsplanung des Rentengläubigers . . . . .	409
1. Veräußerungsrenten . . . . .	410
2. Unterhaltsrenten . . . . .	411
C. Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit . . . . .	412
D. Schutzpflichten des Rentengläubigers . . . . .	414

## Teil IV

### Die unverbindlichen aleatorischen Verträge

<i>Zwölftes Kapitel: Spiel und Wette als Paradigma des reinen Risikovertrages</i> . . . . .	419
A. Gelderwerb durch Risikoübernahme . . . . .	419
B. Historischer und rechtsvergleichender Überblick . . . . .	421

I. Die historische Rechtsentwicklung . . . . .	421
1. Spiel und Wette im römischen Recht . . . . .	421
2. Die Entwicklung des deutschen Rechts . . . . .	422
II. Rechtsvergleichender Überblick über wichtige europäische Kodifikationen . . . . .	424
1. Österreich . . . . .	424
2. Schweiz . . . . .	425
3. Frankreich . . . . .	425
4. Italien . . . . .	426
5. England . . . . .	426
C. Das Regelungssystem des deutschen Zivilrechts . . . . .	426
I. Der gesetzliche Grundtatbestand . . . . .	426
II. Der rechtspolitische Hintergrund der gesetzlichen Regelung . . . . .	428
1. Die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers . . . . .	428
2. Der Wandel des Wertungshintergrundes . . . . .	429
III. Die dogmatische und rechtssystematische Einordnung der Regelung in §§ 762 ff. BGB . . . . .	432
1. Der Spielvertrag als »beschränktes Schuldverhältnis«? . . . . .	432
2. Der Ausschluß des Rückforderungsrechts . . . . .	435
D. Der Begriff des Spiel- und Wettvertrages im Sinne von § 762 BGB . . . . .	439
I. Die Notwendigkeit einer exakten Begriffsbestimmung . . . . .	439
II. Das Spiel als gegenseitiger Vertrag . . . . .	440
III. Die gegenseitige Risikoübernahme . . . . .	441
IV. Das Unsicherheitselement als zentrales Merkmal des Spiels . . . . .	442
V. Die subjektive Zielvorstellung der Parteien . . . . .	443
VI. Zusammenfassung . . . . .	444
E. Die Abgrenzung des Spiels von verwandten Vertragsformen . . . . .	445
I. Das Abgrenzungsproblem . . . . .	445
II. Der Diskussionsstand in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	445
1. Die einzelnen Lösungsansätze . . . . .	445
2. Kritik . . . . .	446
a) Das Kriterium des »ernsthafte[n] sittliche[n]« Zwecks . . . . .	446
b) Der »ernsthafte wirtschaftliche« bzw. »wirtschaftlich berechnete« Zweck . . . . .	448
III. Wirtschaftliche Bewertungsmaßstäbe als Abgrenzungskriterien . . . . .	448
1. Grundmaximen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise . . . . .	448
2. Wohlfahrtsökonomische Bewertungsansätze . . . . .	449
3. Parallelen zwischen ökonomischer und rechtlicher Bewertung . . . . .	451
4. Die Unbeachtlichkeit externer Effekte . . . . .	452
5. Der Stellenwert der ökonomischen Nützlichkeit eines Vertrages . . . . .	453
IV. Die dem Spiel verwandten Vertragsformen . . . . .	453
1. Bedingte Austauschverträge . . . . .	453
2. Die Grenzziehung zwischen Spiel und verbindlicher Spekulation . . . . .	457
3. Die Abgrenzung von Verträgen mit Sicherungszwecken (Bürgschaft, Garantie, Versicherungsvertrag) . . . . .	459
4. Die Abgrenzung zur Leibrente . . . . .	460
5. Die Grenzziehung zwischen Auslobung und Spiel . . . . .	460

