Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 12 (1893)

Rubrik: Protokoll der 31. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 21.08.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Protokoll

der

31. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins

abgehalten

den 4. und 5. September 1893 in Frauenfeld.

Verhandlungen vom 4. September 1893.

I.

Der Präsident, Herr Prof. *Stooss*, eröffnet die Sitzung mit folgender Ansprache:

Verehrte Herren Kollegen.

Ich heisse Sie alle herzlich willkommen in Frauenfeld. Es ist ein schönes Vorrecht des Präsidenten des schweizerischen Juristenvereins bei Eröffnung der Jahresversammlung einige Worte über das an die Kollegen richten zu dürfen, was ihm am meisten am Herzen liegt. Und was liegt uns allen mehr am Herzen als unsere Pflicht? Lassen Sie mich daher über die Pflichten des Juristen sprechen.

Es giebt nicht nur besondere Pflichten des Richters, des Anwalts, des Rechtslehrers, es giebt auch allgemeine Juristenpflichten. Denn der Richter, der Anwalt und der Lehrer des Rechts stehen alle im Dienste des Rechtes und der Gerechtigkeit. Ihre äusserliche Richtschnur ist das Gesetz. Aber unsere Gesetze, möchten sie auch den höchsten Grad der Vollkommenheit erreicht haben — und sie haben ihn ja keineswegs erreicht — sind toter Buchstabe, wenn der, der sie anwenden oder erklären soll, nicht von dem Geiste beseelt ist, der den toten Buchstaben lebendig macht. Der

ist kein Jurist, der das Gesetz zwar in allen seinen Bestimmungen genau kennt, aber nicht darüber hinaussieht und blind und mechanisch den einzelnen Fall der Norm unterordnet. Auch der ist kein Jurist, der seine Weisheit über das Gesetz stellt und nur das darin findet, was er darin finden will. Vor beiden Verirrungen bewahrt uns die Wissenschaft, deren Anfang die Bescheidenheit und das Bewusstsein eigener Unvollkommenheit ist. Die Wissenschaft lehrt uns, wie die Gesetze entstehen, und lässt uns in dem Gesetze die Summe von Regeln erkennen, welche der Stand der Erkennntnis zur Zeit seines Erlasses als die wichtigsten und die richtigsten erscheinen liess. Schreitet die Erkenntnis vor, entwickeln sich die Lebensverhältnisse, die es ordnen will, zu grösserer Mannigfaltigkeit und Vollendung, so veraltet das Gesetz. Der Richter, der nichts kennt als ein solches Gesetz, urteilt trotz aller Gewissenhaftigkeit und redlichen Fleisses falsch und dann empört sich der gesunde Sinn des Volkes gegen sein Recht und gegen seine Richter. Bewahren wir daher die Gesetzgebung vor unheilvollem Stillestand, arbeiten wir an ihrer Entwicklung und an ihrem Fortschritte!

Die Wissenschaft trage die Fackel voran; aber nicht als hochmütige, dem Leben abgekehrte, mit Begriffen und Konstruktionen prunkende Meisterin, sondern als bescheidene, emsige, aufklärende Forscherin. Der eine stelle das Werden des Rechtes dar, der andere mache sich die Ergebnisse der Rechtsgeschichte zu nutze und vergleiche den gegenwärtigen Rechtszustand mit dem vergangenen, der dritte dringe kritisch und dogmatisch in das Recht der Gegenwart ein, der vierte bahne dem Gesetzgeber den Weg und weise ihm das leuchtende Ziel!

Auch der Richter und der Anwalt bedürfen der Wissenschaft. Der Richter und der Anwalt, welche die Wissenschaft verachten und sich ihrer nur als Hülfe in der Not des einzelnen Falles bedienen, sind nicht Juristen. Sie sind unfähig, das Wesen des Rechtes zu erkennen; sie stolpern über jede unebene Stelle und klammern sich an die unsichere und äusserliche Stütze des Präjudizes an.

Mit der wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts ist es aber noch nicht gethan! Nur der gute Mensch kann ein guter Jurist sein. Das ist zum Glück keine neue Wahrheit, aber sie wird bei der Erziehung unserer Juristen und auch im Rechtsleben noch zu wenig gewürdigt.

Der Rechtslehrer, der sich nur an den Verstand seiner Schüler wendet und ihren Scharfsinn und ihr juristisches Denken ausbildet, hat zwar viel geleistet: aber er hat noch keine Juristen herangebildet. Der blasierte junge Jurist, der vornehm auf das Leben des Volkes herabsieht, der den Rechtsfall nur als Fall und nicht als ein für die Beteiligten wichtiges Ereignis behandelt, mit dem ihr Denken und Fühlen verknüpft ist, von dem vielleicht ihr Glück abhängt, ahnt die Bedeutung seines Berufes ebenso wenig als der junge Mediziner, dem die Kranken nur Material sind. Der Lehrer des Rechts, der seinen Zuhörern nicht an das Herz greift und sie das Recht nicht als ars æqui et boni verstehen lehrt, hat seinen Beruf ebenso verfehlt wie der Schullehrer, der seinen Zöglingen nur Schulwissen beibringt.

In dem hehren Beruf des Richters verwirklicht sich die Pflege des Rechtes als Pflege des Guten und Rechten am schönsten. Wehe dem Volke, das herzlose, formverknöcherte Richter hat; Heil dem Volke, dessen Richter ein Herz für das haben, was den Gegenstand ihrer Entscheidung ausmacht. Besser ein ungelehrter Richter mit natürlichem Rechtsgefühl und starkem Sinn für das Gute, als ein mit den Feinheiten juristischer Eleganz ausgestatteter Richter, dem das Menschliche fremd ist. In einfachen Verhältnissen reicht das Rechtsgefühl für den Richter aus; auch die hochentwickelte Kultur der Grossstadt erträgt keine Richter ohne Rechtsgefühl.

Und der Anwalt — soll er nicht auch sein Rechtsgefühl bethätigen? Muss er sich nicht den Verhältnissen anpassen und seinem Klienten mit allen erlaubten Mitteln zum Sieg verhelfen? Gewiss! Unerlaubt sind aber nicht nur die Mittel, die ausdrücklich verboten sind, sondern alle, welche eines ehrlichen Mannes unwürdig sind. Wie es keine besondere Moral für Staatsmänner giebt, so giebt es auch keine besondere Moral für Advokaten.

Leider steht unser Civilprozessrecht noch nicht auf der Höhe dieser Anschauung und Unrecht wird nicht selten zu Recht erkannt. Wenn aber der Anwalt ein Ehrenmann ist, der sich nicht dazu hergiebt, dem Schlechten, das die Form des Rechtes zu wahren wusste, seinen Beistand zu leihen, und wenn die Gerichte den Geist des Rechtes über den unvollkommenen Buchstaben des Gesetzes stellen, werden solche Fälle immer seltener werden.

Die Pflege des Guten und Rechten ist die allgemeine und vornehmste Juristenpflicht, die uns alle bindet. Möchten uns unsere gegenwärtigen Verhandlungen und unser gemütliches Beisammensein zu treuer und fröhlicher Erfüllung dieser Pflicht anspornen und kräftigen!

Der Jahresbericht für das zu Ende gehende Vereinsjahr darf ausserordentlich kurz sein. Der Vorstand hat sich darauf beschränkt, eine Preisaufgabe auszuschreiben und die Verhandlungen für die Jahresversammlung vorzubereiten. Zu seinem Vizepräsidenten ernannte der Vorstand Herrn Prof. Dr. Alfred Martin, in Genf. Die Quästur, welche unser verehrter Freund, Herr Bundesrichter Dr. Jules Roguin neben dem Präsidium musterhaft geführt hatte, übernahm nach seinem allgemein bedauerten Rücktritte Herr Bundesrichter Charles Soldan; das Sekretariat, das Herr Prof. Dr. Emil Zürcher viele Jahre mit Auszeichnung verwaltet hatte, ist an Herrn Dr. Arthur Hoffmann, Advokat in St. Gallen, übergegangen.

Ein wichtiges und freudiges Ereignis kennzeichnet das letzte Jahr. Prof. Dr. Eugen Huber in Bern hat das grosse Werk vaterländischer Rechtswissenschaft, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes, durch einen vierten Band, die Geschichte des schweizerischen Privatrechtes, im Frühjahr 1893 abgeschlossen. Er hat die geschichtliche Entwicklung des schweizerischen Privatrechts als eines Ganzen in geschlossenem Aufbau aufgestellt. Er hat aber auch den lokalen Eigentümlichkeiten ihre Stelle anzuweisen verstanden und da und dort wirft er einen Blick

auf die zukünftige Entwicklung des schweizerischen Privatrechts.

Der Juristenverein darf auf die Förderung dieses Werkes stolz sein. Dem Verfasser muss sein Werk selbst die höchste Genugthuung sein; es sei aber doch gestattet ihm heute feierlich den Dank des schweizerischen Juristenvereins für seine nationale wissenschaftliche That abzustatten.

Auch in diesem Jahre beklagt der Verein den Hinscheid mehrerer Kollegen.

Von Solothurn aus hatten wir letztes Jahr unser Ehrenmitglied Rudolf von Jhering zu seinem 50jährigen Doktorjubiläum beglückwünscht, nachdem er das Jahr zuvor in Zürich persönlich an unserer Versammlung teilgenommen hatte. Er beantwortete unser Telegramm nicht und einige Tage später erfuhren wir seinen Hinscheid. Der Vorstand hat dem geschiedenen Meister, der die Fesseln des römischen Rechts mit seinem Geist zu brechen versucht hat, einen Kranz dankbarer Erinnerung auf sein Grab legen lassen.

Im Laufe des Winters starb in der Blüte der Mannesjahre ein liebenswürdiger Kollege, Advokat Louis Paschoud in Lausanne. Er gehörte vermöge seiner Tüchtigkeit und seiner Arbeitsfreudigkeit zu den gesuchtesten Anwälten des waadtländischen Barreau. Sein offenes, freimütiges Wort fand auch im schweizerischen Nationalrat die verdiente Beachtung. Als französischer Berichterstatter im Nationalrat über das Betreibungs- und Konkursgesetz hat er sich besondere Verdienste um die Rechtseinheit auf diesem wichtigen Gebiete erworben.

Bewahren wir diesen Männern ein ehrenvolles Andenken.

Und nun erkläre ich die 31. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins als eröffnet.

II.

Als Sekretäre werden bezeichnet Herr Dr. *Arthur Hoffmann* in St. Gallen und *M. Albert Gampert,* notaire, Genève.

Als Rechnungsrevisoren werden ernannt die Herren Prof. *Gottofrey*, Obergerichtspräsident in Freiburg und Staatsschreiber Dr. *Wehrli* in Frauenfeld.

III.

Herr *Achill Gengel* in Frauenfeld hat dem schweizerischen Juristenverein zu seiner 31. Jahresversammlung seine Schrift: „Die Begriffe des Sittlichen und des Rechts" gewidmet. Das Präsidium verdankt die Widmung aufs beste.

IV.

Folgende Herren werden als Mitglieder des Vereins aufgenommen:

1. *Dr. Guido Nicola*, Bundesgerichtssekretär, Lausanne.
2. *Alphonse Dubuis*, avocat, Lausanne.
3. *Fritz Zeerleder*, Fürsprech und Beamter im eidg. Justizdepartement, Bern.
4. *Rudolf Dällenbach*, Amtsnotar, Burgdorf.
5. *Dr. Richard Lang*, Fürsprech, Zürich.
6. *Dr. Walther Rieser*, Fürsprech, St. Gallen.
7. *Vincent Gottofrey*, professeur de droit, Fribourg.
8. *Dr. Theodor Weiss*, Genf.
9. *Dr. Emil Schurter*, Advokat, Zürich.
10. Gerichtspräsident *Wietlisbach*, Bremgarten (Aargau).
11. *Dr. Félix Jeanneret*, avocat, Chaux-de-Fonds.
12. *Paul Des Gouttes*, Dr. en droit, avocat, Genève.
13. *Philippe Dunant*, Dr. en droit, avocat, Genève.
14. *J. Fischer*, Fürsprech, Baden (Aargau).
15. *H. Lehner*, Fürsprech, Baden (Aargau).
16. *Rudolf Huber*, Fürsprech, Frauenfeld.
17. *Dr. Cohn*, Professor der Rechte, Zürich.
18. *Adolf Beerli*, Fürsprech, Kreuzlingen.
19. *A. Böhi*, Oberrichter, Frauenfeld.
20. *Fritz Volland*, Dr., Gemeinderatsschreiber, St. Gallen.
21. *Dr. R. Forrer*, Fürsprech, St. Gallen.
22. *Dr. R. Eberle*, Fürsprech, St. Gallen.

23. *Dr. Heinrich Moosberger*, Chur.
24. *Heinrich Häberlin*, Fürsprech, Weinfelden.
25. *Rud. Steger*, Fürsprech, Frauenfeld.
26. *Dr. J. Wehrli*, Staatsschreiber, Frauenfeld.
27. *Dr. Bachmann*, Nationalrat, Frauenfeld.
28. *Achill Gengel*, Redaktor, Frauenfeld.
29. *Franz Eggspühler*, Gerichtspräsident, Zurzach.
30. *Gustav Hürbin*, Fürsprech, Brugg.
31. *A. Reisse*, Fürsprech, Baden (Aargau).

V.

Als Preisaufgabe wurde ausgeschrieben: Das Verhältnis des Civil- und Strafurteils und dabei bemerkt: Gewünscht wird eine Darstellung des geltenden Bundes- und kantonalen Rechts mit Berücksichtigung der Rechtsprechung nebst einer kritischen Würdigung des Gesetzesstandes.

Das Urheberrecht an den preisgekrönten Arbeiten geht auf den schweizerischen Juristenverein über, der sich die Drucklegung vorbehält.

Der Vorstand hat zu Preisrichtern ernannt die Herren
Dr. *A. Fehr*, Obergerichtspräsident in Frauenfeld.
Professor Dr. *X. Gretener* in Bern.
Dr. *E. Picot*, Président de la Cour de justice à Genève.

Es ist nur eine Arbeit eingegangen mit dem Motto: res inter alios judicatae aliis non praejudicant.

Über dieselbe erstattet Herr Obergerichtspräsident Dr. *Fehr* folgenden Bericht des Preisgerichts.

Was den Inhalt der Arbeit anbetrifft, so prüft der Verfasser in der Einleitung kurz die in der Litteratur hervorgetretenen Formulierungen der zu erörternden Frage, indem er diese als eine solche nach der Rechtskraft der Urteile fasst, und bezeichnet die an sich möglichen Standpunkte der Beurteilung. Dem entsprechend zerfällt die Abhandlung in zwei Hauptteile:

I. Wirkung des Strafurteils auf die konnexe Civilsache und
II. Wirkung des Civilurteils auf die konnexe Strafsache.

In der ersten Abteilung werden vorerst die massgebenden Normen behandelt, zuerst im Bundesrecht, wo O. R. 50 ff., besonders 59 in Frage kommen. Der Verfasser gelangt zu folgenden Resultaten:

a. Freisprechende Strafurteile, welche den Angeklagten wegen Nichterwiesenseins der Schuld freisprachen, können schon mit Rücksicht auf den in O. R. 51 statuierten Grundsatz der freien Beweiswürdigung für den Civilrichter nicht bindend sein.

b. Die Annahme der Gebundenheit des Civilrichters an ein freisprechendes Urteil, sofern dieses nicht ausdrücklich feststellt, dass der Angeklagte die That nicht begangen, ist angesichts der Bestimmungen von O. R. 50 ff., besonders 59, bundesrechtswidrig.

c. Die Annahme der Gebundenheit des Civilrichters an ein verurteilendes Straferkenntnis, sowie ein freisprechendes, welches ausdrücklich konstatiert, dass der Angeklagte die inkriminierte That nicht begangen hat, ist durch das O. R. nicht ausgeschlossen.

d. Die Frage der Gebundenheit des Civilrichters an ein verurteilendes Straferkenntnis ist zunächst nach allfällig in Kraft stehenden kantonalen Normen und erst in Ermangelung solcher nach der Natur der Sache zu entscheiden.

Im weiteren Fortgange der Arbeit werden die kantonalen Normen erörtert und findet Verfasser, dass nur die Vorschrift der aargauischen Strafprozessordnung und der tessiner Civilprozessordnung: „Der Entscheid über Schuld oder Nichtschuld soll für das damit in Zusammenhang stehende Civilurteil massgebend sein“ mit absoluter Notwendigkeit auf eine Gebundenheit des Civilrichters an das Urteil des Strafrichters schliessen lasse.

Übergehend zu der Entscheidung nach der Natur der Sache wird de lege lata festgestellt: Der Civilrichter ist an die thatsächlichen Feststellungen des Strafrichters, welche die Voraussetzungen zu dessen Urteil über Bestehen oder Nichtbestehen des staatlichen Strafanspruchs bilden, nicht gebunden; dagegen ist er an das straf-

richterliche Urteil selbst über Bestehen oder Nichtbestehen eines Strafrechts des Staates gebunden. Hieraus werden die Folgerungen gezogen.

De lege ferenda hält der Verfasser — nach Würdigung der verschiedenen Gründe und Gegengründe — eine Bestimmung, dass der Civilrichter an die thatsächlichen Feststellungen des Strafurteils gebunden sein solle, durchaus nicht für notwendig; jeder Richter soll die Grundlagen seines Urteils selbständig prüfen; faktisch werde sich der Civilrichter ohnehin meist an die thatsächlichen Feststellungen des Strafurteils halten, wenn er aber auch einmal aus innerster Überzeugung zu anderen Annahmen gelangen sollte, so wäre dies kein Unglück.

In einer folgenden Unterabteilung werden diejenigen Fälle behandelt, wo eine Strafsache für eine Civilsache wirklich präjudiziell ist, d. h. wo der Civilanspruch durch das Vorhandensein eines Strafanspruchs bedingt ist, sei es dass das Strafurteil selbst civilistische Wirkungen erzeugt, sei es dass bloss das Vorhandensein einer strafbaren Handlung, wie beim Fabrikhaftpflichtgesetz, Voraussetzung eines Civilanspruchs ist. Es wird auch die Frage geprüft, was für einen Einfluss eine allfällige Abänderung des Strafurteils auf das bereits ergangene Civilurteil habe.

Die zweite Hauptabteilung erörtert die Wirkung des Civilurteils auf die konnexe Strafsache und untersucht im ersten Abschnitt den Fall der Identität des civilen und kriminellen Klagefundaments, im zweiten Abschnitt die Fälle, wo im Strafprozess civile Vorfragen auftauchen.

In Bezug auf den ersten Punkt werden folgende Sätze aufgestellt:

Der Strafrichter ist an das Urteil des Civilrichters gebunden, insoweit dieses über den Civilanspruch selber, der in judicium deduziert wurde, rechtskräftig entschieden hat; der Civilanspruch ist und bleibt vorläufig res judicata. Dagegen kann er nicht gebunden sein an das Urteil des Civilrichters, was die thatsächlichen Feststellungen desselben oder

die strafrechtliche Qualifikation der Thatsachen betrifft. Eine Ausnahme ist zu machen in den Fällen, wo das Civilurteil die notwendige Voraussetzung der Geltendmachung des Strafanspruches, des Strafprozesses, bildet.

