

von Art. 178 Abs. 2 OR. Entgegen der Meinung des Beklagten ist keine schriftliche Erklärung nötig wie zur Eingehung der Bürgschaft.

b) Damit wird auch die Frage hinfällig, ob die streitige Klausel des Bürgschaftsvertrages vom 11. Juni 1932 nicht die wirtschaftliche Freiheit des Klägers in einem das Recht und die guten Sitten verletzenden Masse beschränkt habe und daher nach Art. 27 ZGB und Art. 20 OR als nichtig anzusehen wäre. Dass eine solche Klausel nach den Umständen des einzelnen Falles nichtig sein könnte, ist grundsätzlich wohl nicht zu bezweifeln. Sie ist aber hier nach dem bereits Gesagten überholt durch die Vorgänge anlässlich der Schuldübernahme durch Perini, wo der Kläger seiner weitem Haftung als Bürge in konkludenter Weise zugestimmt hat.

78. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Dezember 1937

i. S. Konkursmasse Egmund Stocker-Blatter gegen Baugesellschaft Riehenring.

Kombinierter Vertrag, bestehend aus einem Werkvertrag über Installationsarbeiten, einem Werkvertrag, durch den sich der Installateur verpflichtet, durch die Gegenpartei ein Haus erstellen zu lassen, und einem Kaufvorvertrag, das dazu nötige Grundstück von einem Dritten zu erwerben. Nichtigkeit des Kaufvorvertrages mangels öffentlicher Beurkundung. Die Gültigkeit der Werkverträge, einschliesslich der darin vereinbarten Zahlungsmodalitäten, bleibt davon unberührt. Art. 216 Abs. 2, 20 Abs. 2 OR.

A. — Die Baugesellschaft Riehenring und das Architekturbureau Bercher & Tamm einerseits und die Installationsfirma Egmund Stocker andererseits schlossen am 28. April 1931 einen Vertrag ab, nach dessen Ziffer 1 der Firma Stocker die Lieferung der Boiler und die Erstellung der sanitären Installationen für 10 Häuser übertragen wurde, welche die Baugesellschaft Riehenring zu erstellen

beabsichtigte. Für jedes Haus war der Abschluss eines besonderen Werkvertrages vorgesehen. Der Gesamtbetrag der von Stocker auszuführenden Arbeiten sollte sich mindestens auf Fr. 130,000.— belaufen.

Nach Ziffer 11 des Vertrages verpflichtete sich Stocker, eines dieser 10 Häuser, und zwar das Haus Riehenring 23, für sich selber auf eigene Rechnung zu übernehmen; im Einzelnen bestimmte der Vertrag hierüber:

« 1. Der Unternehmer kauft die zur Erstellung des Hauses Riehenring Nr. 23 vorgesehene Parzelle haltend ca. 325 m² direkt vom Kanton Basel-Stadt und zwar zum Preise von Fr. 50.— per m²....

2. Über die Verpflichtung zum Kauf der vorerwähnten Parzelle soll ein notarieller Kaufvorvertrag zwischen der Firma Egmund Stocker und der Baugesellschaft Riehenring abgeschlossen werden.

3. Der Unternehmer erteilt der Firma Bercher & Tamm den Auftrag, das Haus Riehenring Nr. 23 zum Pauschalpreis von Fr. 175,000.— schlüsselfertig zu erstellen. In diesem Preis ist der Kaufpreis für das Land miteingerechnet. »

Über die Bezahlung des Werklohnes bestimmte Ziffer V des Vertrages:

« Die dem Unternehmer übertragenen Arbeiten werden wie folgt bezahlt:

1. Solange das von der Firma Egmund Stocker übernommene Haus nicht vollständig bezahlt ist:
70 % der jeweils in den Bau gelieferten und fertiggestellten Arbeiten in bar,
10 % vier Wochen nach definitiver Schätzung,
20 % werden jeweils verrechnet mit dem aus Kauf des Landes und aus der Erstellung des Hauses Riehenring Nr. 23 der Fa. Bercher & Tamm und der Baugesellschaft Riehenring geschuldeten Pauschalbeträge. » ...

