

## S. 21 / Nr. 3 Obligationenrecht (d)

BGE 65 II 21

3. Auszug aus dem Urteil der 1. Zivilabteilung vom 24. Januar 1939 i. S. Stich gegen Metal Traders Ltd.

Seite: 21

Regeste:

Unklagbares Differenzgeschäft, Art. 513 OR: Änderung der Rechtsprechung:

Ein unklagbares Differenzgeschäft liegt vor, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass die eine Partei blosses Börsenspiel beabsichtigte und diese Absicht der andern Partei erkennbar war (Erw. 5 und 6).

Prozessrecht: Der im Ausland wohnhafte Berufungsbeklagte ist nicht kautionspflichtig nach Art. 213 OG (Erw. 2).

Marché différentiel ne conférant aucune action en justice; art. 513 CO: changement de jurisprudence: Le marché différentiel ne confère point d'action lorsqu'il ressort des circonstances que l'une des parties ne voulait se livrer qu'à un jeu de bourse et que l'autre pouvait reconnaître cette intention (consid. 5 et 6).

Procédure: L'intimé dont le domicile est à l'étranger n'est pas tenu de fournir, conformément à l'art. 213 OJ, des sûretés en garantie des frais et dépens (consid. 2).

Contratto differenziale per cui non è accordata azione (art. 513 CO): Cambiamento di giurisprudenza. Ci si trova di fronte ad un contratto differenziale per cui non è accordata azione, se dalle circostanze emerge che una delle parti intendeva soltanto fare un giuoco di borsa e l'altra parte poteva riconoscere questa intenzione (consid. 5 e 6).

Procedura: Il convenuto domiciliato all'estero non è obbligato a prestare, conformemente all'art. 213 OGF, sicurtà per le spese processuali ed un'eventuale indennità.

A. - Die Beklagte, Maria Stich, ist Bureauangestellte bei der Firma Schubarth, Metallhandlung, Basel. Am 14. Januar 1937 richtete sie an die Metal Traders Ltd in London eine Anfrage in englischer Sprache, mit der sie sich über ihre Kommissionsbedingungen und die erforderliche Margendeckung für Transaktionen in Kupfer, Zink und Blei erkundigte. Der Briefkopf dieser Anfrage lautete «M. Stich», nebst Adresse, und unterzeichnet war das Schreiben ebenfalls mit «M. Stich». Nichts deutete darauf hin, dass der Absender eine Frau war.

Die Vertreterin der angefragten Firma für die Schweiz, die A.-G. für Metallprodukte in Basel, schrieb der Beklagten am 20. Januar 1937, dass sie zu einer mündlichen Besprechung zur Verfügung stehe; adressiert war das Schreiben an Herrn M. Stich.

Seite: 22

Am 26. Februar 1937, also mehr als einen Monat später, schrieb die Beklagte an die A.-G. für Metallprodukte:

«Ich bestätige den Empfang Ihres Geehrten vom 20. pto und war leider infolge starker Arbeitsüberhäufung nicht in der Lage, dasselbe früher zu beantworten. In der Zwischenzeit sind ja die Weltmarktpreise enorm gestiegen.

Eine Besprechung dürfte sich wohl erübrigen, da ich bezüglich der Abwicklung von Termingeschäften ziemlich auf dem Laufenden bin und annehme, dass solche allgemein in der gleichen Weise gehandhabt werden, was ich Sie bitte, mir bestätigen zu wollen.

Es interessiert mich speziell von Ihnen zu hören, ob Sie solche Geschäfte regelmässig vermitteln und in der Lage sind, Ihnen überschriebene Aufträge sofort ausführen zu lassen (durch telephonische oder telegraphische Übermittlung nach London).

Sodann bitte ich Sie, mir Ihre Kommission aufgeben zu wollen für

Kupfer (Mindestmenge 25 Tonnen) und für

Zink « 25 «

für Ein- und Verkauf zusammen und ob solche auf den Ankaufspreis oder den Höchstpreis berechnet wird.

Ferner bitte ich um Mitteilung, ob die gegen eventuelle Geschäfte erforderliche 10% ige Marge sowohl in einem Check als auch in Form einer Bankgarantie geleistet werden kann. Ich würde das letztere vorziehen.

Für den Augenblick interessiere ich mich für einen Einkauf in Zink und sehe Ihren umgehenden ergänzenden Nachrichten entgegen.»

Auch dieses Schreiben wies den gleichen Briefkopf auf wie die erste Anfrage an die Klägerin und war

mit M. Stich unterzeichnet.