Was den zweiten Punkt, die civilrechtlichen Vorfragen anbetrifft, d. h. solche, welche bei Beurteilung einer Strafsache mit logischer Notwendigkeit entschieden werden müssen, bevor das Endurteil in einer Strafsache gefällt werden kann, so wird der Standpunkt der verschiedenen Gesetzgebungen der Schweiz auseinander gesetzt und hierauf prinzipiell die Frage gelöst, welches der zur Beurteilung der civilrechtlichen Vorfrage kompetente Richter sei. Folgende Schlüsse werden gezogen:

A. Schützt die Strafnorm nicht das Rechtsverhältnis in seinem spezifisch civilrechtlichen Sinne, so tritt der Strafrichter durchaus frei an die Beurteilung der Frage heran, für ihn handelt es sich im Grunde nicht um eine civilrechtliche Vorfrage.

B. Liegt dem Strafrichter eine rein civilrechtliche Vorfrage vor, über welcher zur Zeit der Eröffnung des Strafurteils ein Civilurteil ergangen, so ist zu unterscheiden:

1. Das Civilurteil über das Rechtsverhältnis erging vor der That und unter denselben Parteien. Da hat gerade das Strafrecht das durch den Civilrichter formell rechtskräftig festgestellte Recht zu schützen.

2. Das Civilurteil ergieng nicht zwischen denselben Parteien oder erst nach der That. Da ist der Strafrichter der für die Beurteilung der civilrechtlichen Vorfragen kompetente Richter, es sei denn, dass für den betreffenden Fall das Gesetz die ausschliessliche Beurteilung der Civilfrage durch den Civilrichter vorschreibe, in welch' letzterem Falle der Strafrichter an das Civilurteil gebunden ist, resp. das Strafverfahren bis nach Durchführung des Civilverfahrens zu sistieren hat.

Als Anhang wird erörtert, welche Wirkung die Entscheidung des Strafrichters über eine civilrechtliche Vorfrage äussere auf einen späteren Civilprozess, wo diese

Frage ebenfalls zur Verhandlung komme. Die Antwort lautet: Der Strafrichter kann nur solche Fragen rechtskräftig entscheiden, die in seiner Kompetenz liegen, er hat somit über jene Vorfragen nicht rechtskräftig entschieden.

Das Preisgericht findet, dass die eingegangene Arbeit, welche mit den Anmerkungen 190 Quartseiten umfasst, eine vorzügliche sei. Der Gegenstand war nicht leicht zu behandeln, es mussten viele schwierige Punkte einlässlich geprüft werden. Die theoretischen Erörterungen und die praktischen Erwägungen der verschiedenen Standpunkte zeigen ein besonnenes und reifes Urteil, die Auseinandersetzungen sind klar, methodisch und gründlich. Auch die kritischen Untersuchungen sind sorgfältig, so insbesondere die über O. R. 59, dann die de lege ferenda über den Einfluss, den das Strafurteil auf das Civilurteil ausüben soll (dass der Richter nicht gebunden sei), und über den Begriff einer strafbaren Handlung im Sinne des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Die Litteratur ist sorgfältig benützt, die Vergleichung der Gesetzgebungen und gerichtlicher Entscheide interessant und mit vielem Fleisse erstellt.

Andererseits ist die Arbeit aber auch nicht frei von Mängeln, die wohl hauptsächlich ihren Grund darin haben, wie sie zu Stande gekommen ist. Sie ist nämlich, wie wir gefunden, zum weitaus grössten Teil nur eine Abschrift aus der dieses Frühjahr erschienenen und auch im Buchhandel vertriebenen Inauguraldissertation des Herrn Theodor Weiss von Zürich, betitelt: „Die Behandlung konnexer Civil- und Strafsachen in der schweiz. Prozessgesetzgebung.“ Es handelt sich hier nicht etwa um ein Plagiat, vielmehr hat, wie der Präsident unseres Vereins auf unsern Wunsch feststellte, Hr. Weiss selbst die Abschriften angeordnet und die Arbeit eingesandt. Die Versammlung des schweiz. Juristenvereins wird zu entscheiden haben, ob eine solche Zusammenstellung aus einer bereits gedruckten Arbeit überhaupt zur Konkurrenz zuzulassen sei; es ist dies eine Frage, die wohl eher verneint werden dürfte. Es ist nun in der That schwierig, aus solchen leicht verbundenen Auszügen aus einem

Werk, das eine andere Aufgabe zu erfüllen hat (die Art der Behandlung konnexer Civil- und Strafsachen zu erörtern) ein einheitliches übereinstimmendes Ganze, über das Verhältnis des Civil- und Strafurteils, entsprechend dem Programm des Juristenvereins, zu bilden, und diese Aufgabe hat der Verfasser nicht vollständig erfüllt. Er behandelt hauptsächlich den prozessualen Standpunkt; es fehlt eine von höheren Gesichtspunkten ausgehende Studie über die wesentlichen Differenzen in der Natur des Straf- und Civilurteils; diese grundlegenden Auseinandersetzungen hätten ihre Stelle in der Einleitung finden können. Wenn der Verfasser schon einige Zeit in der Praxis stehen würde, so hätte er wohl auch die praktisch wichtigen Fälle des strafrechtlich und civilrechtlich in Betracht kommenden Betruges näher ins Auge gefasst.

Wenn die Arbeit eine neue, selbständige wäre, so würde das Preisgericht beantragen, für sie einen zweiten Preis auszusetzen. Wir halten jedoch dafür, dass in Würdigung der bereits auseinander gesetzten Verhältnisse, besonders auch des Umstandes, dass die Bedingung der Preisausschreibung, es solle das Urheberrecht an der Arbeit an den Verein übergehen, nicht erfüllbar ist, ein Preis nicht zuerkannt werden könne. Dagegen scheint es uns billig, dem Verfasser für seine Ausgaben und Mühe eine Entschädigung zuzusprechen, welche wir auf eine Summe von Fr. 150 zu fixieren beantragen.

Eine Drucklegung der Arbeit kann nicht wohl in Frage kommen, weil die Originalarbeit bereits gedruckt ist.

Die Versammlung genehmigt die Anträge des Preisgerichts ohne Diskussion.

VI.

Das Präsidium bringt hierauf den ersten Verhandlungsgegenstand

Die Kompetenz des Bundesgerichts in Betreibungs- und Konkurssachen

zur Verhandlung und erteilt zunächst dem Referenten das Wort.

Prof. *L. R. v. Salis* hebt aus seinem gedruckten Referate einige Hauptpunkte hervor.

Zunächst sind vom Standpunkte des geltenden Rechts die Kompetenzen des Bundesgerichts in Betreibungssachen zu fixieren. Diese Kompetenzen sind nicht im Betreibungsgesetz, sondern im Gesetze über die Organisation der Bundesrechtspflege zu suchen. Das Rechtsmittel der Berufung ist darnach in Betreibungssachen überall da zulässig, wo die Voraussetzungen der Art. 29 und 30 des Organisationsgesetzes vorhanden sind, also: civilrechtliche Streitigkeit, letztinstanzliches kantonales Haupturteil, Beurteilung nach eidgenössischem Recht, Streitwert von Fr. 3000, rechtzeitige Anmeldung des Rechtsmittels.

Demgemäss können nur die Fragen an das Bundesgericht weiter gezogen werden, in denen es sich um civilrechtliche Fragen handelt. Hieher gehören beispielsweise die Verantwortlichkeit der Beamten, die betreibungsrechtliche condictio indebiti, die Fälle der Art. 197 ff. (materielles Konkursrecht), Kollokationsstreitigkeiten, die Anfechtungsklage u. s. w.

Das Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses ist ausgeschlossen, wenn es sich um behauptete Verletzung der Vorschriften des Bundesgesetzes handelt. Das Bundesgericht hat dies mit der Begründung ausgesprochen, der Gesetzgeber habe den staatsrechtlichen Rekurs hier stillschweigend ausgeschlossen. Der Entscheid ist richtig und es ist nur zu begrüssen, dass das Bundesgericht den staatsrechtlichen Rekurs eingedämmt hat; die Begründung dagegen ist sehr anfechtbar.

Der Ausschluss des staatsrechtlichen Rekurses gilt indessen nicht für die Fälle, wo verfassungsrechtliche und staatsvertragliche Normen verletzt erscheinen. Doch ist auch dies wieder nicht ausnahmslos; so ist z. B. bei einer Verletzung des Art. 59 B. V. in Sachen des Betreibungsforum der Bundesrat kompetent, ebenso in Fällen von Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung seitens der Betreibungs- und Konkursämter und nach Ansicht des Referenten, allerdings im Gegensatz zur Ansicht der Mehrheit des eidg. Rates für Schuld-

betreibung und Konkurs, bei einer Verletzung der in das Gebiet des Betreibungsverfahrens fallenden Bestimmungen der Staatsverträge.

Das Resultat der Untersuchung der Kompetenzen des Bundesgerichts im geltenden Recht ist das, dass grosse Gebiete vorhanden sind, in denen keine die Rechtseinheit wahrende Bundesinstanz zur Verfügung steht. Vom Standpunkt aber einer einheitlichen Anwendung des einheitlichen Rechts ist eine Erweiterung der Kompetenzen der Bundesinstanz unbedingt wünschbar und notwendig. Dies gilt namentlich für das Rechtsöffnungsverfahren, den Rechtsvorschlag bei der Wechselbetreibung, die Konkurseröffnung und den Nachlassvertrag.

Soll nun auf dem Boden der bestehenden Organisation des Beschwerdeverfahrens der Bundesrat oder das Bundesgericht mit diesen neuen Kompetenzen ausgerüstet werden? Referent entscheidet sich für den Bundesrat ganz wesentlich aus dem Grunde, um nicht die Zweispurigkeit des Beschwerdeverfahrens im Betreibungs- und Konkursrecht noch weiter auszudehnen. Der Haupteinwurf, man dürfe den Bundesrat, eine politische Behörde, nicht über den kantonalen Richter stellen, ist hinfällig angesichts der Thatsache, dass schon nach geltendem Rechte der Bundesrat Beschwerden über Entscheide einer richterlichen Behörde zu erledigen hat, überall da nämlich, wo die kantonalen Aufsichtsbehörden aus Gerichten bestellt worden sind.

Sollte dagegen später einmal eine neue Organisation des Beschwerdeverfahrens kommen, so ist es für den Referenten eine offene Frage, ob alsdann der Bundesrat oder das Bundesgericht oder ein drittes Organ (ein Verwaltungsgerichtshof) als oberste Beschwerdeinstanz eingesetzt werden sollte.

Gegen die Beibehaltung der derzeitigen Organisation sprechen unter Anderm auch Vorkommnisse neueren Datums. Im Falle Jung (Archiv II Nr. 83) hat der Bundesrat das Gutachten des Betreibungsrates nicht angenommen. Würde sich diese Erscheinung wiederholen, so wäre der Erfolg ganz einfach eine Vermehrung der Bundesinstanzen und das böte

den Beweis, dass die eine oder die andere dieser Instanzen verschwinden kann.

In der Behandlung der Rekurse durch den Bundesrat hat es sich gezeigt, dass diese Behörde in Fragen der Unpfändbarkeit von Vermögensstücken sich in eine einlässliche selbständige Prüfung eingelassen hat. Es liegt dabei die Gefahr nahe, dass die Stabilität der Rechtsprechung in dieser Materie darunter leide und dass man keine Präjudizien erhalte, während sie doch gerade hier höchst wünschenswert erscheinen.

Diese Erscheinungen dürften geeignet sein, das Erspriessliche der Institution eines Verwaltungs-Gerichtshofes als oberste Beschwerde-Instanz ins rechte Licht zu stellen.

Der Korreferent, Dr. *Alfred Brüstlein*, Direktor des eidg. Amtes für Betreibung und Konkurs, betont, dass er auf dem gleichen Boden stehe, wie der Referent.

Was zunächst die Darstellung desselben auf dem Boden des geltenden Rechtes anbelangt, so ist dieselbe erschöpfend und richtig. Nur bezüglich des Nachlassvertrages ist eine Einwendung zu machen. Das Bundesgericht hat bekanntlich die Berufung in Nachlasssachen ausgeschlossen; mit der Motivierung in jenem Falle (Segesser) kann man sich nicht einverstanden erklären. Das Bundesgericht hat zu sehr auf den Art. 306 B.-G. abgestellt; es glaubte, die Rolle der Nachlassbehörde erschöpfe sich mit der Anwendung dieses Artikels. Die Aufgabe der Nachlassbehörde beschränkt sich nicht darauf, an der Hand des Art. 306 zu erkennen, ob die Bestätigung des Nachlassvertrags angemessen sei; vielmehr hat sie vor allem erst festzustellen, ob überhaupt ein rechtmässiger Nachlassvertrag vorliege. Gerade im Falle Segesser lag die Frage vor, ob überhaupt ein giltiger Nachlassvertrag vorhanden sei. Die Frage der Giltigkeit des Nachlassvertrages sollte auf dem Berufungswege weiter gezogen werden können, nicht dagegen die Frage der Angemessenheit seiner Bestätigung.

Bezüglich des staatsrechtlichen Rekurses ist dessen Ausschluss durch das Bundesgericht nur zu begrüssen; die Mo-

tivierung aber jenes Entscheides ist höchst anfechtbar. Das Bundesgericht ist übrigens nicht konsequent geblieben. So ist im Falle Bareis die Frage des Arrestgrundes geprüft worden, während zweifellos das Bundesgericht hiezu nicht kompetent war. Im Falle Steiner wurde die Rechtsöffnung verweigert, bezw. die Kompetenz in Rechtsöffnungssachen abgelehnt, trotzdem dort eine Verfassungsfrage vorlag und das Bundesgericht in Fragen der Verletzung der Bundesverfassung und von Staatsverträgen auch auf dem Boden des Betreibungsrechtes seine Kompetenz aufgestellt hatte.

Auch darin ist dem Referenten beizustimmen, wenn er die Organisation des Beschwerdeverfahrens mangelhaft und lückenhaft genannt hat. Gerade die wichtigsten Fragen können nicht an eine eidgenössische Behörde weiter gezogen werden. Es macht sich dies vorab fühlbar bei den Konkurserkenntnissen; es ist doch gewiss eigentümlich, dass über die Frage der Unpfändbarkeit beispielsweise eines alten Droschkengauls der Bundesrat angerufen werden kann, während, wenn es sich um die Wegnahme der ganzen bürgerlichen Existenz handelt, eine Bundesinstanz nicht zur Verfügung steht.

Die Rechtsöffnung ist aus einem Mittel, Prozesse zu verhüten, wie sie vom Gesetzgeber gedacht worden ist, mancherorts zu einem Mittel geworden, die Prozesskosten zu verdoppeln; sie wird sehr ungleich gehandhabt, fast am schwierigsten hat sie im Kanton Bern Eingang gefunden und es ist höchst eigentümlich, wie in den verschiedenen Kantonen der Begriff der Schuldanerkennung verschieden aufgefasst wird. Es ist absolut notwendig, in diesen Fragen Klarheit und Einheit zu schaffen.

Auch das Kapitel des Nachlassvertrages ist förmlich gespickt mit einer Reihe von noch ungelösten Fragen, die der Lösung durch eine oberste Instanz harren.

Die Einheit im Beschwerdeverfahren ist also ein Bedürfnis. Diese Einheit soll aber durch alle Instanzen hindurch erzielt werden; die Vollstreckungsbehörden sollen in allen Instanzen so organisiert sein, dass sie alle ins Vollstreckungsverfahren einschlagenden Fragen entscheiden können

und alle im Betreibuugsverfahren auftretenden Fragen, die nicht civilrechtlicher Natur sind, sollen diesen Vollstreckungsbehörden zugewiesen werden. Auch die Rechtsöffnung darf ihnen ruhig überwiesen werden; sogar vor einer Loslösung der Rang-Kollokation vom materiellen Rechte und ihrer Überweisung ins Vollstreckungsrecht sollte man aus praktischen Gründen nicht zurückschrecken.

Welches sollen nun diese Vollstreckungsbehörden sein? Was die erste und zweite Instanz anbelangt, so muss nicht viel geändert werden; immerhin wäre die Schaffung grösserer Kreise wünschenswert, denn das hat die Praxis gezeigt, dass die grössern Ämter besser arbeiten. Wo kleinere Ämter beibehalten werden, könnte die Entscheidung der den Vollstreckungsbehörden neu zuzuweisenden Fragen direkt den untern Aufsichtsbehörden übertragen werden.

Die oberste eidgenössische Instanz bedarf einer Reorganisation. Betreibungsrat und Bundesrat sind ein starker Luxus. Zwei Fälle auf ca. 300, in denen das Gutachten des Betreibungsrates vom Bundesrat nicht angenommen worden ist, sind nicht genügend, um zu legitimieren, dass die oberste politische Behörde, deren Geschäftsüberhäufung zudem bekannt ist, sich mit einer solchen Menge von Rechtsfragen zu beschäftigen habe. Man wird also den Bundesrat als oberste Beschwerdeinstanz über kurz oder lang zu beseitigen haben, namentlich dann, wenn man im Sinne von Referat und Korreferat die Kompetenzen erweitert, und alsdann entweder ein besonderes Betreibungsgericht, oder eine Kammer des Bundesgerichts als oberste Rekursinstanz instituieren.

Der Präsident dankt den Berichterstattern für ihre ausgezeichneten Referate und eröffnet die Diskussion.

M. le professeur *Alfred Martin.* La loi sur la poursuite pour dettes présente une lacune importante en ce qui concerne les contestations que son application peut soulever. Elle a institué des autorités de surveillance et, en dernier ressort, le Conseil fédéral, pour connaître des contestations de l'ordre administratif. Mais il y a aussi des contestations de l'ordre

judiciaire, qui doivent être portées devant les tribunaux. Seulement, le critère entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif est souvent difficile à trouver; c'est là une première difficulté. En voici une autre, provenant de ce qu'avec l'organisation judiciaire actuelle, le Tribunal fédéral ne peut pas connaître de certaines questions très importantes, comme par exemple des questions concernant les mainlevées d'opposition et les déclarations de faillite. Il en résulte que les tribunaux cantonaux interprètent souverainement la loi sous ce rapport, et que son application n'est pas la même dans tous les cantons. Il faut aussi signaler les questions relatives à la procédure sommaire, qui sont des questions importantes et ne peuvent cependant pas être déférées au Tribunal fédéral. Aussi réclame-t-on l'extension de la compétence fédérale. La question est de savoir s'il faut étendre la compétence des autorités administratives, du Conseil fédéral, ou celle des autorités judiciaires. MM. les rapporteurs sont d'accord pour demander l'extension de le compétence des autorités administratives. M. Martin est d'un avis opposé. La différence entre les deux pouvoirs, questions de personnes mises à part, consiste principalement en ceci: le pouvoir administratif appelé à statuer sur un conflit en matière de poursuites est juge et partie dans sa propre cause; le recourant se plaint devant l'administration d'un acte de celle-ci. Le pouvoir judiciaire offre plus de garanties d'impartialité. En outre, devant les autorités judiciaires il y a une procédure; elle est nulle devant les autorités administratives. La procédure n'est point inutile, elle est une garantie pour la recherche de la verité. En supprimant toute procédure, comme cela a lieu devant les autorités administratives, on court un danger qu'il faut éviter en n'augmentant pas leur compétence.

