

rischen Gesetzes, sondern vielmehr auf allgemeine Erwägungen, insbesondere den von ihm angenommenen Handelsgebrauch.

6. Demnach muß denn die Beschwerde als unbegründet abgewiesen werden, denn nach dem Ausgeführten ist die Aktivlegitimation der Kläger als festgestellt zu erachten und weitere Einwendungen hat der Beklagte in der bundesgerichtlichen Instanz nicht mehr festgehalten.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich sein Bestehen.

#### 90. Urtheil vom 24. September 1892 in Sachen Braunschweig gegen Dufas & Cie.

A. Durch Urtheil vom 4. April 1892 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Klage und Widerklage werden abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagten und Widerkläger die Weiterziehung an das Bundesgericht mit dem Antrage auf Abänderung des appellationsgerichtlichen Urtheils und Zuspruch der Widerklage; die Klage sei in der appellationsgerichtlichen Verhandlung fallen gelassen worden, eventuell werde auf Abweisung derselben und zwar Namens J. Braunschweig eventuell auch Namens J. Braunschweig jun. Kinder angetragen.

C. Bei der heutigen Verhandlung hält der Anwalt der Beklagten und Widerkläger die schriftlich angemeldeten Anträge aufrecht.

Der Anwalt der Kläger und Widerbeklagten trägt auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des appellationsgerichtlichen Urtheils an, indem er beifügt, durch den Rückzug der Klage habe er nicht auf irgend eine Einrede gegen die Widerklage verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung ist aus den Akten folgendes hervorzuheben: Die Kläger und Widerbeklagten S. Dufas & Cie. standen seit längerer Zeit in lebhafter Geschäftsverbindung mit dem Beklagten J. Braunschweig jun. in Göttingen-Zürich, für den sie Börsenaufträge ausführten. Ende Januar 1889 trat in Folge einer Differenz eine vorübergehende Unterbrechung dieses Geschäftsverkehrs ein. Dabei ließ J. Braunschweig bei den Klägern durch den Basler Bankverein folgende Aktien gegen Zahlung von 338,000 Fr. auf seine Rechnung beziehen: 100 Stück Union Suisse, 325 Stück Nordostbahn, 50 Stück Winterthurer Bank, 50 Stück Banque foncière, 35 Stück Chemische Industrie, 25 Stück Arth-Rigi. Schon im Februar 1889 wurde der Geschäftsverkehr zwischen den Parteien wieder aufgenommen. Nachdem die Kläger bisher die Aufträge des J. Braunschweig ohne Deckung besorgt hatten, ließen sie sich am 29. Mai 1889 eine „Faustpfandbestellung für Kontokorrent-Vorschüsse und Eigenwechsel sowie für andere Forderungen“ ausstellen. In diesem Aktenstücke räumt J. Braunschweig den Klägern für alle Forderungen, die sie an ihn zu stellen haben, ein Faustpfandrecht ein an allen Werthpapieren, die er jeweiligen bei ihnen liegen habe. Weiter heißt es: „Falls diese Werthpapiere oder einzelne derselben, oder falls meine bei denselben eingegangenen Engagements in Aktien, Obligationen, etc. in ihrem Kurzwert um 5 % zurückgehen sollten, bin ich gehalten, auf einfache Aufforderung der Herren S. Dufas & Cie. das Faustpfand um den betreffenden Betrag zu verstärken, resp. die auf meinen laufenden Engagements entstandene Kurzdifferenz durch Baaranschaffung oder den entsprechenden Betrag in Werthpapieren zu decken. Für den Fall, daß ich dieser Pflicht nicht nachkommen sollte, so ermächtige ich die Herren S. Dufas & Cie. jetzt schon unter Verzicht auf jede spätere Einwendung selbst dann, wenn eine spätere resp. weitere Anzeige an mich unterlassen worden wäre, die verpfändeten Werthpapiere ganz oder theilweise durch einen öffentlichen Senfal zu verkaufen; ebenso räume ich denselben das Recht zum gleichen Verfahren bezüglich meiner bei denselben laufenden Engagements ausdrücklich ein. Aus dem Erlös der so verkauften Werthpapiere können

„sich S. Dufas & Cie. bezahlt machen für ihr Guthaben an „Kapital, Zinsen und Spesen, zc. Für den Mindererlös bleibe ich „haftbar, während ein Mehrerlös mir zu vergüten ist. Für die „Abwicklung der dahierigen Forderungen erwähle ich mein Do- „mizil bei den Herren S. Dufas & Cie. und unterwerfe mich dem „Basler Gerichtsstand.“ Die monatlichen Liquidationsrechnungen wurden dem Beklagten jeweilen zugesandt und von ihm anerkannt. Am 3. März 1890 übersandten die Kläger dem Beklagten die Liquidationsrechnung per Ende Februar und schrieben ihm gleich- zeitig: „Bezugnehmend auf beiliegende Liquidationsnote finden „wir, daß Ihr Konto auf Grundlage der heutigen Kurse mit „etwa 20,000—25,000 Fr. ungedeckt ist und erwarten wir daher „Ihre gefällige sofortige Anschaffung dieses Betrages und ferner „eine Deckung von 50,000 Fr. bis auf Weiteres gegen eventuelle „fernere Kursrückgänge, sofern Sie wünschen, daß wir Ihre „Engagements weiter führen. Sollten Sie wider Erwarten un- „serem Gesuch nicht entsprechen, so müssen wir uns veranlaß „sehen, Ihre sämtlichen Engagements bestmöglichst für Sie zu „lösen und Ihnen hienach Endabrechnung zuzustellen.“ Der Be- klagte erwiderte umgehend, wenn man sein Depot in Betracht ziehe, so sei er keine Differenz schuldig; wenn sie trotzdem zur Exekution schreiten, so geschehe das auf ihren Risiko und er mache sie für den Schaden verantwortlich. Die Kläger wiederholten jedoch ihr Begehren und, als Beklagter auf seiner Weigerung, weitere Deckung zu geben, beharrte, liquidirten sie seine Engagements und ver- kauften auch seine faustpfändlich hinterlegten Titel. Sie stellten sodann Abrechnung auf, welche mit einem Saldo von 5991 Fr. 20 Cts., Werth 10. Mai 1890, zu Lasten des Beklagten schließt und klagten diesen Betrag sammt Zins zu 5 % am 23. Juni 1890 beim Civilgerichte Basel ein. Der Beklagte trug auf Ab- weisung der Klage an und stellte widerklagsweise das Begehren: 2. Die Kläger seien als Widerbeklagte zu verfallen zur Heraus- gabe von a. 75 Aktien der badischen Anilin- und Sodafabrik nebst sämtlichen dormalen noch unverfallenen Coupons; b. 5 Aktien der Anglo Swiss Milk Company nebst sämtlichen am 6. März 1890 noch unverfallen gewesenen Coupons, gegen Zahlung seitens des Widerklägers J. Braunschweig jun. von 149,625 Fr. 30 Cts.