Über die Arbeiten und Lieferungen für die einzelnen Häuser kamen in Ausführung des Rahmenvertrages einzelne Werkverträge zustande. Der notarielle Kaufvor-

vertrag über den Erwerb der Liegenschaft Riehenring 23 durch Stocker dagegen wurde nie abgeschlossen. Trotzdem führte Stocker die übernommenen Arbeiten aus, und bei der Auszahlung der Werklöhne behielt die Beklagte jeweils 20 % zurück zur Verrechnung mit dem Preis für das Haus Riehenring 23. Die so zurückbehaltenen Beträge belaufen sich auf insgesamt Fr. 11,500.—.

Am 12. April 1932 geriet Stocker in Konkurs....

B. — Mit Klage vom 15. Juni 1935 hat die Konkursmasse Stocker die Baugesellschaft Riehenring auf Bezahlung von Fr. 10,000.— nebst Zins belangt. Zur Begründung macht die Klägerin geltend, die Restforderung Stockers für Werklohn aus dem Vertrag vom 28. April 1931 belaufe sich auf Fr. 18,662.—, wovon sie vorläufig Fr. 10,000.— einklage. Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie anerkennt, dass Stocker noch eine Werklohnforderung von Fr. 18,595.10 zustehen würde, wenn sie verpflichtet wäre, 100 % des Werklohnes in bar zu bezahlen. Das sei aber gerade nicht der Fall, da nach dem Vertrag vom 28. April 1931 eine Barzahlung von nur 80 % vereinbart sei, während 20 % auf die Kaufpreisschuld Stockers für das Haus Riehenring 23 anzurechnen seien. Die Beklagte habe nun aber schon mehr als 80 % in bar bezahlt.

Letzteres wird von der Klägerin anerkannt. Dagegen nimmt sie den Standpunkt ein, die von Stocker eingegangene Verpflichtung, den Baugrund für das von ihm zu übernehmende Haus zu erwerben, sei mangels öffentlicher Beurkundung ungültig. Der Werkvertrag über die Sanitärinstallationen sei aber trotzdem in Kraft geblieben, da die Übernahme des Hauses Riehenring 23 auch für die Beklagte keine wesentliche Grundlage des Vertrages gewesen sei; dies gehe daraus hervor, dass sie von Stocker nie die Unterzeichnung der für den Erwerb dieses Hauses erforderlichen Verträge verlangt habe.

C. — Sowohl das Zivilgericht, wie das Appellationsgericht von Basel-Stadt haben die Klage abgewiesen.

D. — Gegen das Urteil des Appellationsgerichts vom 21. September 1937 hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Gutheissung der Klage gemäss den vor der ersten Instanz gestellten Begehren.

Die Beklagte hat um Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides ersucht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

2. — Der Vertrag vom 28. April 1931 schliesst rechtlich drei verschiedene Verträge in sich, und zwar sind dies die folgenden :

a) Ein auf den Abschluss von Werkverträgen über die Sanitärinstallationen gerichteter Vorvertrag zwischen Stocker als Unternehmer und der Baugesellschaft Riehenring als Werkbestellerin. Um einen Vorvertrag handelt es sich deshalb, weil der Abschluss von speziellen Werkverträgen ausdrücklich vorgesehen ist.

b) Ein Werkvertrag zwischen Bercher & Tamm als Unternehmer und Stocker als Besteller; Gegenstand dieses Vertrages ist die Erstellung des Hauses Riehenring 23.

c) Ein Vertrag, durch welchen Stocker sich gegenüber der Gesellschaft Riehenring verpflichtete, vom Kanton Basel-Stadt die für die Erstellung des Hauses Riehenring 23 nötige Parzelle zu kaufen.

Für diesen dritten Vertrag haben die Parteien ausdrücklich die öffentliche Beurkundung vorgesehen. Mit Recht; denn durch die Abmachung erteilte nicht etwa die Beklagte dem Stocker den Auftrag, die Parzelle im eigenen Namen für sie zu kaufen, was nach der herrschenden Meinung hätte formlos vereinbart werden können (BGE 57 II S. 504), sondern Stocker verpflichtete sich vielmehr, die Parzelle für sich selber zu erwerben. Er sollte also den Kauf nicht im Interesse der Beklagten abschliessen, was für das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses wesentliche Voraussetzung wäre, sondern in seinem eigenen Interesse. Seine

Verpflichtung stellte daher einen Vorvertrag zu einem Liegenschafts Kaufvertrag dar und war nach der Vorschrift von Art. 216 Abs. 2 OR formbedürftig. Dass der vorgesehene Kaufvertrag nicht mit der Beklagten, sondern einem Dritten, dem Kanton Basel-Stadt, abgeschlossen werden sollte, ändert hieran nichts, wie das Bundesgericht in Band 57 II S. 505 entschieden hat.

