

spruch dar. Dagegen ist mit der Vorinstanz anzunehmen, dass Sigg als *Schiedsmann* gewirkt hat. Nach dem Expertenbefrag hat er festzustellen, ob bestimmte Lieferungen des Klägers an die Beklagte mangelhaft waren und wenn ja, wie gross der hieraus sich ergebende Schaden sei.

Wäre die von den Parteien getroffene Vereinbarung als Schiedsvertrag und das Gutachten als Schiedsspruch zu betrachten, so würde es sich überhaupt nicht um ein dem materiellen Recht angehörendes Abkommen, sondern um einen prozessrechtlichen Vertrag handeln, und das Bundesgericht wäre daher nicht kompetent, die Entscheidung der Vorinstanz nachzuprüfen (BGE 41 II 538). Der Schiedsmann-Vertrag dagegen, der nicht bezweckt, einen Rechtsstreit zu erledigen, sondern tatsächliche Verhältnisse festzustellen, gehört nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem materiellen Rechte an (BGE 26 II 765). Die Kompetenz des Bundesgerichts zur Überprüfung des kantonalen Urteils ist daher gegeben.

3. — Nach feststehender Gerichtspraxis kann das Gutachten des Schiedsmannes angefochten werden, wenn der Nachweis erbracht wird, dass es offenbar ungerecht, willkürlich, unsorgfältig, fehlerhaft oder in hohem Grade der Billigkeit widersprechend ist oder auf falscher tatsächlicher Grundlage beruht. Anfechtbar ist auch ein Gutachten, das durch Betrug, Irrtum oder Drohung zustande gekommen ist, weil ihm die sachliche Voraussetzung fehlt. Jedoch genügt nicht jede sachliche Unrichtigkeit, vielmehr ist eine offenkundige, d. h. für jeden Sachverständigen bei sorgfältiger Prüfung sofort in die Augen springende Abweichung von der wirklichen Sachlage erforderlich. Ausgeschlossen ist die Anfechtung, wenn beim Richter nur Zweifel in die Richtigkeit des Gutachtens hervorgerufen werden können, nicht aber die Überzeugung, dass ein offenkundiger grober Irrtum begangen worden sei. Wenn eine Partei das Gutachten als unbillig empfindet, so verlangen Treu und Glauben, dass sie die Gegenpartei nicht durch Stillschweigen im Glauben lässt, sie unterziehe sich ihm,

um sich unter Umständen erst lange nachher auf dessen Unverbindlichkeit zu berufen. Sie muss vielmehr sofort oder doch in angemessener Frist die rechtlichen Schritte zur Feststellung der ihm anhaftenden Mängel tun (vgl. JAEGER, Komm. zu Art. 67 VVG, Note 41, 43, 44, 46 und 47).

4. — Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich folgendes :

Das Gutachten vom 3. April 1940 ist reichlich spät vom Kläger durch rechtliche Schritte angefochten worden, nämlich durch Klage beim Handelsgericht vom 23. Januar 1941. Es könnte daher schon wegen Verspätung nicht auf die Anfechtung eingetreten werden.

Aber auch materiell hat es der Kläger, wie die Vorinstanz verbindlich festgestellt hat, unterlassen, solche bestimmte Gesichtspunkte geltend zu machen, gestützt auf welche das Gutachten des Experten mit Erfolg hätte angefochten werden können.

36. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Juni 1941 i. S. Theiler gegen Konkursmasse Theiler.

Verpfändungsvertrag, Art. 521 ff. OR.

Als Verpfändungsvertrag zu behandeln ist ein sog. Kaufvertrag, durch den eine Liegenschaft übertragen wird gegen die Verpflichtung zur Gewährung von Pflege und Unterhalt auf Lebenszeit.

Im Vertrag kann die Umwandlung der Verpfändung in eine Leibrente vorgesehen werden ; Art. 527 Abs. 3 OR.

Nichtigkeit des Vertrages wegen Formmangels ; die Berufung darauf ist nicht rechtsmissbräuchlich. Folge der Nichtigkeit : Dahinfallen der Eigentumsübertragung an der Liegenschaft. Beim Inventar, das nicht Zugehör ist, steht der Eigentumsklage die Ersitzung entgegen ; Art. 522 OR, Art. 2, 975, 728, 644 ZGB.

Auseinandersetzung hinsichtlich der bereits genossenen Pfrundleistungen.

Contrat d'entretien viager, art. 521 ss. CO.

Il faut traiter comme un contrat d'entretien viager le prétendu contrat de vente par lequel un immeuble est cédé contre un engagement d'entretien à vie.