nebst Zins zu 4 % vom 31. März 1890 bis zum Tage der Klage. 3. Widerbeklagte S. Dufas & Cie. seien haftbar zu er- klären für einen allfälligen Kursrückgang, den die Aktien der badischen Anilin- und Sodafabrik oder der Anglo Swiss Milk Company von dem Tage der Einreichung der Klage bis zu dem Zeitpunkte der Auslieferung an den Widerkläger Braunschweig erleiden sollten, alles unter Kostenfolge. Er führte aus: Nachdem die Kläger Ende Februar seine Engagements ohne Weiteres auf Ende März reportirt haben, sei ihr Begehren um Deckung unter Androhung sofortiger Exekution ein unzulässiges gewesen. Die vertraglichen Voraussetzungen dieser Maßregel (für welche die Kläger beweispflichtig wären) haben nicht vorgelegen. Weder auf seinen Engagements noch auf seinen im Depot liegenden Titeln sei ein Kursrückgang von 5 % eingetreten. Seine Engagements haben Ende Januar Titel im Gesamtbetrage von 623,536 Fr. 25 Cts. umfaßt; der Kursrückgang derselben pro Ende Februar habe 11,211 Fr. 25 Cts., somit nicht ganz 2 % betragen oder bei Berechnung eines bis 3. März eingetretenen weiteren Kurs- rückganges von 4390 Fr., im Ganzen 15,601 Fr. 25 Cts. oder circa 2 1/2 %, also jedenfalls nicht 5 %. Die Kläger haben bei der Liquidation die durch den Schein vom 29. Mai 1889 vorge- schriebene Form des Verkaufs durch einen öffentlichen Senjal nicht beobachtet und entgegen dem Wortlaute des Scheines nicht eine Verstärkung des Faustpfandes, sondern nur Deckung für den Kursrückgang verlangt. Die Bestimmung des erwähnten Scheines daß die Kläger nicht nur die laufenden Engagements des Be- klagten, sondern auch dessen Faustpfänder ohne Inanspruchnahme der kompetenten Behörden verkaufen lassen können, stehe im Wider- spruch mit Art. 233 D.-R. und § 33 des kantonalen Betrei- bungsgesetzes und sei daher ungültig. Selbst wenn die Kläger am 3. März befugt gewesen wären, etwelche weitere Deckung zu verlangen, so hätte diese eine dem Kursrückgange entsprechende sein müssen, also nicht 75,000 Fr. betragen dürfen. Die Exe- kution sei daher eine durchaus unberechtigte gewesen und die Kläger dem Beklagten für die widerrechtliche Liquidation seiner Engagements schadenersatzpflichtig. Schon am 10. März hätte er diese zu viel günstigeren Kursen abwickeln können. Nach seiner

Aufstellung hätte die Differenz zu seinen Gunsten an diesem Tage 10,112 Fr. 50 Cts. betragen, deren Ersatz er verlangt. Ferner verlangt er Rückgabe der bei den Klägern faustpfändlich deponirten Titel, nämlich 75 Aktien der badischen Anilin- und Sodafabrik von nominell 600 Mark nebst den betreffenden Coupons von 1889, welche jedoch, da sie eingezogen und ihm gutgeschrieben seien, außer Betracht fallen; 5 Aktien der Anglo Swiss Milk Company, 5 Aktien West Stamm. Da letztere Gattung Aktien nicht mehr existire, verlangt er Schadenersatz auf Grund des Kurses vom 10. März. Auf Grund dieser Erörterungen stellte der Beklagte einen Kontokorrent auf, welcher unter Weglassung des Erlöses der verkauften 5 Chamers- und 75 Anilin-Aktien und unter Einstellung seiner Schadenersatzforderung einen Saldo von 149,625 Fr. 32 Cts., Werth 31. März 1890, zu Gunsten der Kläger ergibt. Er anerkent Zahlung dieses Betrages sammt 5 % Zins bis zum Tage der Einreichung der Widerklage gegen Rückgabe der 5 Chamers- und 75 Anilin-Aktien sammt sämmtlichen am 6. März 1890 noch nicht verfallenen Coupons. Endlich machte der Beklagte die Kläger für den Kursrückgang verantwortlich, der auf obigen Titeln vom Tage der Widerklage bis zur Herausgabe derselben eintreten könne. Die Kläger und Widerbeklagten verlangten Abweisung der Widerklage, indem sie im Wesentlichen ausführten: Sie haben am 3. März nur 20,000—25,000 Fr. für Deckung der bisherigen Situation verlangt, die weitem 50,000 Fr. ausdrücklich nur für den Fall neuer Aufträge. 20,000—25,000 Fr. aber habe damals die Schuld des Widerklägers betragen. Nach dem Scheine vom 29. Mai 1889 sei der Rückgang nicht auf der gesammten Position zu berechnen, sondern seien sie berechtigt gewesen, Deckung zu verlangen, sobald einzelne Titelforten um 5 % oder mehr im Kurse gesunken seien. Dies sei am 3. März 1890 bei drei Werthen der Fall gewesen, nämlich bei Anilin-Aktien, welche seit deren Ankauf um 17 %, bei Diskonto-Aktien, welche um 12  $\frac{1}{8}$  % und bei Kredit-Aktien, welche um 19,45 und 8,5 % gesunken seien. Der Rückgang habe im Ganzen 24,567 Fr. 10 Cts. betragen. Die Exekution sei somit berechtigt gewesen. Im Briefe vom 3. März 1890 liege durchaus nicht das Begehren um Baarschaft, sondern um Deckung, die Beklagter

