

Pedrazzi sarebbe stato tenuto solamente per il termine di un anno poteva validamente essere stipulata anche solo verbalmente e che la prova di siffatta stipulazione poteva essere fornita anche con altri mezzi all'infuori dell'atto di fideiussione o di altro atto scritto.

Il Tribunale federale pronuncia :

L'appellazione è ammessa.

40. Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Juni 1924
i. S. **Eichin** gegen **Habermann**.

Art. 216 und 22 OR : Die Verpflichtung, einen Käufer für ein Grundstück zu beschaffen, bedarf der öffentlichen Beurkundung.

A. — Am 2. Dezember 1921 kam zwischen den Parteien ein schriftlicher Vertrag mit folgenden, für den vorliegenden Streitfall wesentlichen Bestimmungen zustande :

« 1. Herr Eichin überträgt dem Herrn Habermann die Lieferung von zirka 3100 m² Eichenparkett II und I (ofengetrocknet), wie sie beim Erzeug fallen, bezw. wie die zirka 800 m² im Lagerhaus der Hafenverwaltung der SBB (polnischer Herkunft) sich befinden, zum Preise von 10 Fr. per m² ab Werkstatt Basel, bezw. Lagerhaus.

5. Herr Habermann verpflichtet sich, dem Herrn Eichin einen Käufer für das Einfamilienhaus Bergalingerstr. Nr. 34 bis Ende Jänner 1922 zu besorgen, oder selbst abzukaufen, unter folgenden Bedingungen :

a) Der Preis beträgt 35,000 Fr. im beziehbaren Zustand.

b) Herr Eichin besorgt eine erste Hypothek pr. 22,000 Fr. zu 6 % und

c) eine zweite Hypothek pr. 8000 Fr. zu 6 %, drei Jahre fest ab 1. Februar 1922.

d) Der Käufer zahlt 5000 Fr. Die Übernahme, bezw. Verzinsung ab 1. Februar 1922.

e) Als Garantie für Obgenanntes ist Herr Eichin berechtigt, der ersten Lieferung 3000 Fr., von der zweiten 1000 Fr. und von der dritten Lieferung 1000 Fr. zus. 5000 Fr. in Abzug zu bringen. »

Der Beklagte bezog in der Folge 2356.39 m² Parkett im Fakturawert von 23.563 Fr. 90 Cts. Gemäss Vereinbarung der Parteien vom 22. März 1922 wurde er von der Abnahmepflicht hinsichtlich des Restquantums gegen Leistung einer Entschädigung von 600 Fr. befreit, die « als Anzahlung auf das Haus Bergalingerstrasse 34 verrechnet werden sollte ». Am 5. September 1922 forderte er den Kläger auf, den Kaufvertrag über die Liegenschaft bis zum 13. September notariell beurkunden zu lassen. Mit Schreiben vom 2. Oktober 1922 erneuerte sein Anwalt diese Aufforderung mit der Androhung : « Sofern die Fertigung nicht innert 8 Tagen erfolgt, wird Herr Eichin von seinem Verträge mit Ihnen zurücktreten und Sie für seinen Schaden haftbar machen. » Habermann leistete auch dieser Aufforderung keine Folge.

B. — Im Dezember 1922 erhob er vielmehr die vorliegende Klage mit dem Begehren, der Beklagte sei zur Zahlung von 5051 Fr. 10 Cts. nebst 5 % Zins vom Zeitpunkte der Klageeinreichung hinweg zu verurteilen. Zur Begründung führte er im wesentlichen aus : Der Beklagte habe an die ursprüngliche Schuld von 24,163 Fr. 90 Cts. (23,563 Fr. 90 Cts. Kaufpreis + 600 Fr. Entschädigung) nur Abzahlungen im Betrage von 19,112 Fr. 80 Cts. geleistet, sodass er noch die eingeklagten 5051 Fr. 10 Cts. schulde. Dem Kläger sei es trotz aller Bemühungen nicht gelungen, einen Käufer für die Liegenschaft zu finden. Infolgedessen habe sich der Beklagte dafür entschieden, ihn zur Übernahme derselben zu verhalten. Die eingegangene Verpflichtung, das Haus zu kaufen, sei jedoch mangels öffentlicher Be-

