

Beklagten Hürlimann nachgelebt haben, und dass zudem, wo sie von ihnen abwichen, ein Kausalzusammenhang zwischen dieser Abweichung und dem Eintritt des Schadens nicht besteht. Was aber den Beklagten Hürlimann anbelangt, so hatte er von seinen Vorgesetzten den Auftrag erhalten, den nächtlichen Automobilverkehr bei Benken zu überwachen. In Ausführung dieses Befehles, also zweifellos in Ausübung seiner Dienstpflicht, hat er den Unteroffizierspostens aufgestellt und ihm die Befehle gegeben, die zur Tötung Grünzweigs führten. Auch davon, dass ein grobes Verschulden dargetan sei, das im Sinne der obenstehenden Ausführungen auf die Verfolgung privater Zwecke schliessen liesse, kann nicht die Rede sein. Die vom Beklagten Hürlimann befohlenen und von den übrigen Beklagten ausgeführten Massnahmen entsprachen vielmehr, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, in allen Teilen den gegebenen Verhältnissen und waren insbesondere auch nicht durch den oben zitierten Befehl des Generalstabschefs über den Waffengebrauch verboten worden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Juni 1920 bestätigt.

32. Urteil der II. Zivilabteilung von 28. April 1921
i. S. Naser gegen Fatzer.

Art. 171 OR: Gewährleistung für die Bonität der abgetretenen Forderung. Ist die Zusicherung, der Titel sei gut, Haftungsübernahme?
Art. 31 Abs. 3 OR: Schadenersatzanspruch nach Genehmigung eines wegen Betrugs unverbindlichen Vertrages. Negatives Vertragsinteresse.

A. — Die Klägerin, Witwe Elise Naser, fertigte unterm 16. Juni 1915 dem Notar Fatzer, dem Erblasser der Beklagten, ihr in Romanshorn gelegenes Wohnhaus zum Preise von 37,000 Fr. zu. Laut Kaufvertrag sollte dieser Betrag getilgt werden durch Uebernahme einer auf der Liegenschaft haftenden Hypothek von 26,000 Fr., durch Errichtung eines Schuldbriefes von 6000 Fr. im II. Range und durch Abtretung eines Kaufschuldversicherungsbriefes per 5700 Fr., lastend auf einem einer Martha Oberli in Goldach gehörenden Grundstück. Der Käufer versicherte der Klägerin in Gegenwart des Grundbuchbeamten, der Kaufschuldversicherungsbrief sei gut. In Wirklichkeit hatte die Schuldnerin Oberli seit Jahren keine Zinsen mehr bezahlt und Fatzer selbst, der den Brief seinerzeit unter gleichzeitiger Verbürgung an die Thurgauische Hypothekenbank abgetreten hatte, war genötigt gewesen, der Bank die Zinsen zu entrichten, weshalb er sich auch gegenüber den Eheleuten geäussert hatte, der Brief sei nichts wert.

Am 5. Februar 1916 betrieb die Klägerin die Schuldnerin des abgetretenen Titels für Kapitalzinse. Ueber die Eheleute Oberli wurde in der Folge der Konkurs eröffnet, wobei die Klägerin mit ihrem Brief (Zins und Kapital) zu Verlust kam. Nunmehr erhob Frau Naser am 18. November 1916 gegen Fatzer bei den thurgauischen Strafbehörden Strafklage und erklärte, als sie auf Ersuchen des thurgauischen Untersuchungsrichters

vom Bezirksamt Rorschach am 30. November 1916 einvernommen wurde, sie erhebe auch Zivilklage. Die Strafuntersuchung wurde jedoch eingestellt. Im Juli 1917 leitete die Klägerin die vorliegende Zivilklage auf Zahlung von 5700 Fr. nebst Zins ein, wobei sie sich auf Art. 171, eventuell auf die Bestimmungen über die Haftung aus absichtlicher Täuschung, Art. 28 spez. 31 III OR, berief.