ganz wohl durch Verstärkung des Faustpfandes hätte geben können. Der Vorschrift des Scheines vom Mai 1889, daß die Verkäufe durch einen öffentlichen Sensal geschehen müssen, sei Genüge geleistet, wenn die richtigen, von den öffentlichen Sensalen in den amtlichen Kursblättern verzeichneten Kurse berechnet werden, was geschehen sei. Die Behauptung des Klägers, daß der Verkauf der Faustpfänder ohne Inanspruchnahme der kompetenten Behörden gegen das Gesetz verstoße, sei unrichtig; diese Art und Weise der Liquidation sei bei Börsengeschäften zwischen Banquier und Spekulant die übliche und auch wenn nicht ausdrücklich vereinbart, selbstverständliche. Eventuell sei der Termin des 10. März, auf welchen der Widerkläger seine Schadensberechnung basire, ein willkürlicher und in keiner Weise begründeter. Schon am 20. März würde die Liquidation einen weitem Schaden von 7471 Fr. und am 29. März einen weitem von 5166 Fr. ergeben haben. Im Vorverfahren vor erster Instanz haben die Parteien sich u. a. über folgende Punkte geeinigt: a. Die Kursrückgänge per Ende Februar 1890 haben (gemäß der Berechnung des Beklagten) 11,211 Fr. 25 Cts. betragen; dazu kommen aber zu Lasten des Beklagten noch an Spesen re. circa 2000 Mark. b. In dem von den Klägern richtig berechneten Ankaufspreis von 44,409 M. 35 Pf. für 25 Anilin-Aktien ist der Coupon pro 1889 mit 3000 M. inbegriffen, während die Kurse Ende Februar und 3. März exklusive Coupon berechnet sind, trotzdem der abgetrennte Coupon als Pfand in den Händen des Gläubigers geblieben war. Der Beklagte behauptet nun, bei Berechnung des Kursrückganges seien diese Coupons zu berücksichtigen, so daß sich ein wirklicher Kursrückgang von nur 404 M. 85 Pf. oder circa 1 % des Ankaufspreises ergebe. Die Kläger dagegen behaupten, dieser Coupon komme für sie nicht in Betracht, weil er zwar schon abgetrennt, aber erst am 10. Mai fällig gewesen sei. c. Die Kläger anerkennen, daß der Kursrückgang auf den Diskonto-Aktien, welcher von ihnen der Summe nach richtig angegeben worden ist, in Prozenten des Ankaufspreises zu berechnen sei und danach etwas über 9 % betragen habe. d. Die Kläger anerkennen, daß gemäß der Berechnung des Beklagten der Kursrückgang auf Kreditaktien nur 1416 M. 50 Pf. oder nicht ganz 5 % des Ankaufspreises von 28,728 Fr. 50 Cts.

betragen habe. e. Die Kläger anerkennen ferner, daß, sofern man auf den 10. März 1890 abrechnen wolle, die Rechnung des Beklagten richtig sei; umgekehrt gibt der Beklagte zu, daß sich am 20. März und Ende März ein größerer Verlust ergeben haben würde, als bei der von den Klägern vorgenommenen Liquidation. Im Verlaufe des Prozesses ist der Beklagte und Widerkläger an seinem Wohnsitz in Zürich in Konkurs gerathen. Durch Eingabe in die Konkursmasse hatten die Kläger erklärt, daß sie auf ihre Klage verzichteten, unter der Voraussetzung, daß die Masse auch den mit der Widerklage erhobenen Anspruch des Falliten nicht geltend mache. Sowohl der Konkursrichter als Vertreter der Konkursmasse, als der Kridar persönlich verzichteten auf Fortsetzung des Prozesses; dagegen haben die Kinder des Beklagten, in ihrer Eigenschaft als Konkursgläubiger, die Fortführung des Prozesses für eigene Rechnung übernommen. Die Kläger machten hierauf geltend, der Prozeß sei dahingefallen, wurden indeß mit ihrer sachbezüglichen Einwendung durch Zwischenurtheil des Civilgerichtes von Baselstadt vom 24. November 1891 abgewiesen. Durch Haupturtheil vom 12. Februar 1892 hat das Civilgericht erkannt: Die Kläger sind mit ihrer Klage abgewiesen und als Widerbeklagte verurtheilt, an den Widerkläger gegen Bezahlung von 149,625 Fr. 32 Cts. nebst Zins à 5 % vom 31. März 1890 bis 16. September 1890 75 Aktien der badischen Anilin- und Sodafabrik mit sämtlichen am 16. September 1890 noch nicht verfallen gewesenen Coupons und 5 Aktien der Anglo Swiss Milk Company nebst sämtlichen am 6. März 1890 noch nicht verfallen gewesenen Coupons herauszugeben. Sie sind ferner haftbar erklärt für einen vom 16. September 1890 (Tag der Widerklage) an sich allfälligen Kursrückgang auf den genannten Aktien bis zum Tag der Herausgabe an den Widerkläger. Kläger und Rekursbeklagte tragen die ordinären und extraordinären Kosten des Prozesses mit Einschluß einer Urtheilsgebühr von 200 Fr. In der Begründung dieses Urtheils wird im Wesentlichen ausgeführt: Die Einrede der Kläger und Widerbeklagten, der Prozeß sei dahingefallen, sei unbegründet. Die Klage sei nicht vorbehaltlos, sondern nur unter dem Vorbehalte zurückgezogen worden, daß auch die Gegenpartei die Widerklage fallen lasse. Dies sei aber nicht ge-

