

5. — Abgesehen von diesen deutschen Aufwertungsbestimmungen könnte übrigens die Klage auch aus Billigkeitsgründen nicht geschützt werden. Unter dem Gesichtspunkte einer billigen Abwägung der Interessen beider Parteien kommt in Betracht, dass die Beklagte als Grenzbank ihre Aktivgeschäfte zur Hauptsache in deutscher Währung gemacht und zufolge der Markentwertung ihre Mittel zum grössten Teil verloren hat, so dass sie zur Einstellung und Liquidation ihres Betriebes gezwungen war. Hierin liegt u. a. ein durchgreifender Unterschied zum erwähnten Falle Hinrichsen c. Brann, wo der Borger das Geld in seinem Warenumsatzgeschäft gewinnbringend verwendet und sich dessen Wert, wenn auch nicht voll, so doch zu einem erheblichen Teil erhalten hatte, sowie namentlich auch zum Falle der Basler Lebensversicherungsgesellschaft c. Pfenninger (BGE 53 II 76), wo der Schuldner nur einen relativ geringen Teil seines Vermögens in deutschen Werten angelegt hatte und daher durch die aus der Währungsentwertung erlittene Einbusse in seiner wirtschaftlichen Existenz nicht gefährdet worden war. In Ansehung des Umstandes, dass hier die Beklagte allerdings durch die ihr zuteilgewordene Aufwertung ihrer deutschen Hypotheken und Pfandbriefe zirka 3% ihrer Verluste auf den Mark-Aktiven wieder einbringt, liesse sich vom Billigkeitsstandpunkte aus an sich höchstens eine Aufwertung zu diesem Prozentsatz rechtfertigen. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass die Kläger die Gefahr der Entwertung ihres Guthabens umsomehr auf sich genommen haben, als sie nach eingetretener Verschlechterung der Markwährung nicht die Umwandlung ihrer Markanlagen in eine wertbeständigere Währung verlangten, sondern es, in der Hoffnung auf eine Besserung des Kurses, bei ihrer Papiermarkforderung bewenden liessen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.

59. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Juli 1928
i. S. **Bosshart** gegen **E. Näf's Erben.**

1. Art. 216 OR. Vorkaufs- oder Kaufsrecht? Begriffliche Abgrenzung. Auslegung einer Vertragsklausel. Berücksichtigung der Interessenlage des Berechtigten und des von ihm mit der Vereinbarung verfolgten Zweckes (Erw. 1—3).
2. Konversion der mangels der gesetzlichen Form ungültigen Verabredung eines Kaufsrechtes in einen — schon privatschriftlich gültigen — Vorkaufsvertrag? (Erw. 4).
3. Die Berufung auf die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Formmangels verstösst grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, dagegen kann sie nach den besonderen Umständen des Falles als missbräuchlich erscheinen (Erw. 5).

A. — Durch schriftlichen Vertrag vom 11. Juni 1926 vermietete der seither verstorbene Emil Näf, Baumeister in Oerlikon, dem Kläger von seinem Grundstücke Kat. Nr. 1091, in Oerlikon, eine Parzelle von 5000 m² zur Benützung als Lagerplatz und zur Aufstellung eines Lagerschuppens, zu einem jährlichen Zinse von 1200 Fr. für die Dauer vom 1. Juni 1926 bis 1. November 1927, mit nachheriger, jedem Teil freistehender Kündigung auf fünf Monate. Ziffer 4 des Vertrages bestimmt: « Dem Mieter steht während der Dauer des Mietvertrages das Recht zu, den Lagerplatz zum Preise 23,000 Fr. zu erwerben. Bei eventuellem Kauf des Lagerplatzes durch den Mieter hat die kanzl. Fertigung innerhalb 30 Tagen nach Kaufabschluss stattzufinden. Der Kaufpreis ist am Fertigungstag in bar zu entrichten. Durch den eventuellen Kauf des Mietobjektes gehen alle Rechte und Pflichten des Grundstückes auf den Erwerber über. »

Am 23. Juni 1926 gab Emil Näf seine Zustimmung zu dem vom Kläger dem Gemeinderat Oerlikon eingereichten Projekte für die Erstellung eines Lagerschuppens und am 11. November 1926 erklärte er sich auch mit einem Schuppenanbau einverstanden. Die beiden in der Folge errichteten Bauten wurden von der kantonalen Brandversicherungsanstalt auf 18,000 Fr. geschätzt.

