

e) — Bien qu'il ne soit pas établi que les défendeurs aient voté la dissolution, puisque le scrutin était secret, ils ont immédiatement mis à exécution cette décision, et cessé aussitôt leurs fonctions. A ce nouveau point de vue encore, les défendeurs ont refusé d'exécuter le contrat.

f) — Ils ont manqué à leurs devoirs en laissant fermer le bureau de la société, et en autorisant le guide-chef à cesser ses fonctions, alors qu'il avait signé un engagement pour une année, ce qui a eu pour conséquence de détourner les commandes de courses, au profit de la nouvelle société concurrente ; la cessation de la distribution de courses à tour de rôle constitue une des causes les plus importantes du dommage éprouvé par les demandeurs, qui se sont trouvés frustrés ainsi du principal avantage que la société assurait à ses membres.

g) — Enfin les 4 défendeurs sont, dès le lendemain de la dissolution, entrés dans la société nouvelle, au mépris des engagements qui les liaient avec l'ancienne, et des droits des sociétaires demeurés fidèles à celle-ci.

Pour toutes ces considérations, les défendeurs ont assumé, à tout le moins pour une forte part, la responsabilité des causes et des conséquences de la dissolution ; ils sont dès lors tenus, envers les demandeurs, à la réparation du dommage causé à ceux-ci par les prédits agissements.

10. — En tenant compte des circonstances, notamment du fait que les demandeurs ont été privés, ensuite de la dissolution, pendant le reste de la saison, d'un nombre de courses qui auraient atteint environ la moitié de leur recette annuelle ; si l'on considère en outre qu'une responsabilité plus grande incombe aux défendeurs, comme membres du comité, qu'aux simples sociétaires, et qu'il appartient au juge d'après l'art. 116 CO., d'évaluer le dommage librement, et d'accorder notamment, en cas de faute grave, des dommages-intérêts supérieurs au préjudice immédiat démontré, la mise à la charge de chacun des défendeurs d'une somme de 200 fr. apparaît comme un équivalent équitable du dommage souffert par les sieurs Maurice Genoud et consorts. Il n'y a pas

lieu en revanche d'accueillir, en ce qui concerne le paiement de ces sommes, la solidarité à laquelle conclut la demande, attendu que les susdits dommages-intérêts sont accordés pour inexécution d'une convention, et par conséquent à la suite d'actes dont chacun des défendeurs doit répondre individuellement.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis partiellement, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel et de cassation du canton du Valais, le 22 juin 1898, est réformé en ce sens que chacun des quatre défendeurs est condamné à payer à la partie demanderesse une somme de deux cents francs (200 fr.) à titre de dommages-intérêts.

98. Urteil vom 10. Dezember 1898 in Sachen
Tobler gegen Bodenehr.

*Klagloses Differenzgeschäft (Art. 512 Abs. 2 O.-R.)?
Parteiwillen; That- oder Rechtsfrage?*

A. Durch Urteil vom 10. Oktober 1898 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt das Urteil des Zivilgerichtes daselbst bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil lautet:
Der Beklagte wird zur Zahlung von 6088 Fr. 75 Cts. nebst 5% Zins seit 31. Dezember 1896 an den Kläger verurteilt.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen: Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage gänzlich abzuweisen; eventuell nach Bervollständigung des Beweisverfahrens durch Citation der Bücher des Klägers und der Originalverträge über die abgeschlossenen Baumwollgeschäfte und durch Abhörung der Zeugen: Sattelen-