Der Leiter der A.-G. für Metallprodukte, Frank, gab mit einem wiederum an Herrn Stich adressierten Schreiben vom 1. März die gewünschten Aufschlüsse.

Am 6. März erteilte die Beklagte der A.-G. für Metallprodukte den Auftrag, an der Montagbörse, d. h. am 8. März, 50 Tonnen Zink per drei Monate bestens zu kaufen,

Seite: 23

und teilte mit, dass sie bei ihrer Bank eine Garantie in der Höhe von £ 160.- angefordert habe.

Nach Empfang dieses Auftrages, am 8. März, telephonierte Frank einer Frau M. Stich am Wohnort des Beklagten an und erkundigte sich nach Herrn M. Stich. Frau Stich, die Schwägerin der Beklagten, erklärte, ihr Schwager M. Stich sei im Ausland. Auf die Frage, an wen er sich wegen des ihm am 6. März schriftlich erteilten Auftrages wenden müsse, erklärte Frau Stich, er solle sich an die Beklagte wenden, die bei der Eisenwarenhandlung Schubarth in Basel zu erreichen sei. Hierauf telephonierte Frank der Beklagten dorthin und forderte sie auf, ihm nach der Geschäftszeit anzuläuten, was sie tat. Über den Inhalt dieses Telefongesprächs gehen die Darstellungen der Parteien auseinander. Die Klägerin behauptet, Frank habe die Beklagte lediglich davon in Kenntnis gesetzt, dass das Londoner Haus die Marge für nicht im Metallhandel tätige Personen auf 20% erhöht habe und dass daher weitere 140 £ als Margendeckung geleistet werden müssten, was die Beklagte zugesichert habe. Dagegen bestreitet die Klägerin die Behauptung der Beklagten, dass diese auf Befragen durch Frank erklärt habe, sie mache das Geschäft nicht für ihren Vater, sondern für sich selber. Die Klägerin macht geltend, sie habe angenommen, dass das Geschäft von dem abwesenden Bruder der Beklagten gemacht werde, und erst nach erfolgter Ausführung des Auftrages, bei Erhalt der Bankgarantie, habe sie erkannt, dass die Beklagte selber das Geschäft mache.

Im Anschluss an das Telefongespräch vom 8. März schrieb Frank noch am gleichen Tage, wiederum an Herrn M. Stich, dass er auf seine Rechnung an der Londoner Börse 50 Tonnen Zink auf 3 Monate zum Kurs von 34 £ gekauft habe.

Am 10. März sandte die Klägerin der Beklagten den Vertrag, der auf dem üblichen vorgedruckten, die allgemeinen Bedingungen der Londoner Metallbörse enthaltenden Formular ausgestellt war.

Noch vor Erhalt desselben, nämlich am 11. März, gab

Seite: 24

die Beklagte der Metall-Produkte A.-G. die Weisung, die 50 Tonnen Zink an der Börse vom 12. März bestens, jedoch nicht unter 38 £ zu verkaufen. Der Kurs, der bis zum 11. März auf £ 37 1/4 gestiegen war, ging jedoch am 12. März auf £ 34 7/8 zurück und sank in der Folge vom 15. März bis zum 7. April von 33 £ auf 26 £. Mit Rücksicht auf diesen Kursrückgang verlangte die Klägerin am 5. April eine Nachdeckung von 150 £. Die Beklagte versprach, diese zu leisten, konnte jedoch ihr Versprechen nicht halten. Nach verschiedenen schriftlichen und telegraphischen Inverzugsetzungen und Mahnungen liquidierte die Klägerin am 26. April 1937 das Geschäft, indem sie zum Kurs von £ 21/17/6 verkaufte.

Schon vorher, nämlich am 18. April, hatte die Beklagte der A.-G. für Metallprodukte geschrieben, dass sie die Differenz zwischen der geleisteten Garantie und dem letztwöchigen Kurs nicht bezahlen könne, und dazu bemerkt, dass die von ihr geleistete Garantie ihre Ersparnisse von 20 Jahren darstellten.

B. - Am 11. Mai 1937 reichte die Metal Traders Ltd. gegen die Beklagte Klage ein auf Bezahlung von £ 273/5, umgerechnet zum Kurs von 21.60 = Fr. 5906.30, nebst 5% Zins seit 30. April 1937. Der Betrag von £ 273/5 ist gleich der Differenz zwischen dem Kurs des Ankaufes und des Verkaufes, £ 573/5, abzüglich der von der Beklagten geleisteten Margendeckung von £ 300.-.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt mit der Begründung, es handle sich um eine Forderung aus einem unklagbaren Differenzgeschäft.