schehen. Allerdings haben sowohl die Konkursbehörde als der Kridar selbst auf die Weiterführung des Prozesses verzichtet, dagegen seien an die Stelle derselben Dritte getreten. Ob diese zu Weiterführung des Prozesses berechtigt seien, sei eine konkursrechtliche Frage und müsse nach den Gesetzen des Konkursortes, also nach zürcherischem Rechte entschieden werden. Nach dem Zürcher Konkursgesetz aber seien die Gläubiger, sofern der Konkursrichter die Fortführung eines anhängigen Prozesses auf Rechnung der Masse ablehne, berechtigt, den Prozeß auf ihre Kosten weiterzuführen; sie treten an Stelle der Konkursmasse und vertreten die Rechte derselben. Die Einwendung, es sei unzulässig, daß als Widerkläger ein anderer auftrete, als derjenige, welcher im Falle der Zusprechung der Klage haftbar sei, treffe nicht zu. Wäre dies richtig, so könnte eine widerklagsweise geltend gemachte Forderung während der Dauer des Prozesses überhaupt nicht gültig cedirt werden; hiesür liege aber weder ein prozeßualer noch ein anderer rechtlicher Grund vor. Die Stellung der Kläger und Widerbeklagten werde dadurch in keiner Weise alterirt. Siegen sie im Rechtsstreite ob, so haben sie nach wie vor denselben Schuldner; unterliegen sie, so haben sie an seinen Rechtsnachfolger zu zahlen und werden gegenüber dem Widerkläger liberirt. Unter diesen Umständen brauche nicht untersucht zu werden, welchen Einfluß der vorbehaltlose Rückzug der Klage in demjenigen Stadium des Prozesses, in welchem er erfolgte, auf den Gang des Prozesses gehabt hätte. Die Frage, ob gültig habe vereinbart werden können, die Kläger dürfen bei Verzug des Beklagten ihr Faustpfand ohne gerichtliches Verfahren durch öffentliche Sensalen liquidiren, sei nach dem zur Zeit der Liquidation geltenden kantonalen Gesetze über Schuldbetreibung und Konkurs zu entscheiden. Nach diesem Gesetze sei sie, wie des Nähern ausgeführt wird, zu bejahen, da dasselbe ein entgegenstehendes ausdrückliches Verbot nicht enthalte und die vertragliche Normirung einer außergerichtlichen Unterpandsliquidation an und für sich nicht unsittlich sei. Allein die vertraglichen Voraussetzungen der Liquidation des Pfandes haben in casu nicht vorgelegen. Nach dem Wortlaute des Vertrages, welcher im Zweifel zu Gunsten des Beklagten auszulegen sei, habe ein, 5 % erreichender oder übersteigender, Kursrückgang auf

blos einer Gattung der reportirten Titel die Liquidation nicht gerechtfertigt, sondern habe zu dieser nur geschritten werden dürfen, wenn auf den gesammten laufenden Engagements ein Kursrückgang von 5 % eingetreten sei. Dies sei aber nicht der Fall gewesen, vielmehr habe nach den im Prozesse festgestellten Thatsachen der Kursrückgang auf den gesammten laufenden Engagements nicht ganz 3 % betragen. Bezüglich der Faustpfandtittel behaupten die Kläger einen Kursrückgang der Anilin-Aktien zu 17 %. Dieser Kursrückgang ergebe sich aber nur dadurch, daß beim Ankaufspreis die Titel inklusive, die Kurse Ende Februar dagegen exklusive laufendem Coupon berechnet seien, während, wenn man den abgetrennten Coupon zu dem Werthe in Rechnung bringe, zu dem er nachher eingelöst worden sei, sich ein Kursrückgang von nur circa 1 % ergebe. Die Berechnung der Kläger wäre unzweifelhaft richtig, wenn sie den abgetrennten Coupon dem Beklagten ausgehändigt hätten; sie haben ihn jedoch als Pfand behalten und bei Verfall einlassirt. Wenn nun auch allerdings, vor Festsetzung der Dividende durch die Generalversammlung, der Werth des Coupons nicht genau festgestanden habe, so habe er doch eine Verstärkung des Faustpfandes repräsentirt, welche den mit seiner Abtrennung entstandenen Kursrückgang der Aktie im Wesentlichen kompensirt habe und bei Berechnung des Werthes des Faustpfandes berechnet werden müsse. Auch bezüglich der Faustpfandtittel haben daher die vertraglichen Voraussetzungen der Liquidation nicht vorgelegen. Die Kläger seien demnach dem Beklagten für allen ihm aus der widerrechtlichen Liquidation entstandenen Schaden ersatzpflichtig. Es sei nun zugestanden, daß wenn der Beklagte am 10. März liquidirt hätte, die Liquidation das von ihm berechnete, erheblich günstigere Ergebnis gehabt hätte, während andererseits feststehe, daß eine spätere Liquidation, speziell eine solche Ende März, noch ungünstiger ausgefallen wäre, als die von den Klägern (am 6. und 7. März 1890) vorgenommene. Es sei allerdings richtig, daß der Termin vom 10. März ein willkürlich gewählter sei, aber ebenso willkürlich sei jeder andere Termin, denn nichts berechtige zu der Annahme, daß Beklagter zu Abwicklung seines Engagements das Ende des Monats abgewartet hätte. Die Wahrscheinlichkeit, daß er einen günstigen Moment im Verlaufe des Monats be-