Le contrat peut prévoir la transformation du droit à l'entretien viager en un droit à une rente viagère ; art. 527 al. 3 CO.

Nullité du contrat en raison de vices de forme. Ce n'est pas commettre un abus du droit que d'invoquer celles-ci. Conséquences de la nullité : Révocation du transfert de la propriété de l'immeuble. Touchant les meubles qui n'ont pas la qualité d'accessoires, la prescription acquisitive tient la revendication en échec : art. 522 CO, art. 2, 975, 728 et 644 CC.

Restitution des prestations d'entretien déjà fournies.

Contratto di vitalizio (art. 521 e seg. CO).

Devesi considerare come un contratto di vitalizio il preteso contratto di vendita, col quale un immobile è ceduto dietro l'impegno di mantenimento a vita del preteso venditore.

Il contratto può prevedere la conversione del diritto di mantenimento a vita in un diritto ad una rendita vitalizia ; art. 527 cp. 3. CO.

Nullità del contratto per vizi di forma. Non è un abuso del proprio diritto l'invocare questi vizi. Conseguenze della nullità : revoca del trapasso della proprietà dell'immobile. Per quanto riguarda i mobili che non hanno la qualità di accessori, la prescrizione acquisitiva si oppone alla rivendicazione : art. 522 CO, art. 2, 975, 728 e 644 CC.

Soluzione adottata per quanto concerne le prestazioni del vitalizio già fornite.

A. — Am 28. August 1930 schlossen der Kläger Felix Theiler-Koch und sein Sohn Felix Theiler-Jenny einen als Kaufvertrag bezeichneten Vertrag ab, laut welchem der Kläger seinem Sohn Felix seine Liegenschaft Grabenhof um den Betrag der darauf lastenden Grundpfandschulden von rund Fr. 36,000.— verkaufte. Die weiteren Kaufsbedingungen, soweit sie für den vorliegenden Rechtsstreit in Betracht fallen, lauteten wie folgt :

- « 3. Im Kaufe inbegriffen und im Kaufpreis eingeschlossen ist die gesamte lebende und tote Inventur in Haus und Scheune, desgleichen alle Vorräte ohne Ausnahme.
4. Der Käufer oder Rechtsnachfolger hat den Verkäufer und seine Ehefrau in gesunden und kranken Tagen in Speise, Trank, Kleidung und Obdach lebenslanglich unentgeltlich zu erhalten und auch allfällige Arztkosten für sie zu bezahlen. Sofern die Eltern des Käufers das Schleissrecht nicht mehr in natura geniessen und das Haus verlassen und sich

anderswo niederlassen wollten, so ist ihnen dies gestattet, und es hat ihnen der Käufer oder Rechtsnachfolger in diesem Falle jährlich Fr. 2000.— in bar auszufolgen, zahlbar in halbjährlichen Raten, erstmals ein halbes Jahr nach ihrem Wegzug.

Im Falle des Ablebens eines Elternteiles reduziert sich diese Entschädigung auf Fr. 1000.— pro Jahr Über diese Schleissbestimmung ist nach der Fertigung eine separate Urkunde zu erstellen.

6. Der Käufer erklärt ausdrücklich, dass er ohne die Zustimmung seiner Eltern die heutige Kaufsache in keiner Weise mit Grundlasten oder Grundpfandrechten belasten lassen will.
7. Mit der Zufertigung des Kaufsobjektes auf Grund dieses Vertrages erklärt der Käufer seine Ansprüche im Sinne von Art. 633 ZGB für ausgeglichen und verzichtet auf weitere Ansprüche am dereinstigen Nachlasse seiner Eltern. »

Bei der Behandlung dieses Vertrages durch die Hypothekarkanzlei von Kriens-Malters wurde die Bemerkung angebracht : « Kaufsbedingung Ziffer 4 wird als fahrender Natur betrachtet, solange die gesetzlichen Errichtungsformen fehlen ».

Am 7. Mai 1931 erfolgte die Fertigung des Vertrages durch den Gemeinderat von Kriens.

Wegen der Übertragung der Liegenschaft auf den Sohn Felix verlangten dessen Geschwister die Entmündigung des Vaters. Der Regierungsrat des Kantons Luzern, der sich als Rekursinstanz mit der Sache zu befassen hatte, kam zum Schlusse, dass das Verhalten des Vaters Theiler tatsächlich eine Unvorsichtigkeit darstelle, da der Sohn Felix keine Gewähr biete für die dauernde Erfüllung des nicht dinglich gesicherten Verpfändungsvertrages. Der Regierungsrat wies daher den Gemeinderat Kriens als Vormundschaftsbehörde an, für die rechtzeitige Eintragung des in Art. 523 OR vorgesehenen gesetzlichen Grundpfandrechts für den Pfrundanspruch zu sorgen.