En réalité l'autorité administrative supérieure de recours est le Conseil des poursuites et pas le Conseil fédéral: or le premier n'a pas de responsabilité, c'est le Conseil fédéral qui la supporte toute entière. Cet état de chose n'est pas tolérable.

Lors de la réunion à Bellinzone, M. Ruchonnet faisait entrevoir qu'avec la loi sur les poursuites, il n'y aurait plus

de procès en matière de poursuite. L'expérience a prouvé le contraire. En soumettant les recours au Conseil fédéral on n'a rien gagné non plus sous le rapport de la rapidité. On peut citer des recours qui sont restés des mois sans solution. Ce moyen de recours n'est donc pas plus prompt que devant les Tribunaux.

Avant tout M. Martin demande qu'on n'étende pas la compétence administrative. On pourrait instituer un Conseil général des poursuites comme organe suprême de recours, ou confier cette compétence à une Chambre du Tribunal fédéral.

Prof. Dr. *Albert Zeerleder* in Bern dankt Professor Martin, dass er die erste Bresche in den festen Wall geschossen hat, den Referent und Korreferent in seltener Meinungsübereinstimmung aufgeworfen haben. Der Inhalt der Referate und die Konklusion, die die Referenten gezogen haben, stimmen schlecht zusammen. Man hat das Bedürfnis dafür auseinandergesetzt, dass die unteren Instanzen mit Fachmännern, mit Juristen besetzt werden sollten, und im gleichen Atemzuge befürwortet man eine oberste Instanz, die aus Nichtjuristen besteht. Man tröstet uns damit, der Bundesrat sei es ja nicht, der in Wirklichkeit entscheide, sondern der Betreibungsrat, muss aber natürlich zugeben, dass das ein unrichtiges und auf die Dauer unhaltbares Provisorium ist. Der Juristenverein hat aber doch sicherlich nicht die Aufgabe, an der Beibehaltung von Provisorien aus irgendwelchen Opportunitätsgründen mitzuwirken und dieselbe zu befürworten.

Der Bundesrat ist vermöge seiner ganzen Zusammensetzung durchaus nicht geeignet, diejenige Stellung einzunehmen, die ihm das Bundesgesetz gegeben hat, oder gar nunmehr eine noch wichtigere Rolle zu spielen.

Es ist auch grundsätzlich unrichtig und vielleicht gefährlich, eine politische Behörde mit richterlichen Kompetenzen auszurüsten. Wir haben ja jetzt ruhige politische Zeiten; es können aber auch Zeiten kommen, wo die oberste politische Behörde in die Lage kommen möchte, Dienste erweisen zu wollen, und diese Dienste können eben auch in Betreibungs- und Konkursstreitigkeiten recht wohl erwiesen werden.

Der Jurist wird eben immer wieder zum Grundsatz der Trennung der Gewalten, als dem einzig richtigen konstitutionellen Prinzip zurückkehren.

Man darf sich nicht darauf berufen, in einer Reihe von Kantonen der Urschweiz und Ostschweiz bestehe nun einmal diese Vermischung der Kompetenzen von richterlichen und Administrativbehörden, sie sei geltendes Recht. Deswegen ist es nicht weniger ein veraltetes, mittelalterliches Recht, das den modernen Anschauungen der Rechtswissenschaft weichen soll. Deswegen soll man reinen Tisch machen und den Grundsatz der Ausscheidung der Kompetenzen von Verwaltungsbehörden und richterlichen Behörden auch in Betreibungssachen durchführen.

Wenn ich einen Antrag zu bringen hätte, so würde ich sagen: ändern Sie das Organisationsgesetz ab, indem Sie neben die Haupturteile in civilrechtlichen Sachen auch die nach Bundesrecht zu beurteilenden prozessualen Streitigkeiten, die aus dem Betreibungsrecht hervorgehen, setzen und die Berufung an das Bundesgericht auch für diese zulässig erklären!

M. le professeur *J. Roguin,* ancien juge fédéral. Sous l'empire de la Constitution de 1848, le Conseil fédéral était compétent pour prononcer sur les recours relatifs à la violation des droits individuels garantis par la Constitution, ou concernant des violations de traités et de concordats. Ses décisions pouvaient être portées devant les Conseils législatifs, soit devant l'Assemblée fédérale. Il en résultait des discussions interminables sur les questions nombreuses du droit privé et du droit constitutionnel soulevées par ces recours, pour aboutir souvent à des désaccords et à des conflits. La Constitution de 1874 a modifié cet état de choses et a attribué au Tribunal fédéral la connaissance de ces questions juridiques, enlevant ainsi aux autorités politiques et administratives toute une catégorie de différends, pour les attribuer au pouvoir judiciaire.

L'art. 113 al. 2 de la Constitution formule une seule exception, celle des contestations administratives à déter-

miner par la législation fédérale. L'art. 114 édicte encore que la législation fédérale peut placer d'autres affaires dans la compétence du Tribunal fédéral et lui donner des attributions ayant pour but d'assurer l'application uniforme des lois prévues à l'art. 64 (poursuite pour dettes et faillite, etc.). Cette innovation a été approuvée et reconnue nécessaire pour la protection impartiale du droit constitutionnel et des garanties accordées aux citoyens, non seulement par les dispositions spéciales et expresses de la Constitution, mais aussi par les dispositions des lois fédérales promulguées en exécution des principes généraux posés par la dite Constitution. Il suffit de lire les procès-verbaux des délibérations des Chambres constituantes et le rapport du Dr. Blumer sur le projet de loi d'organisation judiciaire de 1874, pour se convaincre que la compétence judiciaire fédérale était la règle et la compétence administrative l'exception, strictement limitée au contentieux administratif. Depuis quelques années déjà, le législateur fédéral parait disposé à ne pas respecter les principes inscrits dans la Constitution: l'art. 189 de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire, en particulier, porte une atteinte importante à la pratique antérieure. Je crois dangereux et inconstitutionnel de faire rentrer dans la compétence administrative les causes qui soulèvent des questions de droit privé et qui ne peuvent être jugées qu'en faisant application des principes juridiques de la loi ou de la doctrine. Ces causes appartiennent à l'autorité judiciaire en vertu de la constitution même. Celle-ci prévoit d'ailleurs que, pour des besoins nouveaux, créés par des lois nouvelles, le législateur pourra étendre la compétence du Tribunal fédéral (art. 114). L'art. 102 de la Constitution donne au Conseil fédéral la compétence administrative supérieure, mais point du tout un pouvoir judiciaire. Il serait donc inconstitutionnel de donner une compétence judiciaire au Conseil fédéral. Lui donner le pouvoir de juger des questions de faillite, de collocation, de privilège, c'est l'appeler à juger des questions de droit privé et en faire un tribunal, ce qui est inadmissible; il n'aurait d'ailleurs pas le temps

matériel nécessaire pour cette fonction. Que l'on crée, si l'on veut, un organe nouveau, mais que ce soit un membre de la magistrature fédérale supérieure ou une section du Tribunal fédéral.

M. Roguin fait remarquer qu'en vertu de l'art. 59 de la Constitution, c'est le Tribunal fédéral qui est compétent pour juger les questions de domicile; il en est de même en vertu de la loi sur les rapports de droit civil, tandis que d'après la loi sur la poursuite, c'est le Conseil fédéral qui statue sur cette question de domicile en matière de poursuite. Il en résulte une confusion et une bigarrure illogique. Le remède efficace à cette état de choses serait l'exécution loyale et complète de la Constitution.

Prof. *Alex. Reichel* in Bern: Ich gehörte auch zu denjenigen, die in Bellinzona die Kompetenz des Bundesrates als oberste Beschwerdeinstanz bekämpft, die dann aber das sacrifizio del intelletto, das Herr Bundesrat Ruchonnet von den schweiz. Juristen forderte, gebracht haben. Ich habe für das Gesetz gestimmt und habe es nie bedauert, aber ein Stachel ist mir doch zurückgeblieben und das ist die Kompetenz des Bundesrates in Betreibungssachen.

Die Mängel liegen darin, dass man eine Administrativbehörde zur richterlichen Behörde gemacht; denn der Bundesrat ist heute schon wirklicher Civilrichter.

Man hat das geschaffene Rechtsmittel kurzweg Beschwerde genannt; darin stecken aber verschiedene Dinge: so die eigentliche Beschwerde, d. h. die Anrufung der oberstrichterlichen Disziplinargewalt wegen Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung; dann die Kassationsbeschwerde wegen Verletzung eines Rechtssatzes und endlich ein dem Bundesrechte eigentümliches Rechtsmittel, das sich der Appellation nähert, nämlich die Beschwerde wegen einer Verfügung, die den Verhältnissen nicht konform ist.

In allen diesen Dingen, also in eigentlichen Civilprozessangelegenheiten, entscheidet der Bundesrat; denn ob ich eine mir zugesprochene Servitut oder aber Fr. 100 beitreibe, ist

theoretisch genommen dasselbe. Der Richter wäre also die richtige Behörde.

Man hat den Gerichten die Sache aus der Hand genommen, weil man keine Prozesse wollte. Prozess entsteht doch, ob ich ihn vor dem Richter oder vor einer Administrativbehörde verhandle, auch dann, wenn ich meinen Anwalt aus eigener Tasche bezahlen muss, was eine Folge der Kostenlosigkeit ist.

Man hat im Stadium der Beratung viel von der Abkürzung des Verfahrens gesprochen, auch das ist Illusion. Das Verfahren vor Bundesgericht ist viel kürzer und speditiver. Dass dem so ist, liegt nicht an den Personen, sondern am System.

Zwei weitere Mängel präsentiert das gegenwärtige System: der Bundesrat hat nicht die geringste Disziplinarbefugnis; vor allem aber ist durch die Unifikation der Mangel erwachsen, den der Referent als die Zweispurigkeit des Verfahrens bezeichnet hat; d. h. den Gerichten ist ein Teil des Civilprozesses aus den Händen genommen worden, ein anderer Teil ist ihnen geblieben. Hieraus müssen notwendiger Weise Reibungen entstehen.

Eine Änderung kann nur in dem Sinne geschehen, dass man dem Kaiser giebt, was des Kaisers ist, dass man den Gerichten giebt, was den Gerichten zugehört, dann kommt der Kirchturm wieder ins Dorf, der jetzt bedenklich ausser demselben steht. Das hätte sich in einfachster Weise bei der Revision des Organisationsgesetzes machen lassen, nach den Vorschlägen, die schon B.-R. Hafner gemacht hat. Man scheute sich indessen, den Schritt zurückzuthun, den man gethan hatte, als man das Bundesgericht geradezu ausschloss. Ich halte es auch jetzt noch nicht für übermässig schwierig, durch ein Nachtragsgesetz das nachzuholen.

Man hat einen Verwaltungsgerichtshof vorgeschlagen. Wo sind denn die Verwaltungssachen, die im Betreibungsverfahren entschieden werden sollen?

Ich bin kein Gegner des Verwaltungsgerichtshofes. Ich glaube im Gegenteil, dass man ihm mannigfache administra-

tivrechtliche Fragen zuweisen kann, die heute dem Bundesgerichte zugeschieden wurden, so z. B. die Eisenbahnstreitigkeiten, insbesondere aus dem Gesetze über das Rechnungswesen der Eisenbahnen, nach Einführung der allgemeinen Unfallversicherung auch die Haftpflichtfragen. Nur scheide man sauber aus, was Verwaltung und was Justiz ist.

Und wenn einmal von Zukunftsmusik die Rede ist, so darf gesagt werden, dass die allereinfachste Lösung die Schaffung eines einheitlichen Civilprozesses wäre. Es ist dies nicht allzuschwierig, denn was wir etwa für nationales Gewächs halten in den einzelnen kantonalen Prozessgesetzen, ist ja im Grunde meist nur Überbleibsel aus der Rumpelkammer des gemeinen deutschen Civilprozesses.

Ständerat Dr. *Schoch*. Die Thesen von Prof. Salis stehen auf dem Boden des geltenden Rechts; vom Standpunkte aus, dass bei der jetzigen Organisation des Beschwerderechtes eine Zuweisung der neuen Kompetenzen an das Bundesgericht nicht praktisch erscheint, hat Referent den Bundesrat als oberste Beschwerdeinstanz auf den im Referate besprochenen neuen Gebieten instituieren wollen; er hat es aber durchaus nicht abgelehnt, eine Änderung des Beschwerderechts zu befürworten.

Der jetzige Zustand ist unrichtig; es ist eine Fiktion, dass der Bundesrat die gesetzlichen Kompetenzen wirklich ausübe; er eignet sich auch vermöge seiner Zusammensetzung nicht für die Lösung der Aufgaben, die man ihm überbunden. Auch bezüglich Raschheit lässt das bestehende Verfahren viel zu wünschen übrig; es liegt dies in der Organisation.

Die Kompetenzen der obersten Beschwerdeinstanz sollten dem Bundesgerichte überwiesen werden.

Wegen dieses einen Punktes soll indessen eine Revision des Gesetzes nicht insceniert werden, sondern man soll diesen Punkt verbinden mit einer Totalrevision. Dieselbe muss und wird kommen; das Gesetz ist viel zu komplizierter Natur und im Grossen und Ganzen entschieden revisionsbedürftig. Bei Anlass dieser Totalrevision mag dann eine Neugestaltung des Beschwerderechts im Sinne der Überweisung der dies-

fallsigen Entscheidungsbefugnis ans Bundesgericht Platz greifen.

Ich proponiere zu den vom Referenten aufgestellten Thesen folgende weitere Thesen:

4. „Die vorstehend erwähnte Neugestaltung des Be„schwerderechts in Betreibungs- und Konkurssachen ist „wünschenswert und zwar im Sinne der Übertragung der „diesfälligen Funktionen an eine andere Instanz, als der „Bundesrat.

5. „Die hiefür erforderliche Revision des Bundesge„setzes über Schuldbetreibung und Konkurs soll in Ver„bindung mit einer Revision dieses Gesetzes überhaupt, „soweit sich eine solche als wünschenswert herausstellt, „Platz greifen."

Dr. *Brüstlein* betont, dass Referent und Korreferent keineswegs der Beibehaltung des Bundesrates als Oberaufsichtsbehörde das Wort gesprochen haben. Diese Frage tritt aber für uns in den Hintergrund. Für uns ist die Hauptsache, die Einheit des Vollstreckungsverfahrens zu markieren. Das Vollstreckungsrecht ist ein Recht für sich, die Vollstreckungsbehörden sind Behörden für sich. Hält man dies fest, so ist es dann ein Wortstreit, ob sie administrative oder richterliche Behörden seien.

Heute erscheint es zweckmässig, denjenigen Behörden, die jetzt schon Fragen des Privatrechts entscheiden, noch mehr solcher Fragen zuzuweisen; sie sollen alle Vollstreckungsfragen entscheiden, denn alle diese Fragen sind connex.

Das Vollstreckungsrecht ist nicht bloss ein Annex des Civilprozesses und ebensowenig ist richtig, dass die Beschwerde auch ein „Prozess" sei. Sie ist es auch in praxi nicht; das ganze Verfahren ist so eingerichtet, dass man eines Anwaltes nicht bedarf; zahlreiche Rekurse werden von den Parteien selbst geschrieben. Dass manche Beschwerden zu ihrer Erledigung viel Zeit erfordert haben, ist zuzugeben; aber man vergesse nicht, dass eben sehr häufig Grundfragen zu erledigen waren, bei deren erstmaliger Entscheidung es

sich empfahl, mit aller Vorsicht und Überlegung vorzugehen.

Dass der Bundesrat nicht die richtige Behörde für den Entscheid der Beschwerden ist, muss unbedingt zugestanden werden; das ist übrigens ad oculos demonstriert durch die Institution des Betreibungsrates.

Ich kann mich den ergänzenden Thesen von Dr. Schoch anschliessen, sowohl betreffend Abschaffung des Bundesrates als Beschwerdeinstanz, als punkto Totalrevision des Bundesgesetzes.

Das Gesetz sollte früher revidiert werden, als es gewöhnlich bei Gesetzen zu geschehen pflegt. Nachdem einmal die Einheit erreicht ist, dürfte es verhältnismässig leicht sein, ein gut spielendes Gesetz zu schaffen; eine Einigung kann heute, nachdem wir in der ganzen Schweiz mit den gleichen Bestimmungen operieren, und somit in der Lage sind, uns bei der Diskussion gegenseitig zu verstehen, leicht erzielt werden.

Eidg. Justizsekretär Dr. *Leo Weber* schliesst sich den Ausführungen von Dr. Brüstlein an. Das Hauptbedürfnis ist, in die Organisation der Beschwerdebehörden eine Einheit zu bringen. Bei der Schaffung des Gesetzes war es unmöglich, diese Einheit zu erreichen; die Vielgestaltigkeit der schweizerischen Einrichtungen verhinderte eine einheitliche Organisation der Betreibungsbehörden; man musste im Interesse des Zustandekommens des Gesetzes auf eine solche verzichten. Es ist ja nichts leichter als theoretisch richtige Gesetzgebungspostulate aufzustellen, wie z. B.: In erster Linie soll eine einheitliche eidgenössische Gerichtsorganisation, dann eine einheitliche Civilprozessordnung und erst hierauf einheitliches materielles Recht geschaffen werden. In der That ist der Nutzen, den das letztere dem Lande bringen kann, ein sehr fraglicher und jedenfalls ein sehr beschränkter, wenn die ausführenden Organe mangelhaft sind, wenn das Gesetz von den Organen, die es anwenden sollen, nicht richtig gehandhabt wird. Allein in unserer Schweiz würde man auf diesem theoretisch richtigen Wege nimmermehr zu einer Rechtseinheit gelangt sein.

Dagegen hätte man schon 1889 eine andere oberste Beschwerdeinstanz für das Betreibungs- und Konkurswesen einsetzen können und sollen; als solche hätte sich das Bundesgericht weit besser geeignet als der Bundesrat. Nur muss man sich nicht verhehlen, dass eine Kammer oder Kommission des Bundesgerichts, welcher man die Kompetenzen der obersten Beschwerdeinstanz gegeben hätte, durch diese Geschäfte vollständig absorbiert worden wäre.

Ich möchte also eine andere Behörde; auf den Namen aber kommt mir nichts an; ich möchte eine einheitliche Organisation und die Ausführung durch hiezu qualifizierte Männer. Ob aber das Betreibungswesen gerichtlicher oder administrativer Natur, ist Meinungssache; die Controverse hat in meinen Augen wenig Bedeutung; es kommt nur darauf an, die Sache gut auszuführen und hiefür die richtigen Männer zu finden.

