S. 407 / Nr. 62 Obligationenrecht (d)

BGE 57 II 407

62. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Juli 1931 i. S. Konkursmasse Wolfensberger & Widmer A.-G. gegen Steffen.

Regeste:

Ein klagloses Differenzgeschäft nach OR Art. 513 liegt nur vor, wenn nach übereinstimmender ausdrücklicher oder stillschweigender Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der verkauften oder gekauften Wertpapiere ausgeschlossen sind, so dass überhaupt bloss die Differenz den Gegenstand des Vertrages bildet.
Einzelne Differenzumstände.

Aus den Erwägungen:

1. – In Übereinstimmung mit dem Obergericht ist zuerst die Spieleinrede zu prüfen.

Nach Art. 513 OR entsteht aus Spiel und Wette keine klagbare Forderung; dasselbe gilt von Differenzgeschäften und solchen Lieferungsgeschäften über Waren oder Börsenpapiere, die den Charakter eines Spieles oder einer Wette haben. Nach der feststehenden Praxis des Bundesgerichtes liegt ein klagloses Differenzgeschäft vor, wenn nach übereinstimmender ausdrücklicher oder stillschweigender Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waren oder Börsenpapiere ausgeschlossen sind, so

Seite: 408

dass überhaupt bloss die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet (BGE 39 II S. 644; 40 II S. 545). Ähnlich wird der Differenzcharakter eines Geschäftes im Schrifttum umschrieben (Hermann FISCH, Verträge mit Spielcharakter S. 104, vgl. auch BGB § 764). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes gilt demnach nicht jedes spekulative Börsentermingeschäft als Spiel, und auch die blosser Absicht einer Partei, ein solches Geschäft durch ein Gegengeschäft oder Deckungsgeschäft zu liquidieren, genügt nicht, selbst wenn sie der Gegenpartei bekannt ist, um dem Geschäft Spielcharakter zu verleihen; vielmehr ist, wie schon gesagt wurde, erforderlich, dass nach der Parteimeinung beider Teile Recht und Pflicht der effektiven Abnahme oder Lieferung schlechthin ausgeschlossen sind (BGE 31 II S. 615; 44 II S. 157). Nach dieser bundesgerichtlichen Begriffsbestimmung sind nur die eigentlichen Differenzgeschäfte klaglos, nicht aber die uneigentlichen, bei denen immerhin eine Effektivverfüllung stattfinden soll, aber unter andern Parteien (FISCH a.a.O. S. 106 und 118 ff.)

Der Abschluss wirklicher Abnahme und Lieferung der Waren oder Wertschriften wird regelmässig nicht ausdrücklich vereinbart. Auch hier fehlt es sowohl an einer schriftlichen Abmachung einer solchen Bestimmung, als auch an der Behauptung des Beklagten, dass mündlich Entsprechendes vereinbart worden sei. Es kann sich demnach nur fragen, ob eine stillschweigende Willenseinigung anzunehmen sei, wonach beide Vertragsteile von einer Pflicht und einem Recht zur Abnahme der Papiere nichts wissen wollten. Die Beweislast hierfür trifft den Beklagten, denn er ist es, der die Einrede erhoben hat (ZGB Art. 8).

Für das Bundesgericht als Berufungsinstanz ist dabei Tatfrage, ob die Tatsachen, aus denen die Vorinstanz ihre Schlüsse gezogen hat, gegeben seien und ob ihre tatsächlichen Schlussfolgerungen in Bezug auf den wirklichen Willen der Kontrahenten zutreffen, Rechtsfrage dagegen, wie der Wille auszulegen sei.

Seite: 409

2. – Vor der Prüfung des vorliegenden Falles nach den eben gekennzeichneten Kriterien und Beweisregeln ist dem Beklagten noch einzuräumen, dass die von der Klägerin behaupteten Anerkennungen der Konto-Korrent-Saldi und die damit verbundenen Neuerungen der Spieleinrede für die einzelnen Posten, aus denen die Saldi gezogen worden sind, nicht entgegenstehen und dass diesbezüglich Schwierigkeiten nur hätten entstehen können, wenn nur ein Teil der Posten mit der Einrede behaftet gewesen wäre (vgl. BGE 44 II S. 156 und dort zitierte Literatur).