6. Die Fluchthilfeverträge . . . . .	462
7. Die Einordnung der sportlichen Wettkämpfe mit Gewinnprämien . . . . .	463
<i>Dreizehntes Kapitel: Die Unverbindlichkeit des Spielvertrages und ihre rechtlichen Folgen</i> . . . . .	466
A. Die vertraglichen Hauptpflichten . . . . .	466
B. Der Schutz des Spielers durch Schutz- und Verhaltenspflichten des Vertragspartners . . . . .	468
I. Die Rechtsgrundlage der Pflichtenstellung . . . . .	468
II. Der Inhalt des Pflichtenprogramms . . . . .	469
III. Aufklärungspflichten bei überlegenem Kenntnisstand eines Beteiligten hinsichtlich des Spelausgangs . . . . .	470
IV. Die Aufklärung über die Unverbindlichkeit des Spielvertrages . . . . .	473
C. Zusätzliche Schranken für die Risikoübernahme in Spielverträgen . . . . .	473
I. Nichtigkeit trotz gesetzlicher Unverbindlichkeit? . . . . .	473
II. Verbotene Spiele . . . . .	474
1. Öffentliche Glücksspiele . . . . .	474
2. Sonstige Spielformen . . . . .	476
III. Die Nichtigkeit eines Spielvertrages wegen eines Verstosses gegen die guten Sitten . . . . .	477
1. Sittenwidrige Spieleinsätze . . . . .	477
2. Wirtschaftlich unausgewogene Spielverträge . . . . .	481
a) Die Schwierigkeit der Bewertung des Risikonutzens . . . . .	481
b) Die Sonderstellung der Glücksverträge im österreichischen Recht . . . . .	483
c) Die indizielle Wirkung des auffälligen Leistungsmaßverhältnisses . . . . .	484
IV. Die Anfechtbarkeit der unverbindlichen aleatorischen Verträge . . . . .	485
V. Die »Einschränkung der Unverbindlichkeit« über den Grundsatz von Treu und Glauben . . . . .	486
D. Die freiwillige Erfüllung der Spielverbindlichkeit . . . . .	489
I. Der Ausschluß der soluti repetitio gem. § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB . . . . .	489
II. Die Erfüllungsleistung . . . . .	491
1. Auslegungskriterien . . . . .	491
2. Die Aufrechnung . . . . .	493
3. Die Hinterlegung . . . . .	493
4. Leistungen an Erfüllungs Statt . . . . .	493
a) Die Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtungsweise . . . . .	493
b) Die Regelung in § 762 Abs. 2 BGB . . . . .	494
c) Verbindlichkeiten gegenüber Dritten . . . . .	495
d) Sonderformen . . . . .	496
5. Leistungen erfüllungshalber und reine Sicherungsmaßnahmen . . . . .	497
III. Der Zeitpunkt der Erfüllungsleistung . . . . .	498
E. Neben- und Hilfsgeschäfte zu Spiel und Wette . . . . .	502
I. Der bewußte Regelungsverzicht des Gesetzgebers . . . . .	502
II. Das kreditierte Spiel . . . . .	502
1. Der Meinungsstand in Doktrin und Praxis . . . . .	502
2. Nach der Entscheidung des Spiels gewährte Darlehen . . . . .	503
3. Vor der Entscheidung des Spiels gewährte Darlehen . . . . .	503

a) Darlehensverträge mit Mitspielern bzw. mit dem Spielveranstalter . . .	503
b) Darlehensverträge mit Drittpersonen . . . . .	504
4. Zusammenfassung . . . . .	505
III. Auftrag, Geschäftsbesorgung und Dienstvertrag zum Spiel . . . . .	505
IV. Das gemeinschaftliche Spiel . . . . .	507
 <i>Vierzehntes Kapitel: Die Ausnahmebestimmung des § 763 BGB . . . . .</i>	 511
A. Die Begriffe der Lotterie und der Ausspielung . . . . .	511
B. Rechtsentwicklung und rechtsvergleichender Überblick . . . . .	513
C. Rechtspolitischer Hintergrund . . . . .	514
D. Der Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung . . . . .	516
I. Grundformen der Lotterie und Ausspielung . . . . .	516
II. Sonderformen . . . . .	516
1. Verkaufssysteme mit progressiver Kundenwerbung . . . . .	516
2. Preisrätsel und Preisausschreiben . . . . .	519
III. Staatlich genehmigte Spiel- oder Wettverträge . . . . .	520
1. Erscheinungsformen des genehmigten Spiels . . . . .	520
2. Die Rechtsfolgen der staatlichen Genehmigung . . . . .	522
E. Die Nebenverträge zum staatlich genehmigten Spiel . . . . .	523
F. Zusammenfassende und weiterführende Thesen zu § 763 BGB . . . . .	526
 <i>Fünfzehntes Kapitel: Das Differenzgeschäft . . . . .</i>	 527
A. System und Zielsetzung der gesetzlichen Regelung . . . . .	527
I. Der systematische Standort des § 764 BGB . . . . .	527
II. Die Entstehungsgeschichte der Norm . . . . .	529
III. Die Gründe für die Mißbilligung des Differenzgeschäfts . . . . .	531
B. Die Definition des Differenzgeschäfts . . . . .	534
I. Der Vertragsgegenstand . . . . .	534
1. Die Beschränkung auf Lieferungsgeschäfte in Waren und Wertpapieren . . . . .	534
2. Die Notwendigkeit eines Börsen- oder Marktpreises . . . . .	534
3. Die Erstreckung des Anwendungsbereichs auf im Gesetz nicht genannte Wirtschaftsgüter . . . . .	535
II. Das offene Differenzgeschäft . . . . .	538
III. Das verdeckte Differenzgeschäft . . . . .	539
IV. Die »Privilegierung« der Kurssicherungsgeschäfte . . . . .	546
1. Die wirtschaftliche Bedeutung des Hedging . . . . .	546
2. Die Reichweite der Privilegierung . . . . .	548
3. Formen der Kurssicherung . . . . .	551
V. Zusammenfassung . . . . .	552
C. Die praktischen Folgen des weitgehenden Verzichts auf objektive Geschäftsmerkmale . . . . .	552
I. Der Rückgriff auf Indizien . . . . .	552
II. Indizien für die Absicht der Effektivlieferung . . . . .	554
1. Das Mißverhältnis zwischen Vermögen und Risikoübernahme . . . . .	554
2. Die Berufsfremdheit des Spekulationsobjekts . . . . .	555