Gegenüber Herrn Roguin bemerke ich, dass seine Behauptung unzutreffend ist, man habe durch das neue Organisationsgesetz über die Bundesrechtspflege dem Bundesgericht genommen, was man ihm durch die Verfassung von 1874 gegeben. Die Kompetenzen des Bundesgerichts sind durch das neue Organisationsgesetz nicht beschnitten worden. Wo kein verfassungsmässiges, individuelles Recht in Frage steht, da war und ist seit 1874 gemäss Art. 102 Ziff. 2 und Art. 113 der Bundesverfassung der Bundesrat die kompetente Behörde.

Zu dem Antrage von Dr. Schoch kann ich meine Zustimmung geben; die Revisionsbedürftigkeit der Organisation des Beschwerdewesens ist vorhanden; dieser Revisionspunkt mag verbunden werden mit einer früher oder später kommenden Revision des Bundesgesetzes, welche uns die Einheit in der Organisation der Behörden bringen soll.

Bundesrichter Dr. *Morel.* Es ist unbestreitbar, dass die gegenwärtige Gesetzgebung in Betreibungssachen unvollständig ist. Es sind ganz grosse Gebiete vorhanden, in denen es zur Einhaltung der Rechtseinheit durchaus erforderlich ist, dass man an eine oberste eidgenössische Beschwerdeinstanz

gelangen kann. Der Juristenverein hat sich in Bellinzona für den Bundesrat als oberste Instanz entschieden, weil man ihm zusicherte, das Verfahren werde rascher und weniger kostspielig. Ersteres hat sich nicht erfüllt und beides sind indessen doch Momente sekundärer Natur. Die Hauptsache ist: welche Lösung ist rationeller.

Bei der Beantwortung dieser Frage kann ich mich nicht für das Bundesgericht aussprechen. Lasse man das Bundesgericht seine ganze Kraft für das Feld der rechtlichen Entscheidungen reservieren und überbinde man ihm nicht noch administrative Fragen. Nur dann wird das Bundesgericht seiner Aufgabe gerecht werden, nur dann kann es für den Einzelnen möglich sein, sich auf der Höhe der Wissenschaft und der wissenschaftlichen Fortschritte zu halten.

Es ist erfreulich, dass auch nach Ansicht der Referenten der staatsrechtliche Rekurs an das Bundesgericht in Betreibungssachen ausgeschlossen ist, denn unser oberster Gerichtshof soll sich auf die Beurteilung von Beschwerden wegen Verletzung individueller Rechte der Bürger beschränken.

Wenn die oberste Beschwerdeinstanz nicht das Bundesgericht sein soll, wer soll es dann sein? Es soll immerhin eine aus Juristen bestehende Gerichtsbehörde sein, mit Rücksicht auf die zu lösenden administrativen Rechtsfragen. Schon 1877 habe ich schüchtern angedeutet, wie notwendig ein Verwaltungsgerichtshof wäre. Das wäre die richtige Instanz. Es wäre zu schaffen eine ständige Behörde mit gerichtlichen Funktionen und dieser könnten dann auch eine Reihe anderer Funktionen zugewiesen werden, so z. B. die Prüfung der Bilanzen der Eisenbahngesellschaften im Rechnungswesen der Eisenbahnen, welche derzeit unrichtig dem Bundesgericht übertragen sind; ferner die Entscheidung im Fabrikwesen, ob ein Etablissement eine Fabrik sei etc.; in Civilstandssachen die Entscheide über die Führung der Civilstandsregister u. s. w., u. s. w.

Ich möchte also die Institution eines neben dem Bundesgerichte bestehenden richtigen Verwaltungsgerichtshofes mit richterlichen Funktionen befürworten.

Der Referent Prof. *v. Salis* unterstützt die letztgenannte Anregung von Bundesrichter Morel und erklärt sich auch mit den Thesen von Dr. Schoch einverstanden. Das Problem der Gewaltentrennung ist noch keineswegs gelöst und die Frage, was Gerichts- und was Verwaltungssache, ist eine flüssige. Es ist durchaus keine abgemachte Sache, dass Betreibungsfragen Gerichtsfragen sind.

Gehen wir davon aus, dass das Rekursverfahren heute unvollständig und daher zu vervollständigen, zu vereinheitlichen ist. Wem dann jene Kompetenzen zugemutet werden dürfen, ist eine Frage sekundärer Natur.

Reg.-Rat Dr. *P. Speiser*. Der Grund, warum im Rechtsöffnungsverfahren, beim Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung, beim Nachlassvertrag etc. keine oberste bundesrechtliche Instanz eingesetzt worden ist, war der, dass man glaubte, man brauche keine solche oberste Instanz; man wollte in Betreibungssachen nicht so viele Instanzen. Man lehnte darum einen in der Expertenkommission für das Bundesrechtspflegegesetz gestellten Antrag ab, welcher die Kompetenz der Bundesbehörden auch für die genannten Sachen begründen wollte. Dieser Standpunkt scheint nun heute nicht mehr für richtig angesehen zu werden.

Bei der Beratung des Organisationsgesetzes im Schosse des Nationalrats wollte man eine so wichtige Sache nicht so rasch abmachen; man nahm desshalb eine bezügliche Vorschrift nicht auf und hat die bezügliche Anregung von Nat.-Rat Fehr als Motion erklärt.

Bei Aufstellung neuer Kompetenzen sollte die Vereinigung in einer Hand angestrebt werden.

Der Ruf nach einer allgemeinen Revision des Betreibungsgesetzes gefällt mir nicht. Welchen Eindruck muss es im Volke machen, wenn heute, kaum ist das Gesetz in praktischer Anwendung, schon nach Abänderung desselben gerufen wird? Eine solche heute zu postulieren, erscheint nicht zweckmässig, das Gesetz ist noch viel zu wenig lang in Kraft; auch haben wir ja heute nur einen einzigen Punkt, der revisionsbedürftig scheint, besprochen.

Die letzte Bemerkung Prof. Speiser's veranlasst Dr. *Brüstlein* und Dr. *Schoch*, den Antrag des Letztern dahin zu erläutern, die Frage der Revision bezüglich der Organisation der obersten eidg. Betreibungsbehörde sei nicht dringender, als andere einer Abänderung bedürfende Bestimmungen; damit sei nicht gesagt, ob die Revision des ganzen Gesetzes als dringend erachtet werden müsse; über den Zeitpunkt der Revision wolle man sich daher nicht aussprechen.

Damit wurde die Diskussion geschlossen. Ein Antrag, über die Thesen des Referenten abzustimmen, wird nicht gestellt. Dr. *Schoch* erklärt auf Anfrage des Präsidenten, dass sein Antrag nur ein Eventualantrag zu den Thesen des Referenten sein solle. Es wird daher auch über diesen Antrag nicht abgestimmt.

Auf Vorschlag des Präsidenten wird an Herrn Bundesrat *Ruchonnet*, der aus Gesundheitsrücksichten an der diesjährigen Versammlung des Juristenvereins nicht Teil nehmen kann, ein Begrüssungstelegramm abgesandt, ebenso ein Sympathietelegramm an die in Lausanne tagende schweizerische naturforschende Gesellschaft.

Verhandlungen vom 5. September 1892.

I.

Prof. Dr. *Gottofrey* in Freiburg referiert Namens der Rechnungsrevisoren über die Jahresrechnung 1892/93. Dieselbe zeigt folgenden Abschluss:

Recettes.

Contributions des membres de la société et finances d'entrée	fr.	3630. —
Subvention de la Confédération pour la publication de l'ouvrage de M. Huber . . .	„	3000. —
Intérêts des capitaux placés en dépôt et du compte-courant	„	240. 15
Total	fr.	6870. 15

Dépenses.

Frais généraux	fr.	508. 57
Frais de la Banque cantonale	„	8. 53
Subvention à la Fondation Holtzendorff . .	„	400. —
Prix décernés aux lauréats des concours . .	„	600. —
Subvention au 4me volume de M. Huber . .	„	3585. 85
Frais d'impression	„	877. 55
Note de la librairie Georg	„	63. 75
	fr.	6044. 25
Excédent des recettes sur les dépenses	„	825. 90
Chiffre égal aux recettes	fr.	6870. 15

Bilan au 30 juin 1893.

Au 1er septembre 1892 la fortune de la Société était de	fr.	14120. 60
L'exercice de 1892/93 laisse un excédent de recettes de	„	825. 90
Au 30 juin 1893 la fortune de la Société est de	fr.	14946. 50
Cette fortune est representée comme suit:		
3 bons de dépôt à la Banque cantonale vaudoise	fr.	7500. —
Solde actif du compte-courant à la même banque	„	7321. 50
Solde redu par le caissier	„	125. —
Total	fr.	14946. 50

Die Rechnungsrevisoren beantragen Genehmigung der Rechnung, unter bester Verdankung der Verwaltung des Rechnungsstellers, Hrn. Bundesrichter Ch. Soldan, was einmütig zum Beschluss erhoben wird.

II.

Das Präsidium bringt hierauf den zweiten Verhandlungsgegenstand der Jahresversammlung

Die Einrede des Spieles bei Differenzgeschäften

zur Verhandlung und erteilt zuerst dem Referenten das Wort zur Ergänzung des schriftlichen Berichts.

M. le professeur Dr. *Virgile Rossel*, de Berne, rapporteur, constate le désaccord complet qui existe entre lui et le co-rapporteur; en ce qui le concerne, il n'a pu traiter la question de l'exception de jeu qu'en juriste et non en homme d'affaires; or il conviendrait d'être l'un et l'autre, pour pouvoir discuter le sujet sous toutes ses faces.

En admettant l'exception de jeu, le législateur fédéral a suivi le sentiment public qui s'est prononcé d'une manière très catégorique contre les jeux de bourse. Ceci résulte clairement déjà du fait que, sauf à Genève, cette exception était implicitement ou explicitement adoptée par les lois cantonales en vigueur jusqu'au 1er janvier 1883. Il ne faudrait pas chercher à modifier l'art. 512 al. 2 du C. O., le peuple n'étant point disposé à favoriser les spéculations de jeu; toute tentative faite dans ce sens échouerait certainement.

On n'est pas d'accord sur l'interprétation à donner à l'art. 512 al. 2; celle du Tribunal fédéral est exacte. Il interprète cet article en ce sens que les opérations visées par cette disposition légale sont les marchés différentiels purs, c'est à dire ceux qui sont exclusifs de la délivrance des valeurs ou des marchandises et se résolvent par un simple paiement de différences. Le désaccord qui existe entre les deux rapporteurs réside principalement dans la définition du „marché différentiel.“ Le Tribunal fédéral entend par là les opérations dans lesquelles les parties ont exclu expressément ou tacitement toute idée de livraison de titres et ont entendu spéculer uniquement sur la différence du cours. Cette interprétation, que le haut Tribunal a maintenue dans toute sa jurisprudence, correspond bien au texte et au vœu de la loi.

Dans les marchés différentiels proprement dits il n'y a rien qui ressemble à un marché, il n'y a aucune opération, il n'y a qu'un pari sur des valeurs ou des marchandises; aussi le 1er alinéa de l'art. 512 exclut-il déjà toute sanction légale pour ce genre d'opérations. Le 2e alinéa de cet article ne fait, ainsi que le constate l'exposé écrit du rapporteur, qu'ajouter une équivoque fâcheuse, sans donner plus de force à cet article.

Les marchés différentiels sont souvent conclus de manière à échapper à l'exception de jeu. Les parties ont beaucoup de moyens pour éluder les dispositions de la loi et déguiser leur intention. Aussi, pour éviter ces subterfuges, faudrait-il laisser une grande latitude au juge, afin qu'il puisse rechercher librement quelle a été l'intention des parties sans être lié par les dispositions restrictives de la procédure en matière de preuve. Il conviendrait dès lors, comme l'indiquent les conclusions du rapport, de compléter l'art. 512 par l'adjonction d'une prescription semblable à celle de l'art. 202 C. O.: „Le juge prononce librement en tenant compte des circonstances."

L'exception de jeu parait favoriser les joueurs malhonnêtes, aussi dit-on qu'elle est immorale, mais il faut penser que le législateur a voulu surtout protéger les joueurs naïfs, les profanes de l'agiotage, et non les spéculateurs de profession. D'ailleurs, ni le législateur, ni les tribunaux, n'ont à intervenir en faveur des marchés différentiels, de ces spéculations économiquement improductives et socialement dangereuses que notre code a réprouvées; ils n'ont surtout pas à les proteger.

Mr. Rossel renvoie, pour le surplus, aux considérations développées dans son rapport écrit.

Der Korreferent, Dr. *Richard Temme*, Advokat in Basel, hatte den Mitgliedern folgende Thesen gedruckt zustellen lassen:

1. Die sog. reinen Differenzgeschäfte im Sinne der Begriffsbestimmung des Bundesgerichtes, laut welcher das Kriterium des reinen Differenzgeschäftes darin liegt, 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 ist, so dass bloss die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet, — kommen in Wirklichkeit nicht vor.

Die Umstände, aus welchen auf ein sog. reines Differenzgeschäft in obigem Sinne geschlossen zu werden pflegt, berechtigen nicht zu der Annahme eines, Recht und Pflicht wirk-

licher Lieferung und Abnahme ausschliessenden Vertragswillens der Parteien.

2. Die Einrede des Spieles ist nicht geeignet, den Auswüchsen des Börsenverkehres zu begegnen, und verdient keinen Schutz.

Zur Begründung dieser Thesen erstattet Herr Dr. *Temme* das folgende

Korreferat.

1.

Bis zum Jahre 1892 hatte sich das Bundesgericht nur in vereinzelten Fällen mit der Einrede des Spieles bei Differenzgeschäften zu befassen. Der Börsenkrach in der zweiten Hälfte des Jahres 1891 förderte dagegen eine Reihe von Fällen zu Tage, in welchen unglückliche Spekulanten sich ihrer Verpflichtungen mittelst dieser Einrede zu entledigen suchten, und es ist daher seither auch das Bundesgericht öfter in die Lage gekommen, sich über die letztere zu äussern.

Von sechs mir bekannten Entscheidungen unseres höchsten Gerichtshofes aus dem Jahre 1892 sowie aus dem Anfang des laufenden Jahres in Prozessen, welche ihren Ursprung in der finanziellen Krisis von 1891 hatten, betreffen fünf solche Rekurse, die aus dem Kanton Baselstadt vor den Gerichtshof gezogen worden waren.

Hiebei trat eine merkliche Divergenz zu Tage zwischen der Auslegung, welche das baselstädtische Appellationsgericht dem Art. 512 des Obligationenrechts gab, und der Auffassung dieser Gesetzesbestimmung durch das Bundesgericht. Das Appellationsgericht glaubte, wie es sich in seinem Berichte über die Justizverwaltung vom Jahre 1892 ausspricht, den Intentionen des Gesetzes dadurch gerecht zu werden, „dass es solchen Geschäften, bei denen die wirkliche Lieferung und Abnahme der gekauften und verkauften Papiere nicht beabsichtigt gewesen, als ausserhalb des Rechtsgebietes stehend die Anerkennung als Rechtsgeschäfte versagte und sie ..... abwies.“ Das Bundesgericht dagegen hielt an der schon in früheren Urteilen von ihm ausgesprochenen Auffassung fest,

es genüge zur Annahme des Spieles nicht, dass die wirkliche Lieferung der gekauften und verkauften Papiere nicht beabsichtigt gewesen sei, es sei vielmehr erforderlich, dass nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waren oder Börsenpapiere ausgeschlossen sein müsse, so dass bloss die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bilde.

Diese Verschiedenheit der Auffassung führte in einigen Fällen zur Aufhebung des appellationsgerichtlichen Urteiles, welches Spiel angenommen hatte. Das Bundesgericht beriet sich hiebei für seine Interpretation des Art. 512 O. R. auf die Praxis des deutschen Reichsgerichtes, was das Appellationsgericht in seinem oben erwähnten Berichte zu der Bemerkung veranlasste, dass das deutsche Reichsgericht in der Annahme stillschweigender, auf Ausschluss von Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme gerichteter Willenseinigung viel weiter gehe als das Bundesgericht.

2.

Da in der That die Rechtssprechung des Bundesgerichtes von der oberstrichterlichen deutschen Judikatur ausgegangen ist, so wird es angezeigt sein, zunächst einen kurzen Blick auf die letztere zu werfen.

Eine eingehende Darstellung derselben findet sich in der Schrift von Wiener, einem der Senatspräsidenten des Reichsgerichtes, „Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtssprechung“ Berlin 1893. Mehrfache kürzere Besprechungen und Mitteilungen aus der Praxis des Reichsgerichtes enthält die „Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen“ von Holdheim Bd. 1 n. 16 u. n. 52, Bd. 2 n. 2 u. 4, n. 12 u. 15.

Bei dem Mangel einer reichsgesetzlichen Vorschrift richtet sich in Deutschland die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte nach den Landesrechten. Von diesen enthält das sächsische bürgerliche Gesetzbuch die ausdrückliche Bestimmung, dass die reinen Differenzgeschäfte nach den Vorschriften über Spiel und Wette zu beurteilen, also klaglos seien (Art. 1482). Für

die Geltungsgebiete des gemeinen, des preussischen und des französischen Rechtes, welche keine ausdrücklichen Bestimmungen über diese Frage enthalten, steht das Gleiche durch oberstrichterliche Judikatur fest.

Der Begriff des reinen Differenzgeschäftes wurde dabei schon vom Reichsoberhandelsgerichte genau dahin präzisiert, dass zur Annahme eines solchen die Absicht der Parteien, das Geschäft durch Zahlung einer Preisdifferenz abzuwickeln, nicht genüge, sondern dass vertragsmässig Recht und Pflicht zur Lieferung ausgeschlossen sein müsse.

Vergl. Urteil des R. O. H. G. vom 4. Juni 1872 i. S. Hesterberg ca. Schönfeld Bd. 6 der Entscheidungen dieses Gerichtshofes S. 224: „Zwar büsst ein auf Lieferung von Waren gerichtetes Geschäft dadurch nicht seinen reellen Charakter ein, dass einer oder beide Kontrahenten beim Abschluss des Geschäftes sich von der Absicht leiten lassen, dass am Stichtage Lieferung nicht erfolgen, sondern nur Preisdifferenz werde berechnet und gewährt werden. Denn so lange diese Absicht unausgesprochenes Motiv bleibt, ist sie schon deshalb irrelevant, weil dessenungeachtet keiner der Kontrahenten gehindert wird, am Stichtage auf effektiver Lieferung zu bestehen. In diesem Sinne kann dem Appellationsrichter beigepflichtet werden, dass bei den meisten im Börsenverkehr geschlossenen Zeitgeschäften vorausgesetzt wird, es werde zur effektiven Erfüllung nicht kommen, sondern der Mitkontrahent mit der Abwicklung des Geschäftes durch Gewährung der Preisdifferenz einverstanden sein. Wesentlich anders gestaltet sich aber die Sache, wenn jene Absicht der Kontrahenten bei dem Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht, also verabredet ist, dass die bedungenen Papiere nicht geliefert, sondern nur die Differenz vergütet werden solle. Es liegt, obgleich die Kontrahenten das Geschäft in die Form eines Lieferungskaufes eingekleidet haben, in Wahrheit nicht ein Kauf, sondern ein sog. reines Differenzgeschäft vor, das sich eben durch eine Verabredung der gedachten Art qualifiziert. Dieses Geschäft, dessen Gegenstand die Preisdifferenz zwischen dem Tage des Vertragsab-

schlusses und einem bestimmten späteren Termine bildet, gehört zu den Glücksverträgen; keineswegs ist es nach den für Lieferungsgeschäfte im Art. 357 H. G. B. aufgestellten Grundsätzen zu beurteilen."