Da Gegenkontrahentin des Beklagten eine Aktiengesellschaft war und da Prozesspartei heute nicht diese Aktiengesellschaft, sondern die Konkursmasse ist, konnte das Bezirksgericht Arlesheim dem Beweisanspruch der Klägerin entsprechen und die Direktoren der Bank, Wolfensberger und Widmer, als Zeugen einvernehmen. Beide kantonalen Gerichte haben dann in einem gewissen Mass auf die beiden Zeugenaussagen gebaut und die Meinung dieser Vertreter der Gegenpartei hinsichtlich des Ausschlusses der Abnahme- und Lieferungspflicht beiden Parteien als Vertragsmeinung unterstellt.

Wolfensberger hat deponiert: «Bei den Transaktionen mit Steffen wurde nie an reale Erfüllung

gedacht. Eine Abmachung dieser Art ist zwar nie vorausgegangen. Zweck war nur die Kursdifferenz. Wenn ein Privatmann in Devisen handelt, so ist klar, dass er diese nicht abnehmen und liefern will. Die Überlegung: Sind wir verpflichtet, die Devisen herauszugeben, wenn sie von Steffen verlangt werden, haben wir nie angestellt. Wir hätten aber so viel als möglich geliefert, wenn dieser Fall eingetreten wäre. Allerdings haben wir über Bestände in der gehandelten Höhe nie verfügt. Der einzige Weg wäre gewesen, Steffen einen Check auszustellen. Steffen hatte nur einen Anspruch, über die von ihm gekauften Effekten zu verfügen, soweit er erfüllt hätte. Deshalb machten wir auch nie Abrechnungen mit Nummernverzeichnis

Seite: 410

der gehandelten Aktien und Obligationen. Grundsätzlich wäre ich verpflichtet gewesen, dem Kunden die Titel herauszugeben. Tatsächlich aber kam das nicht in Frage, weil Steffen diesen Betrag nicht hätte zahlen können. Praktisch war reale Erfüllung wegen der Höhe der gehandelten Summen gar nicht möglich. Es kam vor, dass die Bank Contre-partie machte, je nachdem sie lag. Bei allen diesen Konti handelte es sich nur um den Differenzsaldo, der am Ende des Jahres übrig blieb. Auch bei den Baissespekulationen Steffens dachte man nie an effektive Erfüllung, weil diese nicht in Frage kommen konnte. Bei Transaktionen in Wertpapieren und Devisen, bei denen die Bank selbst die Contre-partie übernahm, hätte die Bank die Wertpapiere und Devisen zuerst kaufen müssen, um zu erfüllen, wenn Steffen seinerseits Erfüllung angeboten hätte.»

Widmer hat ausgesagt: «In einzelnen Fällen war unsere Bank selbst Contre-partie, in andern Fällen wieder nicht. Die Beträge waren viel zu gross, als dass wir hätten denken können, Steffen wolle die Transaktionen tatsächlich erfüllen. Es handelte sich offensichtlich um Spekulationen. Wir wussten, dass Steffen die Devisen nicht brauchte, um Waren im Auslande zu kaufen. Eine ausdrückliche Abmachung über reale Lieferung oder Nichtlieferung wurde nie getroffen. Wir mussten aber aus der Art des Geschäftes annehmen, dass Steffen effektive Lieferung nie verlangen werde. Wir mussten erwarten, dass Steffen das, was er kaufte, wieder verkaufen werde. Lieferung gegen Zahlung kam meiner Auffassung nach nicht in Frage. Die Möglichkeit zu liefern war m. E. ausgeschlossen in Anbetracht der Höhe der Beträge. Die Depot des Wertschriftenkontos wurden in buchhalterischem Sinne als Stückkonto und als buchhalterische Kontrolle aufgefasst. In einzelnen Fällen trat die Bank als Selbstkontrahentin auf. Eine effektive Ausscheidung der Titel wurde nicht vorgenommen. Die Buchung im Wertschriftenkonto diente lediglich zur Kontrolle über

Seite: 411

den Anspruch Steffens in denjenigen Fällen, in denen es sich um Comptantgeschäfte handelte, weil Zahlung nicht erfolgt war. Bei Termingeschäften kam eine reale Ausscheidung überhaupt nicht in Frage, weil es sich dabei nur um eine zukünftige Leistung handelte.»

