

### 9. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Januar 1914

i. S. **Ehrsam & Cie**, Beklagte und Widerklägerin, gegen  
**Rothschild**, Klägerin und Widerbeklagte.

**Absichtliche Täuschung. Schadenersatz trotz Genehmigung (Art. 31 Abs. 3 OR).** Wer in Kenntnis der Täuschung erfüllt, kann nicht den Schaden aus der Erfüllung ersetzt verlangen, es wäre denn, dass in der Nichtgenehmigung, im Rücktritt vom Vertrage, ein noch grösserer Schaden läge (Erw. 3).  
**Berufung, Art. 81 O G. Anticipando-Beweiswürdigung durch die kantonale Instanz (Erw. 4).**

A. — Mit Urteil vom 1. Oktober 1913 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfragen:

#### a) Hauptklage

« Ist die Beklagte verpflichtet, an die Klägerin 760 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 19. Juli 1912 zu bezahlen? »

#### b) Widerklage

« Ist die Widerbeklagte verpflichtet, an die Widerklägerin 3741 Fr. 90 Cts. nebst 5 % Zins seit 29. Oktober 1912 zu bezahlen? »

beschlossen:

« Von der Reduktion der klägerischen Forderung um 118 Fr. 25 Cts. wird Vormerk genommen »;  
und erkannt:

« 1. Die Beklagte ist schuldig, an die Klägerin 641 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 28. Juli 1912 zu bezahlen und es kann für diesen Betrag in N° 10,788 die Fortsetzung der Betreibung verlangt werden.

» 2. Die Widerklage wird abgewiesen. »

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte und Widerklägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt, es sei die Hauptklage abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen, eventuell: es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Einvernahme der Zeugen Vontobel und Küpfer und nachherigen Aus-

fallung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Mit Vertrag vom 24. Juni 1912 verkaufte die Klägerin und Widerbeklagte der Beklagten und Widerklägerin zwei Schuldbriefe: den einen im Nominalwert von 30,000 Fr., lautend auf Joh. Helbling und haftend auf Bauland in Zürich V, mit einem Kapitalvorstand von 72,000 Fr. nebst laufenden Zinsen ab 1. Juni 1912; den andern im Nominalwert von 8350 Fr., lautend auf Joh. Kopp und haftend auf einem Wohnhaus an der Scheuchzerstrasse in Zürich, nebst Zinsen seit 1. September 1911 und mit einem Kapitalvorstand von 152,618 Fr. 35 Cts. Der Kaufpreis wurde bestimmt auf 25,000 Fr., zahlbar mit zirka 24,000 Fr. innerhalb 14 Tagen an die Leihkasse Stäfa gegen Aushingabe des Schuldbriefes von 30,000 Fr., der Rest zahlbar an die Verkäuferin nach Aushingabe des Schuldbriefes von 8350 Fr. Dieser war bei Bankdirektor Vontobel, jener bei der Leihkasse Stäfa verpfändet, die per 30. Juni 1912 Kontokorrentgläubigerin der Witwe Rothschild für 24,240 Fr. war. Am 11. Juli 1912 schlossen die Parteien eine weitere Vereinbarung ab, wonach u. A. die Käuferin zur Auslösung des Schuldbriefes von 30,000 Fr. bei der Leihkasse Stäfa acht Tage Zeit hatte seit der Uebergabe eines anderen, ebenfalls auf Helbling lautenden Schuldbriefes von 30,000 Fr. durch Edwin Rothschild, einen Vetter der Witwe Rothschild, ansonst sie in eine Konventionalstrafe von 5000 Fr. verfielen. Die Uebergabe jenes weiteren Schuldbriefes erfolgte am 15. Juli 1912, worauf Ehrsam & Cie zunächst 2000 Fr. bei der Leihkasse Stäfa einbezahlten und in der Folge den Rest der Kontokorrentschuld der Witwe Rothschild ablösten.

