

gewesen. Einen derartigen Nachweis hat die heutige Beklagte aber nicht einmal angetreten.

6. Kann sonach die Litisdenunziatin und heutige Beklagte den Klägern gegenüber sich auch nicht auf ein dingliches, das Eigentum oder das beanspruchte Verfügungsrecht der Kläger ausschließendes Recht des Vorn stützen, und behauptet sie ihrerseits eigenes Eigentum heute — gewiß mit Recht — nicht mehr, so fragt es sich nur noch, ob ihr ein, das Verfügungsrecht der Kläger ausschließendes dingliches Recht an fremder Sache, auf Grund dessen sie den streitigen Wein den Klägern vorenthalten dürfe, zustehe. Sie macht nun in der Tat ein Pfandrecht geltend. Allein abgesehen von der Frage, ob dieser Standpunkt nicht verspätet sei, muß nach der Feststellung der Vorinstanz, die sich auf die Aussage des Zeugen Blankart stützt, angenommen werden, daß dieses Pfandrecht rückgängig gemacht worden ist, sodaß die Beklagte es heute nicht mehr neu beanspruchen kann. Denn daß etwa jene Feststellung der Vorinstanz aktenwidrig wäre, kann keineswegs behauptet werden; sie entspricht vielmehr vollständig der Aussage des Direktors der heutigen Beklagten. Die Frage aber, wann die Rückgängigmachung des Pfandrechts habe erfolgen müssen, damit sie im Prozesse nicht mehr zu berücksichtigen sei, ist prozessualer Natur; wenn daher die Vorinstanz, aus prozessualen Gründen, das Pfandrecht nicht berücksichtigt, so ist das Bundesgericht an diesen Entscheid gebunden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 10. August 1903 in allen Teilen bestätigt.

**77. Urteil vom 16. Oktober 1903 in Sachen
Baumgartner & Cie., Kl. u. Ber.-Kl., gegen Müller,
Bekl. u. Anschl.-Ber.-Kl.**

Klaglose Differenzgeschäfte, Art. 512 O.-R. — Zulässigkeit der Einrede des Spiels gegenüber einem Kontokorrentsaldo; Unwirksamkeit der Anerkennung des Saldos für die Spielposten. Art. 513 O.-R. — Kriterien des klaglosen Differenzgeschäftes; Tatfrage und Rechtsfrage. — Behauptete Aktenwidrigkeit, Art. 81 Org.-Ges. — Wirkungen der Klaglosigkeit von Posten aus Differenzgeschäften auf den Kontokorrent. Entfernung vom Gewinn und Verlust hieraus. — Unklagbarkeit von Vorschüssen zum Zwecke von klaglosen Differenzgeschäften, Art. 512 Abs. 2 O.-R.

A. Durch Urteil vom 6. Juli 1903 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Beklagte wird zur Zahlung von 5143 Fr. 50 Cts. und Zins vom 4. Oktober 1901 zu 5 % verurteilt und Kläger mit seiner Mehrforderung abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen:

Es sei in Aufhebung des Urteils des Appellationsgerichts Baselstadt vom 6. Juli 1903 die Beklagte zur Zahlung von 14,789 Fr. 50 Cts. nebst Zins à 5 % seit 4. Oktober 1901, eventuell zur Zahlung von 14,581 Fr. 45 Cts. nebst Zins à 5 % seit 4. Oktober 1901 zu verurteilen. Ganz eventuell, es sei die Sache zur Beweisergänzung an die Vorinstanzen zurückzuweisen.

C. Die Beklagte hat sich der Berufung rechtzeitig angeschlossen und den Antrag gestellt, es sei nach Maßgabe des Urteils des Zivilgerichts, vom 25. April 1903, zu erkennen.

D. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter der Klägerin seine Berufungsanträge. Der Vertreter der Beklagten gibt vorerst die Erklärung ab, er ziehe die Berufung zurück, und stellt sodann den Antrag auf Bestätigung des angefochtenen Urteils. Eventuell beantragt er, die Sache zur Beweisergänzung

