

Zustandes eintreten sollte. Wenn als Inhalt des neuen Vertrages nur dasjenige betrachtet würde, worüber im Dezember 1900 nachgewiesenermaßen verhandelt wurde, so würde es überhaupt an einem gültigen Anstellungsvertrag fehlen; denn es ist nicht nachgewiesen und auch nicht zu vermuten, daß damals über die dem Beklagten obliegenden Dienstleistungen verhandelt wurde. Sodann liegt aber auch auf der Hand, daß, wenn im Dezember 1900 das Konkurrenzverbot zur Sprache gekommen wäre, Theodor Fierz niemals darauf verzichtet hätte, die Beibehaltung desselben zur Bedingung für den Abschluß eines neuen Vertrages zu machen; denn einerseits konstatiert die Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise, daß die klägerische Firma in alle Anstellungsverträge das Konkurrenzverbot aufzunehmen pflegt, und anderseits waren für Theodor Fierz gewiß keine Gründe vorhanden, zu Gunsten des Beklagten von dieser Regel abzuweichen. Aber nicht nur kann hienach davon keine Rede sein, daß Fierz im Dezember 1900 mit dem Beklagten einen neuen Vertrag ohne Konkurrenzverbot hätte abschließen wollen, sondern es fehlt auch an irgend welchen Momenten, die der Beklagte im Sinne einer derartigen Willensäußerung hätte auffassen können. Indem Fierz sich durch die Bitten des Beklagten schließlich dazu bestimmen ließ, diesen mit einer kleinen Gehaltsaufbesserung im Geschäft zu behalten, hat er denselben nichts weniger als in den Glauben versetzt, er wolle ihm gleichzeitig in Bezug auf einen Punkt, von dem nicht einmal die Rede gewesen war, entgegenkommen und einen neuen Vertrag ohne Konkurrenzverbot abschließen. Der Beklagte befand sich übrigens durchaus nicht in der Lage, derartige Forderungen stellen zu können, denn, wie die Vorinstanz wiederum auf Grund der Akten konstatiert, besaß er zugeständenermaßen keine bestimmten Ausichten auf anderweitige Anstellung. Unter diesen Umständen konnte er an den Abschluß eines neuen, kein Konkurrenzverbot enthaltenden Vertrages im Ernst nicht denken, sondern es konnte sich nur entweder um Verlängerung der Dauer des alten Vertrages oder um Abschluß eines in Bezug auf das Konkurrenzverbot mit dem alten Vertrag identischen neuen Vertrages handeln.

5. Ergibt sich somit auf Grund beider möglichen Auffassungen die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes, und hat anderseits der Beklagte für diesen Fall keine Verpflichtung zur Zahlung der

Konventionalstrafe anerkannt (vergl. Erw. 2 hievon), so folgt daraus ohne weiteres die Begründetheit der Klage. Höchstens könnte es sich noch darum handeln, von Amtes wegen zu prüfen, ob das vorliegende Konkurrenzverbot nicht etwa eine unzulässige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Beklagten bedeute. Dies ist nun aber durchaus nicht der Fall, denn dasselbe ist sowohl zeitlich als örtlich genügend begrenzt und enthält auch sachlich nichts, wodurch die wirtschaftliche Existenz des Beklagten bedroht würde.

Alle übrigen Punkte, insbesondere die Frage, ob der Beklagte das Konkurrenzverbot durch seinen Eintritt bei Zürcher & Niederer übertreten habe, sind mit der hievon erwähnten Anerkennung des Beklagten erledigt. Die Entscheidung würde übrigens, wenn es einer solchen noch bedürfte, durchaus im Sinne der Vorinstanz ausfallen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1904 bestätigt.

### 9. Urteil vom 10. Februar 1905

in Sachen **Scheffer und Drascher**, Kl. u. Ver.=Kl., gegen  
**Konkursmasse Hofer**, Bekl. u. Ver.=Bekl.

*Klagloses Differenzgeschäft, Art. 512 OR. Begriff. — Anwendung des Rechtes in örtlicher Beziehung. — Stellung des Bundesgerichts bei rechtsirrtümlicher Auffassung der Vorinstanz über den Begriff und die Kriterien des klaglosen Differenzgeschäftes; Rückweisung? Art. 81 u. 82 OG.*

A. Durch Urteil vom 13. Dezember 1904 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage: „Ist die Beklagte verpflichtet, die von der Klägerschaft im Konkurse des Hans Hofer angemeldete Forderung von 2746 Fr. 10 Cts. anzuerkennen?“ erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

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

I. Es sei die Berufung für begründet zu erklären und das Urteil der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts vom 13. Dezember 1904 aufzuheben und sodann zu erkennen:

Die von der Klägerin im Konkurse des H. Hofer angemeldete Forderung von 2746 Fr. 10 Cts. ist begründet und demnach zu kollozieren.

II. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht auf Grund der vom Bundesgericht vorgenommenen Feststellung des Begriffes eines „klaglosen Differenzgeschäftes“ im Sinne von Art. 512 OR zurückzuweisen.

III. Weiter eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen. Die Akten sollen vervollständigt werden durch Einvernahme des Hofer, dessen Ehefrau, dessen gew. Buchhalter Jenny und Schmann-Girard als Zeugen und durch Anordnung einer kaufmännischen Bücherexpertise zum Beweise dafür, daß Hofer in Rohseide auch Handel auf eigene Rechnung trieb, daß er Geschäfte abschloß, bei denen es sich um sehr hohe Beträge handelte, daß er als ein Mann mit glänzendem Geschäft galt, dessen jährliches Netto-Einkommen 20,000 Fr. übersteige. . . .

C. Der Beklagte hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die klägerische Firma, die in Hamburg ein Export- und Kommissionsgeschäft betreibt, hat in dem am 8. Februar 1904 eröffneten Konkurse des Hans Hofer, Rohseiden-Agenten, in Zürich, eine Saldoforderung von 2746 Fr. 10 Cts. angemeldet, herrührend aus Termingeschäften in Mais und Weizen, die sie im Auftrag und für Rechnung des Gemeinschuldners auf der Börse von Chicago abgeschlossen hatte. Die Konkursverwaltung hat diese Forderung bestritten, da es sich um klaglose Differenzgeschäfte handle. Die von der Klägerin erhobene Kollokationsklage ist von beiden kantonalen Instanzen abgewiesen worden,

unter Gutheißung der von der Konkursverwaltung erhobenen Einrede. Gegen das zweitinstanzliche Urteil richtet sich die vorliegende Berufung mit den aus Fakt. B ersichtlichen Berufungsanträgen.

2. Über die tatsächlichen, den Geschäftsverkehr der Klägerin mit dem Kridaren betreffenden Verhältnisse ist durch die Akten und von den Vorinstanzen folgendes festgestellt: Die Geschäfte wurden vermittelt durch die Agentur Schmann-Girard & Cie. in Zürich. Mit Brief vom 29. September 1902 teilte diese Agentur dem Hofer die Bedingungen mit, unter denen sie Termingeschäfte vermittele; sie bemerkte dabei, daß sie „ausschließlich zu den auf „div. Plätzen bestehenden Liquidations-Kassen resp. Warehousing-„Konditionen“ vermittele; „allen durch uns vermittelten Abschlüssen liegen die effektiven Lieferungen der gehandelten Waren „zu Grunde, wobei selbstredend nicht ausgeschlossen ist, daß, sofern „man dies für richtig hält, auch vor Andienung der Ware das „Engagement durch Verkauf resp. Eindeckung, wenn es sich um „einen vorherigen Verkauf handelt, realisiert werden kann und „wird gegenseitig da wo Liquidations-Kassen bestehen sofort ab- „gerechnet.“ Auf Grund dieser Mitteilung vermittelte die genannte Agentur die Geschäfte der Klägerin mit Hofer, die an der Chicagoer Börse abgewickelt wurden. Nach den Bedingungen dieser Börse sollen Mitglieder der Börsenkorporation, die bei Geschäften engagiert sind, „die auf Differenzen nach den Fluktuationen der „Marktpreise irgend einer Ware basieren — ohne bona fide „Kauf oder Verkauf der Ware zu einer tatsächlichen Lieferung —“ einer unkaufmännischen Führung schuldig erachtet und von der Korporation ausgeschlossen werden. Am 3. Januar 1903 erteilte Hofer Auftrag zum Verkauf von „10,000 bushels Mais, liefer- „bar per Mai in Chicago, bestmöglich zu den Konditionen des „board of trade in Chicago zu leistendes Deposit 1600 Mfr., „welches bei eventuell gegenlaufendem Markte aufrecht zu erhalten „ist. Kommission für Verkauf und Lieferung der Ware oder „eventuell Rückkauf 1 1/2 % nebst Stempelspesen und Kabel- „auslagen.“ Am 16. Januar 1903 erteilte Hofer eine „auf „Widerruf gültige“ Verkaufsordre für 5000 bushels Mais lie- ferbar per Mai . . . in Chicago à 46 Cts. per bushels oder

