

dem Eisenhut effektiver Bezug der Papiere anerbotten worden. Möge auch letzterer in der Regel nicht beabsichtigt haben, die für ihn gekauften Papiere wirklich zu beziehen, so habe ihm doch gewiß das Recht zugestanden, effektive Lieferung zu verlangen. Die Thatsache, daß Eisenhut Stiefabrikant, nicht Banquier gewesen sei, beweise nichts dafür, daß es sich um bloße Spielgeschäfte gehandelt habe. Ebenso wenig folge dies daraus, daß die gekauften Papiere vielfach reportiert worden seien. Diesen Ausführungen liegt ein Rechtsirrtum nicht zu Grunde; dieselben beruhen gegenwärtig auf richtiger Auffassung des Rechtsbegriffs des reinen Differenzgeschäftes und auf richtiger rechtlicher Würdigung der festgestellten Thatsachen. Nach diesen liegt nichts dafür vor, daß die zwischen den Parteien bestandene Gesellschaft zum Zwecke des Abschlusses reiner Differenzgeschäfte, welche den Charakter des Spiels oder der Wette an sich tragen, eingegangen worden sei.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung der Rekurrentin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Teilen bei dem angefochtenen Urteile des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen sein Bewenden.

51. Urteil vom 25. März 1893 in Sachen Bachofen
gegen Schweizerische Volksbank.

A. Durch Urteil vom 19. Dezember 1892 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Das erstinstanzliche Urteil ging dahin: Beklagte ist zur unbeschwerten Herausgabe folgender Titel an Kläger verurteilt:

Fünf Aktien der Basler Handelsbank Nr. 14,496 bis 14,500 à 500 Fr.;

Eine Obligation der Österreichischen Alpine Montan-Gesellschaft Serie 358 Nr. 4, von 2500 Fr.;

Sechs Obligationen der Schweizerischen Westbahn von je 500 Fr., Nr. 77,668, 82,460, 94,123, 94,432, 94,434.

Drei Obligationen Banque foncière du Jura, von je 1000 Fr., Nr. 3548 bis 3550.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil ergriff die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: Es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. Für den Fall, daß dem Gerichte die in den Strafakten enthaltenen Thatsachen nicht genügen sollten, werde der Antrag auf Zeugeneinvernahme des L. J. Respinger-Albury über die in der Klagebeantwortung namhaft gemachten Thatsachen aufrecht erhalten.

Der Anwalt des Klägers trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der bei dem Kläger als Kommiss angestellte Leonhard Friedrich Respinger entfremdete seinem Prinzipale eine Anzahl Wertpapiere und verpfändete dieselben zu Deckung eigener Börsenspekulationen bei verschiedenen baslerischen Bankinstituten, so die im Dispositiv des erstinstanzlichen Urteils erwähnten Titel bei der beklagten Schweizerischen Volksbank in Basel. Die Wertpapiere, welcher Respinger diese Titel entnahm, war im Bureau des Klägers, welches in dessen Wohnhause sich befindet, untergebracht; dem Respinger war der Schlüssel zu der Kasse anvertraut, doch besaß auch der Prinzipal selbst einen solchen. Neben dieser Entfremdung von Wertpapieren eignete sich Respinger auch Gelder seines Prinzipals im Betrage von 40,000 Fr. rechtswidrig an; er stellte eine von ihm per C. Bachofen-Burckhardt gezeichnete Anweisung in diesem Betrage auf ein Bankinstitut, mit welchem der Kläger in regelmäßiger Geschäftsverbindung stand, aus und erhielt dieselbe, da er für den Kläger zu zeichnen befugt war, ohne Anstand ausbezahlt, worauf er mit dem Gelde flüchtig wurde. Durch Urteil des Strafgerichtes des Kantons Baselstadt vom 23. April 1892 wurde Respinger der Unterschlagung im Betrage von 70,500 Fr. (und des leichtsinnigen Bankrotts) für schuldig erklärt. Das Urteil bemerkt: „Da Respinger den Kassenschlüssel „anvertraut erhielt, da auch die Verwaltung der Wertpapiere zu „seinen Obliegenheiten gehörte, so befanden sich die entfremdeten „Titel nach der Auffassung des Strafrechtes im Gewahrsam des

