

30. Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Februar 1936
i. S. Erben Raschein gegen Strauss & Co.

Unklagbares Differenzgeschäft, Art. 513 OR: Erkennbarkeit der Spielabsicht der einen Partei genügt nicht zur Annahme des stillschweigenden Einverständnisses der Gegenpartei mit dem Ausschluss der wirklichen Erfüllung, sondern dazu bedarf es weiterer Anhaltspunkte im Verhalten der letzteren.

A. — Der Gatte und Vater der beiden heutigen Beklagten, Landwirt und alt Nationalrat P. Raschein, der seither verstorben ist, hatte in den Jahren 1932/1933 mit der Börsenfirma Strauss & C^{ie} in Liverpool eine Anzahl Warentermingeschäfte abgeschlossen durch Vermittlung der Firma Alfred Färber & C^{ie} in Zürich, mit der ihn deren Remisier, der ehemalige Bankier Jegher, der gleichzeitig sein Freund und Bankberater war, in Verbindung gebracht hatte. Die Geschäfte wickelten sich jeweilen in der Weise ab, dass Raschein der Firma Färber meist telephonisch einen Kaufs- oder Verkaufsauftrag erteilte, den diese an die Klägerin weiterleitete. Lautete der Auftrag Rascheins auf Kauf, so übersandte die Klägerin dem Auftraggeber durch die Firma Färber einen Originalkontrakt, laut welchem sie, die Firma Strauss & C^{ie}, die im Auftrag genannte Ware an Raschein verkaufte; bei Verkaufsaufträgen Rascheins lautete der Originalkontrakt umgekehrt auf Übernahme der Ware durch die Klägerin. Die Begleitschreiben der Firma Färber zu den Originalkontrakten trugen, wie schon die Abschlussbestätigungen, mit denen die Firma Färber die telegraphische Anzeige von der Ausführung des erteilten Auftrages an Raschein weiterleitete, den Vermerk: « Es ist Lieferung oder Übernahme von effektiver Ware verstanden », bzw. « Es wurde ausdrücklich vereinbart, dass effektive Lieferung oder Abnahme der Ware verstanden ist ».

Auf diese Weise schloss Raschein mit der Klägerin ins-

gesamt 29 Kaufverträge ab über die folgende Waren und Mengen:

180 000 lbs	=	81 648 kg Cacao.
24 000 ctls	=	1 088 640 kg Weizen.
50 000 bs.	=	1 818 hl Weizen.
600 bales	=	136 080 kg Baumwolle.
200 tons	=	203 200 kg Kupfer.
300 tons	=	304 800 kg Zucker.
150 tons	=	152 400 kg Blei.

Vor Eintritt der in den Verträgen genannten Liefertermine schloss Raschein dann mit der Klägerin entgegengesetzte Verträge ab, laut welchen er ihr die auf Grund der oben genannten Verträge gekauften Waren wieder zurückverkaufte. Die Differenzen zwischen den Ankaufs- und Verkaufspreisen wurden ihm durch die Klägerin je nach dem Ausgang der einzelnen Transaktion als Gewinn gutgeschrieben oder als Verlust belastet. Für ihre Tätigkeit schrieb sich die Klägerin Kommissionen und Spesenersatz gut.

B. — Aus 13 in die Zeit von Mitte Mai bis Mitte Juli 1933 fallenden Geschäften resultierte ein Verlust Rascheins von £ 1198/7/10, auf deren Bezahlung, umgerechnet zum Kurse von 17 Fr. 20 Cts. = 20,612 Fr. 35 Cts. nebst 5 % Zins seit 16. August 1933, die Klägerin ihn mit Klage vom 15. Dezember 1933 belangte.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, im wesentlichen mit der Begründung, dass es sich bei den mit der Klägerin abgeschlossenen Verträgen um Differenzgeschäfte mit Spielcharakter gehandelt habe.

C. — Das Obergericht des Kantons Zürich wies, wie schon das Bezirksgericht Zürich es getan hatte, die Spielrede zurück und verurteilte den Beklagten zur Bezahlung von £ 1198/7/10 englischer Währung nebst 5 % Zins seit 18. August 1933.