urkundung ungültig. Abgesehen hievon habe der Beklagte am 2. Oktober 1922 den Rücktritt vom Vertrage erklärt, sodass er keinesfalls berechtigt sei, die 5000 Fr. als Anzahlung auf das Haus zurückzubehalten. Eventuell habe er die 5000 Fr. aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten, da er für diesen Betrag Parkettbretter ohne Gegenleistung erhalten habe.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, soweit sie 51 Fr. 10 Cts. übersteige. Der Kaufpreis sei bis auf diesen Betrag, der anerkannt werde, bezahlt worden. Die Forderung von 5000 Fr. qualifiziere sich als Kondiktionsanspruch im Sinne von Art. 62 ff. OR. Die Voraussetzungen für einen solchen seien jedoch nicht gegeben. In Ziffer 5 des Vertrages habe sich der Kläger verpflichtet, entweder die Liegenschaft selber zu kaufen, oder aber einen Käufer zu besorgen. Wenn nun auch die erstere Verpflichtung, weil nicht öffentlich beurkundet, ungültig sei, so bestehe doch die zweite, einen Drittkäufer zu beschaffen, zu Recht, da es sich hiebei um ein Auftragsverhältnis handle. Der Kläger könne daher die als Sicherheit für die Erfüllung dieser Verpflichtung durch Verrechnung bezahlte Summe von 5000 Fr. erst zurückverlangen, wenn er einen Käufer « besorgt » habe. Den Rücktritt vom Vertrage habe der Beklagte bloss angedroht, nicht aber erklärt. Eventuell müsste die Klageforderung erheblich reduziert werden, da sich der Beklagte mit dem übersetzten Preise von 10 Fr. per m² Eichenparkett nur im Hinblick auf die in jener Verpflichtung liegende Gegenleistung des Klägers einverstanden erklärt habe.

C. — Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt wies die Klage zur Zeit ab, unter Behaftung des Beklagten beim anerkannten Betrage von 51 Fr. 10 Cts., von der Erwägung ausgehend, dass die Verpflichtung des Klägers, einen Käufer für die Liegenschaft zu beschaffen, immer noch bestehe, während allerdings die Verpflichtung, selber

das Haus zu kaufen, mangels öffentlicher Beurkundung nichtig sei.

Auf Appellation des Klägers hin hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Klage mit Urteil vom 4. März 1924 im vollen Betrage von 5000 Fr. nebst 5 % Zins von 5051 Fr. 10 Cts. seit 14. Dezember 1922 geschützt.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Begehren, die Klage sei, soweit den Betrag von 51 Fr. 10 Cts. übersteigend, definitiv, eventuell zur Zeit abzuweisen. Ganz eventuell beantragt er Herabsetzung der Klageforderung nach richterlichem Ermessen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Vorinstanz geht zutreffend davon aus, dass der Holzkaufvertrag und die Vereinbarung betreffend den Liegenschaftskauf von einander unabhängig sind. Wirtschaftlich ist zweifelsohne eine Abhängigkeit der beiden Verträge gegeben, die wohl auch als Beweggrund zum Abschluss der Gesamtvereinbarung vom 2. Dezember 1921 wirksam war ; allein rechtlich besteht jeder derselben nach der unzweideutigen Formulierung selbständig für sich. Sollte also auch eine der Abmachungen ungültig sein, so kann daraus für die Frage der Rechtsbeständigkeit der andern nichts hergeleitet werden.

2. — Der Vorinstanz ist ferner darin beizupflichten, dass die Kaufverpflichtung des Klägers mangels öffentlicher Beurkundung gemäss Art. 216 OR ungültig ist. Es stand daher dem Kläger jederzeit frei, sich als nicht gebunden zu erklären ; insbesondere erwuchs ihm nicht etwa aus dem bloss schriftlich abgefassten Vertrag die Verpflichtung, ihn öffentlich beurkunden zu lassen und so die Willenserklärung formgerecht abzugeben, wie es der Beklagte wiederholt verlangt hatte (vgl. AS 49 II 63 ff.).