Mangels der erforderlichen öffentlichen Beurkundung ist deshalb die Verpflichtung Stockers, die fragliche Parzelle vom Kanton Basel-Stadt zu erwerben, ungültig.

3. — Ist ein Vertrag nur teilweise nichtig, so bleiben nach Art. 20 Abs. 2 OR die vom Mangel nicht betroffenen Teile aufrecht, sofern nicht anzunehmen ist, dass ohne den nichtigen Teil der Gesamtvertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre. Im vorliegenden Fall fragt sich somit, ob die Parteien die beiden im Gesamtvertrag enthaltenen Werkverträge auch ohne die Verpflichtung Stockers zum Erwerb der Parzelle abgeschlossen hätten.

Diese Frage ist zu bejahen, da es im Ergebnis praktisch auf dasselbe herauskommt, ob der Vertrag vom 28. April 1931 die Bestimmung über den Vorvertrag enthält oder nicht. Würde die Bestimmung nämlich fehlen, so stünden sich der Vertrag über die Lieferung der Boiler und die Ausführung der Installationen durch Stocker einerseits und der Werkvertrag über die Errichtung des Hauses Riehenring 23 durch Bercher & Tamm andererseits gegenüber. Damit Bercher & Tamm ihre Verpflichtungen aus dem Werkvertrag über die Errichtung des Hauses erfüllen könnten, müsste Stocker ihnen den Baugrund zur Verfügung stellen. Er müsste ihn also zuerst kaufen, nicht auf Grund eines Vorvertrages, sondern als ihm obliegende unumgänglich notwendige Vorbereitungshandlung im Rahmen des Werkvertrages. Die Gültigkeit des Werkvertrages zwischen Bauherrn und Unternehmer ist nämlich unabhängig davon, ob der Bauherr bereits Eigentümer des Grundstückes sei, auf dem das Haus errichtet werden soll. Schliesst der Bauherr den Werkvertrag ab, ohne sich das

Eigentum am Grundstück verschafft oder wenigstens gesichert zu haben, so bleibt er dem Unternehmer gegenüber aus dem Werkvertrag selbst dann verpflichtet, wenn es ihm in der Folge nicht gelingt, das Grundstück zu erwerben, sofern wenigstens die Parteien die Erlangung des Eigentums nicht zur Bedingung des Werkvertrages gemacht haben, was hier nicht der Fall ist.

4. — Ist aber der Werkvertrag über die Erstellung des Hauses gültig, so bleibt auch die Pflicht Stockers zur Bezahlung des Werklohnes bestehen, einschliesslich der Vereinbarung über die Zahlungsweise, wonach 20 % des von der Beklagten an Stocker für seine Lieferungen und Arbeiten geschuldeten Werklohnes zur Tilgung der Forderung von Bercher & Tamm aus der Erstellung des Hauses verwendet werden sollen. Nun soll diese Quote von 20 % allerdings neben der Tilgung der Werklohnforderung aus dem Hausbau auch zur Bezahlung des Kaufpreises für das Grundstück dienen, und diese Verpflichtung fällt zufolge der Nichtigkeit des Kaufvertrages dahin. Dies lässt jedoch die Gültigkeit der Klausel unberührt, soweit sie sich auf den Werkvertrag über den Hausbau bezieht; denn bei einer nur teilweisen Nichtigkeit eines Vertrages ist der verbleibende Teil nur soweit unbedingt nötig abzuändern, sobald anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten. Aus den Vertragsbestimmungen kann nun der auf den Liegenschafts Kaufpreis entfallende Teil des Gesamtpreises von Fr. 175,000.— genau errechnet werden; da der Preis per m² Fr. 50.— beträgt und das Grundstück 325 m² umfasst, so beläuft sich der Kaufpreis auf Fr. 16,250.—, während die übrigen Fr. 158,750.— den Werklohn für die Erstellung des Hauses darstellen. Solange Stocker den letzteren Betrag nicht bezahlt hat, ist die Beklagte berechtigt und gegenüber Bercher & Tamm verpflichtet, 20 % des Werklohnes aus den Verträgen über die Installationsarbeiten zurückzuhalten. Nun haben, wie nicht bestritten ist, weder Stocker noch seine Masse von diesen Fr. 158,750.—

etwas bezahlt abgesehen von den durch die Beklagte zurückbehaltenen Fr. 11,500.—.

