

84. Urteil vom 20. April 1894 in Sachen
Heß gegen Kummer.

A. Durch Urteil vom 27. Februar 1894 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen erkannt: Der Kläger sei mit seiner Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der klägerische Vertreter die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei das angefochtene Urteil gänzlich aufzuheben und zu erkennen: Die Beklagten seien schuldig, an den Kläger die Summe von 9749 Fr. 45 Cts. samt Zins à 5 % vom 20. September 1892 an, ferner für Protest- und Retourspesen 56 Fr. 45 Cts. zu bezahlen.

C. In der heutigen Verhandlung bestätigt der klägerische Anwalt diese Anträge. Der beklagte Anwalt beantragt dagegen Verwerfung des Rekurses und Bestätigung des obergerichtlichen Urteils. Für den Fall, als das Bundesgericht ein unklagbares Differenzgeschäft nicht annehmen sollte, beantragt er Rückweisung an die Vorinstanz, weil die vorliegenden Akten keine genügende Grundlage für die Berechnung der eingeklagten Forderung von 9749 Fr. 45 Cts. bilden; eventuell beantragt er, diese Forderung zu reduzieren, und weiter eventuell Ermäßigung der geforderten Prozeßentschädigung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 6. Mai und 10. August 1892 schloß der Kläger für die beklagte Firma, und im Auftrage derselben, durch die Caisse de liquidation in Havre folgende Ein- und Verkäufe, sogenannte Arbitragegeschäfte, ab. Er kaufte für die Beklagte:

500 Säcke Santos-Kaffee à	Fr. 80 —
1000 " " "	" 84 50
1000 " " "	" 85 —

alles lieferbar September 1892,

und verkaufte dagegen in Arbitrage für sie:

500 Säcke Santos-Kaffee à	Fr. 79 —
1000 " " "	" 84 —
1000 " " "	" 85 —

alles lieferbar Dezember 1892.

Die Hoffnung, auf welche die Beklagte diese Spekulation gegründet hatte, erfüllte sich nicht. Im September war effektive Ware stark angeboten, wogegen die Preise der Lieferungsware in Folge ungünstiger Ernteausichten in die Höhe gingen. Beklagte erteilte daher am 31. August dem Kläger die Ordre, das ganze gekaufte Quantum schon auf Ende September zu liquidieren, in der Weise, daß die per September gekauften 2500 Säcke verkauft, und die per Dezember verkauften 2500 Säcke zurückgekauft werden. Aus dieser Liquidation entstand ein Verlust von 9749 Fr. 55 Cts. Der Beklagten wurde über diese Abwicklung Rechnung gestellt, und nach vorgängiger Anzeige ein Wechsel im angegebenen Betrage auf sie gezogen, welchen sie jedoch mit Protest zurückgehen ließ.

2. Der Kläger erhob nun gerichtliche Klage auf Bezahlung des Liquidationsfalbo von 9749 Fr. 55 Cts., Wert 20. September 1892 und der Protest- und Retourspesen, und führte zu deren Begründung im wesentlichen Folgendes an: Bei den fraglichen, ausdrücklich nach Havrester-Konditionen abgeschlossenen und unter die Garantie der Caisse de liquidation in Havre gestellten Geschäften habe es sich um Operationen in Waren mit effektiver Lieferung und Empfangnahme gehandelt. Für die Begutachtung und Untersuchung der Ware sei baselbst in der Chambre d'arbitrage eine eigene Behörde aufgestellt. Kein Käufer und kein Verkäufer könne sich der effektiven Empfangnahme und Lieferung der Ware entziehen. Sofern die schließliche Abwicklung des Geschäftes in anderm Wege als durch effektive Lieferung und Abnahme erfolge, so sei das Sache besonderer späterer Abmachung. Das Charakteristische dieser Arbitragegeschäfte sei folgendes: Sie bestehen in simultan gemachten, neben und gegen einander gestellten Ein- und Verkäufen von Waren der nämlichen Art auf verschiedene Liefertermine, die man deswegen für weniger gefährlich als die unabhängig von einander geschlossenen Spekulationskäufe und Verkäufe erachte, weil durch jenen Simultanabschluß die Grenze des zu laufenden Risiko sofort und genau limitiert sei. Wer beispielsweise, wie in unserm Falle, am 6. Mai 500 Säcke Santos-Kaffee per September zu 80 Fr. gekauft, und am nämlichen Tage in Arbitrage die gleiche Partie per