3. Die Absprachen und Äußerungen während der Vertragsverhandlungen . . . . .	556
4. Das Erfüllungsverhalten bei früheren Geschäftsabschlüssen . . . . .	556
5. Die regelmäßige Vornahme von Prolongationen . . . . .	557
6. Die Verbuchung der Geschäfte . . . . .	558
7. Die Geringfügigkeit der gegebenen Deckung . . . . .	558
8. Die Eignung des Vertragsgegenstands zu Spielzwecken . . . . .	558
9. Kenntnisse im Börsenwesen . . . . .	559
10. Der Abschluß über nicht erhältliche oder nicht handelsübliche Mengen . . . . .	559
11. Die Planlosigkeit der Geschäftsabschlüsse . . . . .	559
12. Die tatsächliche Erfüllung als Gegenindiz . . . . .	560
13. Die Vermutung der fehlenden Erfüllungsabsicht bei Warentermingeschäften und Finanzterminkontrakten . . . . .	561
III. Beweisanzeichen für die Absicht der spekulativen Gewinnerzielung . . . . .	564
IV. Die Bedeutung der Indizienlehre für die Erkennbarkeit der Differenzabsicht . . . . .	567
V. Ausblick . . . . .	569
D. Die Rechtsnatur des Differenzgeschäfts . . . . .	569
 <i>Sechzehntes Kapitel: Die Erscheinungsformen des Differenzgeschäfts auf den Finanz- und Kapitalmärkten . . . . .</i>	
A. Das Kassaspekulationsgeschäft als Differenzgeschäft . . . . .	574
B. Der Differenzcharakter der short sales (Leerverkäufe) . . . . .	577
I. Die Beurteilung des Leerverkaufs durch die deutsche Rechtswissenschaft . . . . .	577
II. Die Geschäftsabwicklung beim Leerverkauf . . . . .	579
III. Funktion und Gefährlichkeit der short sales – eine ökonomische Analyse . . . . .	581
IV. Die gesetzlichen Restriktionen nach US-amerikanischem Recht . . . . .	582
V. Der short sale als Differenzgeschäft . . . . .	584
1. Die Beurteilung in Doktrin und Praxis . . . . .	584
2. Kritik . . . . .	585
3. Der short sale als Sicherungsgeschäft . . . . .	587
C. Das Optionsgeschäft als Differenzgeschäft . . . . .	588
I. Die Spekulation mit Optionen . . . . .	588
II. Die rechtliche Einordnung der Option . . . . .	591
1. Der Diskussionsstand in Wissenschaft und Praxis . . . . .	591
2. Die Überlegenheit der »Trennungstheorie« . . . . .	593
3. Die Rechtsposition des Optionsnehmers . . . . .	596
III. Die Anwendbarkeit des § 764 BGB auf Optionsgeschäfte . . . . .	599
1. Grundlagen . . . . .	599
2. Der deutsche börsenmäßige Optionshandel außerhalb der DTB . . . . .	602
3. Der Optionshandel an der Deutschen Terminbörse . . . . .	604
4. Die Warenterminoption . . . . .	605
5. Zusammenfassung . . . . .	606
D. Die rechtliche Einordnung der Finanzterminkontrakte (Financial Futures) . . . . .	607
I. Die Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Finanzterminmärkte . . . . .	607
II. Die Organisation der Finanzterminbörsen . . . . .	610



