

ersatzpflichtig. Gegenüber dem Ersatzanspruch der Klägerin steht ihr aber gemäss Art. 97 OR der Nachweis offen, dass sie kein Verschulden treffe. Diesen Nachweis hat sie erbracht. Der Verfalltag — bei einem Fixgeschäft der einzige Tag, an dem überhaupt vertragsgemäss erfüllt werden kann — fiel in die Zeit, da sich Belgien mitten im Krieg befand. Das Gleiche traf zu für die ihm unmittelbar vorangehenden Tage, an denen die Erfüllung nach Meinung der Klägerin und des von ihr angerufenen Bankfachmanns hätte vorbereitet werden sollen. Die Beklagte scheint sogleich nach Kriegsausbruch die Verlegung des Geschäftssitzes in sicheres Gebiet versucht zu haben. Dass ihr dies bis zum Verfalltag nicht gelang und dass ihrem in Paris befindlichen Leiter, wie bereits dargelegt wurde, in diesem Zeitpunkt der Überblick über die hängigen Geschäfte fehlte, kann der Beklagten angesichts der ausserordentlichen Verhältnisse und der kurzen Zeit nicht zum Vorwurf gemacht werden. Andererseits behauptet selbst die Klägerin nicht, dass die Beklagte schon vor dem 10. Mai Vorbereitungen für die Erfüllung hätte treffen oder den Eintritt Belgiens in den Krieg und dessen rasche Entwicklung hätte voraussehen sollen. Wäre der Krieg nicht oder erst später über Belgien hereingebrochen, so hätte die Beklagte aller Voraussicht nach ihrer Vertragspflicht genügt. Einzig der Krieg hat sie daran gehindert. Die Lage, in der sich die Beklagte befand, kann entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht als unverschuldeter Geldmangel aufgefasst werden, der allerdings die Nichterfüllung nicht entschuldigen könnte. Die Beklagte war vielmehr in einen Zustand tatsächlicher Handlungsunmöglichkeit versetzt; sie konnte deshalb jene Vorkehrungen nicht treffen, die für die Abwicklung der beiden Termingeschäfte nötig waren. Dieser Zustand stellt eine objektive Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR dar. Die Beklagte hat daher für die Folgen der Nichterfüllung nicht einzustehen. Vielmehr sind die Ansprüche der Klägerin gegen sie wegen dieser Unmöglichkeit erloschen.

5. — Die Klägerin bringt schliesslich noch vor, sie habe beim Pfundverkauf im Interesse der Beklagten gehandelt und beruft sich deshalb auf die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag. Allein bei den verkauften Pfund handelte es sich um eigene Devisen der Klägerin. Sie hat daher mit dem Verkauf ihre eigenen Interessen wahrgenommen. Im Interesse der Beklagten lag dieser Verkauf nur dann, wenn sie den Kursverlust auf den englischen Devisen überhaupt tragen musste. Nach den Umständen des vorliegenden Falles war sie aber hiezu eben nicht verpflichtet. Die sich aus Art. 97 und 119 OR für den vorliegenden Fall ergebende Tragung des Kriegsrisikos kann daher durch die Berufung auf die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht geändert werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 15. Mai 1942 aufgehoben und die Klage im vollen Umfang abgewiesen.

**36. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Oktober 1942  
i. S. Weber gegen Businger.**

*Formzwang im Grundstücksverkehr* (Art. 216 OR, Art. 657 ZGB).

1. Die Abrede über Parzellierung und Bebauung eines Grundstückes bedarf der öffentlichen Beurkundung, wenn sie wesentlicher Bestandteil eines Grundstück-Kaufvertrages ist; Begriff des wesentlichen Vertragsbestandteiles.
2. Abgrenzung einer solchen Abrede von der Zusicherung gemäss Art. 197 ff. OR.
3. Mit der Berufung auf Art. 2 ZGB kann nicht die Rechtsbeständigkeit eines wegen Formmangels ungültigen Vertrages bewirkt werden.

*L'exigence de la forme dans le commerce des immeubles* (art. 216 CO, 657 CC).

1. La convention relative au morcellement et à l'aménagement d'un terrain à bâtir est soumise à la forme authentique si elle constitue un point essentiel d'un contrat de vente d'immeubles; notion de l'élément essentiel du contrat.
2. Départ entre une convention de ce genre et les assurances données selon les art. 197 ss CO.
3. On ne peut faire reconnaître, par le détour de l'art. 2 CC, la validité d'un contrat nul pour vice de forme.

*Requisito dell'atto pubblico nel commercio d'immobili* (art. 216 CO, 657 CC).

