

Bereicherung beurteilen würde, oder ob nicht vielmehr die Vorschriften der Art. 671/2 ZGB zur Anwendung zu bringen wären. Das kann jedoch dahingestellt bleiben, da auch im letztern Falle eine Ersatzleistungspflicht der Beklagten bestünde, die nicht niedriger zu bemessen wäre, als dies bei Anwendung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu geschehen hätte. Die Beklagte macht allerdings geltend, der Materialeigentümer könne gemäss Art. 671 Abs. 2 ZGB die Trennung des eingebauten Materials nur dann verlangen, wenn der betreffende Einbau « ohne seinen Willen » stattgefunden habe, welcher Grundsatz auch hinsichtlich des Ersatzanspruches zutrefte, der bestehe, wenn keine Trennung erfolge. Diese Auffassung beruht jedoch auf einer Verkennung der Vorschriften der Art. 671 ff. ZGB. Der Gesetzgeber wollte keineswegs den Ersatzanspruch des ehemaligen Materialeigentümers auf die Fälle beschränken, wo die Verwendung des Materials ohne dessen Willen stattgefunden hat. Vielmehr besteht ein solcher Anspruch als Äquivalent für den durch die Accession erfolgten Eigentumsverlust — innerhalb der in Art. 672 Abs. 2 und 3 ZGB angeführten Höchst- und Mindestgrenze — in jedem Falle, während ein Trennungsanspruch im Sinne von Art. 671 Abs. 2 ZGB nur dann geltend gemacht werden kann, wenn der Einbau ohne den Willen des Materialeigentümers stattgefunden hat. Dass eine Auslegung dieser Vorschriften im Sinne der bekl. Auffassung gar nicht möglich ist, ergibt sich nicht nur daraus, dass Art. 672 ZGB, der die Ersatzleistungspflicht des Grundeigentümers regelt, keine derartige Einschränkung enthält, sondern vor allem daraus, dass in Abs. 3 dieses Artikels eine Bestimmung darüber enthalten ist, wie die Ersatzpflicht des Grundeigentümers zu berechnen sei, wenn der Materialeigentümer den Einbau in bösem Glauben vorgenommen hat. Für eine derartige Vorschrift wäre kein Raum, wenn der ehemalige Materialeigentümer nur dann einen Ersatzanspruch

besässe, wenn der Einbau ohne seinen Willen vorgenommen wurde; denn beim Tatbestand des Art. 672 Abs. 3 ZGB ist ausgeschlossen, dass der Einbau ohne Willen des Materialeigentümers stattgefunden habe. Müsste somit auch bei Anwendung der Bestimmungen der Art. 671 ff. ZGB eine Ersatzleistungspflicht der Beklagten im vorliegenden Falle grundsätzlich anerkannt werden, so ist aber auch k. in Zweifel, dass diese, angesichts des Umstandes, dass der Kläger bei Vornahme der streitigen Einbauten nicht in bösem Glauben war, auf mindestens den Betrag zu bemessen wäre, um den die Beklagte durch diese Einbauten objektiv bereichert wurde.

3. — (Berechnung des Quantitatifs).....

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 82. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. November 1928

##### i. S. Savoy gegen Muriset.

- I. Einräumung eines Kaufrechts an eine urteilsfähige entmündigte Person.
  1. Einreden des Dritterwerbers der Liegenschaft gegen den Kaufberechtigten (Erw. 1).
  2. Erfordernis der Zustimmung des Vormundes zur Kaufrechtseinräumung, weil diese *in casu* mit einer Beschwerde des Berechtigten verbunden war. Das ohne diese Zustimmung abgeschlossene Geschäft bleibt in Schwebelage bis zur Erteilung oder Verweigerung derselben. Freiwerden des Gegenkontrahenten nach Art. 410 Abs. 2 ZGB. Einfluss des Eheabschlusses auf den Fortbestand der Vormundschaft (Erw. 2).
  3. Verzicht des Bevormundeten auf das Kaufrecht? (Erw. 4).
- II. Simulation. Begriff. Ein *per interpositam personam* abgeschlossenes Rechtsgeschäft ist, im Gegensatz zum simulierten, an sich gültig. Nichtigkeit besteht bloss, wenn es *in fraudem legis* vorgenommen ist. Kriterien. (Erw. 4).

III. Rechtsmissbräuchliche Ausübung eines Kaufrechts zu einem Zwecke, der dem Grunde seiner Einräumung völlig fremd ist (Erw. 5).

