

30. September 1919, in welchem diese Überweisung der Klägerin belastet war, von dieser, allerdings wiederum mit der alleinigen Unterschrift Roths, als richtig anerkannt worden ist. Immerhin mag bemerkt werden, dass die Klägerin durch Anerkennung des von der Beklagten gezogenen Saldos die Forderung der Beklagten aus jener ersten Überweisung von 50,000 Fr. an die Thurgauische Kantonalbank durch Verrechnung getilgt hat, indem die einzelnen Forderungen laut Kontokorrentrechnung gegeneinander aufgerechnet sind, und ein auf Novation beruhender neuer Rechtstitel, das Saldoanerkenntnis, als abstrakte Schuldanererkennung entstanden ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt, und damit, in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 2. Februar 1923, die Klage gänzlich abgewiesen.

**26. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. April 1924**  
i. S. Haldimann gegen Wältli.

OR Art. 216: Öffentliche Beurkundung des Grundstückskaufes. Der Liegenschafts Kauf ist nicht nichtig, wenn die Parteien ursprünglich formlos einen höhern Kaufpreis vereinbart haben, dann nach Leistung einer Anzahlung nur noch den verbleibenden niedrigeren Preis öffentlich verurkunden lassen.

Erw. 1: Legitimation, Bedeutung des Vergleichs. — Erw. 2: durch die mit der Verurkundung des niedrigeren Kaufpreises verbundene Steuerhinterziehung wird der Vertrag nicht unsittlich. Art. 20 OR. — Erw. 3: in der Verurkundung des niedrigeren Preises liegt keine Simulation. Art. 18 OR. — Erw. 4: ein Formfehler wird, zwar nicht schon durch die Eintragung ins Grundbuch, wohl aber durch die Erfüllung des Vertrages geheilt. Art. 2 ZGB, Art. 18 OR. — Erw. 5: die Heilung wird auch durch das Interesse der Öffentlichkeit an der Stabilität des Grundbuches verlangt. Art. 3, 661 und 973 ZGB.

A. — Der Kläger kaufte mit seinem Schwager Emil Rösti vom Beklagten am 9. April 1921 das in der Gemeinde

Unterlangenegg gelegene Heimwesen Hintere Flühmatte. Der Kaufpreis betrug 42,000 Fr. Daran bezahlte der Mitkäufer Rösti vor der Beurkundung des Kaufvertrages 12,000 Fr., und in der Beurkundung wurden nur 30,000 Fr. als Kaufpreis angegeben. Die Käufer übernahmen die auf dem Grundstück haftenden Schulden im Betrage von 25,118 Fr. 90 Cts. und bezahlten durch den Kläger die Restanz des verurkundeten Kaufpreises von 4881 Fr. 10 Cts. Nach Genehmigung des Kaufvertrages durch den Regierungsrat wurde der Übergang des Eigentums an die Käufer am 17. Mai 1921 ins Grundbuch eingetragen.

Da sich in der Folge die beiden Käufer, die das Heimwesen bis zum Herbst 1921 gemeinsam bewirtschafteten, nicht vertrugen und überdies die Liegenschaft beide zusammen nicht zu erhalten vermochte, verkaufte Rösti seinen Anteil dem Kläger. Bei der Auseinandersetzung hierüber, an der auch der Beklagte teilnahm, verglichen sich die Beteiligten am 24. Januar 1922 in der Weise, dass Rösti für seine vor der Beurkundung geleistete Anzahlung von 12,000 Fr. 11,500 Fr. zurückerhielt, woran der Beklagte 1500 Fr. und der Kläger 10,000 Franken leistete und zwar 5000 Fr. bar und 5000 Fr. durch Ausstellung eines Schuldscheines. Der Kläger vermochte diese Schuld jedoch nicht zu bezahlen, was ihn veranlasste, den ursprünglich mit dem Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrag als nichtig anzufechten. Er verlangte die geleisteten Anzahlungen zurück und beantragte, der Beklagte sei schuldig zu erklären, ihm für die auf dem Heimwesen gemachten baulichen Aufwendungen eine vom Richter zu bestimmende angemessene Vergütung nebst Zins zu leisten.