für die weitem von ihm angeführten Gründe dafür, daß es sich um reine Differenzgeschäfte gehandelt habe, zurückzuweisen, speziell durch Abnahme der anerbötenen Beweise durch Sachverständige.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der am 22. August 1901 verstorbene Chemann und Erblasser der Beklagten, welcher Pächter der Restauration des habschen Bahnhofes in Basel gewesen war, hatte schon seit anfangs 1896 durch Vermittlung der Klägerin, die Remissier auswärtiger Börsenagenten ist, an amerikanischen Börsen, in New-York und Chicago, Zeitgeschäfte über große Quantitäten Weizen, Mais, Schmalz, Pork (auf Seeschiffen verwendetes Salzfleisch) und Baumwolle gemacht. Anfangs spekulierten sie auf gemeinsame Rechnung, dann vermittelte die Klägerin die Aufträge des Müller an die amerikanischen Börsenagenten in der Weise, daß Müller mit den letztern direkt in Verkehr trat, und schließlich, von Mitte 1897 an, führte die Klägerin die Aufträge Müllers als Kommissionär aus. Nach Ausführung jeden Auftrages stellte die Klägerin dabei dem Auftraggeber ein gedrucktes Kontraktformular zu, nach welchem die Klägerin durch Vermittlung eines bestimmten amerikanischen Börsenagenten für seine Rechnung ein bestimmtes Quantum Ware gekauft oder verkauft habe, wobei Müller dieses Formular mit dem Vermerk „Angenommen“ unterzeichnete. Diese Kontraktformulare enthielten u. a. folgende Bestimmungen: „Alle Geschäfte sind als fixe Lieferungs geschäfte „zu betrachten, bei welchen jede Partei am Verfalltage die wirkliche Lieferung der in Frage stehenden Waren fordern kann. „Jede Verabredung oder Übereinkunft, nach welcher es nur die „Differenz des Geschäftes sein solle, worauf es ankomme, ist „ungültig und unverbindlich und erklärt der Unterzeichnete ausdrücklich, daß er im stande ist, die Waren abzunehmen, bezw. „zu beschaffen, und nur für den Fall, daß ihm dies nicht konveniere, die Liquidation des Geschäftes zu beantragen. Sofern „nicht andere Dispositionen vom Kommittenten getroffen werden, „hat er die Ware zu empfangen oder die verkaufte Ware zu liefern. In diesem Falle hat er gleichzeitig mit der Zusendung der „Instruktionen entweder die zum Empfang der Ware nötigen

„Fonds zur Verfügung zu stellen, oder wenn er selbst liefern „wolle, die Ware in dem von der Ursang der betreffenden Börse „geforderten Zustande zu überweisen. Ohne solche Instruktion ist „Klägerin zum Verkauf autorisiert, sobald die Andienung geschehen ist, was vom 25. des vorhergehenden Monats ab stattfinden kann. Soll die Lieferung geschehen, so muß dieselbe vor dem „25. des Liefermonats angemeldet werden.“ Auf Grund dieser Kontraktformulare wurden an den Börsen von Chicago und New-York große Quantitäten gehandelt, der Weizen z. B. in Quantitäten von 5000 oder 10,000 Bushels oder einem mehrfachen von 5000 Bushels zum Preise von circa 70—80 Dollar per 100 Bushels. Dabei wurden sämtliche Geschäfte durch Gegengeschäfte und zwar meist schon vor dem Stichtage liquidiert; wenn z. B. 5000 Bushels Weizen am 29. Oktober 1896 per Mai gekauft waren, so wurde das gleiche Quantum schon am 5. November wiederum per Mai verkauft oder es wurde die Position prolongiert. In dem Jahre, in welchem der Verkehr am lebhaftesten gewesen war, wurden circa 230,000 — 245,000 Bushels Weizen, 20,000 Bushels Corn, 5500 Tierces Lard, 2500 Barrels Pork, 700 Ballen Baumwolle gekauft oder verkauft. Dabei erteilte die Klägerin dem Müller hie und da eine zusammenfassende Aufstellung über die hängenden Engagements, wobei sie ausdrücklich die Geschäfte à la hausse und diejenigen à la baisse unterschied. Neben den Spekulationen an amerikanischen Börsen vermittelte die Klägerin auch noch einen Spekulationsverkehr Müllers mit der Firma Benjamin Blank & Cie. in Paris, welche mit Müller in Mehl Käufe und Verkäufe abschloß. Dabei wurden aber die Schlussnoten von Benjamin Blank & Cie. direkt auf Müller gestellt und auch alle Abrechnungen an ihn adressiert, dagegen zahlte die Klägerin die Verluste aus den betreffenden Geschäften für Rechnung des Müllers und belastete ihn damit im Kontokorrent. Die Ergebnisse sämtlicher von der Klägerin für Rechnung oder im Namen des Müllers abgeschlossenen Geschäfte wurden in den von der Klägerin mit Müller geführten Kontokorrent eingestellt und die Kontokorrentabschlüsse dem Müller periodisch zugestellt und die betreffenden Saldi neu vorgetragen. Neben den von der Klägerin mit

