S. 47 / Nr. 9 Obligationenrecht (d)

BGE 58 II 47

9. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. März 1932 i. S. Ruson Rohprodukten-Handelsgesellschaft m. b. E. gegen Küng.

Seite: 47

Regeste:

Klagloses Differenzgeschäft. OR Art. 513 Abs. 2. Ausdrückliche mündliche Vereinbarung, dass Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme des Getreides ausgeschlossen seien. Ein bestärkendes Indiz liegt namentlich in der gleichzeitigen Spekulation à la hausse und à la baisse.

A. - Am 16. April 1930 wurde im Handelsregister die Getreide-Termin-A.-G. (GETAG) eingetragen, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und einem voll einbezahlten Aktienkapital von 50000 Fr., welche die Vermittlung von Getreideterminingeschäften an sämtlichen Börsen zum Zweck haben sollte. Anlässlich einer Sitzung der Getreidebörse, die jeden Dienstag im «Raben» in Luzern stattfindet, trat der Direktor und einzige Verwaltungsrat der GETAG in Verbindung mit dem Beklagten, Josef Küng, Bäckermeister in Emmenbrücke. Am 10. Juli 1930 bestätigte die GETAG dem Beklagten, durch Vermittlung der Firma Ross T. Smith & Co. Ltd. Liverpool für ihn an der Börse von Winnipeg 5000 Bushels Weizen zu \$ 100 (Kontrakt Nr. 94) gekauft zu haben; sie fügte bei: «Lieferung versteht sich in effektiver Ware» und verlangte sofortige Einzahlung von 1300 Fr. zur Margendeckung. Der Beklagte entrichtete die 1300 Fr. der GETAG am 18. Juli 1930. Am 19. Juli 1930 bestätigte die GETAG dem Beklagten, für ihn an der gleichen Börse und durch Vermittlung des gleichen Hauses 5000 Bushels Weizen gekauft zu haben, lieferbar zu \$ 101 1/8 (Kontrakt Nr. 98) im Oktober 1930, «Lieferung versteht sich in effektiver Ware». Die GETAG verlangte wiederum eine Zahlung von 1300 Fr. für die Deckung der Marge, und der Beklagte leistete die Summe am 26. Juli 1930. Am 30. Juli 1930 forderte die GETAG Küng auf, seine

Seite: 48

Deckung unverzüglich um 2500 Fr. zu erhöhen; Küng entrichtete auch diesen Betrag am 6. August 1930. Am 3. September gelangte die GETAG neuerdings an den Beklagten und verlangte als Margenzahlung weitere 4000 Fr. Als dieser nicht antwortete, wiederholte sie ihr Begehren am 8. August 1930 und setzte ihm eine Frist bis nachmittags 3 Uhr des folgenden Tages, ansonst sie zur sofortigen Liquidation seiner Position schreiten und unverzügliche Differenzauszahlung verlangen werde. Als Küng der Aufforderung trotzdem nicht nachkam, einigte sich die GETAG am 15. September 1930 telephonisch mit ihm, dass er einen Wechsel per 15. Dezember an ihre Order auf den Betrag von 5287 Fr. 80 Cts. ausstelle, zum Ausgleich ihres Guthabens über die Kontrakte Nr. 94 und 98, 94 a und 98 a. Die GETAG indossierte den Wechsel der Zürcher Kantonalbank und diese ging bei Verfall gegen Küng vor und erhielt provisorische Rechtsöffnung.

Am 17. Oktober 1930 sandte die Klägerin, RUSON, Rohprodukten Handels-Gesellschaft m. b. H. in Berlin dem Beklagten unter Nr. 274 und 275 zwei Schlusscheine im Doppel, damit er die von ihr nicht unterzeichneten Exemplare durch ihn unterzeichnet zurücksende. Die für seine Unterschrift bestimmten Doppel lauteten auf Kauf, wenn das Original der Klägerin auf Verkauf lautete, und umgekehrt. Durch das Bordereau Nr. 274 bestätigte die Ruson, von ihm als Selbstkontrahent 5000 Bushels neuen Weizen, lieferbar zu \$ 83 in Chicago im Mai, gekauft zu haben, die Kommission betrage \$ 50, die Kabelspesen \$ 5, massgebend seien die Börsenbedingungen von Chicago, mit Ausnahme der fünf auf der Rückseite des Bordereau-Formulars abgedruckten Abweichungen. Ausserdem schrieb ihm die Ruson: «Wir gewähren Ihnen auf die bei uns laufenden Abschlüsse einen jederzeit widerruflichen Margenkredit von insgesamt \$ 500, jedoch nicht mehr als \$ 250 per Kontrakt, bei dessen Überschreitung durch