besser bekannte Konditionen.“ Die Aufträge für Mais gingen auf dieser Basis weiter und ergaben bald Gewinne, bald Verluste für Hofer. Aus den späteren Operationen und Aufträgen Hofers ist hervorzuheben: Am 2. und 27. Juni 1903 erteilte Hofer Auftrag zum Verkauf per Dezember von 10,000 bushels Mais à  $43 \frac{3}{8}$  resp. 5000 bushels Mais à  $52 \frac{3}{8}$ ; gleichzeitig kaufte er auf den Stichtag — 2. Dezember — 15,000 bushels Mais zu  $44 \frac{1}{8}$ . Am 18. November gab er Auftrag zum Verkauf von 10,000 bushels Weizen per Mai; der Verkauf wurde realisiert zu 78 Cts. Am 25. November kaufte er 5000 bushels Maiweizen zu  $41 \frac{3}{4}$  mit gleichzeitigem Verkauf des gleichen Quantum. Den 10,000 bushels Mai-Weizen, Verkauf vom 18. November, stand ein Kauf von 10,000 bushels Juli-Weizen „als Gegenposition“ gegenüber vom 1. Dezember, zu  $76 \frac{1}{4}$ . Am 12. Dezember gab Hofer Auftrag zum Verkauf von 10,000 bushels Juli-Weizen; der Verkauf wurde realisiert zu 77 Cts.; ferner am 26. Dezember Auftrag zum Verkauf von 5000 bushels Mai-Weizen; die Realisierung erfolgte zu  $83 \frac{7}{8}$ . Am 4. Januar 1904 erteilte er Ordre zum Kauf von 15,000 bushels Juliweizen als Gegenposition der laufenden Baisse-Engagements; gleichzeitig gab er Auftrag, dieses Quantum zu realisieren, sobald sichere Anhaltspunkte gegeben seien, daß zwischen Rußland und Japan kein Krieg ausbrechen werde; und ferner, gleichzeitig mit dieser Realisation weiter zu verkaufen: 10,000 bushels Weizen per Mai bis Widerruf. Die Realisierung der 15,000 bushels Juli-Weizen erfolgte am 5. Januar zu  $81 \frac{5}{8}$ ; diejenige von 10,000 bushels Mai-Weizen am gleichen Tage zu  $86 \frac{5}{8}$ . Am 21. Januar gab Hofer Auftrag zum Verkauf von 5000 bushels Weizen per Mai, sobald der Preis von 93 Cts. erreicht sei, und gleichzeitigem Kauf von 20,000 bushels Weizen per Juli „bestmöglichst“; am folgenden Tage traf er eine Abänderung in der Limite. Der Verkauf von 5000 bushels Mai-Weizen erfolgte zu  $91 \frac{1}{2}$ , der Kauf der 20,000 bushels Juli-Weizen am 4. Februar zu  $84 \frac{1}{2}$ . Am 6. Februar gab Hofer Auftrag, alle seine Kontrakte zu liquidieren, und es erfolgte hierauf der Kauf von 30,000 bushels Mai-Weizen à  $94 \frac{3}{8}$  und der Verkauf von 20,000 bushels Juli-Weizen à 85. Auf die Liquidationsordere