Müller abgeschlossenen Börsengeschäften hat dieselbe Müller auch einige Darlehen gewährt; am 18. Oktober 1899 ein solches von 5000 Fr., am 15. Oktober 1898 und 30. Dezember 1898 von je 1500 Fr., am 14. Februar 1899 von 1000 Fr. und am 9. Januar 1901 von 3000 Fr. Von diesen Darlehen sind unbefristeternmaßen bezahlt die 1000 Fr. vom 14. Februar 1899 und an die 3000 Fr. vom 9. Januar 1901 ein Teilbetrag von 2000 Fr. Auch diese Zahlungen wurden in den Kontokorrent eingestellt. Dieser wies beim Ableben des Müller einen Saldo von 14,789 Fr. 50 Cts. auf. Der Müllersche Nachlaß wies Aktiven von 351,357 Fr. 08 Cts. auf, worunter 93,983 Fr. 30 Cts. Lebensversicherung, an Passiven 335,772 Fr. 02 Cts. Die Witwe hat die Erbschaft angetreten, die Kinder dagegen haben sie ausgeschlagen. Mit Klage vom 25. April 1902 forderte die Klägerin die Verurteilung der Witwe Müller zur Zahlung des Kontokorrentsalbos von 14,789 Fr. 50 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 14. Oktober 1901. Die Beklagte anerkannte einen Betrag von 1302 Fr., nämlich den Rest des Darlehens vom 9. Januar 1901 mit 1000 Fr. und 302 Fr. Rest einer Schuld für Kaffeebezüge; dagegen bestritt sie die Klagesumme, soweit sie 1302 Fr. übersteigt und trug insoweit auf deren Abweisung an. Sie bestritt in erster Linie, daß die der Klägerin aufgetragenen Geschäfte von ihr wirklich ausgeführt worden seien; hauptsächlich aber stützte sie sich auf die Einrede des Spiels, gemäß Art. 512 D.-R. Als Umstände, aus denen auf die Natur der streitigen Geschäfte als reine Differenzgeschäfte geschlossen werden müsse, führt die Antwort an: Es sei notorisch für Sachverständige, und werde Beweis durch solche beantragt, daß derartige Geschäfte nie effektiv ausgeführt werden, wie denn überhaupt die Firmen, die diese Geschäfte vermittelt haben, dafür bekannt seien, daß sie sich nur mit Differenzgeschäften befassen. Effektiv auszuführende Geschäfte werden auch auf ganz anderer Basis abgeschlossen, als die hier vorliegenden: die Qualität der zu liefernden Waren müsse des nähern bestimmt oder durch Muster fixiert werden, da die Qualität und demgemäß auch der Preis solcher Waren außerordentlich differiere; der Mangel jeder Qualitätsangabe bei den vorliegenden Geschäften beweiße daher, daß

der Vertragswille nicht auf Effektuierung derselben gegangen sei. Sodann deute die Stellung, der Beruf Müllers darauf hin, daß eine Effektuierung der Geschäfte als ausgeschlossen betrachtet werden müsse. Ferner habe Müller nie Buchungen über den Geschäftsverkehr mit der Klägerin geführt; aus den ihm von der Klägerin zugestellten Aufstellungen aber gehe klar hervor, daß lediglich à la hausse und à la baisse spekuliert worden sei. Während des ganzen Verkehrs sei denn auch Müller nie angefragt worden, ob er zu beziehen oder zu liefern wünsche, geschweige denn, daß man ihn je zum Bezuge oder zur Lieferung aufgefordert hätte. Die angeblichen Käufe und Verkäufe haben sich auch in solchen Quantitäten bewegt, daß vernünftigerweise eine Effektuierung ganz ausgeschlossen gewesen sei. Die Spekulationen haben sich zudem, wenigstens zum Teil, auf Artikel bezogen, für die weder in der Schweiz, noch speziell in Basel, Verwendung hätte gefunden werden können. Endlich seien die Spekulationen in einem derartigen Mißverhältnisse zu den Vermögensverhältnissen Müllers gestanden, daß dieser schon längst nicht mehr die Differenzen habe decken können, geschweige denn, daß es möglich gewesen wäre, auch nur einzelne Posten reell abzunehmen; das sei der Klägerin auch bekannt gewesen. Die Klägerin hat teils die Richtigkeit, teils die Schlüssigkeit dieser Anbringen bestritten; mit Bezug auf die Vermögensverhältnisse Müllers hat sie geltend gemacht, er sei bis zum Konkurse seines Schwiegersohnes sehr vermöglich gewesen, und habe nach eigener Aussage der Klägerin gegenüber ein jährliches Nettoeinkommen von 35,000 Fr. gehabt. Auch sei er ein gewiegter Kaufmann gewesen.

2. Beide kantonalen Instanzen haben die Einrede des Spiels mit Bezug auf die amerikanischen Geschäfte gutgeheißen. Die erste Instanz, der sich die zweite in dieser Hinsicht mit der Bemerkung, es handle sich um einen typischen Fall von Differenzgeschäften im Sinne des Art. 512 D.-R., angeschlossen hat, erblickt den Beweis, daß es sich um Spielgeschäfte gehandelt habe, wesentlich in folgenden Umständen: Müller habe der angeblich gekauften Waren in seinem Geschäfte nicht bedurft und hätte überhaupt in Basel dafür keine Verwendung gehabt. Alle Geschäfte seien ausnahmslos durch Gegengeschäfte liquidiert worden. Lebensberuf und