Seite: 49

Kursschwankungen unter Anrechnung unserer Provision Sie verpflichtet sind, auf Aufforderung einen sofortigen Einschuss in der Höhe des sich ergebenden Debetsaldos zu leisten. Bei Nichtzahlung innerhalb 24 Stunden nach erfolgter Aufforderung sind wir berechtigt, Ihre sämtlichen laufenden Abschlüsse sofort oder innerhalb der nächsten vier Börsentage in unserer Wahl glattzustellen und abzurechnen, wobei sich zu Ihren Lasten ergebende Beträge sofort zahlbar sind. Dieser Vertrag ist verbindlich gültig mit Schlusschein Nr. 275 n. Durch dieses andere Bordereau Nr. 275 bestätigte die Ruson dem Küng, ihm als Selbstkontrahent 5000 Bushels Weizen, lieferbar im Mai in Winnipeg, zu \$ 77 3/4 (Kommission \$ 50, Kabel \$ 5) zu den gleichen Bedingungen wie bei Kontrakt 274 verkauft zu

haben. Am 20. November 1930 sandte die Klägerin dem Beklagten ein neues Bordereau Nr. 437 auf dem gleichen Formular wie 274 und im Doppel über einen Kauf von ihm von 5000 Bushels Weizen, lieferbar im Mai in Chicago, zu \$ 75 $\frac{3}{4}$, Kommission und Kosten wie vorher, Kredit \$ 250. Küng sandte jedoch keines der Doppel unterzeichnet zurück, sodass ihm die Klägerin am 25. November schrieb: «Auf Grund des Standes Ihres bei uns laufenden Kontrakts vom 22. ds. Mts. baten wir Sie, uns einen Einschuss von \$ 500 zu leisten und nehmen an, dass Zahlung inzwischen erfolgt sei. Aufstellung Ihres Engagements erlauben wir uns beizulegen.» Diese Aufstellung lautete:

Aufstellung laufenden Kontraktes

17. Oktober Kurs c. 22 XI Debt. Crdt.

Kauf 5000 Maiweizen bush. Winnipeg zu 77 $\frac{3}{4}$... --
70 $\frac{7}{8}$

17. Oktober

Verkauf 5000 Maiweizen bush. Chicago zu 83...

80 $\frac{5}{8}$ 2 $\frac{3}{8}$

20. November

Verkauf 5000 Maiweizen bush. Chicago zu 75 $\frac{3}{4}$...

80 $\frac{5}{8}$ 4 $\frac{7}{8}$

Verlust: 10 $\frac{4}{4}$ Punkte \$ 512.50

Küng antwortete wieder nicht. Die Kurse fuhren zu fallen fort, während Küng in der Hauptsache à la hausse spekuliert hatte. Am 28. November 1930 schrieb ihm

Seite: 50

die Klägerin: «Auf Grund des Schlusskurses vom 28. November stellt sich Ihr Engagement bei uns wie folgt:

17. Oktober zu Kurs Debt. Credit.

Kauf 5000 Maiweizen bush. Winnipeg...

77 $\frac{3}{4}$ 64 $\frac{1}{2}$ 13 $\frac{1}{4}$

Verkauf 5000 Maiweizen bush. Chicago...

83 $\frac{7}{8}$ 1 $\frac{1}{2}$ 4 $\frac{1}{2}$

Verkauf 5000 Maiweizen bush. Chicago...

73 $\frac{3}{4}$ 79 $\frac{1}{2}$ 3 $\frac{3}{4}$

Debet 12 $\frac{1}{2}$ \$ 625.--

Wir baten Sie daher telegraphisch, uns bis Montag den Betrag von \$ 625 bei der Schweizerischen Kreditanstalt Zürich zur Verfügung zu stellen und nehmen an, dass dieses geschehen ist.» Küng hatte den Betrag jedoch nicht einbezahlt, sodass ihm die Klägerin am 3. Dezember 1930 telegraphierte: «Falls durch GETAG angeforderte Dollars siebenhundert bis vierten vorbörslich nicht eingehen glattstellen Engagement vierten Schlusskurs.» Durch Brief vom gleichen Tag bestätigte sie das Telegramm und fügte bei: «Diese Massnahme müssen wir leider ergreifen, da Sie auf unsere wiederholten Aufforderungen nicht reagierten. Ihr Engagement stellt sich auf Grund der Schlusskurse vom 2. Dezember 1930 wie folgt: (Es folgt eine weitere Aufstellung mit einem Debetsaldo von 15 $\frac{1}{2}$ Punkten) \$ 775. Wir sehen also dem umgehenden Eingang der angeforderten \$ 700 bis zum 4. ds. Mts. 12 Uhr entgegen.» Als Küng neuerdings Stillschweigen bewahrte, sandte ihm die Klägerin am 5. Dezember eine Abrechnung 234 mit folgendem