Mit Schreiben vom 4. Dezember 1926 bestätigte der Kläger dem E. Näf, unter Bezugnahme auf die wiederholten Besprechungen betreffend den Kauf des von ihm gemieteten Landes, dass er gewillt sei, « von dem Kaufsrecht, welches mir auf Grund des mit Ihnen abgeschlossenen Mietvertrages zusteht, jetzt schon Gebrauch zu machen », sofern Näf für 8000 Fr. Schlackenplatten an Zahlungsstatt nehme.

Anfangs 1927 scheinen Bosshardt und Näf über den Zahlungsmodus einig geworden zu sein. Denn sie erteilten dem Vermessungsamt Oerlikon den Auftrag zur Vermessung und Vermarkung der Parzelle, welche die besondere Katasternummer 1927 erhielt. Die Kosten von 76 Fr. wurden laut Rechnung des Vermessungsamtes vom 28. Februar 1927 hälftig geteilt.

Am 15. März 1927 starb Emil Näf unter Hinterlassung der Beklagten als Erben. Unterm 1. Juli 1927 teilte Albert Näf (Bruder des Erblassers) dem Kläger mit, dass die Erben das Grundstück Nr. 1927 der Maschinenfabrik Oerlikon verkaufen werden, die jedoch nicht abgeneigt sei, mit ihm einen neuen Mietvertrag auf fünf Jahre abzuschliessen. Mit Schreiben vom 6. Juli erhob der Kläger hiegegen Einspruch und verlangte unter Berufung auf das ihm in Ziff. 4 vertraglich eingeräumte « Vorkaufsrecht » die Übertragung des Lagerplatzes zu Eigentum. In ihrer Antwort vom 8. Juli lehnten die Beklagten dieses Begehren mit der Begründung ab, dass es sich nicht um ein Vorkaufs-, sondern um ein Kaufsrecht handle, das mangels öffentlicher Beurkundung ungültig sei (Art. 216 Abs. 2 OR).

B. — Mit der vorliegenden, beim Bezirksgericht Zürich angehobenen Klage hat Bosshardt folgende Rechtsbegehren gestellt :

« 1. Es seien die Beklagten zu verpflichten, gegen Barzahlung von 23,437 Fr. seitens des Klägers, an die Beklagten zur grundbuchlichen Eigentumsübertragung des vom Kataster 1091 abgetrennten Katasters 1927

mit 5095 m², an der Nordstrasse in Oerlikon, an den Kläger mitzuwirken.

2. Es sei für den Fall der Verweigerung der Mitwirkung durch die Beklagten das Grundbuchamt Schwamendingen anzuweisen, die grundbuchliche Eigentumsübertragung ohne die Mitwirkung der Beklagten vorzunehmen. »

Zur Begründung machte er im wesentlichen geltend, dass in Ziff. 4 des Mietvertrages ein Vorkaufsrecht vereinbart worden sei. Eventuell, für den Fall der Annahme eines Kaufsrechtes, sei die Berufung der Beklagten auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich und daher gemäss Art. 2 ZGB nicht zu schützen.

C. — Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen, das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 16. März 1928.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Begehren um Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Streitig ist, ob dem Kläger durch Ziff. 4 des Mietvertrages vom 11. Juni 1926 ein Vorkaufsrecht habe eingeräumt werden wollen, wofür die einfache Schriftlichkeit genüge (Art. 216 Abs. 3 OR), oder aber ein Kaufsrecht, das zu seiner Gültigkeit die öffentliche Beurkundung erfordert hätte (Art. 216 Abs. 2 OR). Weder das OR, noch das ZGB enthalten eine nähere Regelung dieser beiden Rechtsinstitute. Art. 216 OR setzt den Begriff derselben als gegeben voraus und ordnet nur die Form für die Begründung solcher Rechte an Grundstücken. Und das ZGB befasst sich in seinen Art. 681, 683 und 959 ausschliesslich mit den Wirkungen der Vormerkung derselben im Grundbuch und der zeitlichen Beschränkung ihrer Ausübungsmöglichkeit. Der bundesrätliche Entwurf für die Ergänzung des ZGB durch Anfügung des Obligationenrechts vom 3. März 1905 hatte im Abschnitt über die besonderen Arten des

Kaufes Bestimmungen aufgestellt über die Verträge, die ein Vorkaufs-, Rückkaufs- oder Kaufsrecht begründen (Art. 1271/1273), und speziell für den Vorkauf in Art. 1271 Abs. 1 folgende Begriffsumschreibung gegeben: « Durch den Vorkaufsvertrag kann jemand einem andern das Recht einräumen, die Übertragung einer bestimmten Sache zu Eigentum zu beanspruchen, sobald der Versprechende sie einem andern verkauft. » Diese Vorschriften sind im nachträglichen Entwurf vom 1. Juni 1909 als überflüssig gestrichen worden (vgl. Botsch. des Bundesrates in BBl. 1909 III 739).