Bildung des Müller lassen es als ausgeschlossen erscheinen, daß er an einen wirklichen Umsatz von Waren dieser Gattung und Provenienz dachte, und hauptsächlich, daß er denjenigen Überblick über die Marktlage und die sonstigen Kenntnisse besessen habe, welche die Dispositionen beim effektiven Umsatz solcher Waren verlangten. Bezüglich seiner Vermögenslage sei zuzugeben, daß Müller bis zum Konkurse seines Schwiegersohnes — 1898 — als ziemlich vermöglich gegolten habe, wenn schon die Behauptung der Klägerin, er habe sein Einkommen auf netto 35,000 Fr. im Jahr angegeben, unglaublich erscheine. Auch habe die Klägerin dem Müller erheblichen Kredit geschenkt. Allein die Engagements seien doch so groß, daß auch bei guten Vermögensverhältnissen eine effektive Erfüllung dem Müller kaum möglich gewesen wäre und daher als ausgeschlossen zu erachten sei. Daß die Parteien die Geschäfte selber als Spielgeschäfte ansahen, ergebe sich auch aus den Aufstellungen, die die Klägerin dem Müller ausgehändigt habe. Diesen Indizien gegenüber falle der vom Zeugen Mummer (einem früheren Angestellten der Klägerin) bezeugte Umstand: daß Müller einmal beim Kauf von 250 Faß Schmalz angefragt worden sei, ob er abnehmen wolle, nicht in Betracht. Die von der Vorinstanz vorgenommene Rechnungsaufstellung ist heute von beiden Parteien, unter Vorbehalt ihres Rechtsstandpunktes, anerkannt.

3. Nachdem die Beklagte ihre Anschlußberufung zurückgezogen hat und beide Parteien die von der Vorinstanz vorgenommene Rechnungsaufstellung anerkannt haben, fragt es sich für das Bundesgericht nur, ob mit der Vorinstanz die von der Beklagten erhobene Einrede des Spiels gutzuheißen und damit das angefochtene Urteil zu bestätigen, oder aber in Verwerfung jener Einrede die Klage gutzuheißen sei. Dabei fällt in erster Linie in Betracht, daß die Klägerin einen Kontokorrentsaldo — von 14,789 Fr. 50 Cts. nebst Zins seit 4. Oktober 1901 — geltend macht. Dieser Saldo ist gebildet aus dem von Müller-Heer am 10. Februar 1901 anerkannten Saldo vom 1. Februar gl. J. von 16,133 Fr. 17 Cts. zuzüglich einer Forderung von 848 Fr. 35 Cts. für Kaffeelieferungen in den Monaten Mai bis August 1901 und dem Kontokorrentzins zu 5 % bis 3. Oktober 1901

mit 505 Fr. 33 Cts., abzüglich dagegen der von Müller-Heer in den Monaten April-Juli 1901 geleisteten Zahlungen von insgesamt 2697 Fr. 35 Cts. Die Beklagte anerkennt von dieser Forderung bloß den Betrag von 1302 Fr. als Rest eines Darlehens und einer Kaufpreisschuld, stellt dagegen im übrigen derselben die Einrede des Spiels entgegen. Diese Einrede ist zweifellos statthaft, und es kann ihr nicht etwa mit der Klägerin entgegengehalten werden, durch den einverständlichen Vortrag des Salbos vom 1. Februar 1901 und die damit verbundene Novation des früheren Rechtsverhältnisses sei bewirkt worden, daß die Einrede des Spiels, die einzelnen in den Kontokorrent eingestellten Forderungsposten gegenüber begründet war, der Saldoforderung nicht mehr entgegengesetzt werden könne. Denn nach dem Grundsatz des Art. 513 D.-R. kann, wie in der schweizerischen Praxis nie bezweifelt worden ist, eine Spielschuld durch Anerkennung, also auch durch Feststellung eines sie umfassenden Kontokorrentsalbos, nicht gültig werden. Soweit dem festgesetzten Saldo Spielgeschäfte zu Grunde liegen, ist vielmehr die in der Saldo feststellung enthaltene Anerkennung unwirksam; die novatorische Kraft der Salbierung wird hinsichtlich der einzelnen in dem Kontokorrent enthaltenen Geschäfte insoweit ausgeschlossen, als diese nachweislich Spielgeschäfte und daher rechtlich unwirksam sind; denn insoweit können die Kontokorrentposten auch nicht rechtswirksam anerkannt werden. Daß die Einrede des Spiels einem Kontokorrentsaldo gegenüber nur dann geltend gemacht werden könne, wenn alle Kontokorrentposten auf Spielgeschäften beruhen, wie die Klägerin behauptet, ist durchaus unrichtig.

4. Ist demnach auf die Prüfung der Einrede des Spiels einzutreten, so ist gemäß der konstanten bundesgerichtlichen Praxis, auf die sich auch die Vorinstanz stützt, davon auszugehen, daß als Spielgeschäft, bezw. als klagloses reines Differenzgeschäft, ein Geschäft dann erscheint, wenn nach übereinstimmender, ausdrücklicher oder stillschweigender erklärter Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waren oder Börsenpapiere ausgeschlossen ist, so daß bloß die Kurzdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet. Der Ausschluß der Realerfüllung kann dabei, wie bemerkt,