D. — Gegen den Entscheid des Obergerichtes vom 19. September 1935 haben die Erben des inzwischen verstor-

benen Beklagten rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage. In der Berufungserklärung werden verschiedene Aktenwidrigkeitsrügen erhoben, auf die, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen einzutreten sein wird.

E. — An der heutigen Verhandlung haben die Berufungskläger ihre Berufungsanträge wiederholt. Die Berufungsbeklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Zulässigkeit der Berufung, vergl. BGE 61 II S. 117.)

2. — Damit ein Warentermingeschäft als unklagbares Differenzgeschäft nach Art. 513 OR angesehen werden kann, muss gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes Recht und Pflicht zur wirklichen Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waren nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenseinigung der beiden Parteien ausgeschlossen sein, so dass in Wirklichkeit lediglich die Kursdifferenz Gegenstand des Vertrages bildet (BGE 61 II S. 118 und dort angeführte frühere Entscheide und Literatur).

Im vorliegenden Falle hatte Raschein ursprünglich zwar den ausdrücklichen Ausschluss der Realerfüllung behauptet ; wie die Vorinstanz aber auf Grund des Beweisverfahrens für das Bundesgericht verbindlich festgestellt hat, ist der Beweis für die behaupteten Äusserungen des Agenten Färber, dass es ausschliesslich auf die Differenz ankomme und dass Raschein die gekauften Waren nie abnehmen müsste, nicht erbracht worden. Es kann sich daher einzig noch fragen, ob nach den gesamten Umständen eine stillschweigende Vereinbarung dieses Inhaltes anzunehmen sei. Dass in den Bestätigungs- und Weiterleitungsscheinen die Klausel angebracht wurde, es sei ausdrücklich die

Lieferung und Abnahme effektiver Ware vereinbart worden, stünde einer stillschweigenden Vereinbarung entgegengesetzten Inhalts nicht im Wege, sofern im übrigen ausreichende Anhaltspunkte für eine solche vorhanden wären. In diesem Falle wäre die Klausel, wie die gewählte Form des Kaufgeschäftes überhaupt, weil nur zur Verschleierung der wahren Natur des Rechtsgeschäftes dienend, nach Art. 18 OR unbeachtlich.

3. — Eine stillschweigende Vereinbarung des Ausschlusses der effektiven Lieferung muss nach der Auffassung der Beklagten daraus abgeleitet werden, dass die von ihrem Rechtsvorgänger abgeschlossenen Geschäfte sich auf Waren bezogen, die mit seiner sonstigen Tätigkeit als Landwirt vorwiegend keinen Zusammenhang aufwiesen und bezüglich deren ihm jede Sachkenntnis fehlte ; hieraus ergebe sich, dass bei ihm eine Absicht auf effektive Erfüllung der Geschäfte nie bestanden habe ; diese Einstellung sei auch der Klägerin erkennbar gewesen, und wenn sie trotzdem die streitigen Verträge abgeschlossen habe, so habe sie sich mit dem Ausschluss der effektiven Erfüllung stillschweigend einverstanden erklärt.

Nun ist allerdings richtig, dass das Bundesgericht im Entscheid in Band 61 II S. 118 unter tatsächlichen Verhältnissen, die mit dem vorliegenden Fall weitgehende Ähnlichkeit aufwiesen, die Spieleinrede aus den von den heutigen Beklagten ins Feld geführten Gründen gutgeheissen hat. Bei erneuter Prüfung der Frage gelangt das Gericht indes zur Überzeugung, dass aus der Erkennbarkeit der Absicht des blossen Spieles für die Gegenpartei nicht ohne weiteres auf deren stillschweigendes Einverständnis mit dem Ausschluss der Erfüllung geschlossen werden dürfe, sondern dass sich dieser Schluss nur rechtfertigt, wenn er durch weitere Umstände nahe gelegt wird, so z. B. wenn die Gegenpartei auf Grund der von ihr erkannten Spielabsicht des Gegners nun ihrerseits keinerlei Vorkehren für eine effektive Erfüllung der Geschäfte trifft, wenn sich die Geschäfte auf Warenmengen beziehen, die

auf dem Markte überhaupt nicht erhältlich sind, wenn zwischen den Verpflichtungen und den Mitteln des Auftraggebers ein auch der Gegenpartei erkennbares Missverhältnis besteht und dergl.

