

tous les éléments caractéristiques du compte courant proprement dit font défaut et, les défendeurs étant des négociants en vins et non des banquiers, la présomption est plutôt contre l'existence d'un contrat semblable, car, en l'absence de l'ouverture d'un compte de crédit, il n'est pas habituel qu'un commerçant s'interdise vis-à-vis de l'autre de faire valoir isolément les créances qu'il possède contre lui. Enfin on peut encore se demander si en l'absence de volonté exprimée nettement par les parties, les créances nées d'effets de change rentrent dans le compte courant (v. STAUB, Note 15 sur § 355). En résumé donc on ne saurait opposer à la créance de change de la demanderesse l'exception tirée d'un contrat de compte-courant dont il n'est établi ni qu'il ait été conclu entre parties, ni qu'il englobât la créance litigieuse.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est partiellement admis et le jugement du Tribunal cantonal de Neuchâtel est réformé en ce sens que G. Gattino & C<sup>ie</sup> sont colloqués en V<sup>e</sup> classe dans la faillite de A. Gattino pour la somme de 6551 fr.

72. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Juli 1914 i. S.  
Kirchhoff, Beklagter, gegen Weilenmann, Kläger.

Schuld anerkennung. Auslegung einer Verpflichtung zum Ersatz des durch Betrug zugefügten Schadens, die an die Bedingung geknüpft ist, dass der Betrogene auf Bestrafung verzichtet und infolgedessen das Strafverfahren ohne Anklageerhebung eingestellt wird.

A. — Mit Urteil vom 12. März 1914 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt :

1. Friedrich Richard Kirchhoff Vater ist solidarisch mit Hans Kirchhoff Sohn verpflichtet, an den Kläger 2300 Fr. als bis Ende August 1913 fällige Ratenzahlungen zu bezahlen.

2. Die genannten Beklagten sind ferner solidarisch verpflichtet, dem Kläger weitere 1200 Fr. nebst 5 % Zins von 3500 Fr. seit 1. August 1911 zu bezahlen, und zwar in monatlichen Raten von 100 Fr. erstmals per 30. September 1913.

B. — Gegen dieses Urteil hat Friedrich Richard Kirchhoff Vater rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Aufhebung und auf Abweisung der Klage.

C. — Eine Nichtigkeitsbeschwerde, die der Berufungskläger gegen das obergerichtliche Urteil erhoben hatte, wurde vom Kassationsgericht des Kantons Zürich am 16. Juni 1914 erledigt.

Das Bundesgericht zieht  
in Erwägung :

1. — Der Kläger ist Baumeister in Zürich. Im Jahre 1911 war Dedo Kirchhoff als Volontär bei ihm angestellt. Dieser beging während mehrerer Monate Betrügereien durch Fälschung von Zahltagslisten. Der Schaden, der dem Kläger hieraus erwuchs, beläuft sich auf zirka 4000 Fr..... Dedo Kirchhoff wurde am 7. September 1911 auf Veranlassung des Klägers verhaftet und Strafuntersuchung gegen ihn eingeleitet. Der Beklagte ist der Vater des Dedo Kirchhoff. Er trat nach der Verhaftung seines Sohnes in Unterhandlungen mit dem Kläger und stellte am 12. September 1911 gemeinsam mit drei andern Söhnen folgende « Verpflichtung » aus :

« Die Unterzeichneten, Vater und Brüder des Dedo » Kirchhoff, gewesenen Angestellten des Baumeister J. J. » Weilenmann in Zürich III, verpflichten sich dem Letzteren gegenüber zum Ersatz des zirka 4000 Fr. betragenden Schadens, den Dedo Kirchhoff durch Inkor-

» rektheiten seinem Dienstherrn verursacht hat, die  
 » z. Zt. Gegenstand einer Strafuntersuchung sind. Die  
 » Zahlungen müssen monatlich, erstmals am 30. Septem-  
 » ber 1911, geleistet werden und mindestens hundert  
 » Franken per Monat betragen. Die Verpflichteten haften  
 » solidarisch. Es steht dem Herrn Weilenmann frei, sich  
 » später an Stelle von Abschlagszahlungen auch Arbeits-  
 » leistungen machen zu lassen, die verrechnet werden.