1. La convenzione concernente la divisione d'un terreno in lotti a scopo edilizio richiede la forma dell'atto pubblico se costituisce un punto essenziale d'un contratto di vendita d'immobili; nozione dell'elemento essenziale del contratto.
2. Distinzione tra una siffatta convenzione e la garanzia a' sensi degli art. 197 e seg. CO.
3. Non si può far riconoscere la validità di un contratto nullo per vizio di forma invocando l'art. 2 CC.

A. — Die Erbgemeinschaft Businger war Eigentümerin des in einem Aussenquartier von Luzern gelegenen Rosengartenmattlandes, einer von Norden nach Süden abfallenden Halde, die südlich von der Kreuzbuch- und der Schädritstrasse und nördlich von der Rosengartenhalde, einer Quartierstrasse, begrenzt wird. Den westlichen Teil dieses Landes, das heutige Grundstück Nr. 2005 verkaufte die Erbgemeinschaft an Architekt Meili und einen östlich daran anschliessenden Streifen von 1800 m<sup>2</sup>, das heutige Grundstück Nr. 1967, an die Klägerin. Nördlich und südlich grenzen diese beiden Grundstücke wie das Stammgrundstück an die genannten Strassenzüge.

Die Klägerin erwarb ihr Land unter zwei Malen, mit den Kaufverträgen vom 12. Juni 1931 und vom 20. Mai 1932. Für die Erbgemeinschaft handelte jeweilen der heutige Beklagte, der Miterbe Otto Businger. Im ersten Vertrag verpflichtete sich die Klägerin u. a., auf ihrem Land nur eine Einzelvilla zu bauen und deren Bauplan den Verkäufern zur Genehmigung vorzulegen. Im zweiten Vertrag wurden diese und weitere Vertragspflichten der Klägerin in bezug auf die Gestaltung ihres Grundstückes und den Unterhalt der Zufahrtstrasse als Dienstbarkeiten und Grundlasten bezeichnet. In der Folge baute die Klägerin auf dem nördlichen, obern Teil ihres Grundstückes eine den eingegangenen Verpflichtungen entsprechende Villa.

Am 20. März 1941 genehmigte der Stadtrat von Luzern einen von der Erbgemeinschaft Businger vorgelegten Bebauungsplan für den östlich des Grundstückes Nr. 1967 gelegenen restlichen Teil des Rosengartenmattlandes. Der

Plan teilt das noch 8700 m<sup>2</sup> umfassende Land in eine untere, südliche Zone I und eine obere, nördliche Zone II mit zusammen 9 Bauparzellen. Auf jeder der fünf Parzellen von Zone I ist ein Wohnhaus mit einem Wohngeschoss vorgesehen.

Die Eigentümer der Grundstücke Nr. 2005 und 1967 erhoben gegen diesen Bebauungsplan und ein erstes ihm entsprechendes Bauvorhaben Einsprache. Sie wurden vom Stadtrat am 21. April 1941 abgewiesen bezw. auf den Zivilweg verwiesen.

B. — Mit der am 13. Dezember 1941 eingereichten Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten die Bezahlung von Fr. 10,000.— nebst Zins zu 5 % seit 20. März 1941. Sie führt an, der Beklagte habe ihr bei den Kaufunterhandlungen im Jahre 1931 zugesichert, das gesamte Rosengartenmattland werde mit Einschluss des Grundstückes Meili in 7-8 Parzellen geteilt, von denen jede von der Rosengartenhalde bis zur Kreuzbuch- bzw. Schädritstrasse reichen werde; die Bebauung dieser Parzellen werde für alle in gleicher Weise geregelt und zwar so, dass auf jeder Parzelle nur eine Einzelvilla mit zwei Wohngeschossen erstellt werden dürfe; sämtliche Villen seien mit der Breitseite parallel zur Rosengartenhalde und zwar nach einer für alle geltenden Baulinie auf den höher gelegenen nördlichen Teil zu stellen, während der südliche, untere Teil als Garten zu dienen habe. Der Beklagte habe erklärt, diese Art der Parzellierung und Überbauung biete der Klägerin Gewähr dafür, dass die östlich ihres Grundstückes gelegenen Parzellen nicht in einer ihr nachteiligen Weise überbaut werden könnten und dass das ganze Land den Charakter eines vornehmen Villenquartiers erhalte. Nur um die Einhaltung dieser Überbauung zu sichern, müssten sich die Verkäufer die Genehmigung der Baupläne der Klägerin vorbehalten. Dieser vom Beklagten damals zugesicherten Vorteile gehe nun die Klägerin mit der Überbauung der Zone I gemäss Bebauungsplan verlustig. Die Nachteile, die sie dafür übernommen habe, beständen

dagegen weiter. Denn nur im Hinblick auf diese Vorteile habe es für sie seinerzeit einen Sinn gehabt, auch den untern Teil ihres Grundstückes zu einem hohen Preis zu kaufen und ihn mit einem Bauverbot zu belasten. Aus der Verletzung des ihr vom Beklagten abgegebenen Versprechens erwachse ihr ein Schaden von mindestens Fr. 10,000.