Ferner Urteil des R. O. H. G. vom 21. November 1874 i. S. Roos ca. Honig Bd. 15 S. 279.

An dieser Umgrenzung des Begriffes der reinen Differenzgeschäfte hielt auch das Reichsgericht fest.

Dabei wurde prinzipiell nicht in Abrede gestellt, dass der vertragsmässige Ausschluss von Recht und Pflicht effektiver Lieferung nicht nur ausdrücklich verabredet, sondern auch stillschweigend vereinbart sein und daher aus den Umständen gefolgert werden könne. Allein es wurde hiebei in Betracht gezogen, dass die Differenzgeschäfte äusserlich sich als Kaufgeschäfte darstellen, und dass ein hievon abweichender Vertragswille so lang nicht angenommen werden dürfe, als die Umstände des Falles auch eine Deutung dahin zulassen, dass die Parteien nur die Absicht hatten, das Geschäft durch Zahlung einer Differenz abzuwickeln, ohne aber deshalb Recht und Pflicht wirklicher Lieferung vertragsmässig ausschliessen zu wollen.

Insbesondere wurde das Missverhältnis zwischen der ökonomischen Lage des einen Kontrahenten und dem Umfange der von ihm eingegangenen Geschäfte, auch wenn dasselbe dem anderen Kontrahenten bekannt war, nicht als genügend erachtet zur Annahme eines reinen Differenzgeschäftes. Ebensowenig Aeusserungen des einen Teiles, in denen mehr oder weniger ausdrücklich gesagt wurde, dass er nur auf die Differenz spekulieren wolle.

Vgl. die in der oben citierten Schrift von Wiener S. 21—27 wiedergegebenen Urteile des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes, von denen hier folgende angeführt werden mögen:

In einem Urteile vom 6. Juni 1888 führt das Reichsgericht aus, dass wenn auch die Erklärung des die effektive Erfüllung ausschliessenden Vertragswillens durch konkludente Handlungen erfolgen könne, doch in den allein von dem Be-

klagten behaupteten Thatsachen, dass er seine Zahlungen eingestellt hatte, dass ihm nach aussergerichtlichem Vergleiche kein Vermögen verblieben, er nicht die Mittel zur Bestreitung des Notwendigsten gehabt habe, aber vom Kläger zum Börsenspiel veranlasst worden sei und unter anderen Zeitkäufen einen solchen über 15000 Wispel Roggen geschlossen habe, der Ausdruck solchen Vertragswillens nicht zu finden sei, zumal nach der Rechnung zwei erhebliche Geschäfte durch Abnahme erfüllt seien.

In dem Urteile vom 17. Oktober 1891 wurde vom Berufungsgerichte erwogen, dass die thatsächliche Abwicklung sämtlicher Geschäfte durch Differenzziehung, die Kenntnis des Bankiers von der schlechten Vermögenslage des Kunden gegenüber dem bedeutenden Umfange der Geschäfte nur zu der Annahme führen könnte, dass der Kunde nicht die Absicht gehabt habe, auf effektiver Lieferung zu bestehen, und dass auch der Bankier die Überzeugung gehabt haben möge, es werde zu effektiver Lieferung nicht kommen, ohne dass doch eine Einigung der Parteien, wonach sie ausgeschlossen sein solle, damit erwiesen werde. Hierin wurde vom Reichsgericht kein Rechtsirrtum gefunden.

In einem dritten Falle vom 20. Januar 1892 hatte der Kunde (als Kaufmann bezeichnet) behauptet, er sei von dem Agenten des Händlers aufgefordert worden, in Roggen zu spekulieren, er solle mit der ganzen Sache dabei nichts zu thun haben, bekomme die Ware nicht zu sehen, habe nichts zu liefern, nur die Differenz zu zahlen, worauf er erwiedert habe: „ob ich da oder dort spiele, ist mir gleichgiltig.“ Es wird vom Reichsgerichte ausgeführt, „danach sei nur behauptet, dass der Kunde über die wirtschaftliche Folge des Geschäftes und über die Art der Abwicklung solcher Geschäfte an der Börse aufgeklärt worden und seine Absicht, zu spielen, kundgegeben habe, dagegen nicht, dass auch der Agent dieselbe Absicht kundgegeben habe.“

Die vorstehend geschilderte Praxis ist indessen nicht immer festgehalten worden. Schon in einzelnen früheren Fällen, vgl. z. B. die in Bolze, Praxis des Reichsgerichtes

Bd. 8 Nr. 503 mitgeteilte Entscheidung, und dann besonders im Laufe des Jahres 1892, wohl unter dem Eindrucke der Folgen, welche die Börsenkrisis des vorhergegangenen Jahres 1891 auch in Deutschland nach sich gezogen hatte, und der Angriffe, welche sich von verschiedenen Seiten gegen Börsen und Börsenkreise erhoben, ist die Rechtssprechung des Reichsgerichtes schwankend geworden, und es sind Entscheidungen ergangen, deren Ergebnisse mit früheren Urteilen manchmal in ziemlichem Gegensatze stehen. Ob hiebei auch Meinungsverschiedenheiten zwischen den einzelnen erkennenden Senaten des Reichsgerichtes mitspielen, wie von gewisser Seite behauptet wird,

Köppel in Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen von Holdheim, Bd. 1 Nr. 16, S. 157 Bd. 2 Nr. 2 S. 21 ff.,

ist für Fernerstehende schwer zu beurteilen. Jedenfalls sind in einzelnen Prozessen die thatsächlichen Verhältnisse so wenig verschieden, dass es auffällig ist, wie dennoch entgegengesetzte Entscheidungen auf denselben aufgebaut werden können.

Vgl. z. B. Wochenschrift für Aktienrecht Bd. 2 Nr. 2 S. 21 ff., ferner die bei Wiener a. a. O. S. 26 mitgeteilten Urteile mit demjenigen auf S. 27, zumal da anderseits ausgesprochen wird, dass die Frage, „ob die übereinstimmende Willensäusserung der Kontrahenten, nur zu spielen, sich auch ohne ausdrückliche Abrede aus dem Zusammenhange der Umstände ergiebt, keine reine Thatfrage sei, sondern immer in untrennbarem Zusammenhange mit dem Rechtsbegriffe des Differenzgeschäftes und der stillschweigenden Willenserklärung stehe.“

Wochenschrift für Aktienrecht Bd. 1 Nr. 16 S. 157, dass also die diesfallsigen Feststellungen des Unterrichters für das Reichsgericht nicht als massgebend erachtet werden.

Besonders wird in der neueren Rechtssprechung der ökonomischen Lage des einen Kontrahenten, nämlich des Kunden, der durch den Banquier oder bei demselben spekuliert, ein entscheidendes Gewicht beigelegt. Nicht nur die Vermögenslosigkeit des Kunden, sondern auch das Missver-

hältnis zwischen seinen Mitteln und der Höhe der von ihm eingegangenen Engagements soll zur Annahme des auf Ausschluss von Recht und Pflicht zur Lieferung gerichteten Vertragswillens beider Kontrahenten berechtigen, und zwar nicht bloss dann, wenn diese ökonomische Insuffizienz des Kunden dem Banquier bekannt war, sondern auch, wenn sie ihm bei einiger Nachforschung bekannt werden musste, oder wenn er es unterlassen hat, sich Gewissheit über die Leistungsfähigkeit des Kunden zu verschaffen.

Urteil vom 12. Oktober 1892, Wochenschrift f. Aktienrecht, Bd. 1 Nr. 52, auch bei Wiener a. a. O. S. 29: „Eine stillschweigende Willenseinigung ist aus den die Handlungen der Beteiligten begleitenden Umständen zu schliessen und dann anzunehmen, wenn entweder in Rücksicht auf diese Umstände die Handlungen und Erklärungen eine andere Deutung (logisch) nicht zulassen, oder nach der Lebenserfahrung diese Deutung als die regelmässige erscheinen muss, oder, wie das preuss. allg. Landrecht I, 4 Art. 58 sich ausdrückt, aus den Handlungen die Absicht des Handelnden mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann. Schon die erste dieser Voraussetzungen trifft zu, wenn nach den Umständen der eine Teil den Willen, effektiv zu erfüllen, gar nicht gehabt haben konnte und der Andere von der Unmöglichkeit der Abnahme oder Lieferung auf Seiten des ersteren überzeugt sein musste.

Würde es feststehen, dass der Umfang der Börsengeschäfte über die Vermögensverhältnisse und den Kredit des Beklagten weit hinaus gegangen und dem Kläger dies bekannt gewesen ist oder bei einiger Nachforschung bekannt werden musste, so konnte mit voller Zuverlässigkeit auf die stillschweigende Willenserklärung beider Teile geschlossen werden, dass weder Lieferung noch Abnahme, sondern nur Regelung durch Zahlung der Differenz stattfinden sollte.

Musste der Kläger nach den ihm bekannten Vermögensverhältnissen des Beklagten die Frage (ob derselbe effektiv erfüllen könne) verneinen oder hatte er, wozu bei dem enormen

Umfange der Börsengeschäfte alle Veranlassung vorlag, sich keine Gewissheit über die Leistungsfähigkeit des Beklagten verschafft, so konnte er nur Erledigung durch Differenzzahlung erwarten, also auch nur diese gewollt haben."

Es kann allerdings nicht leicht einen direkteren Gegensatz geben, als zwischen diesen Ausführungen des Reichsgerichtes und den vorhin mitgeteilten früheren Urteilen vom 6. Juni 1888 und 17. Oktober 1891.

Eine Reihe analoger Entscheidungen desselben Gerichtshofes finden sich bei Wiener S. 27—29, 31—33 und in der Wochenschrift für Aktienrecht Bd. 2, Nr. 2 S. 22, Nr. 4 S. 53 ff.

In diesen Entscheidungen werden nun auch Aeusserungen der Kontrahenten, besonders der Agenten des Börsenhändlers, welche die Funktion hatten, ihm Kunden zuzuführen (eine allerdings wenig sympathische Institution), Aeusserungen, die darauf hinauslaufen, dass der Kunde die Papiere oder Waren nicht effektiv zu beziehen brauche, sondern es sich nur um die Differenz handle, als massgebend für die Annahme eines reinen Differenzgeschäftes erklärt, auch dies in geradem Gegensatze zu früheren Urteilen wie das oben mitgeteilte vom 20. Januar 1892.

Anderseits hat das Reichsgericht in jüngster Zeit, unterm 19. April 1893, wieder eine Entscheidung gefällt, welche einen neuen, bisher von diesem Gerichtshofe nicht berücksichtigten Gesichtspunkt zur Geltung bringt, der aber mit den anderen Entscheidungen desselben aus letzter Zeit, wie sie oben angegeben worden sind, schwer vereinbar ist.

Der Entscheidung, welche sich in der „Juristischen Wochenschrift", Organ des deutschen Anwaltsvereins 1893, Nr. 29 und 30 abgedruckt findet, entnehme ich Folgendes:

„Laut Schlussschein vom 3. November 1891 kaufte der Kaufmann Sandhagen zu Paderborn von Heimann zu Berlin 50 Tonnen Hafer per April-Mai 1892. Da S. die am 1. April angebotene Ware nicht abnahm, so bewirkte die Firma H. die Zwangsregulierung und forderte die entstandene Differenz

von M. 1629 im Wege der Klage ein. S. machte den Differenzeinwand geltend, wurde aber in allen drei Instanzen zur Zahlung verurteilt. Laut Urteil des Reichsgerichtes ergaben die Thatsachen, dass die Kontrahenten von der Absicht, mit der Differenz zu regulieren, geleitet sein mögen, bieten aber für die Annahme, dass vertragsmässig das Recht auf reelle Lieferung und Annahme ausgeschlossen sei, keinerlei Anhalt. Im Übrigen, sagt das Reichsgericht, hat das Kammergericht (die zweite Instanz) die Thatsache, dass der Beklagte geschäftskundiger gutsituierter Kaufmann ist, sowie die Einzelheiten der aus dem Schlussschein erhellenden Vertragsabreden erschöpfend und im Zusammenhange gewürdigt und hat nach Prüfung des Sachverhaltes die unbedenklich zutreffende Überzeugung erlangt, dass sich aus demselben für eine stillschweigende Vereinbarung eines reinen Differenzgeschäftes keinerlei Anhalt entnehmen lasse. Der Beklagte hat ein börsenmässiges Termingeschäft zu Spekulationszwecken geschlossen; er konnte daher bei einem für ihn günstigen Ausfall desselben auf Erzielung des erstrebten Gewinnes nur rechnen, wenn das Geschäft rechtsverbindlich geschlossen wurde. Hierüber kann der Beklagte bei dem Vertragsschluss nicht im Zweifel gewesen sein; die jetzt erhobenen Bemängelungen der Rechtsverbindlichkeit des Geschäftes sind daher unhaltbar."

Es ist einleuchtend, dass die Erwägung, der Spekulant habe schon deshalb nicht ein reines, also klagloses Differenzgeschäft gewollt, weil er selbst auf Erzielung eines Gewinnes, in dessen Hoffnung er ja das Geschäft eingeht, nur habe rechnen können, wenn das Geschäft rechtsverbindlich abgeschlossen wurde, so ziemlich in allen Fällen der Annahme eines reinen klaglosen Differenzgeschäftes entgegenstehen würde. —

Überblicken wir die Praxis des Reichsgerichtes, wie sie im Vorstehenden kurz zu skizzieren versucht worden ist, so sehen wir ein ziemlich unbeschränktes Walten des freien richterlichen Ermessens, das auch die Möglichkeit entgegen-

gesetzter Urteile in kurzen Zeitintervallen, ja fast zeitlich nebeneinander, nicht ausschliesst, ein Resultat, das diejenigen wenig befriedigen wird, welche auf eine Rechtssicherheit, die auch durch augenblickliche Zeitströmungen nicht alteriert wird, Gewicht legen, und welche der Ansicht sind, es solle der Rechtszustand eines Landes so beschaffen sein, dass er nicht zu Prozessen Anlass giebt, sondern sie möglichst verhindert.

3.

Das schweiz. Bundesgericht hat als Lieferungs- und Differenzgeschäfte, welche den Charakter eines Spieles oder eine Wette haben, konform der deutschen Auffassung, solche Geschäfte erklärt, bei welchen nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waren oder Börsenpapiere ausgeschlossen ist, so dass bloss die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet.

Seit Inkrafttreten des Obligationenrechtes hat das Bundesgericht, so viel mir bekannt, 14 Mal sich mit der Frage des Spieles bei Differenzgeschäften zu befassen gehabt.

Dabei hat es noch folgende Grundsätze aufgestellt:

1. Der Art. 512 O. R. ist schlechthin zwingender Natur und daher in allen von schweizer. Richtern zu beurteilenden Fällen anzuwenden, auch wenn der Sitz der Obligation im Auslande wäre.

Titzck & Cie c. Post & Lappé 1. Mai 1886, A. S. XII S. 381.

Burat c. Biodi 16. Dez. 1887, A. S. XIII S. 503.

Siegfried c. Rohner 13. Nov. 1891 (nicht abgedruckt).

2. Die Spielnatur eines Geschäftes ist vom Richter, auch wenn die Partei die Einrede des Spieles nicht erhoben hat, von Amtswegen zu berücksichtigen.

Braunschweig c. Dukas 24. Sept. 1892. A. S. XVIII S. 536.

Das Bundesgericht ist also in diesem Punkte anderer

Ansicht, als der Referent Herr Professor Rossel. Die Gründe, welche der letztere für seinen Standpunkt anführt, dürften indessen der Erwägung um so mehr wert sein, als in den Fällen, wo die Spieleinrede gar nicht aufgeworfen wird, die Parteien auch keine Veranlassung haben, die Thatsachen, welche den Spielcharakter eines Geschäftes begründen oder ausschliessen, dem Richter vorzutragen und auseinanderzusetzen, der letztere also Gefahr läuft, ohne genügende Kenntnis der Thatumstände zu urteilen. Thatsächlich wird überdies, wenn keine der Parteien die Spieleinrede vorbringt, auch ausgeschlossen sein, dass die Parteien beim Vertragsabschlusse Spiel gewollt haben.

3. Die Einrede des Spieles kann auch dem Kommissionär entgegengesetzt werden, wenn er den Namen seines Verkäufers oder Käufers dem Kommittenten nicht nennt und daher nach O. 446 als Selbstkontrahent gilt.

Kreditanstalt Luzern c. Knörr & Ruegger 24. Juli 1886. A. S. XII S. 461.

Clason & Cie c. Metzger & Cie 20. Februar 1891, A. S. XVII S. 144.

Hiebei ist zu bemerken, dass sich die Börsenkommissionsgeschäfte regelmäsig in der Weise vollziehen, dass der Kommissionär den Namen desjenigen, an den er verkauft, oder von dem er gekauft hat, nicht nennt, also als Selbstkontrahent gilt.

4. Aus Darleihen und Vorschüssen, welche wissentlich zum Behufe von Lieferungs- und Differenzgeschäften mit Spielcharakter gegeben werden, entsteht keine Forderung. Auch von diesem Gesichtspunkte aus ist die Forderung des Kommissionärs abzuweisen, der bei Besorgung von Börsenaufträgen, die erkenntlich auf reine Differenzgeschäfte mit Spielcharakter gerichtet sind, für seinen Auftraggeber in Vorschuss geht.

Bernische Bodenkreditanstalt c. Kernen 9. Dez. 1892.

Noch nicht ausgesprochen hat sich meines Wissens das Bundesgericht darüber, ob ein Pfandrecht, das für ein klagloses Differenzgeschäft bestellt worden, ungiltig ist, also die

zu Pfand gegebenen Sachen oder Papiere vom Verpfänder zurückverlangt werden können.

Die Frage ist indessen unzweifelhaft mit dem Referenten im Sinne der Ungiltigkeit des Pfandrechtes zu entscheiden.

Dagegen kann ich mit dem Herrn Referenten nicht einig gehen, wenn er glaubt, dass der nach der bundesgerichtlichen Begriffsbestimmung erforderliche übereinstimmende Wille der Parteien, Recht und Pflicht effektiver Lieferung und Abnahme auszuschliessen, nicht schon beim Vertragsabschlusse vorhanden zu sein brauche, sondern dass es zur Annahme eines reinen Differenzgeschäftes genüge, wenn die Parteien auch späterhin („à un moment donné") übereinkommen, das Geschäft durch Zahlung der Kursdifferenz abzuwickeln.

Ein derartiges Übereinkommen besteht seinem Inhalte nach darin, dass der Verkäufer die verkauften Titel zu einem gewissen Kurse vom Käufer zurückkauft; dadurch wird aber das Geschäft, wenn es beim Abschluss als Kaufvertrag und nicht als Spielvertrag gewollt war, nicht hinterher zu einem Spielvertrage.