In Doktrin und Praxis wird allgemein im Sinne jener Begriffsbestimmung das Wesen des Vorkaufsrechts darin erblickt, dass der Promittent vertraglich einseitig die Verpflichtung übernimmt, falls er sich zum Verkaufe der Sache entschliessen sollte, dem Promissar auf sein Verlangen vor andern Käufern den Vorzug zu geben, während letzterer bis zur Ausübung seines Eintrittsrechtes von jeder Verbindlichkeit frei bleibt (vgl. OSER, N. IV 1 zu Art. 216 OR; LEEMANN, N. 1 und WIELAND N. 1 zu Art. 681 ZGB; BGE 44 II 369; 48 II 233; 49 II 205). Der Vorkaufsfall tritt ein, sobald der Vorkaufsverpflichtete mit einem Dritten einen rechtsgültigen Kauf abgeschlossen hat. Der Besteller behält freilich insofern freie Hand, als es seiner Entscheidungsbefugnis anheimsteht, ob er überhaupt verkaufen will, und gegebenenfalls wann und zu welchen Bedingungen. Willigt er aber in einen Verkauf ein, so muss er sich den Eintritt des Berechtigten gefallen lassen, und zwar, mangels einer besonderen Abrede, zu den mit dem Drittkäufer vereinbarten Bedingungen. Der Vorkaufspreis und die übrigen Verkaufsbedingungen können aber auch schon zum vorneherein festgelegt werden. Dieses sog. qualifizierte oder limitierte Vorkaufsrecht kommt wegen seiner stärkeren Belastung des Verpflichteten praktisch dem Kaufsrechte nahe, das sich indessen begrifflich dadurch unterscheidet, dass der Berechtigte

den Verkauf zu dem bestimmten oder bestimmbaren Preise innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen jederzeit, d. h. unabhängig davon, ob der Verpflichtete überhaupt verkaufen will, verlangen kann (vgl. LEEMANN, SJZ 10 S. 171). Art. 681 Abs. 1 ZGB stellt die beiden Fälle des gewöhnlichen und des qualifizierten Vorkaufsrechtes einander gleich, indem er bestimmt, dass der Berechtigte bei Vormerkung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch das Grundstück zu den « vorgemerkten Bedingungen » oder, wo solche fehlen, zu den Bedingungen, zu denen es dem Beklagten, d. h. dem Drittkäufer, veräussert worden ist, an sich ziehen kann. Das Bundesgericht hat denn auch, nach anfänglichen Zweifeln (vgl. Pr. II, 426), in BGE 48 II 231 ff. mit eingehender Begründung ausgesprochen, dass ein limitiertes Vorkaufsrecht ebenfalls in einfacher Schriftform gültig bestellt werden könne.

2. — Daraus folgt, dass die in Ziff. 4 des Vertrages vom 11. Juni 1926 bereits enthaltene Festlegung des Übernahmeprices, sowie der übrigen Bedingungen bezüglich der Zufertigung des Grundstückes und der Kaufpreiszahlung, an sich kein zwingendes Indiz für die Annahme eines Kaufsrechts ist. Dagegen spricht in der Tat der Wortlaut der Klausel insofern für ein solches, als darin die Ausübung des dem Kläger eingeräumten Rechts, den Lagerplatz zu 23,000 Fr. zu erwerben, in keiner Weise von der Entschliessung des Versprechenden, das Grundstück überhaupt zu verkaufen, abhängig gemacht ist. Dass der Kläger selber sein Recht auf Erwerb der Parzelle als unbedingt betrachtet hat, erhellt aus seinem Schreiben an Emil Näf vom 4. Dezember 1926: « ich bestätige Ihnen, dass ich gewillt bin, von dem Kaufsrecht, welches mir auf Grund des mit Ihnen abgeschlossenen Mietvertrages zusteht, jetzt schon Gebrauch zu machen, sofern Sie mit mir einen Abschluss auf die Lieferung von Schlackenplatten im Betrage von 8000 Fr. tätigen. » Legt man auch dem Ausdruck « Kaufsrecht » kein entscheidendes Gewicht bei, weil