Der Beklagte bestreitet, ein solches Versprechen abgegeben zu haben.

C. — Das Amtsgericht Luzern-Stadt wies die Klage am 17. April 1942 ab; das Obergericht des Kantons Luzern bestätigte am 25. Juni 1942 dieses Urteil. Die Vorinstanzen nahmen keinen Beweis darüber ab, ob das Versprechen des Beklagten wirklich abgegeben worden sei, da dieses nach ihrer Auffassung wegen Formmangels ohnehin rechtsunwirksam wäre.

D. — Mit der vorliegenden Berufung verlangt die Klägerin die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Abnahme der von ihr angerufenen Beweise und zu neuer Beurteilung. Der Beklagte beantragt Abweisung der Berufung.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

I. Wenn die Behauptung der Klägerin richtig ist, hat sich der Beklagte ihr gegenüber vertraglich verpflichtet, das Grundstück der Erbengemeinschaft in bestimmter Weise zu parzellieren und zu überbauen. Ein selbständiger Vertrag mit diesem Inhalt ist nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit an sich möglich und bedarf zur Verbindlichkeit unter den Parteien mangels einer gesetzlichen Formvorschrift keiner besondern Form. Wie aber die Darstellung der Klägerin selber ergibt, hätte die behauptete Verpflichtung keinen selbständigen Charakter, sondern wäre mit dem unter den Parteien gleichzeitig geschlossenen Kaufvertrag aufs engste verbunden. Die Verpflichtung soll bestimmend gewesen sein sowohl für den Umfang des Kaufgrundstückes (Ankauf auch des untern Grundstücksteiles) als auch für den Inhalt der von der Klägerin

im Kaufvertrag eingegangenen Verpflichtungen (insbesondere die Baubeschränkung). Die Klägerin will denn auch, wie sie in der Berufungsbegründung ausführt, die Aufnahme der behaupteten Verpflichtung in den öffentlich beurkundeten Kaufakt gewünscht haben und überrascht gewesen sein, als der Beklagte die Verpflichtung « nicht *expressis verbis* in den Vertrag aufgenommen hatte ». Nach den Angaben der Klägerin könnte die Erklärung des Beklagten nach Entstehung und Inhalt nichts anderes sein als ein Bestandteil des Kaufgeschäftes, mit dem zusammen sie ein untrennbares Ganzes bilden würde. Es stellt sich deshalb die Frage, ob eine solche *Nebenabrede eines Grundstückkaufes* nicht hätte öffentlich beurkundet werden müssen.

1. — Das Gesetz schreibt die öffentliche Beurkundung beim Grundstückerwerb nicht nur vor für die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, also den unmittelbar auf den Grundstückerwerb gerichteten Vertragspunkt, sondern für den Vertrag auf Eigentumsübertragung als ganzes (Art. 657 ZGB, 216 OR). Nach Schrifttum und Rechtsprechung umfasst daher der Formzwang insbesondere beim Grundstückkauf sowohl die für das Geschäft wesensnotwendigen Willenserklärungen, die *essentialia negotii*, als auch darüber hinaus sämtliche im Einzelfall wesentlichen Vertragsbestimmungen. Als wesentlich gelten nach der in der Schweiz herrschenden subjektiven Theorie jene Vertragspunkte, die den Parteien gleich wichtig sind wie die *essentialia*, von denen also anzunehmen ist — und zwar auf Grund des erklärten Parteiwillens oder, beim Fehlen einer solchen Erklärung, nach der sachlichen Wichtigkeit des Vertragspunktes für die Parteien — dass eine Partei den Vertrag ohne Einigung darüber nicht abschliessen würde oder nicht abgeschlossen hätte (vgl. BGE 39 II 226, 41 II 256, 42 II 374, 45 II 565, 53 II 164, 54 II 303; LEEMANN, Kommentar 2. Aufl., Note 15-18 zu Art. 657 ZGB, BECKER, Kommentar, Note 4 zu Art. 216 OR, und Note 4 zu Art. 2 OR, OSER-SCHÖNENBERGER, Kommentar,

Note 5 und 9 zu Art. 216 OR, Note 7-13 zu Art. 2 OR, Note 9-10 zu Art. 11 OR, Note 3 zu Art. 12). Die rein objektive Theorie (HÄAB, Kommentar, Note 15-19 zu Art. 657 ZGB) stimmt mit dieser auf den Parteiwillen abstellenden Auffassung darin überein, dass alle Vertragspunkte, die Leistung und Gegenleistung präzisieren oder die Leistungspflichten erschweren oder auch nur bekräftigen, als wesentlich anzusehen sind.