hatten Wschmann-Girard & Cie. dem Hofer (am 8. Februar) geschrieben: „Wir bedauern sehr, daß Sie sich entschlossen haben, „das ganze Weizen-Engagement zu lösen. Nachdem durch Eingabe „einer Gegenposition auf alle Fälle einer weitem größern Margenzahlung ja bereits vorgebeugt war, sind wir der Ansicht, daß „Sie ruhig die weitere Entwicklung hätten abwarten können.“ In den Schlußnoten über alle Aufträge, die Hofer den Klägern erteilte, war „Kommission  $1 \frac{1}{2} \%$  für Ein-<sup>ober</sup>und Verkauf“ vereinbart und auf die Bedingungen der Chicagoer-Börse und die auf der Rückseite der Schlußnoten aufgedruckten besondern Bedingungen der Kläger, „welche unsern sämtlichen Geschäften mit „Ihnen zu Grunde liegen“, hingewiesen. Aus diesen besonderen Bedingungen ist hervorzuheben: Ziff. 1: „Wir machen sämtliche „Geschäfte und zwar auch dann, wenn wir einen Auftrag erhalten, stets als selbständige Käufer oder Verkäufer.“ Ziff. 7: „Aus unseren eventuellen Abrechnungen sich ergebende Saldo sind sogleich in Hamburg — welcher Platz auch für die Zahlung= und sonstigen Verpflichtungen des Kunden Erfüllungsort sein soll — zahlbar. . .“ Ziff. 9: „Bei etwa aus den zwischen „uns und unsern Kunden geschlossenen Geschäften entstehenden „Streitigkeiten unterwerfen sich beide Parteien den Hamburger „Gerichten . . . ; die klägerische Partei soll indessen auch be- „rechtigt sein, die klagliche an deren Domizil zu belangen.“ Aus der „Eindeckung“ des Engagements für die 30,000 bushels Weizen ergab sich ein Verlust von 15,004 Mk. 10 Pf. für Hofer. Durch Nachschüsse und Einzahlungen wurde der Saldo per 9. Februar 1904 zu Gunsten der Kläger auf den eingeklagten Betrag reduziert. Im ganzen Zeitraum vom Januar 1903 bis Februar 1904 hat Hofer bei den Klägern für 99,937 Dollars gekauft und für 96,168 Dollars verkauft.

3. Die erste Instanz hat den Einwand des klaglosen Differenzgeschäftes auf dem Boden des Art. 512 OR, den sie als zwingenden Rechtes anwendbar erachtet hat, geprüft, und ist an Hand der bisherigen bundesgerichtlichen Definition des Begriffes der klaglosen Differenzgeschäfte zur Abweisung der Klage gelangt, wobei sie folgende erhebliche Tatsachen festgestellt hat: Hofer war Anfänger im Geschäft; es fehlten ihm die Branchenkenntnisse für



den Getreidehandel völlig. Die Engagements überstiegen seine finanziellen Mittel — er versteuerte ein Einkommen von 5000 Fr. —, die für derartige Operationen völlig unzureichend waren. Eine Ausnutzung der Konjunktoren war dem Hofer unmöglich. Aus allen diesen Umständen, von denen er annimmt, sie seien den Klägern bekannt gewesen, schließt der erstinstanzliche Richter, in Verbindung mit der Tatsache, daß die Kläger stets nur die Differenz gebucht haben, daß effektive Lieferung durch gegenseitige übereinstimmende Willensmeinung der Parteien abgeschlossen gewesen sei. Auch die zweite Instanz untersucht den Einwand des klaglosen Differenzgeschäftes zunächst an Hand des Art. 512 OR. Sie nimmt in tatsächlicher Beziehung an: Die Parteien, jedenfalls Hofer, haben niemals die Absicht effektiven Bezugs oder effektiver Lieferung gehabt. Die Absicht des Hofers sei jedenfalls den Zürcher Vertretern der Kläger bekannt gewesen. Beim Umfange der Operationen hätten die Kläger resp. ihre Zürcher Vertreter die Pflicht gehabt, sich über die Vermögensverhältnisse des Hofers wenigstens einigermaßen zu erkundigen, bevor sie mit ihm in Verkehr traten; jedenfalls sei ihnen nicht unbekannt gewesen, daß sie es mit einem noch sehr jungen Geschäftsmann (Hofer sei 1876 geboren), einem Anfänger im Geschäft, zu tun hatten, bei dem größere Mittel nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden konnten. Es sei daher nicht zu bezweifeln, daß auch den Klägern der Spielcharakter der mit Hofer abgeschlossenen Geschäfte bekannt sein mußte. Die Bedingungen der Chicagoer Börse seien dem gegenüber irrelevant. Eventuell führt die zweite Instanz aus, es wäre ein nach deutschem Recht — falls dieses zur Anwendung kommen sollte — klagbarer Anspruch nicht entstanden.