«Ihr Kauf:

17.10.30 5000 Bushels Weizen Mai Winipeg

77 $\frac{1}{4}$ 3887.50

4.12.30 5000 Bushels Weizen Mai (neu) Chicago

81 $\frac{3}{4}$ 4068.75

4.12.30 5000 Bushels Weizen Mai Chicago

80 $\frac{5}{8}$ 4031.25 11987.50

Ihr Verkauf:

4.12.30 5000 Bushels Weizen Mai Winipeg

64 $\frac{7}{8}$ 3243.75

17.10.30 5000 Bushels Weizen Mai (neu) Chicago

83 4150.--

20.11.30 5000 Bushels Weizen Mai Chicago

75 $\frac{3}{4}$ 3787.50 11181.25

Kommission... \$ 150.-- \$ 806.25

Kabelspesen... \$ 15.--

Stempelspesen \$ 3.75 \$ 168.75

Zu Ihren Lasten 975.--

\$ 975 à 5.16 Schw. Fr. 5031.-- l. v.»

Seite: 51

Gleichzeitig forderte die Klägerin den Beklagten auf, diese Summe auf ihre Rechnung bei der Schweizerische Kreditanstalt in Zürich bis zum 10. Dezember 1930 einzubezahlen, ansonst sie gegen ihn Klage erheben werde. Ebenfalls am 5. Dezember 1930 sandte sie ihm drei neue Bordereaux vom vorhergehenden Tag:

a) ein Bordereau Nr. 552 im Doppel auf dem gleichen Formular wie Nr. 275, durch welches ein Verkauf «in Compensation» von 5000 Bushels Maiweizen (neuer Kontrakt) in Chicago zu 81 3/8 bestätigt wurde,

b) ein Bordereau Nr. 553 im Doppel über einen Kompensationsverkauf von 5000 Bushels, lieferbar im Mai in Winnipeg zu 80 5/8 (auf dem gleichen Formular wie Nr. 275),

c) ein Bordereau Nr. 554 im Doppel auf dem gleichen Formular wie Nr. 274 und 437, über einen Kompensationskauf von 5000 Bushels, lieferbar im Mai in Winnipeg zu 64 7/8.

Küng sandte auch diese Doppel nicht unterzeichnet zurück. Ebenso unterliess er die geforderte Einzahlung.

B. - Am 9. Januar 1931 hat die Ruson, Rohprodukten-Handelsgesellschaft m. b. H. Berlin gegen Josef Küng Klage auf Bezahlung von 5031 Fr. nebst 5% Zins seit 22. Dezember 1930 erhoben.

C...

D. - Auf Appellation der Klägerin hin hat am 4. Dezember 1931 auch das Obergericht des Kantons Luzern die Klage abgewiesen.

E. - Gegen diesen Entscheid hat die Klägerin rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag auf Gutheissung der Klage gestellt.

F. - Der Beklagte hat in der schriftlichen Berufungsbeantwortung um Abweisung der Berufung ersucht. Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- (Unzuständigkeitseinrede wegen einer Schiedsklausel.)