Koch in Basel dafür, daß der Kläger schon längst in Waren spekuliert habe, als die Parteien einander kennen gelernt, und E. Mezger-Gabler dafelbst zur Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Beklagten.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Beklagten diese Anträge. Der Vertreter des Klägers trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger Bodenehr kaufte Ende 1892 und Anfangs 1893 bei Thomas Barr & Cie. in New-York nach den Usancen der dortigen Baumwoll-Börse 1100 Ballen Baumwolle auf Termin, wovon 300 Ballen für den Beklagten Tobler laut vorausgegangener Korrespondenz mit demselben „für gemeinschaftliche Rechnung,“ « *compte à demi*. » Er hinterlegte dafür in Havre den nötigen Margenbetrag. Vor Eintritt der Termine gerieten Thomas Barr & Cie. in Konkurs; ihre sämtlichen Forderungen wurden sofort liquidiert; hiebei ergab sich für den Kläger ein Verlust, der nach längeren Unterhandlungen auf 19,500 Fr. festgesetzt und vom Kläger bezahlt wurde. Er berechnete nun den Verlustanteil des Beklagten auf $\frac{3}{11}$ hiervon = 5320 Fr., Wert 31. Dezember 1893, und erhöhte diesen Betrag nach wiederholten erfolglosen Mahnungen unter Zuzählung von zwei Jahreszinsen zu $4\frac{1}{2}\%$ auf 31. Dezember 1895 auf 5798 Fr. 80 Cts., und als auch diese Forderung vom Beklagten nicht geregelt wurde, unter Hinzurechnung eines weitem Jahreszinses zu 5% hiervon, auf 6088 Fr. 75 Cts., Wert 31. Dezember 1896. Da der Beklagte seine Schuldpflicht bestritt, belangte ihn der Kläger auf dem Prozeßwege auf Bezahlung der letzterwähnten Summe samt Zins zu 5% davon seit 31. Dezember 1896. Der Beklagte hielt der Klage die Einrede des Spiels entgegen, indem es sich um reine Differenzgeschäfte, bei denen Recht und Pflicht der effektiven Lieferung und Abnahme nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien ausgeschlossen gewesen seien, gehandelt habe, und führte zur Begründung dieses Standpunktes folgendes an: Zur Zeit, da die fraglichen Geschäfte abgeschlossen worden seien, sei er Commis bei Mezger & Cie. mit nur 200 Fr. Monatsgehalt gewesen; unter diesen Umständen, die der Kläger gekannt habe, habe

er niemals die ernstliche Absicht haben können, ein Geschäft über 300 Ballen, das ihn für 150,000 Fr. engagiert hätte, abzuschließen. Auch aus der zwischen den Parteien gewechselten Korrespondenz ergebe sich, daß das Geschäft von Anfang an unter den Parteien als reines Differenzgeschäft betrachtet worden sei. Endlich sei auch die Vermögenslage des Klägers nicht derart, daß dieser effektive Lieferung habe beabsichtigen können, wofür auf die Bücher des Klägers abgestellt werde. Die Höhe der klägerischen Forderung focht der Beklagte nicht an. Der Kläger bestritt, die behauptete Vermögenslosigkeit des Beklagten gekannt zu haben, und brachte vor, dieser sei Hauptmann in der schweizerischen Armee, aus einer gutsituierten Familie, und seine Frau sei Inhaberin eines gutgehenden Modegeschäftes; er bestritt ferner, daß der Thatbestand eines klaglosen Differenzgeschäftes vorliege, und machte endlich geltend, der Beklagte habe aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag, — dessen Abschluß vom Beklagten nicht bestritten ist, — und nun könne der eine Gesellschafter dem andern, ihn mit der *actio pro socio* belangenden, die Einrede des Spiels nicht entgegenhalten.

2. Das Rechtsverhältnis, das zwischen den Parteien bestand ist unbestrittenermaßen und zweifellos dasjenige einer einfachen Gesellschaft im Sinne des Art. 524 D.-R.: Zweck der Gesellschaft war der Kauf von Baumwolle auf Termin, und dieser Zweck sollte mit gemeinsamen Mitteln („für gemeinschaftliche Rechnung,“ « *compte à demi* ») erreicht werden. Daß dieser Gesellschaftszweck etwa unsittlich, widerrechtlich oder unmöglich gewesen sei, und die Gesellschaft deshalb nach Art. 17 D.-R. als rechtsungültig angesehen werden mußte, ist auch vom Beklagten nicht behauptet worden und erscheint als durchaus ausgeschlossen; denn auch wenn anzunehmen wäre, es liege in den Verträgen mit Thomas Barr & Cie. ein reines Differenzgeschäft vor, so ist zu bemerken, daß solche Differenzgeschäfte nach Art. 512 D.-R. lediglich klaglos, dagegen nicht verboten oder unsittlich sind. Der Kläger erhebt nun aus dieser Gesellschaft gegenüber dem Beklagten die Gesellschaftsklage auf Zahlung des Verlustanteils, der sich für den Beklagten aus dem gemeinsamen Geschäft ergeben, und der Beklagte hält dieser Klage die Einrede

