

une condition nécessaire de leur validité. Cette règle ne s'applique toutefois qu'aux conventions relatives aux effets économiques du divorce (dans l'arrêt Reber susmentionné, il s'agissait précisément d'une convention semblable) et non à celles qui modifient sur des points importants les mesures prises par le juge du divorce en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants. Dans ce cas, l'intérêt de ces derniers exige le maintien du contrôle judiciaire. La ratification du juge est donc indispensable à la validité des conventions relatives à ces questions. En l'espèce il n'est pas douteux que la convention dont la ratification est demandée modifie les mesures prises par le juge du divorce en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle et les relations du père et de l'enfant. Elle laisse, il est vrai, subsister en principe la puissance paternelle du père, auquel le juge du divorce l'avait attribuée, mais elle prévoit la renonciation du recourant à des éléments importants de cette puissance, tels que la garde, l'entretien, l'instruction et l'éducation de l'enfant, qu'il confie à la grand'mère maternelle de cette dernière en ne réservant sur ces points au père que certains droits strictement définis. La ratification du juge est donc indispensable à la validité de cette convention.

.....

## II. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

53. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. September 1935 i. S. Weill gegen Dr. E. und Frau S.

Haftbarkeit der Gesellschaftsorgane gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, Art. 674 OR. Voraussetzung ist eine absichtliche Schädigung (Erw. 1). Art. 674 schliesst die Haftbarkeit aus Art. 41 OR nicht aus (Erw. 2).

Grundsätze für die Schadensberechnung bei unerlaubter Handlung, begangen durch absichtliche Täuschung (Erw. 3).

Bemessung des Ersatzes nach Art. 43 und 44 OR (Erw. 4).

#### *Aus dem Tatbestand :*

A. — Im Frühjahr 1926 wurde die Metallhütte P... A.-G. gegründet. Zweck des Unternehmens war die Verwertung und Verarbeitung von Metallrückständen und Altmetall nach besonderen Verfahren, die von der Firma Querner & Francke, der Vorgängerin der A.-G., in diese eingebracht wurden. Einziges Verwaltungsratsmitglied war Rechtsanwalt E., der Vater der beiden heutigen Beklagten, die nach dessen Tod in den ursprünglich gegen ihn angehobenen Prozess eintraten.

Im Oktober 1927 trat der Kläger auf Grund eines von den Aktionären Kiefer und Ludwig erlassenen Zeitungsinserts, in welchem Kapital für ein neues Unternehmen der Metallbranche gesucht wurde, mit der A.-G. in Unterhandlungen; diese wurden auf Seiten der Gesellschaft zunächst von Kiefer und Ludwig, später auch von E. geführt, der dann allerdings vom 20. Dezember 1927 an krank war und den Verhandlungen nicht mehr beiwohnte, sondern lediglich den in der Folge am 2. Januar 1928 abgeschlossenen Darlehensvertrag unterzeichnete.

Danach gewährte der Kläger der Gesellschaft ein Darlehen von 100,000 Fr., das später unter gewissen Umständen in Aktienkapital umgewandelt werden sollte. Als Sicherheit trat ihm die A.-G. Kundenguthaben im Gesamtbetrag von 125,000 Fr. ab; ausserdem übernahmen Kiefer und Ludwig die Ausfallbürgschaft für den Betrag, für den der Kläger « nach Durchführung einer Zwangsbetreibung gegen die A.-G. » zu Verlust kommen sollte.

Dem Vertrag lagen ausser den mündlichen Auskünften, die dem Kläger im Laufe der Verhandlungen gemacht wurden, die folgenden, dem Kläger übergebenen Dokumente zugrunde :

a) Die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft auf Ende 1926, die einen Verlust von rund 56,000 Fr. erzeugten ;

b) Ein Vermögensstatus per 1. September 1927, der einen Aktivenüberschuss von rund 7000 Fr. auswies ;

c) Ein vom Aktionär Ludwig unterzeichnetes Exposé vom 2. Oktober 1927 betreffend die Erhöhung des Aktienkapitals, sowie ein Nachtrag hiezu vom 11. November 1927, in denen im Wesentlichen ausgeführt wurde, dass bis dahin zwar infolge des geringen Umsatzes einerseits und der durch teure Kredite und ungenügende maschinelle Einrichtungen verursachten abnormal hohen Unkosten andererseits kein Reingewinn habe erzielt werden können, dass aber bei Ausschaltung dieser Faktoren mit einer guten Rendite gerechnet werden dürfe.