selbstverständlich nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend vereinbart werden, d. h. der darauf gerichtete Parteiwille kann auch aus schlüssigen Tatsachen, welche ihn bekunden, gefolgert werden. Der Beweis dafür, daß, ausdrücklich oder stillschweigend, die Realerfüllung ausgeschlossen worden sei, trifft denjenigen, der sich hierauf beruft, also geltend macht, es komme dem in die Form eines Lieferungsgeschäftes bzw. des Kaufs- oder Verkaufsauftrages gekleideten Geschäfte nicht diejenige Bedeutung zu, welche aus dieser Form, aus den Worten Kauf und Verkauf, an sich folge, sondern es sei in Tat und Wahrheit ein bloßes Spiel um die Differenz vereinbart, die Worte Kauf und Verkauf seien also in uneigentlichem Sinne gebraucht worden. Dabei ist die Frage, ob die ausdrücklichen Abreden oder Tatsachen, in welchen der Ausdruck des Willens, Recht und Pflicht der Realerfüllung auszusprechen, gefunden wird, bewiesen seien, Tatfrage, die Frage dagegen, ob dieselben, wenn bewiesen, den Ausdruck des fraglichen Willens wirklich ergeben, Willensauslegung, und daher, nach der neuern Praxis des Bundesgerichts, Rechtsfrage. In diesem Sinne hat sich das Bundesgericht wiederholt, insbesondere in dem Urteile Heim gegen Gruner-Haller & Cie. vom 27. Oktober 1900 (vgl. *Revue der Gerichtspraxis*, Bd. XIX, Nr. 12) ausgesprochen. Es kann daher auch im vorliegenden Fall sich nicht dabei beruhigen, die Vorinstanzen haben den Willen des Ausschlusses der Realerfüllung „tatsächlich festgestellt,“ sondern es muß selbst prüfen, ob die festgestellten Tatumstände, die Worte oder Werke der Parteien, wirklich ergeben, daß Anschluß der Realerfüllung vereinbart war.

5. Fragt sich zunächst, ob die Einrede des Spiels gegenüber den Ansprüchen aus den amerikanischen, an den Börsen von New-York und Chicago von der Klägerin für den Rechtsvorgänger der Beklagten vermittelten, Geschäften begründet sei, so ist zu bemerken: Vor der ersten Instanz hatte die Beklagte zunächst bestritten, daß die Klägerin die betreffenden Börsenaufträge überhaupt ausgeführt habe. Nachdem die erste Instanz diese Einwendung mit der Bemerkung zurückgewiesen hatte, nach der Anerkennung der Kontokorrentsaldi durch Müller könne die Beklagte die einzelnen Kontokorrentposten nicht mehr in Zweifel ziehen, hat

die Beklagte in der zweiten Instanz die fragliche Bestreitung nicht erneuert; es ist also anzunehmen, sie habe dieselbe fallen lassen, wie sie denn übrigens auch sachlich gänzlich unhaltbar wäre. In zweiter Linie führt die erste Instanz (der sich die zweite Instanz in diesem Punkte völlig anschließt) aus, der Klägerin könne, da sie bei den hier fraglichen Geschäften als Selbstkontrahent eingetreten sei, die Einrede des Spiels entgegengehalten werden. Nun ist zunächst richtig, daß die Klägerin bei den hier in Frage stehenden Geschäften durchgängig als Selbstkontrahent eingetreten ist, so daß ihr die Einrede des Spiels in gleicher Weise entgegengehalten werden kann, wie wenn sie die streitigen angeblichen Käufe und Verkäufe in eigenem Namen abgeschlossen hätte; übrigens ist nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts (vergl. u. a. das citierte Urteil i. S. Heim gegen Gruner-Haller & Cie.) die Einrede des Spiels gegenüber dem Kommissionär stets statthaft, wenn er die Ausführung von Börsenaufträgen übernommen hat, welche erkenntlich auf reine Differenzgeschäfte mit Spiel- oder Wettcharakter gerichtet sind und dabei für den Auftraggeber in Voranschuß gegangen ist, ohne Rücksicht darauf, ob er als Selbstkontrahent eingetreten ist oder nicht. Sodann ist zu sagen, daß die — in Erwägung 2 wiedergegebenen — Feststellungen der kantonalen Instanzen, soweit sie gemäß den in Erwägung 4 ausgeführten Feststellungen tatsächlicher Natur sind, keineswegs aktenwidrig sind oder daß jedenfalls die Klägerin deren Aktenwidrigkeit in keiner Weise nachgewiesen hat; die bloße Behauptung der Aktenwidrigkeit genügt hiezu nicht, der Berufungskläger hat vielmehr die Behauptung der Aktenwidrigkeit unter Bezeichnung der Aktenstücke oder Aktenstellen, aus denen sie hervorgehen soll, zu begründen (vergl. *Amtl. Samml.*, Bd. XXV, 2. Teil, S. 594 f., Urteil vom 15. Juli 1899 i. S. Schweiz. Handelsgesellschaft gegen Stauffer), und das ist hier nicht geschehen. Ist aber danach von dem von den kantonalen Instanzen festgestellten Tatbestand auszugehen, so kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß keine der beiden Parteien an die reale Erfüllung der streitigen Börsengeschäfte durch effektive Lieferung oder Abnahme dachte, daß vielmehr beide Parteien stets beabsichtigten, das Geschäft nicht durch effektive Lieferung, sondern durch Gegen- und Differenz-