Am 6. Mai 1931 wurde sodann auf der Gemeinderatskanzlei Kriens zwischen Vater und Sohn Felix Theiler die folgende öffentlich beurkundete Vereinbarung getroffen :

« 1. ...

2. Auf die Liegenschaft Grabenhof wird eine Grundpfandverschreibung von Fr. 20,000.— gelegt, zur Sicherung der zu Gunsten der Eheleute Theiler errichteten Schleissverpflichtung gemäss abgeschlossenen Kaufvertrag um diese Liegenschaft d. d. 14. August 1930.
3. Für den Fall, als die Eheleute Theiler das Schleissrecht faktisch nicht mehr ausüben wollen, wird als Entgelt dafür eine jährliche Barentschädigung von Fr. 2000.— gegenüber den Eheleuten Theiler fällig, gemäss obzit. Kaufvertrag um die Liegenschaft Grabenhof. Der ganze Betrag ist erstmals auszahlfähig in bar auf den Tag, an welchem die Eheleute Theiler den Schleiss aufgeben, bezw. die Liegenschaft Grabenhof verlassen.
4. Für den Fall, als die Eheleute Theiler das Schleissrecht faktisch nicht mehr ausüben wollen, so hat sie Sohn Felix Theiler mit allen erforderlichen persönlichen Effekten auszurüsten, desgleichen mit soviel Mobiliar als zur ordentlichen Ausstattung einer Wohnung gehört.
5. Dieser Vertrag erlischt mit dem Ableben der Eheleute Theiler.
6. Von dieser Vereinbarung ist im Hypothekarprotokoll Vormerk zu nehmen. »

Die Vormerkung am Hypothekarprotokoll erfolgte am 16. Mai 1931, und am 15. September 1931 wurde zu Gunsten des Klägers und seiner Ehefrau « zur Sicherung ihrer Schleissberechtigung laut Ziffer 4 der Kaufbedingungen des Erwerbsaktes, bezw. gemäss Vereinbarung vom 6. Mai 1931 » auf dem Grabenhof eine Grundpfand-

verschreibung im Betrage von Fr. 20,000.—, hinter einem Vorgang von rund Fr. 39,000.— errichtet.

In der Folge belastete der Sohn Felix Theiler die Liegenschaft mit einer Grundlast von Fr. 20,000.— zu Gunsten der Schweizerischen Volksbank.

Am 25. Oktober 1938 wurde über den Sohn Felix Theiler der Konkurs eröffnet. Vater Theiler, der mit seiner Ehefrau bis dahin gemäss den mit seinem Sohn getroffenen Vereinbarungen auf dem Grabenhof gelebt hatte, erhob im Konkursverfahren Anspruch auf Aussonderung der Liegenschaft mit der Begründung, der Vertrag vom 28. August 1930 sei wegen Formmangels nichtig. Das Konkursamt wies den Aussonderungsanspruch ab. Dagegen kollozierte es von Amteswegen eine grundpfandgesicherte Forderung des Vaters Theiler gemäss den Bestimmungen über das Schleissrecht nach den oben erwähnten Verträgen. Diese Kollokation wurde von andern Gläubigern angefochten. Vater Theiler unterzog sich dieser Anfechtung.

B. — Gegen die Abweisung seines Aussonderungsanspruches erhob Vater Theiler innert nützlicher Frist Aussonderungsklage mit den Begehren :

1. Die Beklagte habe zu anerkennen, dass der Kaufvertrag und die Eigentumsübertragung um die Liegenschaft Grabenhof... vom 14. August 1930 ungültig sei, eventuell anfechtbar, und dass daher diese Liegenschaft wieder an den Vater Felix Theiler-Koch zu Eigentum zurück zu übertragen sei, nebst aller Zubehör und den Dreingaben.

2. Es seien alle Leistungen, welche auf Grund dieses Kaufvertrages von Seiten des Klägers an Sohn Felix Theiler-Jenny erfolgt sind, an den Kläger zurückzuerstaten, eventuell gemäss Inventaraufnahme des Konkursamtes, und es sei für die Gegenstände, die nicht in natura zurückgegeben werden können, ein entsprechender Wertersatz, eventuell deren Erlös oder Ersatzgegenstand, zu leisten.