Die Darlehenssumme von 100,000 Fr. wurde vom Kläger am 3. Januar 1928 einbezahlt.

Am 7. Januar 1928 trat anstelle des Ende September 1927 verstorbenen Direktors Francke, von dem die durch die Gesellschaft verwerteten Verfahren stammten, Ingenieur Klinger als technischer Mitarbeiter. Dieser kam auf Grund seiner Untersuchungen bis Ende Januar/Mitte Februar 1928 zum Schlusse, dass die Verfahren Franckes wertlos und die vorhandenen technischen Einrichtungen unbrauchbar seien.

Die Ende Januar 1928 aufgestellte Bilanz auf Ende Dezember 1927 ergab einen buchmässigen Verlust von 391,000 Fr., und eine Verkehrsbilanz per 14. Februar 1928 einen solchen von 434,000 Fr. Mit Rücksicht hierauf meldete E. den Konkurs der Gesellschaft an, der am 2. März 1928 eröffnet wurde. In der Folge gerieten auch die Firma Kiefer & Ludwig, sowie deren beide Teilhaber persönlich in Konkurs.

Der Kläger meldete seine Darlehensförderung von 100,000 Fr. nebst Zinsen in den sämtlichen Konkursen an. Der Verlust, der sich für ihn nach Abzug der erhaltenen Konkursdividenden und des Erlöses aus den abgetretenen

Forderungen ergab, beläuft sich unbestrittenermassen auf :

a) eine Kapitalforderung von 60,150 Fr. 75 Cts. nebst 5 % Zins seit 15. August 1931 ;

b) eine Zinsforderung bis 15. August 1931 von 11,622 Fr. 65 Cts.

B. — Mit Klage vom 29. November 1928 hat der Kläger E. als einzigen Verwaltungsrat der A.-G. auf Bezahlung von 69,457 Fr. 55 Cts. nebst 7 % Zins seit 2. März 1928 als Ersatz des ihm erwachsenen Schadens belangt. Zur Begründung seiner Klage hat er im wesentlichen geltend gemacht, dass E. ihm durch die Vorlage inhaltlich unrichtiger Dokumente im Bewusstsein von deren Unrichtigkeit die wahre Lage der Gesellschaft verschleierte und ihn so zur Gewährung des Darlehens veranlasst habe. Durch dieses Verhalten habe E. die ihm als Verwaltungsrat obliegenden Verwaltungs- und Aufsichtspflichten absichtlich verletzt und hafte ihm daher gemäss Art. 674 OR für den hiedurch verursachten Schaden, und ferner hafte er ihm auf Grund von Art. 41 ff. OR, da in der Täuschung beim Abschluss des Darlehensvertrages eine unerlaubte Handlung liege.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

C. — .....

D. — Das Obergericht des Kantons Zürich hat mit Urteil vom 22. Dezember 1934 die Beklagten solidarisch verpflichtet, dem Kläger 30,075 Fr. 38 Cts. nebst 5 % Zins seit 15. August 1931, sowie 5811 Fr. 33 Cts. zu bezahlen. Es hat eine Haftung E.'s aus Art. 674 OR mit der Vorinstanz verneint, dagegen eine solche aus Art. 41 OR zufolge absichtlicher Täuschung bejaht, immerhin unter Annahme eines erheblichen Mitverschuldens des Klägers, das zusammen mit der spekulativen Natur des Geschäftes eine Ermässigung der Ersatzpflicht um 50 % rechtfertige.

Dem Entscheid liegt die tatsächliche Feststellung zu Grunde, dass der Status vom 1. September 1927 insofern unrichtig war, als sich die in ihm enthaltenen Zahlen nicht mit denjenigen deckten, die sich auf diesen Zeitpunkt aus