Dezember zu 79 Fr. verkauft habe, sei sich klar bewußt, daß er, wenn er die gekauften 500 Säcke zum Lieferungsstermin zu 80 Fr. bei der Caisse de liquidation beziehe und einlagere, damit seinem Dezembekäufer zu 79 Fr. den Kontrakt zu erfüllen in der Lage sich befinde. Schlimmsten Falls wäre daher der durch die Preisschwankungen der Ware zu laufende Risiko gleich 1 Fr. per Sack. Das die Beklagte treffende Verlustergebnis hätte daher durch dieselbe abgewendet, oder doch erheblich gemindert werden können, wenn sie die per September gekaufte Ware effektiv bezogen hätte, was nach ihr Maßgabe der Konditionen der Caisse de liquidation, unter denen das Geschäft abgeschlossen wurde, freigestanden habe, um sie im Dezember effektiv zu den gehandelten Preisen zu liefern.

Statt dessen habe sie es vorgezogen, die beiden Positionen, den Einkauf von 2500 Säcken per September und den Verkauf desselben Quantums per Dezember, zusammen auf Ende September zu liquidieren. Dazu habe sie dem Kläger beziehungsweise dessen Agenten Bloch in Zürich am 31. August Auftrag gegeben, und das Resultat dieses Auftrages habe laut den der Beklagten zugestellten Comptes de résultat auf der Septemberoperation einen Netto-Gewinn von 242 Fr. 25 Cts., auf der Dezemberoperation dagegen einen Netto-Verlust von 9955 Fr. 70 Cts. ergeben.

Uebungsgemäß sei der Beklagten Abrechnung gestellt worden. Den nach konstanter Praxis für den verfallenen Schuldbetrag auf die Beklagte gezogenen Wechsel habe dieselbe zurückgehen lassen.

Die Schuld der Beklagten für die eingeklagte Summe beruhe auf ihrer gesetzlichen Ersatzpflicht für alle in ihrem Interesse von dem Kläger gemachten Vorschüsse, Auslagen und andern Verwendungen, sowie auf ihrer Pflicht, die dem Kommissionär für die Geschäftsausführung zukommenden Provisionen zu bezahlen. Die Rechnungsweise sei der Beklagten aus einem frühern mit dem Kläger durchgeführten Geschäft, bei welchem sie einen Gewinn von 657 Fr. 75 Cts. gemacht habe, genau bekannt.

3. Die Beklagte brachte für ihren auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag vor: Das vorliegende Geschäft sei nach Art. 512 D.-R. nicht klagbar, da es sich um ein Spielgeschäft