A. — 1. Die Klägerin, eine geborne Französin, seit 13. Dezember 1924 mit J. Savoy in dritter Ehe verheiratet, wurde während ihrer zweiten, im September 1924 geschiedenen Ehe mit E. A. Künzli, Zahntechniker von Welschenrohr (Solothurn), am 15. August 1918 vom Bezirksrat Zürich gemäss Art. 370 ZGB entmündigt. Im August oder Oktober 1918 zog sie nach Bern, wo sie bei Frau Adèle, Marie, Amélie Dolle geb. Leroy wohnte.

Durch öffentlich beurkundeten Vertrag vom 28. Januar 1919 kaufte Frau Dolle von der Erbgemeinschaft des J. Meier, gew. Spenglermeister in Bern, vertreten durch Notar Niklaus, das Haus Wytttenbachstrasse Nr. 18 in Bern um Fr. 68,000. Auf Rechnung des Kaufpreises übernahm sie Fr. 47.205.60 Grundpfandschulden, Fr. 8000 wurden als bar bezahlt verurkundet und für die Kaufpreisrestanz von Fr. 12.794.40 wurde zu Gunsten der Verkäufer ein Schuldbrief mit Grundpfandrecht im zweiten Range errichtet.

In Ziff. 6 der allgemeinen Vertragsbestimmungen räumte Frau Dolle der Klägerin — damals noch Frau Künzli — an der gekauften Liegenschaft ein im Grundbuch vorzumerkendes Kaufrecht « zu den in diesem Vertrage erwähnten Bedingungen » ein. Die Vormerkung desselben im Grundbuch geschah am 11. Februar 1919.

Die im Kaufvertrage als erfolgt verurkundete Anzahlung von Fr. 8000 ist von der Käuferin Dolle tatsächlich nicht geleistet worden. Dagegen übergab die Klägerin dem Vertreter der Verkäufer, Notar Niklaus, als Depot franz. Fr. 8000 mit der Abrede, dieselben bei Steigen des franz. Frankenkurses in Schweizerwährung umzuwechseln. Als Sicherheit hiefür sollte die Klägerin von Frau Dolle einen Inhaberschuldbrief von Fr. 8000

mit Grundpfandrecht im dritten Range erhalten. Diesen am 11. Februar 1919 errichteten Inhaberschuldbrief gab Notar Niklaus der Klägerin erst im April 1919 heraus, als er zur Umwechslung der fr. Fr. 8000 ermächtigt wurde.

2. Kurze Zeit nachdem Frau Dolle und die Klägerin das Haus Wytttenbachstrasse Nr. 18 bezogen hatten, entstanden zwischen ihnen Differenzen, weshalb die Klägerin wieder nach Zürich übersiedelte.

Durch notariellen Vertrag vom 2. Mai 1919 verkaufte Frau Dolle die Liegenschaft an P. E. Tissot in Bern um Fr. 68,000, welche Kaufpreisforderung durch Überbindung der auf diesen Betrag sich belaufenden Grundpfandschulden getilgt wurde. Am gleichen Tage trat die Klägerin den Inhaberschuldbrief von Fr. 8000 an Tissot ab, « mit dem Erkennen, den Gegenwert in bar erhalten zu haben ». Nach seinen Zeugenaussagen hat Tissot ihr für den Titel Fr. 3000 bezahlt, während die Klägerin, im Widerspruch mit ihrer dem Waisenamt Zürich gegenüber abgegebenen Erklärung: « noch ca. Fr. 2000 erhalten zu haben », bei ihrer Einvernahme bestritt, dass ihr je etwas zugekommen sei.

Am 2. Mai 1919 unterzeichnete die Klägerin auch eine ihr von Tissot vorgelegte Bewilligung zur Löschung des Kaufrechts im Grundbuch. Der Grundbuchverwalter verweigerte jedoch die Löschung, weil die Dispositionsbefugnis der Klägerin nicht nachgewiesen sei. Da die erforderlichen Unterlagen nicht beschafft werden konnten, anderseits aber die Eintragung des Kaufvertrages dringlich war, wurde am 12. Mai 1919 folgender « Nachtrag » in den Vertrag aufgenommen: « Im Grundbuch ist noch ein Kaufrecht zu Gunsten der Paula, Cécile, Jeanne Künzli-Girardot bis 10. Februar 1929 um Fr. 68,000 vorgemerkt. »

3. Am 26. Mai 1919 verkaufte Tissot das Haus dem heutigen Beklagten um den Preis von Fr. 67,000. Dem Käufer wurden Fr. 60,824 Grundpfandschulden

überbunden, und die Kaufpreisrestanz von Fr. 6176 bezahlte Muriset bar. Bezüglich des im Vertrage aufgeführten Kaufsrechtes zu Gunsten der Klägerin verpflichtete sich der Verkäufer, dafür zu sorgen, dass dasselbe im Grundbuche baldmöglichst gelöscht werde.

