

Le demandeur n'a pris ni l'une ni l'autre de ces précautions. Il s'est ainsi rendu coupable d'une négligence qui engage sa responsabilité et l'oblige à payer des dommages-intérêts, du moment qu'à dire d'expert elle a eu pour conséquence des « aggravations évidentes » de l'état des dents de la défenderesse.

Quant au chiffre de l'indemnité, il convient de considérer qu'une grande part de responsabilité incombe aux dentistes qui ont traité M<sup>me</sup> Giron avant le Dr X et que le lien de causalité apparaît éloigné entre l'omission imputable au demandeur et le dommage causé à la défenderesse. Dès lors, il est suffisant de porter à 1500 fr. la somme accordée par la Cour de Justice civile et de modifier la répartition des dépens.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

admet partiellement le recours et réforme l'arrêt attaqué dans ce sens que l'indemnité due par le demandeur à la défenderesse est portée à 1500 fr., les dépens des deux instances cantonales étant mis pour les 3/4 à la charge du demandeur et pour 1/4 à celle de la défenderesse.

**26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Juni 1935  
i. S. Gebrüder Kunz gegen Strauss & Co.**

Unklagbares Differenzgeschäft (Art. 513 OR). Art. 513 ist um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt (Erw. 1).

Kriterium für den Spielcharakter: Ausschluss der wirklichen Erfüllung durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung; letztere ersichtlich aus sog. Differenzumständen: Mangelnde Sachkenntnis und mangelnder Zusammenhang mit der sonstigen Geschäftstätigkeit als solche (Erw. 3).

Auf Aktenwidrigkeitsrügen ist nur einzutreten, soweit sie auf die rechtliche Beurteilung von Einfluss sind (Erw. 2).

A. — Die Beklagten, Gebrüder Kunz, Metzgerei und Wurstwaren, Chur, traten zu Beginn des Jahres 1933 durch

die Firma Alfred Färber & C<sup>ie</sup>, Zürich, die die Vermittlung von Börsenaufträgen besorgt, mit der Klägerin, der Firma Strauss & Cie in Liverpool, die sich mit Warengeschäften aller Art an amerikanischen und englischen Börsen befasst, in geschäftliche Beziehungen. Die Klägerin räumte den Beklagten einen sog. Margenkredit von 100 £ ein, und die Beklagten schlossen in der Folge vom Januar bis August 1933 mit der Klägerin insgesamt ca. 45 Termingeschäfte ab, mit denen sie von der Klägerin als Selbstkontrahentin insgesamt 1530 Tonnen Weizen, 600 Ballen = 135 Tonnen Baumwolle, 326 Tonnen Kakao, 508 Tonnen Zucker, 381 Tonnen Kupfer und 254 Tonnen Blei kauften und nachher, durchwegs vor Eintritt des Lieferungstermins, wieder an die Klägerin zurückverkauften. Sowohl die Abschlussbestätigungen der die Aufträge vermittelnden Firma Färber & C<sup>ie</sup>, wie die Begleitschreiben, mit denen diese Firma die von der Klägerin gesandten Originalkontrakte an die Beklagten weiterleiteten, trugen den Vermerk: « Es ist Lieferung oder Übernahme von effektiver Ware verstanden ». Bei Käufen der Beklagten war auf den dem Originalkontrakt angefügten Allongen, die die Beklagten jeweils als Empfangsbestätigung unterzeichnet zurücksenden mussten, in englischer Sprache ein Stempel folgenden Inhalts angebracht: « Dieser Kontrakt ist Margen von nicht mehr als 100 £ unterworfen für alle offenen Verpflichtungen und Rechnungen. Margen müssen sofort bezahlt werden, sobald solche verlangt werden, andernfalls Strauss & C<sup>ie</sup> berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, einzelne oder alle offenen Engagements ohne weitere Anzeige zu liquidieren. Jeder Betrag, der Strauss & C<sup>ie</sup> für einen abgeschlossenen Vertrag geschuldet wird, ist Strauss & C<sup>ie</sup> sofort zu überweisen. » Die Preisdifferenz zwischen Kauf und Verkauf wurde je nach dem Ergebnis den Beklagten durch Strauss & C<sup>ie</sup> als Gewinn gutgeschrieben oder als Verlust belastet. Für ihre Bemühungen schrieb sich die Klägerin Provisionen nach bestimmten Ansätzen gut. Die Beklagten erhielten verschiedentlich

Gewinne ausbezahlt, andererseits leisteten sie wiederholt Margendeckung. Die im August 1933 eingetretene allgemeine Baisse führte zu einem Verlust der Beklagten im unbestrittenen Betrage von 9129 Fr. 85 Cts.