B. — Mit Urteil vom 1. Februar 1924 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage in der Weise geschützt, dass er den angefochtenen Grundstückskauf nichtig erklärte, den Grundbucheintrag aufhob, und, unter ziffermässiger Feststellung der gegenseitigen Verrechnungsansprüche der Parteien den Beklagten ver-

urteilte, dem Kläger die geleisteten Anzahlungen nebst näher bezeichnetem Zins und die notwendigen Auslagen zu ersetzen, gegen Rückgabe des Grundstückes und der damit erhaltenen Fahrnisse.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Er beantragt, die Klage sei abzuweisen, eventuell sei die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Legitimation des Klägers zur Anfechtung des in Frage stehenden Grundsstückkaufes, die übrigens vor dem Bundesgericht nicht mehr ausdrücklich bestritten wird, ergibt sich, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, aus dem Vergleich vom 24. Januar 1922, durch den sämtliche Rechte des Mitkäufers Rösti auf den Kläger übergegangen sind. Es kann sodann, wie die Vorinstanz ebenfalls mit Recht annimmt, keine Rede davon sein, dass der Kläger in diesem Vergleiche auf die Anfechtung des Kaufes verzichtet hat. Natürlich könnte die eventuelle Nichtigkeit des Grundstückkaufes nicht durch einen obligatorischen Vergleich geheilt werden. Aber es wäre zulässig gewesen, dass der Kläger, wenn er einmal von der möglichen Nichtigkeit des Kaufes Kenntnis erhalten hatte, auf seinen Bereicherungsanspruch gegenüber dem Beklagten Verzicht geleistet hätte, was vernünftigerweise nur dann einen Sinn gehabt haben würde, wenn als vereinbart gälte, er habe damit auch auf die Geltendmachung der Pflicht des Beklagten zur Rückgabe der Liegenschaft verzichtet. Nun aber hat der Kläger nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz zur Zeit des Vergleichesabschlusses gar keine Kenntnis davon gehabt, dass der Kauf möglicher Weise nichtig sei. Er ist zum ersten Mal durch einen Brief vom 24. Mai 1922 auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht worden. Die Gültigkeit des Kaufvertrages stand

somit beim Vergleichsabschluss zwischen den Beteiligten gar nicht in Frage und wollte auf jeden Fall von Seiten des Klägers durch den Vergleich nicht geregelt werden. Der Umstand, dass der Beklagte an die Auseinandersetzung der beiden Käufer 1500 Fr. geleistet hat, vermag hieran nichts zu ändern. Diese Leistung war keine Abfindung für einen Verzicht des Klägers auf die Geltendmachung einer allfälligen Nichtigkeit des Kaufvertrages. Der Beklagte hatte ein Interesse daran, dass die Steuerhinterziehung, der er sich nach der Feststellung der Vorinstanz beim Kaufabschluss schuldig gemacht hat, nicht bekannt werde, und das mochte für ihn Veranlassung genug gewesen sein, einen eventuellen Prozess zwischen den beiden Käufern, durch den die Umgehung der Steuer hätte bekannt werden können, nach Möglichkeit zu vermeiden.

2. — Mit Recht hat die Vorinstanz auch den Standpunkt des Klägers zurückgewiesen, der Grundstückkauf verstosse mit Rücksicht auf die damit verbundene Verletzung der Steuervorschriften gegen die guten Sitten und sei daher gemäss Art. 20 OR nichtig. Der Verstoss gegen die guten Sitten, der an sich in einer Steuerhinterziehung liegt, bildete nicht die Grundlage des angefochtenen Rechtsgeschäftes. Gegenstand des Geschäftes war ein wirklicher Grundstückkauf, der an sich nicht zu einem unsittlichen oder gegen die guten Sitten verstossenden Zwecke erfolgte; er war nur in seiner Durchführung nicht einwandfrei, indem er so gefasst wurde, dass die sich aus ihm sonst ergebenden Steuerpflichten der Parteien nicht zur vollen Wirksamkeit gelangten. Dadurch ist aber die Sittlichkeit des Kaufgeschäftes selbst nicht in Frage gestellt und von einer Nichtigkeit des Grundstückkaufes aus diesem Grunde kann daher nicht die Rede sein (vgl. BGE 1922 AS 48 Nr. 41 S. 274 Erw. 2; Pr. XIII Nr. 4).