Die Beklagte beantragte :

1. Die Klage sei in vollem Umfange abzuweisen.

2. Eventuell seien die Klagebegehren, soweit sie sich auf die Herausgabe der gesamten lebenden und toten Fahrhabe, inbegriffen alle Vorräte, beziehen, abzuweisen.

3. Eventuell habe der Kläger die während 8 Jahren bezogenen Pfrundleistungen im Gesamtwerte von mindestens Fr. 16,000.— nebst 5% Zins von allen Jahresraten von je Fr. 2000.— an die Beklagte zurückzuerstatten, und es sei die Beklagte nur gehalten, gegen diese Rückleistung die Liegenschaft Grabenhof grundbuchlich an den Kläger rückübertragen zu lassen, und sie sei dabei überdies berechtigt zu erklären, alle seit 1.9.1930 auf der Liegenschaft Grabenhof gemachten Aufwendungen in Anrechnung und Abzug zu bringen.

C. — Sowohl das Amtsgericht Luzern-Land, wie das Obergericht des Kantons Luzern wiesen die Klage ab.

Das Amtsgericht ging davon aus, dass die Parteien zwei getrennte Verträge, nämlich einen Kaufvertrag über die Liegenschaft und einen Verpfändungsvertrag, abschliessen wollten. Der im Kaufvertrag vorbehaltene Verpfändungsvertrag sei dann aber nicht zustande gekommen, sondern nur ein Vertrag über die Errichtung einer Grundpfandverschreibung. Die Gültigkeit des Kaufvertrages bleibe vom Nichtzustandekommen des vorgesehenen Verpfändungsvertrages aber unberührt.

Das Obergericht liess die Frage offen, ob die Parteien einen Verpfändungsvertrag oder zwei miteinander kombinierte Verträge, einen Kaufvertrag und einen Verpfändungsvertrag, abzuschliessen beabsichtigten. Es bezeichnete dies als unerheblich, weil auch bei Annahme zweier Verträge der Kaufvertrag infolge der Formnichtigkeit des Verpfändungsvertrages ungültig sei. Dagegen wies es die Klage ab, weil die Geltendmachung der Nichtigkeit durch den Kläger unter den gegebenen Umständen einen Rechtsmissbrauch darstelle, nachdem die Verpflichtungen sowohl aus dem Kaufvertrag, wie aus dem Verpfändungsvertrag von beiden Seiten erfüllt worden seien.

D. — Gegen das Urteil des Obergerichts vom 8. November 1940 hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheissung des Klagebegehrens Ziffer 1.

Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Obwohl die Parteien den Vertrag vom 28. August 1930 als Kaufvertrag bezeichnet haben, kann nach den gesamten Umständen kein Zweifel darüber bestehen, dass ihre Absicht in Wirklichkeit auf den Abschluss eines Verpfändungsvertrages gerichtet war. Der Vertrag enthält materiell alle Elemente des Verpfändungsvertrages gemäss Art. 521 OR : In der Übertragung der Liegenschaft samt Inventar auf den Sohn lag die vom Gesetz geforderte Übergabe eines Vermögens oder einzelner Vermögenswerte. Als Gegenleistung hiefür verpflichtete sich der Sohn, über den auf den Betrag der Aufhaftungen festgesetzten Kaufpreis hinaus seinen Eltern auf Lebenszeit unentgeltlich Unterhalt und Pflege zu gewähren. Dass die letztere Verpflichtung des Sohnes die Gegenleistung für die Überlassung der Liegenschaft sein sollte, kann nicht zweifelhaft sein, wenn man berücksichtigt, dass der Wert der Liegenschaft die Aufhaftungen von Fr. 36,000.— erheblich überstieg, wie aus der in der Folge vorgenommenen Erhöhung der Grundpfandbelastungen auf rund Fr. 79,000.— geschlossen werden kann. Der Sohn Theiler verzichtete allerdings auf seine erbrechtlichen Ansprüche nach Art. 633 ZGB für Mitarbeit auf dem elterlichen Heimwesen. Allein auch dieser Verzicht wog offensichtlich die Differenz zwischen vertraglichem « Kaufpreis » und effektivem Wert der Liegenschaft bei weitem nicht auf. Endlich ist kaum anzunehmen, dass der Sohn Theiler völlig entschädigungslos für den lebenslänglichen Unterhalt und die Pflege seiner Eltern aufkommen sollte.