B. — Da sich die Gebrüder Kunz weigerten, diesen Betrag zu bezahlen, erhoben Strauss & C<sup>ie</sup> am 11. Oktober 1933 Klage auf Bezahlung von 9129 Fr. 85 Cts. nebst 5 % Zins seit 17. August 1933 und 3 Fr. 40 Cts. Betreibungskosten. Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage mit der Begründung, die Forderung der Klägerin resultiere aus unklagbaren Differenzgeschäften.

C. — Während das Bezirksgericht Plessur die Einrede der Beklagten schätzte und die Klage abwies, hat das Kantonsgericht von Graubünden mit Urteil vom 18./19. Oktober 1934 das Vorliegen von ernsthaften Kauf- und Verkaufsgeschäften angenommen und die Klage geschützt.

D. — Hiegegen haben die Beklagten rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Klage. In der Berufungserklärung werden die folgenden 4 Feststellungen der Vorinstanz als aktenwidrig gerügt :

1. Die Feststellung, dass der gegenwärtige Chef der Klägerin L. Ravenscroft heisse und Präsident der Baumwollbörse von Liverpool sei ; hier wird die Aktenwidrigkeitsrüge damit begründet, dass diese Angaben nicht den eingelegten Akten entnommen seien.

2. Die Feststellung, dass zuerst die Beklagten von Färber & C<sup>ie</sup> eine Offerte mit Kommissionsansätzen über den Abschluss von Warentermingeschäften verlangt hatten.

3. Die Behauptung der Vorinstanz, es sei für die Beklagten kein Schaden entstanden ; diese Rüge begründen die Beklagten mit dem Hinweis auf die Akten in Sachen Gruning, Liverpool, mit welcher Firma sie ebenfalls durch Vermittlung von Färber verkehrt und dabei einige Tausend Franken verloren haben wollen.

4. Die Feststellung, dass die Beklagten in den Rechtschriften die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation erhoben haben.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Wie das Bundesgericht in ständiger Rechtssprechung entschieden hat, ist Art. 513 OR, der die Forderungen aus Differenzgeschäften und Lieferungsgeschäften über Waren oder Börsenpapiere mit Spielcharakter als unklagbar erklärt, um der öffentlichen Ordnung und der guten Sitte willen aufgestellt. Die Frage der Begründetheit der von der Beklagten erhobenen Einrede des Differenzgeschäftes, die im vorliegenden Falle allein streitig ist, beurteilt sich daher nach schweizerischem Recht, ohne Rücksicht darauf, ob im übrigen das Rechtsverhältnis dem schweizerischen oder einem ausländischen Recht unterstehe (BGE 58 II S. 52 und dort angeführte frühere Entscheide). Auf die Berufung ist somit einzutreten.

2. — Zu den von den Beklagten erhobenen Aktenwidrigkeitsrügen ist zu bemerken, dass es für den Entscheid des Prozesses völlig unerheblich ist, wer gegenwärtig Chef der klägerischen Firma ist, auf wessen Initiative die Parteien miteinander in Verkehr traten und ob die Beklagten die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation erhoben und nachher wieder fallen gelassen, oder überhaupt nicht erhoben haben. Eine Prüfung der Begründetheit dieser Rügen erübrigt sich deshalb ; ein Anlass zur Berichtigung des von der kantonalen Instanz festgestellten Tatbestandes bestünde nur, soweit infolgedessen auch die rechtliche Beurteilung eine andere wäre. Die sub Ziffer 3 erhobene Aktenwidrigkeitsrüge geht fehl, weil die Vorinstanz gar nicht die von den Beklagten behauptete Feststellung getroffen hat, dass den Beklagten kein Schaden erwachsen sei. Der beanstandete Passus lautet vielmehr : « Während des gesamten Geschäftsverkehrs soll nach der Darlegung der Klägerin für die Beklagten kein Schaden entstanden sein ». Es handelt sich also gar nicht um eine Feststellung

