

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 No 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, Beklagter, 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

Kläger und Steuerer erklärten, den Wagen dem Beklagten zum kommissionsweisen Verkauf zu übergeben, der Beklagte dürfe ihn aber nicht unter 5000 Fr. verkaufen und er müsse diesen Betrag sofort nach dem Verkauf bei einer Bank zu Gunsten des Klägers und Steuerers hinterlegen oder aber mit deren Einverständnis wieder einen andern gleich- oder mehrwertigen Wagen « verpfänden ». Ein eventueller Mehrerlös sollte dem Beklagten zukommen. Diesem wurde ferner das alleinige und unbeschränkte Benutzungsrecht am fraglichen Wagen eingeräumt. Der Kläger und Steuerer verpflichteten sich, den Wagen innerhalb eines Jahres nicht zu verkaufen und räumten dem Beklagten das unwiderrufliche Recht ein, ihn wieder zu seinem Eigentum zurückzukaufen und zwar zum gleichen Preise von 5000 Fr., entweder gegen Barzahlung oder durch Befriedigung jener Bank, die den erwähnten Konto-Korrent bewilligt haben werde, in welchem Falle der Kläger und Steuerer von der geleisteten Bürgschaft entbunden würden und darauf der Wagen wieder alleiniges Eigentum des Beklagten werden solle.

Auf Grund dieses Vertrages verbürgten sich am 5. Dezember 1908 Steuerer, Frau Weckerle und der Kläger solidarisch dem Schweizerischen Bankverein in Basel für einen dem Beklagten zu eröffnenden Konto-Korrent-Kredit von 5000 Fr. und der Beklagte nahm diesen Kredit in der Folge voll in Anspruch.

An Stelle des im Vertrag genannten Wagens traten später im Einverständnis der Parteien successive zwei andere Wagen (zunächst ein Brasier-, dann ein Prunello-Wagen). Am 1. August 1911 endlich schlossen die Parteien hinsichtlich eines Brasier-Wagens 40 HP einen neuen « Kaufvertrag », sowie einen « Mietvertrag » ab. Laut dem erstern « kaufen » der Kläger Stumpf und Steuerer vom Beklagten den genannten Wagen « zum Preise von 5000 Fr. » « Der Wagen, » bestimmt der Vertrag weiter, « geht mit heutigem ins Eigentum der Herren » Stumpf und Steuerer über. Der Kaufpreis von 5000 Fr.

» ist durch den Schweizerischen Bankverein Depositen-
 » kasse I Marktplatz 14 in Basel an Bea zu bezahlen in
 » Form einer Kreditbewilligung in der Höhe des genann-
 » ten Betrages, wofür Stumpf und Steuerer die Bürgschaft
 » übernehmen. » Laut dem « Mietvertrag » vermieteten
 der Kläger und Steuerer den Wagen dem Beklagten « zur
 freien Benützung ». « Einen Mietzins, » wird weiter ge-
 sagt, « hat Bea für die Miete des Wagens nicht zu be-
 » zahlen. Dem Bea steht das Recht zu, den Wagen auch
 » an irgend eine Drittperson zu verkaufen und zwar in
 » seinem Namen, hingegen immerhin unter der Bedin-
 » gung, dass er vom Käuferlös sofort nach Eingang den
 » Betrag von 5000 Fr. in bar beim Schweizerischen Bank-
 » verein Depositenkasse I einbezahlt, zur Tilgung eines
 » Betrages in gleicher Höhe, welcher von Stumpf und
 » Steuerer zu Gunsten des Bea bei genannter Bank ver-
 » bürgt ist. »

In der Folge kündete der Bankverein den gewährten Kredit und als der Beklagte nicht bezahlte, belastete die Kreditgeberin den Konto des Klägers bei ihr auf Grund der von ihm geleisteten Solidarbürgschaft mit 3500 Fr., nämlich am 24. September 1912 mit 2500 Fr. und am 27. d. M. mit 1000 Fr. Den Bürgen Steuerer belastete sie mit 1500 Fr.