Seite: 52

2. - Von den übrigen Einreden des Beklagten beurteilt sich jedenfalls die auf Art. 513 OR gestützte Spieleinrede nach schweizerischem Recht; diese Bestimmung des Bundesrechtes ist um der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten willen aufgestellt worden (BGE 31 II S. 60) und deshalb auf den vorliegenden Fall anwendbar, auch wenn das Rechtsverhältnis im übrigen dem ausländischen Recht unterstünde (BGE 31 II S. 60; 40 II S. 236). Wäre die Spieleinrede zu schützen, so könnte dann dahingestellt bleiben, nach welchem Recht die andern Einreden des Beklagten zu beurteilen wären.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die in einem Entscheid aus jüngster Zeit fortgesetzt worden ist (BGE 57 II S. 407 ff.), liegt ein klagloses Differenzgeschäft vor, wenn nach übereinstimmender ausdrücklicher oder stillschweigender Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme ausgeschlossen sind, so dass überhaupt bloss die Differenz den Gegenstand des Vertrages bildet. Eine ausdrückliche Vereinbarung in diesem Sinne, abgeschlossen zwischen dem Beklagten und Peterhans, geht aus den Zeugenaussagen von Helfenstein und Weibel hervor, die ausgesagt haben, Peterhans habe wiederholt erklärt, die Klausel von der effektiven Lieferung sei nur Formsache, in Wirklichkeit handle es sich nicht um ein Effektivgeschäft, sondern um die Kursdifferenz. Wenn die Vorinstanz auf diese Depositionen der beiden bei den Verhandlungen im «Raben» zugegen gewesenen Zeugen und nicht auf die anders lautenden Aussagen des Peterhans abgestellt hat, muss es dabei für das Bundesgericht sein Bewenden haben, denn dieses hat sich nicht mit der Beweiswürdigung zu belassen. Freilich sind im Anschluss an die Besprechung des Beklagten mit Peterhans im «Raben» nur die beiden Geschäfte Nr. 94 und 98 mit der GETAG abgeschlossen worden, die mit der vorliegenden Klage der Ruson nichts zu tun haben. Diese hat jedoch nicht bestritten, dass die folgenden Kontrakte des Beklagten,

Seite: 53

Nr. 274, 275 und 437 durch Vermittlung der GETAG zu stande gekommen waren, wie denn auch aus der Korrespondenz und dem Zeugnis Peterhans hervorgeht. Unter diesen Umständen durfte Küng bei diesen folgenden Kontrakten mit der Klägerin davon ausgehen, dass sich in Bezug auf die Pflicht zur effektiven Lieferung und Abnahme, das heisst in Bezug auf deren Ausschluss, nichts geändert habe, umso mehr, als die Bordereaux der Klägerin die Klausel «Lieferung versteht sich in effektiver Ware» nicht mehr enthielten, die in den Scheinen der GETAG zum Schein noch enthalten gewesen waren. Dass die Vorinstanz den beiden Zeugenaussagen nur eine nebensächliche Bedeutung beigemessen habe, kann die Klägerin mit Fug nicht behaupten, da ja das Obergericht in dieser Richtung auf die Ausführungen des Amtsgerichtes verwiesen hat (vgl. S. 11 des angefochtenen Urteils).

3.- Der übereinstimmende Wille der Parteien, Recht und Pflicht der wirklichen Abnahme und Lieferung auszuschliessen, geht überdies auch aus Indizien hervor.

Durch den Kontrakt Nr. 274 spekulierte Küng à la baisse; er verkaufte neuen Weizen, den er noch gar nicht hatte, zu 83, lieferbar in Chicago im Mai; wenn der Preis gesunken wäre, hätte er die Differenz gewonnen. Durch den Kontrakt Nr. 275 dagegen spekulierte er à la hausse: er kaufte im Mai in Winnipeg zu lieferndes Getreide zu 77 3/3, und wenn der Preis gestiegen wäre, hätte er den Unterschied eingeheimst. Wenn statt der durch die Geschäfte Nr. 274 und 437 diskontierten Baisse eine Hausse eingetreten wäre, hätte Küng verloren, und wenn der Verlust \$ 250 für jeden Kontrakt überschritten hätte, wäre er zu einer Deckung, d. h. zu einem sofortigen Einschuss in der Höhe des sich ergebenden Debetsaldos gehalten gewesen; bei Nichterfüllung dieser Pflicht hätte die Klägerin das Recht gehabt, alle laufenden Abschlüsse sofort oder innerhalb der nächsten vier Börsentage, nach ihrer Wahl, glattzustellen und abzurechnen, wobei der Saldo sofort zahlbar gewesen wäre. Wenn bei Kontrakt