handle. Die in der Klage aufgeführten Aufträge seien vom Kläger allerdings ausgeführt worden, aber nicht in effektiver Lieferung, sondern nur auf dem Papier; es habe sich tatsächlich nur um die Preisdifferenzen gehandelt. Daß die Beklagte Ende August den Auftrag gegeben hätte, Alles auf einmal zu liquidieren, werde von ihr bestritten. Der Auftrag sei viel mehr bloß dahin gegangen, 1000 Säcke zu liquidieren, sofern eine Spannung von 1 Fr. eintrete, welche Voraussetzung nicht eingetroffen sei. Gleichwohl habe Kläger liquidiert, jedoch nur deshalb, weil die verlangte Deckung nicht eingesandt worden sei. Hiezu sei er aber nicht ohne weiteres berechtigt gewesen, sondern er hätte die Beklagte jedenfalls vorerst in Verzug setzen sollen. Ein unklagbares Differenzgeschäft liege nach richtiger Interpretation des Art. 512 D.-R. dann vor, wenn keine effektive Lieferung verstanden gewesen sei. Dies treffe hier zu. Keine der beiden Parteien habe an effektive Lieferung gedacht. Beklagte habe in dieser Zeit absolut kein Bedürfnis für Kaffee, namentlich nicht in einem solchen Quantum gehabt; es werde auf die Tatsache verwiesen, daß die dem Kläger aufgetragenen Geschäfte sich sofort gegenseitig aufgehoben haben. Keine der bei Käufen oder Verkäufen üblichen Manipulationen z. B. die Bornahme einer Wägung, habe hier stattgefunden. Auch sei die Beklagte niemals angefragt worden, ob sie effektiv beziehen wolle, oder nicht. Das vom Kläger angerufene Règlement de la caisse de liquidation werde in keinem Falle eingehalten. An der Havrejer Kaffeebörse werde manchmal an einem Tage mehr Kaffee gehandelt, als auf dem ganzen Erdball erhältlich wäre. Eventuell werde die eingeklagte Forderung in ihrer Höhe bestritten. Die vom Kläger gestellten Abrechnungen seien der Beklagten nicht verständlich, es werde nähere Spezifikation derselben verlangt. Die Pflicht zur Bezahlung der Protest- und Retourspesen werde abgelehnt; da Beklagte von Anfang an ihre Zahlungspflicht bestritten habe, sei die Ausstellung eines Wechsels auf die Beklagte durchaus überflüssig gewesen, und es habe daher Kläger die dadurch entstandenen Kosten an sich selbst zu tragen.

4. In dem von der ersten Instanz angeordneten Beweisverfahren produzierte der Kläger folgende Aktenstücke:

a. Zwei Originalformulare derjenigen Kontrakte, welche die

Caisse de liquidation bei allen durch sie vermittelten Verkaufsbeziehungsweise Kaufgeschäften den Kontrahenten ausliefert.

b. Zwei sogenannte Filieren. Ueber die Bedeutung und Anwendung dieser Filieren macht Kläger folgende, vom Beklagten nicht bestrittene Darstellung: Wenn der Verkäufer die Verfallzeit des Kontraktes abwartet, so meldet er seine Lieferung bei der Caisse de liquidation an. Dies geschieht durch die Filieres. Kommt der Käufer dann mit seinem Kontrakt und verlangt die Lieferung der Waare, so folgt ihm die caisse de liquidation die Filiere gegen Bezahlung des darin genannten Preises aus, und der Käufer bezieht unter Garantie der Kaffe aus den Dock in Havre die in der Filiere genau bezeichnete Quantität und Qualität Kaffee. Das nämliche geschieht, in umgekehrtem Sinne, bei Einkauf und Wiederverkauf. Diese Filieren haben also den Charakter von Bezugsscheinen und sind indossabel. Wickelt sich das Geschäft vor dem im Kontrakte vorgesehenen Zeitpunkt durch gleichzeitigen Kauf und Verkauf ab, so wird von der Caisse de liquidation sofort nach gemachter Anzeige der Gewinn ausbezahlt oder der Verlust eingefordert.

c. Ein amtliches Certifikat des Schweizerischen Konsulats in Havre, welches bezeugt, daß das streitige Geschäft unter fünf bestimmten Nummern und mit fünf genau bestimmten Filieren ordnungsmäßig in den Büchern des Klägers eingetragen sei.

d. Einen von demselben Konsulate beglaubigten Brief der Caisse de liquidation, welcher dartut, daß das streitige Geschäft durch Filieren liquidirt worden sei.

e. Eine Anzahl Nummern des offiziellen Kaffeekursblattes von Havre vom 25. August bis 10. September 1892, welche neben den Tagespreisen von Café santos good average die Bestände der in den Dock liegenden Säcke von brasilianischem Kaffee angeben.

f. Ein amtliches Zeugniß des Schweizerischen Konsulates in Havre, über die Platzüblichkeit und Richtigkeit der den Beklagten in Rechnung gestellten Kommissionen und Courtagen.

