

Besitz eines Schlüssels war, was nach der gesamten Aktenlage allerdings anzunehmen ist, so hatte er denselben entweder von jeher besessen, ohne daß er etwa mit Rücksicht auf die Pfandbestellung zu dessen Gebrauch ermächtigt worden wäre, oder aber er hatte sich denselben seit der vermeintlichen Pfandbestellung heimlich anfertigen lassen. In beiden Fällen kann er sich heute auf den Besitz dieses Schlüssels umsoweniger berufen, als er seinen Mieter im Glauben gelassen hatte, er besitze keinen Schlüssel, was daraus ersichtlich ist, daß er denselben im Januar 1904, also geraume Zeit nach der angeblichen Pfandbestellung ersuchte, ihm „den Kellerschlüssel“ für zwei bis drei Tage zu überlassen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Mai 1905 bestätigt.

### 58. Urteil vom 15. Juli 1905 in Sachen

**Droz, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Moser, Kl. u. Ber.-Bekl.**

**Schadenersatzklage wegen Betrugs** (Kauf von Waren in der Absicht, sie nicht zu bezahlen). Art 50 OR; Verhältnis zu Art. 24 eod.

A. Durch Urteil vom 4. April 1905 hat das Obergericht des Kantons Aargau, Abteilung für Strassachen, erkannt:

1. Der Beanzigte Henri Droz wird wegen des Vergehens der Beschädigung durch Mißbrauch des Vertrauens und des Versuchs dieses Vergehens zu einer korrekzionellen Zuchthausstrafe von acht Monaten, wovon die ausgestandene Haft von 116 Tagen in Abzug zu bringen ist, verurteilt.

2. Die Beanzigte Frau Anna Droz geb. Bodenmann wird wegen Beihülfe zu dem von ihrem Ehemann begangenen Vergehen des Versuchs des Vertrauensmißbrauchs außer der ausständenen Untersuchungshaft zu einer Gefangenschaftsstrafe von vier Wochen verurteilt, und wird die ihr zugesprochene Entschädigung gestrichen.

3. Der Beanzigte Henri Droz wird verurteilt, dem Anzeiger Jean Moser den erlittenen Schaden mit 4470 Fr. 50 Cts. nebst Zins à 5 % seit 22. Oktober 1903, dem Tage der Strafanzeige, zu ersetzen.

B. Gegen Dispositiv 3 dieses Urteils hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag:

Es sei in Abänderung des mittelst Berufung angefochtenen Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau, Abteilung für Strassachen, der Anzeiger Jean Moser mit seinen Entschädigungsbegehren abzuweisen.

C. Im heutigen Termine haben sich die Parteien nicht vertreten lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger verkaufte dem Beklagten vom Mai bis Juli 1902 zu mehreren Malen Tuchwaren. Der Beklagte hatte mit einer Bestellung von zirka 200 Fr. begonnen, hatte aber in der Folge immer größere Bestellungen gemacht, zuerst für zirka 500 Fr., dann für zirka 1500 Fr. und endlich (unterm 16./19. Juli) für 4530 Fr. 50 Cts. Dabei war nach Vereinbarung der Kaufpreis einer jeden Sendung immer bei Ablieferung der nächsten Sendung nachgenommen worden. Die Waren hatte der Beklagte jeweilen sofort nach Empfang gegen baar weiter verkauft. Der Kaufpreis der letzten Sendung wäre innert 30 Tagen zu zahlen gewesen. Droz ersuchte aber um Stundung bis auf 90 Tage, und der Kläger ging hierauf ein. Am 1. September bestellte der Beklagte beim Kläger weitere Waren im Werte von 12,000—13,000 Fr. und stellte dabei in Aussicht, daß er bei Empfang dieser Waren den Preis der letzten Sendung von zirka 4500 Fr. zahlen werde. Diese am 1. September bestellten Waren sind indessen nicht mehr geliefert worden, da der Kläger inzwischen erfahren hatte, daß der Beklagte schon seit April 1902 fruchtlos ausgespädet sei.

Wegen der hievorigen geschilderten Handlungsweise des Beklagten erging das sub A hievorige wiedergegebene Urteil. Im Strafprozesse gab der Beklagte zu, dem Kläger „restanzlich 4470 Fr. 50 Cts.“ schuldig zu sein.

2. Die Vorinstanz hat den Beklagten aus dem Grunde zur Zahlung von 4470 Fr. 50 Cts. nebst Zins an den Kläger ver-

urteilt, weil der Beklagte den Kläger durch Vertrauensmißbrauch im Sinne des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes um diesen Betrag geschädigt habe.

