

die Parteien diese Konsequenz dann bei Abweisung der ersten Gesuche nicht gezogen. Die Gesuche wurden erneuert, und die Parteien wurden weiterhin bei Behörden vorstellig. Aber daraus darf nicht geschlossen werden, die Verträge sollten nun einfach so lange in der Schwebe bleiben, als die Möglichkeit, weitere Navicertgesuche zu stellen, überhaupt noch bestand. Vielmehr durfte dann jedenfalls auf das Ergebnis der Gesuche vom Dezember 1940 abgestellt werden, welche die Beklagte am 7. Januar 1941 auch der schweizerischen Zentrale für Lebensmittelimporteure (Cibaria) mit Angabe der Nummern der Garantiezertifikate meldete. Die Vorinstanz stellt fest, dass diese Gesuche am 2. April 1941, als die Beklagte sich von den beiden Kaufverträgen lossagte, abgewiesen waren. Das ist keineswegs « aktenwidrig », wie die Klägerin behauptet, noch liegt ein offensichtliches Versehen vor, worauf es nach dem neuen OG (Art. 63 Abs. 2) allein ankommen könnte. Vielmehr beruht die Feststellung auf der Würdigung der Akten, insbesondere der verschiedenen Mitteilungen der Rockwood & Co. an die Beklagte über die erfolgte Abweisung der Gesuche.

Daran ändert es nichts, dass die Beklagte unablässig um die Erhältlichmachung von Navicerts weiterhin bemüht war, auch nach Einführung des neuen Verfahrens. Das konnte im Hinblick auf neu abzuschliessende Kaufverträge geschehen. Auch hatte die Beklagte noch weitere Kunden für Kakaobutter. Der Vorinstanz ist auch darin beizustimmen, dass die Beklagte in ihrem Brief vom 24. März 1941 keine neuen Verpflichtungen eingegangen war. Dieser Brief betraf nicht die Frage, wie lange die alten Verträge noch in der Schwebe bleiben sollten. Er sprach nur von gewissen Chancen der Erteilung von Navicerts. Das konnte für die Klägerin angesichts ihres ständigen Warenbedarfs auch Bedeutung haben für den Fall, dass sie die Ware nicht mehr zum alten Preis, sondern auf Grund eines neuen Abschlusses zu beziehen hätte. Als die Firma Rockwood & Co. der Beklagten die Abweisung der Navicert-

gesuche meldete und ihrerseits von einer Erfüllung der bestehenden Verträge nichts mehr wissen wollte, machte die Beklagte am 2. April 1941 den Ausfall der Bedingung sogleich geltend. Damit waren die beiden Verträge erledigt, und es kam nur noch der Abschluss neuer Kaufverträge in Frage. Seit den Abschlüssen vom September und Oktober 1940 waren übrigens 7 bzw. mehr als 5 Monate verstrichen, für einen an sich sofort vollziehbaren Handelskauf also eine sehr lange Zeit.

.....
Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. Mai 1945 bestätigt.

8. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Februar 1946 i. S. Bieri gegen Schneuwly.

Grundstückkauf. Rechtsmissbräuchliche Vertragsanfechtung wegen eines Formfehlers bei der öffentlichen Beurkundung. Bedeutung und Zweck des Art. 2 ZGB ; seine Anwendbarkeit im Bereich der Formen.

Achat d'immeuble. Abus du droit consistant dans la contestation de la validité d'un contrat pour vice de forme entachant l'acte authentique. Signification et but de l'art. 2 CC ; son application dans les litiges touchant aux formes.

Acquisto d'un immobile. Abusiva impugnazione d'un contratto per un vizio di forma nell'erezione dell'atto pubblico. Significato e scopo dell'art. 2 CC ; applicabilità nelle contestazioni concernenti la forma.