Dies dürfte auch die Meinung des Bundesgerichtes sein. Im Falle Titzck c. Post & Lappé wird es als Differenzgeschäft erklärt: „lorsque les parties contractantes ont, lors de la conclusion du contrat, manifesté d'une manière indubitable, qu'elles n'avaient point l'intention d'acheter ni de vendre, mais bien d'exclure la livraison etc."

4.

In den 14 Entscheidungen des Bundesgerichtes, welche sich mit der Einrede des Spieles befassen, wird 7 Mal der Spielcharakter des Geschäftes zugelassen und ebenso 7 Mal verneint.

Die 7 Urteile, welche die Einrede des Spieles acceptieren, sind sämtlich Bestätigungen kantonaler Entscheide; von den 7 den Spielcharakter verneinenden Urteilen sind 4 in ganzer, und ein 5. in teilweiser Bestätigung kantonaler Entscheide ergangen, während in den 2 übrigen Fällen die kantonalen Urteile, welche Spielcharakter angenommen hatten, aufge-

hoben wurden, weil der kantonale Richter von einer rechtsirrtümlichen Auffassung des Begriffes der reinen Differenzgeschäfte ausgegangen sei.

Der von den kantonalen Instanzen festgestellte Thatbestand in der Bedeutung, welche das Bundesgericht ihm beilegt, spielt auch in der vorliegenden Frage eine Rolle. Wenn die kantonale Instanz aus den Umständen den Schluss zieht, dass die Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung vertragsmässig haben ausschliessen wollen, mit andern Worten, wenn sie die rechtlichen Merkmale des reinen Differenzgeschäftes als vorhanden erklärt, so hat das Bundesgericht verschiedentlich ausgesprochen, dass hierin eine thatsächliche Feststellung liege, an welche es gebunden sei.

Titzck & Cie c. Post & Lappé A. S. XII S. 383 Erw. 4; Biadi c. Burat A. S. XIII S. 505 Erw. 5; Clason & Cie c. Metzger & Cie A. S. XVII S. 146; Siegfried c. Rohner 13. Nov. 1891 (nicht abgedruckt) Erw. 2 gegen den Schluss.

Dieser Gesichtspunkt wird zwar nicht immer mit der gleichen Schärfe ausgesprochen. In anderen Fällen, besonders aus der neueren Zeit, hat das Bundesgericht geprüft, in wie weit die Umstände, aus welchen der kantonale Richter auf den ein reines Differenzgeschäft begründenden Vertragswillen der Parteien geschlossen hatte, wirklich zu diesem Schlusse berechtigen, und hat dem einen und anderen dieser Umstände die Schlüssigkeit versagt. Immerhin hat es aber doch die Ausführungen des kantonalen Richters, wenn sie, trotz dieser Unrichtigkeiten im Einzelnen, in ihrem ganzen Zusammenhange dahin gingen, den vertragsmässigen Ausschluss von Recht und Pflicht zur Lieferung festzustellen, als verbindlich anerkannt.

Vgl. Scholder c. Dürselen-Siegfried, 6. Juni 1891 (nicht abgedruckt); Schweiz. Volksbank c. Bollag, 1. Oktober 1892; Bern. Bodenkreditanstalt c. Kernen, 9. Dezbr. 1892; Schweiz. Volksbank c. Danioth, 9. Juni 1893.

Als schlüssiger Umstand wird in erster Linie und hauptsächlich hervorgehoben die ökonomische Lage des Spekulanten, das Missverhältnis zwischen seinen Vermögens- und Erwerbs-

verhältnissen und dem Umfange seiner Spekulationen, sofern dieses Missverhältnis dem andern Kontrahenten bekannt war; sodann die Art und Weise des Verkehrs zwischen den Parteien, dass Lieferung weder angeboten noch verlangt worden, dass überhaupt nie von Lieferung, sondern nur von Differenz die Rede gewesen.

Dagegen wird anerkannt, dass weder Blankoverkäufe noch Prämiengeschäfte notwendig reine Differenzgeschäfte sein müssen, und dass ebensowenig daraus, dass die gekauften Titel reportiert und monatlich Liquidationsrechnungen zugestellt wurden, an sich auf den Spielcharakter eines Geschäfttes zu schliessen sei.

Schweiz. Volksbank c. Bollag Erw. 3; Bern. Bodenkreditanstalt c. Kernen Erw. 5 am Schluss.

Verneint wurde der Spielcharakter eines Geschäftes, wenn während des Verkehres zwischen den Parteien, d. h. zwischen dem Banquier und seinem Kunden, Titel effektiv bei dem Banquier bezogen worden sind, auch wenn dies nicht von dem Kunden selbst, sondern von einem andern Banquier für dessen Rechnung geschehen war; ebenso wenn feststand, dass der Banquier die Titel, welche der Kunde ihn beauftragt hatte zu kaufen, wirklich für ihn angekauft und zu seiner Verfügung liegen hatte.

Braunschweig c. Dukas A. S. Bd. XVIII S. 539 Erw. 4; Scholder c. Dürselen-Siegfried, 6. Juni 1891 (nicht abgedruckt); Bern. Bodenkreditanstalt c. Niesper; Volksbank c. Danioth.

Im Ganzen ist das Bundesgericht in der Annahme des Spielcharakters eines Geschäftes eher zurückhaltend.

In dem Falle Bodenkreditanstalt c. Niesper hat es ausdrücklich erklärt:

„Der Geschäftsverkehr zwischen den Parteien bestand in Aufträgen zum An- und Verkauf von Wertpapieren einerseits und in Kaufs- und Verkaufs- (Report-) Geschäften anderseits. Damit sind Recht und Pflicht reeller Lieferung und Abnahme an sich gegeben; allerdings kann, trotz dieser rechtsgeschäftlichen Einkleidung, kein Kauf und Verkauf,

sondern ein blosses Spiel gewollt sein; allein es darf dies nur dann angenommen werden, wenn schlüssige Thatsachen dafür vorliegen, dass die Parteien die Rechtsfolgen des Geschäfts, welches sie nach dem Wortlaute der von ihnen ausgetauschten Erklärungen abschlossen, in That und Wahrheit nicht gewollt, sondern ausgeschlossen haben."

Das Bundesgericht hat auch in keinem einzigen Falle von sich aus den Spielcharakter angenommen, wenn die Vorinstanzen ihn abgelehnt, dagegen in zwei Fällen ihn verneint, wo die Vorinstanz ihn als vorhanden erklärt hatte.

Die weiter oben angeführte Bemerkung des baselstädtischen Appellationsgerichtes, dass das deutsche Reichsgericht in der Annahme des reinen Differenzgeschäftes weiter gehe als das Bundesgericht, dürfte daher ihre Richtigkeit haben. Das Reichsgericht hat in neuerer Zeit in einer Reihe von Fällen unterrichterliche Entscheide, welche die Einrede des Spieles zurückgewiesen hatten, aufgehoben und die betr. Geschäfte als reine Differenzgeschäfte erklärt, und dies zum Teil mit Erwägungen ziemlich weitgehender Art, wenn es z. B. nicht einmal mehr verlangt, dass die für die unternommenen Spekulationen ungeeignete ökonomische Lage des einen Teiles dem andern Teile wirklich bekannt war, sondern letzterm eine Erkundigungspflicht über die Vermögensverhältnisse des Gegenkontrahenten auferlegt, deren Nichtbeobachtung zur Annahme eines auf Ausschluss von Recht und Pflicht wirklicher Lieferung gerichteten Vertragswillens berechtigen kann.

Das Bundesgericht hat eine reserviertere Haltung eingenommen; ich glaube aber, dass es nur zu begrüssen ist, wenn unser oberster Gerichtshof in dieser Frage gegenüber der augenblicklichen Zeitströmung sich ein ruhigeres und kühleres Urteil bewahrt hat.

Desshalb bleibt doch ein anderer Übelstand.

Wer die in dieser Materie ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtes durchgeht, wird sich des Gefühles kaum erwehren können, dass die Rechtssprechung des Gerichtshofes eines festen und sicheren Bodens entbehre und, wenn

sie auch in allen Fällen auf die gleiche Begriffsbestimmung des reinen Differenzgeschäftes abstellt, doch in That und Wahrheit keine gleichmässige sei. Das für das klaglose Differenzgeschäft aufgestellte Kriterium, der vertragsmässige Ausschluss von Recht und Pflicht zur Lieferung, wird eben nie ausdrücklich stipuliert, sondern soll aus den Umständen geschlossen werden, und diese Schlussfolgerung ist um so weniger zuverlässig, als das Kriterium überhaupt nicht das Wesen der Sache trifft.

Im Grunde genommen haben alle die Geschäfte, hinsichtlich deren der Gerichtshof entscheiden soll, ob sie reine oder klagbare Differenzgeschäfte sind, materiell, wirtschaftlich den gleichen Charakter: es sind reine Spekulationsgeschäfte, deren Zweck und geschäftlicher Inhalt die Kursdifferenz ist; ob nun auch als rechtlicher Inhalt und Gegenstand des Vertrages die Kursdifferenz, mit Ausschluss von Recht und Pflicht zur Lieferung, angenommen wird, das hängt eigentlich von äusserlichen oft mehr oder minder zufälligen Umständen ab.

Dazu kommt noch, dass es für die letztinstanzliche Entscheidung öfter wesentlich darauf ankommt, ob die kantonale Vorinstanz es versteht, die Schlussfolgerung, welche sie aus den Thatsachen zieht, der bundesgerichtlichen Begriffsbestimmung des reinen Differenzgeschäftes anzupassen, in welchem Falle diese Schlussfolgerung als kantonal festgestellter Thatbestand für das Bundesgericht massgebend ist.

Der Beklagte K. und der Beklagte Dr. B. werden von ihren Verpflichtungen losgesprochen wegen Missverhältnisses zwischen ihren finanziellen Mitteln und dem Umfange ihrer Spekulationen, obgleich der Eine Mitinhaber eines blühenden Geschäftes, der Andere ein Arzt mit guter Praxis war, und beide wohl in der Lage gewesen wären, ihre Verbindlichkeiten teilweise sofort und den Rest aus ihrem Verdienste nach und nach abzutragen, wie dies andere in gleiche Lage Geratene ohne Weiteres und ohne die Gerichte anzurufen, gethan haben. Die Geschäfte zwischen Br., dessen Vermögensverhältnisse derart waren, dass er während des Pro-

zesses in Konkurs geriet, und dem Banquier D. wurden für klagbare Kaufgeschäfte erklärt, weil Br. zufälligerweise sich im Jahre vorher mit diesem Banquier überworfen und seine Spekulationen vorübergehend einem andern Bankgeschäfte übertragen hatte, das zu dem Behufe die Engagements des Br. bei dem Banquier D. durch Bezug der Titel und Bezahlung derselben mit Fr. 340,000 auslöste. Nachher kehrte Br. wieder zu dem ersten Banquier D. zurück, bis sich ihre Verbindung durch Zwangsliquidation und darauf folgenden Prozess löste. Der zufällige Umstand, dass Banquier und Spekulant früher eine Zeit lang überworfen waren und desshalb ein anderes Bankgeschäft die „Position" des letztern, wie man die Gesammtheit der Engagements eines Spekulanten nennt, bezogen hatte, wurde dahin ausgelegt, dass Recht und Pflicht wirklicher Lieferung hier nicht ausgeschlossen sein konnte, obgleich im Übrigen der Br. sich ebenso weit, wenn nicht noch weiter über seine Mittel hinaus engagiert hatte, als die Beklagten K. und Dr. B.

Der Baumwollenagent M. & Cie hat bei einem englischen Hause eine verfehlte Spekulation in Baumwolle gemacht „auf Grund aller in dem Liverpool und New-York Terminmarkt geltenden Bestimmungen." Es stand fest, dass nach diesen Bestimmungen jederzeit effektive Lieferung und Abnahme der Ware verlangt werden konnte. Dennoch muss der Baumwollenagent die durch die Liquidation entstandene Differenz nicht zahlen, weil die kantonale letzte Instanz ausspricht, dass die Parteien trotz dieser Bestimmungen des Terminmarktes Recht und Pflicht effektiver Lieferung hätten ausschliessen wollen, und dies für das Bundesgericht als thatsächliche Feststellung und als verbindlich erachtet wird. Der Spekulant B. in Z., welcher bei dem Bankhause B. & Cie eine gewagte Baisse-Spekulation in Checkbankaktien gemacht hat, muss die Differenz mit über Fr. 70,000 bezahlen, weil die kantonale Vorinstanz Recht und Pflicht wirklicher Lieferung nicht als ausgeschlossen erachtet.

Diese verschiedenen Urteile mögen in der Definition des reinen Differenzgeschäftes einerseits und in der beschränkten

Kompetenz des Bundesgerichts anderseits ihre Rechtfertigung haben. Deshalb bleibt doch die Thatsache, dass Geschäfte, welche ihrem materiellen Inhalte und Charakter nach gleichartig sind, je nach mehr oder weniger zufälligen Nebenumständen oder nach dem Grade von Antipathie, den der kantonale Richter der Börse entgegenbringt, bald als rechtsgiltig und bald als rechtsungiltig erklärt werden.

5.

Das Unbefriedigende, welches in dem geschilderten Zustande der deutschen wie auch der schweizerischen Judikatur in dieser Materie liegt, und das Gefühl von Rechtsunsicherheit, welches daraus resultiert, hat dazu geführt, dass von verschiedenen Seiten in Deutschland und in der Schweiz gegen die Klaglosigkeit der sog. reinen Differenzgeschäfte Front gemacht wurde.

Ich nenne:

Wiener in der schon öfter citierten Schrift.

Simon: Zur Frage der Klagbarkeit der sog. Differenzgeschäfte, im neuesten Heft der Zeitschrift f. das gesamte Handelsrecht Bd. 41.

Staub: Der Begriff der Differenzgeschäfte und die Frage der Klagbarkeit, in der Wochenschrift f. Aktienrecht Bd. 1 Nr. 46 und 47.

Bendixen: Zur Frage der Differenzgeschäfte, in der gleichen Wochenschrift, Bd. 1 Nr. 50 und 51, ferner ein von demselben in Bd. 2 Nr. 6 dieser Wochenschrift mitgeteiltes Urteil des hanseatischen Oberlandesgerichtes.

In der Schweiz:

Schnetzler: l'exception de jeu, Lausanne 1892.

Jeanneret: le jeu, le pari et les marchés différentiels, eine Berner Doktordissertation.

Bei dieser Gelegenheit ist auch der Begriff des reinen Differenzgeschäftes, dessen Berechtigung und praktische Bedeutung einer näheren Prüfung unterzogen worden, und man ist dabei zu dem Resultate gelangt, dass das sog. reine

Differenzgeschäft in juristischem Sinne in Wirklichkeit gar nicht vorkomme.

Ich werde versuchen, Ihnen die wesentlichsten hiefür vorgebrachten Gründe zu resümieren.

6.

Der Begriff des reinen Differenzgeschäftes beruht auf der Unterscheidung zwischen der blossen, wenn auch beiderseits von vornherein bestandenen, Absicht der Parteien, ihre Geschäfte nicht durch effektive Lieferung, sondern durch Differenzzahlung auszugleichen, und der Willenseinigung der Parteien, nur die Differenz, unter Ausschluss wirklicher Lieferung, zu bezahlen. Theorie und Rechtssprechung haben diese ziemlich zugespitzte Unterscheidung nicht im praktischen Leben als eine schon vorhandene und bekannte vorgefunden, sondern sie haben den Begriff des reinen Differenzgeschäftes erst durch Konstruktion geschaffen, um eine Basis für die Klaglosigkeit gewisser Differenzgeschäfte zu gewinnen. Als klaglos konnte ein Differenzgeschäft nur vom Gesichtspunkte des Spieles aus erklärt werden, also nur dann, wenn es den rechtlichen Charakter des Spieles hatte.

Hiezu genügte nicht die blosse Absicht jeder der beiden Parteien, das Geschäft durch Zahlung einer Differenz auszugleichen, da hiedurch keine Partei gehindert war, dennoch von der anderen effektive Erfüllung zu verlangen, das Geschäft also immer noch ein Kauf blieb.

Damit einem Geschäfte der Charakter des Spieles im rechtlichen Sinne beigelegt werden konnte, damit es nicht ein Kauf-, sondern ein Spiel-Vertrag war, musste die Möglichkeit der Lieferung ganz ausgeschlossen sein, es musste ein Vertrag konstruiert werden, bei welchem, wie beim Spiele der Einsatz, so hier die Kursdifferenz den direkten und einzigen Gegenstand des Vertrages ausmachte, der dem einen oder dem anderen Kontrahenten zufiel, je nachdem der Kurs stieg oder sank.

Um ein reines Differenzgeschäft, einen Spielvertrag an-

zunehmen, muss demnach in erster Linie Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme ausgeschlossen sein.

Um richtig zu beurteilen, bei welchen Geschäften dies zutrifft, muss man zunächst darüber klar sein, dass Lieferung und Abnahme nicht bloss dann effektiv vorhanden sind, wenn der Verkäufer A. die Waren oder Papiere direkt seinem Käufer B. liefert und dieser sie abnimmt, sondern auch dann, wenn der Verkäufer A. sie auf Weisung seines Käufers B. an einen Dritten abliefert und dieser abnimmt.

Sobald dies zugegeben werden muss, so steht fest, dass bei allen Geschäften, welche an der Börse abgeschlossen werden, effektive Lieferung nie ausgeschlossen wird; im Gegenteil, an der Börse wird immer effektiv geliefert und abgenommen.

Früher geschah dies z. B. in Basel in der etwas primitiven Weise, dass jeder Banquier die Titel, die er an einen anderen Banquier verkauft hatte, diesem zusandte und die Titel, die er von einem anderen Banquier gekauft hatte, von diesem zugestellt erhielt. Mit der Zunahme des Verkehrs wurde dieser Modus zu schwerfällig, und jetzt wird die Abwicklung der Lieferungen und Abnahmen durch eine Centralstelle, die Bank in Basel, vermittelt. Jeder Banquier stellt ihr die Titel zu, die er verkauft hat, und bezieht von ihr die Titel die er gekauft hat. Natürlich findet hiebei eine Ausgleichung durch Skontration statt: wer 100 Aktien S. C. B. gekauft und 50 verkauft hat, schickt nicht diese 50 verkauften an die Centralstelle und bezieht von ihr die 100 gekauften, sondern er bezieht nur 50, und die anderen 50 werden an den ausgehändigt, dem er 50 verkauft hatte. Aber unzweifelhaft hat er auf diese Weise wirklich geliefert und wirklich abgenommen.

Analoge Einrichtungen bestehen an allen Börsen.

An der Börse kommen demnach die reinen Differenzgeschäfte von vornherein gar nicht vor. Dies wird jetzt auch allseitig anerkannt.

Das reine Differenzgeschäft kann also nur in Frage

kommen, wenn ausserhalb der Börse Stehende durch oder bei dem Banquier spekulieren.

Auch in diesen Fällen gilt aber wieder Folgendes:

Wenn der Kunde bei dem Banquier Papiere auf Zeit kauft, und diese Papiere später auf den Stichtag wieder verkauft, so findet auch in diesem Falle Lieferung und Abnahme statt, indem der Banquier auf Weisung seines Kunden die Titel an dessen Abnehmer liefert und von diesem bezahlt wird.