III. Die rechtliche Unverbindlichkeit der Financial Futures nach §§ 764, 762 BGB	611
1. Der Vertragsgegenstand der Financial Futures	611
2. Die effektive Erfüllung der Finanzterminkontrakte	613
3. Ausblick	615
4. Zusammenfassung	616
E. Die rechtliche Verbindlichkeit der Swapgeschäfte	617
I. Arten und Funktion des Swapgeschäftes	617
II. Die Rechtsnatur der Swapvereinbarungen	621
1. Die Rechtsnatur des Zinsswaps	621
2. Die Rechtsnatur der Währungs- und Zins/Währungsswaps	623
III. Swapgeschäft und Spiel- bzw. Differenzeinwand	624
1. Die Verbindlichkeit der Zinsswapgeschäfte	624
2. Die Verbindlichkeit der Währungs- und Zins/Währungsswapgeschäfte	628
F. Die rechtliche Verbindlichkeit der Zinscapvereinbarungen	630
I. Entwicklung und Funktion der Zinscaps	630
II. Zinscap und Differenzeinwand	631
 Siebzehntes Kapitel: Die spezialgesetzliche Regelung des börsenmäßigen Terminhandels	633
A. Die Interpretationsgrundlagen der börsengesetzlichen Regelung	633
I. Die Entwicklung der gesetzlichen Bestimmungen über den Börsenterminhandel	633
II. Die rechtspolitische Zielsetzung der §§ 50 ff. BörsG	637
III. Das System des BörsG	638
1. Die Einteilung der Börsentermingeschäfte nach dem Vertragsgegenstand	639
2. Die Einteilung nach der Börsenmündigkeit der Vertragsparteien	640
3. Die Bedeutung der Einteilung für die Reichweite von Termin- und Differenzeinwand	640
4. Die Bewertung des Regelungskonzeptes	641
B. Der Begriff des Börsentermingeschäfts	643
I. Der Verzicht auf eine Legaldefinition	643
II. Die Definition des Börsentermingeschäfts in Doktrin und Praxis	645
III. Die notwendigen Merkmale des Börsentermingeschäfts	646
1. Der Vertragsgegenstand des Börsentermingeschäfts	646
2. Die Vereinheitlichung der Vertragsbedingungen	647
3. Der hinausgeschobene Erfüllungszeitpunkt	647
4. Die Beziehung zu einem Terminmarkt mit einheitlichen Vertragsbedingungen	649
5. Subjektive Elemente des Börsentermingeschäfts	653
a) Die Absicht der Gattstellung durch ein Gegengeschäft	653
b) Die Übertragung aller subjektiven Elemente des Differenzgeschäfts	655
c) Börsentermingeschäft und Sicherungsabsicht der Parteien	657
d) Zusammenfassung	659

C. Die Unverbindlichkeit des Börsentermingeschäfts	661
I. Der Termineinwand	661
II. Die Termingeschäftsfähigkeit	662
1. Die gesetzliche Einteilung	662
2. Die im Handelsregister eingetragenen Kaufleute (§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BörsG)	663
a) Rechtspolitische Grundlagen	663
b) Ausnahmetatbestände	663
c) Die Termingeschäftsfähigkeit des eingetragenen Scheinkaufmanns	665
d) Die Termingeschäftsfähigkeit des nicht eingetragenen Vollkaufmannes	666
3. Die Berufsmäßigkeit der Geschäftstätigkeit gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 BörsG	666
III. Termineinwand und rechtsmißbräuchliches Verhalten	669
IV. Das Verhältnis zwischen Termineinwand und Differenzeinwand	671
D. Phänomenologie der Börsentermingeschäfte auf den Kapital- und Finanzmärkten	673
I. Börsenkassageschäfte	673
II. Waren- und Effektenkreditgeschäfte	674
III. Das Warentermingeschäft	676
IV. Das Devisentermingeschäft	677
V. Das Wertpapierdirektgeschäft	678
VI. Die Optionsgeschäfte als Börsentermingeschäfte	678
VII. Die Finanzterminkontrakte	680
VIII. Die Swapgeschäfte	681
1. Der Zinsswap	681
2. Devisenmarkt-Swaps und Währungsswaps	681
IX. Die Zinscapvereinbarungen	682
E. Informationsbezogene Leistungs- und Schutzpflichten in Börsenterminaußengeschäften	683
I. Der Einfluß der rechtlichen Unverbindlichkeit auf den Pflichtenumfang	683
II. Die erhöhte Gefährlichkeit der Börsentermingeschäfte	684
III. Die Informationspflichten der Vermittler von Börsentermingeschäften	687
1. Aufklärungspflichten über das erhöhte Grundrisiko der Termingeschäfte	687
2. Die Aufklärung über die Bedeutung von Aufschlägen auf die Börsenoptionsprämie	690
3. Aufklärung über die Unverbindlichkeit des Termingeschäftes	693
4. Beratungs- und Nachforschungspflichten des Vermittlers	694
V. Informationspflichten des Anlageberaters	694
1. Potentielle Beraterstellungen	694
2. Anlegerbezogene Beraterpflichten	695
3. Besondere Risiken der empfohlenen Anlageform	695
VI. Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Direktgeschäften zwischen den Spekulationspartnern	698
1. Direktgeschäfte zwischen Privatpersonen	698
2. Eigenoptionsgeschäfte der Kapitalanlage- und Vertriebsgesellschaften	698

