

ist somit die klägerische Schadensersatzforderung auf ihre materielle Begründetheit zu untersuchen. Diese hängt von dem Schicksal der von den Beklagten erhobenen Einrede der Unmöglichkeit der Erfüllung ab: es fragt sich, ob die Behauptung zutrifft, dass die zum Export des Holzes nach Italien erforderlichen Ausfuhrbewilligungen, deren Erteilung im Vertrag vorbehalten wurde, infolge von Umständen, welche die Beklagten nicht zu verantworten haben, nicht erhältlich waren. Da die Vorinstanz diese Frage nicht untersucht hat, ist die Sache zur weitem Beurteilung im Sinne des eventuellen Berufungsantrages an sie zu rückzuweisen, wobei es ihr unbenommen bleibt, die ihr allfällig als notwendig erscheinenden Beweisergänzungen anzuordnen.

Sollte die Vorinstanz zur Abweisung der Einrede gelangen, und deshalb in die Lage kommen, die den Klägern gebührende Entschädigung zu bemessen, so wäre für die Schadensliquidation auf das Ende des Monats Januar 1918 als massgebenden Zeitpunkt abzustellen. Denn angesichts der Aeusserungen der Beklagten musste damals Macchi darüber im klaren sein, dass das Holz nicht geliefert werde. Er durfte deshalb nicht durch spätere Fristansetzungen die Marktlage zum Nachteil der Verkäufer ausbeuten; die am 25. September 1918 angesetzte Nachfrist könnte nur dann für die Schadensberechnung in Betracht kommen, wenn die Berücksichtigung der damaligen Marktlage im Interesse der Beklagten liegen würde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 9. Dezember 1921 aufgehoben und die Sache zu neuer Behandlung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen wird.

33. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. April 1922

i. S. Berger-Scherer und Konsorten gegen Bellasio.

Kauf- oder Vorkaufsrecht? — Vorkaufsrecht: die Schriftform genügt auch für das limitierte Vorkaufsrecht. (Art. 216 Abs. 3 OR.)

A. — Mit schriftlich ausgefertigtem Vertrag vom 22. September 1915 verpflichtete sich der Beklagte 1), Baumeister Berger-Scherer in Luzern, an der Taubenhausestrasse 22 ein Wohnhaus zu errichten und dem Kläger Bellasio mietweise zu überlassen. In Ziffer 5 des Vertrages wird dem Mieter für die ersten fünf Jahre « das Vorkaufsrecht gewahrt ». Diesen Vertrag hatte der Beklagte 1) dem Kläger am 14. September 1915 zur Unterschrift zugestellt und dabei in dem Begleitschreiben bemerkt: « Das Vorkaufsrecht zum Preise von 64,000 Fr. ist Ihnen laut Vertrag gewahrt. Der Preis ist in demselben nicht vermerkt, weil derselbe der Bank vorgelegt werden muss; er ist somit in diesem Schreiben festgesetzt. » Infolge besonderer, auf Wunsch des Mieters vorgenommener Bauarbeiten erhöhte sich die Bausumme um 10,000 Fr. und damit, wie unter den Parteien nicht streitig ist, auch der in Aussicht genommene « Vorverkaufspreis ».

Am 9. April 1920 teilte der Beklagte 1) dem Kläger mit, er werde die Villa an die Beklagten 2), die Erbengemeinschaft Scherer-Scherer in Meggen, verkaufen, da er, Kläger, das Vorkaufsrecht habe, möge er sich binnen 14 Tagen darüber aussprechen, ob er von diesem Rechte Gebrauch mache. Der Kläger liess die Frist unbenützt verstreichen, worauf der Verkauf der Liegenschaft an die Beklagten 2) am 31. Mai 1920 zum Preise von 115,000 Fr. unter Ueberbindung des Mietvertrages erfolgte. Am 8. Juni 1920 hievon in Kenntnis gesetzt, schrieb der Kläger am 5. Juli 1920 beiden Beklagten durch seinen Anwalt, er mache von seinem Vorkaufsrecht zum Preise von 74,000 Fr. Ge-

brauch und verlange Zufertigung der Liegenschaft. Der Beklagte 1) bestritt, dass dem Kläger, wie er anzunehmen scheine ein Kaufsrecht zustehe, in Betracht könnte höchstens ein Vorkaufsrecht kommen, aber auch ein solches sei nicht gültig zu Stande gekommen. Sowohl der Beklagte 1) als die Beklagten 2) kündigten darauf dem Kläger den Mietvertrag.