A. — Bis zum 27. April 1942 war der Kläger Bieri Eigentümer eines landwirtschaftlichen Heimwesens in Muhrenvorsatz. An diesem Tage verkaufte er es an den Beklagten Pfarrer Schneuwly. Der Preis betrug Fr. 31,000.—. Er wurde vom Käufer durch Übernahme der Hypothekarbelastung und Barzahlung sofort erlegt. Zusätzlich verbargen die Parteien, dass Bieri als Pächter gegen Ent-

richtung eines Pachtzinses von jährlich Fr. 1200.— für drei Jahre auf der Liegenschaft bleiben könne. Die Verschreibung des Geschäftes fand in der Wohnung des Klägers statt, wohin sich der Beklagte in Begleitung eines Notars eigens begeben hatte. Dieser verlangte, nachdem der Kaufvertrag ausgefertigt war, zwei Zeugen. Der Verkäufer nannte seinen Nachbarn X. und seinen Knecht F. B. Er bemerkte, dass ausser ihnen in der näheren Umgebung niemand erreichbar sei und er diese Zeugen auch aus Diskretionsgründen bevorzuge. Weder der Notar noch der Käufer erhoben Einwendungen. Die beiden Zeugen wurden herbeigerufen, nahmen vom Inhalt der Urkunde Kenntnis und unterzeichneten diese mit den Kontrahenten und dem Notar.

In der Folge übte der Käufer seine Eigentumsrechte aus. Bieri seinerseits bewirtschaftete das Heimwesen als Pächter. Er bezahlte den vereinbarten Zins vollständig für das Pachtjahr 1942/43 und zur Hälfte für das Pachtjahr 1943/44.

B. — Mit Brief vom 17. Februar 1944 teilte Bieri durch seinen Anwalt dem Beklagten mit, er betrachte den Vertrag als nichtig, weil entgegen den gesetzlichen Vorschriften sein Knecht bei der öffentlichen Beurkundung als Zeuge aufgetreten sei. Er verlange deshalb die Rückübertragung der Liegenschaft. Pfarrer Schneuwly lehnte ab.

C. — Nunmehr klagte Bieri beim Richteramt des Sensebezirkes in Tafers auf Nichtigerklärung des Kaufvertrages mit allen daraus sich ergebenden Folgen.

Rechtlich wurden die Ansprüche ausschliesslich mit dem erwähnten Formfehler beim Vertragsschluss begründet und auf die einschlägigen Bestimmungen (Art. 70, 71 Ziff. 6, 104) des kantonalen Gesetzes über das Notariatswesen vom 26. Mai 1869 gestützt. Der Beklagte bestritt die Nichtigkeit des Kaufvertrages. Ferner erhob er die Einrede des Rechtsmissbrauchs im Sinne von Art. 2 ZGB.

Die Klage wurde erst- und zweitinstanzlich abgewiesen. Das Bezirksgericht anerkannte die Nichtigkeit des Ver-

trages, erachtete aber deren Geltendmachung als rechtsmissbräuchlich. Der Appellationshof des Kantons Freiburg erklärte in seinem Urteil vom 18. Juni 1945, der Kaufvertrag sei nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und schützte ebenfalls die Einrede des Beklagten.

D. — Der Kläger ergriff die Berufung an das Bundesgericht. Ferner reichte er wegen willkürlicher Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechtes eine staatsrechtliche Beschwerde ein. Diese wurde durch Urteil von heute abgewiesen. Mit der Berufung beantragt der Kläger die Gutheissung seiner Rechtsbegehren. Der Beklagte schliesst auf Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — (Soweit es sich um die Wirkung des Formfehlers bei der öffentlichen Beurkundung handelt, kann die Stellungnahme der Vorinstanz nicht überprüft werden, da sie auf der Auslegung kantonalen Rechtes gründet und keine geltenden Bundesrechtssätze verletzt.)

2. — Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 2 ZGB bleibt es übrigens ohne Einfluss auf das Schicksal der Klage, ob Nichtigkeit oder blosser Anfechtbarkeit des Kaufvertrages angenommen wird. Auch wenn man ersteres voraussetzen wollte, könnte der Argumentation des Klägers nicht beigegeben werden. Seine grundlegende Behauptung, die Geltendmachung der aus einem Formmangel resultierenden Nichtigkeit stelle niemals einen Rechtsmissbrauch dar, ist offensichtlich irrig. Richtig ist nur, dass die Anrufung des Formmangels an sich keinen Rechtsmissbrauch bedeutet. Dagegen können im konkreten Fall die Umstände so liegen, dass die Geltendmachung des Formfehlers als rechtsmissbräuchlich erscheint und die Einrede nach Art. 2 ZGB gegeben ist (BGE 68 II 236, 54 II 331 f., 53 II 165 f., 50 II 147 f.; EGGER, Art. 2 ZGB N. 33, OSER-SCHÖNENBERGER, Art. 216 OR N. 15; VON TUHR, OR S. 210 Ziff. III am Ende; ZSR Bd. 40 S. 55).