4. Wie vor den kantonalen Instanzen, vertritt die Beklagte auch heute in erster Linie die Auffassung, es habe in der Sache deutsches Recht zur Anwendung zu kommen, da laut Ziff. 7 der Schlußnoten der Kläger Hamburg als Erfüllungsort vereinbart worden sei und nun nach feststehender Gerichtspraxis sich die Frage nach dem anzuwendenden Recht bei Verträgen nach dem Rechte des Erfüllungsortes entscheide; nur subsidiär stützt sie sich auf eidgenössisches Recht, Art. 512 OR. Es ist jedoch mit

den kantonalen Instanzen und gemäß der kantonalen Rechtsprechung des Bundesgerichts davon auszugehen, daß die Klaglosigkeit der Differenzgeschäfte, weil auf Gründen des öffentlichen Wohles beruhend, zwingender Natur ist und daher vom schweizerischen Richter als *lex fori* stets, auch bei Geschäften, die ihrer Entstehung, Wirkung und Erfüllung nach dem ausländischen Recht unterstehen, zur Anwendung gebracht werden muß. Es ist daher in erster Linie zu prüfen, ob die Kaufgeschäfte, die den Grund der Forderung der Kläger bilden, nach schweizerischem Obligationenrecht als klaglose Differenzgeschäfte anzusehen sind. Erst wenn das zu verneinen wäre, könnte sich dann die weitere Frage erheben, ob ein nach dem Rechte der *lex fori* gültiges und klagbares Rechtsgeschäft deshalb als ungültig und klaglos zu betrachten sei, weil es dies nach dem Rechte seines Entstehungs- und Erfüllungsortes sei, und wäre die Frage zu prüfen, welchem Recht die fraglichen Rechtsgeschäfte als Ganzes überhaupt unterständen. Sollte sich dabei die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes ergeben, so wäre alsdann das Bundesgericht zur Überprüfung der angefochtenen Entscheidung nicht befugt, weil die Vorinstanz das deutsche Recht subsidiär angewendet hat, und hätte es daher ohne weiteres in der Sache selbst beim Urteil der Vorinstanz sein Bewenden. Sollte umgekehrt, wie die Kläger eventuell geltend machen, das amerikanische Recht auf die fraglichen Rechtsgeschäfte anwendbar sein, so könnte das Bundesgericht, da die Vorinstanz dieses Recht nicht angewendet hat, es gemäß Art. 83 OG entweder von sich aus anwenden, oder die Sache an das kantonale Gericht zurückweisen. Diese Modalitäten und die Untersuchung der daran sich knüpfenden Fragen fallen dahin, wenn die Spieleinrede auf Grund des schweiz. OR gut heißen werden muß, und es ist daher nunmehr hierauf einzutreten.

5. In feststehender Praxis, die sich an die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und Reichsgerichts angeschlossen, hat das Bundesgericht den Begriff des klaglosen Differenzgeschäftes dahin festgestellt, daß ein solches dann vorliege, wenn nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willensmeinung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Abnahme und Lieferung der gekauften Waren oder Wertpapiere abgeschlossen



ist, so daß bloß die Differenz den Gegenstand des Vertrages bildet. (Vergl. zuletzt U. S. XXIX, 2, S. 643 Erw. 4.) Die Vorinstanz wendet dieser Begriffsbestimmung gegenüber ein, solche Geschäfte, bei denen die Effektivlieferung förmlich wegbedungen wurde, kommen an der Börse überhaupt nicht vor, vielmehr sei jeder börsenmäßige Geschäftsabschluß auf Lieferung gerichtet; und die Absicht, nicht selber effektiv zu liefern oder zu beziehen, bedinge, auch wenn sie dem Gegenkontrahenten bekannt sei und von ihm geteilt werde, noch keineswegs den vertraglichen Ausschluß der Effektivlieferung, so wenig wie die finanzielle Lage der Beteiligten, da ja die börsenmäßige Liquidation (Kompensation) immer das Mittel gewähre, das gekaufte oder verkaufte durch einen andern beziehen oder liefern zu lassen. Nach neuern Auffassungen sei das Kriterium des Spiels nicht im juristischen, sondern im wirtschaftlichen Charakter des betreffenden Geschäftsabschlusses zu finden und sei überall da ein Geschäft als Spiel anzusehen, „wo es nicht als Ausfluß einer ernstern wirtschaftlichen Betätigung, sondern als reine Spekulation auf Glück und Zufall sich darstellt, m. a. W. überall da, wo das aleatorische Moment, das man im Sprachgebrauch des täglichen Lebens zutreffend als „schwindelhaft“ bezeichnet, derart überwiegt, daß das Geschäft als des Rechtsschutzes unwürdig erscheint“. Diese Auffassung sei auch mit der Fassung des Art. 512 OR sehr wohl vereinbar, der nicht bloß sogenannte Differenzgeschäfte, sondern auch Lieferungs geschäfte (also wirkliche Effektivgeschäfte) klaglos erkläre, sofern sie den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben. Für letzteres sei also nicht ausschließlich maßgebend und entscheidend, daß das Geschäft ein reines Differenzgeschäft, d. h. auf Zahlung der Differenz gerichtet sei. Für die Kriterien nun, wann nach dieser Begriffsbestimmung ein klagloses Differenzgeschäft vorliege, stellt die Vorinstanz ab auf die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, ihre bürgerliche und berufliche Stellung und insbesondere ihre Vermögensumstände und deren Verhältnis zu dem durch das Geschäft übernommenen Risiko, und führt aus, die „natürliche Vermutung“ spreche dann für den Spielcharakter des Geschäftes, „wenn ein Privater oder ein Kaufmann Termingeschäfte abschließt, die mit seiner beruflichen Tätigkeit (seinem Geschäfts-