die Bezeichnung eines Rechtsgeschäftes seitens einer Partei für die Bestimmung seiner juristischen Natur nicht ohne weiteres massgebend ist (Art. 18 OR), so bleibt doch die Tatsache bestehen, dass der Kläger, wenn er wirklich der Meinung gewesen wäre, es handle sich um ein Vorkaufsrecht, in jenem Zeitpunkte keine Veranlassung gehabt hätte, seine Absicht, dasselbe geltend zu machen, dem Verpflichteten kund zu geben, da ein Verkauf der Parzelle damals nicht in Frage stand. Wenn er namentlich die Worte « jetzt schon » im Sinne : « vor dem Weiterverkauf an einen Dritten » gedeutet wissen will, so kann ihm nicht beigespflichtet werden ; näher liegt, dieselben als Hinweis auf die relativ kurze Zeit seit dem Abschluss des Mietvertrages aufzufassen oder aber eher noch, sie mit der angefügten Bedingung der Bestellung von Schlackenplatten durch E. Näf in Beziehung zu bringen.

Die Annahme, dass nach der Willensmeinung der Vertragsparteien zu Gunsten des Klägers ein Kaufsrecht begründet werden sollte, drängt sich sodann namentlich auch im Hinblick auf die beim Abschluss der Vereinbarung obwaltenden Umstände auf, speziell bei Berücksichtigung der Interessenlage Bosshart's und des von ihm mit jener Klausel verfolgten Zweckes. Gemäss ausdrücklicher Vertragsbestimmung wurde ihm der Lagerplatz « zur mietweisen Benützung und Aufstellung eines Lagerstuppens auf demselben » überlassen. Er hatte daher alles Interesse daran, sich die Möglichkeit einer andauernden Benützung des Grundstückes mit den darauf zu errichtenden und tatsächlich auch ausgeführten Bauten zu sichern. Auf dieses Bestreben, sich dagegen zu schützen, später gegen seinen Willen daraus verdrängt zu werden, ist denn auch die in Ziff. 4 getroffene Abrede offensichtlich zurückzuführen. Das einzig wirksame Mittel zur Erreichung dieses Zweckes aber war die Bestellung eines Kaufsrechtes für die ganze Dauer der Miete, das dem Kläger ermöglichte, den ihm im Falle einer Kün-

digung seitens des Vermieters drohenden Schaden durch den Erwerb der Liegenschaft abzuwenden. Ein blosses Vorkaufsrecht gewährte ihm bei Aufkündigung des Mietverhältnisses — die gemäss Vertrag schon am 1. November 1927 auf 5 Monate zulässig war — deshalb keinen Schutz, weil der Vermieter dasselbe dadurch illusorisch machen konnte, dass er die Mietzeit ablaufen liess, ohne an einen Dritten zu verkaufen.

Als Vereinbarung eines Kaufsrechtes aber hätte die Klausel der öffentlichen Beurkundung bedurft ; mangels Einhaltung dieser qualifizierten Vertragsform ist daher eine rechtliche Verpflichtung des Eigentümers im gewollten Sinne nicht zur Entstehung gelangt.

3. — Der Kläger sucht sich dieser Folge zunächst mit der Argumentation zu entziehen, dass in jedem Kaufsrecht auch das lediglich einen Spezialfall desselben bildende Vorkaufsrecht enthalten sei, so dass eine bloss schriftlich abgefasste und deshalb rechtsunwirksame Abmachung über die Einräumung eines Kaufsrechtes wenigstens als formrichtige Begründung eines Vorkaufsrechtes zu betrachten sei. Nun ist allerdings richtig, dass das Kaufsrecht sowohl als das Vorkaufsrecht, als besondere Arten des einseitigen Verkaufsversprechens, dem Berechtigten einen Anspruch auf Erwerb der Sache verleihen, und dass namentlich auch das Vorkaufsrecht die für den Kaufvertrag begriffswesentlichen Elemente (Bezeichnung des Kaufgegenstandes und Preisangabe) enthält, und zwar als limitiertes unmittelbar und als gewöhnliches insofern, als für den Berechtigten die mit dem Drittkäufer verabredeten Bedingungen gelten. Allein während das Kaufsrecht dem Berechtigten ein Erwerbsrecht schlechthin gibt, dergestalt, dass es ausschliesslich von ihm abhängt, ob und wann ein Verkauf stattzufinden habe, ist die Ausübung des Vorkaufsrechtes an die Bedingung des — ins Belieben des Verpflichteten gestellten — Verkaufes der Sache an einen Dritten geknüpft. Diese Verschiedenheit in der