An Stelle der Gewährung von Unterhalt und Pflege

können die Eltern nach dem Vertrag allerdings die Bezahlung einer Leibrente verlangen, wenn sie dies vorziehen. Diese Regelung steht der Annahme eines Verpfändungsvertrages jedoch nicht entgegen. Nach Art. 527 Abs. 3 OR kann unter besonderen Umständen der Richter auf Begehren einer Partei die Verpfändung in eine Leibrente umwandeln. Es ist nun nicht einzusehen, weshalb die Parteien nicht von vorneherein im Vertrag ebenfalls eine solche Umwandlungsmöglichkeit sollten vorsehen können. Wesentlich ist, dass die Hauptleistung gleichwohl auf die Gewährung von Wohnung, Pflege und Unterhalt geht. Es besteht daher keine Notwendigkeit, wegen dieses Wahlrechtes der Eltern das ganze Verhältnis als Leibrentenvertrag mit Möglichkeit der Erfüllung des Rentenanspruches durch Naturalleistung im Sinne einer Hingabe an Zahlungsstatt zu betrachten, wie die Beklagte unter Bezugnahme auf ein von ihr eingeholtes Privatgutachten behauptet. Mit dieser gekünstelten Konstruktion würde die Zahlung der Leibrente zur Hauptleistung erhoben und damit der klare Wille der Parteien ins gerade Gegenteil verkehrt.

Als Verpfändungsvertrag ist der Vertrag vom 28. August 1930 jedoch wegen Fehlens der von Art. 522 OR vorgeschriebenen Form des Erbvertrages ungültig; es fehlt die Mitwirkung der beiden vorgeschriebenen Zeugen. Damit fällt auch die Gültigkeit der Eigentumsübertragung an der Liegenschaft dahin. Denn im Gegensatz zu der im deutschen Recht geltenden Regelung, wonach die Eigentumsübertragung ein abstraktes Geschäft, d. h. von der Gültigkeit des Grundgeschäftes unabhängig ist (BGB § 873, 925), tritt nach dem schweizerischen Recht eine dingliche Rechtsänderung nur ein, wenn der Eintrag auf einem gültigen Rechtsgrund beruht; die Eigentumsübertragung ist mit andern Worten kausal. Eine Eintragung ohne gültigen Rechtsgrund ist ungerechtfertigt und kann mit der Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB rückgängig gemacht werden. Als solche ist denn auch die

vorliegende Klage aufzufassen; dass der Kläger sein Begehren in rechtlich unzutreffender Weise auf die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung, Art. 62 ff. OR, stützt, vermag ihm nicht zu schaden. Der Einwand der Beklagten, es hätte die Klage nach Art. 975 ZGB angestrengt werden müssen, ist daher gegenstandslos.

2. — Aus dem Vorbehalt der Errichtung einer separaten Urkunde über die Gewährung von Pflege und Unterhalt an die Eltern will die Beklagte ableiten, dass die Parteien zwei voneinander getrennte Verträge abschliessen wollten, nämlich einen Kaufvertrag und einen Verpfändungs- oder einen Leibrentenvertrag. Diese Auffassung ist unhaltbar. Hätte mit dem Vorbehalt der Abschluss eines besonderen Verpfändungsvertrages vorbehalten werden sollen, so wäre es völlig überflüssig gewesen, schon im sogenannten Kaufvertrag alle Einzelheiten der Verpfändung zu regeln, wie es hier der Fall war. Die in Aussicht genommene separate Urkunde sollte vielmehr nur die Bedeutung eines Ausweises über das Recht haben. Tatsächlich entspricht der Inhalt der Vereinbarung vom 6. Mai 1931, welche diese separate Urkunde darstellt, in der Hauptsache der schon im sogenannten Kaufvertrag getroffenen Regelung, auf die sie verweist. Sie weicht von ihr nur insoweit ab, als sie die Errichtung einer Grundpfandverschreibung von Fr. 20,000.— zur Sicherung des Schleissrechtes der Eheleute Theiler vorsieht und für den Fall der von den Eltern gewünschten Aufhebung der Hausgemeinschaft bestimmt, dass der Sohn die Eltern mit den nötigen Effekten und Mobiliar auszurüsten habe und ihnen die jährliche Barentschädigung von Fr. 2000.— nicht erst ein halbes Jahr nach dem Wegzug, sondern sofort, auf den Tag des Wegzuges, ausrichten müsse. Wie aus der Tatsachendarstellung hervorgeht, wurden diese Änderungen auf Veranlassung des Regierungsrates als Rekursinstanz im Entmündigungsverfahren gegen Vater Theiler vorgenommen. Aus den Erwägungen, aus denen