Am 13. November 1920 leitete der Kläger die vorliegende Klage ein mit dem Begehren: 1. die Beklagten seien zu verpflichten, in die Zufertigung des Grundstückes an den Kläger einzuwilligen; 2. die Zufertigung an den Kläger sei gerichtlich zu verfügen; 3. eventuell seien die Beklagten zu verpflichten, an den Kläger unter solidarischer Haft 60,000 Fr. Schadenersatz zu zahlen; 4. eventuell sei wenigstens der Beklagte 1) zu dieser Ersatzleistung anzuhalten.

Die Beklagten erhoben verschiedene prozessuale Einwendungen und machten in der Sache selbst geltend, jedenfalls seien die Beklagten 2) dem Kläger in keiner Weise verpflichtet, ferner stellten sie sich auf den Standpunkt, es handle sich in Ziff. 5 des Vertrages vom 22. September 1915 um ein mangels öffentlicher Beurkundung ungültiges Kaufsversprechen, eventuell wenn man von einem Vorkaufsversprechen ausgehe, so hätte auch dieses als sog. limitiertes Vorkaufsversprechen öffentlich beurkundet werden müssen, unter allen Umständen aber könne der Kläger sich im vorliegenden Falle nicht darauf berufen, weil nur ein Verwandtenkauf vorliege, und weil es durch Nichtausübung untergegangen sei, ganz eventuell sei die Ersatzforderung zu reduzieren. Endlich erhoben die Beklagten ihrerseits einen Schadenersatzanspruch von 10,000 Fr. und verlangten Bezahlung der (teilweise deponierten) Mietzinse seit 24. September 1920 an die Beklagten 2).

B. — Mit Urteil vom 29. Dezember 1921 hat das Obergericht des Kantons Luzern die Beklagten unter Abweisung ihrer Gegenforderungen verpflichtet, die Zufertigung des streitigen Hauses an den Kläger zu gestatten.

C. — Hiegegen richtet sich die Berufung der Beklagten mit der diese ihre vor kantonaler Instanz gestellten Anträge erneuern.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Auf die prozessualen Einwendungen der Beklagten kann der Berufungsrichter nicht eintreten, weil diese sich ausschliesslich auf kantonales Prozessrecht stützen.

2. — In materieller Beziehung ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass das dem Kläger eingeräumte Recht, die Liegenschaft an sich zu ziehen, im Vertrage ausdrücklich als « Vorkaufsrecht » bezeichnet wurde, und dass insbesondere der Beklagte 1) in seinem Begleitschreiben, mit dem er den Vertrag dem Kläger unterbreitete, wie auch in verschiedenen späteren Briefen (z. B. vom 9. und 26. September 1919) davon immer als von einem « Vorkaufsrecht » gesprochen hat.

Ist auch die Bezeichnung eines Rechtsgeschäftes seitens der Parteien für die Bestimmung seiner juristischen Natur nicht ohne weiteres massgebend (Art. 18 OR), so muss ihr doch dann wesentliche Bedeutung beigemessen werden, wenn die Parteien geschäftsgewandte Personen sind, bei denen eine gewisse Vertrautheit mit der Terminologie des Gesetzes vorausgesetzt werden darf. Dies trifft im vorliegenden Falle zu. Speziell der Beklagte 1), der dem Kläger den Vertrag unterbreitete, musste als Baumeister den Unterschied zwischen Kaufsrecht und Vorkaufsrecht zweifelsohne kennen.

Dass die Parteien nicht ein Vorkaufsrecht, sondern ein Kaufsrecht haben begründen wollen, wie die Beklagten geltend machen, dürfte unter diesen Umständen nur angenommen werden, wenn hiefür gewichtige Anhaltspunkte sprechen würden. Solche Anhaltspunkte ergeben sich zunächst jedenfalls nicht aus der Entstehungsgeschichte des Vertrages. Die Tatsache, dass das Haus nach den Wünschen des Klägers gebaut wurde, und dass er sich offensichtlich dagegen schützen wollte, gegen seinen Willen daraus verdrängt zu werden, spricht weder zu

Gunsten der einen noch zu Gunsten der andern Auslegung. Sowohl ein Kaufs- als ein Vorkaufsrecht konnten ihm zur Erreichung des letztern Zweckes dienen.