den Büchern der A.-G. ergaben. Nach diesen wurde nämlich im Jahre 1927 kein Reingewinn erzielt, sondern es ergab sich ein Verlust von rund 103,000 Fr., womit sich der Gesamtverlust einschliesslich des Verlustes von 56,000 Franken per Ende 1926 auf rund 159,000 Fr. belief. Dieser Verlust wurde dann aber bei der Aufstellung des Status dadurch zum Verschwinden gebracht, dass das Debitorenkonto durch Abtretung eines Teils der Ausnützungsrechte der Franckeschen Verfahren an die Firma Kiefer & Ludwig von 13,000 Fr. um 60,000 Fr. auf 73,000 Fr. erhöht und der Wert der Anlagen von 62,000 Fr. auf 169,000 Fr. hinaufgesetzt wurde. Ob diese Massnahmen, insbesondere die Aufwertung der Aktiven, sachlich gerechtfertigt waren, steht nicht fest. Erwiesen ist jedoch, dass E. sowohl von der Tatsache wie vom Umfang der Nichtübereinstimmung des Status mit den Büchern Kenntnis hatte, dem Kläger aber von diesem Umstand keine Mitteilung machte.

E. — Gegen das Urteil des Obergerichts haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Kläger hat die Gutheissung der Klage im Betrage von 60,150 Fr. 75 Cts. nebst 5 % Zins seit 15. August 1931, sowie von 11,622 Fr. 65 Cts. beantragt.

Die Beklagten haben um gänzliche Abweisung der Klage ersucht.

*Aus den Erwägungen :*

1. — Eine Haftbarkeit E.'s auf Grund von Art. 674 OR ist mit den beiden Vorinstanzen zu verneinen. Zwar gibt diese Bestimmung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts dem Gesellschaftsgläubiger nicht nur einen Ersatzanspruch für den sogenannten sekundären Schaden, den er nur indirekt erleidet dadurch, dass durch die Handlungen der Gesellschaftsorgane das Gesellschaftsvermögen geschädigt wird, sondern auch für den sog. primären, ihm durch die Gesellschaftsorgane unmittelbar zugefügten Schaden, wie er im vorliegenden Fall vom Kläger geltend gemacht wird (BGE 23 II 1071 ; 49 II 245). Art. 674 OR

setzt nun aber weiter voraus, dass das belangte Gesellschaftsorgan eine ihm obliegende Verwaltungs- oder Aufsichtspflicht absichtlich verletzt habe, und zwar muss nach allgemein anerkannter Auffassung die Absicht auch die Zufügung eines Schadens mitumfassen (BGE 46 II S. 453 f. ; 49 II 246 f. ; BACHMANN, Anm. 2 zu Art. 674 OR in Verbindung mit Anm. 5 zu Art. 671 OR). Danach müsste E. also, als er der Aushändigung des inhaltlich unrichtigen Status an den Kläger zustimmte, nicht nur dessen Unrichtigkeit gekannt haben, sondern er hätte dabei zum mindesten im Sinne des *dolus eventualis* die Möglichkeit einer Schädigung des Klägers als wahrscheinlich voraussehen und sie damit für den Fall ihres Eintrittes in Kauf nehmen müssen. Für eine derartige Schädigungsabsicht E.'s bestehen jedoch keine genügenden Anhaltspunkte. Es ist gegenteils anzunehmen, dass er, wie die übrigen Beteiligten und auch der Kläger selber, im Vertrauen auf die praktische Verwertbarkeit der Franckeschen Verfahren davon überzeugt war, dass mit der Beschaffung neuer Betriebsmittel und der dadurch ermöglichten Ausschaltung der in den Exposés genannten Verlustquellen eine Rendite mit Sicherheit zu erwarten sei.

2. — Nun regelt aber Art. 674 OR die Verantwortlichkeit der Mitglieder von Gesellschaftsorganen gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft nicht abschliessend, sondern daneben kann auch ohne Verletzung einer besonderen Verwaltungs- und Aufsichtspflicht eine Haftbarkeit der genannten Personen nach Art. 41 ff. OR für rechtswidriges Verhalten in ihrer geschäftlichen Tätigkeit platzgreifen (BGE 23 II S. 1071 ; GUHL, OR S. 294 f.). Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall eine Haftbarkeit E.'s unter diesem Gesichtspunkte bejaht, weil er den Kläger durch die Vorlegung des inhaltlich unwahren Status absichtlich getäuscht habe. Sofern die letztere Annahme der Vorinstanz zutrifft, so ist die grundsätzliche Ersatzpflicht E.'s ohne weiteres gegeben ; denn eine absichtliche Täuschung stellt in der Tat gleichzeitig eine unerlaubte Handlung im

Sinne von Art. 41 OR dar, für deren Folgen der Täuschende einzustehen hat, ohne Rücksicht darauf, ob er selber Vertragspartei ist oder nicht. Im vorliegenden Falle hätte überdies E. als Organ der A.-G. gehandelt, was ihn nach Art. 55 Abs. 3 ZGB neben der Gesellschaft persönlich verpflichten würde.