der Regierungsrat diese Änderungen als erforderlich bezeichnete, ist klar ersichtlich, dass auch der Regierungsrat, wie die Parteien selber und die übrigen in der Angelegenheit tätigen Stellen, der Auffassung war, die beabsichtigte Verpfändung sei mit der Aufstellung der Schleissbestimmungen im sogenannten Kaufvertrag gültig zustande gekommen. Denn es ist im Rekursentscheid mit keinem Worte angedeutet, dass die Verpfändungsbestimmungen zu ihrer Verbindlichkeit noch der Erfüllung besonderer Formvorschriften bedürften. Der Regierungsrat hatte vielmehr lediglich Bedenken hinsichtlich der praktischen Sicherheit der den Eltern Theiler zustehenden Pfundansprüche und erachtete zur Behebung dieser Bedenken die dingliche Sicherstellung durch Errichtung eines Pfandrechts nach Massgabe von Art. 523 OR als nötig, aber auch als genügend. Auf diese Frage bezog sich sodann offensichtlich auch die Bemerkung der Hypothekarkanzlei, dass die Bestimmungen über das Schleissrecht als « fahrender Natur » zu betrachten seien, solange die gesetzlichen Errichtungsformen fehlen. Auch mit dieser Wendung sollte nur ausgedrückt werden, dass das Schleissrecht nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Sohn Felix begründe, der bei Weiterveräusserung der Liegenschaft durch diesen auf den Erwerber nicht übergehe und nicht dinglich gesichert sei. Dass das Recht an sich aber gültig begründet sei, wurde auch von dieser Amtsstelle nicht in Zweifel gezogen. Die Behauptung der Beklagten, die Absicht der Parteien sei auf den Abschluss zweier getrennter Verträge gerichtet gewesen, wird daher durch alle diese Begleitumstände des Vertragsschlusses schlüssig widerlegt.

Selbst wenn übrigens die Parteien wirklich zwei getrennte Verträge einzugehen beabsichtigt hätten, so käme man zu keinem andern Ergebnis. Denn die Nichtigkeit des Verpfändungsvertrages zöge auch das Dahinfallen des Kaufvertrages nach sich, weil nach den Umständen kein Zweifel darüber bestehen kann, dass dieser ohne den

Verpfändungsvertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Die beiden Verträge sind gegenseitig voneinander abhängig. Die Gewährung von Unterhalt und Pflege an die Eltern bildet einen Teil der Gegenleistung für die Übertragung der Liegenschaft, deren Wert die Grundpfandbelastung weit überstieg.

3. — Die Vorinstanz hat die Konsequenz aus dem von ihr grundsätzlich richtig erkannten Formmangel des beabsichtigten Verpfändungsvertrages jedoch nicht gezogen, mit der Begründung, die Berufung des Klägers darauf sei rechtsmissbräuchlich, weil die Vertragsparteien während 8 Jahren ihren Verpflichtungen nachgekommen seien und der Vertrag also von beiden Seiten erfüllt worden sei. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigegeben werden. Die Annahme der Vorinstanz, dass der Vertrag beidseitig erfüllt sei, trifft nicht zu. Der Kläger allerdings hat seine Leistung, bestehend in der Übertragung der Liegenschaft samt Inventar, in vollem Umfang erbracht. Die Gegenleistung des Sohnes, bestehend in der lebenslänglichen Gewährung von Pflege und Unterhalt für den Kläger und seine Ehefrau, ist dagegen erst zum Teil vollzogen. Der Kapitalwert einer Rente von Fr. 1000.— betrug bei Konkursausbruch für den 72jährigen Kläger nach PICCARD, Tafel 4, zu 4% kapitalisiert, noch Fr. 5930.—, derjenige für die Rente der 68jährigen Ehefrau Fr. 7510.—, sodass der noch ausstehende Wert der Gegenleistung also Fr. 13,440.— betrug. Die Berufung der Vorinstanz auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach bei beiderseitiger freiwilliger Erfüllung eines wegen Formmangels ungültigen Vertrages die Geltendmachung des Formmangels als rechtsmissbräuchlich abzulehnen ist (BGE 50 II 148, 53 II 166), geht daher fehl. Geht man aber von der hier tatsächlich gegebenen Situation aus, so ist es völlig unerfindlich, wieso den Kläger der Vorwurf des Rechtsmissbrauches treffen soll. Er hat im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der kantonalen Beurkundungs- und Vormundschaftsbehörden, die bei der