Der Beklagte bezw. seine Erben — im Verlaufe des Prozesses starb Fatzer, an seine Stelle traten seine Frau und sein Sohn, und als auch die erstere starb der Sohn allein — bestritten die Abgabe einer Garantieverpflichtung im Sinne von Art. 171 wie auch das Vorliegen einer Täuschung und stellten sich sodann eventuell auf den Standpunkt, wenn eine Täuschung angenommen werden sollte, hätte die Klägerin nur Aufhebung des Vertrages verlangen können, ferner fehle es am Nachweis eines Schadens und zudem sei die Forderung infolge Verzichtes und auch infolge Verjährung untergegangen.

B. — Beide Vorinstanzen haben die Klage teilweise, das Obergericht mit Urteil vom 14. Dezember 1920 im Betrage von 800 Fr. zugesprochen. Die zweite Instanz hat angenommen, die Verjährung der Ansprüche der Klägerin sei durch ihre Erklärung vor Bezirksamt Rorschach, sie erhebe Zivilklage, unterbrochen worden, auch liege ein Verzicht nicht vor. Die Haftung der Beklagten Partei könne sich dagegen nicht auf Art. 171 wohl aber auf Art. 31 III OR stützen; die Täuschung über die Bonität des Titels sei bewiesen, und wenn auch nach dem Gutachten des Oberexperten der Verkehrswert der verkauften Liegenschaft mit nur 32,000 Fr. veranschlagt werden könne, so sei die Klägerin doch dadurch geschädigt worden, dass ihre Hoffnungen auf den erwarteten Gewinn sich nicht erfüllt haben. Immerhin habe sie nicht annehmen können, der Brief sei vollwertig, weshalb ihr auch nur zu ersetzen sei, was nach den Umständen als Wert des Titels habe betrachtet werden können.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf gänzliche Zusprechung der Klage eventuell Rückweisung der Akten zur Beweisergänzung. Der Beklagte hat sich dieser Berufung angeschlossen und gänzliche Abweisung der Klage beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Nach den für den Berufungsrichter verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, dass die Klägerin von Notar Fatzer über die Bonität des streitigen Kaufschuldversicherungsbriefes absichtlich getäuscht wurde. Angesichts der Tatsache, dass der Anrechnungsbetrag dieses Titels einen wesentlichen Bruchteil des Gesamtkaufpreises ausmachte, steht ferner ausser Frage, dass die Klägerin ohne diese Täuschung, d. h. wenn sie die gänzliche Wertlosigkeit des Titels gekannt hätte, den Kaufvertrag nicht abgeschlossen haben würde. Sie wäre daher zweifellos berechtigt gewesen, den Kauf wegen Täuschung im Sinne von Art. 28 OR anzufechten. Statt dessen lehnte sie die ihr in diesem Sinne gemachten Offerten ab, weil sie, nunmehr nach Goldach übersiedelt, nicht mehr nach Romanshorn zurückkehren wolle.

2. — Frägt es sich daher, was für Ansprüche die Klägerin, nachdem sie auf das Anfechtungsrecht aus Art. 28 OR verzichtet hat, aus der Täuschung durch den Käufer ableiten kann, so hat es die Vorinstanz zunächst mit Recht abgelehnt, den Art. 171 OR auf den vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen. Die Haftung aus Art. 171 OR setzt voraus, dass der Zessionar der Forderung sich verpflichtet hat, für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners einzustehen. Eine solche Garantieverpflichtung kann in der blossen Zusicherung der Bonität des Titels nicht erblickt werden. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob der Zedent erklärt, der Titel sei gut, oder ob er die Haftung für die Bonität übernimmt.

Auch der Titelverkäufer, der *bona fide* den Titel als gut bezeichnet, wird im Zweifel das Risiko einer allfälligen späteren Aenderung der Verhältnisse, d. h. einer Entwertung des Titels nicht auf sich nehmen wollen. Allerdings können besondere Begleitumstände in dem Titelempfänger den Glauben rechtfertigen, dass mit Abgabe der Zusicherung der Bonität auch eine Garantie für die Einbringlichkeit übernommen werde. Allein solche besondere Umstände fehlen hier.