3. — Fragen kann es sich nurnmehr, ob die weitere Verpflichtung des Klägers, dem Beklagten bis Ende Januar 1922 einen Käufer für die Liegenschaft zu den festgelegten Bedingungen zu besorgen, rechtswirksam sei. Die Vorinstanz verneint dies deshalb, weil diese Verpflichtung mit der ungültigen Kaufverpflichtung des Klägers in unlöslichem Zusammenhang stehe. Ob indessen nach der Vertragsmeinung der Parteien ein derart enger Zusammenhang der beiden Verpflichtungen gewollt war, dass die eine mit der andern stehen und fallen sollte, kann dahingestellt bleiben, da die in Frage stehende Verpflichtung auch dann, wenn man ihr eine vom übrigen Vertragsinhalt gesonderte, selbständige Stellung zuweist, ungültig ist. In Betracht fällt, dass sich der Kläger durch diese Abrede verpflichtet hat, für das Erfüllungsinteresse einzustehen, falls ein unbestimmter Dritter den Kaufvertrag über die Liegenschaft mit dem festgelegten Inhalt nicht abschliesst. Angesichts dieses Einstehens für den Erfolg kann daher von einem blossen Mäklervertrag, oder überhaupt einem Auftrag keine Rede sein. Diese durch die Willenseinigung der Parteien begründete Verpflichtung des Klägers, dafür zu sorgen, dass ein Dritter den Vertrag mit dem Beklagten abschliesse, charakterisiert sich als Vorverpflichtung gemäss Art. 22 OR. Da aber der vom Dritten abzuschliessende Vertrag an eine bestimmte, zum Schutze der Parteien vorgeschriebene Form, die öffentliche Beurkundung, gebunden ist, so bedarf auch dieses Versprechen der Leistung des Dritten zur Rechtsgültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Denn wenn der Versprechende damit auch weder sich, noch den Dritten zum Abschluss direkt verpflichtet, so soll doch durch das Versprechen der Vertragsabschluss in ähnlicher Weise gefördert werden, wie durch Bürgschaft oder Konventionalstrafe, von denen unbestritten ist, dass sie ungiltig sind, wenn dadurch ein ungiltiges Geschäft bekräftigt werden soll (vgl. AS 39 II S. 224 ff.). Ein sachlicher

Grund, der eine verschiedene Behandlung eines solchen Versprechens in Bezug auf die Form gegenüber demjenigen, wo der Versprechende selbst sich zum Abschlusse des Hauptvertrages verpflichtet, rechtfertigen würde, ist nicht erfindlich. Art. 216 Abs. 2 OR verlangt schlechthin für den Vorvertrag zu Grundstückskäufen die öffentliche Beurkundung, ohne Unterschied, ob die Übertragung des Eigentums in der Folge auf den Vertragschliessenden selbst, oder einen Dritten erfolgen soll, und ob die Person des Erwerbers bereits bekannt und bestimmt ist oder nicht. Diese Formvorschrift ist um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt, indem sie einerseits die Beteiligten vor Übereilung schützen und andererseits im Interesse der Parteien und des Publikums Garantien für eine richtige Feststellung des Vertragsinhaltes bieten will. Dieser Zweck würde durch die Zulassung von Vorverträgen der vorliegenden Art ohne notarielle Beurkundung vereitelt und damit die Formvorschrift in ihrer praktischen Bedeutung illusorisch gemacht, indem auf diese Weise formlos eine vertragliche Bindung erreicht werden könnte, die das Gesetz durch das Formrequisit gerade erschweren will.

4. — Ist danach aber das Versprechen der Leistung des Dritten mangels öffentlicher Beurkundung ungültig, so ist es auch insoweit rechtsunwirksam, als es den Kläger für den Fall der Nichterfüllung zur Leistung des Erfüllungsinteresses verpflichtet, und damit entfällt jeder rechtmässige Grund für die Rückbehaltung der 5000 Fr. seitens des Beklagten als Anzahlung an den Kaufpreis. Der Einwand des Beklagten, die Parteien hätten ohne diese nichtige Verpflichtung des Klägers einen niedrigeren Holzpreis vereinbart, scheidet an der auf prozessualer Beweiswürdigung beruhenden, für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz, dass der festgesetzte Preis von 10 Fr. per m² der damaligen Preislage entspricht. Die Berufung ist daher als unbegründet abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 4. März 1924 bestätigt.