Nun kann zunächst nicht bezweifelt werden, daß das vom aarg. Richter als Vertrauensmißbrauch qualifizierte Vorgehen des Beklagten zugleich eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 50 OR, und zwar ein Betrug war, und daß dieselbe den Beklagten daher, eben auf Grund von Art. 50 OR, zu Schadenersatz verpflichtete, ganz abgesehen davon, daß sie nach Art. 24 OR auch zur Anfechtung des Kaufvertrages (vergl. Erwägung 4 hienach) hätte führen können. Denn ein Betrug liegt nicht nur dann vor, wenn eine Täuschung über eine Tatsache durch Erregung eines Irrtums erfolgt, sondern auch dann, wenn ein schon vorhandener Irrtum, sei es durch positive Handlungen, sei es durch Unterlassungen, unterhalten wird (vergl. A. S. d. hg. G., Bd. XXII, S. 487).

Im vorliegenden Falle hat allerdings der Beklagte den Kläger durch keine positiven falschen Angaben über seine Zahlungsfähigkeit zum Vertragsabschlusse verleitet, und anderseits war er dazu, ihn von sich aus über seine schlechte ökonomische Lage aufzuklären, nicht verpflichtet (vergl. A. S. d. hg. G., Bd. XIX Nr. 89 Erw. 4; Bd. XXIII Nr. 33 Erw. 9). Dagegen fehlte beim Beklagten von vorneherein jede ernstliche Absicht, den Verkäufer zu bezahlen. Der Beklagte hat zuerst ganz bescheidene, seinen Verhältnissen entsprechende, dann aber immer größere Bestellungen gemacht und den Verkäufer zu deren Effektuierung jeweilen dadurch veranlaßt, daß er ihn ermächtigte, den Betrag der letzten, kleinern Sendung auf der neuen, größern Lieferung nachzunehmen. Die Zahlung der kleinern Faktur diente dermaßen stets dazu, den ungedeckten Kredit noch zu erhöhen. Der Beklagte hat somit dem Kläger ernstliche Käufe zu dem Zwecke vorgespiegelt, um sich in den Besitz von Waren zu setzen, die er nur unter der Voraussetzung zu zahlen beabsichtigte, daß ihm in noch größerem Maße, und zwar immer ohne Deckung, kreditiert werde, worauf er kein Recht hatte. Für den Fall der Verweigerung neuen erhöhten Kredites beabsichtigte er, die letzte Lieferung einfach unbezahlt zu lassen. Diese Absicht ist der Absicht, eine bestimmte Lieferung überhaupt nicht zu bezahlen, mindestens gleichzustellen; sie ist sogar inso-

fern noch gravierender, als sie in quantitativer Hinsicht naturgemäß unbegrenzt ist. Wer aber Waren kauft, die er nicht zu zahlen beabsichtigt, begeht einen Betrug; denn er weiß, daß der Verkäufer glaubt, die Ware werde bezahlt, und gerade dieser Irrtum des Verkäufers ist es, welchen er unterhält und ausnützt. Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. XXIV, S. 216 ff., Olshausen, Kommentar § 263 Anm. 11 a, Binding, Lehrbuch II, S. 183.

3. Qualifiziert sich also das Vorgehen des Beklagten in der Tat als Betrug und somit als widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 50 OR, so mußte, sofern im Strafprozeß zugleich auch die Entschädigungsforderung des Klägers zu beurteilen war, der Beklagte zur Zahlung desjenigen Betrages an den Kläger verurteilt werden, um welchen der Kläger durch das letzte, einseitig erfüllte Kaufgeschäft geschädigt worden ist.

Eine Schädigung des Klägers erscheint nun nicht etwa deshalb als ausgeschlossen, weil der Kläger als Gegenwert der von ihm gelieferten und nicht wieder zu erlangenden Ware die Kaufpreisforderung besitzt; denn es steht fest, daß der Beklagte zahlungsunfähig und diese Forderung daher so gut wie wertlos ist. Dagegen könnte es allerdings fraglich erscheinen, ob der dem Kläger aus dem Abschluß und der einseitigen Erfüllung des Kaufvertrages erwachsene Schaden wirklich, wie die Vorinstanz annimmt, die Höhe des Kaufpreises erreiche, oder ob dieser Schaden nicht vielmehr nur in dem Selbstkostenpreise der Ware bestehe; denn nur um diesen Betrag wäre allem Anschein nach das Vermögen des Klägers bei Nichtabschluß des Kaufvertrages größer als es jetzt ist. Allein da der Beklagte ausdrücklich zugegeben hat, dem Kläger den Betrag von 4470 Fr. 50 Cts. schuldig zu sein, womit er übrigens stillschweigend auch die zugesprochenen Zinsen, welche noch weniger betragen als dem Stundungsabkommen entsprechen würde, anerkannt hat, so mußte der Beklagte zur Zahlung dieses Betrages an den Kläger verurteilt, bzw. bei der Anerkennung desselben behaftet werden, vorausgesetzt immerhin, was aber vom Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht zu überprüfen ist, daß die Vorinstanz als Strafgericht hiezu kompetent war. Es könnte sich also höchstens noch um die Frage handeln, ob der Betrag von 4470 Fr. 50 Cts. mit der richtigen oder mit einer unricht-

tigen Begründung zugesprochen worden sei, nicht aber, ob derselbe dem Kläger überhaupt zuzusprechen war.