Willensbeschränkung des Verkäufers war auch der gesetzgeberische Grund dafür, im ersteren Falle den Besteller gegen Übereilung in der Eingehung der Verpflichtung durch das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung zu schützen, beim Vorkaufsrechte es dagegen bei der erleichterten Form der einfachen Schriftlichkeit bewenden zu lassen, weil der Vorkaufsverpflichtete niemals zum Verkaufe gezwungen werden kann. Sodann war hier die Erwägung massgebend, dass der Vorkaufsvertrag praktisch häufig mit formfreien Verträgen, wie gerade mit Miete und Pacht, verbunden wird, « wobei es ausserordentlich lästig wäre, hierüber noch eine öffentliche Urkunde aufnehmen zu müssen » (so Botsch. des Bundesrates zum Rev. E. 1905 S. 25).

Eine Verschiedenheit dieser Rechte persönlicher Natur ergibt sich weiter auch aus der gesetzlichen Regelung ihrer Wirkungen im Falle der Vormerkung im Grundbuch nach der Richtung, dass das vorgemerkte Vorkaufsrecht gemäss Art. 681 Abs. 3 ZGB seine Wirkung Dritten gegenüber einbüsst mit dem Ablauf eines Monat nachdem der Berechtigte von dem Verkaufe Kenntnis erhalten hat, während das Kaufsrecht nach Art. 683 Abs. 1 ZGB während der in der Vormerkung angegebenen Zeit jedem Eigentümer gegenüber besteht. Es kann daher schlechterdings nicht gesagt werden, dass jedes Kaufsrecht auch ein Vorkaufsrecht in sich schliesse.

4. — Ebensowenig sind die Voraussetzungen für die vom Kläger geltend gemachte Konversion der mangels der gesetzlichen Form ungültigen Verabredung eines Kaufsrechtes in einen schon privatschriftlich gültigen Vorkaufsvertrag gegeben. Wie in Doktrin und Praxis anerkannt ist, kann die Ersetzung eines Rechtsgeschäftes, das so, wie es von den Parteien gewollt ist, wegen eines Formmangels der Rechtswirksamkeit entbehrt, durch ein anderes Geschäft von ähnlichem Zweck und Erfolg, dessen Erfordernissen ersteres genügt, nur erfolgen, wenn anzunehmen ist, dass es den Parteien offenbar in erster Linie an der Erreichung des bestimmten Zweckes

gelegen war, dass sie also bei Kenntnis der Ungültigkeit des beabsichtigten Geschäftes auch jenes andere gewollt hätten (vgl. v. TUHR, OR S. 202; OSER, N. 35 und BECKER, N. 7 zu Art. 11 OR; BGE 46 II 17; 47 II 121). Die hier in Frage stehenden Rechte aber sind nach ihrem Zweck und ihren Wirkungen zu sehr verschieden, als dass angenommen werden könnte, dass sich der Kläger, bei Kenntnis der Formwidrigkeit der Abmachung, im Zeitpunkte des Abschlusses des Mietvertrages mit einem blossen Vorkaufsrechte zufrieden gegeben hätte, zumal ihm ein solches keinen wirksamen Schutz zu verschaffen vermochte.

5. — Unbegründet ist endlich auch der klägerische Standpunkt, die Berufung der Beklagten auf den Formmangel bedeute einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Beizupflichten ist dem Kläger allerdings darin, dass das Verhalten der Beklagten vom moralischen Gesichtspunkte aus zu missbilligen ist. Angesichts der — unter Hälfteteilung der Kosten — erfolgten Ausmessung und Vermarkung des Grundstückes kurz vor dem Tode des Emil Näf kann wohl nicht zweifelhaft sein, dass letzterer, trotz mangelnder Verpflichtung, zur Zufertigung der Liegenschaft an den Kläger Hand geboten hätte, wie anderseits auch klar ist, dass Bosshart Bauten im Schatzungswerte von 18,000 Fr. auf dem Grundstück nicht erstellt hätte, wenn er nicht der Meinung gewesen wäre, dass ihm ein Kaufsrecht gültig eingeräumt sei. Rechtlich kann dies jedoch nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, verstösst es grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, wenn eine Partei sich zu ihren Gunsten auf die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Formmangels beruft, indem sie damit nur ein ihr gesetzlich verliehenes Recht in Anspruch nimmt; andernfalls würde ja die Formvorschrift in ihrer praktischen Bedeutung illusorisch gemacht (BGE 53 II 165; vgl. auch 40 II 322; 42 II 154; EGGER, Komm. 2. Aufl. N. 30 zu Art. 2 ZGB). Dagegen kann