des Differenzgeschäftes entgegen. Daher fragt es sich in erster Linie, ob sich die mit Thomas Barr & Cie. abgeschlossenen Geschäfte wirklich als Differenzgeschäfte darstellen. Hierüber ist zu sagen: Ein reines Differenzgeschäft ist nach der feststehenden Praxis des Bundesgerichtes dann vorhanden, wenn die ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Willensmeinung der Parteien auf Ausschluß von Recht und Pflicht der wirklichen Abnahme und Lieferung der gekauften Waren geht, so daß Gegenstand des Vertrages bloß die Differenz zwischen dem Kurse am Tage des Vertragsabschlusses und demjenigen am Stichtage bildet (siehe namentlich Urteil vom 24. September 1892 in Sachen Braunschweig gegen Dulas & Cie., Amtl. Samml., XVIII, S. 537 Erw. 4). Eine ausdrückliche derartige Vereinbarung nun liegt vorliegenden Falls nicht vor, wie sie denn auch im Leben kaum je vorkommen wird; dagegen hat das Bundesgericht stets angenommen, daß aus den Umständen des einzelnen Falles beim Vertragsabschlusse ein Schluß auf diese Willensmeinung der Parteien gezogen werden könne, und als solche Umstände namentlich bezeichnet: die ökonomische Stellung des einen Teils oder beider Teile, die Kenntnis des einen Teils von dieser finanziellen Situation des andern Teils, und das Verhältnis dieser ökonomischen Stellung zu der Höhe der eingegangenen Verpflichtungen. Dabei ist die Frage, wie es sich mit dieser finanziellen Situation, der Kenntnis des andern Teils davon und dem Verhältnisse derselben zu den eingegangenen Verpflichtungen verhalte, Thatfrage, und ist das Bundesgericht an die hierauf bezüglichen Feststellungen der kantonalen Instanzen gebunden, sofern sie nicht altemwidrig sind. Dagegen ist die Frage, welche Bedeutung diesen Umständen im einzelnen Falle beizumessen sei, — eine Frage, die nur auf dem Wege der logischen Schlußfolgerung zu lösen ist, wobei als Obersatz der Begriff des Differenzgeschäftes, als Untersatz die einzelnen konkreten Umstände figurieren — Rechtsfrage und daher vom Bundesgerichte selbständig zu prüfen, denn gerade in dieser Schlußfolgerung liegt die Anwendung des Rechtsbegriffes des sog. reinen Differenzgeschäftes auf den einzelnen Fall (vgl. hiezu: Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 109). In casu nun ist von der ersten Instanz thatsächlich und altengemäß festgestellt, daß der Beklagte Hauptmann sei, aus einer gutsituierten Familie

stamme und daß seine Frau ein gutgehendes Modistengeschäft betreibe; ferner, daß es sich bei dem Risiko, das er übernommen, um 13,000 Fr., einen Fünftel des Kaufpreises von 65,000 Fr., gehandelt habe; endlich daß er diesen Betrag nötigenfalls hätte flüssig machen können. Hieraus zieht sie den Schluß, es sei keineswegs erwiesen, daß Recht und Pflicht wirklicher Abnahme und Lieferung ausgeschlossen gewesen seien. Die zweite Instanz billigt diese Argumentation, mit Ausnahme der Berufung auf die militärische Stellung des Beklagten, und dieser Auffassung ist vollständig beizutreten. In der That haben die kantonalen Instanzen mit Recht den Begriff der finanziellen Situation des Beklagten so gefaßt, daß es nicht nur auf sein Baarvermögen, sondern auf seine gesellschaftliche Stellung und die daraus sich ergebende Kreditfähigkeit und Würdigkeit ankomme. Zu diesem, die Annahme eines sog. reinen Differenzgeschäftes im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis ausschließenden Argumente kommt noch der weitere und ausschlaggebende Grund, daß die Geschäfte mit Thomas Barr & Cie. unbefrittenermaßen nach den New-Yorker Usancen geschlossen wurden, und nun, wie der Kläger behauptet, und der Beklagte nicht bestritten hat, nach diesen Usancen immer effektive Lieferung und Abnahme verlangt werden kann; dieser Thatsache gegenüber könnte auch ein Mißverhältnis zwischen Vermögen und Engagement nicht als schlüssiges Indiz für Annahme eines effektiven Lieferung und Abnahme ausschließenden Parteiwillens angerufen werden, ganz abgesehen davon, daß dieses Mißverhältnis auch bei andern als bei Termingeschäften häufig vorkommt und für sich allein wohl niemals den Schluß auf ein reines Differenzgeschäft zuläßt. Bei dieser ganz klaren Sachlage erscheinen sämtliche vom Beklagten auch heute wieder erneuerten Beweisangebote als unerheblich.