4. Daß die Handlungsweise des Beklagten sich offenbar auch als Zivilbetrug im Sinne von Art. 24 OR hätte qualifizieren lassen, d. h. dem Kläger das Recht der Anfechtung des Vertrags gegeben hätte, ist für den vorliegenden Rechtsstreit irrelevant. Der durch einen Betrug im Sinne von Art. 24 OR Geschädigte hat allerdings von Gesetzes wegen in erster Linie ein Anfechtungsrecht. Wo aber dieses Anfechtungsrecht durch nicht rechtzeitige Geltendmachung desselben verwirkt ist (vergl. Art. 28 OR), oder wo dasselbe, wie in casu, zu keinem praktischen Resultate führen würde (weil die gelieferte Ware sich nicht mehr beim Beklagten befindet), bleibt es dem Betroffenen unbenommen, die Kaufpreisforderung oder einen auf Art. 50 OR gegründeten Schadenersatzanspruch geltend zu machen (vergl. U. S. d. hg. G., Bd. XXII, S. 485). Dem Kläger wäre daher auch abgesehen von der beklaglichen Anerkennung der Betrag von 4470 Fr. 50 Cts. aus dem Grunde zuzusprechen, weil derselbe den Kaufpreis von Waren darstellt, welche der Kläger dem Beklagten in Erfüllung eines vom Kläger nicht angefochtenen und daher vollgültigen Kaufvertrages geliefert hat.

5. Darin schließlich, daß die vom Beklagten erhobene Gegenforderung wegen Nichteffectuierung der letzten Bestellung für 12,000—13,000 Fr. von der Vorinstanz mangels näherer Präzisierung und Begründung auf den Civilweg verwiesen wurde, während die Forderung des Klägers im Abhäsionsprozeß erledigt wurde, kann eine Verletzung von Bundesrecht aus dem Grunde nicht gefunden werden, weil für die Frage, ob ein Anspruch im Abhäsionsprozeße zu erledigen oder auf den Civilweg zu verweisen sei, ausschließlich kantonales Recht gilt. Es liegt übrigens auf der Hand, daß die Forderung des Klägers liquid, die Gegenforderung des Beklagten aber höchst illiquid war.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Abtheilung für Strafsachen, vom 4. April 1905, soweit angefochten, bestätigt.

59. Arrêt du 18 juillet 1905, dans la cause  
Descombes, déf. et rec., contre Rosenband, dem. et int.

Action en dommages-intérêts pour lésion corporelle. Art. 50, 51, 53 CO. — Faute du défendeur et faute égale de la victime.  
— Principes concernant le taux de réduction pour l'allocation d'un capital.

A. — Le 29 mai 1901, à 5 <sup>3</sup>/<sub>4</sub> heures de l'après-midi, Mélanie Rosenband, étudiante en chimie, à Genève, se dirigeant à bicyclette du côté de Vésenaz, longeait le trottoir sud du quai des Eaux-Vives, à Genève, à droite de la route, en venant de la ville; la partie nord du quai, à la gauche de la cycliste, se trouvait en réparation; un rouleau compresseur y était en activité. Demoiselle Rosenband suivait à 3 ou 4 mètres de distance un autre cycliste, le sieur Meyer. — A ce même moment arrivait, en sens inverse, sur le quai le landau de sieur Fischer, attelé de deux chevaux et conduit par son cocher, le recourant Descombes; dans la voiture se trouvaient dame Fischer et d'autres dames. — Arrivé à un certain point du quai, dont il avait, jusque là, tenu le côté nord, — la droite du cocher, — à la hauteur du débouché d'une rue de traverse, dite rue de Roveray, l'équipage arriva devant un chevalet de 70 cm. de long, placé en travers de la moitié nord de la voie carrossable, portant l'écriteau: « Au pas, attention au rouleau compresseur ». Le dit rouleau ne se trouvait, cependant, qu'à plus de 70 mètres au delà, et roulait comme l'équipage du côté de la ville. — En présence de cet écriteau, le cocher dirigea son attelage sur le côté sud de la route, à sa gauche. Quelque trente mètres plus loin, toujours du côté sud, où l'attelage avait continué à avancer, stationnait un char de laitier, attelé d'un cheval. Au moment où le landau dépassait ce char les cyclistes arrivaient. Demoiselle Rosenband voulut, à l'exemple de son compagnon, — qui y avait réussi sans obstacle, — passer entre l'équipage et le char; elle perdit l'équilibre, tomba et les roues de derrière du landau lui passèrent sur le corps. Elle eut une