

## 57. Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. Oktober 1924

## i. S. Erben Henz-Gautschi gegen Grässli.

Schenkung, Kriterien (Unentgeltlichkeit, Schenkungsabsicht).

Kann ein bis zum Tode des Eigentümers suspendiertes Kaufrecht nur unter Beobachtung der Form einer Verfügung von Todes wegen wirksam eingeräumt werden?

Vertragsfreiheit bei der Begründung des Kaufrechts (Erw. 2).  
OR Art. 20 Abs. 2, 216, 239 ff.; ZGB Art. 2, 27 Abs. 2, 498 ff., 683.

A. — Den 30. September 1915 schloss der Ehemann und Vater der Beklagten, Emil Henz, welcher sich wegen Krankheit vom Geschäft zurückziehen musste, mit dem Kläger, der ihm während beinahe 20 Jahren als Prokurrist gedient hatte, einen Kauf-, Miet- und Gesellschaftsvertrag ab. Danach verkaufte Henz dem Kläger sein Eisenwarengeschäft, d. h. im wesentlichen das Warenlager, um 140,000 Fr., auf welche Summe dessen Wert gestützt auf ein geraume Zeit vorher vom Kläger aufgenommenes Inventar veranschlagt wurde. Vom Kaufpreis waren 50,000 Fr. bar « oder durch Wertpapiere » zu bezahlen, während der Rest von 90,000 Fr. als Einlage des Henz in die Kommanditgesellschaft A. Grässli & C<sup>ie</sup> « stehen blieb », zu welcher sich die Kontrahenten zwecks Fortführung des Geschäfts auf 15 Jahre — vorbehaltlich des früheren Todes des Klägers — verbanden, und zwar gegen 6% Zins, ohne Gewinn- und Verlustbeteiligung des Kommanditärs. Ferner vermietete Henz der Kommanditgesellschaft A. Grässli & C<sup>ie</sup> die Geschäftsräumlichkeiten in den Liegenschaften Nr. 339 und 503 (jetzt zu Nr. 833 des Interimregisters vereinigt) auf 15 Jahre zu 4000 Fr. p. a.; die Miete war im Grundbuch vorzumerken. Endlich bestimmte der Vertrag noch:

« Herr E. Henz räumt Herrn A. Grässli für die Liegenschaften Nr. 339 und 503 für die Dauer von 15 Jahren

vom 1. Oktober 1915 an das Kaufrecht zum Preise von 160,000 Fr. mit nachstehenden Modifikationen ein. Solange Herr E. Henz lebt, ist dieses Kaufrecht suspendiert.

Für den Fall, dass Herr E. Henz diese Liegenschaften vor Ablauf dieser 15 Jahre zu einem billigeren Preis als 160,000 Fr. verkaufen möchte, so hat Herr A. Grässli das Vorkaufsrecht im Sinne von Art. 681 ZGB.

Dieses Vorkaufsrecht und Kaufrecht ist notariell zu beurkunden und ins Grundbuch einzutragen. Nach Ablauf von fünf Jahren ist das Kauf- und Vorkaufsrecht des Herrn Grässli für eine weitere Dauer von 10 Jahren ins Grundbuch einzutragen. Dabei ist für Frau Henz-Gautschi das Recht vorzubehalten, für die Zeit ihres Lebens den ersten Stock des Wohnhauses Nr. 339 gegen einen Maximalmietzins von 1400 Fr. zu mieten.»

Am 8. Oktober 1915 wurde folgender Kaufrechts- und Vorkaufsvertrag zwischen Henz und dem Kläger öffentlich beurkundet:

« I. Herr Emil Henz räumt Herrn Andreas Grässli... für die oben beschriebenen Liegenschaften » (laut Interimsregister Nr. 833) « für die Dauer von 10 Jahren vom 1. Oktober 1915 an das Kaufrecht zum Preise von 160,000 Fr. ein mit der nachstehenden Modifikation. Solange Herr Emil Henz lebt, ist dieses Kaufrecht suspendiert.

II. Für den Fall, dass Herr Emil Henz diese Liegenschaften vor Ablauf dieser 10 Jahre zu billigerem Preise als 160,000 Fr. verkaufen möchte, so hat Herr Andreas Grässli das Vorkaufsrecht im Sinne des Art. 681 ZGB.

Das hier dem Herrn Andreas Grässli eingeräumte Kauf- und Vorkaufsrecht ist in das Grundbuch einzutragen.