Die Vorinstanz hat nun in richtiger Anwendung dieser Grundsätze festgestellt, dass die behauptete Nebenabrede sowohl nach ihrer Bedeutung für die Parteien als nach ihrem sachlichen Inhalt als wesentlicher Bestandteil des Kaufgeschäftes aufgefasst werden müsste. In subjektiver Hinsicht genügt hiefür die Tatsache, dass die Klägerin, also jene Partei, die sich auf die Abrede beruft, ihr die Bedeutung einer wesentlichen Bestimmung beimisst, indem sie erklärt, sie habe sich nur im Hinblick auf die streitige Zusicherung zum Kauf einer so grossen Parzelle entschlossen. In objektiver Hinsicht stellt die Vorinstanz fest, dass die behauptete Verpflichtung für die Verkäufer bei der weitem Verwertung ihres Grundstückes eine ausserordentlich weitgehende Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit bedeutet hätte. Die Klägerin rügt diese Feststellung als aktenwidrig, bezeichnet aber kein Aktenstück, das damit in unvereinbarem Widerspruch stünde. Eine solche Feststellung braucht sich auch nicht auf ein bestimmtes Aktenstück stützen zu können. Es genügt, wenn der Sachrichter die wirtschaftlichen Wirkungen einer Rechtspflicht auf Grund seiner Kenntnis der örtlichen Verhältnisse feststellt, wie dies hier offenbar geschehen ist. Für die wesentliche Bedeutung der behaupteten Verpflichtung spricht auch der Umstand, dass ihre Dauer nach der klägerischen Darstellung für die Verkäufer offenbar eine unbeschränkte gewesen wäre.

Zu diesen Überlegungen kommt, dass der vom Gesetz erstrebte Zweck der öffentlichen Beurkundung nur dann erreicht wird, wenn sich der Formzwang auch auf solche

wichtige Nebenabreden erstreckt. Die Beweissicherung und die Rechtssicherheit unter den Parteien ist beim Grundstückkauf einer der Hauptzwecke der gesetzlichen Form. Die Beurkundung soll abklären, welche von den im Laufe der Unterhandlungen abgegebenen Erklärungen mit dem Willen der Verpflichtung ausgestattet sein sollen. Dieser Zweck erfordert, dass auch solche Nebenabreden dem Formzwang unterliegen, die, wie die behauptete, von grosser wirtschaftlicher Tragweite sind, mit dem Geschäftsinhalt unmittelbar zusammenhängen und eine ganze Reihe von Verpflichtungen in sich schliessen, die nicht dem Gedächtnis zum Festhalten überlassen werden können und sich zudem noch auf ein vertragsfremdes Grundstück beziehen (letzteres im Gegensatz zu dem von WIELAND, Kommentar, Note 7 zu Art. 657 ZGB angenommenen Fall). Die Anerkennung formloser, neben einem formbedürftigen Geschäft einhergehenden Abreden findet ihre Grenzen dort, wo sich die Form nach ihrem Zweck und nach den Anschauungen und Bedürfnissen des Verkehrs aufdrängt, wo sich also der Geschäftsbestandteil nach Art, Wichtigkeit und Inhalt als formbedürftig erweist. Wollte man diese Grenzen nicht streng einhalten, so würde die Rechtssicherheit unter den Parteien und nach aussen gefährdet. Die Formbedürftigkeit der behaupteten Abrede muss umso eher angenommen werden, als sie Beschränkungen des Grundeigentums zum Inhalt hat, für die das Gesetz ein besonderes Rechtsinstrument, die Grunddienstbarkeit, geschaffen hat, die zu ihrer vertraglichen Errichtung der Schriftform bedarf (Art. 732 ZGB).