3. — Nicht zugestimmt kann aber der Vorinstanz werden, wenn sie den Grundstückkauf deshalb nichtig erklärt, weil die Parteien ursprünglich formlos einen höheren

Kaufpreis vereinbart haben, dann aber nach Leistung einer Anzahlung nur noch den verbleibenden niedrigeren Preis verkünden liessen. Eine Formwidrigkeit besteht zunächst nicht. Der Vertrag ist so, wie er vorliegt, formrichtig beurkundet. Nur wird behauptet, der in der Urkunde genannte Kaufpreis sei simuliert, und die Vereinbarung des dissimulierten, wirklich gewollten Kaufpreises entbehre der gesetzlichen Form, da sie nicht verkundet sei. Wie das Bundesgericht bereits im Falle Oberhänsli gegen Bruggmann mit Entscheid vom 14. November 1923 festgestellt hat\* (Pr. XIII Nr. 2), liegt aber eine Simulation nicht vor. Es wurde kein Scheinkauf abgeschlossen, sondern der beurkundete Liegenschafts-kauf war von den Parteien tatsächlich gewollt. Auch der verkündete Kaufpreis von 30,000 Fr. entsprach zur Zeit der Beurkundung ihrem wirklichen Willen und, nachdem der Mehrbetrag des formlos vereinbarten Preises in der Höhe von 12,000 Fr. bereits bezahlt war, waren die 30,000 Fr. auch der Kaufpreis, wie er sich objektiv ergab. Die Nennung des Kaufpreises, der ein wesentlicher Bestandteil des Kaufes ist, ist allerdings unerlässlich; es genügt aber nach der ständigen Rechtsprechung, wenn er bestimmbar ist. Bestimmbar ist er aber auch dann, wenn er in Verbindung mit andern Dokumenten auf Grund von bereits erfolgten Zahlungen festgesetzt werden kann. Zu verlangen (vergl. LEEMANN, Schweizerische Juristenzeitung vom 15. März 1924, Seite 270), dass der bereits bezahlte Betrag in der Urkunde als bezahlt aufgeführt werde, in dem Sinne, dass die Unterlassung dieser Angabe die Nichtigkeit des Kaufvertrages zur Folge hätte, ginge zu weit. Das wäre erforderlich, wenn die Kaufurkunde unersetzliche Beweisurkunde für die erfolgte Zahlung des Kaufpreises wäre. Der Beweis der Zahlung kann aber durch einfache Quittung geleistet werden. Die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung bezweckt im Wesentlichen,

die Beteiligten vor Übereilung zu schützen, und dieser Zweck wird, soweit es vermittelst gesetzlicher Formvorschriften überhaupt möglich ist, schon durch die blosser Tatsache der Beurkundung erreicht. Die damit verbundene Umständlichkeit, wie das Erscheinen vor der Urkundsperson und die Besprechung des Vertragsinhaltes vor ihr, gibt den Beteiligten genügend Gelegenheit, sich das Kaufgeschäft zu überlegen und ihren hierauf gerichteten Willen möglichst unbeeinflusst von Zufälligkeiten und Stimmungen frei zu bilden. Ob der zur Beurkundung genannte Kaufpreis dem wirklichen Werte der Liegenschaft entspricht, hat die Urkundsperson nicht zu prüfen, und ein Untersuch darüber wäre ohne amtliche Schätzung in den meisten Fällen wohl kaum möglich; es ist daher auch nicht Sache der Urkundsperson, zu verhüten, dass eine Liegenschaft zu billig oder zu teuer verkauft werde. Die Höhe des Kaufpreises ist lediglich eine Angelegenheit der Parteien unter sich, und die Öffentlichkeit hat kein schutzwürdiges Interesse daran, dass der Kaufpreis in der Beurkundung genau aufgedeckt werde.

4. — Selbst wenn aber auch mit der Vorinstanz davon ausgegangen werden wollte, es liege eine Simulation vor, könnte die Anfechtung des streitigen Kaufvertrages doch nicht gutgeheissen werden. In diesem Falle wäre der Kauf zum simulierten Preise von 30,000 Fr. nach Art. 18 OR infolge eines Mangels im Willen der Parteien nicht zustande gekommen, und der Kaufvertrag zum wirklich gewollten Preis von 42,000 Fr. wäre, da dieser Preis nicht verkundet ist, mangels der gesetzlichen Form ungültig (Art. 657 ZGB; Art. 216 OR).

Der Vorinstanz ist beizupflichten, wenn sie es ablehnt, eine Heilung des Formfehlers durch Eintragung im Grundbuch, wie sie in § 313 des deutschen BGB vorgesehen ist, auch im schweizerischen Rechte analog anzunehmen. Eine solche Heilung würde in das System der Eigentumsübertragung des ZGB nicht passen. Denn hier kann der Eintrag auf einseitige Anmeldung des

\* S. AS 49 II Nr. 64.