Seite: 54

Nr. 275 eine Baisse eingetreten wäre, hätte Küng nach Überschreitung des Kredites von \$ 250 dieselben Rechtsfolgen getroffen. Ohne Zweifel genügt nun der spekulative Charakter der drei Getreideterminingeschäfte nicht, um sie als Spiele im Sinne des Art. 513 ZU betrachten (BGE 57 II S. 408). Ebenso liegt kein Indiz darin, dass Küng zur Deckung der Verlustmarge verpflichtet wurde, denn auch wenn effektive Lieferung und Abnahme nicht ausgeschlossen worden wären, hätte die Klägerin ihre Gründe haben können, den dem Beklagten gewährten Kredit zu beschränken. Dagegen liegt ein gewisses Indiz in der Anwendung des Ausdruckes «Debetsaldo», durch die Klägerin: Die Deckung war in der Höhe des sich ergebenden Debetsaldos geschuldet. Von einem Debetsaldo konnte man im Moment vor der Liquidation doch wohl nur sprechen, wenn man die Differenz als Gegenstand des Geschäftes betrachtete. Damit stimmt überein, dass die Ruson am 28. November 1930 Deckung der Summe von \$ 625 verlangte, die sie als Schuld, Debet des Beklagten bezeichnete und zu der sie gelangt war, indem sie die Differenz zwischen Preis und Schlusskurs herausgeschrieben hatte, wobei jeder Punkt Verlust 100 Bushels darstellte und ein «Debet» von 12 1/2 Punkten gleich \$ 625 resultierte. Ebenso enthält das Schreiben der Klägerin vom 3. Dezember 1930 eine Abrechnung mit einem Debet aus den Geschäften 275 und 437 und einem Credit aus dem Geschäft 274, wobei auf Grund der Schlusskurse vom 2. Dezember 1930 ein Debet von 15 1/2 Punkten oder \$ 775 verblieb. In der ganzen Korrespondenz findet sich kein Wort der Parteien über eine wirkliche Ausführung der Kaufgeschäfte (BGE 31 II S. 66).

4.- Ein weiteres Indiz dafür, dass man es hier mit Differenzgeschäften zu tun hat, liegt darin, dass Küng am 17. Oktober 1930 gleichzeitig à la hausse und à la baisse spekulierte. Dazu ist auf die erschöpfenden Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils vom 10. Februar 1905 i. S. Scheffer & Drascher gegen Konkursmasse

Seite: 55

Hofer (BGE 31 II S. 66) zu verweisen, die später durch das Bundesgericht bestätigt worden sind (BGE 44 S. 158): «Dieses Nebeneinanderbestehen von zwei nach verschiedenen Richtungen gehenden Spekulationen zeigt am Deutlichsten das Fehlen jeden Willens auf Güterumsatz und zwar bei beiden Kontrahenten. Es wurde nicht etwa das im einen Geschäft gekaufte zur Erfüllung des im andern verkauften angeschafft, sondern am Liquidationstag wurde der Einkauf durch den besondern ihm entgegenstehenden Verkauf, der Verkauf durch den besondern ihm entgegenstehenden Einkauf liquidiert. Die Liquidation bildete sonach kein wahres Surrogat des Güterumsatzes, sondern eine blosse Abrechnung zum jeweiligen Tageskurse» Im vorliegenden Falle betraf Kontrakt 274 allerdings neuen Weizen, lieferbar in Chicago, 276 gewöhnlichen Weizen, lieferbar in Winnipeg; allein die Qualitätsdifferenz ändert nichts daran, dass sich beide Spekulationen auf im Mai in Nordamerika zu lieferndes Getreide bezogen und nach verschiedenen Richtungen zielten; überdies bezog sich Kontrakt 437 (Verkauf durch Küng) auf dieselbe Quantität und Qualität, dieselbe Lieferungszeit und denselben Lieferungsartort wie Kontrakt 274 (Kauf durch Küng), trotzdem hat die Klägerin diese beiden Geschäfte nicht durch Verrechnung gegeneinander liquidiert, sondern je durch einen entsprechenden Gegenkauf oder -verkauf. Der Vorwurf, den man gegen die Klägerin erhebt, besteht nicht darin, dass sie sich nicht effektiv anderswo für das ihr durch Küng verkaufte Getreide eingedeckt habe, beziehungsweise, dass sie das ihr von Küng abgekaufte Getreide nicht wirklich an einen andern abgesetzt habe, denn da es sich um eine Ware mit Börsenpreis handelte, war sie befugt, nach Art. 191 Abs. 3 und 215 Abs. 2 OR vorzugehen (FISCH, Verträge mit Spielcharakter S. 126). Das Indiz besteht vielmehr darin, dass sie die Liquidation ausserdem in einer Form abgewickelt habe, die auf Ausschluss der realen Lieferung und Abnahme schliessen lässt.

Seite: 56

Da die erwiesene ausdrückliche Willensübereinstimmung und die genannten Indizien zur Annahme des Spielcharakters genügen, braucht auf die von der Vorinstanz herangezogenen Indizien nicht

eingetreten zu werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern von 4. Dezember 1931 wird bestätigt