2. — Zugunsten ihrer Auffassung, dass die behauptete Nebenabrede auch bei nur mündlicher Form verbindlich sein könne, verweist die Berufungsklägerin auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in bezug auf die Form der *Zusicherung* gemäss Art. 197 ff. OR. Sie anerkennt zwar, dass es sich bei der streitigen Verpflichtung nicht um die Zusicherung einer Sacheigenschaft des Kaufgegenstandes handle, hält aber dafür, dass auch für eine solche Ver-

pflichtung, gleich wie für die Zusicherung, die mündliche Form als genügend anerkannt werden müsse (BGE 63 II 79). Ein solcher Analogieschluss ist jedoch abzulehnen. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Zusicherung gemäss Art. 197 OR überhaupt Vertragscharakter zukommt. Sicher ist, dass es sich bei der Zusicherung und der sich darauf stützenden Gewährleistungspflicht um ein besonderes, dem Kaufrecht eigentümliches Rechtsinstitut handelt. Dessen Ausgestaltung (Wandelung, Minderung) beruht gerade auf der Voraussetzung, dass sich die Zusicherung auf das Vorhandensein einer Eigenschaft des Kaufgegenstandes im Zeitpunkt des Überganges von Nutzen und Gefahr bezieht und nicht auf eine künftige Eigenschaft oder auf das Fortbestehen einer Eigenschaft in der Zukunft. Die Verpflichtung zu einem zukünftigen, den Kaufgegenstand nur mittelbar berührenden Verhalten ist vom wesentlichen Inhalt der Zusicherung so verschieden, dass jeder Berührungspunkt für eine analoge Behandlung fehlt. Was daher für die Zusicherung hinsichtlich der Form gilt, kann nicht auf die behauptete Nebenabrede angewendet werden.

II. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die umstrittene Erklärung des Beklagten der öffentlichen Beurkundung bedurft hätte. Da sie nach der Darstellung der Klägerin nur mündlich abgegeben worden sein soll, ist sie rechtsunwirksam und es kann daraus kein Schadenersatzanspruch abgeleitet werden (BGE 49 II 63). Fragen liesse sich nur, ob, die Richtigkeit der klägerischen Behauptung vorausgesetzt, die Kaufverträge als nichtig aufzuheben seien. Ein dahingehendes Begehren wurde indessen nicht gestellt.

III. Die Berufung des Beklagten auf den Formmangel ist entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht rechtsmissbräuchlich. Schrifttum und Rechtsprechung anerkennen allerdings die Anwendbarkeit von Art. 2 ZGB auch im Bereich der Formen, aber nur in einem negativen Sinne: Die Berufung auf den Formmangel stellt dann einen Rechtsmissbrauch dar, wenn kein schutzwürdiges Interesse

mehr an der Wahrung der Form vorhanden ist. Art. 2 ZGB darf aber nicht zur positiven Handhabe für die Behebung des Formmangels werden, indem man einen wegen Formmangel ungültigen Vertrag über den Umweg des Rechtsmissbrauches doch als verbindlich erklärt. Auf eine solche Umgehung der gesetzlichen Formvorschriften liefe es aber heraus, würde man der Klägerin trotz der Unverbindlichkeit der Abrede das Erfüllungssurrogat, den Schadenersatz, zusprechen (vgl. BGE 50 II 147/8, 53 II 166, 296, 54 II 331, 57 II 154; v. TUHR OR S. 210, Peter MÜLLER, Die Heilung formwidriger Rechtsgeschäfte durch Erfüllung, Diss. 1938 S. 50 ff.).

IV. Der Beklagte haftet auch nicht aus unerlaubter Handlung. Diese Haftung wäre nur dann gegeben, wenn der Beklagte in arglistiger Weise ein formell ungültiges Versprechen abgegeben und in der Absicht, die Klägerin zum Vertragsabschluss zu verleiten, in ihr das Vertrauen erweckt und unterhalten hätte, er werde den an sich rechtsungültigen Vertrag erfüllen. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass eine solche Arglist beim Beklagten nicht vorgelegen habe und von der Klägerin auch gar nicht behauptet worden sei. Wenn die Klägerin nunmehr in der Berufungsbegründung in dieser Richtung neue Behauptungen aufstellt, so kann darauf nicht eingetreten werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 25. Juni 1942 bestätigt.

**37. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. November 1942**  
i. S. Schön gegen Meyer.

*Mietrecht.* Der Mieter eines Geschäftsraums darf den mit dem Geschäftsraum verbundenen, dem Vermieter gehörenden Kundenschaftswert nicht wider Treu und Glauben beeinträchtigen.

*Bail à loyer.* Le locataire de locaux destinés à un commerce ne doit pas déprécier, contrairement à la bonne foi, au détriment du bailleur la valeur de la clientèle attachée à ces locaux.