nutzt hätte, liege vielmehr um so näher, als er gewußt habe, daß die Kläger ihm ohne weitere Deckung nicht weiter als bis Ende März kreditiren wollen. Da ihm die Kläger sonach durch ihre unberechtigte Liquidation die Möglichkeit benommen haben, hiezu den ihm günstig scheinenden Zeitpunkt auszusuchen, so rechtfertige es sich, zur Berechnung des Schadenersatzes auf den dem Beklagten günstigsten Zeitpunkt innerhalb des Monats März, d. h. den 10. März, abzustellen und den Schadenersatz somit auf den vom Beklagten berechneten Betrag zu fixiren. Ueber die Verzinsung des Saldo zu 5 % seien die Parteien einig; der Zins sei jedoch nur bis zum Tage der Widerklage zu berechnen, an welchem Tage der Beklagte die Kläger in Verzug gesetzt habe. Die Verpflichtung zu Herausgabe der Faustpfänder folge aus der Thatsache, daß die Kläger sie ohne Berechtigung liquidirt haben. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger die Appellation an das kantonale Appellationsgericht. In der appellationsgerichtlichen Verhandlung beantragte ihr Anwalt Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils im Sinne der Abweisung der Widerklage, unter Kostenfolge, indem er beifügte: Das Klagepetitum zu stellen, sei nicht mehr der Mühe werth. Der Beklagte und Widerkläger beantragte Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils. Durch sein Fakt. A erwähntes Urtheil hat das Appellationsgericht sowohl Klage als Widerklage abgewiesen, indem es im Wesentlichen von folgenden Erwägungen ausging: Der Verkehr, der zwischen den Parteien stattgefunden habe, kennzeichne sich als eine Kette von Differenzgeschäften, indem nach der Willensmeinung der Parteien die wirkliche Lieferung und Abnahme der gekauften und verkauften Papiere nicht beabsichtigt gewesen sei, sondern blos die auf Ende eines jeden Monats ermittelte Kursdifferenz habe in Rechnung gestellt und reportirt werden sollen. Einzig von den das Depot bildenden Aktien der badischen Anilin- und Sodafabrik, der Anglo Swiss Milk Company und der Westbahn stehe fest, daß sie geliefert und wirklich vorhanden waren; alles andere, um das sich der Prozeß eigentlich drehe, auch die wenigen Titelposten, die bei frühern Abschlüssen vorübergehend im Depot lagen, beruhe, wie aus dem ganzen Zusammenhange der Operationen und dem hohen Betrage der Abrechnungen sich unzweideutig ergebe, auf Differenzgeschäften per Ende Monats und

Reportirung. Es falle somit dieser Verkehr unter die Geschäfte, die nach Art. 512 D.-R. als Spiel zu betrachten seien. Aus der Spielnatur des Geschäftes folge nun zunächst, daß der Richter Klagen aus solchem Verkehr kein Recht zu halten habe, auch wenn die Parteien selber die Einrede des Spiels nicht vorgeschützt haben; sobald der Richter aus dem Thatbestande die Ueberzeugung gewonnen habe, daß Spiel vorliege, sei er berechtigt und verpflichtet solche Klagen von Amtes wegen zurückzuweisen. Sei dies bei reinen Spiel- und Wettschulden wohl unzweifelhaft und durch den Wortlaut des Art. 512 „Aus Spiel und Wette entsteht keine Forderung“ mit Nothwendigkeit gegeben, so müsse es auch bei Differenzgeschäften gelten, weil diese dem Spiel eben rechtlich gleichgestellt seien. Es ergebe sich vollends aus dem gesetzgeberischen Motive dieser Bestimmung, daß darin liege, daß das Recht keine Veranlassung habe, solchen Geschäften Rechtswirkung zu gewähren, weil sie keinem Interesse dienen, das eines Rechtsschutzes werth sei, somit außerhalb der Rechtsordnung und des Rechtsgebietes liegen. Es entstehe nun aber die Frage, ob das der Widerklage zu Grunde liegende und ihre Rechtsbegehren begründende Faustpfandverhältniß auch an dieser Spielnatur theilnehme, oder nicht für sich besonders als reelles Verpfändungsgehalt zu betrachten und zu beurtheilen sei. Eine solche Loslösung der Pfandrechtsfrage aus dem ganzen Zusammenhange der Operation erscheine aber als unzulässig. Wenn Jemand für eine reine Spiel- oder Wettschuld ein Pfand gebe, werde seiner Klage auf Rückerstattung des Pfandes sicherlich kein Recht gehalten, sondern die Pfandhingabe mit allen ihren Folgen sei als ein von dem Spielgeschäft untrennbarer Theil zu behandeln. Das müsse auch für dem reinen Spiel gleichgestellte Geschäfte gelten. Die Unstatthaftigkeit einer Loslösung der Pfandrechtsfrage aus dem Ganzen des Gesamtgeschäftes müsse im vorliegenden Falle um so mehr einleuchten, als die Pfandbestellung die von den Klägern verlangte, nothwendige Bedingung für den bezüglichen Geschäftsverkehr gebildet habe und rechtlich betrachtet auf gleicher Linie mit einer wirklich zum Behufe des Spiels gemachten Vorausleistung stehe, was juristisch mit dem in Art. 512 D.-R. ausdrücklich genannten Falle eines Vorschusses gleichwerthig sei. Das Pfandverhältniß könne nur aus einer Würdigung des