Die Löschung konnte jedoch nicht bewerkstelligt werden. Als Tissot in Erfahrung gebracht hatte, dass die Klägerin bevormundet sei, wandte er sich mit Schreiben vom 19. Dezember 1919 an deren Vormund in Zürich, mit dem Ersuchen um Ratifikation der Löschungsbewilligung vom 2. Mai 1919. Das Waisenamt Zürich, dem die Angelegenheit vom Vormund unterbreitet wurde, überwies die Sache durch Beschluss vom 3. Dezember 1920 an die mit der Weiterführung der Vormundschaft betraute Vormundschaftsbehörde Welschenrohr, die ihrerseits die Zustimmung nie erteilte.

4. Nach ihrem Wegzuge von Bern im Jahre 1919 kümmerte sich die Klägerin nicht mehr um die Liegenschaft, bis sie in der Folge von einem gewissen Winnewieser auf ihr Kaufsrecht aufmerksam gemacht wurde. Winnewieser suchte sie in Begleitung eines Angestellten der Hypothekarkasse Bern, namens B., in G. auf, wo die Eheleute Savoy-Künzli letzterem eine Vollmacht zur Ausübung des Kaufsrechtes und eine weitere zum Verkaufe des Hauses an Winnewieser zum Preise von Fr. 72,000 ausstellten. Mit Schreiben vom 7. Mai 1926 teilte Notar v. Siebenthal in Bern dem Beklagten mit, dass die Klägerin gewillt sei, ihr Kaufsrecht geltend zu machen, und ersuchte ihn, am 10. Mai 1926 zur Beurkundung des Vertrages auf seinem Bureau zu erscheinen. Der Beklagte gab dieser Aufforderung keine Folge. Auf Kaufsverhandlungen mit Winnewieser, der ihm ein Preisangebot von Fr. 77,000 machte, trat er unter Bestreitung des Kaufsrechtes der Klägerin nicht ein.

B. — Mit der vorliegenden, Ende November 1926 beim Appellationhof des Kantons Bern gegen Muriset angehebenen Klage hat Frau Savoy die Rechtsbegehren gestellt :

« 1. a) Es sei der Klägerin die dem Beklagten zu Eigentum gehörende Besitzung Wytttenbachstrasse 18, in Bern,..... zu den im Kaufsrecht, eingetragen im Grundbuch den 11. Februar 1919, festgelegten Bedingungen, d. h. zu einem Kaufpreis von Fr. 68,000 zu Eigentum zuzusprechen.

b) Es sei der Beklagte schuldig und zu verurteilen, die Löschung der mit dem Kaufsrecht im Widerspruch stehenden Aufhaftungen und Pfandrechte, speziell soweit sie den im Kaufsrecht festgestellten Kaufpreis übersteigen, vorzunehmen, bezw. es seien der Klägerin die auf der Besitzung Wytttenbachstrasse 18 in Bern lastenden Aufhaftungen und Pfandrechte nur soweit zu überbinden, soweit sie mit der Ausübung des Kaufsrechtes nicht im Widerspruch stehen, insbesondere mit Ausnahme eines Teilbetrages von Fr. 21,200 des Eigentümerschuldbriefes vom 11. März 1912/29. Oktober 1919 lautend auf Fr. 29,200, und es sei das Grundbuchamt Bern gerichtlich anzuweisen, die erforderlichen Eintragungen vorzunehmen.

2. Der Beklagte sei der Klägerin gegenüber zu allen Verzugsfolgen und zu angemessenem Schadenersatz, auf gerichtliche Bestimmung hin, zu verurteilen. Alles unter Kostenfolge. »

In der Hauptverhandlung vom 16. Mai 1928 fügte die Klägerin sub Ziff. 1 b noch das Eventualbegehren um Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von Fr. 21,200 nebst 6 % Zins seit der Urteilsfällung bei.