C. - Sowohl das Zivilgericht, wie das Appellationsgericht von Basel-Stadt haben die Spieleinrede der Beklagten abgewiesen und die Beklagte zur Bezahlung von £ 168/15 nebst Zinsen verpflichtet. Dieser Betrag entspricht der Differenz zwischen dem Ankaufkurs und dem Kurs vom 19. April 1937, an welchem Datum die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, gemäss ihrer Androhung zu verkaufen, da die Klägerin ihr am 18. April erklärt hatte, sie könne keine

Seite: 25

Nachdeckung leisten. Das Appellationsgericht hat für den Fall der Vollstreckung des Urteils in der Schweiz festgestellt, dass die Forderung nach dem massgebenden Kurse von 21.60 Fr. 3645.- nebst 5% Zins seit 5. Mai 1937 betrage.

D. - Gegen das Urteil des Appellationsgerichts vom 7. Oktober 1938 hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem erneuten Antrag auf Abweisung der Klage.

Die Klägerin hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides

angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

2.- In ihrer Berufungserklärung beantragte die Beklagte, es sei der Klägerin, die in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat, in Anwendung von Art. 213 OG für die Prozesskosten und eine allfällige Prozessentschädigung an die Beklagte zur Leistung einer Sicherheit zu verpflichten. Diesem Begehren kann jedoch nicht entsprochen werden. Denn trotz der Fassung des Art. 213 OG, die scheinbar auch diesen Fall einbezieht, ist es ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber den Willen gehabt hat, einer Partei, die sich dem Urteil der letzten kantonalen Instanz unterzieht und das Bundesgericht nicht mit der Streitsache befasst, mit einer Pflicht zur Sicherheitsleistung zu belasten (vgl. auch WEISS, Berufung, S. 150).

5.- In der Sache selbst ist davon auszugehen, dass die Beklagte durch die Klägerin an der Börse ein bestimmtes Quantum Zink hat kaufen lassen und ihr drei Tage später den Auftrag auf Wiederverkauf erteilt hat. Somit entfällt zum vorneherein sowohl ein reines Differenzgeschäft (bei welchem die Parteien sich gegenseitig versprechen, dass der Verlierer dem Gewinner den Preisunterschied zwischen dem vertraglich abgemachten Preis und dem Börsenpreis an einem bestimmten späteren Zeitpunkt, dem Stichtag, zu zahlen habe; vgl. FISCH, Verträge mit Spielcharakter, S. 105; KOUTAISSOFF, Le jeu de bourse,

Seite: 26

S. 137), wie ein verschleiertes Differenzgeschäft (bei welchem zwar wie beim reinen Differenzgeschäft nur die Preisdifferenz den Vertragsinhalt bildet, aber der Vertrag in die Form eines fixen Lieferungsgeschäftes gekleidet ist; vgl. FISCH S. 105, KOUTAISSOFF S. 138). Es kann sich vielmehr einzig noch fragen, ob das zwischen den Parteien abgeschlossene Börsentermingeschäft über die Lieferung einer bestimmten Menge Zink den Charakter eines Spieles oder einer Wette habe und aus diesem Grunde unklagbar sei.

a) Spielcharakter hat ein solches Lieferungsgeschäft nach der vom Bundesgericht aufgestellten und bisher in ständiger Rechtsprechung als massgebend bezeichneten Definition, wenn die Parteien durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung übereingekommen sind, dass Recht und Pflicht zur wirklichen Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waren ausgeschlossen sein und Gegenstand des Vertrages in Wirklichkeit lediglich die Kursdifferenz bilden soll (BGE 62 II S. 114 und dort erwähnte frühere Entscheide). Der Abschluss der stillschweigenden Vereinbarung - eine ausdrückliche Abmachung dieses Inhalts kommt praktisch kaum vor - ist vom Bundesgericht dabei jeweils aus dem Vorliegen bestimmter Indizien, der sog. Differenzumstände, gefolgert worden.