der Vorinstanz, sondern um die blosser Wiedergabe einer Parteibeauptung, und als solche ist sie keineswegs aktenwidrig, da sie sich dem Sinne nach mit den Behauptungen in den Prozesseingaben der Klägerin durchaus deckt. Selbst wenn aber die Vorinstanz die von den Beklagten gerügte Feststellung hätte machen wollen, so könnten sich die Beklagten zur Widerlegung derselben selbstverständlich nicht auf den Verlauf und das Resultat ihrer Geschäftsbeziehungen zu einem Dritten, nämlich der Firma Gruning, berufen, wenn auch jene Geschäfte ebenfalls durch Färber & Cie vermittelt wurden; es versteht sich von selbst, dass eine solche Feststellung der Vorinstanz nur das Verhältnis der Prozessparteien betreffen würde. Zudem haben die Beklagten nirgends behauptet, geschweige denn bewiesen, dass sich für sie aus dem Gesamtergebnat ihrer geschäftlichen Beziehungen zu der Klägerin ein Verlust ergeben habe.

3. — In der Sache selbst ist, wie bereits erwähnt, einzig die Begründetheit der von den Beklagten erhobenen Spieleinrede zu prüfen.

Gemäss der feststehenden Rechtssprechung des Bundesgerichtes ist ein Termingeschäft dann als unklagbares Differenzgeschäft im Sinne von Art. 513 OR anzusehen, wenn nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht zur wirklichen Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waren oder Börsenpapiere ausgeschlossen sein sollen, so dass in Wirklichkeit überhaupt nur die Kursdifferenz Gegenstand des Vertrages bildet (BGE 58 II S. 52 und dort zitierte frühere Entscheide; vergl. ferner FISCH, Verträge mit Spielcharakter, 1928, S. 104). Da die Beklagten selber nicht behaupten, dass eine Realerfüllung durch ausdrückliche Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, kann sich lediglich fragen, ob aus den gesamten Umständen eine stillschweigende Übereinkunft dieses Inhalts gefolgert werden müsse. Dabei ist von vorneherein zu

bemerken, dass die in den Bestätigungs- und Weiterleitungsscheinen enthaltene Klausel über effektive Erfüllung der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung entgegengesetzten Inhaltes nicht im Wege steht, sofern im übrigen ausreichende Anhaltspunkte für eine solche vorhanden sind. In diesem Falle wäre dann eben die genannte Klausel gleich wie die gewählte Form des Kaufgeschäftes, weil nur zur Verschleierung der wahren Natur des Rechtsgeschäftes dienend, nach Art. 18 OR unbeachtlich.

Das Vorliegen einer derartigen stillschweigenden Vereinbarung auf Ausschluss effektiver Lieferung ist nun, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, in der Tat hier anzunehmen. Zwar bildet der spekulative Charakter der Geschäfte an sich noch kein schlüssiges Indiz für eine Spielabsicht, wie das Bundesgericht schon wiederholt entschieden hat, da auch Termingeschäfte mit der Absicht auf spekulativen Gewinn ernstgemeint, d. h. auf effektiven Güterumsatz gerichtet sein können (BGE 57 II S. 408, 58 II S. 54). Ebenso darf nicht entscheidend darauf abgestellt werden, dass die Käufe der Beklagten ausnahmslos vor dem vertraglichen Lieferungstermin durch Gegengeschäfte, d. h. Wiederverkauf der Ware, liquidiert wurden, so dass die Erfüllung zwischen den Parteien schliesslich in der Form der blossen Differenzregulierung vor sich ging; denn auch hier könnte trotzdem eine effektive Erfüllung, wenn auch zwischen anderen als den Vertragsparteien, beabsichtigt gewesen und vorgenommen worden sein (BGE 57 II S. 408). In diesem Falle wäre die Differenzregulierung lediglich das Surrogat für die Erfüllung, nicht aber der Selbstzweck, wie dies für das Spiel erforderlich ist. Auch der Umstand, dass sich die Beklagten zur Deckung der Verlustmargen nach Massgabe des jeweiligen Kurses verpflichteten, ist für sich allein nicht entscheidend, da es sich bei dieser Massnahme ebenso gut um eine Sicherung der Ansprüche der Klägerin für den Fall der Nichterfüllung durch die Beklagten handeln könnte (vergl. den nichtpublizierten

Entscheid der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 21. November 1930 i. S. Simpère c. Lanzrein und Bern, BGE 58 II S. 54).