Zur Begründung der Klage machte sie geltend, dass sie das im Kaufvertrage zwischen der Erbgemeinschaft Meier und Frau Dolle vom 28. Januar 1919 zu ihren Gunsten rechtsgültig bestellte und am 11. Februar 1919 im Grundbuch vorgemerkte Kaufsrecht bis zum 10. Februar 1929 gegenüber jedem Eigentümer der Liegenschaft ausüben könne.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und stellte widerklageweise die Begehren :

« 2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verurteilen, dazu Hand zu bieten, dass das in Frage stehende Kaufrecht im Grundbuch Bern gelöscht werde, sie habe die notwendige Löschungsbewilligung herauszugeben, event. eine neue zu erstellen.

3. Es sei gerichtlich festzustellen: Das in Frage kommende Kaufrecht sei als nicht mehr bestehend zu betrachten und es sei daher durch Richterspruch zu löschen, unter Mitteilung an die Amtsschreiberei Bern. »

Aus der Begründung ist hervorzuheben: Die Klägerin habe ohne Mitwirkung des Vormundes das Kaufrecht nicht erwerben können, weil dessen Bestellung mit der von ihr für Frau Dolle geleisteten Anzahlung zusammenhänge (Art. 19 ZGB). Zudem sei der Kaufvertrag vom 28. Januar 1919 simuliert. Da die Klägerin, weil bevormundet, die Liegenschaft nicht selbständig habe erwerben können, habe sie die mittellose Frau Dolle als Käuferin vorgeschoben und ihr das nötige Geld gegeben. Der wahre Wille der Parteien sei nicht auf Begründung eines Kaufrechtes, sondern lediglich auf Schaffung einer Sicherheit zu Gunsten der Klägerin für die von ihr geleistete Anzahlung gerichtet gewesen. Auf jeden Fall aber habe die Klägerin durch Unterzeichnung der Löschungsbewilligung vom 2. Mai 1919 auf das Kaufrecht verzichtet. Wenn auch ihr Vormund die Zustimmung nicht erteilt habe, so sei doch dieser Verzicht stillschweigend sowohl von den Vormundschaftsbehörden, als namentlich auch von der Klägerin selber durch Unterlassung des Widerrufs nach wiedererlangter Handlungsfähigkeit durch den Eheabschluss mit Savoy genehmigt worden. Ein Interesse an der Ausübung des Kaufrechtes fehle ihr, sie handle ausschliesslich für Winnewieser. Ihrem Begehren sei deshalb nach Art. 2 ZGB der Rechtsschutz zu versagen.

C. — Mit Urteil vom 16. Mai 1928 hat der Appellationshof des Kantons Bern erkannt:

« 1. Die Klagebegehren sind abgewiesen.

2. Das Widerklagebegehren sub Ziff. 3 wird zugesprochen und demgemäss festgestellt, dass das fragliche Kaufrecht nicht besteht und mithin zu löschen ist.

Der Amtsschreiberei Bern ist davon Mitteilung zu machen. Weitergehend ist die Widerklage abgewiesen. »

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Begehren um Gutheissung der Klage und Abweisung der Widerklage.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Gemäss Art. 683, Abs. 2 ZGB erlöschen die Wirkungen eines im Grundbuch vorgemerkten Kaufrechtes Dritten gegenüber (BGE 53 II 393) in jedem Falle mit Ablauf von 10 Jahren seit der Vormerkung. Innert dieser Frist hat hier die Klägerin das ihr von Frau Dolle im öffentlich beurkundeten Kaufvertrage vom 28. Januar 1919 eingeräumte und am 11. Februar 1919 im Grundbuch ohne zeitliche Begrenzung vorgemerkte Kaufrecht geltend gemacht, nämlich am 7. Mai 1926 durch Vermittlung von Notar v. Siebenthal in Bern.

Der Beklagte widersetzt sich dieser Ausübung mit der Behauptung, das Kaufrecht sei nicht gültig bestellt worden, eventuell nachträglich wieder erloschen. Zu dieser Anfechtung ist er, wie die Vorinstanz mit Recht annimmt, legitimiert. Denn die Vormerkung im Grundbuch nach Art. 683, 959 ZGB begründet nicht ein von dem zugrundeliegenden obligatorischen Vertrage verschiedenes, selbständiges dingliches Recht, sondern verleiht lediglich dem aus jenem hervorgehenden persönlichen Rechte auf Herausgabe der Sache und Übertragung des Eigentums an ihr einen verstärkten Schutz in dem Sinne, dass es nicht nur gegen den Verpflichteten, sondern auch gegen Dritte, welche seither dingliche Rechte am Grundstücke erworben haben, geltend gemacht werden kann. Der Anspruch des Kaufberechtigten gegen den dritten Erwerber der Liegenschaft auf Eigentumsübertragung bleibt mithin vom obligatorischen

Rechtsverhältnis zum ursprünglich Verpflichteten abhängig, und es kann daher der Dritte gegen die Ausübung des Kaufsrechts alle Einreden aus diesem persönlichen Verhältnis erheben, die dem ursprünglich Verpflichteten zustehen (vgl. LEEMANN, Komm. 2. Aufl., N. 71 und WIELAND, N. 5 zu Art. 681 ZGB; BGE 44 II 366).

