

78. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Oktober 1931  
i. S. Jurt gegen Steinger.

Ungültigkeit eines Vorvertrages zu einem Liegenschafts-  
kauf mangels öffentlicher Beurkundung. OR Art. 22 Abs. 1  
und 2, 216 Abs. 2.

Natur als Vorvertrag bejaht bei einem Vertrag, durch den sich  
B gegenüber A verpflichtet, die dem C gehörende Liegenschaft  
zu kaufen und an D weiter zu veräussern; Vertrag zugunsten  
Dritter. OR Art. 112.

A. — Durch schriftlichen Vertrag vom 20. Februar  
1930 ermächtigte Ulrich Mattmann den heutigen Kläger,  
Josef Jurt, selbst oder durch einen Vertrauensmann  
die dem Balthasar Lingg in Ebikon gehörende Liegen-  
schaft «Hinterbrugg» in Neuenkirch zu 65,000 Fr. zu  
erwerben, und er verpflichtete sich, unter Gewährung  
einer Provision und Überlassung der Differenz zu einem  
allenfalls günstigeren Erwerbspreis, dasselbe Grundstück  
dann sofort zum Preis von ebenfalls 65,000 Fr. von ihm  
oder seinem Vertrauensmann zu erstehen. Darauf wählte  
der Kläger den Beklagten, Josef Steinger, als Vertrauens-  
mann für das Geschäft; in einer mündlichen Abmachung  
verpflichtete sich Steinger gegen eine Provision von  
350 Fr., die Liegenschaft «Hinterbrugg» des Lingg zu  
63,000 Fr., eventuell 65,000 Fr., immerhin so billig als  
möglich, zu kaufen und an Mattmann weiterzuverkaufen;  
Jurt versprach gegenüber Steinger, dass Mattmann ihm  
das Objekt abkaufe und dass ihm, dem Beklagten, kein  
Schaden wegen der Handänderungs- und Fertigungs-  
kosten erwachse.

Durch öffentlich beurkundeten Vertrag vom 21. Februar  
1930 kaufte Josef Steinger von Balthasar Lingg das  
mehrfach erwähnte Grundstück um 60,000 Fr. Für  
eine Anzahlung von 8000 Fr., für ein Trinkgeld an die  
Ehefrau des Verkäufers von 100 Fr. und für die Ver-  
schreibungskosten von 6 Fr. benötigte er 8106 Fr., die  
ihm der Kläger samt der Provision von 350 Fr. zahlte.

Am 26. Februar 1930 sollte die Liegenschaft an  
Mattmann weiterverkauft werden. Der Beklagte erschien  
jedoch nicht zum Kaufabschluss, da er die Liegenschaft,  
angeblich auf Betreiben eines liberalen Parteikomités,  
dem Lingg zurückveräussert hatte. Der Kläger bezichtigte  
ihn darauf schriftlich des Vertragsbruches. Am 4. März  
1930 deponierte der Beklagte bei der Volksbank in Neuen-  
kirch die ihm geleisteten 8456 Fr.

B. — Mit der vorliegenden Klage hat Jurt den Steinger  
auf Zahlung von 13,956 Fr. nebst 5% Zins seit 26. Fe-  
bruar 1930 belangt; der Betrag setzt sich zusammen  
aus den erwähnten 8456 Fr., sowie aus 5500 Fr.  
Schadenersatz wegen entgangenen Gewinnes und entgan-  
gener Provision.

C. — Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt,  
da der zwischen ihm und dem Kläger abgeschlossene  
Vertrag kein einfacher Auftrag, sondern ein Vorvertrag  
zu einem Grundstückskauf sei, der mangels notarieller  
Form keine Gültigkeit erlangt habe und der überdies  
gegen die guten Sitten verstosse.

D. — Das Amtsgericht Willisau hat durch Entscheid  
vom 31. Dezember 1930 die Klage abgewiesen; immerhin  
hat es den Beklagten gehalten, die von ihm anerkannten  
8456 Fr. plus aufgelaufene Zinsen gegen Rückgabe einer  
Anzahl Urkunden dem Kläger zurückzuerstatten. Es  
ist von der Auffassung ausgegangen, die Vereinbarung  
der Parteien sei ein Vorvertrag zu einem Liegenschafts-  
kauf, der mangels Erfüllung der Formvorschriften der  
Art. 22 und 216 OR ungültig sei.