Ebensowenig können sich die Beklagten auf die Festsetzung eines festen Uebnahmepreises bei Eingehung des « Vorkaufsversprechens » stützen. Wenn die Einräumung eines limitierten Vorkaufsrechtes auch nicht den Normalfall des Vorkaufsrechtes bildet, so kommt sie anderseits im Rechtsverkehr doch auch nicht bloss so ausnahmsweise vor, dass die Angabe eines festen Vorkaufspreises ohne weiteres als Anhaltspunkt dafür betrachtet werden dürfte, die Parteien haben kein Vorkaufsrecht begründen wollen.

Das einzige Moment, das sich für die Konstruktion des Kaufsrechtes anführen lässt, ist der Umstand, dass der Kläger, als er unter Hinweis auf den Verkauf an die Beklagten 2) zur Geltendmachung seines Rechtes aufgefordert wurde, sich nicht entscheiden wollte, sondern sich gerierte, wie wenn er unabhängig von einem solchen Verkauf das Recht habe, die Liegenschaft während 5 Jahren an sich zu ziehen. Allein näher als hieraus zu schliessen, die Parteien oder doch der Kläger haben bei Abschluss des Mietvertrages, trotz der gewählten Benennung nicht ein Vorkaufsrecht, sondern ein Kaufsrecht begründen wollen, liegt die Annahme, es handle sich hiebei um die irrtümliche Auffassung eines Laien über die Tragweite des ihm eingeräumten Anspruches.

Uebrigens erklärte der Beklagte 1) selber noch in seiner Zuschrift vom 15. Juli 1921 ausdrücklich, ein Kaufsrecht habe nie abgemacht werden sollen, sondern nur ein Vorkaufsrecht, das aber wegen Formmängeln nicht gültig sei. Endlich ist darauf hinzuweisen, dass das Vorkaufsrecht, auch das limitierte, den Verpflichteten weniger belastet als das Kaufsrecht. Da aber die Parteien den angestrebten Zweck auf dem Wege des Vorkaufsversprechens ebensowohl erreichen konnten, wie durch die Bestellung eines Kaufsrechtes, hat der Richter nach be-

kannter Auslegungsregel im Zweifel anzunehmen, die Kontrahenten haben sich mit dieser geringern Belastung des Beklagten 1) begnügen wollen.

3. — Nach Art. 216 Abs. 3 OR sind Vorkaufsverträge schon in schriftlicher Form gültig. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen dem Vorkaufsversprechen mit bestimmter Preisabmachung, dem limitierten Vorkaufsversprechen, und denen, die dem Versprechensempfänger nur das Recht einräumen, zu den seitens des Besitzers einem allfälligen Drittkäufer gewährten Bedingungen das Grundstück zu erwerben. Dem Wortlaute gemäss genügt daher für beide Arten von Vorkaufsversprechen die blosse Schriftform. »

Mit Recht haben jedoch die Beklagten unter Bezugnahme auf das die Frage allerdings nur anschnellende, nicht beantwortende Urteil des Bundesgerichts i. S. Müller gegen Berling (PRAXIS II 426) darauf hingewiesen, dass diese wörtliche Auslegung sich zum System des Gesetzes insofern in einen gewissen Widerspruch setzt, als sonst Verpflichtungen zur Veräusserung von Grundeigentum zu bestimmten Bedingungen nur verbindlich sind, wenn sie öffentlich beurkundet wurden. So sieht Art. 216 OR die öffentliche Beurkundung vor für alle Kaufverträge, für Vorverträge und für alle Verträge über die Einräumung von Kaufs- und Rückkaufsrechten. Die gleichen Erwägungen, die den Gesetzgeber für diese Rechtsgeschäfte zu der Einführung der Form der öffentlichen Beurkundung führten, hätten ihn auch veranlassen können, diese Form für das limitierte Vorkaufsrecht vorzuschreiben. Zumal im Vergleich mit dem Kaufsrecht drängt sich die Gleichartigkeit der zu schützenden Interessen auf. Während beim gewöhnlichen Vorkaufsrecht die Gebundenheit des Verkäufers sich nur hinsichtlich der Person des Erwerbers äussert, wogegen es ihm freisteht, die Verkaufsbedingungen, insbesondere den Preis, jedesmal wenn ein Drittkäufer an ihn herantritt, neu zu bestimmen, bindet sich der Eigentümer, der ein limitiertes Vorkaufs-

recht gewährt, gleich wie wenn er ein Kaufsrecht einräumen würde, schon zum Voraus an gewisse Bedingungen, von denen er später nicht mehr abgehen kann. Wie für das Kaufsrecht wäre daher auch für das limitierte Vorkaufsrecht ein Schutz des Verkäufers gegen Uebereilung bei Eingehung der Verpflichtung am Platze gewesen.