Inzwischen hatten sie in Erfahrung gebracht, dass gegen Kopp Betreibung auf Verwertung der Liegenschaft an der Scheuchzerstrasse eingeleitet und bereits die Ver-

wertung im Gange war und dass laut Lastenverzeichnis die Vorstände einschliesslich der ausstehenden Zinsen über 160,000 Fr. betrogen, entgegen angeblichen Zusicherungen des Vertreters der Witwe Rothschild beim Vertragsabschluss. Dieser beruht nach der Auffassung von Ehrsam & Cie auf Betrug seitens der Verkäuferin. Ehrsam & Cie machten die Witwe Rothschild für den Schaden verantwortlich, der ihnen aus der Mehrbelastung der Liegenschaft Kopp über 152,618 Fr. 35 Cts. erwachsen sollte, mit dem Beifügen: « Wenn wir uns trotz der » Sachlage entschlossen haben, die Rothschild'sche Position in Stäfa abzulösen, so geschah dies einzig des » halb, weil wir nicht durch Rücktritt vom Vertrag un » sere à conto-Zahlung von Fr. 2000 aufs Spiel setzen » wollten. » An der Gant ersteigerten dann Ehrsam & Cie die Liegenschaft Kopp für 157,000 Fr. Im Oktober 1912 leitete Witwe Rothschild die vorliegende Klage ein, die ursprünglich auf 760 Fr. ging, jetzt noch auf 641 Fr. 75 Cts., als Restanz dessen, was Ehrsam & Cie der Klägerin nach Ablösung ihrer Schuld bei der Leihkasse Stäfa noch zu leisten haben. Ehrsam & Cie haben die eingeklagte Forderung an sich nicht bestritten, aber ihrerseits von der Klägerin Ersatz des Schadens verlangt, der ihnen durch die Täuschung zugefügt worden sei und der in der Differenz zwischen dem Zuschlagspreis von 157,000 Fr. und dem zugesicherten Vorstand von 152,618 Fr. 35 Cts. bestehe. Hievon verstellen sie 641 Fr. 75 Cts. zur Verrechnung mit der Hauptklageforderung; der Rest bildet den Gegenstand ihrer Widerklage. Beide kantonalen Instanzen haben die Hauptklage geschützt und die Widerklage abgewiesen.

..... 3. — In der Sache selbst ist davon auszugehen, dass die Widerklägerin nicht den Vertrag als unverbindlich angefochten und den Rücktritt erklärt, sondern gegenteils erfüllt hat und zwar in Kenntnis der grösseren Belastung der Liegenschaft, auf die ihr der Schuldbrief Kopp von 8350 Fr. abgetreten worden ist, und der

Hängigkeit der Grundpfandbetreibung. Sie hat aber dabei ausdrücklich erklärt, dass sie sich ihre Schadenersatzansprüche gegenüber der Widerbeklagten vorbehalte und sie ist der Auffassung, dieser Vorbehalt genüge, um ihre auf Schadenersatz gerichtete Widerklage als begründet erscheinen zu lassen. Die kantonalen Instanzen verneinen das mit der Begründung, Art. 31 Abs. 3 OR sei dahin zu verstehen, dass die Möglichkeit einer Schadenersatzforderung trotz Genehmigung des Vertrages nicht die Regel, sondern eher eine Ausnahme bilden solle; jedenfalls aber könne der betrogene Teil, der den Vertrag trotz Kenntnis des Betruges erfülle, vom Vertragsgegner nicht den Schaden ersetzt verlangen, der sich erst aus der Genehmigung ergebe und den der ihn geltend machende also sich selbst zuziehe.

Zu Unrecht ficht die Widerklägerin diese Auffassung als rechtsirrtümlich an. Die Voraussetzungen, unter denen trotz Genehmigung eines wegen absichtlicher Täuschung unverbindlichen Vertrages ein Schadenersatzanspruch nach Art. 31 Abs. 3 OR besteht, sind freilich in Doktrin und Praxis bestritten. Einigkeit herrscht darüber, dass ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht den Schadenersatzanspruch ausschliesst. Hier hat aber die Widerklägerin ihre Schadenersatzansprüche ausdrücklich vorbehalten. Allein es fragt sich, ob sie den vorbehaltenen und eingeklagten Schaden aus der Erfüllung in Verbindung mit der nachträglichen Abwicklung, nämlich der Realisierung des abgetretenen Schuldbriefes, geltend machen könne. Das ist mit der Vorinstanz zu verneinen. Denn dieser Schaden ist nicht durch den Abschluss des Vertrages und auch nicht durch den Abschluss zu jenen Bedingungen, insbesondere zur Höhe des Kaufpreises, entstanden. Er war bei der Genehmigung noch gar nicht vorhanden, sondern er ist erst durch die Erfüllung entstanden, streng genommen erst durch einen der Erfüllung nachfolgenden Rechtsakt, der sich indessen als wirtschaftliche Folge der Erfüllung erweist, nämlich

durch die Ersteigerung der Liegenschaft durch die Widerklägerin. Der Geltendmachung dieses Schadens steht der allgemeine Rechtssatz entgegen, dass niemand von einem Dritten Ersatz eines Schadens verlangen kann, den er selber herbeigeführt hat. Vergl. die überzeugenden Ausführungen WÄCHTERS in Bl. f. zürch. Rspr. 3 ad N° 60, sowie v. TUHR in Ztschr. f. schw. R. 17 S. 66.