a) Der unterschiedliche Risikogehalt der einzelnen Optionsformen . . . .	698
b) Aufklärungspflichten über die fehlende Börsenplazierung von Eigenoptionen . . . . .	701
c) Die Aufklärung über das Fehlen einer kongruenten Deckung . . . . .	702
d) Weitere Pflichten des gewerbsmäßigen Optionseigenhändlers . . . . .	702
F. Das Regelungskonzept des Anlegerschutzes bei Börsentermingeschäften – Informationsmodell contra individualisierte Börsenrechtssphäre – . . . . .	704
I. Das bisherige Konzept des zivilrechtlichen Anlegerschutzes . . . . .	704
II. Rechtspolitische Überlegungen zur Substituierbarkeit der börsengesetzlichen Regelung durch umfassende Informationspflichten . . . . .	705
1. Die Aktualität des Informationsmodells . . . . .	705
2. Schwachstellen des informationsorientierten Anlegerschutzes bei Börsentermingeschäften . . . . .	706
III. Die Novelle des BörsG vom 11. 7. 1989 als »verdeckte« Einführung des »Informationsmodells« . . . . .	712
1. Strukturelle Mängel der gesetzlichen Neufassung . . . . .	712
2. Die Ausklammerung der Warentermingeschäfte . . . . .	713
3. Die durch § 53 Abs. 2 BörsG statuierten Informationspflichten . . . .	714
a) Rechtsdogmatisch begründete Besonderheiten der Aufklärungspflichten . . . . .	714
b) Die Vereinheitlichung des Adressatenkreises . . . . .	715
c) Der Inhalt der Aufklärungspflichten . . . . .	715
4. Würdigung und Ausblick . . . . .	718
G. Anlegerschutz durch aufsichtsrechtliche Instrumentarien . . . . .	718
I. Einleitung . . . . .	718
II. Das System der Börsenaufsicht in Deutschland . . . . .	720
III. Die Börsenselbstverwaltung an der DTB . . . . .	721
1. Die Zulassungsvoraussetzungen der Börsenordnung der DTB . . . .	721
2. Sicherheitsleistungen . . . . .	722
a) Sicherheitsleistungen der Börsenteilnehmer und Clearing-Mitglieder	722
b) Sicherheitsleistungen des Privatkunden . . . . .	723
IV. Die Aufsicht nach dem KWG . . . . .	723
V. Der außerbörsliche Handel . . . . .	726
H. Würdigung des deutschen Anlegerschutzsystems für Börsentermingeschäfte . .	726
I. Das Bonitätsrisiko . . . . .	727
II. Das Liquiditätsrisiko . . . . .	727
III. Das Preisbildungsrisiko . . . . .	728
IV. Das Prognoserisiko . . . . .	729
<i>Achtzehntes Kapitel: Zusammenfassung</i> . . . . .	731
A. Die vertragsrechtliche Erfassung des Risikophänomens . . . . .	731
B. Die rechtsverbindlichen Wagnisverträge . . . . .	733
C. Die aleatorischen Verträge – Spiel und Spekulation . . . . .	734
Literaturverzeichnis . . . . .	737
Sachregister . . . . .	775