Im vorliegenden Prozesse belangt nunmehr der Kläger als Bürge den Beklagten auf Vergütung der bezahlten 3500 Fr. nebst Verzugszins seit jenen beiden Belastungen. Der Kläger macht geltend, das Auto sei lediglich zu Sicherungszwecken auf ihn und Steuerer übertragen worden, um sie zu decken für die zu Gunsten des Beklagten eingegangene Bürgschaft. — Demgegenüber stellt sich der Beklagte, indem er Abweisung der Klage beantragt, auf den Standpunkt, es sei ein wirklicher Kaufvertrag abgeschlossen worden. Deshalb habe der Kläger gegenüber dem Beklagten überhaupt keinen Regressanspruch als Bürge, da ein Bürgschaftsverhältnis nur nach aussen, im Verhältnis zum Bankverein, bestanden habe.

während im Verhältnisse zum Beklagten der Kläger und Steuerer als Selbstschuldner des vom Bankverein bezahlten Betrages anzusehen seien. Sollte aber ein Regressanspruch bestehen, so könne ihm der Beklagte die Einrede der Verrechnung mit der Kaufpreisforderung oder die Einrede der Arglist entgegensetzen.

Die Vorinstanz hat die vorliegende Klage mit Urteil vom 25. November 1913 gutgeheissen (wie auch die von Steuerer für den von ihm bezahlten Betrag erhobene Klage, die in einem gesonderten Prozessverfahren behandelt wurde).

2. — Zu prüfen ist, ob der Vertrag vom 1. August 1911 in Wirklichkeit ein Kaufvertrag sei und ob im besondern der Beklagte daraus eine Kaufpreisforderung im Rechtssinne, einen Anspruch auf Geldzahlung für kaufweise Uebergabe des streitigen Automobiles erlangt habe.

Aeusserlich, nach den gebrauchten Ausdrücken, betrachtet, stellt sich der Vertrag zweifellos als Kauf dar. Nach Art. 16 aOR fragt es sich aber weiter, ob diese Ausdrucksweise auch dem wirklichen Parteiwillen entspreche.

In dieser Beziehung bietet schon der Vertragsinhalt für sich allein Anlass zu Bedenken, nämlich hinsichtlich der Bestimmung, dass der Kläger und Steuerer, die angeblichen Käufer, die Bürgschaft übernehmen sollen für den Betrag von 5000 Fr., den der Bankverein dem Beklagten in Form einer Kreditbewilligung als Kaufpreis auszahlen werde. Die angeblichen Käufer weisen also nicht etwa den Bankverein an, für ihre Rechnung dem Beklagten die 5000 Fr. auszubezahlen und damit die Tilgung der Kaufpreisschuld zu bewirken, sondern sie beschränken sich darauf, hinsichtlich des auszahlenden Betrages als Bürgen einzustehen, während für den Beklagten aus der Auszahlung eine Rückzahlungspflicht als Hauptschuldner entsteht. Dies spricht aber, auch was das interne Verhältnis der Parteien be-

trifft, eher für den Willen, ein Darlehen eines Dritten zu verbürgen, als für den der Bezahlung einer wirklichen Kaufpreisschuld.

Gegen die letztere Auffassung lautet zum Teil auch der « Miet »-Vertrag, den die Parteien zu gleicher Zeit über das nämliche Automobil abgeschlossen haben: Er berechtigt den Beklagten, den Wagen in « seinem Namen » zu verkaufen, unter der Bedingung, dass er vom Erlös 5000 Fr. zur Tilgung der von den « Käufern » verbürgten Forderung verwende. Inbetreff eines allfälligen Mehrerlöses wird eine Verpflichtung zur Ablieferung an die « Käufer » nicht aufgestellt, sondern, wohl in der gegenteiligen Meinung, hervorgehoben, der Beklagte dürfe « in seinem Namen » verkaufen. Muss aber der Beklagte bei einem Weiterverkauf stets nur die verbürgten 5000 Fr. erstatten, so weist das darauf hin, dass es dem Kläger und Steuerer nur um ihre Entlastung von der Bürgschaft zu tun ist und dass sie keine Rechte als wirkliche Käufer und Weiterverkäufer des Wagens beanspruchen. Ebenso sehen sie von dem Rechte des Vermieters auf einen Mietzins ab, und da für eine unentgeltliche Ueberlassung des Gebrauches kein Grund ersichtlich ist, so lässt sich vermuten, dass der Beklagte eben lediglich deshalb keinen Zins bezahlen soll, weil in Wirklichkeit eine verkaufweise Entäusserung an den Kläger und Steuerer nicht gewollt war.