Regelung der vertraglichen Beziehungen zu seinem Sohne mitwirkten, in guten Treuen geglaubt, für die Übergabe seiner Liegenschaft an seinen Sohn einen lebenslänglichen, sicheren Pfrundanspruch für sich und seine Ehefrau zu erhalten. Diese Annahme traf tatsächlich nicht zu, hauptsächlich deshalb, weil die mitwirkenden Behörden versagt hatten. Die wahre Sachlage stellte sich erst im Konkurs über den Sohn Felix heraus. Die Konkursverwaltung hatte zwar den Pfrundanspruch des Klägers nebst dem dafür bestellten Pfandrecht kolloziert. Allein einige Gläubiger benützten die Formnichtigkeit des Verpfändungsvertrages, um den Kläger aus dem Kollokationsplan hinauszudrängen und damit ihr eigenes Konkursergebnis zu verbessern. Mit der vorliegenden Klage tut der Kläger nichts anderes, als dass er zu seiner Verteidigung seinerseits ebenfalls die Konsequenzen aus dem Formmangel zieht und seine Leistung zurückfordert. Der Einwand, der Kläger hätte sich ja der von den Gläubigern angestregten Kollokationsklage nicht zu unterziehen brauchen und könne sich daher zur Rechtfertigung der vorliegenden Klage nicht auf die Folgen seiner Wegweisung aus dem Kollokationsplan berufen, geht ebenfalls fehl. Die Anerkennung der Kollokationsklage durch den Kläger war vollkommen gerechtfertigt, da unter den gegebenen Umständen die Aussicht auf einen für ihn günstigen Prozessausgang äusserst gering war. Er hätte zwar seinerseits der Berufung der Gläubiger auf den Formmangel mit einer gewissen Aussicht auf Erfolg die Einrede des Rechtsmissbrauches entgegenhalten können. Allein die Erfolgsaussichten eines solchen Vorgehens waren doch derart ungewiss und das Prozesskostenrisiko für den Kläger derart bedeutend, dass es ohne weiteres verständlich ist, wenn er diesem Weg den für ihn sichereren vorzog, seinerseits die Nichtigkeit des Vertrages vom 28. August 1930 geltendzumachen.

4. — Zufolge der Nichtigkeit des sogenannten Kaufvertrages fällt, wie bereits erwähnt, die Liegenschaft an

den Kläger zurück. Die Übertragung des gemäss Ziffer 3 der Kaufbedingungen miteinbezogenen lebenden und toten Inventars würde an sich ebenfalls vom Mangel des Grundgeschäftes erfasst (vergl. BGE 55 II 306). Diesbezüglich steht der Eigentumsklage jedoch die Tatsache der Ersitzung entgegen, da die nach Art. 728 ZGB hierfür erforderliche Frist von 5 Jahren gutgläubigen und unangefochtenen Besitzes längst abgelaufen war. Anders verhielte es sich, wenn das Inventar als Zubehör zur Liegenschaft zu betrachten wäre; dann würde es das Schicksal der Hauptsache teilen und mithin ebenfalls an den Kläger zurückfallen. Allein weder hinsichtlich des Wohnungsmobiliars, noch auch hinsichtlich des landwirtschaftlichen Inventars und des Viehstandes liegt eine klare Willenskundgebung des Eigentümers im Sinne von Art. 644 ZGB vor, dass diese Fahrhabe als Zugehör zu betrachten sei. Insbesondere darf in der Einbeziehung des Inventars in den Kaufvertrag keine solche Willenskundgebung gesehen werden (BGE 42 II 121), wenn es auch gerade bei Übergabe einer Liegenschaft durch den Vater an den Sohn üblich ist, das Inventar mit zu übergeben. Einen Ortsgebrauch, wonach das Inventar als Zugehör zu gelten hätte, behauptet die Beklagte selber nicht.

Den Anspruch auf Schadenersatz wegen der Nichtrückgabe des Inventars hat der Kläger mit Recht fallen gelassen, da in der Anerkennung eines solchen die Verneinung der Ersitzung liegen würde.

5. — Für den Fall der grundsätzlichen Guttheissung der Eigentumsklage macht die Beklagte geltend, dass die Rückgabe der Liegenschaft nach den Besitzregeln, Art. 938 f. ZGB, zu erfolgen habe, unter Abzug des Wertes der vom Kläger und seiner Ehefrau seit 1. September 1930 genossenen Pfrundleistungen, die auf Fr. 16,000.— zu veranschlagen seien. Dieser Anspruch scheidet aber schon daran, dass der Kläger seine Liegenschaft nicht intakt zurückerhält, weil der Sohn Felix die Belastung derselben durch eine Grundlast zu Gunsten der Schweiz.