III. (Mietrecht von Frau Henz-Gautschi.) »

Auf Anmeldung des Notars hin wurde das durch diesen Vertrag begründete Kaufrecht und Vorkaufsrecht sofort im Grundbuch bzw. Ersatzregister vorgemerkt.

Am 6. März 1917 starb Henz. Sein Nachlass belief sich auf rund 400,000 Fr.

Im Frühjahr 1923 eröffnete der Kläger den Erben Henz, dass er von dem ihm eingeräumten Kaufsrecht Gebrauch mache, und als diese die Überlassung der Liegenschaften verweigerten, strengte er Klage an mit dem Antrag, die Beklagten seien zu verurteilen, ihm die Liegenschaft Interimregister Aarau Nr. 833 gegen Bezahlung des Kaufpreises von 160,000 Fr. zu Eigentum zu übertragen, und der Richter habe das Grundbuchamt zu ermächtigen, gegen Bezahlung des Kaufpreises von 160,000 Fr. durch den Kläger das Eigentumsrecht an genannter Liegenschaft auf den Kläger zu übertragen.

B. — Durch Urteil vom 6. Juni 1924 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Klage zugesprochen.

C. — Gegen dieses am 8. Juli zugestellte Urteil haben die Beklagten am 24. Juli die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen, die Klage sei abzuweisen...

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

1. — In der heutigen Verhandlung haben die Beklagten die Einrede der Ungültigkeit des behaupteten Kaufsrechts wegen mangelhafter Form der Stipulation in den Vordergrund gestellt. Ihrer Ansicht nach hätte Henz das streitige Kaufsrecht dem Kläger nur unter Beobachtung der Form einer Verfügung von Todes wegen wirksam einräumen können, einmal weil er wegen der Suspension des Kaufrechtes bis zu seinem Tode gar nicht sich selbst, sondern ausschliesslich seine Erben verpflichtete, sodann weil es sich um eine Schenkung handle, deren Vollziehbarkeit auf den Tod des Schenkers gestellt sei (Art. 245 Abs. 2 OR).

Dem letzteren eventuellen Standpunkt kann indessen schon deshalb nicht beigetreten werden, weil nichts für eine Schenkungsabsicht auf Seite des Henz vorliegt, die doch der Schenkung begriffswesentlich ist. Einerseits

nämlich bildet die Einräumung des Kaufsrechts eine Klausel des von Henz mit dem Kläger abgeschlossenen zweiseitigen Vertrages und darf daher nicht losgelöst von diesem, für sich allein beurteilt werden, wenn sie auch zum Zweck der öffentlichen Beurkundung äusserlich verselbständigt wurde. Andererseits entsprach nach der Feststellung der Vorinstanz, welche für das Bundesgericht verbindlich ist, « der im Jahre 1915 zum voraus vereinbarte Kaufpreis » « dem damaligen Verkehrswert der Liegenschaften offenbar ». Die erst seither eingetretene Wertsteigerung vermag das nach der Meinung der Vertragsparteien wie übrigens auch objektiv entgeltliche Rechtsgeschäft nicht nachträglich zum unentgeltlichen zu stempeln.

Dem ersteren Standpunkt ist die erste Instanz hauptsächlich mit dem Hinweis auf Art. 152 Abs. 1 OR entgegengetreten, wonach der bedingt Verpflichtete, solange die Bedingung schwebt, nichts vornehmen darf, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindern könnte. Dem gegenüber wenden die Beklagten ein, diese Vorschrift habe auf Henz nicht zugetroffen, eben weil er durch die Einräumung des bis zu seinem Tode suspendierten Kaufsrechts gar nicht sich selbst verpflichtet habe. Abgesehen hiervon, und abgesehen auch von der weiteren Frage, ob das Kaufrecht infolge der Suspension als bedingt oder nur als befristet anzusehen ist, erweist sich das Argument der ersten Instanz schon deswegen nicht als schlüssig, weil die Sanktion des in Rede stehenden Verbotes einzig in der Schadenersatzpflicht besteht, welche wiederum nur die Erben des Henz getroffen haben würde, wenn sie durch seine Zuwiderhandlung in die Erfüllungsunmöglichkeit versetzt worden wären. Dagegen ergibt sich die Unhaltbarkeit des Hauptstandpunktes der Beklagten daraus, dass das Kaufsrecht des Klägers trotz der Suspension sofort im Grundbuch vorgemerkt und dadurch gegenüber allfälligen Erwerbern der Liegenschaften wirksam wurde.