5. Die beiden kantonalen Instanzen haben, jeweilen mit Mehrheit, dem Standpunkt der Beklagten beigeppflichtet, und ein unklagbares Differenzgeschäft als vorliegend angenommen. Das Obergericht führt aus, nach der vom Bundesgericht, insbesondere

in den Urteilen in Sachen Braunschweig gegen Dufas und Bernische Bodenkreditanstalt gegen Kern (Amtliche Sammlung XVIII) vertretenen Auffassung von den Erfordernissen eines unklagbaren Differenzgeschäftes wäre das vorliegende Geschäft klagbar, denn die Möglichkeit, effektive Lieferung des gekauften Kaffees zu verlangen, habe der Käufer unzweifelhaft gehabt. Das Reglement der Caisse de liquidation, durch deren Vermittlung die Spekulationen in Kaffee sich in Havre abwickeln, sehe effektive Lieferung vor, und überdies geben die dem Käufer ausgehändigten Filieres allermindestens die Möglichkeit, die ausgewiesenen Qualitäten Kaffee wirklich zu beziehen. Nach Ansicht der Mehrheit des Obergerichtes sei jedoch einzig entscheidend, ob nach Lage der Umstände angenommen werden müsse, der Käufer habe bei Aufgabe seiner Ordre einzig und allein daran gedacht, er wolle mittelst der Kurzdifferenz womöglich einen Gewinn erzielen, nicht aber je die Ware effektiv beziehen, und auch der Gegenkontrahent sei über die Meinung des Käufers im Klaren und damit einverstanden gewesen. Daß im vorliegenden Falle das Geschäft wirklich in diesem Sinne abgeschlossen worden sei, gehe aus den Umständen mit aller Deutlichkeit hervor; dafür spreche namentlich der hohe Betrag der gekauften Ware.

6. In rechtlicher Beziehung sind die Parteien darüber einig, daß der zwischen ihnen bestehende Rechtsstreit nach schweizerischem Obligationenrecht zu entscheiden sei. Wäre übrigens auch eine solche Einigung über das anzuwendende Recht nicht erfolgt, so könnten dennoch für die Frage, ob das streitige Rechtsgeschäft wegen seines angeblichen Spielcharakters unklagbar sei, nur die Bestimmungen der lex fori maßgebend sein. Die Vorschrift des Art. 512 D.-M., wonach solche Lieferungs- und Differenzgeschäfte über Waren- und Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, unklagbar sind, ist öffentlichen Charakters, und der Richter hat eine auf einem derartigen Rechtsgeschäft basierende Klage selbst dann zurückzuweisen, wenn die Einrede des Spiels nicht erhoben worden ist (siehe Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen XVIII, S. 536 Erw. 3). Daraus folgt, daß die Frage, ob das der Klage zu Grunde liegende Rechtsgeschäft wegen seines Spielcharakters un-

gültig sei, unter allen Umständen nach dem am Gerichtsort geltenden Rechte beurteilt werden muß.