geschäfte abzuwickeln. Dies ergibt sich daraus, daß diese Art der Abwicklung die ausnahmslose Regel des ganzen mehr (circa fünf)-jährigen und lebhaften Geschäftsverkehrs bildete, während in keinem Falle Realerfüllung oder die Aufforderung dazu erfolgte. Nur in einem Falle, der übrigens nicht einmal in die Zeit der streitigen Geschäfte fällt, ist, nach der Zeugenaussage des Angeklagten Nummer, Müller angefragt worden, ob er die angeblich gekaufte Ware beziehen wolle, in allen andern Fällen scheint von Realerfüllung nicht einmal gesprochen, sondern das Unterbleiben derselben und die Abwicklung der Geschäfte durch Gegengeschäfte ohne weiteres als selbstverständlich betrachtet worden zu sein. Die Absicht der Parteien war also zweifellos auf Geschäfte gerichtet, die nicht effektiv erfüllt, sondern durch Gegengeschäfte und Differenzzahlung abgewickelt werden sollen. Diese Absicht genügt nun aber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht, die Geschäfte zu klaglosen Differenzgeschäften zu stempeln, sofern sie, wenn auch von beiden Parteien innerlich geteilt, eine einseitige, unausgesprochene Absicht blieb, also den Vertragsinhalt nicht affizierte, nicht zu einverständlichem, vertragsmäßigem Ausschluß von Recht und Pflicht der wirklichen Lieferung und Abnahme der gehandelten Ware führte. Allein auch dieser Ausschluß ist von der Vorinstanz mit Recht als im vorliegenden Falle gegeben erachtet worden. Aus den vorinstanzlich festgestellten Tatsachen ergibt sich, daß der Bahnhofrestaurateur Müller im Ernste kaum daran denken konnte, die für ihn an den amerikanischen Börsen gehandelten Waren realiter zu beziehen oder zu liefern, da einerseits nach der vorinstanzlichen Feststellung seine ökonomischen Verhältnisse, wenn auch nicht ungünstig, so doch keineswegs derart waren, daß er ohne weiteres im Stande gewesen wäre, die für den effektiven Bezug oder die effektive Lieferung der gehandelten großen, ja riesigen Warenmengen nötigen Summen, auch unter Inanspruchnahme des Kredits, jeweilen mit Sicherheit aufzubringen, und da er andererseits auch die Waren- und Handelskenntnisse nicht besaß, welche nötig gewesen wären, um effektive Warengeschäfte in dem Umfange seiner Börsenaufträge auszuführen. Beim Aktenschlusse hat die Klägerin allerdings Zeugenbeweis dafür anboten, daß Müller fähig gewesen sei, die von ihm ge-

schlossenen Geschäfte zu überblicken und Kenntnis der jeweiligen Marktlage besessen habe. Allein dieses Beweisangebot ist unerheblich und könnte zu einem für die Entscheidung erheblichen Ergebnisse nicht führen. Es möchte ja wohl nachgewiesen werden können, daß Müller die Kurszettel der amerikanischen Börsen fleißig studierte; ja bei der großen Zahl und dem enormen Umfang der Warenpekulationen Müllers hat es große Wahrscheinlichkeit für sich, daß er aus dem Studium der Kurszettel Anhaltspunkte für die Beurteilung der Chancen seiner Spekulationen zu gewinnen suchte. Ebenso mag auch wohl richtig sein, daß er seine Spekulationen überblickte, d. h. im Gedächtnisse behielt und auch im Stande war, mit den Gästen seines Restaurants in mehr oder weniger fachverständige Gespräche über den Handel an den amerikanischen Produktenbörsen einzutreten. Allein dies beweist in keiner Weise, daß — was einzig erheblich wäre — Müller die kaufmännischen Kenntnisse und Erfahrungen besaß, welche nötig waren, um daran denken zu können, sich auf effektiven Waren-Großhandel an den amerikanischen Welthandelsplätzen einzulassen. Das scheint vielmehr dadurch ausgeschlossen, daß, soweit aus den Akten ersichtlich, Müller weder eine regelrechte kaufmännische Bildung besaß, noch sich jemals praktisch im Großhandel betätigt hat. Konnte demnach Müller, sowohl seiner persönlichen Stellung und Bildung, als seinen finanziellen Verhältnissen nach, gar nicht ernstlich daran denken, die von ihm in Auftrag gegebenen Warengeschäfte effektiv und nicht nur durch Differenzzahlung oder Buchung auszuführen, so ist gewiß auch nicht anzunehmen, daß er sich zur Realerfüllung wirklich, ernsthaft, habe verpflichten wollen; es ergibt sich vielmehr, daß er eben nur zu derjenigen Art der Erfüllung sich hat verpflichten wollen, welche nachher im Verkehr der Parteien tatsächlich ausnahmslos geübt wurde und welche ihm, wenigstens für eine gewisse Zeit, möglich war, nämlich zur Erfüllung durch Gegengeschäfte und Differenzzahlung. Sein Vertragswille war also auf ein reines Differenzgeschäft und nicht auf ein Effektivgeschäft gerichtet. Dieser Vertragswille war aber auch dem Gegenkontrahenten, der Klägerin, bekannt, da ja diese die Verhältnisse des Müller genau kannte und daher wohl wußte, daß dieser zu Realerfüllung kaum im