Ebenso umgekehrt: wenn der Kunde auf Zeit verkauft hat und später auf den Stichtag einen Deckungskauf abschliesst, so lässt er die durch diesen Deckungskauf angekauften Titel an den Banquier liefern und von diesem bezahlen.

In beiden Fällen ist effektiv erfüllt worden, und doch ist der Effekt nur der, dass der Kunde die Differenz zwischen den Preisen, zu welchen er von dem Banquier gekauft oder an ihn verkauft hat, und denjenigen, zu welchen er später wieder verkauft oder zu welchen er später den Deckungskauf ausgeführt hat, erhält oder bezahlt.

In ganz gleicher Weise wird der Banquier sein Risiko auf die Differenz beschränken, so dass es sich thatsächlich auch für ihn nur um die Differenz handelt, indem er die an den Kunden auf Zeit verkauften Papiere sich durch einen Deckungskauf auf den Stichtag sichert oder die von dem Kunden gekauften Titel auf den Stichtag wieder verkauft.

Hieraus folgt, dass, wer auf Differenz spekulieren will, diesen Zweck auf dem Wege des gewöhnlichen, unzweifelhaft giltigen Geschäftes erreichen kann.

Will er à la hausse spekulieren, so kauft er auf Zeit und verkauft wieder am Stichtag oder auch früher in einem ihm geeignet scheinenden Zeitpunkte auf den Stichtag.

Will er à la baisse spekulieren, so verkauft er auf Zeit, und schliesst am Stichtage oder auch früher einen Deckungskauf ab.

Das Resultat ist für ihn nur Gewinn oder Verlust der Differenz, und doch hat er unzweifelhaft giltige Geschäfte abgeschlossen.

Er braucht also, um seinen Zweck zu erreichen, gar nicht zu dem sog. reinen Differenzgeschäft zu greifen, d. h. zu einem Vertrage, dessen Inhalt dahin gienge:

A. und B. kommen am 5. September überein, dass, je nachdem der Kurs eines gewissen Papieres am 30. September höher oder niedriger sei, als jetzt, der eine dem andern die Differenz, auf so und so viel Stück berechnet, zu bezahlen habe.

Ein solches Geschäft abzuschliessen, wäre unvernünftig und thöricht, aus folgenden zwei Gründen:

1. Würden die Kontrahenten ein rechtlich ungiltiges Geschäft abschliessen. Nun hofft doch jeder bei dem Geschäfte zu gewinnen: er kann aber darauf, seinen Gewinn von dem andern zu erhalten, nur dann sicher rechnen, wenn er ein giltiges, klagbares Geschäft abschliesst. Hiezu bietet sich ihm, wie dargethan, das gewöhnliche Termingeschäft, Kauf mit Verkauf, Verkauf mit Deckungskauf, dar; warum soll er denn zu dem ungiltigen Vertrage greifen?

Mit dieser Annahme mutet man den Leuten zu, sich zum Schneiden eines Messers ohne Klinge zu bedienen, während sie daneben ein Messer mit guter Klinge zur Verfügung liegen haben.

2. würden sich bei einem reinen Differenzgeschäfte die Parteien, wie das oben angezogene Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichtes vom 11. November 1892 sehr richtig ausführt, unabänderlich an den Kurs eines einzigen Tages, des Stichtages, binden und sich des Vorteiles berauben, einen günstigeren oder minder ungünstigen Moment vor Eintritt des Stichtages zur Beendigung der Spekulation zu benutzen. Wer am 5. September auf den 30. gekauft hat, braucht bei dem gewöhnlichen Spekulationsgeschäfte nicht bis dahin zu warten, sondern kann an jedem beliebigen Tage vorher, wenn die Kurse ihm günstig scheinen, auf Ende September verkaufen; er kann so vielleicht mit Gewinn verkaufen, während Ende September die Kurse wieder zurückgegangen sein können.

Bei dem reinen Differenzgeschäft würden sich die Parteien aller Chancen der Zwischenzeit begeben.

Schon diese Erwägungen zeigen, dass das reine Differenzgeschäft nur eine Abstraktion der Theorie ist, zu der im praktischen Leben keiner greifen wird.

Es hat auch noch niemand einen Vertrag gesehen, der ausdrücklich als reines Differenzgeschäft mit dem vorhin angegebenen Inhalte abgeschlossen worden wäre, und es wird niemals jemand einen solchen Vertrag zu Gesicht bekommen.

Das reine Differenzgeschäft wird immer nur gefolgert aus Umständen und sog. konkludenten Handlungen, die aber in Wahrheit zu einem Schlusse hierauf weder nötigen noch berechtigen.

1. Als hauptsächlichst schlüssiger Umstand gilt das finanzielle Unvermögen des einen Teiles, das Missverhältnis zwischen seinen Mitteln und dem Umfang seiner Spekulationen, sofern der andere Teil hievon Kenntnis hatte. Man sagt: wenn der Eine weiss, dass er nicht erfüllen kann, und dem Anderen dies ebenfalls bekannt ist, so können sie auch Beide nicht Erfüllung gewollt haben, sondern haben sie ausschliessen wollen.

Auf den ersten Blick scheint diese Schlussfolgerung plausibel, sie ist aber dennoch nur ein Trugschluss.

Es frägt sich zunächst, unter welchen Voraussetzungen das zu einem solchen Schlusse berechtigende Unvermögen vorhanden sein soll.

Das deutsche Reichsgericht scheint dies schon dann anzunehmen, wenn die Mittel des Spekulanten kleiner sind, als die Höhe seiner Engagements.

Die Unrichtigkeit dieses Standpunktes ergiebt sich sofort. Der Spekulant braucht ja, um zu erfüllen, die gekauften Titel nicht selbst zu beziehen, sondern kann sie auch durch Andere beziehen lassen. Er kann sich hiefür an einen Banquier wenden, der für ihn die Titel bezieht und bezahlt, also für ihn in Vorschuss geht. Der Banquier wird dies thun, wenn der Spekulant ihn für sein Risiko deckt, d. h. für die innerhalb vernünftiger Voraussicht mögliche Kursdifferenz. Der Spekulant kann auch die gekauften Titel am oder vor dem Stichtag, aber auf den letzteren, wieder verkaufen. Auch

in diesem Falle wird das Geschäft durch Lieferung des ersten Verkäufers an den zweiten Käufer erfüllt, der Spekulant hat aber höchstens die Differenz zwischen den höheren Preisen, zu denen er gekauft, und den niedrigeren, zu denen er wieder verkauft hat, zu bezahlen.

Mit anderen Worten: der Spekulant ist durchaus vermögend, das Geschäft zu erfüllen, wenn er für die Differenz aufkommen kann.

Nur wenn er auch dies nicht im Stande ist, kann man von einem Unvermögen zur Erfüllung sprechen.

Auch dann aber ist der Schluss, dass deshalb die Parteien ein reines Differenzgeschäft, also kein Kaufgeschäft gewollt haben, nicht gerechtfertigt.

Was würde man sagen, wenn man diese Schlussfolgerung verallgemeinern und demnach den Rechtssatz aufstellen wollte: die finanzielle Insuffizienz des einen Teiles, die dem anderen Teil bekannt ist, hat die Annahme zur Folge, dass die Parteien den Vertrag, welchen sie der Form nach abgeschlossen haben, in Wirklichkeit gar nicht haben abschliessen wollen? Bei einem unter solchen Umständen eingegangenen Vertrag mag der Eine sehr leichtsinnig, der Andere, der den Leichtsinn sieht, vielleicht nicht gerade anständig gehandelt haben, aber der Vertrag bleibt deshalb doch rechtsgiltig. Es ist z. B. in Basel schon mancher Hausverkauf abgeschlossen worden, bei welchem der Käufer nicht einmal die Mittel zur Bezahlung der Handänderungssteuer und der Fertigungskosten selbst besass, sondern darauf angewiesen war, sich den ganzen Kaufpreis auf Kredit zu verschaffen. Gelang ihm dies, so konnte er den Kaufvertrag erfüllen; gelang es ihm aber nicht und klagte dann der Verkäufer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so haben die Gerichte noch stets den Kaufvertrag als giltig anerkannt und das Rechtsbegehren zugesprochen.

Praktisch wird übrigens der Fall, dass der Spekulant beim Vertragsabschluss nicht einmal die Mittel zur Bezahlung der Differenz besitzt, nicht leicht vorkommen. Es kann sich natürlich nur um die Differenz handeln, die bei Eingehung

des Geschäftes als innerhalb vernünftiger Grenzen möglich anzunehmen ist; denn nur die Insuffizienz des Kunden für diese bei Abschluss des Vertrages als möglich erkannte Differenz könnte einen Schluss auf den Willen der Parteien beim Vertragsabschluss gestatten, nicht die Differenz, die späterhin erst als eine gar nicht vorauszusehende eingetreten sein mag.

Für die als möglich vorauszusehende Differenz wird aber der Spekulant die entsprechenden Mittel beim Vertragsabschluss wohl stets schon desshalb besitzen, weil der Banquier den Betrag dieser Differenz als Deckung zu verlangen pflegt, bevor er das Geschäft mit dem Kunden macht. Wenn diese Deckung späterhin nicht ausreicht, so ist das fast immer Folge von Kursänderungen, die beim Vertragsabschlusse ausser Berechnung lagen und erst nachträglich durch besondere, nicht vorausgesehene Umstände herbeigeführt wurden, besonders durch mehr oder weniger plötzlich eintretende allgemeine Börsenkrisen. In Zeiten solcher Krisen erscheinen die Differenzprozesse mit der Einrede des Spieles, in Haussezeiten selten.

Und wenn schliesslich wirklich einmal der Fall vorkommen sollte, dass der eine Kontrahent schon bei Eingehung des Vertrages nicht die Mittel zur Deckung der vorauszusehenden Differenz besass, so berechtigt auch dies noch nicht zu der Folgerung, man habe Recht und Pflicht wirklicher Erfüllung ausschliessen wollen. Denn die Absicht und die Hoffnung des Spekulanten geht auf Gewinn, nicht auf Verlust: wer kauft auf Ende des Monats, hofft, dass bis dahin die Kurse steigen werden, und wenn dies eintritt, so kann er erfüllen; nur wenn sie fallen und seine Mittel für die Differenz nicht ausreichen, dann kann er nicht erfüllen. Deshalb aber den Schluss ziehen, er habe schon beim Vertragsabschluss die Erfüllung ausschliessen wollen, heisst so viel als annehmen, er habe von vornherein gar nicht Gewinn gehofft, sondern Verlust erwartet.

Der Hauptfaktor für die Annahme eines reinen Differenzgeschäftes, die finanzielle Insuffizienz des einen Kontrahenten, ist demnach nicht schlüssig.

2. Als ein weiteres Moment für die Annahme eines reinen Differenzgeschäftes gilt es, wenn in der Korrespondenz und überhaupt in dem Verkehr der Parteien stets nur die Differenz betont oder gar dem Kunden gesagt worden ist, es handle sich nur um die Differenz.

Mit Recht hat das Reichsgericht in seinen früheren Zeiten, wie oben mitgeteilt wurde, ausgesprochen, dass solche Hinweisungen auf die Differenz nur die wirtschaftliche Seite des Geschäftes hervorheben, das als Spekulationsgeschäft thatsächlich nur auf Empfang oder Zahlung der Differenz geht; es ist ja ganz richtig, dass der Kunde die gekauften Titel nicht selbst zu beziehen braucht und meist nicht selbst beziehen wird, sondern dass er den Kauf durch einen Wiederverkauf und ebenso den Verkauf durch einen Deckungskauf, abwickeln wird, so dass es sich für ihn wirklich nur um die Differenz handelt.

3. Ebensowenig beweiskräftig ist die Höhe der Umsätze, auf die oft hingewiesen zu werden pflegt. Wenn man alle Geschäfte eines Kontrahenten im Soll und alle im Haben während einer gewissen Periode zusammenaddiert, kommt natürlich leicht eine hohe Summe heraus; man darf aber nicht übersehen, dass diese Geschäfte sich fortwährend erledigen und am Ende einer solchen Periode zu einem grossen Teile bereits erledigt sind, so dass nur ein kleinerer Saldo bleibt; dieser repräsentiert die Höhe der Engagements des Kunden, denen dann aber die von ihm angekauften Titel gegenüberstehen, so dass schliesslich nur die Differenz zwischen den Kursen dieser Titel und der Saldosumme das eigentliche Risiko des Kunden repräsentiert.

Auch ist zu beachten, dass gerade bei Papieren, die keinen grossen Kursschwankungen unterworfen sind — und das werden die solideren Titel sein — der Spekulant schon in grosse Summen gehen muss, wenn er eine nennenswerte Spekulation machen will.

4. Wenn ferner noch für die Annahme eines reinen Differenzgeschäftes geltend gemacht wird, dass der Kunde die Titel wiederholt durch den Banquier reportieren liess, so

hat schon das Bundesgericht dies mit Recht zurückgewiesen. Wenn sich dem Kunden bis zum Stichtage kein ihm genügend günstig scheinender Kurs geboten hat, so kommt er mit dem Banquier überein, das Geschäft auf Ende nächsten Monats zu reportieren, in der Hoffnung, dass bis dahin günstigere Kurse sich präsentieren, die ihm ermöglichen, mit Gewinn oder wenigstens mit geringerem Verluste zu verkaufen, oder zu decken; dies ist Sinn und Zweck der Reportierung und mehr darf daraus nicht gefolgert werden.

Das Resultat der vorstehenden Erörterung geht dahin, dass die Umstände, aus welchen das Vorhandensein eines sog. reinen Differenzgeschäftes gefolgert werden soll, bei näherer Prüfung diesen schlüssigen Charakter nicht besitzen, sondern einfach auf die Spekulationsabsicht der Kontrahenten schliessen lassen. Diese Spekulationsabsicht können aber die Parteien auf dem Wege des gewöhnlichen, vollkommen giltigen Kauf- und Verkaufgeschäftes realisieren und werden daher nicht zu dem unpraktischen und unverständigen Mittel des sog. reinen Differenzgeschäftes greifen.

Aus diesen Gründen ist man mit Recht dazu gelangt, das Vorkommen des sog. reinen Differenzgeschäftes im wirklichen Leben zu verneinen.

Wenn die Fälle, in denen ein reines Differenzgeschäft behauptet wird, sich umgekehrt präsentieren würden, als es der Fall ist, wenn es nicht der Banquier wäre, der gegen den Kunden dessen Verlust einklagt, sondern wenn der Banquier, bei dem der Kunde glücklich spekuliert hat, sich weigern würde, diesem den Gewinn zu verabfolgen unter Berufung z. B. darauf, dass der Kunde eigentlich unvermögend gewesen sei zur thatsächlichen Erfüllung, so glaube ich kaum, dass man alsdann auch zur Annahme klagloser Spielverträge gekommen wäre. —

Das Bisherige möge zur Begründung meiner ersten These dienen.

Die zweite These ergiebt sich von selbst aus der ersten.

Wenn das reine Differenzgeschäft in Wirklichkeit nicht

vorkommt, so kann auch die Einrede des Spieles nicht darauf gegründet werden. Eine andere Basis für diese Einrede ist aber noch nicht gefunden worden. Auf den wirtschaftlichen Charakter des Geschäftes abzustellen, geht nicht an. Denn, wie Wiener am angeführten Ort, Seite 41, sagt: „Noch hat niemand die Grenze zu bestimmen vermocht, an welcher sich beim Zeithandel, der auf den Preisunterschied marktgängiger Waren ausgeht, legitime Spekulation von Spiel in wirtschaftlichem Sinne scheidet."

Es würde aber auch nicht zu bedauern sein, wenn die Einrede des Spieles aus der Gerichtspraxis verschwände.

Dem Börsenschwindel vermag sie in keiner Weise zu steuern; das ist anerkannt, und es wird darum nach andern Mitteln zur Bekämpfung desselben gerufen und gesucht.

Wiener a. a. O. S. 56 und 57.

Eschenbach. Zur Börsenreform (Berlin, Puttkammer und Mühlbrecht, 1892,) S. 13.

Die Zulassung der Einrede des Spieles bildet eher noch einen Anreiz zum Börsenspiel (im wirtschaftlichen Sinne), da der leichtsinnige Spekulant die Möglichkeit vor sich sieht, im ungünstigen Falle sich seiner Verpflichtungen mittelst dieser Einrede zu entledigen, während er annahmen darf, dass der Banquier dies mit Rücksicht auf seine Berufsstellung nicht thun werde.

Es haftet dieser Einrede für unser Gefühl stets etwas Anstössiges an, weil ihre Anerkennung doch eine gesetzliche und richterliche Sanktionierung des Vertragsbruches ist. Man wird daher kaum rechtschaffene Leute sich dieser Einrede bedienen sehen; solche kommen, wenn auch manchmal mit schweren Opfern, ihren Verpflichtungen nach, und es sind nur die wenig skrupulösen Leute, die zu diesem Mittel greifen.

Die Zulassung der Spieleinrede hindert eine sichere und feste Rechtsprechung, führt zu einer ungleichmässigen und widersprechenden Praxis, und erzeugt das Gefühl der Rechtsunsicherheit.

Ich schliesse meine Betrachtung mit den Worten Wieners a. a. O. S. 59:

„Meines Erachtens ist es kein richtig gestecktes Ziel, den Schäden mit dem Begriffe des Spiels und den danach erforderlichen Unterscheidungen, ob ein blosses Nichtabsehen der Beteiligten auf Lieferung oder Ausschluss der Lieferung vorliegt, beikommen zu wollen. Während danach bei strenger Aufrechterhaltung dieser Unterscheidungen Geschäfte unanfechtbar bleiben, die an Verwerflichkeit andern nicht nachstehen, werden durch die Aufstellung von Indizien, durch welche die Entscheidung im Sinne des gewollten Ausschlusses der Lieferung beeinflusst werden soll, Geschäfte, die zu beanstanden kein ausreichender Grund vorliegt, gefährdet.

In der That sehen auch die in neuerer Zeit in die Öffentlichkeit getretenen Vorschläge zur Besserung der Zustände von diesem Gesichtspunkte ab.“

Die Erörterung, welcher Art diese Vorschläge sind und inwieweit sie geeignet sein dürften, das gewünschte Ziel zu erreichen, gienge über den Rahmen meines Korreferates hinaus.

Der Präsident verdankt die vorzüglichen Referate und eröffnet die Diskussion.

Dr. *Richard Lang*, Fürsprech in Zürich, behauptet im Gegensatz zum Korreferenten, dass der nicht ringberechtigte Spekulant eine Überspekulation, wo das Vermögen in keinem Verhältnis zum Börsengeschäft steht und effektive Erfüllung gar nicht möglich ist, nicht anders, als durch reines Differenzgeschäft bewerkstelligen könne. Ausdrücklich oder stillschweigend muss er mit dem Kommissionär vereinbaren, dass nur eine Kursdifferenz Gegenstand des Vertrages sein solle.