E. — Auf Appellation des Klägers hat das Ober-  
gericht des Kantons Luzern das erstinstanzliche Urteil  
am 23. Juni 1931 bestätigt. Es ist auf die Frage der  
Ungültigkeit des Vertrages wegen Formfehlers nicht  
eingetreten, sondern hat gefunden, dass der Vertrag  
unsittlich sei; durch eine frühere Vereinbarung mit dem  
Verkäufer Lingg habe es der Kläger übernommen, diesem  
einen Käufer zu suchen, sodass er sich durch Abmachung

mit Mattmann in einen Interessenkonflikt begeben habe : Für Mattmann hätte er einen möglichst niedrigen, für Lingg einen möglichst hohen Preis erzielen müssen. Indem er den Beklagten als Strohmann eingeschoben habe, sei er für das Interesse Mattmann's an einem geringen Preis eingetreten, um sich die Differenz zu sichern. Da so seine Pflichten gegenüber Lingg verletzt worden seien, müsse ein Verstoss gegen die guten Sitten angenommen werden.

F. — Gegen dieses Erkenntnis hat der Kläger rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag auf Gutheissung der Klage gestellt.

G. — Der Berufungsbeklagte hat um Bestätigung des angefochtenen Urteils ersucht.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Ein Vorvertrag ist nach Art. 22 Abs. 1 OR ein Vertrag, durch den sich jemand zum Abschluss eines künftigen Vertrages verpflichtet. Der Vorvertrag über einen Grundstückkauf bedarf nach Art. 216 Abs. 2 OR zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Damit ordnet das Gesetz für den Grundstückkauf noch ausdrücklich an, was sich schon aus Art. 22 Abs. 2 OR ergibt, dass nämlich dort, wo es zum Schutz der Vertragschliessenden eine Gültigkeitsform vorschreibt, diese auch für den Vorvertrag unerlässlich ist. Auf der andern Seite ist der einfache Auftrag, durch den sich jemand gegenüber dem Auftraggeber zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes verpflichtet, nach der im Schrifttum herrschenden, vom Bundesgericht in seinem ungedruckten Entscheid vom 8. Oktober 1930 i. S. Osterwalder gegen Gähwiler implicite gebilligten Auffassung auch dann formlos gültig, wenn das abzuschliessende Rechtsgeschäft einer besonderen Form bedarf, also z. B. ein Liegenschaftskauf ist (BECKER, Kommentar, N. 6 zu OR 216, OSER, Kommentar, N. 14 zu OR 11, N. 11 zu OR 216,

LEEMANN, Kommentar, N. 19 zu ZGB 657, WIELAND, Kommentar, N. 4 c zu ZGB 657, ROTH, Der Vorvertrag S. 366, und für das deutsche Recht : WARNEYER, Kommentar, 1930 Bd. I Ziff. III zu § 313 BGB und dort zit. Judikatur).

Es fragt sich also, ob hier ein blosser Auftrag des Klägers an den Beklagten, das Grundstück von Lingg zu kaufen und an Mattmann weiterzuveräussern, oder ob nicht vielmehr ein Vorvertrag anzunehmen sei. Bei der Lösung dieser Frage kommt man mit der Umschreibung des Vorvertrages in Art. 22 Abs. 1 OR nicht aus, denn eine Pflicht zum Abschluss eines künftigen Vertrages wäre zu Lasten des Beklagten auch durch einen solchen der Form nicht bedürftigen Auftrag begründet worden. Umgekehrt kann das Unterscheidungsmerkmal nicht darin gefunden werden, dass bei einem Vorvertrag im Gegensatz zu einem Auftrag dieselben Parteien beteiligt seien, die nachher den Hauptvertrag, d. h. hier den Grundstückkauf abzuschliessen haben, denn einerseits ist ein Auftrag des Verkäufers an den Käufer, sein Grundstück zu erstehen, denkbar (vgl. einen solchen Fall bei einer Versteigerung in Seuffert's Archiv 3. Folge, Band 4 Nr. 2) und andererseits sind Vorverträge zwischen dem A und dem B möglich, durch die A dem B verspricht, den Hauptvertrag nicht mit ihm, sondern mit X zu schliessen ; ja in der Literatur wird die Berechtigung des Vorvertrages geradezu in der Hauptsache auf die Fälle begrenzt, wo der Hauptvertrag mit einem Dritten einzugehen ist, der Vorvertrag unter den gleichen Parteien aber nur in Ausnahmefällen als sinnvoll bezeichnet (von TUHR I S. 235).