2. — Der Beklagte bestreitet die Rechtsgültigkeit des Kaufsrechts in erster Linie mit der Behauptung, dasselbe habe der unbestrittenermassen im Januar 1919 gemäss Art. 370 ZGB bevormundeten, urteilsfähigen Klägerin ohne Einwilligung ihres Vormundes wirksam nicht eingeräumt werden können, weil seine Bestellung mit der Kaufpreiszahlung zusammenhänge. Während Art. 19, Abs. 1 ZGB den Grundsatz aufstellt, dass urteilsfähige entmündete Personen sich nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten können, sieht Abs. 2 als Ausnahme vor, dass sie selbständig unentgeltliche Vorteile zu erlangen vermögen, d. h. wie Art. 30, Abs. 2 a OR bestimmte, solche Rechtsgeschäfte abschliessen können, « welche lediglich bezwecken, ihnen Rechte einzuräumen oder sie von Verbindlichkeiten zu befreien ». Um die Zuwendung eines solchen Vorteils, unabhängig von jeder Beschwerde der Klägerin, handelt es sich hier in der Tat nicht. Gemäss den auf prozessualer Beweiswürdigung beruhenden, verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz über die Kaufunterhandlungen wollte die Klägerin anfänglich die Liegenschaft selber erwerben, verzichtete dann aber darauf, als sie von Notar Niklaus auf die Notwendigkeit der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde aufmerksam gemacht worden war. Um der vormundschaftlichen Mitwirkung zu entraten, wurde Frau Dolle als Käuferin vorgeschoben, der die Klägerin fr. Fr. 8000 zur Leistung der Anzahlung gab, und als Sicherheit für die richtige Erfüllung der Frau Dolle als Mittelsperson obliegenden Verpflichtungen aus dem mit der Klägerin bestehenden Auftragsverhältnis wurde der letzteren ein Kaufsrecht

bestellt und überdies ein Inhaberschuldbrief von Fr. 8000 ausgehändigt. Der in der Einräumung des Kaufsrechts liegende Vorteil war somit auf's engste mit einer Belastung der Klägerin in Gestalt der Leistung der fr. Fr. 8000 verknüpft, so dass die Zustimmung des Vormundes erforderlich war (ob nach Art. 421 ZGB auch diejenige der Vormundschaftsbehörde, kann dahingestellt bleiben).

Nach herrschender Auffassung in Doktrin und Praxis ist indessen ein von einem urteilsfähigen Bevormundeten ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenes Rechtsgeschäft keineswegs nichtig; der Gegenkontrahent wird unter der aufschiebenden Bedingung der nachfolgenden — formlosen — Zustimmung des Vormundes gebunden, und bis zur Erteilung oder Verweigerung derselben bleibt das Geschäft in Schwebe (vgl. KAUFMANN, N. 10 und EGGER, N. 4 zu Art. 410 ZGB; v. TUHR, OR, I S. 187 f.; BGE 46 II 352; 51 II 249 f.). Nach Art. 410, Abs. 2 ZGB kann der andere Teil eine rasche Abklärung dadurch herbeiführen, dass er dem Vormund eine angemessene Frist zur Genehmigung selber ansetzt oder durch den Richter ansetzen lässt, mit deren unbenutztem Ablauf er frei wird.

Als vorliegend der Vormund der Klägerin vom Kaufvertrage vom 28. Januar 1919 Kenntnis erhielt, unterbreitete er die Angelegenheit dem Waisenamt Zürich (Vormundschaftsbehörde), das die Genehmigung weder erteilte, noch verweigerte, sondern am 3. Dezember 1920 beschloss, die Prüfung dieser Frage der Vormundschaftsbehörde Welschenrohr — der die Weiterführung der Vormundschaft übertragen worden war — zu überlassen. Diese Behörde ihrerseits hat sich bis zum Erlass des angefochtenen Urteils weder für, noch gegen die Genehmigung ausgesprochen, und es ist ihr auch nie eine Frist im Sinne von Art. 410, Abs. 2 ZGB angesetzt worden.