Am Vorliegen einer absichtlichen Täuschung des Klägers durch E. kann nun nicht gezweifelt werden. (Was näher ausgeführt wird.)

3. — Steht mithin das Vorliegen einer unerlaubten Handlung E.'s in der Form der absichtlichen Täuschung des Klägers fest, so fragt sich, welcher Schaden dem Kläger daraus erwachsen ist und in welchem Umfang er hiefür einen Ersatzanspruch hat.

Was die Schadenshöhe anbelangt, so erstreckt sich bei absichtlicher Täuschung die Ersatzpflicht unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung nach allgemein anerkannter Auffassung nur auf jenen Schaden, der nicht durch die Geltendmachung der einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages beseitigt werden kann, also nicht auf den Schaden, der dem Getäuschten aus dem Abschluss des Vertrages überhaupt, d. h. aus dessen Genehmigung und Erfüllung, erwächst (BGE 47 II S. 186 ff.; OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 31 ff. zu Art. 31 OR; VON TUHR, OR S. 277 f.).

Dieser Grundsatz wird an sich auch für den Fall anerkannt werden müssen, dass der Täuschende zwar nicht Vertragspartei, aber Organ derselben ist. Denn auch in diesem Falle besteht die Möglichkeit der Anfechtung des Vertrages, da ja das Organ nicht als « Dritter » im Sinne von Art. 28 OR zu betrachten ist, sondern sein Verhalten der Vertragspartei zugerechnet wird.

Hier hat der Kläger nun allerdings den Vertrag nicht angefochten, sondern er hat ihn durch die Anmeldung seines Anspruches auf vertragsgemässe Rückzahlung der Darlehenssumme nebst Verzugszinsen im Konkurse der Gesellschaft, sowie durch die Belangung der Bürgen und

die Verwertung der Pfänder genehmigt. Gemäss den oben gemachten Ausführungen wäre es ihm daher verwehrt, den Ausfall gegenüber dem Urheber der Täuschung als Schaden nach Art. 41 OR geltend zu machen, da es sich hiebei eben um einen Schaden aus der Genehmigung und Erfüllung des Vertrages handelt. Allein dieser Grundsatz gilt nicht ausnahmslos. Die Genehmigung des Vertrages steht vielmehr der Geltendmachung desjenigen Schadens nicht im Wege, der auch bei Anfechtung entstanden wäre (VON TUHR, OR S. 278), und diese Voraussetzung ist hier erfüllt: Hätte der Kläger den Vertrag angefochten und demgemäss seine Forderung auf Rückerstattung der Darlehenssumme von 100,000 Fr. im Konkurs der Gesellschaft angemeldet, so hätte er hiefür die Konkursdividende von zirka 5 %, also zirka 5000 Fr., erhalten, während die verbleibenden 95,000 Fr. den Schaden gebildet hätten, für den er gegen E. als den direkten Urheber der Täuschung hätte vorgehen können. Wenn nun der Kläger durch die Genehmigung des Vertrages, die erst die Inanspruchnahme der vertraglichen Sicherheiten ermöglichte, den ihm erwachsenden Schaden ganz bedeutend vermindert hat, so kann zum mindesten derjenige, der ihm für diesen Schaden grundsätzlich ersatzpflichtig ist, daraus nichts für die Bestreitung seiner Ersatzpflicht ableiten. Die Beklagten haben denn auch keine solche Einrede erhoben; sie anerkennen vielmehr, dass der Schaden des Klägers sich auf die von ihm im Berufungsbegehren genannten Beträge belaufe.