Die erste Verpflichtung des Beklagten aus dem Rechtsgeschäft mit dem Kläger ging dahin, das Grundstück von Lingg in eigenem Namen zu kaufen. Diese Obligation war die des Mandatars, nicht die des Käufers, denn abgesehen davon, dass der Preis weder bestimmt, noch bestimmbar war, sondern vom Entschlusse des Ver-

käufers abhing — der im Mäklervertrag zwischen dem Kläger und Lingg vereinbarte Preis von 66,000 Fr. fällt hier nicht in Betracht —, hätte der Beklagte bei Nichterfüllung nur gegenüber dem Kläger, seinem Auftraggeber, eine Verantwortlichkeit aus Mandat zu gewärtigen, während von der Nichterfüllung seiner Pflicht als Käufer noch keine Rede sein konnte; da die Bedingungen, zu denen der Beklagte von Lingg zu kaufen hatte, wie gesagt, noch nicht festgelegt waren, kann insbesondere kein Vertrag des Klägers zugunsten des Lingg mit dem Beklagten im Sinne des Art. 112 OR angenommen werden, aus dem der Verkäufer unter Umständen hätte selbständig klagen können.

Wenn daher durch die Vereinbarung der Parteien nur diese erste Verpflichtung des Beklagten aufgestellt worden wäre, hätte es sich füglich fragen können, ob das Rechtsgeschäft öffentlich zu beurkunden gewesen wäre. Wenn im Schrifttum gelegentlich verlangt worden ist, dass wenigstens die Vollmacht, ein Grundstück zu kaufen oder zu verkaufen, öffentlich zu beurkunden sei, da durch die Vollmacht der Kaufs- oder Verkaufswille erklärt werde (ROSSEL, Manuel 4. Aufl. S. 292, im Gegensatz zu OSER, Kommentar N. 11 zu OR 216, BECKER, Kommentar, N. 6 zu OR 216, BÜRGISSER, Der Grundstückkauf S. 13), ist die Kontroverse hier ohne Belang, da der Kläger keine Vollmacht erteilt hat, für ihn zu kaufen. Ebenso kann der Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Eichin gegen Habermann vom 25. Juni 1924, dass die Verpflichtung, einen Käufer für ein Grundstück zu beschaffen, der notariellen Form unterliege, hier nicht herangezogen werden, denn damals hatte sich der vermeintliche Mandatar ausdrücklich verpflichtet, wie ein Käufer für das Erfüllungsinteresse einzustehen, falls ein unbestimmter Dritter den Kaufvertrag über die Liegenschaft mit dem festgelegten Inhalt nicht abschliesse (BGE 50 II S. 250).

Die Frage kann jedoch offen bleiben, da der Beklagte im vorliegenden Fall gegenüber dem Kläger noch eine

zweite Verpflichtung eingegangen ist, durch die er aus der Rolle des blossen Beauftragten heraustrat und die Stellung des Verkäufers im Vorvertrag einnahm. Gemeint ist das Versprechen des Beklagten, die Liegenschaft um 65,000 Fr. an Mattmann zu veräussern. Steinger versprach also wie ein Käufer, dem Mattmann das Eigentum zu verschaffen. Wohl wurde das Versprechen nicht Mattmann, sondern dem Kläger abgegeben, allein es war doch ein Versprechen zugunsten des Mattmann, also ein Vertrag zugunsten Dritter, aus dem der künftige Gegenkontrahent im Hauptvertrag, Mattmann, unter den Voraussetzungen des Art. 112 Abs. 2 OR selber klagen konnte. Der Kläger nahm ja eine Pflicht Mattmann's, dem Beklagten die Liegenschaft abzunehmen an, denn er garantierte ausdrücklich dafür, dass diese Pflicht erfüllt werde; also musste Mattmann offenbar auch ein Recht haben, von Steinger den Verkauf zu verlangen. Dabei macht es keinen Unterschied aus, dass die Verpflichtung des Beklagten immerhin an eine Bedingung geknüpft war, nämlich daran, dass zuvor der Kauf von Lingg durch dessen Entschluss möglich geworden war. Der Kläger führt übrigens in der Berufungsschrift noch aus, der Kläger habe nach der übereinstimmenden Willensmeinung der Parteien sogar ein Recht gehabt, Übertragung der Liegenschaft an sich selbst zu verlangen. Wenn das zutrifft, geht daraus in eindeutiger Weise hervor, dass man es nicht mit einem blossen Auftrag zu tun hat, ja wenn der Beklagte wirklich gehalten gewesen wäre, das Grundstück auf Verlangen und ohne Abschluss eines weitem Vertrages dem Kläger zu übereignen, müsste man in der Vereinbarung geradezu einen potestativ bedingten Kauf erblicken. Jedenfalls war für die Parteien angesichts der Verpflichtung des Beklagten zur Weiterveräusserung die Beobachtung der zum Schutze des Veräusserers aufgestellten Formvorschrift unerlässlich. Diese Auffassung wird für diesen Fall auch in der Literatur geteilt (vgl. ROTH, Vorvertrag S. 367 ff., LEMANN, Kom-

mentar N. 8 zu ZGB 657, GUTBROD, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag S. 42 ff., WARNEYER, Kommentar Ziff. III zu § 313 BGB, OBERNECK, Das Reichsgrundbuchrecht Bd. I. S. 476 ff.)...