Es kann sich daher bloss noch fragen, ob die Klägerin selber durch Wiedererlangung ihrer Handlungsfähigkeit

nachträglich in die Lage gekommen sei, das ohne die erforderliche Zustimmung des Vormundes abgeschlossene Geschäft zu genehmigen. In dieser Beziehung erweist sich die von beiden Parteien in ihren Rechtsschriften vertretene Auffassung, dass die Vormundschaft mit der Wiederverheiratung der Klägerin im Dezember 1924 *ipso jure* dahingefallen sei, als rechtsirrtümlich. Mit der Eheschliessung einer bevormundeten Person hört die Vormundschaft nur auf, wenn es sich um bevormundete Unmündige handelt (Art. 14, Abs. 2 ZGB), dagegen dauert sie trotz erfolgten Eheabschlusses fort, soweit Entmündigte im Sinne der Art. 369, 370 und 371 ZGB in Frage stehen (vgl. HAFTER, Komm. 2. Aufl. N. 10 und EGGER, Komm. 2. Aufl. N. 4 zu Art. 14 ZGB; GMÜR, Komm. 2. Aufl. N. 1 zu Art. 99 ZGB; Monatsschrift f. bern. Verwaltungsrecht, Bd. 12 Nr. 199). Die hier gestützt auf Art. 370 ZGB angeordnete Bevormundung endigte erst mit der ausdrücklichen Aufhebung durch die zuständige Behörde (Art. 433 ZGB). Dass diese Aufhebung aber je ausgesprochen worden sei, ist nicht dargetan.

3. — Ebensowenig hält die vom Beklagten erhobene Simulationseinrede Stich. Wenn die Vorinstanz zu deren Gutheissung gelangt ist, so beruht dieser Entscheid auf einer Verkennung des Rechtsbegriffes der Simulation. Nach allgemeiner Rechtsauffassung liegt ein simuliertes Rechtsgeschäft nur vor, wenn sich der wirkliche Parteiwille mit dem ausgesprochenen nicht deckt, d. h. wenn die Parteien lediglich bezwecken, nach aussen hin, Dritten gegenüber, den Schein eines ernstlichen Geschäftes zu erwecken, während sie einig sind, dass unter ihnen die abgegebenen Erklärungen keinerlei oder doch nicht die ihrem Inhalte entsprechenden Rechtsfolgen haben sollen, wie z. B. in dem häufigen Falle der Vereinbarung eines Kaufes, der in Wirklichkeit eine Schenkung sein soll (vgl. OSER, Komm. 2. Aufl. N. 5 ff. zu Art. 18 OR; v. TUHR, OR I S. 246; BGE 31 II 109; 32 II 697; 45 II 29 f.; 46 II 33 f.; 53 II 103 f.).

Mit einem Tatbestande dieser Art hat man es aber hier nicht zu tun. Gemäss der für das Bundesgericht verbindlichen Beweiswürdigung der Vorinstanz wussten die Erben Meier, dass die Klägerin die Liegenschaft ohne Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde nicht erwerben konnte. Um dieses Requisite zu umgehen, wurde, wie bereits erwähnt, Frau Dolle als Mittelsperson benützt. Deren Auftreten als Kontrahentin erfolgte auf Grund eines von ihr mit der Klägerin getroffenen, rechtlich als Auftrag zu qualifizierenden Abkommens des Inhalts, dass sie mit den fr. Fr. 8000 der Klägerin das Haus kaufen und die aus diesem Kaufgeschäft sich ergebenden wirtschaftlichen Vorteile der Klägerin zukommen lassen sollte. Letztere wollte auf diesem Wege eine ökonomisch ähnliche Stellung erlangen, wie sie ihr der Eigentums-erwerb verschafft hätte. Und ausschliesslich zu ihrer Sicherung mit Bezug auf die Erfüllung der Mandatspflichten durch Frau Dolle wurde ihr das Kaufrecht eingeräumt und ein Inhaberschuldbrief von Fr. 8000 ausgehändigt. Dieses interne Abkommen war zweifellos mit allen ihm zukommenden Wirkungen ernsthaft gewollt, sonst hätte die Klägerin das Geld für die Anzahlung nicht gegeben.

Nicht anders verhält es sich aber auch bezüglich des von Frau Dolle am 28. Januar 1919 mit der Erbgemeinschaft Meier abgeschlossenen Kaufvertrages. Dass die Vertragsparteien dieses formelle Geschäft tatsächlich dahin verstanden haben, dass es seinem Inhalte entsprechend — Verschaffung des Eigentums gegen Bezahlung eines Preises, worin das Wesen des Kaufes liegt — nicht nur Dritten gegenüber, sondern auch im Verhältnis unter ihnen gelten sollte, erhellt deutlich daraus, dass es so, wie es abgeschlossen war, auch ausgeführt worden ist.