Zu Unrecht glaubt die Klägerin sich auf den in der amtlichen Sammlung nicht publizierten Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Corti gegen Münzer vom 24. November 1911 (Praxis I S. 111) berufen zu können. Wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, unterschied sich jener Fall vom heutigen dadurch, dass dem Werkvertrag nur ein wegen Formmangel ungültiger Kaufvertrag gegenüberstand, und nicht auch noch ein gültiger Werkvertrag. In jenem Fall büsste die Klausel des Werkvertrages über die Zahlungsmodalitäten jede Bedeutung ein, so dass der Unternehmer Anspruch auf Barzahlung des ganzen Werklohnes erhielt. Die Klägerin hat die mit Rücksicht auf diese Umstände von der Vorinstanz gemachte Bemerkung, jenem Fall liege ein wesentlich anderer Tatbestand zu Grunde, als aktenwidrig gerügt mit der Begründung, der ganze Unterschied bestehe darin, dass die Beklagte, statt zwei Kaufverträge abzuschliessen (den einen als Käuferin mit dem Kanton Basel-Stadt und den andern als Verkäuferin mit Stocker), zur Vermeidung einer doppelten Handänderungssteuer, formell sich das Terrain durch Kaufvorvertrag mit dem Kanton Basel-Stadt sicherte und andererseits vorsah, wiederum durch einen Kaufvorvertrag ihren Abnehmer Stocker zum Abschluss eines direkten Kaufvertrages mit dem ursprünglichen Verkäufer zu verpflichten.

Hiezu ist vorerst zu bemerken, dass es sich um eine Rechtsfrage handelt, zu deren Prüfung das Bundesgericht ohne die Rüge der Aktenwidrigkeit befugt ist. Der Vorwurf der Klägerin ist aber materiell unbegründet. Denn selbst wenn die Parteien die Form des Kaufvorvertrages aus den von der Klägerin erwähnten Gründen gewählt haben, so ändert dies doch nichts daran, dass Stocker nicht von der Beklagten durch einen einheitlichen Vertrag ein erst zu erstellendes Haus samt Boden kaufte, sondern dass Stocker einerseits einen Kaufvertrag über den Boden (mit dem Kanton Basel-Stadt, bzw. mit der Baugesell-

schaft Riehenring) und andererseits einen Werkvertrag über die Erstellung des Hauses (mit einem Dritten, nämlich Bercher & Tamm) abschloss. Diese Zweiteilung des Geschäftes ist es eben, welche die unterschiedliche Behandlung nach sich zieht, während von untergeordneter Bedeutung ist, wer formell als Vertragspartei beim Kaufvertrag aufgeführt wird. Gewiss hätten die Parteien das von ihnen wirtschaftlich beabsichtigte Resultat wie im Falle Corti gegen Münzer auch durch den Abschluss eines Kaufvertrages über ein zu erstellendes Haus erreichen können. Sie haben es aber nicht getan, sondern einen anderen, ebenfalls zulässigen Weg eingeschlagen, der nun infolge der eingetretenen Änderung der Situation andere rechtliche Konsequenzen im Gefolge hat. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich somit, dass die Klage in Bestätigung des angefochtenen Urteils abgewiesen werden muss....

6. — Abschliessend mag noch bemerkt werden, dass das Resultat dasselbe wäre, wenn die Parteien den Gesamtvertrag vom 28. April 1931 ohne den Liegenschaftskaufvorvertrag nicht abgeschlossen hätten. Dann wäre nämlich der ganze Vertrag nichtig und die Klage, mit welcher die Bezahlung des Restlohnes aus dem Werkvertrag über die Lieferung der Boiler und die Ausführung der Sanitärinstallationen, also die Erfüllung des Vertrages, gefordert wird, müsste abgewiesen werden. Infolge der Nichtigkeit des ganzen Vertrages hätten sich die Parteien vielmehr auf Grund der Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung auseinanderzusetzen. Auf diesem Boden ist der Prozess jedoch nicht angehoben worden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 21. September 1937 wird bestätigt.