Allein so gewichtig diese Argumente für eine verschiedene Behandlung des gewöhnlichen und des limitierten Vorkaufsversprechens sind, so scheitern sie doch an der Erwägung, dass das positive Recht schlechthin alle Vorkaufsversprechen der blossen Schriftform unterstellt hat.

Es liegt nicht etwa der Fall vor, dass der Gesetzgeber das limitierte Vorkaufsrecht überhaupt nicht in den Rahmen der von ihm aufgestellten Vorschriften einbezogen hätte, so dass man von einer eigentlichen Lücke im Gesetze sprechen könnte, die auszufüllen der Richter nach Art. 1 Abs. 2 ZGB berufen wäre. Zwar nicht schon im Entwurf zum ZGB von 1900, wohl aber bereits in den Beratungen der Expertenkommission (Prot. III 50) wurde das limitierte Vorkaufsrecht erwähnt. In Art. 1271 des Entwurfes zum OR von 1905 und seit der Beratung des ZGB durch die nationalrätliche Kommission im ZGB (Art. 672 später 681) figuriert es ausdrücklich neben dem nicht limitierten Vorkaufsrecht (Stenogr. Bulletin 1906 S. 539). Endlich [wies im Ständerat der Berichterstatter Hoffmann gegenüber einer Aeussereung Scherers speziell darauf hin, dass im Gesetz beide Arten von Vorkaufsrechten vorgesehen seien (Stenogr. Bulletin 1907 S. 162).

Kann aber ein Uebersehen der Besonderheiten des limitierten Vorkaufsrechtes nicht in Betracht kommen und stellte der Gesetzgeber dennoch nur eine allgemeine Norm für die Form der Vorkaufsrechte auf, so ist der Richter hieran gebunden und darf nicht auf dem Wege der Auslegung eine Differenzierung einführen, die der Gesetzgeber vermied.

Dabei ist zudem speziell zu berücksichtigen, dass es

sich um die Auslegung von Formvorschriften handelt. Auf derartige Bestimmungen muss sich der Verkehr verlassen können und es geht nicht an, sie, ohne schwerwiegende Veranlassung, auf dem Wege der Gesetzesauslegung abzuändern (LEEMANN, SJZ 10 S. 171; OSER, N. IV 1 zu Art. 216; BECKER, N. 10; ALLGÄUER, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht; Diss. Zch. 1918 S. 42; a. A. : SIMONIUS, ZSR 61 p. 311).

4. — Die Erfordernisse der Schriftform sind im vorliegenden Falle erfüllt. Allerdings enthält der von beiden Parteien unterzeichnete Mietvertrag selber keine Angaben über den Vorkaufspreis, der als wesentlichster Bestandteil der Abmachung zweifelsohne der Schriftform auch unterliegt. Allein der Beklagte 1) hat sowohl den ursprünglichen als den erhöhten Preis in seinen Briefen vom 14. September und 6. November 1915 bzw. in dem Vertrag über den Bau der Garage vom 9. Mai 1917 als Vorkaufspreis anerkannt. Da aber aus der Einräumung eines Vorkaufsrechtes zunächst nur dem Promittenten Verpflichtungen erwachsen, während der Promissar bis zur Ausübung seines Zugrechtes von jeder Verbindlichkeit frei bleibt, genügt nach Art. 13 OR, dass die Preisabmachung durch die Unterschrift des Beklagten 1) gedeckt ist.