Ein derartiges Rechtsgeschäft *per interpositam personam* ist, im Gegensatz zum simulierten, an sich gültig. Die Benützung einer Mittelsperson kann aus achtungs-

werten Gründen erfolgen und ist häufig sogar ein gebotener Schutz gegen neugierige Nachspürungen und feindselige Übergriffe, so dass es, wie KOHLER (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 16 S. 143 f.) mit Recht betont, « ein ungebührlicher Eingriff in die freie Bewegung des Verkehrs » wäre, diesen Geschäften den Rechtsschutz schlechthin zu versagen. Auch nach französischem Recht ist eine solche « convention de prête-nom » grundsätzlich erlaubt (vgl. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, II Nr. 2268).

Nichtig gemäss Art. 20, Abs. 1 OR ist ein solches Geschäft nur dann, wenn es *in fraudem legis* vorgenommen ist, d. h. wenn es auf einen Erfolg abzielt, durch den der Zweck einer gesetzlichen Bestimmung vereitelt wird. Inwiefern dies im Einzelfalle zutrifft, ist eine Auslegungsfrage. Dabei ist zu untersuchen, ob die Gesetzesnorm die Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges überhaupt verbieten, oder doch nur unter Beobachtung gewisser, der Parteiwillkür entzogener Schranken gestatten will, oder aber, ob sie bloss die Mittel und Wege zu einem bestimmten ökonomischen Ziele regeln und nicht dieses selbst verbieten will, in welchem Falle der Erreichung eines ähnlichen Resultates durch Benützung anderer Rechtsformen nichts entgegensteht (vgl. OSER, a. a. O. N. 26 zu Art. 20 OR; EGGER, a. a. O. N. 40/41 zu Art. 2 ZGB; KOHLER, a. a. O. S. 144 ff.; VETSCH, Umgehung des Gesetzes, Zürich 1917, S. 74 ff., 240 ff.). Wenn z. B. für den Grundstückskauf die öffentliche Beurkundung gesetzlich verlangt wird, so ist damit nicht verboten, dass auf einem anderen Wege, der diese Formwahrung nicht mit sich bringt, ein dem Eigentumsübergang durch Grundbucheintragung analoges wirtschaftliches Ergebnis erlangt wird. So hat denn auch das Bundesgericht im Verkaufe sämtlicher Aktien einer Grundstücks-A.-G. zu dem Zwecke, dem Alleinaktionär eine der Verfügungsmacht des Eigentümers analoge Herrschaft über ein, das einzige Aktivum

der A.-G. bildendes Grundstück zu verschaffen, keine Umgehung der Grundsätze des Immobiliarsachenrechts erblickt (vgl. BGE 45 II 34 ff.).

Wenn indessen das Gesetz eine Kategorie von Personen überhaupt als handlungsunfähig oder doch nur unter bestimmten Voraussetzungen als fähig erklärt, durch ihre Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen, so ist dabei das wirtschaftliche Resultat selbst, in welcher Rechtsform es auch von solchen Personen angestrebt wird, zum Gegenstand der Verbotsnorm erhoben. Soweit daher ein urteilsfähiger Bevormundeter einen Rechtserfolg ohne Einwilligung des Vormundes selber nicht herbeiführen kann, vermag er ihn auch nicht durch Benützung einer Mittelsperson zu erreichen. Das praktische Ziel aber, das hier mit der Beendigung des bestehenden Schwebezustandes durch Erteilung der Zustimmung des Vormundes erreicht würde, wäre kein gesetzlich verbotenes.

4. — Nun hat allerdings die Klägerin am 2. Mai 1919 durch Unterzeichnung der Löschungsbewilligung ihren Verzichtswillen bekundet, allein zur Rechtsgültigkeit des Verzichts wäre die ergänzende, zustimmende Willenserklärung des Vormundes erforderlich gewesen. Dieser aber hat seine Einwilligung nie gegeben. Die ihm durch Tissot mit dem Ersuchen um Ratifikation im Dezember 1919 zugestellte Löschungsbewilligung legte er dem Waisenamt Zürich vor, das sie gemäss Beschluss vom 3. Dezember 1920 der Vormundschaftsbehörde Welschenrohr übermittelte. Letztere behielt sie zurück und gab dadurch Tissot deutlich zu verstehen, dass sie von einer Genehmigung nichts wissen wolle. Die Klägerin selber aber konnte die Löschungsbewilligung mangels Aufhebung der Vormundschaft nachträglich nicht genehmigen.