» Diese Verpflichtung gilt nur, wenn Herr Weilen-  
 » mann auf Bestrafung des Dedo Kirchhoff verzichtet  
 » und infolgedessen das Strafverfahren ohne Anklage-  
 » erhebung eingestellt wird.

» Entsteht über die Höhe des Schadens ein Streit,  
 » so wird von jeder Partei ein Vertrauensmann ernannt,  
 » die nötigenfalls unter Zuzug eines Obmannes als  
 » Schiedsrichter endgültig entscheiden. Als Gerichtsstand  
 » gilt für beide Parteien Zürich. »

Noch am gleichen Tage erklärte der Kläger der Be-  
 zirksanwaltschaft unter Bezugnahme auf die « Verpflichtung », er stelle gegen Dedo Kirchhoff keinen Strafantrag und wünsche Aufhebung der Strafuntersuchung. Diese nahm jedoch trotz wiederholter Bemühungen des Klägers ihren Fortgang und Dedo Kirchhoff blieb in Untersuchungshaft. Am 20. Oktober 1911 reichte die Staatsanwaltschaft dem Obergericht die Anklage ein, die auf wiederholten einfachen Betrug ging. Daraufhin wurde Dedo Kirchhoff zur Untersuchung auf seinen Geisteszustand in die Heilanstalt Rheinau verbracht. Dort besuchte ihn sein Vater; auf einem gemeinsamen Ausgang flüchtete sich Dedo Kirchhoff. Er wurde aber in Lindau wieder verhaftet. Da er als deutscher Reichsangehöriger nicht ausgeliefert werden konnte, stellten die Zürcher Behörden den Antrag, es sei die Strafverfolgung von den deutschen Gerichten zu übernehmen, und die Anklagekammer des Obergerichts schrieb den Prozess am 29. Dezember 1911 ab. Am 16. Januar 1912 wandte sich Vater Kirchhoff an die zürcherische Justiz-

direktion mit dem Gesuch, die Strafverfolgung in Deutschland möge rückgängig gemacht werden. Die Staatsanwaltschaft drang anfänglich auf Abweisung des Gesuches; nachdem aber der Kläger am 25. Januar 1912 auf Drängen des Beklagten bestätigt hatte, dass er auf eine weitere Strafverfolgung des Dedo Kirchhoff verzichte und dass der Schaden gedeckt sei, erhob die Staatsanwaltschaft keinen Widerspruch mehr. Am 3. Februar 1912 erliess sie eine Verfügung, durch die sie die gestellte Anklage fallen liess. Das zuständige Landgericht Kempten beschloss seinerseits an 1. März 1912, das Strafverfahren gegen Dedo Kirchhoff werde eingestellt und der Haftbefehl aufgehoben.

Im Oktober 1912 erhob Weilenmann gegen Vater und Söhne Kirchhoff Klage auf Bezahlung von 4204 Fr. 85 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. August 1911. Beide kantonalen Instanzen schützten die Klage im Betrage von 3500 Fr. In Betracht kommt nur noch die Klage gegen Vater Kirchhoff, da die übrigen Beklagten gegen das bezirks- bzw. obergerichtliche Urteil kein Rechtsmittel ergriffen haben.

2. — Die Klage gegen Vater Kirchhoff gründet sich auf die « Verpflichtung » vom 12. September 1911. Das Schicksal der Berufung hängt von der Auslegung dieser « Verpflichtung » ab. Insbesondere fragt es sich, ob die Bedingung, an deren Eintritt die Parteien die Haftbarkeit des Beklagten geknüpft haben, erfüllt sei. Die Bedingung ist eine doppelte, nämlich einmal eine Tätigkeit des Klägers: Verzicht auf Bestrafung des Dedo Kirchhoff und dann, als Folge des Verzichtes, Einstellung des Strafverfahrens ohne Anklageerhebung. Der Sinn dieser Bestimmung ist nach der Auffassung des Klägers der, dass Vater Kirchhoff für den durch Dedo Kirchhoff dem Kläger verursachten Schaden aufzukommen habe, falls der Kläger auf die Strafklage verzichte und infolgedessen Dedo Kirchhoff nicht bestraft werde. Der Beklagte dagegen behauptet, seine Verpflich-