4. — An solchen weiteren Indizien fehlt es jedoch im vorliegenden Fall. Die gehandelten Quantitäten waren weder insgesamt, noch — was in erster Linie entscheidend sein muss — im einzelnen Geschäfte derart gross, dass eine effektive Erfüllung zum vorneherein als ausgeschlossen erscheinen musste, oder dass auch nur von einem der Klägerin ebenfalls erkennbaren Missverhältnis zu den Mitteln Rascheins die Rede sein könnte. Denn wie das Bundesgericht schon wiederholt festgestellt hat, bedarf es zur Erfüllung eines ernstgemeinten Lieferungsgeschäftes nicht grösserer Mittel, als zur Differenzzahlung bei einem spielartigen Geschäft, da es ausreicht, wenn der Käufer kapitalkräftig genug ist, eine allfällige Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preis, zu dem er die Ware jederzeit weiterverkaufen kann, zu decken (BGE 57 II S. 414). Dass Raschein, der nicht nur Landwirt, sondern auch Aktionär bei den Heilquellen « Passugg » war, über den Betrag von rund 25,000 Fr., der bei Berücksichtigung der oben erwähnten Gesichtspunkte zur Deckung der eingegangenen Verpflichtungen ausreichte, nicht verfügt habe, wird gar nicht behauptet. Das Gegenteil darf ohne weiteres angenommen werden. Auf alle Fälle hätte sich Raschein, der als ehemaliger Nationalrat und bündnerischer Kantonsrichter ein angesehener Mann war, die erforderlichen Mittel allenfalls auf dem Kreditwege beschaffen können. Unter diesen Umständen ist es unerheblich, dass die Feststellung der Vorinstanz, Raschein habe sich mit einem Betrag von 150,000 Fr. an einer Grundstückspekulation in Polen beteiligt, wenigstens hinsichtlich des investierten Betrages in den Akten keinen Anhaltspunkt findet und daher als unbewiesen gelten muss; immerhin lässt schon allein die anerkannte Tatsache, dass Raschein in der Lage war, sich an einem derartigen Geschäft zu

beteiligen, einen gewissen Rückschluss auf seine finanzielle Leistungsfähigkeit zu.

5. — Was das Verhalten der Klägerin anbelangt, so hat sie es keineswegs unterlassen, die für die effektive Erfüllung erforderlichen Vorkehren zu treffen, sondern sie hat gegenteils gemäss den Feststellungen der Vorinstanz die Waren, welche sie jeweils an Raschein verkaufte, vorher an der Börse gekauft, so dass sie, wenn er am festgesetzten Termin effektive Erfüllung verlangt hätte, diesem Begehren ohne weiteres hätte entsprechen können. Wenn eine Lieferung der gehandelten Waren tatsächlich zwischen den Parteien nie erfolgte, so hatte das seinen Grund in den von Raschein durchwegs vor Erreichung des Abnahmetermins vorgenommenen Verkäufen, deren Ausführung durch die Klägerin von der Vorinstanz wiederum als bewiesen bezeichnet wird... Für die Behauptung der Beklagten, es habe sich bei den ins Recht gelegten Kaufs- und Verkaufsverträgen der Klägerin mit andern Börsenfirmen nur um den Austausch von Börsennotierungen ohne reellen Hintergrund gehandelt, fehlt jeder Anhaltspunkt. Dass zufolge der Liquidation der einzelnen Geschäfte durch entsprechende Gegengeschäfte die Erfüllung zwischen den Parteien in der Form der blossen Differenzregulierung vor sich ging, ist ebenfalls kein schlüssiges Indiz für das Vorliegen eines blossen Spieles; denn dies hatte nur zur Folge, dass die effektive Erfüllung zwischen andern Parteien erfolgte (BGE 57 II S. 408).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 19. September 1935 wird bestätigt.