zweige) in keinerlei Beziehung stehen, und bei denen eine effektive Anschaffung oder Entäußerung (z. B. zum Zwecke der Kapitalanlage oder Vermögensverwaltung, sofern es sich um Effekten handelt) nicht ernstlich in Frage kommen kann.“ Diese Argumente der Vorinstanz gegen die bundesgerichtliche Praxis sind nicht durchschlagend. Der Einwand, Differenzgeschäfte im Sinne der bundesgerichtlichen Definition kommen an der Börse überhaupt nicht, und außerhalb derselben nur selten vor, entfällt mit der richtigen Auffassung dieser Definition. Mag auch richtig sein, daß ein sogenanntes reines Differenzgeschäft, d. h. ein solches, dessen Vertragsinhalt lediglich dahin geht, daß der verlierende Teil dem gewinnenden die Differenz zwischen dem vereinbarten Preise einer Ware und dem Börsen- oder Marktpreise derselben an einem bestimmten späteren Zeitpunkte zu bezahlen hat, kaum vorkommt, so sind doch die sogenannten verschleierte oder verdeckten Differenzgeschäfte nicht selten, welche die Form eines fixen Lieferungs geschäftes annehmen und nicht auf die an einem zum voraus bestimmten Tage sich zeigende Differenz abzielen, sondern auf die Differenz, die sich bei börsenmäßiger Liquidation durch ein dem Spekulanten während der ganzen Lieferzeit mögliches, aber zum voraus vorgesehenes Gegengeschäft ergibt und damit ebenfalls ausdrücklich oder stillschweigend Recht und Pflicht realer Lieferung und Bezahlung ausschließen. Der Umstand sodann, daß durch die börsenmäßige Liquidation auch Effektivgeschäfte durch Differenzzahlung realisiert werden können, beweist nicht, daß nicht trotzdem der Ausschluß der Effektivverfüllung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden kann. Denn es können nicht alle Geschäfte restlos liquidiert werden; es kann bei dieser Börsenliquidation ein plus übrig bleiben, das effektiv zu erfüllen ist, falls diese Effektivverfüllung nicht vorher gegenseitig ausgeschlossen ist; trotz der bestehenden Liquidationseinrichtung hat daher der Ausschluß der Effektivlieferung praktischen Wert. Allerdings geht die Vereinbarung in der Regel auf Abwicklung der Engagements durch Benutzung der börsenmäßigen Liquidation, und es fragt sich nun in jedem Falle, ob diese als wahres Surrogat des effektiven Warenumsatzes gelten könne, oder ob die Einrichtungen der börsenmäßigen Liquidation — Anweisung, Kontraktion, Clearing-