3. Unter diesen Umständen braucht die von der Vorinstanz verneinte Frage, ob der eine Gesellschafter dem andern die Einrede des Spiels überhaupt entgegenhalten dürfe, nicht entschieden zu werden; bemerkt sei nur, daß es doch z. B. zweifelhaft erscheint, ob bei einer Zwecks Spiels abgeschlossenen Gesellschaft die Klage des einen Gesellschafters gegen den andern auf Einzahlung eines Beitrages geschützt werden dürfe.

4. Da die Klage dem Maße nach nicht bestritten wurde, ist

sie nach dem Gesagten in Bestätigung des angefochtenen Urteils gutzuheißen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 10. Oktober 1898 in allen Teilen bestätigt.

99. Urteil vom 10. Dezember 1898 in Sachen
F. G. M. gegen J. M.

Verkauf eines Bordellgeschäfts; unsittliches Geschäft (Art. 17 O.-R.).

A. Durch Urteil vom 8. September 1898 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

Der Kläger, F. G. M., ist mit seinen Klagebegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrage: Es seien in Abänderung des angefochtenen Entscheides die beiden Klagebegehren zuzusprechen.

In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter des Klägers diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter der Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 25. Oktober 1893 verkaufte der heutige Kläger, F. G. M., der heutigen Beklagten, J. M., die Besitzung „Rosengarten“ an der Güterstraße in B., und am gleichen Tage schlossen die Parteien einen zweiten Kaufvertrag ab, dessen wesentlichste Bestimmungen folgendermaßen lauten: „§ 1. Hr. F. M. übergibt an Fräulein J. M. sein an der Güterstraße Nr. 17 und „Baustraße Nr. 1 gelegenes Geschäft laut aufgenommenener Schätzung. „Die nicht aufgeführten Gegenstände, Bingerie, Tapisserien, sowie „die gesamten Kellervorräte, sind laut mündlicher Absprache in

„den Kauf mit inbegriffen. Der vereinbarte Preis beträgt „19,000 Fr. . . . § 5. Der Antritt des Geschäftes soll am „30. Oktober 1893 erfolgen, an welchem Tage Hr. M. das Geschäft an Fräulein M. übergibt.“ Vom Kaufpreise waren 3000 Fr. bei Unterzeichnung des Vertrages, der Rest in jährlichen Raten von 1000 Fr., beginnend am 30. Oktober 1894, zu zahlen. Wie durch die Akten festgestellt ist, und vom Kläger schon bei der mündlichen Verhandlung vor der kantonalen Instanz nicht mehr bestritten wurde, wurde im fraglichen Hause Güterstraße 17 („Rosengarten“) vom Kläger vor diesen Verkäufen ein Bordell betrieben, und ist dieses Gewerbe nach dem 30. Oktober 1893 daselbst von der Beklagten fortgesetzt, und dieselbe wegen gewerbsmäßiger Kupperei und wegen Widerhandlung gegen das Wirtschaftsgezet bestraft worden. Die Beklagte zahlte die 3000 Fr. Anzahlung, sowie die am 30. Oktober 1894 und 30. Oktober 1895 fälligen Raten, verweigerte jedoch die Zahlung der weiteren Raten, indem sie die Verbindlichkeit des ganzen Vertrages, gestützt auf Art. 17 O.-R., anfocht. Daraufhin betrat der Kläger den Prozeßweg, mit den Rechtsbegehren: „1. Die Beklagte sei schuldig, die ihr gemäß Mobilarkaufvertrag vom 25. Oktober 1893 dem Kläger gegenüber obliegenden Leistungen nach Maßgabe der einzelnen Vertragsbestimmungen zu erfüllen; 2. die Beklagte sei demgemäß schuldig, dem Kläger den mittelst Zahlungsbefehl vom „12./14. November 1896 geforderten, von der Beklagten bestrittenen Betrag von 1000 Fr. samt Verzugszins zu 4% seit „14. November 1896 und Folgen zu zahlen.“ Die Vorinstanz hat als erwiesen angenommen, daß Gegenstand des streitigen Kaufvertrages das Bordellgeschäft des Klägers als solches gewesen sei, und demgemäß die Klage in Gutheißung der Anträge der Beklagten auf Grund des Art. 17 O.-R. abgewiesen.

2. Der Kläger begründet seine Berufung in erster Linie mit dem Standpunkt, maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob das streitige Rechtsgeschäft unsittlich sei, sei der objektive Inhalt der dadurch vereinbarten Leistungen; auf den Zweck, zu dem das Rechtsgeschäft abgeschlossen worden sei, komme nach Art. 17 O.-R. nichts an; und da nun der Inhalt des Kaufvertrages an sich keine unsittlichen Leistungen, weder des einen noch des andern