Anders verhält es sich nun aber mit dem weiteren Umstand, dass die Beklagten in gänzlich wahl- und planloser Weise Geschäfte über sehr grosse Quantitäten von Getreide, Baumwolle, Zucker, Kakao, Kupfer und Blei abschlossen, also über Waren, die mit ihrem üblichen Geschäftsbetrieb auch nicht den entferntesten Zusammenhang aufwiesen und bezüglich deren ihnen jede Sachkenntnis abging: Mangelnde Sachkenntnis und mangelnder Zusammenhang mit der sonstigen Geschäftstätigkeit sind vom Bundesgericht seit jeher als gewichtige Hinweise auf den Spielcharakter eines Geschäftes betrachtet worden (BGE 29 II S. 646, 31 II S. 66; S. 616). Auch im vorliegenden Fall ergibt sich aus diesen Umständen zusammen mit den oben genannten Momenten, die damit in einem wesentlich andern Lichte erscheinen, dass auf Seiten der Beklagten eine Absicht auf eine effektive Erfüllung der Geschäfte nie bestand. Diese Einstellung der Beklagten konnte der Klägerin, bezw. dem für sie handelnden Färber, nicht verborgen bleiben, und wenn sie trotzdem mit den Beklagten Geschäfte abschloss, so gab sie damit eindeutig zu erkennen, dass sie mit dem Ausschluss der effektiven Lieferung einverstanden war, und erhob ihn damit stillschweigend zum Vertragsinhalt.

Unter diesen Umständen muss die Spieleinrede der Beklagten geschützt werden. Hieran vermag nichts zu ändern, dass das Vorgehen der Beklagten, einerseits die Gewinne aus den günstig verlaufenen Operationen einzustecken, andererseits aber die Bezahlung der Verluste aus den missglückten Spekulationen zu verweigern, vom Standpunkte der geschäftlichen Anständigkeit und kaufmännischen Ehre betrachtet, zu missbilligen ist. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt jedoch, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, in der Erhebung der Spieleinrede nicht, da diese vom Gesetz nun einmal zugelassen ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird geschützt, das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 18./19. Oktober 1934 wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

**27. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung  
vom 4. Juni 1935**

**i. S. Franz Cerncic's Erben gegen Franz Cerncic.**

Klage aus Firmenrecht (OR Art. 876).

Bei mangelnder Unterscheidbarkeit zweier Firmen hat diejenige zu weichen, deren Interessen nach den gesamten Umständen als weniger schutzwürdig erscheinen.

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger und die Teilhaber der beklagten Kollektivgesellschaft sind Geschwister. Ihr Vater, Franz Cerncic, hatte seit 1894 in Brunnen ein Steinbruch- und Baugeschäft betrieben; später übernahm er dazu noch den Betrieb des Hotels Villa Schiller in Brunnen. Bei seinem Tode im Jahre 1922 war sein Geschäft unter der folgenden Firma im Handelsregister eingetragen: « Franz Cerncic, Unternehmer, Steinbrüche und Hartschottwerke, Brunnen, Betrieb des Hotels Villa Schiller ».

Nach dem Tode des Vaters liess sich der Kläger, der bis dahin im väterlichen Geschäft tätig gewesen war, für seine Erbansprüche von seinen Geschwistern, dem Bruder Hugo und vier Schwestern, abfinden. In der Folge pachtete er Steinbrüche in Beckenried und eröffnete ein eigenes Geschäft mit Sitz in Brunnen. Dieses wurde am 22. November 1922 unter der Firma « Franz Cerncic, Steinbrüche » im Handelsregister eingetragen; als Sitz der Firma wurde Brunnen angegeben, und als Geschäftsnatur Steinbrüche. Am 16. Juni 1923 liess er diesen Eintrag ändern in « Franz Cerncic »; die Geschäftsnatur wurde bezeichnet mit: « Steinbrüche, Hartsteinwerke, Unternehmung », und als Sitz wie zuvor Brunnen angegeben.