Es versteht sich von selbst, dass diese Ausgestaltung des Kaufsrechts, welcher zufolge der Kläger die Liegenschaft auch allfälligen späteren Erwerbem um den Preis von 160,000 Fr. wieder entziehen konnte, deren Verkäuflichkeit empfindlich beeinträchtigte. Dann kann aber nicht geleugnet werden, dass die Verbindlichkeit, welche Henz durch die Einräumung des Kaufsrechts an den Kläger begründete, noch zu seinen Lebzeiten für ihn selbst aktuell geworden ist und sich nicht auf das spätere Nachlassvermögen beschränkte (vgl. AS 46 II S. 234 f. Erw. 3). Somit braucht hier zu der von den Beklagten aufgeworfenen grundsätzlichen Frage nicht Stellung genommen zu werden, ob die Formen der Verfügungen von Todes wegen, speziell des Erbvertrages, beobachtet werden müssen, wenn durch gegenseitigen Vertrag Verpflichtungen eingegangen werden, welche erst die Erben der Kontrahenten oder mindestens einen derselben, nicht aber schon die bezw. den Kontrahenten selbst treffen.

2. — Als unbegründet erweisen sich aber auch die an der heutigen Verhandlung nicht mehr erörterten, aus Art. 20 OR, 2 und 27 ZGB hergeleiteten materiellen Einwendungen gegen den Bestand des streitigen Kaufsrechts. Durch die zum voraus erfolgte ziffermässige Feststellung des Kaufpreises für die ganze Dauer des Kaufsrechts wurde ganz natürlicherweise der Spekulation durch den Kläger Vorschub geleistet. Allein wenn es auch vielleicht stossend erscheinen mag, bei langer Dauer des Kaufsrechts den Kaufpreis vorweg zu bestimmen, so kann darin beim Fehlen irgendwelcher gesetzlicher Einschränkung der Vertragsfreiheit doch nichts unzulässiges, insbesondere nicht eine verwerfliche Freiheitsbeschränkung im Sinne des Art. 27 ZGB gesehen werden. Nicht anders verhält es sich mit Bezug auf die Hinausschiebung der Befugnis zur Ausübung des Kaufsrechts auf einen unbestimmten Zeitpunkt; denn auch in dieser Beziehung sprengt jedenfalls die vom ursprünglichen Text abwei-

chende öffentlich beurkundete Fassung vom 8. Oktober 1915, die allein massgebend ist, den gesetzlichen Rahmen nicht. Angesichts der bedeutenden Höhe des von Henz den Beklagten hinterlassenen Vermögens kann der Vertrag auch nicht als gegen die guten Sitten verstossend angesehen werden, obwohl er infolge der starken Wertsteigerung auf Kosten der Beklagten sehr zum Vorteil des Klägers ausgeschlagen hat. Endlich ist es auch nicht Rechtsmissbrauch, wenn dieser nach den Vorteilen, welche der Vertrag ihm bereits geboten hat, sich auch noch den ihm durch das Kaufsrecht eingeräumten Vorteil zu nutze machen will.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 6. Juni 1924 bestätigt.

**58. Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. Oktober 1924  
i. S. Gemeinde Kloten gegen Altorfer.**

Eine in der Strafuntersuchung abgegebene Erklärung der Bereitschaft zur Übertragung von Grundeigentum genügt nicht zur gerichtlichen Zusprechung desselben (Erw. 1).  
Schadenersatz aus unerlaubter Handlung für entgangenen Gewinn (Erw. 4).

Amtspflichtverletzung. Aus der Schädigung von Staat oder Gemeinde durch strafbare Amtspflichtverletzung ihrer Beamten erwächst jenen — vorbehältlich abweichender kantonaler Vorschriften — ein Schadenersatzanspruch aus Art. 41 ff. OR in Konkurrenz mit ihrem (quasi-)kontraktlichen Anspruch (Erw. 2).

Unmöglichkeit der Naturalrestitution durch gerichtliche Zusprechung des Eigentums an Grundstücken (Erw. 5).

Bedeutung des Art. 61 OR (Erw. 2).

OR Art. 41 ff., insbesondere 42, 43, 61; ZGB Art. 656, 665.

A. — Am 7. November 1921 fragte Dr. Bosshart als Sachwalter der Verlassenschaft von Regula Baur-Steffens Erben die Vorsteherschaft der Zivilgemeinde Kloten,