gesamten Geschäftsverkehrs unter den Parteien beurtheilt werden und der Anspruch des Widerklägers hänge vollständig von dem Resultate dieses Geschäftsverkehrs ab. Ja, im Grunde genommen, seien der eigentliche Streitgegenstand nicht das Faustpfand und dessen Rückgabe, sondern die Kursdifferenzen und die Abrechnung dieser Differenzen auf einen bestimmten Tag und die Parteien streiten sich darüber, ob dieser Tag auf den 6. oder auf den 10., oder den 31. März zu setzen sei; gerade diese, aus Rechtsgründen gar nicht zu beantwortende, Frage zeige, wie auch dieses Depot nur zur Ausgleichung der Differenzen dienen solle, wie vollständig also auch die Widerklage auf dem Boden des als Spiel betrachteten Differenzgeschäftes stehe. Wenn somit Klage und Widerklage auf Grund von Art. 512 D.-R. abzuweisen seien, so brauche nicht weiter auf die Frage eingetreten zu werden, wiewfern die Kinder des in Konkurs gerathenen Widerklägers zur Aufnahme des Prozesses an seiner Stelle berechtigt seien, obschon jedenfalls daran festzuhalten wäre, daß sie nicht bloß die allfälligen Rechte ihres Vaters aus dem Geschäftsverkehr mit dem Widerbeklagten für sich in Anspruch nehmen, eine allfällige Haftpflicht aus demselben aber auf die Konkursmasse wälzen könnten, sondern in Bezug auf das gesammte Rechtsverhältniß mit Rechten und Pflichten an die Stelle des Konkursiten treten müßten. Wer einen Prozeß aufnehme, trete dadurch in das durch den Prozeß konstituirte Prozeßverhältniß mit der Gegenpartei nach allen Seiten ein und so liege auch in casu in der Aufnahme der Widerklage durch die Kinder des Konkursiten ihr Eintritt in die Beklagtenrolle bezüglich der Hauptklage.

2. In rechtlicher Beziehung ist es, nachdem die Kläger die Klage haben fallen lassen, gleichgültig, ob man annimmt, es haben die Kinder Braunschweig die Widerklage nur unter gleichzeitiger Uebernahme der Haftpflicht gegenüber der Hauptklage aufnehmen können. Es wäre dies übrigens mit dem Civilgerichte zu verneinen. Die Frage, ob nach ausgebrochenem Konkurse nur die Konkursverwaltung, oder ob unter gewissen Voraussetzungen auch einzelne Konkursgläubiger zu Geltendmachung der Rechte des Gemeinschuldners befugt seien, ist ohne Zweifel eine solche des Konkursrechtes und daher nach dem Rechte des Konkursortes, hier also nach zürcherischem Rechte, zu beurtheilen. Nach dem

zürcherischen Konkursgesetze nun sind die Gläubiger berechtigt, Prozesse des Gemeinschuldners, deren Fortsetzung auf Rechnung der Masse der Konkursrichter ablehnt, auf ihre Kosten fortzusetzen, wobei sie, sofern sie obsiegen, einen allfälligen Ueberschuß über ihre Forderungen und Prozeßkosten in die Masse abzugeben haben (§ 38 und 62 des zürcherischen Konkursgesetzes, vgl. auch Art. 260 B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs). Die einzelnen Konkursgläubiger, welche die Fortsetzung eines Prozesses des Gemeinschuldners übernehmen, machen demnach in ganz gleicher Weise die Rechte des Gemeinschuldners geltend, wie dies die Konkursverwaltung thut, wenn sie die Fortsetzung des Prozesses auf Rechnung der Masse beschließt. Die rechtliche Stellung des Prozeßgegners bleibt sich gleich, mag nun an Stelle des Gemeinschuldners die Konkursverwaltung oder mögen einzelne Gläubiger den Prozeß führen. Im einen wie im andern Falle handelt es sich um die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners und bleibt (abgesehen von der Prozeßkostensatzpflicht) letzterer bezw. die Konkursmasse ihm gegenüber verpflichtet.

3. In der Sache selbst ist dem Appellationsgerichte darin beizutreten, daß der Richter Klagen aus Lieferungs- oder Differenzgeschäften, die den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, von Amtes wegen, auch wenn die Partei die Einrede des Spiels nicht erhoben hat, zurückzuweisen berechtigt und verpflichtet ist. Die Ausführung des Appellationsrichters ist in dieser Richtung vollständig zutreffend. Das Gesetz (Art. 512 D.-R.) versagt Ansprüchen aus Spiel und Wette den Rechtsschutz und stellt solche Lieferungs- und Differenzgeschäfte über Waaren oder Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, trotz ihrer Einkleidung in die Form eines Kaufgeschäftes, dem reinen Spiele gleich. Wie nun zweifellos der Richter eine Klage aus reinem Spiel, auch ohne Antrag einer Partei, zurückzuweisen hat, so muß er das Gleiche auch dann thun, wenn das Geschäft in die Form eines Kaufvertrages gekleidet worden ist, aus dem Thatbestande aber erhellt, daß in That und Wahrheit ein Kauf nicht gewollt war, sondern es sich um ein bloßes Spiel- und Wettgeschäft handelte. Es liegt alsdann ein Geschäft, welchem das Gesetz rechtlichen Schutz gewährt, überhaupt

nicht vor. Dabei muß aber der Richter natürlich sorgfältig prüfen, ob im Einzelfalle ein reines Differenzgeschäft mit Spiel- oder Wettcharakter wirklich vorliege, ob also die gewählte Form des Kaufvertrages wirklich sich nur als Maske eines Spiel- oder Wettgeschäftes darstelle.