Die klägerische Beanstandung der Glaubwürdigkeit dieser Zeugen kann durch das Bundesgericht nicht gehört werden, da diese vom kantonalen Prozessrecht beherrscht wird. Desgleichen muss es bei der tatsächlichen Würdigung des Zeugenbeweises durch das Obergericht sein Bewenden haben, vorausgesetzt, dass keine bundesrechtlichen Beweisnormen verletzt worden oder Widersprüche mit den Akten bei der Wiedergabe der Zeugendepositionen unterlaufen sind, was aber nicht zutrifft (vgl. BGE 54 II S. 368 und WEISS, Berufung S. 242). Wenn nun aber das Bezirksgericht in Erwägungen, die das Obergericht als eingehend, sorgfältig und erschöpfend ohne weiteres übernommen hat, davon ausgegangen ist, dass die Zeugen das ausgesagt hätten, was nach richtiger Auslegung des Art. 513 OR für die Klagelosigkeit des Differenzgeschäftes genüge, hat es eine unrichtige rechtliche Auffassung vertreten. Es kommt nicht darauf an, ob Lieferung und Abnahme dem Beklagten und allenfalls sogar der Bank angesichts der Höhe der Beträge praktisch unmöglich gewesen wären und ob dies der Gegenpartei jeweils erkennbar gewesen sei – das mag nach dem abweichenden deutschen Recht genügen (§ 764 BGB, FISCH a.a.O. S. 114 ff.; Obst, Geld- Bank- und Börsenwesen S. 472) – sondern darauf, ob die Erfüllung vertraglich, wenn auch stillschweigend geradezu ausgeschlossen wurde; das Lieferungsgeschäft erhält noch nicht dadurch Spielcharakter, dass eine Partei oder beide Parteien annahmen, es werden die wirkliche Lieferung und die wirkliche Zahlung nicht erfolgen, und dass sie die Absicht hatten, am Lieferungstage das Verhältnis durch Differenzausgleichung zum Austrag zu bringen (OSER, Kommentar Ziff. IIc zu Art. 513 OR, FISCH, a.a.O. S. 126/127, BGE 18 S. 539; 22 S. 154).

Seite: 412

Die strenge Anforderung an den Differenzeinwand ist nach den Zeugenaussagen auch bei der Würdigung, die das Bezirksgericht ihnen widerfahren lässt, nicht erfüllt; Wolfensberger hat im Gegenteil ausgeführt, dass die Bank die Überlegung, ob sie zur wirklichen Erfüllung verpflichtet sei, gar nicht angestellt habe, dass sie aber nach Möglichkeit erfüllt hätte, wenn Steffen darauf bestanden hätte.

Des weitern wäre erst noch zu untersuchen gewesen, ob die Meinung der Organe der Bank im massgebenden Zeitpunkt auch diejenige Steffens gewesen sei. Weil jedoch das Obergericht am Schluss immerhin entschieden hat, dass den Zeugen angesichts der andern sogenannten Differenzumstände keine ausschlaggebende Bedeutung zukomme, braucht der Frage nicht weiter nachgegangen zu werden, sondern es ist nun auf diese andern Differenzumstände einzutreten.

3. – Die Vorinstanzen haben ihren Schluss zunächst daraus gezogen, dass die Parteien – retrospektiv betrachtet – die effektive Erfüllung dauernd unterlassen hätten. Diese Annahme ist tatsächlicher Art, aber in der vorgeschriebenen Form durch die Klägerin als aktenwidrig gerügt worden (OG Art. 81), und sie steht denn auch mit den Urkunden, insbesondere mit dem Gutachten Vögelin, auf welches die kantonalen Gerichte abgestellt haben, in einem unlösbaren Widerspruch; dieser Widerspruch kann ermittelt werden, ohne dass es erforderlich und zulässig wäre, auf das Schreiben abzustellen, mit dem Vögelin auf Begehren der Klägerin seinen Expertenbericht nachträglich verdeutlicht hat und das nicht als Bestandteil der Expertise betrachtet werden kann. Nach dem Gutachten hat die Wolfensberger & Widmer A.-G. die Aufträge des Beklagten in der Mehrzahl der Fälle tatsächlich in der Weise ausgeführt, dass sie für ihn Wertpapiere oder Devisen kaufte oder an Dritte verkaufte, was eben als Erfüllung in dem bei der Natur der Termingeschäfte überhaupt möglichen Sinn angesehen

Seite: 413

werden muss. In einer Anzahl der Fälle handelte die Bank allerdings als Selbstkontrahentin, aber auch dann nicht, ohne über den nötigen Devisenvorrat zu verfügen. Wo sie noch nicht über die nötigen Titel oder Devisen verfügte, hätte sie sie überdies on call oder im Reportwege leicht beschaffen können. Es kann demnach nach der Expertise, von der abzuweichen für das Bundesgericht kein Grund besteht, keine Rede davon sein, dass die wirkliche Erfüllung dauernd unterlassen worden sei. Dieser Differenzumstand entfällt also, und die Tatsache, dass im Gegenteil zahlreiche Geschäfte erfüllt worden sind, spricht sogar gegen den Differenzcharakter der andern.