Die Rechtsprechung anerkennt seit langem Art. 2 ZGB

als « Schranke aller Rechtsausübung » (BGE 47 II 453). Ihm liegt die Erkenntnis zugrunde, dass das positive Recht unmöglich alle Streitigkeiten im menschlichen Zusammenleben einzeln erfassen und im voraus regeln kann. Wie sehr der Gesetzgeber sich um eine lückenlose Rechtsordnung bemühen mag, es wird immer Spezialfälle geben, in denen die starre Anwendung der gesetzlichen Prinzipien zu Ungerechtigkeiten führen müsste, die der Richter nicht dulden darf. Das trifft besonders dann zu, wenn Individualrechte wider Treu und Glauben ausgeübt werden. Abs. 2 des Art. 2 ZGB, der dem offenbaren Missbrauch eines Rechtes den Schutz versagt, bildet die notwendige Ergänzung der in Abs. 1 statuierten Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben. Zweck dieser Bestimmung ist, die formelle Gültigkeit positiver Rechtssätze zu beschränken oder aufzuheben, wo immer der Richter das im Interesse der materiellen Gerechtigkeit als geboten erachtet. Die Anwendbarkeit des Art. 2 ZGB muss sich daher über den ganzen Bereich des ZGB und des OR erstrecken. Das ergibt sich auch aus seiner Stellung im Gesetz, und dem entspricht seine gemeinhin verwendete Kennzeichnung als « exceptio doli generalis ».

Es gibt wohl einzelne Rechtsgebiete, in denen einer Überprüfung der Rechtsausübung nach Art. 2 ZGB zwingende Gründe entgegenstehen (BGE 43 II 24, EGGER a. a. O. N. 29). Solche Gründe sind indessen vorliegend nicht gegeben. Die dem Begriff der Nichtigkeit innewohnende Unheilbarkeit ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Aus der Feststellung des Missbrauchs eines Rechtes folgt nicht notwendig dessen Aufhebung, noch die Rechtsgültigkeit der angegriffenen Drittinteressen. Es wird lediglich dem Rechtsmissbraucher das beanspruchte Einzelrecht versagt. Die Wirkung ist zumeist nicht generell, sondern persönlich (BGE 48 II 187, EGGER a. a. O. N. 37). Nichts hindert den Richter, sogar die Nichtigkeit beispielsweise eines Vertrages ausdrücklich oder stillschweigend anzuerkennen, und trotzdem demjenigen, der sich

darauf beruft, seinen Schutz in Anwendung von Art. 2 ZGB zu verweigern.

Entscheidend im vorliegenden Fall ist also allein die Frage, ob der Kläger mit der Geltendmachung des Formfehlers gegen Treu und Glauben handelt. Die Rechtslage wäre eine andere, wenn die Nichtigkeit des Vertrages vor der Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch vorgebracht worden wäre. Angesichts der sachenrechtlichen Formalordnung könnte der Richter selbst im Falle eines Rechtsmissbrauchs den Registerführer nicht zwingen, den Eintrag auf Grund einer formell ungültigen Urkunde vorzunehmen. Hier aber hat die Eintragung stattgefunden und der Eigentumsübergang ist vollzogene Tatsache. Nichts steht daher einer Abweisung der Klage entgegen, sofern darin ein Rechtsmissbrauch erblickt werden muss.

3. — Die Bedingungen für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs sind in Praxis und Doktrin des näheren umschrieben worden. Von Bedeutung ist die beidseitige freiwillige Erfüllung des angefochtenen Vertrages. Zwar vermag sie für sich allein den Formmangel nicht zu heilen. Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs aber kann sie im Rahmen der übrigen Umstände ein wichtiges Element für die Beurteilung darstellen (BGE 53 II 165 f., 50 II 148). Rechtsmissbrauch wird vielfach auch dann angenommen, wenn die den Formfehler anrufende Vertragspartei daran kein schutzwürdiges Interesse hat, sodass durch die Vertragsanfechtung die Form einem ihr fremden Zwecke dienstbar gemacht wird (BGE 53 II 166, EGGER a. a. O. N. 32). Rechtsmissbräuchlich erscheint schliesslich die nachträgliche Geltendmachung von Formvorschriften durch die Partei, die beim Vertragsschluss den Formfehler in Kauf genommen oder ihn zum eigenen Vorteil sogar gewollt hat (BGE 53 II 166). Gleiches hat zu gelten, wenn ein Formerfordernis besonders zum Schutze der einen Partei besteht, jedoch nicht diese, sondern die Gegenpartei aus der Nichtbeachtung später zweckfremden Nutzen zu ziehen sucht.