hause — bloße Mittel zur Differenzberechnung sind. Der Unterschied gegenüber dem Effektivgeschäfte liegt freilich nur darin, daß diese jene Liquidation zwar ebenfalls benutzen, aber doch nicht eine andere Erfüllung ausschließen. Ob dieser Ausschluß gewollt sei, würde sich am besten beim Versagen der börsenmäßigen Liquidation zeigen; er kann aber auch aus Umständen, die beim Versagen dieser Art Liquidation die Realerfüllung unmöglich machen würden, geschlossen werden. Würde übrigens die Abwicklung der Börsengeschäfte durch Benutzung der börsenmäßigen Liquidation der Realerfüllung schlechthin gleichgestellt, so wäre Art. 512 OR, soweit er die Differenzgeschäfte betrifft, überhaupt praktisch unanwendbar. Des fernern kann die von der Vorinstanz hervorgehobene wirtschaftliche Nutzlosigkeit eines Börsengeschäftes, die sich im planlosen Verlassen auf den Zufall zeigt, nicht als entscheidendes Kriterium für das Differenzgeschäft dienen, da auch ein planlos betriebener Effektivkauf und Verkauf doch Kauf und Verkauf bleibt und damit Güterumsatz bewirkt. Zwar ist die Klaglosigkeit der Effektivgeschäfte in deren wirtschaftlichen Zwecklosigkeit (und Gefährlichkeit) zu suchen; allein diese muß sich im Inhalte des Vertrages zeigen. Endlich ist der Hinweis der Vorinstanz auf die Fassung des Art. 512 OR unstichhaltig: das Gesetz wollte neben Differenzgeschäften auch Liefergeschäfte, die nur die äußere Form von solchen haben (verschleierte Differenzgeschäfte) treffen, und hat dann allerdings den Relativsatz vom Charakter von Spiel und Wette auch an die Differenzgeschäfte angefügt, obschon der Spielcharakter, wenn er im Ausschluß der Effektivverfüllung liegt, schon mit dem Worte Differenzgeschäfte gegeben ist. Aus dieser Redaktion läßt sich aber nichts zu Gunsten der Auffassung der Vorinstanz herleiten, da der Ausdruck Differenzgeschäfte nicht ohne weiteres in dieser engen technischen Bedeutung verstanden sein konnte und daher der Verdeutlichung durch den Zusatz ebenfalls bedurfte.

6. Ist sonach den Klägern allerdings zuzugeben, daß die Definition des Begriffes eines klaglosen Differenzgeschäftes durch die Vorinstanz nicht im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis liegt und nicht aufzunehmen ist, so folgt doch daraus weder die Gutheißung des materiellen Berufungsantrages der Kläger noch die

Rückweisung an die Vorinstanz im Sinne des zweiten Berufungsantrages. Eine Rückweisung im Sinne dieses Berufungsantrages lediglich zur neuen Entscheidung auf Grund des vom Bundesgericht festgestellten Begriffes des klaglosen Differenzgeschäftes kennt das Organisationsgesetz nicht. Es handelt sich hier von Seite der Vorinstanz lediglich um eine irrige Rechtsanwendung in Betreff des Begriffes eines klaglosen Differenzgeschäftes; nun rechtfertigt aber diese irrige Rechtsanwendung für sich allein eine Rückweisung an die Vorinstanz nicht und sie liegt nicht im Sinne des Organisationsgesetzes; das Wesen und der Zweck des Rechtsmittels der Berufung verlangen vielmehr, daß das Bundesgericht allemal dann den Entscheid fälle, wenn die Sache zur Endentscheidung reif ist, d. h. wenn ohne Vornahme einer Aktenvervollständigung das Endurteil gefällt werden kann. (S. Hafners Motive zu seinem Entwurf des OG, S. 82 und S. 110; Botsch. des Bundesrats, S. 73.) Eine Rückweisung hat also nur dann stattzufinden, „wenn eine Aktenvervollständigung bezw. weitere Beweisaufnahme sich als notwendig herausstellt“ (Botsch. a. a. O.). Liegen dagegen alle für die Beurteilung erheblichen Tatsachen in den Akten vor, so hat das Bundesgericht keine Rückweisung vorzunehmen, sondern sofort entweder auf Grundlage der kantonalgerichtlich festgestellten Tatsachen (Art. 81 OG) oder in Ergänzung und Berichtigung derselben (Art. 82 Abs. 1 OG) das Endurteil zu fällen. Eine Rückweisung kann daher im vorliegenden Falle nur im Sinne des dritten Berufungsantrages, also gemäß Art. 82 Abs. 2 OG, in Frage kommen und es ist bei der freien rechtlichen Beurteilung des Tatbestandes zu prüfen, ob eine Aktenvervollständigung im Sinne dieses Berufungsantrages notwendig sei oder ob gegenteils die vorhandenen Akten zum Endentscheid auf Grund der bundesgerichtlichen Definition des Differenzgeschäftes genügen.