„Angeklagten.“ Dagegen verurteilte das Appellationsgericht (durch Entscheidung vom 23. Mai 1892) hinsichtlich der entfremdeten Titel den Respinger wegen Diebstahls. Es führte aus: Bezüglich der der Wertchriftenkassette entnommenen Titel sei keine Unterschlagung anzunehmen. „Daß der Angeklagte auch die Schlüssel dazu „hatte, ist nicht entscheidend, da das auch in Dienstverhältnissen „aller Art vorkommt, wo doch allfällige Veruntreuungen unzweifelhaft als Diebstahl behandelt werden. Es muß vielmehr in jedem „einzelnen Falle aus dessen besondern Umständen ermittelt werden, „ob von anvertrautem Gute und infolge davon bei Mißbrauch „dieses Vertrauens von Unterschlagung die Rede sein könne, und „in dem heutigen Falle kann nicht gesagt werden, daß der Angeklagte die Titel in seinem Gewahrsam hatte. Der Prinzipal hat „sich selbst die Möglichkeit beständigen direkten Eingreifens gewahrt, „wie das schon damit gegeben war, daß er sie in seinen Wohnräumen zu jederzeit freier Disposition hatte. Auch weist nichts „darauf hin, daß der Angeklagte ermächtigt war, nach eigenem „Gutfinden den Titelbestand zu verändern. Aus der Natur des „Verhältnisses ist vielmehr zu entnehmen, daß der Angeklagte durch „die widerrechtliche Aneignung der Titel einen Diebstahl begangen „hat.“ Der Kläger belangte nunmehr die Beklagte auf unbeschwerter Herausgabe der entfremdeten, bei ihr hinterlegten Titel. Die Beklagte bestritt die Klage, weil die Titel nicht als „gestohlene Sachen“ im Sinne des Art. 206 D.-R. zu betrachten seien. Beide Instanzen haben die Klage gutgeheißen.

2. Wie die Vorinstanzen mit Recht aussprechen, ist der Civilrichter an die Qualifikation der Tat des Respinger, wie sie vom Strafrichter gegeben worden ist, nicht gebunden. Art. 206 D.-R. stellt eine für die ganze Schweiz gleichmäßig geltende Norm eidgenössischen Rechts auf. Die Begriffe „gestohlen“ oder „verloren“ in Art. 206 cit. dürfen daher nicht in dem verschiedenen Sinne aufgefaßt werden, welchen die Kantonalgesetze, speziell die kantonalen Strafgesetzbücher, ihnen beilegen; es kommt ihnen vielmehr, nach dem klar erkennlichen Willen des eidgenössischen Gesetzgebers, ein für die ganze Schweiz übereinstimmender Sinn zu, welcher durch Wissenschaft und Praxis, ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Begriffsbestimmungen der kantonalen Strafgesetze, einheitlich festzustellen ist. Daraus also, daß eine Handlung nach

einem kantonalen Strafgesetze sich als Diebstahl qualifiziert und auch vom Strafrichter als solcher qualifiziert worden ist, folgt nicht ohne weiters, daß die durch dieselbe entfremdete Sache als eine gestohlene im Sinne des Art. 206 D.-R. zu betrachten sei. Umgekehrt ist die Anwendung des Art. 206 D.-R. nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Tat, durch welche die Sache dem Eigentümer wider seinen Willen entzogen wurde, strafrechtlich nicht als Diebstahl, sondern etwa als Raub zu behandeln war und behandelt worden ist (siehe Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht IX, S. 12 u. f.). Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß der Civilrichter frei zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen des Art. 206 D.-R. gegeben seien.

3. Als „gestohlen“ oder „verloren“ im Sinne des Art. 206 D.-R. sind diejenigen Sachen zu betrachten, deren Gewahrsam der Berechtigte wider oder ohne seinen Willen, unfreiwillig, verloren hat. Es ist zwar (Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, S. 269) die Ansicht ausgesprochen worden, als „gestohlen“ im Sinne des Art. 206 seien überhaupt alle Sachen zu betrachten, welche durch dolose Aneignung dem Eigentümer entzogen wurden, so daß darunter auch durch Betrug erlangte oder unterschlagene Sachen fallen. Allein diese Meinung ist nicht haltbar, sie steht im Widerspruch mit dem Grundgedanken des Gesetzes. Dieses schließt sich in Bezug auf die Zulässigkeit der Bindifikation beweglicher Sachen wesentlich dem Art. 306 des deutschen Handelsgesetzbuches und dem französischen Rechte an; wie diese Gesetze, insbesondere das deutsche Handelsgesetzbuch, beruht das Obligationenrecht auf der deutschrechtlichen Unterscheidung zwischen anvertrautem und verlorenem Gute. Bei anvertrautem Gute ist die Bindifikation gegen den gutgläubigen Erwerber ausgeschlossen; hier bewirkt der gutgläubige Besitzerwerb zugleich Rechtsverwerb, auch wenn der Übertragende nicht Eigentümer war. Der Eigentümer muß, wenn sein Vertrauensmann die Sache rechtswidrig einem redlichen Erwerber veräußert oder verpfändet hat, seinen Glauben da suchen, wo er ihn gelassen hat, d. h. er muß sich an seinen Vertrauensmann halten, während ihm ein Recht gegenüber dem Erwerber nicht zusteht. Bei unfreiwilligem Verluste des Gewahrsams dagegen steht dem Berechtigten gegen jeden Inhaber die Bindifikation zu. Wenn das Gesetz von „gestohlenen“ oder „ver-