Hievon wäre nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn in der Nichtgenehmigung, im Rücktritt, ein grösserer Schaden läge. Denn dann könnte dem Geschädigten nicht zugemutet werden, diesen grösseren Schaden zu riskieren, v. OSER, Komm. S. 133. So liegt aber hier die Sache nicht. Die Widerklägerin hätte bei Rücktritt vom Vertrag im schlimmsten Falle die Anzahlung von 2000 Fr. an die Leihkasse Stäfa eingebüsst. Nach aktenmässiger Feststellung der ersten Instanz, der die zweite stillschweigend beitrug, ist auch das nicht nachgewiesen. Dass der abgetretene Brief zu Verlust gekommen ist, beweist hiefür nichts und dass die Widerbeklagte im Ausland hätte belangt werden müssen, wäre höchstens eine prozessualische Erschwerung. Die Zahlung der für den Fall der nicht rechtzeitigen Ablösung des Schuldbriefes von 30,000 Fr. vorgesehenen Konventionalstrafe sodann konnte nicht in Betracht fallen, da die Verurteilung zu dieser Konventionalstrafe ganz fern lag. Die Widerklägerin hat es vorgezogen, das Risiko der Erfüllung auf sich zu nehmen; sie kann dieses jetzt nicht auf die Widerbeklagte abwälzen, zumal da das ganze Rechtsgeschäft aleatorischen Charakter trug, wie die erste Instanz richtig bemerkt hat.

4. — Daraus ergibt sich die Unbegründetheit der Forderung der Beklagten und Widerklägerin und implizite die Unerheblichkeit des eventuellen Berufungsantrages auf Abhörung der Zeugen Vontobel und Küpfer. Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Einvernahme dieser Zeugen ist noch aus einem anderen Grunde ausgeschlossen. Es steht fest, dass weder Vontobel noch

Küpfer beim Abschluss des Vertrages zugegen waren. Die Vorinstanz schliesst daraus, dass mit ihrer Abhörung nichts entscheidendes über das zwischen den Parteien verhandelt bewiesen werden könnte. Hierin liegt eine anticipando-Beweiswürdigung, über die das Bundesgericht nicht hinwegschreiten kann. Die Berufung ist also durchwegs unbegründet.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Oktober 1913 bestätigt.

10. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Februar 1914 i. S.  
Bea, Beklagte, gegen Stumpf, Kläger.

« Kaufvertrag » über ein Automobil, wobei der « Kaufpreis » durch eine Bank in Form einer von den « Käufern » zu verbürgenden Kreditbewilligung auszuzahlen ist. Gleichzeitiger « Mietvertrag » über das Automobil, wonach die « Käufer » es dem « Verkäufer » unentgeltlich zur freien Benützung überlassen sollen. Auslegung dieser Verträge auf Grund ihres Inhaltes und der Umstände des Falles, namentlich früherer Vertragsbeziehungen der Parteien, dahin, dass insofern Simulation vorliegt, als in Wirklichkeit der « Verkäufer » einen von den « Käufern » zu verbürgenden Darlehensbetrag erhalten sollte und den Bürgen durch Dargabe des Automobils Realsicherheit zu leisten hatte.

1. — Am 19. November 1908 hat der Beklagte Bea, Automobilhändler in Basel mit dem Kläger Stumpf und J. Steurer einen « Kaufvertrag » abgeschlossen, wonach er erklärte, ihnen einen (näher bezeichneten) Motorwagen Prunello zum Gesamtpreise von 5000 Fr. zu verkaufen. Den genannten Betrag sollte der Beklagte von einer Basler Bank in Konto-Korrent erhalten gegen Bürgschaft des Klägers und Steuerers, denen wiederum Frau Josefine Weckerle Rückbürgschaft zu leisten hatte. Der