stande sei und die von ihm dem Wortlaute nach übernommene Verpflichtung zu Realerfüllung daher nicht ernst gemeint, vielmehr in Wahrheit eben nur eine Differenzspekulation und nicht ein Warengeschäft beabsichtigt sei. Wenn sie trotz dieser Kenntnis mit Müller abschloß, so ist eben der Ausschluß der Realerfüllung zum Vertragsinhalte erhoben worden. Nun ist allerdings in dem von den Parteien vereinbarten Kontraktformular die Möglichkeit der Realerfüllung vorgesehen und sogar eine Bestimmung aufgenommen, welche jede Abrede des Inhalts, daß es nur auf die Differenz ankomme, für ungültig und unverbindlich erklärt, und auch in den Börsenstatuten von New-York und Chicago ist die Möglichkeit der Realerfüllung vorgesehen. Allein die Börsenstatuten kommen nur in Ermangelung abweichender Vereinbarung der Parteien im Einzelfalle zur Anwendung und auch die Bestimmung des Kontraktformulars, daß die Differenzabrede ungültig sei, ist wirkungslos, wenn die Parteien trotzdem vereinbaren, daß die Geschäfte durch Gegengeschäfte und Differenzzahlung unter Ausschluß der Realerfüllung, abgewickelt werden sollen. Eine derartige Bestimmung könnte nur als gesetzliche, nicht aber als vertragliche Gültigkeit beanspruchen, allein eine Gesetzesbestimmung, wonach ein Differenzgeschäft als Effektivgeschäft, trotz des vereinbarten Ausschlusses der Realerfüllung, erfüllt werden müßte, besteht nun im geltenden Rechte nicht. Nach dem geltenden Rechte ist vielmehr bei einem Geschäfte, bei welchem Ausschluß der Realerfüllung vereinbart ist, nicht bloß die letztere Vereinbarung, sondern eben das Geschäft selber ungültig.

6. Sind demgemäß die streitigen Geschäfte als reine Differenzgeschäfte zu betrachten, so ist diesen Geschäften gemäß Art. 512 Obl.-Recht der rechtliche Schutz entzogen, und es sind also aus denselben keine gültigen Forderungsrechte entstanden, und zwar weder für den Auftraggeber zum Differenzspiele, noch für den Kommissionär, der die Spiel-Aufträge wesentlich ausgeführt hat. Danach sind denn aus dem Kontokorrente der Parteien alle Posten zu entfernen, welche sich als Ausführung der klaglosen Differenzgeschäfte ergeben, sowohl die Gewinne als die Verluste. Die erste Instanz hat zwar wohl die Verluste des Müller, nicht aber dessen Gewinne aus der Rechnung entfernt, indem sie aus-

führte, es sei dies zwar ein unmoralisches Ergebnis, aber nicht zu vermeiden, da das Gesetz auf diesem Standpunkte stehe. Dieser Auffassung kann indeß, wie bereits das Appellationsgericht ausgeführt hat, nicht beigetreten werden. Allerdings würden die Gewinne nach dem Prinzipie des Art. 512 D.-R. der Beklagten dann verbleiben, wenn sie effektiv wären ausbezahlt worden, denn das Gesetz erklärt die Differenzgeschäfte für klaglos; sie sind aber immerhin zahlbar, und es kann daher das aus einem solchen Geschäfte wesentlich Bezahlte nicht zurückgefordert werden. Allein nun sind in casu die in Frage stehenden Gewinne nicht wirklich ausbezahlt, auch nach der Natur des Kontokorrent-Verhältnisses nicht etwa zur Kompensation mit klagbaren Gegenforderungen verwendet und dadurch gezahlt, sondern nur im Kontokorrent gutgeschrieben, also anerkannt worden. Deshalb sind auch die Gewinne aus der Rechnung zu entfernen, denn das Recht auf dieselben kann so wenig gültig anerkannt werden als ein anderer Anspruch aus einem reinen Differenzgeschäfte. Übrigens kommt dieser Frage nach dem Rückzuge der Anschlußberufung keine praktische Bedeutung mehr zu.