lorenen“ Sachen spricht, so hat es damit, seiner historischen Wurzel entsprechend, überhaupt die Fälle unfreiwilligen Verlustes des Gewahrsams im Auge, aber auch nur diese. Die Worte „gestohlen“ oder „verloren“ sind allerdings nicht nur auf Diebstahl und Verlieren im engeren Sinne zu beziehen, sondern bezeichnen überhaupt sämtliche Fälle unfreiwilligen Verlustes des Gewahrsams, dagegen dürfen sie nicht weiter ausgedehnt, insbesondere nicht auf Fälle des Betruges, der Unterschlagung u. dgl. erstreckt werden. Durch eine derartige Ausdehnung würde man in Widerspruch mit dem Gedanken des Gesetzes treten, wonach, wenn der Gewahrsam einer Sache einem Dritten anvertraut wurde, der Eigentümer und nicht der redliche Erwerber die Folgen eines Mißbrauchs des vom erstern geschenkten Vertrauens zu tragen hat. Danach hängt denn hier, wie auch die kantonalen Instanzen annehmen, die Entscheidung davon ab, ob die Wertpapiere sich im Gewahrsam des Klägers befanden und demselben in rechtswidriger Weise entzogen wurden, oder ob vielmehr dem ungetreuen Angestellten Respinger der Gewahrsam der Papiere anvertraut war.

4. Diese Frage ist, in Übereinstimmung mit den kantonalen Instanzen, im erstern Sinne zu beantworten. Allerdings hatte der Angestellte Respinger in seiner dienstlichen Stellung Zutritt zu der Wertschriftenkasse und damit die tatsächliche Möglichkeit, sich Titel aus derselben anzueignen. Allein der Gewahrsam an derselben und den darin befindlichen Titeln war ihm damit nicht, jedenfalls nicht ausschließlich, anvertraut, sondern die Kasse mit den darin enthaltenen Wertschriften befand sich fortwährend im eigenen Gewahrsam des Prinzipals. Die Kasse und damit die Titel befanden sich im Bureau und Wohnhause des Prinzipals, welcher einen Kassaschlüssel besaß. Sie standen somit zu seiner jederzeitigen freien Verfügung, waren seiner Verfügungsgewalt unterworfen. Der Prinzipal konnte in jedem Augenblicke die Einwirkung des Angestellten (durch Veränderung des Kassaschlusses etc.) tatsächlich ausschließen. Der Prinzipal hatte sich also seines Gewahrsams nicht entäußert, so wenig als die Dienstherrschaft sich des Gewahrsams an den in ihrer Wohnung befindlichen Sachen dadurch entäußert, daß sie dem Dienstherrn einen Schlüssel zu den Wohnzimmern, den darin enthaltenen Schränken u. s. w., zum Zwecke Ermöglichung leichterer Besorgung seines Dienstes, überläßt. Auch wenn

richtig wäre, was die Beklagte behauptet und worüber sie Beweis beantragt hat, daß Respinger die Verwaltung der Titelfasse zu besorgen gehabt habe und daß er den Schlüssel nicht nur zur Kasse, sondern auch zum Hause und zum Bureau des Klägers besessen habe, so würde daraus doch nicht folgen, daß ihm der Gewahrsam an Kasse und Titeln vom Prinzipale überlassen worden sei, daß der Prinzipal unter Aufgabe seines eigenen Gewahrsams die Verwahrung von Kasse und Titeln dem Angestellten anvertraut habe. Dies ist vielmehr durch die Tatsache der ununterbrochenen, fortdauernden eigenen Verfügungsgewalt des Prinzipals ausgeschlossen. Höchstens könnte alsdann gesagt werden, daß neben dem Prinzipale auch dem Angestellten Gewahrsam zugestanden habe. Allein auch in diesem Falle konnten die Titel nur durch Bruch des fortdauernden Gewahrsams des Prinzipals letztem entzogen werden, wurden also diesem Gewahrsam gegen den Willen des Prinzipals entzogen, und wären daher als gestohlen zu behandeln. Der Beweisanspruch der Beklagten ist daher jedenfalls unerheblich. Übrigens dürfte hier wohl richtiger dem Angestellten eigener Gewahrsam nicht zugeschrieben werden, da ihm zwar wohl die tatsächliche Möglichkeit vorübergehender Einwirkung gegeben war, die ständige, ausschließende Herrschaft über die Kasse und ihren Inhalt aber doch nur der Prinzipal sich zuschreiben konnte. Wenn die Beklagte einen Widerspruch darin erblickt hat, daß die Strafgerichte nicht auch hinsichtlich der entfremdeten Gelder Diebstahl angenommen haben, so ist dies nicht richtig. Die Gelder wurden ja gar nicht der Kasse entnommen, sondern der ungetreue Angestellte erhob dieselben auf eine mißbräuchlich auf den Namen des Prinzipals ausgestellte Anweisung hin bei einem Bankinstitute. Hinsichtlich der Gelder konnte also Diebstahl gar nicht in Frage kommen, sondern konnte sich nur fragen, ob Unterschlagung oder aber Betrug vorliege.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Teilen bei dem angefochtenen Urteile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt sein Bestehen.