5. — Trotzdem muss der Ausübung des streitigen Kaufsrechts der Rechtsschutz schlechthin versagt werden, und zwar in Anwendung von Art. 2, Abs. 2 ZGB.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann freilich der Klägerin der Einwand des mangelnden Interesses nicht entgegengehalten werden. Denn abgesehen davon, dass derjenige, welcher ein solches Recht geltend macht, nicht auch sein Interesse nachzuweisen hat, liegt ein solches für die Klägerin tatsächlich vor. Durch den Verkauf der Liegenschaft an Winnewieser würde sie einen Gewinn von Fr. 4000 erzielen und könnte damit den auf der Veräusserung des Inhaberschuldbriefes an Tissot erlittenen Verlust wieder gutmachen. Nach der Darstellung Tissots hat sie nämlich für den Titel bloss Fr. 3000 erhalten, während sie der Erben-gemeinschaft Meier Fr. 7500 bezahlt hatte.

Auch verstösst es nicht gegen Treu und Glauben, wenn die Klägerin die Gültigkeit der Löschungsbe-willigung unter Hinweis auf die fehlende Zustimmung des Vormundes bestreitet. In BGE 40 II 322 hat das Bundesgericht ausgesprochen, dass die Berufung auf den Mangel der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu einem Rechtsgeschäfte im Sinne von Art. 177, Abs. 3 ZGB nicht rechtsmissbräuchlich sei. Das gleiche muss in dem analogen Falle des Art. 410, Abs. 1 ZGB gelten, da es sich auch hier um eine um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellte und deshalb unter allen Umständen anzuwendende Vorschrift handelt.

Dagegen erscheint das Vorgehen der Klägerin in Hinsicht auf die der Kaufrechtsbestellung nach der Parteiabsicht zgedachte Zweckfunktion mit den An-forderungen von Treu und Glauben als unvereinbar. Die Einräumung dieses Rechts und seine Vormerkung im Grundbuch war, wie dargetan, ausschliesslich zwecks Sicherung der Klägerin mit Bezug auf das mit Frau Dolle begründete Mandatsverhältnis erfolgt. Die Klä-gerin sollte dadurch in die Möglichkeit versetzt werden, sich im Falle der Weiterveräusserung des Hauses ohne ihre Zustimmung, sowie im Todesfalle der Frau Dolle, durch den Erwerb der Liegenschaft zu schützen. Dieser

Sicherungszweck entfiel aber, als Frau Dolle das Haus im Mai 1919 im Einverständnis jener an Tissot verkaufte. (Ob für diese Zustimmungserklärung nicht auch die Genehmigung des Vormundes erforderlich gewesen wäre, zumal die mit dem Verkaufe verbundene Abtretung des Inhaberschuldbriefes an Tissot für die Klägerin eine erhebliche finanzielle Einbusse zur Folge hatte, kann offen bleiben). Wenn daher die Klägerin, die diesen Verkauf, gemäss Feststellung der Vorinstanz, selber veranlasst hat, heute die inzwischen vom Beklagten erworbene Liegenschaft an sich ziehen will, so geschieht dies im Widerspruch mit dem Sinn und Zweck der ihrer Tragweite nach auf eine blosser Garantiefunktion be-schränkten Rechtseinräumung. Die Klägerin macht die vertragliche Regelung — von der auch die durch die Vormerkung erlangte dingliche Sicherung des Kaufs-rechtes abhängig ist — einem ganz anderen, ihr fremden Zwecke dienstbar, und dieses rechtsmissbräuchliche Gebaren verdient keinen richterlichen Schutz.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 16. Mai 1928 bestätigt.

**83. Extrait de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 21 novembre 1928 dans la cause Dr P. contre Etat de Fribourg.**

Pour que la *responsabilité de l'Etat* soit engagée et celui-ci tenu de réparer le dommage que la mise en observation d'office dans un asile d'aliénés a dû causer au demandeur, il faut que l'auteur du dommage ait commis un acte illicite, soit qu'il ait outrepassé ses compétences en ordonnant l'internement, soit que, agissant dans les limites de ses compétences, il ait pris cette mesure sans motifs suffisants, soit enfin qu'il ait commis intentionnellement ou par négligence une faute dans la manière de procéder à la mise en observation (transport à l'asile, traitement et durée du séjour dans cet établissement). (Consid. 2.)