Veräusserers des Grundstückes, ohne Zustimmung des Erwerbers erfolgen, sodass es der Veräusserer bei analoger Anwendung von § 313 BGB in der Hand hätte, dem Erwerber die Berufung auf Formfehler abzuschneiden.

Anders verhält es sich indessen, wenn der Kaufvertrag nicht nur eingetragen, sondern von beiden Parteien so, wie er gewollt war, tatsächlich erfüllt ist. In diesem Falle widerspräche es dem Rechtsgefühl, eine Umstossung der Vertrages wegen des Mangels in der Beurkundung des wirklich gewollten Kaufpreises zuzulassen. Der wesentliche Zweck der Form besteht, wie bereits ausgeführt, darin, die Parteien gegen die Folgen unüberlegter Entschlüsse zu schützen. Ist aber der Vertrag von beiden Parteien freiwillig erfüllt worden, dann bedürfen sie dieses Schutzes nicht mehr; es darf angenommen werden, der Inhalt der erfüllten Vereinbarung sei einwandfrei. Dann geht es aber nicht an, dass es die Parteien infolge eines durch die Simulation unterlaufenen Formfehlers in der Hand haben, mittlerweile eingetretene Änderungen in der Konjunktur die eine auf Kosten der andern in der Weise auszunützen, dass bei Steigerung der Liegenschaftswerte der Veräusserer, bei deren Sinken der Erwerber den Kauf nachträglich rückgängig macht. Das käme einer missbräuchlichen Geltendmachung eines Formfehlers gleich, die nach Art. 2 ZGB des Rechtsschutzes nicht würdig ist. Der Rechtsmissbrauch wäre umso stossender, wenn die Parteien wie im vorliegenden Falle infolge Simulation den Formfehler des dissimulierten Geschäftes zum vorneherein mit in den Kauf genommen haben. Es verstiesse ohnehin gegen Treu und Glauben, wenn bei einem simulierten Geschäft ein Kontrahent das verdeckte wirklich gewollte Geschäft, zumal wenn es so, wie es gewollt war, bereits erfüllt ist, nicht gelten lassen wollte (vgl. v. TUHR, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, Zeitschrift für schw. R. 1921 S. 54/55).

5. — Nach dieser Lösung drängt auch das Interesse,

das die Öffentlichkeit an der Stabilität des Grundbuches hat. Der gutgläubige Dritte, der auf Grund des durch die Parteien erwirkten Grundbucheintrages Eigentum oder andere dingliche Rechte erwirbt, wäre in diesem Erwerbe nach Art. 975 ZGB allerdings geschützt, auch wenn der Eintrag nichtig erklärt würde. Für die Parteien des nichtigen Kaufvertrages aber besteht ein solcher Rechtsschutz nicht. Da der Eintrag infolge Formwidrigkeit des ihm zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes ungerechtfertigt wäre, wäre gar kein Eigentum auf den Erwerber übergegangen, und alle rechtlichen Vorkehren, die er mit Bezug auf das Grundstück träge, hingen für ihn und seine Erben gegenüber seinem Veräusserer und dessen Erben in der Luft. Wird er trotz dem Formfehler in seinem Erwerbe als gutgläubig angenommen, so könnte zwar sein Eigentum und damit seine rechtlichen Änderungen am Grundstück nach 10-jähriger Ersitzung gemäss Art. 661 ZGB nicht mehr angefochten werden. Hätte er aber bei gehöriger Aufmerksamkeit den Formmangel erkennen müssen, so würde die an sich bestehende Rechtsvermutung des guten Glaubens zerstört (Art. 3 ZGB), und es ist zum mindesten zweifelhaft, ob dies bei Vorliegen von Simulation nicht anzunehmen wäre. Dann aber wäre die Möglichkeit, dass das Eigentum des Erwerbers ihm, seinen Erben und seinen bösgläubigen Dritt-erwerbem vom Veräusserer und dessen Erben abgenommen werden könnte, zeitlich unbeschränkt. Das müsste nicht nur zu unentwirrbaren Rechtsstreitigkeiten zwischen den Beteiligten, sondern auch zu unhaltbaren Verhältnissen für das Grundbuch führen, die zu vermeiden im Interesse der Öffentlichkeit, soweit immer möglich, geboten erscheint. Vor dieser allgemeinen Rücksicht auf das Grundbuch muss die Befürchtung, Dritte, namentlich der Fiskus, könnten sich nicht mehr mit Sicherheit auf den beurkundeten Kaufpreis verlassen, weil er möglicherweise dem wirklichen Preise nicht entspricht, zurücktreten. Der Kaufpreis berührt,