3. — Art. 171 kann auch nicht durch die Art. 197 ff. OR ergänzt werden. Der Gesetzgeber hat dadurch dass er für die Abtretung von Forderungen besondere Normen über die Gewährleistung aufstellte, die Anwendbarkeit der Art. 197 ff. ausschliessen wollen. Wäre die Abtretung nach 1918 erfolgt, so könnte sich allerdings fragen, ob dieser Ausschluss des Art. 197 ff. auch für die Uebertragung von Wertpapieren Gültigkeit beanspruchen könne, denn mit 1. Januar 1919 hat der Kanton St. Gallen (Gesetz betreffend die Revision des Art. 209 des Einf. Ges. zum ZGB vom 27. November 1918) den Kaufschuldversicherungsbrief dem Schuldbrief des ZGB gleichgestellt. Allein die Abtretung erfolgte schon 1915; damals aber unterstand nach st. gallischem Recht der Kaufschuldversicherungsbrief dem Rechte der Grundpfandverschreibung (Art. 209 des Einf.- Ges. vom 16. Mai 1911).

4. — Verbleibt daher nunmehr die Frage der Haftung aus Art. 31 III OR, so ist zunächst nach der Fassung dieser Bestimmung nicht ohne weiteres klar, welcher Natur der Ersatzanspruch ist, den der Gesetzgeber durch sie vorbehalten will. Diese Zweifel werden jedoch behoben, wenn man zur Auslegung die Gesetzesmaterialien heranzieht.

Art. 31 entspricht im wesentlichen dem Art. 28 II aOR. Abänderungsanträge, die bei der Beratung des rOR gestellt wurden, blieben erfolglos. Art. 28 II aOR sodann geht zurück auf eine Bestimmung, Art. 43 II,

im Fick'schen Entwurf (herausgegeben 1875): « Ebenso kann, wenn der anfechtbare Vertrag nicht angefochten wird, statt dessen, Schadenersatz verlangt werden. » Dieser Artikel wurde in den Entwurf der Kommission (herausgegeben 1877) unverändert herübergenommen. Dazu führt von Wyss in den « Bemerkungen zum Kommissionalentwurf erster Lesung eines Obligationenrechtes » (herausgegeben 1877) aus: « Wir sind ganz damit einverstanden, dass . . . der Schadenersatzanspruch, d. h. die selbständige Deliktsklage aus Betrug und Drohung, scharf und bestimmt von der kontraktlichen Wirkung ausgeschieden wird. Jene Deliktsklagen entspringen dem Prinzip des Art. 84 (aOR Art. 41), diese demjenigen des Art. 49 (aOR Art. 1). Der Gegensatz tritt noch klarer hervor, wenn nach unserem Vorschlage die formelle « Anfechtung » beseitigt wird (gemeint ist der Vorschlag, bei Betrug und Zwang an Stelle der blossen Anfechtbarkeit die einseitige Nichtigkeit einzuführen). Der für den Betrogenen oder Genötigten an sich unverbindliche Vertrag kann von demselben nachträglich genehmigt werden oder nicht: in beiden Fällen bleiben die Folgen der einmal begangenen widerrechtlichen Handlung, des Deliktes, unverändert... » Diesen Gedanken wollte Wyss im Gesetz ausdrücklich festgestellt wissen und schlug daher einen Art. 43 folgenden Wortlautes vor: « Der betrogene oder genötigte Kontrahent kann nach Massgabe der Art. 84 ff. von dem Urheber des Betruges oder der Nötigung Schadenersatz fordern, sei es dass er nachträglich den Vertrag genehmigt oder nicht. » Der Entwurf von 1879 enthält keine derjenigen des Art. 43 des Fick'schen Entwurfes analoge Bestimmung, sondern begnügt sich damit für den Fall von *dolus* und *metus incidens* das Recht auf Schadenersatz vorzubehalten. Offenbar wurde eine Verweisung auf die Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen als überflüssig betrachtet. Warum dann nachträglich bei der definitiven Redaktion des Gesetzes doch wieder

eine dem Art. 43 entsprechende Bestimmung, der Art. 28 Abs. 2, aufgenommen wurde, ist aus den Verhandlungsprotokollen nicht ersichtlich. Jedenfalls aber ist der Sinn dieses Vorbehaltes kein anderer als der von WYSS an der zitierten Stelle umschriebene, wären doch sonst WYSS' Ausführungen nicht unwidersprochen geblieben.