2. ....

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 23. Juni 1931 wird bestätigt.

**79. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Oktober 1931 i. S. Politische Gemeinde Rapperswil gegen Spiller.**

Nichterfüllung einer begrenzten Gattungsschuld. Abweisung der Schadenersatzforderung des Käufers von Pflastersteinen aus einem bestimmten Steinbruch mangels Verschuldens des Verkäufers, wenn durch unvorhergesehene geologische Verhältnisse die Ausbeute unverhältnismässig erschwert wurde. OR Art. 97, 119.

A. — Eine Abordnung des Gemeinderates der Klägerin, Gemeinde Rapperswil, hatte am 15. Dezember 1927 den dem Beklagten, Josef Spiller, gehörenden Steinbruch in Sarnen besichtigt. Am 21. Dezember 1927 bot Spiller der Gemeinde Rapperswil schriftlich Kleinpflastersteine im Masse von 8/10 samt den erforderlichen Rundsteinen zum Kaufe an, lieferbar in täglichen Mengen von 30 Tonnen ab 20. Mai 1928, zum Preise von 435 Fr. per Wagen zu 10 Tonnen bei Abnahme von 100 bis 150 Wagen im Ganzen, franco Station Sarnen. Am 4. Januar 1928 bestätigte der Beklagte den Empfang einer durch das Telephon gemachten Bestellung der Klägerin von ca. 125 Wagen Kleinpflastersteinen gemäss Offerte vom 21. Dezember 1927. Im Namen des Gemeinderates bestätigte am 5. Januar 1928 auch die Baukommission der Stadt Rapperswil den « Auftrag », doch beschränkte sie die Lieferung in ihrem Brief auf ca. 120 Wagen.

Am 21. April 1928 schrieb die Klägerin dem Beklagten : « Am 16. April laufenden Jahres liessen Sie uns... durch Ihren Vertreter mündlich erklären, dass Ihnen die Erfüllung Ihrer Lieferungspflicht nicht möglich sei. Da wir mit der Fertigstellung der Strasse nicht zuwarten können, sehen wir uns veranlasst, Ihnen den Auftrag daher zu entziehen und uns anderweitig einzudecken. Für den uns daraus entstehenden Schaden machen wir Sie verantwortlich. » Die Eröffnung des Beklagten, dass er nicht erfüllen könne, war damit begründet worden, dass sich im Frühjahr 1928 im Steinbruch in Sarnen unerwartete Schwierigkeiten gezeigt hätten, indem ganze Bänder von Schutt zum Vorschein gekommen seien ; auch habe sich herausgestellt, dass die Formation des guten Gesteins stark « berginefallend » sei.

Am 4. Mai 1928 antwortete der Beklagte auf eine Anfrage der Klägerin, ob er nicht wenigstens ein gewisses Quantum Steine liefern könne : « Nachdem Sie mir mit dem oben erwähnten Schreiben den mir erteilten Auftrag leider entzogen haben, sah ich mich veranlasst, meine Lieferungsdispositionen zu ändern, sodass ich nunmehr wirklich nicht in der Lage bin, Ihrem Wiederauftrag zu entsprechen. » Am 26. Mai 1928 berichtete die Klägerin dem Beklagten, es sei ihr mit grosser Mühe und vielen Kosten gelungen, die nötigen Pflastersteine auf den massgebenden Termin durch die Firma Losinger & Cie. aus dem Waadtland zu beziehen. Es seien ihr aber Mehrkosten in der Höhe von 5916 Fr. erwachsen, für welche sie den Beklagten verantwortlich mache. Darauf erwiderte der Beklagte mit Brief vom 1. Juni 1928 : « Ich bedaure sehr, dass Sie auf die Vorschläge meines Vertreters, des Herrn Graf, nicht eingegangen sind, der Ihnen am 16. April in Rapperswil die Proposition unterbreitete, Ihre Bestellung derart zu effektuieren, dass 60 Wagen ab Bruch Sarnen und 60 Wagen ab Bruch Wolfenschiessen geliefert werden sollen, beide Lieferungen innert vorgeschlagener Lieferfrist. Demzufolge finde ich, Sie sollten Ihre Mehrkostenforderung im vorerwähnten Schreiben fallen lassen. »