wie schon ausgeführt, nur die Parteien, und Dritte haben an dessen Kenntnis kein schutzwürdiges Interesse. Öffentliche Beurkundung und Grundbuch sind ihrem rechtspolitischen Zwecke nach nicht dazu da, dem Staate die Grundlagen für fiskalische Abgaben und Steuern zu liefern.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 1. Februar 1924 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

**27. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Mai 1924 i. S. Compagnie de Développement agricole et industriel gegen Hirsch.**

Garantieabkommen zwischen Angehörigen zweier mit einander Krieg führender Staaten für die Eintreibung von Forderungen. Abtretung der dem Garanten zustehenden Provisionsforderung an eine schweizerische Gesellschaft. 1. Örtliche Rechtsanwendung; 2. Unzulässigkeit der Rüge der örtlichen und sachlichen Unzuständigkeit der schweiz. Gerichte im Berufungsverfahren; 3. Ungültigkeit der Abtretung: wegen Simulation? Wegen Verstosses gegen Art. 20 OR? Auf Grund des Art. 164 Abs. 1 OR?

A. — Der Beklagte Hirsch betreibt seit Jahren in Paris ein Bankgeschäft. Bei Ausbruch des Weltkriegs hatte er bei verschiedenen Angehörigen Oesterreichs und Ungarns Guthaben im Gesamtbetrag von 19,389,728 Fr. 95 Cts. Um den Eingang dieser damals unter dem Schutz eines Moratoriums stehenden Ausstände zu sichern, wandte er sich durch Vermittlung des Bankhauses Leu & C<sup>ie</sup> A.-G. in Zürich an die Pester ungarische Commercialbank in Budapest, damit sie ihm gegen entsprechende Gegenleistungen für die Bezahlung der geschuldeten Summen Garantie leiste. Die zu diesem Zweck zwischen

dem Beklagten und dem Vizepräsidenten der Pester Bank teilweise auf dem Korrespondenzweg, teilweise mündlich in Zürich gepflogenen Unterhandlungen führten am 8. Februar 1915 zum Abschluss eines Garantieabkommens, nach welchem die Pester Bank, unter genauer Bestimmung für alle möglichen Eventualitäten, für den Eingang der Ausstände Garantie leistete; als Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Abkommen wurden « die zuständigen Gerichte von Bern » bezeichnet.

Im Anschluss an diese Abmachung schrieb die Pester Bank noch am gleichen Tage an den Beklagten:

« Comme suite à notre contrat de ce jour, je vous prie » de créditer notre compte dans vos livres de deux cent » mille francs pour l'année 1915-1916, et d'agir de même » à chaque renouvellement d'année. »

Der Beklagte antwortete hierauf am 12. Februar:

« En réponse à votre lettre du 8 février 1915, je créditerai » pour l'année 1915-1916 votre compte dans mes » livres de 200,000 fr., et j'agirai de même chaque année, » à chaque renouvellement dont j'userai. »

Am 13. Mai 1921 trat die Pester Bank ihre Provisionsforderungen durch folgende Erklärung an die Klägerin, Compagnie de Développement agricole et industriel, Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern ab:

« Wir unterzeichnete Pester ungarische Commercial- » Bank haben mit der Firma Louis Hirsch in Paris am » 8. Februar 1915 ein Übereinkommen getroffen, mittelst » welchem wir die Haftung für gewisse im betreffenden » Übereinkommen fixierte Forderungen der Firma Louis » Hirsch übernommen haben. Für diese Haftungsüber- » nahme, welche noch derzeit aufrecht besteht, hat uns » die Firma Louis Hirsch eine Provision zu bezahlen.

» Unter diesem Titel ist uns die genannte Firma den » folgenden Betrag schuldig geworden, und zwar:

» Parisfranc 1,403,248.— Valuta 31. März 1921.

» Wir erklären hiermit, dass wir all diese Forderungen » der Firma Compagnie de Développement... in Bern