Die Auffassung, Art. 31 III garantiere nur die Anwendbarkeit der Art. 41 ff. OR, kann sich aber nicht nur auf diese Entstehungsgeschichte, sondern auf eine im wesentlichen einhellige Praxis und Doktrin stützen. (HAFNER N. 9 zu Art. 28; VON TUHR, Zschr. f. schweiz. Recht n. F. 17 S. 65; OSER zu Art. 31 N. F.; BECKER N. 10 b; ROSSEL 4. Aufl. S. 72; WÄCHTER in Blätter f. zürch. Rechtsprechung 3 S. 102; HGE 18 S. 235.) Insbesondere aber hat sich auch das Bundesgericht wiederholt in diesem Sinne ausgesprochen (31 II 203; 40 II 372).

5. — Mit der Natur des Anspruches als eines Deliktsanspruches ist im wesentlichen auch sein Inhalt bestimmt. Der Täuschende haftet aus Art. 31 III nur für die Folgen seines Deliktes, d. h. dafür, dass er durch Täuschung seinen Kontrahenten zum Abschluss eines Vertrages verleitet hat, den dieser ohne die Täuschung nicht abgeschlossen hätte. Inwieweit dabei die vertraglichen Ansprüche erfüllt oder nicht erfüllt wurden, kommt nicht in Betracht. Der Getäuschte hat insbesondere kein Recht darauf, konform den vertraglichen Zusicherungen behandelt zu werden. Um den Schaden zu bestimmen, ist vielmehr die ökonomische Situation des Getäuschten vor Abschluss des Vertrages und die ökonomische Situation wie sie infolge des Deliktes, d. h. infolge des durch den Betrug erwirkten Vertragsschlusses entstanden ist, zu vergleichen, m. a. W. der Getäuschte hat jedenfalls nur Anspruch darauf, durch die Ersatzleistung in die ökonomische Stellung zurückversetzt zu werden, in der er sich befinden würde, wenn er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte (negatives Vertragsinteresse) AS 40 II 372.

Hievon ausgegangen ist im vorliegenden Fall zunächst darauf hinzuweisen, dass die Klägerin aus dem Verkauf durch Uebernahme von Hypotheken durch den Käufer und durch Ausstellung eines Schuldbriefes Vermögenswerte im Gesamtbetrage von 32,000 Fr. erhalten hat. Der Verkehrswert des Grundstückes, das sie als Gegenleistung dem Käufer gegeben hat, beträgt aber nach der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz ebenfalls nur 32,000 Fr. Die Verleitung zum Vertragsabschluss hat somit für sie keine Verschlechterung der ökonomischen Situation zur Folge gehabt. Hätte sie allerdings dartun können, dass sie ohne den Vertragsschluss mit Fatzer das Grundstück über dem Verkehrswert hätte verkaufen können, oder dass es ihr möglich gewesen wäre, selber einen grösseren Nutzen aus der Liegenschaft zu ziehen, so wäre ihr dennoch ein Schaden entstanden. Ein solcher Beweis ist jedoch nicht geleistet worden.

Die Klage muss daher schon weil es am Nachweis eines Schadens fehlt abgewiesen werden, und es erübrigt sich, auf die ferner vom Beklagten aufrecht erhaltene Einrede einzutreten, die Klägerin habe in Kenntnis dieser Verhältnisse den Vertrag genehmigt, selbstverschuldeter Schaden sei aber kein Schaden im Rechtssinn, es liege daher ein Fall vor, wo die Genehmigung die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ausschliesse. Wie diese können sodann auch die Fragen des Verzichts und der Verjährung dahingestellt bleiben.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Hauptberufung wird unbegründet erklärt, die Anschlussberufung zugesprochen und dementsprechend die Klage gänzlich abgewiesen.