41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Juli 1924**i. S. Vereinigte Luzerner Brauereien A.-G. gegen Windlin.**

Bierbezugsvertrag auf 15 Jahre, mit einem bestimmten Bezugspreis. Erhöhung des Preises wegen Änderung der Verhältnisse ?

A. — Am 25./26. April 1900 schlossen fünf Wirtschaftsbesitzer in Sarnen, nämlich C. Imfeld, Restaurateur zum Bahnhofbuffet, F. Frunz, zu den « Metzgern », J. Wirz, zur « Krone », J. Kiser, zur « Linde » und der Beklagte Windlin, zum « Schlüssel », mit der Bierbrauerei Spiess A.-G. in Luzern, der Rechtsvorgängerin der heutigen Klägerin, folgendes Übereinkommen ab :

« I. Die Bierbrauerei Spiess A.-G. verpflichtet sich, die in ihrer käuflich erworbenen Liegenschaft zum « Batzenhof » in Sarnen bisher betriebene Wirtschaft auf den Zeitpunkt des Nutzens- und Schadensanfanges, d. i. 15. September 1900, eingehen zu lassen.

II. Die genannten fünf Wirte ihrerseits verpflichten sich, für die Dauer von 15 Jahren ihren gesamten Bedarf an Bier, in gutgelagerter, konkurrenzfähiger Qualität, ausschliesslich aus der Bierbrauerei Spiess A.-G. in Luzern zu beziehen und zwar gegen allmonatliche Barzahlung zum Preise von 24 Fr. per hl., franko Station Sarnen, abzüglich 4% Skonto, Retourfracht der leeren Gebinde ab genannter Station zu Lasten der Brauerei. Diese Verpflichtung beginnt für die Herren Imfeld und Frunz sofort, für Herrn Windlin am 1. Mai 1900 und für die Herren Wirz und Kiser am 1. September 1900.

Das innert der Frist von 15 Jahren von den genannten

fünf Wirten zu beziehende Bierquantum hat im Minimum 12,000 hl. zu betragen ; wird diese Ziffer innert der bezeichneten Frist von 15 Jahren nicht erreicht, so dauert die Bezugsverpflichtung für die fünf Wirte so lange fort, bis das erwähnte Quantum von 12,000 hl. erreicht ist. Sollte der eine oder andere der genannten fünf Wirte eine andere oder weitere Wirtschaft übernehmen, so verpflichtet er sich ebenfalls zum Bezuge seines Bierbedarfes für den Rest der Vertragsdauer aus der Bierbrauerei Spiess A.-G. zu den angeführten Konditionen. Sollte das Wirtschaftspatent des einen oder andern der genannten fünf Wirte behördlich als erloschen erklärt werden und bleiben, so geht die Verpflichtung für den Bezug des Ausfallquantums des Betreffenden auf die übrigen Kontrahenten über.

III. Die genannten fünf Wirte verpflichten sich, die in Ziff. II dieses Übereinkommens enthaltenen Bestimmungen vollinhaltlich ihren allfälligen Rechtsnachfolgern, Liegenschaftskäufern oder Pächtern, Geschäftsnachfolgern etc. zu überbinden. »

Im Jahre 1905 starb der Bahnhofrestaurateur Imfeld ; da die SBB die von ihm gegenüber der Brauerei Spiess eingegangene Verpflichtung für sich nicht als verbindlich anerkannten, mussten nunmehr die anderen vier Wirte das volle noch nicht bezogene Bierquantum sukzessive abnehmen.

Im Jahre 1908 wurde die Wirtegenossenschaftsbrauerei « Gütsch » gegründet. Der Mitkontrahent des Beklagten, Frunz, beteiligte sich an derselben als Genossenschafter, und bezog in der Folge einen Teil seines Bierbedarfes von ihr zu 21 Fr. per hl. Auf Klage der Brauerei Spiess wurde er jedoch vom Kantonsgericht Obwalden am 25. Januar 1912 zur allseitigen Innehaltung des Abkommens vom 25./26. April 1900, sowie zu einer Entschädigung von 200 Fr. an die Brauerei Spiess verurteilt.

B. — Im Februar 1916 erliess der Schweizer. Bierbrauerverein eine Denkschrift über die « Notwendigkeit