b) An diesem Kriterium des vertraglichen Ausschlusses der Effektivlieferung, das in der Literatur von jeher stark angefochten worden ist (vgl. TEMME, Zeitschr. f. schweiz. Recht n. F. 12 S. 689; SCHNEIDER, ebenda S. 707; HAFNER, Schweiz. Jur. Ztg. 11 S. 290; GRAFFENRIED, Die Einrede des Spieles bei Differenzgeschäften, ZBJV 30 S. 347 ff.; EMIL HUBER, Börsentermin- und Differenzgeschäfte, S. 92 ff.; FISCH, a.a.O. S. 119; KOUTAISSOFF, a.a.O. S. 221, 233), kann bei erneuter Prüfung aus folgenden Gründen nicht festgehalten werden:

Ein solcher vertraglicher Ausschluss, und zwar auch der stillschweigende, kommt in der Praxis überhaupt nicht

Seite: 27

vor, da einem jeden Börsentermingeschäft, auch dem in blosser Spielabsicht geschlossenen, stets eine Kombination wirklicher Käufe und Verkäufe zu Grunde liegt, die einen Güterumlauf bewirken und somit auf die Preisgestaltung von Einfluss sind, während doch nach der bisher verwendeten Definition gerade das Fehlen eines Güterumsatzes als Kennzeichen für blosses Spiel bezeichnet wurde. Ob der Käufer die gekaufte Ware bezieht oder ob er sie vor dem Stichtag u weiterverkauft, sei es, weil er eine ernsthafte Spekulation ausführen wollte, sei es, weil er sich von blosser Spielabsicht leiten liess, ist für den Börsenagenten, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat, völlig gleichgültig. Dieser geht in allen Fällen genau in der gleichen Weise vor: Er deckt sich durch einen seinem Verkauf entsprechenden Kauf auf den Stichtag ein, und wenn sein Käufer effektive Lieferung der Ware wünscht, so ist es Sache desjenigen, bei welchem sich der Agent eingedeckt hat, bzw. dessen Verkäufer usw., die Lieferung vorzunehmen. Hat der Käufer seinerseits die Ware vor dem Stichtag weiterverkauft, so erfolgt die Abwicklung auf dem Wege der Differenzregulierung, ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer und nachherige Verkäufer auf ein ernstgemeintes Geschäft oder blosses Börsenspiel ausgegangen sei.

Unterscheidet sich somit das spielartige Lieferungsgeschäft weder in seiner äusseren Form, noch seiner Durchführung, noch seiner Funktion, vom ernsthaften Börsentermingeschäft, so geht es nicht an, dem Börsenagenten nachträglich in bestimmten Fällen einen Willen zu unterschieben, den er in Wirklichkeit gar nicht hatte; der sog. vertragliche Ausschluss der effektiven Erfüllung erweist sich daher als blosser Fiktion.

Seite: 28

Zweifel zu ziehen wäre. Dies ist der Fall beim sog. Deckungskauf, bei welchem der Kaufmann, der ein bestimmtes Quantum Ware auf Lager gelegt hat, um es allmählich an seine Kundschaft weiter zu verkaufen, auf den vermutlichen Zeitpunkt der Erschöpfung seines Vorrates zu dem seinem Einkauf entsprechenden Kurs an der Börse einen Verkauf à découvert abschliesst, um sich gegen Verluste auf seinem Warenlager infolge Kursschwankungen zu sichern. Denn sinkt der Kurs, und muss er infolgedessen seinen Vorrat billiger abgeben, als er ihn eingekauft hat, so wird der daraus resultierende Verlust ausgeglichen durch den Gewinn, den er bei dem Deckungsgeschäft macht, zu dessen Erfüllung er sich an der Börse die Ware billiger beschaffen kann, als er sie weiterverkauft hat, Steigt umgekehrt der Kurs, so erleidet der Kaufmann zwar auf dem Börsengeschäft einen Verlust, weil er sich die verkaufte Ware zu einem höheren Preis beschaffen muss; dafür kann er aber seinen Warenvorrat dem gestiegenen Marktpreis entsprechend teurer absetzen. Im einen wie im andern Falle wird ihm als Resultat der ganzen Geschäftskombination ein Gewinn in der Höhe der normalen Handelsspanne verbleiben. Obwohl ein derartiges Börsengeschäft von Anfang lediglich die Kursdifferenz zum Gegenstande hat, ist es doch unzweifelhaft kein blosses Spiel.