7. Vorab steht nun fest und ist übrigens allseitig, auch von den Klägern, anerkannt, daß die Differenzeinrede dem Kommissionär entgegengehalten werden kann (vergl. U. S. XXIX, 2, S. 645). Zur Entkräftung des Spieleinwandes berufen sich die Kläger hauptsächlich auf die Tatsache, daß dem Hoser von Anfang an (im Briefe von Schumann-Girard & Cie. vom

29. September 1902) mitgeteilt worden sei, daß allen Geschäften Effektivlieferung zu Grunde liege und daß die reinen Differenzgeschäfte nach den Bedingungen der Chicagoer Börse, an der die fraglichen Geschäfte ausgeführt wurden, überhaupt verboten seien. Allein jene Mitteilung erscheint dann als nicht durchschlagend, wenn die tatsächliche Abwicklung der Geschäfte so vor sich gegangen ist, daß die Willensübereinstimmung auf Realerfüllung ausgeschlossen erscheint; und das Verbot der Differenzgeschäfte an der Chicagoer Börse — wenn von einem solchen überhaupt gesprochen werden kann — steht der Annahme, es habe sich um solche gehandelt, nicht entgegen, wenn die Tatumstände ergeben, daß die Parteien sich an das Verbot nicht gekehrt haben. (Vergl. auch *N. S. XXIX, 2, S. 648, Erw. 5.*) In der Tat wird nun die Annahme, daß die Parteien übereinstimmend die Realerfüllung ausgeschlossen wissen wollten, durch folgende Umstände dargetan: Die Abwicklung der Geschäfte erfolgte durchgängig durch bloße Verrechnung der Differenz. Mehrfach, so namentlich bei dem Geschäft, das den heute eingeklagten Verlust herbeigeführt hat, spekulierte Hofer gleichzeitig *à la hausse* (durch Kaufauftrag) und *à la baisse* (durch Verkaufsauftrag) so, daß gleichzeitig der Gewinn im einen Geschäft den Verlust im andern bedeuten mußte. Dieses Nebeneinanderbestehen von zwei nach verschiedenen Richtungen gehenden Spekulationen zeigt am deutlichsten das Fehlen jeden Willens auf Güterumsatz, und zwar bei beiden Kontrahenten. Es wurde nicht etwa das im einen Geschäft gekaufte zur Erfüllung des im andern Geschäft verkauften angeschafft, sondern am Liquidationstag wurde der Einkauf durch den besondern ihm entgegenstehenden Verkauf, der Verkauf durch den besondern ihm entgegenstehenden Einkauf liquidiert. Die Liquidation bildete sonach kein wahres Surrogat des Güterumsatzes, sondern eine bloße Abrechnung zum jeweiligen Tageskurse. Auch die Korrespondenz zwischen Hofer und den Vertretern der Kläger zeigt deutlich den reinen Spielcharakter der Geschäfte: von Abnahme und Lieferung ist nie die Rede, wohl aber von den „Gegenpositionen“ und der Abwicklung der „Engagements“ durch „Eindeckung“. Zu diesen für den Spielcharakter allein schon entscheidenden Umständen kommen dann noch unterstützend die von den kantonalen Instanzen

festgestellten Tatsachen der Unkenntnis des Hofer mit Bezug auf den Getreidehandel, seiner Jugend und Anfängerschaft im Geschäft, endlich das Mißverhältnis seiner Mittel zu der Größe der Engagements. Diesen Feststellungen der Vorinstanz gegenüber erscheinen die Beweisangebote der Kläger (im Berufungsantrag III) teils als unerheblich, teils — soweit sie sich gegen den auf Grund des eigenen Wissens des Vorderrichters festgestellten Tatbestand selbst richten — als unzulässig. Die Berufung erscheint sonach als unbegründet und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Dezember 1904 in allen Teilen bestätigt.

#### 10. Urteil vom 10. Februar 1905 in Sachen

Kaiser, Bgl. u. Hauptber.-Kl.,

gegen Konkursmasse der Basler Kreditgesellschaft, Kl. und  
Anschl.-Ber.-Kl.

**Genossenschaft mit Ausschluss der persönlichen Haftung der Genossen:** Kann der Genossenschafter, der von der Konkursmasse der Genossenschaft auf Volleinzahlung des Genossenschaftsanteils belangt wird, die Einrede des von den Genossenschaftsorganen verübten Betruges (bei Gründung der Genossenschaft bezw. Erhöhung des Genossenschaftskapitals) entgegenhalten? — Vorrücken der Fälligkeit befristeter Anteilscheine durch den Konkurs der Genossenschaft? — *OR Art. 688, 680 Z. 4 u. 5; SchKG Art. 213 Abs. 3.*

A. Durch Urteil vom 5. Dezember 1904 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt über die Rechtsbegehren:

a) der Klage:

Der Beklagte sei zur Zahlung von 3600 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 21. April 1902 an die Klägerin zu verurteilen.  
Eventuell: Der Beklagte sei zur Zahlung von 900 Fr. Raten