4. — In der Frage der Bemessung des Ersatzanspruches des Klägers ist zunächst der Vorinstanz darin beizupflichten, dass das Vorliegen einer vorsätzlichen Schadensverursachung durch E. die Ermässigung der Ersatzpflicht nach Art. 44 Absatz 2 OR — Versetzung des Ersatzpflichtigen in eine Notlage — ausschliesst. Dass von einem Verschulden der heutigen Beklagten, die ja nur als Erben des ursprünglichen Ersatzpflichtigen haften, nicht die Rede sein kann, ist für die Frage der Anwendbarkeit der erwähnten

Bestimmung unerheblich; denn die Beklagten nehmen zufolge der Annahme der Erbschaft die Rechtsstellung des Erblassers ein und haben dessen Verschulden, das allein massgebend ist, zu vertreten. Wenn für sie für den Fall des Unterliegens im Prozess tatsächlich die Gefahr einer Notlage bestand, so hätten sie diese Gefahr durch das Begehren der amtlichen Liquidation der Erbschaft abwenden können; dann wäre nämlich der Prozess auf Wunsch der Beklagten, also der sämtlichen Erben, durch die Erbmasse weitergeführt worden, ohne dass eine persönliche Haftung der Erben eingetreten wäre (STRÄULI, Kommentar zur Zürcher ZPO von 1913, § 49 Absatz 3, Anm. 5 d). Ob tatsächlich die Gefahr einer Notlage bestehe, wie die Beklagten schon vor der Vorinstanz und auch heute wieder behauptet haben, ist daher von der Vorinstanz mit Recht offengelassen worden.

Dagegen steht die vorsätzliche Schadensverursachung E.'s entgegen der vom Kläger unter Berufung auf von Tuhr, OR S. 87, vertretenen Auffassung einer Berücksichtigung des Mitverschuldens des Klägers nach Art. 44 Abs. 1 OR nicht im Wege; aus dem Gesetze kann keineswegs herausgelesen werden, dass ein Mitverschulden des Geschädigten nur bei leichter Fahrlässigkeit des Täters zu berücksichtigen sei (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 16 zu Art. 44 OR). Dass dem Kläger das Ausserachtlassen der gebotenen Sorgfalt, bei deren Beobachtung er nach den Ausführungen der Expertise aus den Büchern der Gesellschaft den wahren Sachverhalt hätte erkennen können, als Mitverschulden anzurechnen ist, darf ohne Bedenken mit der Vorinstanz angenommen werden.

Ebenso ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass das bei dem Geschäft eine bedeutende Rolle spielende spekulative Moment eine weitere Herabsetzung der Entschädigungssumme unter dem Gesichtspunkt des Art. 43 OR rechtfertige. Der Kläger musste als erfahrener Kaufmann wissen, dass bei neuen Industriezweigen im allgemeinen und bei der Verwertung neuer Verfahren ganz besonders im Anfangsstadium erfahrungsgemäss mit allerlei

Enttäuschungen und Rückschlägen zu rechnen sei, wie ihm denn auch bekannt war, dass das Unternehmen bis anhin mit erheblichen Verlusten gearbeitet hatte. Unter diesen Umständen musste er sich, obwohl ihm versichert wurde, dass das Anfangsstadium mit seinen Verlusten überwunden sei, doch darüber klar sein, dass ein gewisses Verlustrisiko auch weiterhin bestehe; dieses nahm er mit dem Abschluss des Vertrages in Kauf und kann es nun nicht nachträglich im vollen Umfang auf E. abwälzen.

Schon diese beiden Momente allein würden eine Reduktion von mehr als 50 %, wie die Vorinstanz sie als angemessen betrachtet hat, rechtfertigen. Nun kommt überdies noch hinzu, was die Vorinstanz ausser Acht gelassen hat, dass E. zur Zeit der Vertragsverhandlungen und des Vertragsabschlusses krank war. Zufolge dieses Umstandes war seine Widerstandskraft gegenüber der Vernehmung, durch die Verwendung des unrichtigen Status die für die A.-G. unumgänglich notwendigen Geldmittel zu beschaffen, ganz erheblich herabgemindert; dies lässt sein Verhalten, wenn auch dadurch die Schuldform des Vorsatzes an sich nicht beseitigt wird, in einem wesentlich milderem Lichte erscheinen und ist ebenfalls als Reduktionsgrund im Sinne von Art. 43 OR zu würdigen.

In Anbetracht all der genannten Umstände ist daher die Ermässigung des Schadenersatzanspruchs des Klägers auf die runde Summe von 20,000 Fr. nebst 5 % Zins seit Klageerhebung am Platze.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung des Klägers wird abgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 1934 aufgehoben wird und die Beklagten unter Solidarhaft verpflichtet werden, dem Kläger den Betrag von 20,000 Fr. nebst 5 % Zins seit Klageerhebung zu bezahlen.