tung zur Deckung des Schadens sei davon abhängig, dass der Kläger die Strafklage zurückziehe und dadurch die Einstellung der Strafuntersuchung zu bewirken im Stande sei, ohne dass es überhaupt zur Anklage komme; dies wäre der Fall gewesen, wenn das von Dedo Kirchhoff begangene Delikt sich strafrechtlich als Unterschlagung, d. h. als ein Antragsdelikt dargestellt hätte; allein Dedo Kirchhoff habe sich des Betruges schuldig gemacht und Betrug sei nach zürcherischem Strafrecht ein Offizialdelikt, das unabhängig von der Klage des Geschädigten verfolgt werde.

Wenn nun auch der Wortlaut der « Verpflichtung » eher für die Auffassung des Beklagten spricht und dieser offenbar glaubte, es handle sich um ein Antragsdelikt, so ist trotzdem mit den kantonalen Instanzen die Annahme abzulehnen, dass die Parteien der Klausel schlechterdings jene engbegrenzte Bedeutung beimessen wollten und dass nach dem Parteiwillen die Verpflichtung ungültig sein sollte, wenn nicht das Strafverfahren auf den Rückzug der Strafklage hin sofort eingestellt würde. Musste es doch dem Beklagten und den andern Familienangehörigen des Dedo Kirchhoff vor allem darauf ankommen, dass dieser überhaupt nicht bestraft werde. Es ergibt sich denn auch aus dem übrigen Inhalt der « Verpflichtung », dass die Parteien die von Dedo Kirchhoff begangenen strafbaren Handlungen nicht etwa strafrechtlich charakterisieren wollten.

Läge für die Meinung der Parteien weiter nichts vor, so wäre die Lösung immerhin zweifelhaft, zumal da der Rückzug der Klage bei einem Offizialdelikte die Einstellung des Strafverfahrens nach zürcherischem Strafrecht in der Tat nicht zu bewirken vermag. Nun geht aber aus dem späteren Verhalten des Beklagten mit Sicherheit hervor, dass er selber nicht der Auffassung war, seine Verpflichtung sei untergegangen und die dem Kläger auferlegte Bedingung sei unerfüllbar geworden. Nicht nur hat er mit Brief vom 19. Oktober 1911 an

den Kläger gewünscht und verlangt, dass dieser tätig werde und auf den Staatsanwalt einwirke, sondern er hat später noch die Mitwirkung des Klägers direkt nachgesucht und erwirkt, dass dessen Erklärung, der Schaden sei gedeckt, zur Aufhebung des Strafverfahrens verwendet werde. Über das Gesuch des Beklagten an die Justizdirektion, es möge die Strafverfolgung in Deutschland rückgängig gemacht werden, hatte der Staatsanwalt am 18. Januar 1912 sich dahin geäußert: « Soviel mir bekannt, ist der Schaden nicht gedeckt. » Daraufhin gab der Kläger auf Veranlassung des Beklagten am 25. Januar 1912 der Staatsanwaltschaft die Erklärung ab, er bestätige seinen Verzicht auf weitere Strafverfolgung des Dedo Kirchhoff zufolge vertraglicher Einigung mit dessen Verwandten, und es hat Vater Kirchhoff diese Erklärung des Klägers persönlich der Staatsanwaltschaft überbracht. Er hat also die Bedingung in der « Verpflichtung » nicht so aufgefasst, wie er nun im Prozess behauptet. Denn sonst hätte er nicht, um die Sistierung des Strafverfahrens in Deutschland zu erwirken, den Verzicht des Klägers neuerdings einholen und verwenden dürfen. Das setzte voraus, dass er die Verpflichtung zur Deckung des Schadens nicht als ungültig betrachtete. Seiner Einrede, die Bedingung sei vom Kläger nicht erfüllt worden, steht die *replicatio doli* entgegen.