4. – Das Bundesgericht hat in seinen Entscheidungen einen indizierenden Umstand darin erblickt, dass auf Seiten einer Vertragspartei ein offensichtliches Missverhältnis zwischen ihren Mitteln und ihren Verpflichtungen aus dem Geschäft bestehe oder dass Art und Menge der gekauften oder verkauften Waren nach den Verhältnissen der Partei mit einem ernsthaften Lieferungsgeschäft unverträglich seien und dass der Vertragsgegner das wusste oder hätte erkennen sollen, insbesondere auch dann, wenn der andere Teil zugleich wusste, dass dem einen die erforderlichen Kenntnisse fehlen. Beim Vergleich der Mittel einer Partei mit ihren Verpflichtungen aus dem Geschäft hat das Bundesgericht aber beigefügt, dass auch in Betracht falle, ob der Betreffende sich solche auf dem Kreditweg voraussichtlich beschaffen konnte (vgl. den Entscheid vom 17. Mai 1913 i. S. Erben Schnitzer gegen Rutishauser und Stüssi, Journal des Tribunaux 1914 p. 378 und BGE 40 II S. 547). Geht man von diesen Merkmalen aus, an denen festzuhalten ist, so fällt zum vornherein ins Gewicht, dass dem Beklagten die erforderlichen Sachkenntnisse im Börsenhandel nicht etwa fehlten, sondern dass sie bei ihm in hervorragendem Masse vereinigt waren, da er kraft seiner beruflichen Stellung und Tätigkeit als Bankdirektor

Seite: 414

sich eine grosse Erfahrung gesammelt hatte. Dieser Umstand war der Wolfensberger & Widmer A.-G. bekannt. Wenn die Vorinstanzen sodann gefunden haben, es habe ein Missverhältnis zwischen den von ihm eingegangenen Verpflichtungen und seinen Mitteln bestanden – sein Vermögen betrug 18000 Fr., sein Einkommen 60000 Fr. im Jahr – so kann ihr auch hierin nicht beigestimmt werden. Einmal darf nicht etwa auf den Umsatz seiner Spekulationen abgestellt werden, sondern nur auf den Durchschnitt der einzelnen Geschäfte. Ferner ist nicht dargetan, dass die Bank von seinem geringen Vermögen ganz bestimmte Kenntnis hatte, und schliesslich wurde sein kleines Vermögen immerhin durch ein erhebliches Einkommen und seinen Kredit als Bankdirektor aufgewogen. Jedenfalls ist diese Indiz überhaupt mit Vorsicht und nur in unzweifelhaften Fällen zu gebrauchen (FISCH a.a.O. S. 124). Ein solcher unzweifelhafter Fall liegt hier offenbar nicht vor. Ausserdem genügt ja, dass der Käufer kapitalkräftig genug ist, eine allfällige Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preis, zu dem er die Ware jederzeit weiterverkaufen kann, zu decken; zur Erfüllung eines reellen Lieferungsgeschäftes gehören nicht mehr Mittel, als zur Differenzzahlung bei einem spielartigen Geschäft (FISCH a.a.O. S. 124).

5. – Nach dem angefochtenen Urteil sollen die Börsentransaktionen des Beklagten sodann keinem vernünftigen wirtschaftlichen Zweck gedient haben. Der Zeuge Widmer habe bestätigen müssen, es sei ihm bekannt gewesen, dass Steffen die Devisen nicht zur Bezahlung von Wareneinkäufen im Ausland benötige.

Dieses Merkmal erweist sich jedoch bei näherer Untersuchung überhaupt als unbrauchbar. Auch wer in durchaus zuverlässiger Weise Waren einkauft, um sie mit Gewinn zu veräussern, erstrebt für sich

kein anderes Ziel, als eben den Gewinn; er handelt also nicht in dem von der Vorinstanz angewendeten Begriff vernünftig. Es geht aber nicht an, für die Börsengeschäfte Voraussetzungen

Seite: 415

aufzustellen, die sonst nicht für die Gültigkeit privatrechtlicher Geschäfte gelten. Der Unterschied darf nicht etwa darin gesucht werden, dass hier ein Handel nicht mit eigentlichen Waren, sondern mit Wertpapieren oder Geld in Frage steht, denn Wertschriften und fremde Geldsorten sind in diesem Zusammenhang der Ware gleichzuachten, und von dem Einwand würden übrigens zahlreiche offenbar nicht spielartige Börsengeschäfte betroffen, was nicht richtig sein kann.