c) Da nach den vorstehenden Ausführungen das Lieferungsgeschäft mit Spielcharakter sich weder in seiner äussern Erscheinung, noch in seiner Funktion vom ernsthaften Termingeschäft unterscheidet, so lässt sich ein absolutes und einfaches Kriterium für den Spielcharakter überhaupt nicht aufstellen. Ein- und dasselbe Geschäft kann je nach den gesamten Umständen im einen Falle ein ernsthaftes Geschäft darstellen, im andern Falle dagegen blosses Spiel sein. Welche dieser beiden Möglichkeiten vorliege, ist in jedem einzelnen Falle an Hand der gesamten Umstände zu entscheiden. Ergibt sich aus diesen das Vorwiegen des rein aleatorischen Elementes und die für den Börsenagenten leicht erkennbare Absicht des Spekulanten, einen zur Hauptsache auf dem Zufall beruhenden Gewinn

Seite: 29

aus der Kursdifferenz zu erzielen, so ist ein blosses Spiel anzunehmen. Als Indizien für die Spielabsicht des Spekulanten kommen dabei in Betracht das Fehlen jedes Zusammenhanges zwischen der Spekulation und dem Beruf oder Geschäft des Spekulanten, das Fehlen von Kenntnissen im Börsenwesen, die Wahl- und Planlosigkeit im Abschluss der Geschäfte, wie z. B. die gleichzeitige Spekulation à la hausse und à la baisse, der Abschluss von Geschäften über Warenmengen, die auf dem Markte überhaupt nicht erhältlich sind, das Missverhältnis zwischen den Mitteln des Spekulanten und dem normalerweise zu überblickenden Verlustrisiko und dergl.; es handelt sich somit um die schon von der bisherigen Praxis herangezogenen sog. Differenzumstände, mit dem Unterschied, dass aus ihnen nicht mehr der vertragliche Ausschluss der Effektivverfüllung, sondern direkt der Spielcharakter des Geschäftes gefolgert wird.

Gegen ein blosses Spiel und für ein ernsthaftes Geschäft sprechen die effektive Lieferung der gehandelten Waren oder Wertpapiere, der Zusammenhang mit einem unstreitig ernsthaften Geschäft und dergl.

6.- Im vorliegenden Falle liegen die Verhältnisse auf Seiten der Beklagten nun allerdings so, dass bei ihr an der Absicht blossen Börsenspiels kaum gezweifelt werden kann: Der Kauf von 50 Tonnen Zink lässt sich in keinem vernünftigen Zusammenhang bringen mit ihrem Beruf als Bureauangestellte, selbst wenn man in Betracht zieht, dass sie in einer Firma des Metallwarenhandels arbeitet. Ferner stand das Risiko, das sie mit der Spekulation übernahm, in keinem Verhältnis zu ihren Mitteln, da sie ein monatliches Einkommen von Fr. 300.- hat, ihre Ersparnisse ca. Fr. 6000.- betragen und sie über einen nennenswerten persönlichen Kredit nicht verfügte, während der Metallmarkt im Jahre 1937 sehr unruhig war und Kursschwankungen aufwies, die, auf die von der Beklagten gehandelte Menge umgerechnet, innert kurzer Zeit den Betrag von Fr. 10-12000.- erreichten.

Allein diese Umstände waren der Klägerin weder bekannt

Seite: 30

noch auch leicht erkennbar. Denn die Beklagte hat die Klägerin und deren Vertreter in der Korrespondenz im Glauben gelassen, dass sie es mit einem Manne zu tun hätten, und zwar mit jemand, der im Börsentermingeschäft bewandert sei. Von der Klägerin unter diesen Umständen verlangen zu wollen, dass sie von sich aus prüfe, ob nicht allenfalls der Auftraggeber in blosser Spielabsicht handle, würde zu weit führen. Die Behauptung der Beklagten, sie habe vor Ausführung des Auftrages durch die Klägerin, nämlich anlässlich der telephonischen Unterredung vom 8. März, den Vertreter der Klägerin, Frank, darüber aufgeklärt, dass sie das Geschäft für sich selber und nicht etwa als Beauftragte ihres Vaters oder Bruders abschliessen wolle, ist nicht bewiesen. Wenn die Vorinstanz auf diese Behauptung der Beklagten, die auch bei Abstellen auf die bisherige Praxis des Bundesgerichts als sog. Differenzumstand von Bedeutung gewesen wäre, nicht eingetreten ist, so

hatte das seinen Grund offenbar darin, dass sie die Sachdarstellung der Beklagten, für welche diese lediglich den Parteieid antragen konnte, als unbeweisbar ansah.

Die Spieleinrede ist daher mangels Erkennbarkeit der Spielabsicht der Beklagten für die Gegenpartei abzuweisen, was zur Bestätigung des angefochtenen Urteils führt.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 7. Oktober 1938 wird bestätigt