3. — Es fragt sich weiter, ob der Kausalzusammenhang zwischen der Handlungsweise des Klägers und der Einstellung des Strafverfahrens gegeben sei. Die Vorinstanz hat dies mit Recht bejaht. Freilich war der Verzicht auf die Strafklage an sich nicht im Stande, die Einstellung herbeizuführen, weil Dedo Kirchhoff des Betruges, also eines Offizialdeliktes, angeklagt war. Allein das Verhalten des Klägers hat wesentlich zur Einstellung des Strafverfahrens beigetragen. Das beweist die Äusserung des Staatsanwaltes, der Schaden sei seines Wissens nicht gedeckt, in Verbindung mit der Zuschrift,

die er später auf die Erklärung des Klägers hin, der Schaden sei tatsächlich gedeckt, an die Justizdirektion richtete und worin er ausführte, er wersetze sich dem Rückzug des Antrages auf Übernahme der Strafverfolgung durch das Deutsche Reich nicht mehr, nachdem « einerseits der Damnfikat gedeckt sei ». Der Einstellungsbeschluss des Landgerichtes Kempten stellt denn auch die Tatsache, dass der Schaden gedeckt sei, in den Vordergrund, wie bereits in der Einstellungsverfügung der zürcherischen Staatsanwaltschaft die Abfindung von Vater Kirchhoff mit dem Kläger ausdrücklich als ein Grund für die Einstellung angeführt war. Nach der Praxis des Bundesgerichts über den Kausalzusammenhang wird eine Tatsache dann als kausal für den eingetretenen Erfolg betrachtet, wenn sie ein wesentliches Glied in der Kausalitätsreihe bildet, also ohne sie der Erfolg voraussichtlich nicht eingetreten wäre; dagegen ist nicht erforderlich, dass die Tatsache einzig den Erfolg herbeigeführt habe. Nach dem Gesagten ist anzunehmen, dass die Einstellung des Strafverfahrens weder in Zürich noch in Bayern erfolgt wäre, wenn die Erklärung des Klägers nicht vorgelegen hätte, dass er auf die Strafklage verzichte und der Schaden gedeckt sei.

4. — Der Kausalzusammenhang liegt also vor, die in der « Verpflichtung » vom 12. September 1911 gestellte Bedingung ist erfüllt und der Beklagte grundsätzlich zum Ersatz des dem Kläger entstandenen Schadens verpflichtet. Da er vor der ersten Instanz ausdrücklich einen Schadensbetrag von 3500 Fr. anerkannt und die Vorinstanz dem Kläger diesen Betrag zugesprochen hat, gibt die Bemessung des Schadenersatzes zu Erörterungen keinen Anlass, mit alleiniger Ausnahme der Zinsen. Die Vorinstanz hat den Zins von der ganzen Summe von 3500 Fr. vom 1. August 1911 an zugesprochen, wie es der Kläger verlangte. Gemäss der « Verpflichtung » vom 12. September 1911 war aber die

erste Rate erst am 30. September/1. Oktober 1911 fällig, also konnte die Zinspflicht auch erst mit diesem Zeitpunkt beginnen. Sodann ist der Betrag von 2500 Fr. in monatlichen Raten von je 100 Fr. abzubezahlen. Die Fälligkeit der einzelnen Raten und die entsprechende Zinspflicht treten daher sukzessive jeden Monat ein.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. März 1914 bestätigt, mit der Ausnahme, dass der Zins nicht vom ganzen Betrag von 3500 Fr. vom 1. August 1911 an laufen soll, sondern von der ersten Rate von 100 Fr. vom 1. Oktober 1911 an, von weitem 100 Fr. vom 1. November 1911 an und so fort je von 100 Fr. vom ersten jedes Monates an bis zur gänzlichen Tilgung der Schuld.