7. In konstanter Praxis, die auch in Entscheidungen aus neuester Zeit festgehalten worden ist (siehe Urteil des Bundesgerichtes in Sachen Masseturatel der allgemeinen Kreditbank in Basel gegen Respinger vom 28. Oktober 1893), hat das Bundesgericht sich dahin ausgesprochen, daß das Kriterium des flaglosen Differenzgeschäftes darin zu suchen ist, daß die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend durch übereinstimmenden Vertragswillen Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme abschließen wollen, so daß Vertragsgegenstand bloß die Kursdifferenz ist. Daß nun Recht und Pflicht effektiver Lieferung in casu ausdrücklich ausgeschlossen worden sei, behauptet die Beklagte selbst nicht, es ist daher bloß zu untersuchen, ob eine stillschweigende Willensübereinstimmung der Parteien in diesem Sinne bestanden habe. Dies ist nach den Akten jedoch nicht der Fall. Die Vorinstanz stellt ausdrücklich fest, daß dem Käufer unzweifelhaft das Recht zugestanden sei, effektive Lieferung zu verlangen, und sie spricht denn auch aus, daß das vorliegende Rechtsgeschäft nicht unter den vom Bundesgericht festgestellten Begriff des flaglosen Differenzgeschäftes falle. In der Tat geben die Akten keiner andern Anschauung Raum. Für die durch den Kläger auf Rechnung der Beklagten ausgeführten Käufe und Verkäufe waren die Bestimmungen des Reglementes der Caisse de liquidation in Havre maßgebend. Nun berechtigen diese Bedingungen, ebenso wie die auf der Rückseite der Vertragsformulare abgedruckten Artikel des neuen Reglements über Termingeschäfte in Kaffee, welche Bestandteil des Vertrages bilden, den Käufer ausdrücklich zum wirklichen Bezuge der gekauften Ware, der überdies durch die Caisse de liquidation garantiert wird. Dem Käufer wie dem Verkäufer werden durch diese Vermittlungsstelle sogenannte Bulletins d'achat bzw. Bulletins de vente ausgestellt, welche die Art, Qualität und Quantität der Ware, den Preis, die Lieferfrist u. s. w. enthalten. Dem Käufer, welcher die gekaufte Ware beziehen will, werden von der Caisse de liquidation indossable Bezugsscheine, sogenannte Filieren, übergeben, vermittelt welcher er bzw. der in der Filiere als berechtigt Bezeichnete, die Ware

gegen Entrichtung des Kaufpreises (vgl. Fuchs in Schmollers Jahrbuch XV, S. 66 u. ff.) in den Docks von Havre, unter Garantie der Kasse, beziehen kann. Dazu kommt, daß das für die Beklagte abgeschlossene Arbitragegeschäft geradezu die Möglichkeit des effektiven Bezuges zur Voraussetzung hatte. Nach der Darstellung des Klägers, welche die Beklagte nicht zu entkräften vermocht hat, besteht die Eigentümlichkeit dieser gleichzeitig auf verschiedene Termine abgeschlossenen, einander entgegengesetzten Käufe und Verkäufe darin, daß der Käufer durch effektiven Bezug das Risiko auf die sogenannte Spannung d. h. auf die Preisdifferenz zwischen dem Termin, auf welchem er gekauft und demjenigen, auf welchem er verkauft hat, beschränken kann.

8. Kann nach dem Gesagten von einem flaglosen Differenzgeschäft hier nicht gesprochen werden, so ist nunmehr auf die weiteren Einreden der Beklagten einzutreten. Die Beklagte hat zunächst bestritten, daß sie dem Kläger Ende August 1892 den Auftrag gegeben hätte, die ganze Position zu liquidieren, und will nur einen solchen Auftrag für 1000 Säcke gegeben haben. Aus den Briefen des Agenten Bloch vom 29. und 31. August an die Beklagte geht jedoch hervor, daß diese ihm zu Händen des Klägers telephonisch den Auftrag gegeben hat, die sämtlichen 2500 Säcke per September/Dezember zu lösen, und dies stellt auch die Vorinstanz fest, indem sie erklärt, die Beklagte habe, als sich die Kaffeepreise nicht so wie sie es gehofft, gestaltet haben, am 31. August dem Kläger die Ordre gegeben, das ganze gekaufte Quantum schon auf Ende September zu liquidieren, wobei allerdings das Datum irrtümlich auf Ende statt Anfang September lautet.

9. Was die Höhe der in den Comptes de résultat enthaltenen, der Beklagten verrechneten Verkaufs- und Kaufpreise anbetrifft, so hat die Beklagte deren Richtigkeit nicht in Zweifel setzen können, obgleich sie durch die bei den Akten liegenden Kurzzettel in der Lage war, eine zuverlässige Kontrolle zu üben. Durch das schweizerische Konsulat ist sodann bezeugt, daß die verrechneten Kommissions- und Maklergebühren der Usance auf dem Plage Havre entsprechen; da die Beklagte bereits früher ein ähnliches Geschäft mit dem Kläger abgeschlossen hatte,

so waren ihr zudem diese Ansätze bereits bekannt; die klägerische Behauptung, daß dieses frühere Geschäft ebenfalls nach den in Havre üblichen Konditionen, speziell auch was die Kommissions- und Courtageansätze anbetrifft, abgewickelt und von der Beklagten anerkannt worden sei, ist nicht bestritten worden. Nun darf aber, mangels entgegenstehenden Nachweises ohne weiteres angenommen werden, daß die gleichen Usancen auch bereits beim frühern Geschäft gegolten haben, und wenn die Beklagte die Ansätze in jenem Geschäft anstandslos genehmigt hat, so muß sie dieselben auch im vorliegenden Falle gegen sich gelten lassen.