Ausser Zweifel gesetzt wird die Richtigkeit dieser Auffassung, wenn man ferner noch den frühern Vertrag vom 19. November 1908 und die auf Grund seiner erfolgten Gestaltung der Verhältnisse mitberücksichtigt. Diese Momente können mit Fug beigezogen werden und sind für die Auslegung des spätern Vertrages von Bedeutung, weil er nicht etwa neue, von den frühern unabhängige Beziehungen der Parteien regelt, sondern bloss den vorangegangenen und noch nicht erledigten einen neuen vertraglichen Ausdruck gibt. Die beiden Verträge sind eng verbunden in Hinsicht auf den

Vertragsgegenstand und die zugehörige Bürgschaftverpflichtung: Den Wagen, der laut dem zweiten Verträge «verkauft» wurde, haben die Parteien nicht unabhängig von ihren frühern Vertragsbeziehungen als «Kauf»-Gegenstand bestimmt, sondern als letzten der verschiedenen Wagen, die der Reihe nach den durch den anfänglichen Vertrag «verkauften» ersetzt haben. Und wenn der zweite «Kauf»-Vertrag — im Gegensatz übrigens zum zugehörigen «Miet»-Vertrag — erklärt, dass der Kaufpreis erst noch in Form einer Kreditbewilligung des Bankvereins zu bezahlen sei und der Kläger und Steuerer dafür die Bürgschaft zu übernehmen hätten, so entspricht das den wirklichen Verhältnissen nicht. Denn unzweifelhaft hat der Bankverein nicht zwei, sondern nur einen Kredit von 5000 Fr. eröffnet und zwar schon nach Abschluss des ersten Vertrages, und ebenso ist die Bürgschaft, von deren Uebernahme der zweite Vertrag spricht, identisch mit der nach dem ersten Vertragsabschluss am 5. Dezember 1908 eingegangenen. Hienach aber kann der zweite Vertrag nicht, wie der Beklagte behauptet, die zwischen den Parteien bestandenen Beziehungen sachlich in dem Sinne abgeändert haben, dass erst jetzt ein Verkauf abgeschlossen worden wäre. Dies lässt sich umso weniger denken, als der am 5. Dezember 1908 eröffnete Kredit beim Abschluss des zweiten Vertrages vom 1. August 1911, wie es scheint, längst voll ausgenützt war, sodass die durch den zweiten Vertrag vorgesehene «Zahlung des Kaufpreises in Form einer Kreditbewilligung» auch insofern bereits unter dem alten Verträge erfolgt war, als der Beklagte die Kreditsumme schon erhalten hatte. Nach all dem hat also der neue Vertrag, abgesehen davon, dass er sich auf einen andern Wagen bezieht, nur formelle Bedeutung: er will das bisherige Vertragsverhältnis nicht abändern, sondern es nur in andere Worte fassen, wohl zu dem Zweck, es nach aussen noch entschiedener, als dies durch

den frühern Vertrag geschah, als ein Kaufvertragsverhältnis erscheinen zu lassen.

Dass es aber in Wirklichkeit kein solches ist, ergibt sich aus der Fassung des alten Vertrages mit aller Deutlichkeit: Zu den oben erörterten Momenten, die schon beim zweiten Vertrag auf den Willen der Parteien hinweisen, kein Kaufvertragsverhältnis und im besondern keine Kaufpreisforderung entstehen zu lassen, treten hier noch andere von solchem Gewichte, dass jeder Zweifel über den wahren Willen der Parteien ausgeschlossen ist. Zu verweisen ist vor allem auf die Bestimmung des alten Vertrages, wonach im Falle eines Weiterverkaufes der Beklagte vom Erlöse 5000 Fr. zu Gunsten des Klägers und Steuerers hinterlegen muss oder statt dessen mit deren Einverständnis «für diesen Betrag wieder einen andern gleich- oder mehrwertigen Wagen verpfänden» kann. Damit kommt, von den Parteien wohl unbemerkt, der auf Verpfändung, nicht auf Verkauf, gerichtete Wille beinebens sogar zum wörtlichen Ausdruck. Aber auch aus Sinn und Inhalt der Bestimmung erhellt dieser Wille: Wie schon der Vorentscheid hervorhebt, behandeln hier die Parteien den angeblich «verkauften» Wagen ganz als fungible Sache, die ohne Aenderung des einmal vereinbarten Kaufpreises gegen eine andere dieser Art ausgetauscht werden kann, sofern sie nur den gleichen Minimalwert besitzt. Hienach aber kommt für sie der Wagen nicht als individuelles Kaufobjekt von bestimmten Eigenschaften und bestimmtem Preise in Betracht, sondern als ersetzbares Wertobjekt zu Sicherungszwecken. Das nämliche ergibt sich daraus, dass der frühere Vertrag, im Gegensatz zum spätern «Miet»-Vertrag, den Mehrerlös aus einem Weiterverkauf ausdrücklich dem Beklagten zuweist: Dem Kläger und Steuerer ist es also lediglich darum zu tun, aus dem angeblich gekauften Gegenstande bei seiner Weiterveräußerung die zur Deckung ihrer Bürgschaftsverpflichtung erforderliche Summe herauszuschlagen.