Volksbank um Fr. 20,000.— erhöht hat. Hiefür ist er ersatzpflichtig. Auf den Grundsatz von Art. 938 Abs. 2 ZGB, wonach der gutgläubige Besitzer für Wertverminderungen der Sache nicht haftet, kann sich die Beklagte nicht berufen, da der Sohn Theiler gemäss Ziffer 6 der Kaufbedingungen selbst als Eigentümer der Liegenschaft neue Grundpfandbelastungen nur mit Zustimmung seiner Eltern hätte vornehmen dürfen. Dass diese Zustimmung vorgelegen habe, behauptet die Beklagte aber selber nicht. Abgesehen hiervon hat der Sohn Theiler während der ganzen Zeit den Nutzen von der Liegenschaft gehabt. Wenn er auch kraft seines guten Glaubens zur Nutzung berechtigt war, so ist diese doch auf seinen Ersatzanspruch für den den Eltern gewährten Unterhalt anzurechnen. Endlich ist zu berücksichtigen, dass die Eltern in all den Jahren auf dem Gewerbe des Sohnes mitgearbeitet und damit ihren Unterhalt mindestens zum Teil selber verdient haben.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 8. November 1940 wird aufgehoben und die Klage in dem Sinne geschützt, dass Felix Theiler-Jenny als Eigentümer der Liegenschaft Grabenhof... im Grundbuch gelöscht und an seiner Stelle der Kläger Felix Theiler-Koch als Eigentümer eingetragen wird. Der Grundbuchführer wird zur Vornahme dieser Löschung und Eintragung ermächtigt. Im übrigen werden die Begehren beider Parteien abgewiesen.

37. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Juni 1941 i. S. Wild gegen Siber & Wehrli A.-G.

Aktienrecht. Auflösung der A.-G. aus wichtigen Gründen, Art. 736^a OR. Zur Klage legitimiert ist auch ein einzelner Aktionär, der 20% des Aktienkapitals vertritt.

Für die Umschreibung des wichtigen Grundes können die für die Auflösung aus wichtigen Gründen bei den Personengesellschaften geltenden Grundsätze nicht herangezogen werden. Zweck der Bestimmung ist der Schutz der Minderheit gegen fortgesetzten Machtmissbrauch der Mehrheit. Die Klage ist subsidiär und kann daher nur erhoben werden, wo weder Gesetz noch Statuten der Minderheit Schutz zu gewähren vermögen.

Société anonyme. Dissolution pour de justes motifs. Art. 736 ch. 4 CO. L'actionnaire qui possède 20% du capital-actions a aussi qualité pour conclure à la dissolution.

On ne saurait, pour déterminer quels faits constituent de « justes motifs », mettre à contribution les principes qui régissent la dissolution pour de justes motifs en matière de sociétés de personnes.

La disposition précitée a pour but la protection de la minorité contre les abus de pouvoir constants que la majorité pourrait éventuellement commettre.

L'action de l'art. 736 ch. 4 CO est une voie de droit subsidiaire et ne peut donc être intentée que lorsque la loi ni les statuts n'accordent de protection à la minorité.

Società anonima. Scioglimento per gravi motivi. Art. 736 cp. 4 CO. L'azionista che possiede il 20% del capitale azioni ha pure qualità per chiedere lo scioglimento.

Per stabilire quali fatti costituiscano « gravi motivi » non si può far capo ai principi che disciplinano lo scioglimento per gravi motivi in materia di società di persone.

La norma suddetta ha per iscopo la protezione della minoranza dagli abusi di potere continuati che la maggioranza potrebbe eventualmente commettere.

L'azione dell'art. 736 cp. 4 CO ha carattere sussidiario e può dunque essere intentata solo quando nè la legge nè gli statuti non accordano protezione alla minoranza.

Das Hauptbegehren der Klägerin auf Auflösung der beklagten A.-G. stützt sich auf Art. 736 Ziffer 4 OR, wonach die Gesellschaft durch Urteil des Richters aufgelöst wird, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens den fünften Teil des Grundkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen.

a) Da die Klägerin am Grundkapital der A.-G. mit weit mehr als einem Fünftel beteiligt ist, steht ihr die Legitimation zur Auflösungsklage zu. Dass die sämtlichen Minderheitsaktien in einer Hand vereinigt sind, ist bedeutungslos. Aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung, worin von einer Mehrzahl von Aktionären die Rede ist, die zusammen den fünften Teil des Grund-