7. Sind also die beidseitigen Ansprüche aus den amerikanischen Börsengeschäften als unklagbar aus der Rechnung zu entfernen, so muß sich fragen, ob diese Lösung auch für die klägerischen Ansprüche aus den Zahlungen an Benjamin Blank & Cie. in Paris gelte. In dieser Beziehung ist zunächst klar und ist von beiden Instanzen übereinstimmend anerkannt worden, daß die von Müller mit Benjamin Blank abgeschlossenen Spekulationsgeschäfte in Wehl sich in gleicher Weise und wesentlich aus den gleichen Gründen als reine Differenzgeschäfte qualifizieren, wie die Müllerschen Aufträge für die amerikanischen Börsen. Dagegen hat nun die erste Instanz die Ansprüche aus den Zahlungen an Blank & Cie. deshalb für klagbar erklärt, weil die Klägerin die fraglichen Geschäfte Müllers mit Blank & Cie. nicht als deren Kommissionär mit Selbsteintritt ausgeführt habe, also nicht der Kontrahent sei, welcher von Müller den Kaufpreis fordere, sondern die betreffenden Beträge aus Auftrag Müllers in seinem Namen vorschußweise ausgezahlt habe; daß diese Vorschüsse zum Behufe des Spiels gemacht worden seien und darum gemäß

Art. 512 O.-R. ebenfalls unklagbar wären, sei nicht nachgewiesen; vielmehr ergebe sich aus den Akten, daß die Klägerin die Zahlungen jeweilen erst nach der Beendigung der Operationen für Müller gemacht habe, daß es sich also nicht um Zahlungen zum Spiel, sondern um Zahlungen entstandener Spielschulden handle, welche letztere klagbar seien. Dagegen hat das Appellationsgericht auch den Verkehr mit B. Blank & Cie. zu den unklagbaren Spielgeschäften gerechnet. Es führt aus: die Unterscheidung zwischen Zahlungen (Darlehen) zum Spiel und der Zahlung entstandener Spielschulden finde keinen Anhaltspunkt in Art. 512 O.-R., wie sie denn auch dazu führen müßte, daß die Vorschrift des Art. 512 O.-R. auf die leichteste Weise umgangen und illusorisch gemacht werden könnte. Es sei im Gegenteil juristisch gleichgültig, ob man die Zahlung vorher mache und den Spielenden dafür belaste, oder ob man für letztern die Garantie übernehme und gutstehe und nachher erst das ungünstige Ergebnis für ihn decke. Es sei auch nicht richtig, daß dieser Verkehr mit Benjamin Blank & Cie. einen andern Charakter trage und sich in einer andern Weise abgewickelt habe, als der mit den Agenten in New-York und Chicago. Die Korrespondenz (z. B. der Brief der Klägerin an Müller vom 6. August 1897) zeige, daß die Klägerin in gleicher Weise auch bei Blank & Cie. verfahren sei und wie bei den amerikanischen Aufträgen die Geschäfte regliert und den Müller dafür belastet habe. Dieser Entscheidung des Appellationsgerichts ist unbedenklich beizutreten. Die Zahlungen an Benjamin Blank & Cie. sind deshalb, weil sie erst nach Beendigung der betreffenden Operationen geleistet wurden, nichtsdestoweniger als Vorschüsse zum Behufe des Spiels zu betrachten; denn sie wurden infolge einer schon vorher übernommenen Garantieverpflichtung der Klägerin geleistet, und es ist nun gewiß, wie das Appellationsgericht ausführt, ganz gleichgültig, ob in Erfüllung einer solchen Garantie die Zahlung erst nach Beendigung der Spieloperationen geleistet wird, oder ob dieselbe schon vorher erfolgt. Im einen wie im andern Falle ist der Zahlende für eine Spiel- oder Wertschuld in Vorschuß gegangen. Daß dies im ersten Falle durch Garantieversprechen, im zweiten dagegen durch Barzahlung geschieht, ist für die Anwendung des Art. 512

O.-R. gleichgültig. Es ist denn übrigens auch richtig, daß der Verkehr mit Benjamin Blank sich in gleicher Weise abspielte, wie derjenige mit den amerikanischen Agenten; dies geht in der Tat aus der Korrespondenz, speziell aus dem vom Appellationsgerichte angeführten Briefe vom 6. August 1897 hervor.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und es ist somit das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 6. Juli 1903 in allen Teilen bestätigt.

78. Urteil vom 17. Oktober 1903 in Sachen

Dreysus, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Reinhardt**, Kl. u. Ber.-Bekl.

Wechselregressanspruch des angeblichen Indossatars gegen einen Vormann und Indossanten. Zusammenhängende Reihe von Indossamenten, Art. 755 O.-R. Veränderung des Wechselinhaltes, Art. 802 spez. Abs. 2 O.-R.

A. Durch Urteil vom 6. Juli 1903 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es werden unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils die vom Beklagten mit Zahlungsbefehl Nr. 32,557 gegen den Kläger geltend gemachten Forderungen von 6287 Fr. 45 Cts. und 21 Fr. aberkannt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in gesetzlicher Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter des Beklagten diesen Berufungsantrag. Der Vertreter des Klägers trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem Beklagten ist für eine Forderung von 6287 Fr. 45 Cts. und 21 Fr. Prozeßkosten gegenüber dem Kläger, die sich auf einen Wechsel stützt, provisorische Rechtsöffnung erteilt worden, wogegen