Endlich räumt der alte Vertrag dem Beklagten am fraglichen Wagen « das Benützungsrecht in unbeschränktem Masse » ein und lässt damit noch deutlicher, als der « Miet »-Vertrag, durchblicken, dass der Beklagte in Wirklichkeit der Verfügungsberechtigte bleiben solle.

Als gegen einen Kaufvertrag sprechende weitere Indizien führt die Vorinstanz noch an, dass sich der Beklagte, nachdem ein Bürge die Bürgschaft und darauf der Bankverein den Kredit gekündigt hatte, nach einem neuen Bürgen umgesehen und nicht etwa den Standpunkt eingenommen habe, er habe die 5000 Fr. als Käufer bezogen und sei zu weiterem nicht verpflichtet, und dass sich ferner der Kläger gerichtsnotorisch mit der Vermittlung von Krediten gegen Sicherheit befasse.

Sogar wenn man von diesen fernern Momenten absieht, muss, nach den obigen Ausführungen, als erstellt gelten, dass man es mit einem Kreditgeschäfte zu tun hat, dass also der Beklagte in Wirklichkeit statt Gläubiger einer Kaufpreisforderung Darlehensempfänger geworden ist und zwar auf Grund eines vom Kläger und Steuerer verbürgten Bankkredites und gegen Leistung von Real-sicherheit gegenüber den Bürgen durch Dargabe des Wagens. Die Aktenvervollständigung, die der Beklagte vor Bundesgericht hinsichtlich bestimmter von der Vorinstanz verworfener Beweisanträge verlangt hat, ist wegen Unerheblichkeit der zum Beweis verstellten Tatsachen abzulehnen, denn deren Berücksichtigung vermöchte an obiger Auslegung des Vertrages nichts zu ändern. Namentlich ist es von keiner Bedeutung, wenn, wie behauptet wird, der Kläger sich selbst um den Verkauf des Wagens bemüht und ihn versichert hat, da er nach beiden Richtungen auch als Pfandgläubiger interessiert sein konnte. Nicht eingetreten zu werden braucht endlich auf die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Sicherheit, die der Beklagte seinen Bürgen leistete, auch in einer Eigentumsübertragung, statt einer Verpfändung habe bestehen können: Für die Entscheidung

des Falles bedarf es einer nähern Feststellung des wirklichen Vertragsinhaltes nur in Hinsicht auf die Frage, ob eine Kaufpreisforderung begründet worden sei oder nicht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. November 1913 in allen Teilen bestätigt.

11. Urteil der II. Zivilabteilung vom 26. Februar 1914

i. S. Daube & Cie, Klägerin,

gegen Mechanische Strickereien Aarburg A.-G., Beklagte.

1. Neue Anträge vor Bundesgericht (Art. 80 OG); 2. Anfechtung eines Inseratenauftrages wegen Irrtums über die Währung der Insertionspreise und den Rabatt bei mehrmaligem Erscheinen der Inserate.

A. — Mit Schreiben vom 24. Oktober 1912 erkundigte sich die Beklagte bei dem Verlag der Zeitschrift « Die Woche » in Berlin über die Kosten eines Inserates von 10/12 cm Grösse bei 6—26maligem Erscheinen. Am 1. November 1912 erhielt sie von der Klägerin, die in der Schweiz die Generalvertretung für den Annoncenteil der « Woche » hat, folgende Offerte :

Anfrage vom 24. Oktober 1912 betr. I. 10 cm = 45 Zl. II. 12 cm = 54 Zl. III. 10 : 12 cm = 45/135 Zeilen.	Zahl d. Inser- tionen	Zeilen	Brutto	Rabatt %	Netto per comptant	Netto	Büch- rab. bei 26 mal.	
Woche I	6	45	945	—	10	850	50	
» II	6	54	1136	—	15	965	60	
» III	6	45/135	2835	—	15	2409	75	150/o
Gartenlaube, ältestes I bestverbreitetes Fa- milien- II	6	45	486	—	10	437	40	
speziell Damenjournal III	6	54	583	20	10	524	90	
	6	45/135	1458	—	15	1239	30	200/o