4. — Diese Hinweise sind immerhin nicht als zwingende Richtlinien zu betrachten. Die Anwendbarkeit des Art. 2 ZGB ist, dem Sinn dieser Vorschrift entsprechend, eine Ermessensfrage. Sie ist vom Richter in jedem einzelnen Fall ohne Bindung an starre Regeln an Hand der gesamten Umstände frei zu prüfen und zu entscheiden (BGE 54 II 331/32). Das hat die Vorinstanz getan. Ihr Erkenntnis resultiert aus einer sorgfältigen sachlichen und rechtlichen Würdigung der Zusammenhänge. Die Anbringen, mit denen der Kläger seine Berufung schriftlich und vor Schranken begründet, können nicht zu einer abweichenden Beurteilung Anlass geben.

a) Der Kläger hat erwiesenermassen den Verkauf seines Heimwesens von sich aus gewollt, unabhängig vom Kaufangebot des Beklagten und lange bevor er mit diesem überhaupt zusammentraf.

b) Die Parteien haben den Vertrag in allen Teilen erfüllt; der Kaufpreis wurde bezahlt und der Eigentumsübergang wurde im Grundbuch eingetragen; der Beklagte übt ungehindert seine Eigentümerrechte aus; der Kläger wirtschaftete als Pächter und bezahlte für 1½ Jahre anstandslos den Pachtzins. Die nachträglichen Behauptungen, der Kläger habe nur unter dem Überredungseinfluss des Beklagten in den Verkauf eingewilligt, und es wäre nicht zum Abschluss gekommen, wenn man anstatt B. einen entfernter wohnenden Zeugen geholt hätte, weil in der Zwischenzeit der Kläger sich die Sache nochmals überlegt haben würde, sind weder belegt noch glaubhaft gemacht.

c) Die Vorinstanz stellt fest, Art. 70 des freiburgischen Gesetzes über das Notariatswesen verlange die Anwesenheit zweier Zeugen bei der öffentlichen Beurkundung um zu verhindern, dass der Notar im Einvernehmen mit der einen Vertragspartei die andere benachteilige. Dienstboten seien als Zeugen nicht schlechthin, sondern nur vermöge bestehender Beziehungen zur einen Vertragspartei untauglich. Der Grund für die Ausschlussbestimmung in Art. 71 Ziff. 6 liege im Abhängigkeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bzw. in daheriger Be-

fangenheit des Letzteren. Wenn also der Dienstbote der einen Partei als Zeuge aufträte, so habe nur die andere Partei ein Interesse an der Geltendmachung des Formmangels.

An diese Auslegung des kantonalen Rechtes ist das Bundesgericht gebunden. Die Tatsache, dass eine Formvorschrift dem Schutze der einen Partei dient, schliesst nun allerdings nicht notwendigerweise das Klagerecht der anderen aus. Es mag dem Kläger auch eingeräumt werden, dass ausnahmsweise die Interessenlage einmal umgekehrt sein kann, als die Vorinstanz angenommen hat. Hier aber trifft das jedenfalls nicht zu. Der Kläger hatte weder im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch zwei Jahre später ein schutzwürdiges Interesse an der Beobachtung des Art. 71 Ziff. 6 des Notariatsgesetzes. Er selbst hatte den Beizug seines Knechtes als Zeuge angeregt und aus Discretionsgründen direkt gewünscht, mithin nicht nur die Verletzung der Formvorschrift (obzwar unbewusst) herbeigeführt, sondern daraus auch einen persönlichen Vorteil gezogen. Es widerspricht daher offenkundig Treu und Glauben, wenn er heute unter Anrufung eben dieser Formverletzung sich vom Vertrage loszusagen versucht.

d) ...

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Freiburg vom 18. Juni 1945 bestätigt.

9. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Februar 1946 i. S. Stauffer gegen Müller.

Haftung des Dienstherrn für die Folgen eines Unfalls, den der Dienstpflichtige infolge Berührung einer unverschalteten Transmission in einem Landwirtschaftsbetrieb erlitten hat (Art. 339 OR).

Responsabilité de l'employeur pour les suites d'un accident subi par un employé entré en contact avec une transmission découverte, dans une exploitation agricole (art. 339 CO).