Es könnte sich also höchstens noch fragen, ob der vernünftige Zweck eines Börsengeschäftes, den die Parteien nicht erstreben, aber ungewollt erreichen, in seiner volkswirtschaftlichen Bedeutung zu erblicken sei (vgl. darüber für das deutsche Recht, das jedoch eine grundsätzliche andere Ordnung kennt, MÜLLER-ERZBACH, Handelsrecht, 2. Aufl. S. 595). Allein damit würde kein brauchbares Kriterium in die Rechtsprechung eingeführt, welche sich notgedrungen mit den konkreten Fällen zu befassen hat, denn es versteht sich von selbst, dass die volkswirtschaftliche Nützlichkeit eines Börsengeschäftes bei Anwendung des Art. 513 OR nur dann ein Kriterium bilden könnte, wenn man diese Nützlichkeit nicht ein- für allemal bejaht, dass dem Richter aber für die Anwendung im Einzelfall, d. h. im Hinblick auf ein bestimmtes Termingeschäft, alle Anhaltspunkte fehlen, um über seinen volkswirtschaftlichen Nutzen zu befinden.

6. – Das Bezirksgericht Arlesheim hat die Spieleinrede auch deshalb gutgeheissen, weil die Wolfensberger & Widmer A.-G. in vielen Fällen als Selbstkontrahentin aufgetreten sei, d. h. sie habe sich für ihre Verpflichtungen aus den Aufträgen des Beklagten nicht eingedeckt oder bei ihren Kunden Contre-partie gesucht, sie habe die ganze Operation jeweilen auf dem Konto des Beklagten nur buchmässig durchgeführt. Diese Ausführungen stehen jedoch, wie schon betont wurde, im Widerspruch mit dem erhobenen Gutachten. Wenn die Bank selbst Contre-partie ist, wird der Kunde, wenn er kauft, in laufender

Seite: 416

Rechnung mit dem Kaufpreis belastet, und wenn es sich um Effekten handelt, gewöhnlich eben wegen seines Anspruches auf Leistung der Effekten, auf dem sogenannten Stückekonto erkannt; verkauft er sodann, so wird er in laufender Rechnung mit dem Verkaufspreis erkannt und der Stückekonto wird insoweit ausgeglichen (NUSSBAUM, Börsengeschäft S. 603). Damit ist aber nicht gesagt, dass die effektive Lieferung ausgeschlossen oder vertraglich wegbedungen sei. Der Beklagte konnte diese Lieferung am Termin trotzdem verlangen. In diesem Fall hätte die Bank das Risiko getragen.

7. – Der Beklagte hat weiter eingewendet, die sogenannte Marge sei nicht verlangt worden. Die Margendeckung spielt jedoch für die Frage des Differenzcharakters keine Rolle. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 31 II S. 615) ist unerheblich, ob der Auftraggeber sich verpflichtet, die jeweiligen zu seinen ungunsten entstehenden Kursdifferenzen durch eine entsprechende Zahlung sofort zu decken. In dem eben zitierten bundesgerichtlichen Urteil wollte eine Partei übrigens gerade aus dem Umstand, dass eine sogenannte Margendeckung vereinbart worden war, die Klaglosigkeit der Geschäfte als Differenzgeschäfte konstruieren.

8. – Entgegen der Ansicht des Bezirksgerichtes kann auch nichts daraus geschlossen werden, dass Steffen seine Aufträge auf leichtsinnige Art erteilt habe, indem er keine Aufzeichnungen gemacht habe. Die gerügte Formlosigkeit ist bei Börsengeschäften üblich.

9. – § 16 Ziff. 6 des Börsengesetzes des Kantons Zürich, auf den sich der Beklagte schliesslich noch berufen hat, kommt nach der zutreffenden Erwägung des Bezirksgerichtes in diesem Prozess keine Bedeutung zu (BGE 34 II S. 687), denn die Bestimmung ist öffentlichrechtlicher Natur und stellt keine Vorschrift über die Gültigkeit der Privatrechtsgeschäfte auf, da dies ausschliesslich Sache des Bundesgesetzgebers ist.

10. – (Quantitativ