10. Die Pflicht zum Ersatz der Protest- und Retourspesen lehnt die Beklagte mit der Begründung ab, daß sie dem Kläger gegenüber von Anfang an die Zahlung verweigert habe, und daher die Wechselziehung ganz überflüssig gewesen sei. Allein wenn die Beklagte zur Zahlung der eingeklagten Summe verpflichtet war, hatte der Kläger auch das Recht, so lange dieser Zahlungsmodus nicht ausdrücklich ausgeschlossen war, diesen Betrag durch Ziehung eines Wechsels zu erheben. Die von der Beklagten verschuldeten Wechselspesen sind daher von ihr zu tragen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird gutgeheißen und demselben der Klageschluß zugesprochen; die Beklagte ist daher verpflichtet, an den Kläger zu zahlen 9749 Fr. 45 Cts. samt Zins zu 5 % vom 20. September 1892 an, ferner für Protest- und Retourspesen 56 Fr. 45.

85. Arrêt du 21 Avril 1894 dans la cause masse Bulet
contre masse Favre.

L'ancien notaire Pierre Favre, à Bulle, qui était alors en même temps agent pour la Gruyère de la banque A. Glasson & C^e, avait déjà précédemment fait des opérations de bourse par l'intermédiaire de la maison Reverdin & C^e à Genève. Ainsi qu'il le déclare dans la lettre ci-après mentionnée, il

faisait lever à la fin du mois les valeurs achetées pour son compte, et il versait en outre une certaine somme aux banquiers qui lui avançaient le solde, en gardant en nantissement les titres achetés. En Septembre 1890 Favre se trouvait posséder, du chef de ses relations avec la prédite maison, 50 actions Banque de Paris, 50 Alpines, 25 Crédit foncier égyptien 3 % avec lots et 50 Cape Copper. Désirant réaliser le cas échéant ces titres, et trouver des conditions plus favorables que celles de la maison Reverdin & C^e, Favre s'adressa par lettre du 9 Septembre 1890 à l'agent de change Bulet; en même temps Favre qui recevait, paraît-il, le bulletin financier publié par Bulet, manifestait l'intention d'acheter 25 Länderbank, si les renseignements étaient favorables, « mais, ajoutait-il, c'est un titre que je ne lèverais pas; il y aurait lieu de payer les reports à chaque fin de mois. J'attends aussi vos explications à cet égard, étant très peu au courant de ce genre d'affaires. »

Répondant à Favre le même jour, Bulet lui recommandait de prendre la Länderbank et ajoute vouloir faire tout son possible pour faciliter les affaires de Favre de son mieux.

Des relations régulières entre Favre et Bulet s'établirent dès ce moment, et elles ne prirent fin qu'en Juin 1891, où Favre déposa son bilan et fut d'ailleurs arrêté sous prévention de détournement.

Les affaires traitées entre parties sont en substance les suivantes :

Le projet d'acheter des actions Länderbank ayant été abandonné, Favre donna en diverses fois à Bulet l'ordre d'acheter d'autres titres, qui pour la plupart furent reportés pendant plusieurs mois, puis enfin vendus, presque toujours à perte, mais conformément aux ordres de Favre. Ces valeurs sont les suivantes :

1^o 5000 francs de rente italienne, achetés pour le compte de Favre le 30 Septembre 1890, reportés plusieurs fois, et vendus, la moitié le 16 Janvier et l'autre moitié le 11 Février 1891.

2^o 50 actions Banque de Paris, achetées les 14, 15 et 16