5. — Für den Fall, dass das Vorkaufsrecht formrichtig zur Entstehung gelangt sein sollte, haben die Beklagten sich auf den Standpunkt gestellt, es liege ein sog. « Verwandtenkauf » vor und ferner sei das Recht des Klägers durch Nichtausübung untergegangen. Beide Einwendungen sind mit der Vorinstanz zurückzuweisen. Was die Einrede des Verwandtenkaufes anbelangt, so kann in allen Teilen auf das Urteil des Bundesgerichts i. S. Aeschlimann gegen Schütz (AS 44 II 387) verwiesen werden. Von einem Verkauf im Hinblick auf das Erbrecht des Erwerbers kann im vorliegenden Falle nicht die Rede sein. Gegenüber der zweiten Einwendung stellt die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht fest, der Kläger habe erstmals am 8. Juni 1920 Kenntnis von der erfolgten Veräusserung des

Grundstückes erhalten. Am 5. Juli 1920 erklärte er den Kaufseintritt. Die Frist des Art. 681 Abs. 3 ZGB ist daher gewahrt.

6. — Dagegen kann das Vorkaufsversprechen nur dem Beklagten 1) gegenüber geltend gemacht werden. Da es im Grundbuch nicht vorgemerkt wurde (die auf einseitiges Begehren des Klägers erst im Verlaufe des Prozesses erfolgte Vormerkung im Sinne von Art. 960 Ziff. 1 ZGB fällt nicht in Betracht), stehen dem Kläger daraus nur obligatorische Ansprüche, d. h. nur Ansprüche gegenüber seinem Vertragsgegner, zu. Um die Beklagten 2) zu verpflichten, hätte es ihrerseits einer Uebnahme der Verpflichtungen des Beklagten 1) bedurft. Eine solche Uebnahme hat nach den Akten und entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht stattgefunden. Sowohl die Beklagten 2) wie auch der Beklagte 1) haben in der Korrespondenz mit dem Kläger immer nur erklärt, die neuen Eigentümer seien in das *M i e t s v e r h ä l t n i s* eingetreten. Ebenso sieht der Kaufvertrag vom 31. Mai 1920 nur die Uebnahme des Mietvertrages vor. Von einem Eintritt in die Verpflichtungen aus dem Vorkaufsversprechen ist dagegen nirgends die Rede. Uebrigens hätte eine solche Uebnahme auch jedes innern Grundes entbehrt. Wäre es noch verständlich gewesen, wenn die Beklagten 2 dem Kläger, um ihn zur Nichtausübung des Vorkaufsrechtes anlässlich des Eigentumsüberganges auf sie zu veranlassen, für eine spätere Handänderung ein neues Vorkaufsrecht eingeräumt hätten, so lag für sie dagegen keinerlei Grund vor, durch Anerkennung des Vorkaufsrechtes bezüglich des streitigen Kaufes diesen selbst in Frage zu stellen oder sich eine Schadenersatzpflicht aufzuladen.

7. — Die Gegenforderungen der Beklagten fussen auf der Annahme, der Kläger sei nicht berechtigt gewesen, ein Vorkaufsrecht auszuüben; nach den vorstehenden Ausführungen ist diese Auffassung unzutreffend, womit die Grundlage dieser Ansprüche dahinfällt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung des Beklagten Berger wird unbegründet erklärt, die Berufung der Beklagten Scherers Erben dagegen zugesprochen, und die Klage ihnen gegenüber abgewiesen.

34. Extrait de l'arrêt de la I^e Section civile du 10 avril 1922 dans la cause de Roding contre Kirchhof.

Pour déterminer la valeur des prestations dont les parties peuvent réclamer la restitution en cas de nullité du contrat, il faut se reporter à l'époque où les prestations ont été opérées et s'en tenir à la valeur dont les parties se sont effectivement enrichies sans égard à la valeur fixée conventionnellement en vue de l'exécution du contrat.

La nullité du contrat pour cause de dol a pour conséquence la restitution réciproque des prestations des parties.

Le demandeur n'ayant jamais pris possession de la fabrique, n'a rien à rendre au défendeur. En revanche, ce dernier doit lui restituer les sommes reçues. Pour apprécier exactement la valeur de la prestation faite par le demandeur et dont il est en droit d'exiger la restitution, il faut se reporter à l'époque où le paiement a été effectué, soit au 16 mars 1920. A cette date, le défendeur a non seulement reçu la somme de 9250 francs suisses, mais en plus un chèque de 312 400 marks. Pour la conversion de ce dernier montant en francs, l'instance cantonale s'en est tenue au cours de 12 fr. 50 % par le motif que les parties l'auraient conventionnellement admis. On ne peut pas se rallier à cette manière de voir. Le cours de 12.50 a été convenu non pas en vue de l'annulation du contrat mais en vue de son exécu-