die Geltendmachung eines Formmangels im Hinblick auf die besonderen Verumständungen des Einzelfalles als missbräuchlich erscheinen, so namentlich, wenn die Nichteinhaltung der Form von der sich darauf berufenden Partei in doloser Weise verschuldet worden ist (vgl. BGE 43 II 24), was hier jedoch vom Kläger nicht behauptet wird und übrigens gemäss Feststellung der Vorinstanz auch nicht als erwiesen angenommen werden könnte. Sodann hat das Bundesgericht in zwei Fällen, wo es sich um wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises nichtige Grundstückkäufe handelte, die Berufung des Käufers auf die Formwidrigkeit gemäss Art. 2 ZGB als missbräuchlich zurückgewiesen, weil die Verträge so, wie sie von den Parteien gewollt, freiwillig beidseitig erfüllt worden waren, und infolgedessen die Beteiligten des mit dem Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung wesentlich bezweckten Schutzes gegen die Folgen unüberlegter Entschlüsse nicht mehr bedurften (BGE 50 II 147 ff. ; 53 II 165 f.). Vorliegend aber wird die Erfüllung des der gesetzlichen Form entbehrenden Vertrages gerade verweigert, so dass bei Gutheissung des klägerischen Standpunktes die eine Partei um das Recht gebracht würde, sich auf die gesetzliche Sanktion der Verletzung einer zu ihrem Schutze aufgestellten Formvorschrift zu berufen.

Da der Kläger die Bauten in gutem Glauben und mit Zustimmung des verstorbenen E. Näf auf dessen Parzelle erstellt hat, wird er — was hier indessen nicht zu entscheiden ist — gemäss Art. 672 ZGB dafür eine angemessene Entschädigung oder vielleicht sogar die Zuweisung des Eigentums an Bau und Boden im Sinne von Art. 673 ZGB verlangen können.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. März 1928 bestätigt.

60. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 18 juillet 1928
dans la cause **Alhambra contre Rousseaux.**

Le contrat par lequel un directeur de tournées théâtrales s'engage à « vendre un spectacle » à une entreprise de théâtre, c'est-à-dire à faire jouer pour le compte de cette entreprise telle ou telle pièce de théâtre contre paiement d'un prix fixe, par représentation, n'est pas un contrat de vente (consid. 1).

Le fait qu'un spectacle théâtral a été interdit par mesure de police ne prouve pas à lui seul que ledit spectacle soit contraire aux mœurs (consid. 2).

Ne peut invoquer le moyen libératoire de l'art. 119 CO, la partie qui a assumé le risque d'être empêchée de tenir ses engagements et qui a négligé en outre de prendre les mesures nécessaires pour éviter les conséquences dommageables d'un empêchement qu'elle pouvait prévoir (consid. 4).

Art. 20, 119 et 97 CO.

A. — Demoiselle Rousseaux, directrice des tournées théâtrales « Renée-Rose », a proposé en novembre 1924 à M. Lévy-Lansac, directeur de l'Alhambra, de venir jouer à Genève deux opérettes intitulées « Un bon coq » et « C'est jeune et ça n'sait pas ».

Il fut convenu en définitive au mois de mai 1925 que demoiselle Rousseaux « vendait » à l'Alhambra son spectacle pour être joué à Lausanne et Montreux ; huit représentations devaient avoir lieu à Lausanne, à partir du 23 octobre 1925, et quatre à Montreux, dont huit en soirée et quatre en matinée. La Société de l'Alhambra devait payer à demoiselle Rousseaux 400 fr. suisses par soirée et 200 fr. par matinée ; celle-ci avait à sa charge les artistes, costumes, perruques, les frais de voyage et de transport des bagages ; l'Alhambra assumait les frais de publicité et de théâtre.

Demoiselle Rousseaux s'était engagée par contrat à donner des spectacles de tout premier ordre, parfaitement sus et mis en scène.

En décembre 1924 déjà, demoiselle Rousseaux avait