Es ist nun zu prüfen, ob die Spieleinrede ein taugliches Mittel ist, um den Differenzhandel zu unterdrücken. Hier ist zuzugeben, dass der Erfolg, den man sich von der Klaglosigkeit des Differenzgeschäfts versprach, vollständig ausgeblieben ist. Die Banken, deren Börsenfähigkeit von nicht ringberechtigten Spekulanten in Anspruch genommen wurde, liessen sich von diesen Vorschüsse, sog. Garantiedepots aushändigen und vereinbarten, dass, sofern die Spekulation zu Ungunsten der Kommittenten verlaufen sollte, sie berechtigt wären, sich

mittelst dieser Depots bezahlt zu machen. So wurde der gerichtliche Schutz, der solchen Forderungen versagt war, entbehrlich gemacht.

Nichtsdestoweniger muss der Meinung entgegengetreten werden, die Unklagbarkeit habe eine nachteilige Wirkung ausgeübt, wohl gar die Spekulation vermehrt.

Die Einrede des Spiels, wenngleich sie kein taugliches Mittel ist, rechtfertigt sich, weil der Verkehr dieser Schuldverhältnisse gar nicht bedarf. Sie entbehren jeder wirtschaftlichen Bedeutung. Die aus Differenzgeschäften zu erzielende Bereicherung ist zum mindesten nicht rationell, sie hat notwendigerweise zur Voraussetzung die Schädigung des Gegenkontrahenten. Die Würde der Rechtsprechung verlangt, dass der Richter nicht genötigt wird, solche Ansprüche zu schützen.

Vom Strafgesetzbuch dürfen wir eine erhebliche Unterstützung nicht erwarten. Es wurde vorgeschlagen: strenge Bestrafung der durch Börsenspekulationen verursachten Insolvenz. Befriedigend ist die Lösung deshalb nicht, weil derjenige, der mit Glück spielt, straflos bleibt. Der Verfasser des eidgenössischen Strafgesetzes sollte prüfen, ob nicht eine strafbare Handlung vorliegt, wenn ein Kontrahent dadurch seine Kreditoren gefährdet, dass er sich in Spekulationen einlässt, die nicht im Verhältnis zu seiner finanziellen Leistungsfähigkeit stehen.

In erster Linie sind wir aber daran interessiert, nicht die Spekulanten zu bestrafen, sondern den Abschluss von Differenzgeschäften unmöglich zu machen. Dies erreichen wir, wenn wir demjenigen, der in Folge eines eigentlichen Differenzgeschäftes Verluste erlitten, das Recht einräumen, die dem Kommissionär ausgehändigten Vorauszahlungen zu kondizieren. Würde das Gesetz überhaupt, oder wenigstens unter besondern Umständen dem Spekulanten eine Rückforderungsklage, eine condictio ex injusta causa einräumen, so müssten sich die Kommissionäre in ihrem Verkehr mit Spekulanten auf klagbare Spekulationen beschränken, die durch effektive Käufe und Verkäufe realisiert werden könnten,

also auf mässige Spekulationen, die zu ernstlichen Befürchtungen keinen Anlass geben würden.

Es erscheint daher eine Revision des XXI. Titels O. R. in dem Sinne wünschenswert, dass Art. 514 aufgehoben und demjenigen, der durch ein Differenzgeschäft zu Verlust gekommen, das Recht eingeräumt würde, eine geleistete Zahlung zu kondizieren, sei es unter allen Umständen, oder nur in besonderen Fällen, wo das richterliche Ermessen die Rückforderungsklage gutheisst.

Prof. Dr. *F. Meili* in Zürich. Vor Allem müssen wir uns vor Übertreibungen hüten! Es hat eine Zeit gegeben, in der man die einzig richtige Lösung des Problems, dem Börsenschwindel wirksam entgegenzutreten, in der unbeschränkten Klagbarkeit der Differenzgeschäfte zu finden glaubte. Der schweizer. Gesetzgeber hat diesen Standpunkt nicht geteilt, sondern einen Teil, die sog. reinen Differenzgeschäfte, klaglos erklärt.

Ich stehe unbedingt auf dem Standpunkt des Korreferenten: in der Praxis kommt das, was man reines Differenzgeschäft nennt, gar nicht vor. Die Einrede des Spiels ist daher ein Messer ohne Klinge, in den meisten Fällen führt sie nicht zum Ziele.

Soll man nun die völlige Klaglosigkeit der Differenzgeschäfte feststellen? Das ginge offenbar zu weit. Der ganze Handel ist ja schliesslich nichts Anderes, als eine Spekulation auf die Differenz; mit der unbedingten Klaglosigkeit würde man Hand an die Wurzel des Handels legen. Man würde auch eine förmliche Immoralität begünstigen; einer und derselbe könnte am einen Orte à la hausse, am andern à la baisse spekulieren, am einen Orte den Gewinn, den ihm der Banquier im Interesse seines Kredites zahlen muss, einstecken, am andern Orte den Verlust unter Berufung auf die Unklagbarkeit des Geschäftes nicht bezahlen. Übrigens würden mit der Einführung der völligen Klaglosigkeit alle Börsengeschäfte ganz einfach Kassageschäfte.

Dieses Mittel wäre also ebenfalls unwirksam. Dagegen ist zu prüfen, ob es nicht Mittel und Wege gebe, wenigstens

den Auswüchsen entgegenzutreten, die Spielwut des Publikums zu bekämpfen. Ich glaube, dass es solche Mittel giebt und möchte folgende nennen. Zunächst die Einführung einer Art Börsenbuch, in das sich jeder einzutragen hätte, der börsenfähig werden, der an der Börse spekulieren will.

Sodann möchte ich befürworten, was Senatspräsident Wiener angeregt hat: einen strafrechtlichen Schutz für die Fälle böswilliger Ausschreitungen; wenn die Unerfahrenheit gewinnsüchtig ausgenützt wird, so soll, wie bei der Wuchergesetzgebung, strafrechtlich eingeschritten werden, womit dann natürlich die civilrechtliche Unklagbarkeit verbunden werden müsste.

Endlich halte ich dafür, dass der Staat die Börse recht kräftig besteuern sollte; auch durch dieses Mittel kann das Börsenspiel einigermassen eingedämmt werden.

Etwas muss von Seite der Gesetzgebung geschehen. In erster Linie aber sollen die Erfahrungen, die man mit den in Frage liegenden Geschäften gemacht hat, gesammelt und sorgfältig erwogen werden; es ist also zunächst eine grosse Enquête zu veranstalten, nur daraus können dann positive gesetzgeberische Massnahmen herauswachsen.

M. le professeur *Gentet* à Genève estime qu'en elles-mêmes les spéculations de bourse ne peuvent pas être considérées comme mauvaises, mais que leur abus seul, l'agiotage, peut être critiqué.

Dernièrement le Conseil national a adopté un postulat invitant le Conseil fédéral à procéder à une enquête sur les moyens de limiter les spéculations de bourse. Tous les moyens qui pourraient être proposés n'auront pas de résultat utile, car les bourses étrangères demeureront toujours ouvertes et offriront toutes facilités possibles aux agioteurs.

S'il avait à choisir, M. Gentet se rallierait aux thèses du co-rapporteur M. le Dr. Temme.

L'introduction de l'exception de jeu dans la législation fédérale n'a point arrêté la spéculation sur différences; cette exception ne profite qu'au spéculateur malhonnête. Aussi a-t-on proposé divers moyens pour en limiter l'action, par exemple,

de n'accorder le bénéfice de cette exception qu'aux créanciers du débiteur.

M. Gentet n'est pas d'accord avec les thèses de M. le rapporteur Rossel et n'admettrait pas la suppression proposée de la fin de l'art. 512 du Code des Obligations. Une certaine stabilité dans la législation est nécessaire. Un changement ne doit être adopté que lorsqu'il y a réellement nécessité.

Selon M. le rapporteur toute opération de bourse sur différences serait un jeu; cette manière de voir ne saurait être admise d'une façon absolue, car il y a des opérations qui n'ont en vue que le bénéfice pouvant résulter des différences de cours et qui ne constituent pas des jeux.

La jurisprudence du Tribunal fédéral, sur ce point, laisse aussi à désirer.

Ainsi il faut remarquer que les textes français et allemand de l'art. 512 du Code des Obligations ne concordent pas.

Dans le texte allemand le fait seul qu'une opération de bourse porte sur des différences n'a pas pour effet de la faire considérer comme jeu.

Au surplus il n'est pas possible de faire une distinction, ainsi que le voudrait la jurisprudence, entre les simples opérations sur différences, et les opérations purement différentielles.

Le Tribunal fédéral voit le caractère du jeu dans le fait que les parties ont exclu *tacitement* l'intention de livrer et de payer les titres; or cette intention tacite est insaisissable.

Le véritable critérium du jeu en matière d'opérations de bourse se trouve:

1. Dans l'opération *elle-même;* lorsque, par exemple, la spéculation porte sur des sommes exagérées et hors de proportion avec la fortune du spéculateur.
2. Dans la convention, non pas tacite mais *expresse* des parties, d'exclure toute livraison de titres.

En d'autres termes, pour qu'il y ait opération de bourse ayant le caractère de jeu il faut *à la fois,* le *corpus* et *l'animus.* Ce critérium seul peut rendre à l'exception de jeu son véritable caractère.

Prof. Dr. *Schneider* in Zürich ist de lege ferenda mit den Ausführungen des Korreferenten vollständig einverstanden, will aber heute nur vom Standpunkte der lex lata sprechen.

Die Kontroverse, was unter einem Differenzgeschäfte zu verstehen sei, mahnt mich an eine im gemeinen Recht debattierte Kontroverse: was ist Spiel, was ist Wette? Eine Reihe von Definitionen sind aufgestellt worden, schliesslich hat das Reichsgericht, und gewiss mit Recht, erklärt, Spiel und Wette sind gar keine Gegensätze, es kann auch die Wette ein Spiel sein.

Gerade so verhält es sich bei diesen Börsengeschäften; Kauf oder Differenzgeschäft sind keine Gegensätze; es kann auch ein Kauf ein Differenzgeschäft sein, auf welches die Einrede des Spiels anzuwenden ist. Der Gesetzestext, speziell der deutsche, der von „Lieferungs- und Differenzgeschäften" spricht, zeigt dies deutlich, und das eben ist der Inhalt des Kompromisses, welcher bei der Beratung des Artikels zwischen National- und Ständerat geschlossen wurde. Es war daher in der Praxis nicht ganz richtig, zu fragen: ist Lieferung ausgeschlossen, oder nicht ausgeschlossen? Man hat sich geirrt in der Annahme, der Gesetzgeber wolle alle Differenzgeschäfte von der Klagbarkeit ausschliessen, alle andern Börsengeschäfte nicht ausschliessen. Entscheidend ist auch das Kriterium der Wegbedingung der Effektivlieferung nicht; es ist nur eines der verschiedenen Symptome für den Spielcharakter des Geschäftes. Ein Börsengeschäft kann ein Spielgeschäft sein, selbst wenn die Parteien wirkliche Lieferung verabredet haben; dabei ist allerdings zuzugeben, dass, wenn nicht einmal Wegbedingung oder Nichtwegbedingung der wirklichen Lieferung als massgebendes Kriterium angesehen werden kann, es noch schwieriger und vager ist, zu entscheiden, ob Spiel vorliege.

Man wird nach sämtlichen Umständen des konkreten Falles die Frage zu entscheiden haben: haben die Parteien lediglich einen Preis für das Wagen vereinbaren wollen?

M. le professeur *Rossel*, rapporteur, ne présentera que quelques brèves observations. Il n'attache pas une impor-

tance exagérée à sa 2° proposition. Il répond à M. Gentet qu'il n'envisage nullement tous les marchés à terme comme des opérations de jeu, mais seulement les marchés différentiels; au reste, il n'est pas nécessaire que l'intention de jouer se manifeste au début de l'opération; elle peut se manifester ultérieurement de la part de l'une ou de l'autre des parties et se produire même au cours de l'opération.

La notion du „reines Differenzgeschäft" n'est point une notion purement théorique, comme le prétend M. le Dr. Temme, ou alors c'est que l'on ne s'entend pas sur la signification de ces mots. En effet, la jurisprudence s'est trouvée en présence de semblables opérations en Suisse et en Allemagne et a bien su les reconnaître. Il est donc possible qu'on ne soit pas d'accord sur la définition, la chose n'en existe pas moins.

L'exception de jeu n'est peut-être pas un moyen très efficace d'entraver la spéculation; elle est en tout cas un moyen de protéger les joueurs ignorants, qui se sont laissé entraîner dans des spéculations dont ils ignoraient les conséquences.

Quant au système proposé par M. Lang pour mettre un terme aux abus de la spéculation, il est à coup sûr énergique, mais il n'est guère réalisable.

Les remèdes imaginés par M. le prof. Meili ne sont que des palliatifs.

En résumé, les tribunaux ne sont pas faits pour protéger l'agiotage; c'est en cela qu'il faut chercher la justification du principe posé à l'art. 512 al. 2 C. O.

Reg.-Rat Dr. *P. Speiser* in Basel. Was Dr. Temme über den Wert des Art. 512 gesagt hat, ist vollständig richtig; wir schaffen mit der Gestattung der Spieleinrede das Differenzgeschäft nicht ab. Aber die Schlüssigkeit der Folgerung, dass deswegen nun Art. 512 einfach ausgemerzt werden müsse, kann ich nicht anerkennen. Wir haben viele Gesetze, die Verbrechen verbieten; sie hindern nicht, dass Verbrechen begangen werden, deswegen wird es uns doch nicht einfallen, diese Gesetze auf-

zuheben. So verhält es sich auch beim Wucher, der der heute erörterten Frage am nächsten steht.

Prof. Rossel hat mit Recht gesagt, das Recht ist nicht dazu da, Geschäfte zu schützen, die keinen objektiven wirtschaftlichen Wert haben. Differenzgeschäfte werden häufig gemacht von Personen, welche dazu keinen Beruf haben, und wenn Banquiers solche Unerfahrene zum Spiel verleiten, so soll der Richter ihnen nicht seinen Schutz verleihen. Es ist ein schöner Grundsatz: jeder Vertrag soll gehalten werden, ein Mann, ein Wort; allein das durch die Differenzgeschäfte herbeigeführte Elend zwingt uns, ihn preiszugeben. Der entscheidende Gesichtspunkt ist der: der Richter ist nicht dazu da, solche Spekulationen zu schützen; dagegen tritt sein Schutz dann ein, wenn gewerbs- oder planmässig reelle Geschäfte betrieben werden.

Wir haben übrigens im Obligationenrecht, in den Bestimmungen über die Konventionalbusse bereits ein Beispiel dafür, dass der Grundsatz: ein Mann ein Wort im Rechte nicht überall gilt. Der Gedanke jener Bestimmung über die richterliche Moderationsbefugnis ist der: wenn die Konventionalstrafe übermässig, unvernünftig, dann soll der Richter seine Hand nicht leihen zum Ruine eines Mannes. Derselbe Gedanke steckt in Art. 512: unsinnige Engagements, unbewusst oder halb unbewusst eingegangen, sollen keine rechtlichen Verpflichtungen erzeugen und keinen richterlichen Schutz finden können.

Damit wird die Diskussion geschlossen; von einer Abstimmung über die Thesen des Referenten und Korreferenten wird Umgang genommen.

III.

Auf Einladung des Herrn Regierungsrates Dr. P. Speiser wird als Versammlungsort für die 32. Jahresversammlung Basel bezeichnet.

Der Präsident schliesst die 31. Jahresversammlung mit dem Ausdruck der Freude über das Gelingen der wissenschaftlichen Arbeiten des Vereins, das wesentlich den gediegenen Vorarbeiten der Herren Berichterstatter zu verdanken ist.

Frauenfeld, den 5. September 1893.

Der Präsident:

Dr. Carl Stooss.

Der Aktuar:

Dr. A. Hoffmann.

Berne, le 1er octobre 1893.

A Messieurs les membres de la Société suisse des juristes.

Messieurs et chers collègues,

Dans sa séance de ce jour, le Comité a décidé de mettre les questions ci-après à l'ordre du jour de la prochaine réunion, qui aura lieu à Bâle, en 1894:

1° Des principes à mettre à la base d'une législation fédérale sur le droit matrimonial quant aux biens.

Rapporteurs: M. *Eugène Huber*, Dr en droit, Professeur à Berne, et M. *Alfred Martin*, Dr en droit, Professeur à Genève.

2° Comment le Code pénal Suisse doit-il traiter les délits de presse?

Rapporteurs: M. *Paccaud*, substitut du procureur général à Lausanne, et M. *H. David*, Dr en droit, Président du Tribunal pénal à Bâle.

De plus le Comité a décidé de mettre au concours la question suivante:

La concurrence déloyale; sa notion et sa répression en droit civil et en droit pénal.

Un premier prix de 500 francs et un second prix de 300 francs seront décernés aux meilleurs travaux présentés.

Bern, den 1. Oktober 1893.

An die Mitglieder des schweizerischen Juristenvereins.

Verehrte Herren Kollegen.

Der Vorstand hat in seiner Sitzung von heute für die Jahresversammlung von 1894, die in Basel stattfinden wird, als Beratungsgegenstände bestimmt:

1. Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht.

Referenten: die Herren Professor Dr. *Eugen Huber* in Bern und Professor Dr. *Alfred Martin* in Genf.

2. Wie soll das Pressdelikt in dem schweizerischen Strafgesetzbuch behandelt werden?

Referenten: die Herren *Paccaud*, substitut du procureur général in Lausanne und Dr. *H. David*, Strafgerichtspräsident in Basel.

Als Preisaufgabe wird ausgeschrieben:

Die concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Civil- und Strafrecht.

Es wird ein erster Preis von 500 Franken und ein zweiter Preis von 300 Franken ausgesetzt.

Sont admis au concours tous les juristes suisses.

Les travaux, écrits en français, en allemand ou en italien, doivent être remis au président de la Société, avant le 1er juillet 1894. L'étendue de chaque mémoire ne doit pas excéder six feuilles d'impression. Chaque travail portera une épigraphe, laquelle sera répétée comme adresse d'un pli cacheté renfermant le nom de l'auteur.

Sont exclus du concours les travaux déjà imprimés.

La Société restera propriétaire des mémoires couronnés et elle aura la faculté de les faire imprimer.

Agréez, Messieurs et chers collègues, l'assurance de ma considération la plus distinguée.

Le Président
de la Société suisse des juristes:

Dr. Carl Stooss.

Zur Bewerbung wird jeder schweizerische Jurist zugelassen.

Die Arbeiten sind dem Präsidenten des Vereins vor dem 1. Juli 1894 einzureichen.

Die Arbeit kann in deutscher, französischer oder italienischer Sprache geschrieben sein. Der Umfang soll höchstens 6 Druckbogen betragen.

Die Arbeit und der versiegelte Umschlag, der den Namen des Verfassers enthält, sollen mit der nämlichen Inschrift versehen werden.

Die Arbeit darf noch nicht gedruckt sein.

Das Urheberrecht an den gekrönten Preisschriften geht auf den schweizerischen Juristenverein über, der sich die Drucklegung vorbehält.

Empfangen Sie, geehrter Herr Kollege, die Versicherung vorzüglicher Hochachtung

Der Präsident
des schweizerischen Juristenvereins:

Dr. Carl Stooss.