4. Nun hat das Bundesgericht in Auslegung des Art. 512 D.-R. stets festgehalten, daß diese Gesetzesbestimmung nicht alle Zeitgeschäfte in Waaren oder Börsenpapieren als klaglos erkläre, sondern nur die reinen Differenzgeschäfte, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette an sich tragen; es hat im Fernern das Kriterium des klaglosen reinen Differenzgeschäftes stets darin gefunden, daß nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waaren oder Börsenpapiere ausgeschlossen sein müsse, so daß bloß die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bilde (siehe in diesem Sinne Entscheidung in Sachen Titzck & Cie. contre Post & Lappé vom 1. Mai 1886, Amtliche Sammlung XII, S. 382 u. ff., Erw. 2 u. f.; Entscheidung in Sachen Rüegger und Knörr gegen Kreditanstalt Luzern vom 24. Juli 1886, ibidem S. 461 u. f., Erw. 4; Entscheidung vom 16. Dezember 1887 in Sachen Biadi contre Burat, ibidem XIII, S. 505, Erw. 5; Entscheidung vom 20. Februar 1891 in Sachen Glafon & Cie. gegen Metzger & Cie., ibidem XVII, S. 144 u. ff., Erw. 3 u. ff.; ferner die nicht abgedruckten Entscheide in Sachen Glafon & Cie. gegen Häring vom gleichen Tage, in Sachen Dürseleu-Siegfried gegen Scholder vom 6. Juni 1891, in Sachen Stegfried gegen Kohnner vom 13. November 1891). An dieser Auffassung, welche sich an die deutsche Praxis, insbesondere die Praxis der deutschen Reichsgerichte (siehe die bei Fuchsberger, Entscheidungen auf dem Gebiete des Handelsrechtes, 2. Auflage, S. 1097 u. f. citirten Entscheidungen; vergleiche im Fernern Zeitschrift für französisches Civilrecht XXII, S. 368 u. f.) anschließt, ist auch heute festzuhalten. Ausdrücklich nun ist im vorliegenden Falle, wie in der Regel, die Pflicht zu wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften und verkauften Papiere nicht ausgeschlossen worden. Es kann sich daher nur

fragen, ob dies stillschweigend geschehen sei. Das Appellationsgericht führt in dieser Richtung aus, es sei nach der Willensmeinung der Parteien die wirkliche Lieferung und Abnahme der gekauften und verkauften Papiere nicht beabsichtigt gewesen, sondern es habe bloß die auf Ende eines jeden Monats ermittelte Kursdifferenz in Rechnung gestellt und reportirt werden sollen; nur von den das Depot bildenden Papieren stehe fest, daß sie geliefert worden und wirklich vorhanden gewesen seien. Hieraus zieht das Appellationsgericht den Schluß, es handle sich um klaglose reine Differenzgeschäfte. Diese Schlußfolgerung beruht aber auf einer rechtsirrhümlichen Auffassung des Begriffes des reinen Differenzgeschäftes. Nach derjenigen Auffassung dieses Begriffes, wie er in der bundesgerichtlichen Praxis ist angenommen worden, wird ein Zeitgeschäft über Waaren oder Börsenpapiere nicht schon dadurch zum klaglosen reinen Differenzgeschäft, daß einer oder beide Kontrahenten bei dessen Abschluß von der Annahme sich leiten lassen, es werde am Stichtage wirkliche Lieferung nicht stattfinden sondern nur die Preisdifferenz vergütet werden. Es ist vielmehr erforderlich, daß vertraglich in erkennbarer Weise Recht und Pflicht der wirklichen Lieferung und Abnahme ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen worden ist. Ist dies nicht geschehen, so ist keiner der Vertragstheile verhindert, am Stichtage wirkliche Erfüllung zu verlangen; die bloße unausgesprochene Absicht, welche beim Geschäftsabschlusse bestanden haben mag, das Geschäft nicht durch effektive Lieferung und Abnahme sondern durch Vergütung der Preisdifferenz abzuwickeln, steht dem nicht entgegen und stempelt das Geschäft nicht zu einem klaglosen reinen Differenzgeschäft (siehe Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes VI, S. 224 u. f.; Zeitschrift für französisches Civilrecht XXII, S. 388 u. f., Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht XXXVIII, S. 222 u. ff.). Wenn also das Appellationsgericht einfach darauf abstellt, es sei die wirkliche Lieferung der gekauften und verkauften Papiere nicht beabsichtigt gewesen, so genügt dies nicht, um den Schluß zu begründen, daß es sich um reine Differenzgeschäfte handle. Es muß vielmehr gefragt werden, ob Recht und Pflicht effektiver Lieferung und Abnahme vertraglich in erkennbarer Weise ausgeschlossen war.

Dies spricht nun das Appellationsgericht nicht aus und konnte es, nach den feststehenden Thatsachen, nicht aussprechen. Zuzugeben ist, daß Braunschweig thatsächlich in der Regel nicht beabsichtigte, die gekauften Papiere wirklich zu übernehmen, sondern daß er gedachte, sie weiter zu verkaufen und daß den Klägern dies bekannt war. Allein das Recht des Beklagten, wirkliche Lieferung zu begehren, war gewiß nicht ausgeschlossen. Es steht, nach den eigenen Ausführungen des Appellationsgerichtes fest, daß die gekauften Papiere theilweise wirklich geliefert und als Eigenthum des Braunschweig in dessen Depot genommen wurden. Ferner stand offenbar der Verkehr zwischen den Parteien von Anfang an unter den gleichen Regeln. Bei der zeitweisen Unterbrechung dieses Verkehrs im Januar 1889 nun aber hat Braunschweig die für ihn gekauften Papiere auf seine Rechnung durch den Basler Bankverein wirklich beziehen lassen. Es kann also nicht angenommen werden, daß hier Recht und Pflicht, auf wirklicher Erfüllung zu bestehen, ausgeschlossen gewesen sei; der Thatbestand eines reinen Differenzgeschäftes liegt also nicht vor.

5. Ist demnach davon auszugehen, daß hier nicht klaglose Differenzgeschäfte, sondern klagbare Zeitgeschäfte vorliegen, so fällt die weitere, vom Appellationsgerichte erörterte Frage, ob das Pfandrechtsverhältniß an der Klaglosigkeit des reinen Differenzgeschäftes Theil nehmen würde, dahin, und kann es sich nur noch fragen, ob die von den Klägern durchgeführte Liquidation der Engagements und der Faustpfänder des Beklagten eine berechtigte gewesen sei, sowie welche Konsequenzen sich aus einer Verneinung dieser Frage ergeben. Auf eine Beurtheilung dieser Fragen kann aber das Bundesgericht heute nicht eintreten. Denn das Appellationsgericht ist, von der Ansicht ausgehend, daß der gesammte Verkehr zwischen den Parteien sich überhaupt außerhalb des durch die Rechtsordnung geschützten Gebietes bewege, auf eine Würdigung der von den Parteien angebrachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel gar nicht eingetreten; es liegt also rückichtlich dieser Angriffs- und Vertheidigungsmittel ein zweitinstanzliches Urtheil nicht vor. Nun haben aber die Parteien doch ein Recht auf zweitinstanzliche Sachentscheidung; es muß daher das zweitinstanzliche Urtheil aufgehoben und der Prozeß zu sachlicher Entscheidung



über die vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel an das Appellationsgericht zurückgewiesen werden, — dies um so mehr als für die Entscheidung auch Fragen des kantonalen Rechts in Betracht kommen, welche von den kantonalen Gerichten endgültig zu beurtheilen sind und rückfichtlich welcher nunmehr, nachdem die zweite Instanz das civilgerichtliche Urtheil aufgehoben, sich ihrerseits dagegen über dieselben nicht ausgesprochen hat, eine kantonale Entscheidung gar nicht vorliegt.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten und Widerkläger wird dahin für begründet erklärt, daß das Urtheil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 4. April 1892 aufgehoben und die Widerklage zu sachlicher Beurtheilung an das Appellationsgericht zurückgewiesen wird.

#### 91. Urtheil vom 30. September 1892 in Sachen Böppli gegen Burkhardt & Cie.

A. Durch Urtheil vom 3. Mai 1892 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger 30,220 Fr. 35 Cts. nebst Zins à 6 % vom 31. Oktober 1891 an zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Mit Eingabe vom 8. September 1892 hat derselbe vier neue Aktenstücke eingereicht, nämlich: 1. Abschrift eines Briefes, gezeichnet „Allgemeine Kreditbank Wiest, C. Kling“ an den Untersuchungsrichter Dr. Frey in Basel, d. d. 13. November 1891, und ein Schreiben des Untersuchungsrichters Dr. Frey an den Beklagten, d. d. 8. Juni 1892; 2. Abschrift einer Zuschrift der Kläger an die Allgemeine Kreditbank in Basel, d. d. 30. Oktober 1891; 3. Abschrift eines Urtheils des Strafgerichtes des Kantons Baselstadt vom 11. Mai 1892 in Sachen Burk-

hardt & Cie. gegen Wackernagel; 4. Abschrift einer von der Allgemeinen Kreditbank in Basel zu Gunsten der Kläger unterm 4. Dezember 1891 ausgestellten Bürg- und Selbstzahlerchaftsverpflichtung. Er führte aus, daß er die betreffenden Thatsachen und Beweismittel auch bei angemessener Thätigkeit vor dem obergerichtlichen Urtheile nicht habe kennen und anrufen können, und daß dieselben daher als eigentliche Revisions-thatsachen auch vor Bundesgericht noch müssen geltend gemacht werden können.

C. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt des Beklagten und Rekurrenten Gutheißung der Weiterziehung und gänzliche Abweisung der Klage, eventuell wenigstens Reduktion des Zinsfußes von 6 % auf 5 %, weiter eventuell sei jedenfalls dem Gegner auch für die bundesgerichtliche Instanz keine Parteientschädigung zuzusprechen. Dagegen trägt der Anwalt der Kläger und Rekursbklagten auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde an; er erklärt sich der Weiterziehung insofern anschließen zu wollen, als er Zuspruch einer angemessenen Parteientschädigung nicht nur für die bundesgerichtliche Instanz, sondern auch für die beiden kantonalen Instanzen beantrage. Eventuell hält er seine sämtlichen Beweis-anträge aufrecht; er bestreitet die Zulässigkeit der vom Gegner neu produzierten Aktenstücke.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 28. August 1891 kauften die Kläger vom Beklagten auf Grund der Statuten und Usenzen der Basler Börse als Selbstkontraahenten

25 Basler Chef- und Wechselbankaktien à 740 .	Fr. 18,500 —
25 „ „ „ „ „ à 741 .	„ 18,525 —
1/4 % Courtage in Basel, Zürich davon ab . . .	„ 92 55

Werth Liquidation August Fr. 36,932 45

25 Basler Chef- Wechselbankaktien à 742 . .	Fr. 18,550 —
25 „ „ „ „ „ à 745 . . .	„ 18,575 —
1/4 % Courtage in Basel . . . . .	„ 92 80

Werth Liquidation September Fr. 37,052 20

Die ersten 50 Stück wurden vom Beklagten Ende August prolongirt, d. h. er kaufte sie von den Klägern zurück und verkaufte sie wieder per Ende September, so daß nunmehr alle 100