

verpflichten, gleichwie zur Verpfändung eines auf fremder Liegenschaft lastenden Pfandtitels oder eines sonstigen Wertpapiers. Aber zu einer nicht freiwillig, kraft Verfügungsrechtes über sein Grundeigentum, vorgenommenen Grundpfanderrichtung kann er eben nicht kraft vertraglicher Verpflichtung von einem Andern angehalten und gerichtlich verurteilt werden, wenn die Verpflichtung nicht nach Vorschrift von Art. 799 Abs. 2 ZGB öffentlich beurkundet wurde. (So richtig LEMANN, zu Art. 799 N. 27 und 28). Auch das eventuelle Begehren um « Perfektionierung » der Schuldbriefe durch behördliche Massnahmen setzt eine gültige Verpflichtung der Beklagten voraus, woran es nach dem Gesagten fehlt.

3. — Höchstens dann könnte der Faustpfandvertrag hinsichtlich der beiden neuen Schuldbriefe verbindlich sein, wenn die Beklagte vor dessen Abschluss von sich aus solche Schuldbriefe beim Grundbuchamt angemeldet und erst nachträglich deren Unterzeichnung verweigert hätte. Die Klägerin scheint von einem solchen Sachverhalt ausgegangen zu sein. Aber die Beklagte hat in der Rechtsantwort erklärt, sie habe « diesbezüglich mit dem Grundbuchamt keine Rücksprache genommen », und hierauf hat die Klägerin keinerlei Beweis für eine solche Anmeldung seitens der Beklagten, noch für eine Tagebucheinschreibung oder gar einen Hauptbucheintrag erbracht. Es muss also angenommen werden, das Grundbuchamt habe die Pfandtitel lediglich auf Wunsch der Klägerin (bezw. ihrer Rechtsvorgängerin) vorbereitet, was die Beklagte zu nichts verpflichtet und es nicht zulässt, von bereits (im Grundbuch) errichteten Schuldbriefen zu sprechen.

4. — Auf den Liegenschaftskaufvertrag vom 21. Juni 1943 lässt sich die vorliegende Klage keineswegs stützen. Es ist nicht zu prüfen, ob die Klägerin die « nach Wahl des Verkäufers » anzuerkennende neue Grundpfandgläubigerin sein soll. Nach der vorliegenden Klage beansprucht sie nicht diese Stellung, sondern will neue Schuldbriefe als Faustpfand erhalten. Der Kaufvertrag, der die Errichtung

einer neuen Grundpfandverschreibung vorsieht, enthält keine Verpflichtung zur Errichtung von Schuldbriefen und zu deren Verpfändung.

Ob die Beklagte zufolge der Löschung der alten Grundpfandverschreibung ungerechtfertigt bereichert sei, spielt endlich für die hier zu treffende Entscheidung keine Rolle. Bereicherung verpflichtet nicht zur Errichtung eines Grundpfandes und zur Verpfändung von Pfandtiteln, was hier allein in Frage steht.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Standes Zürich vom 31. August 1945 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

62. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. November 1945 i. S. ZITAG, Zur Immobilien-Treuhand A.-G. gegen Stingelin.

*Mäklervertrag* : Einfluss eines Verzichts auf die Ausführung des Hauptvertrages oder einer Aufhebung desselben. Art. 413 Abs. 1 OR (Erw. 2).

Zustandekommen des Hauptvertrages, Abgrenzung der wesentlichen Punkte von blossen Nebenpunkten im Sinne von Art. 2 OR. Zahlungsbedingungen beim Kauf als wesentliche Nebenpunkte gemäss dem Willen der Parteien (Erw. 3).

*Courtoage* : Influence d'un accord par lequel les contractants renoncent à l'exécution du contrat principal ou à ce contrat lui-même. Art. 413 al. 1 CO (consid. 2).

Conclusion du contrat principal, distinction entre points essentiels et points secondaires au sens de l'art. 2 CO. Conditions de paiement dans une vente, considérées comme des points secondaires par leur nature, mais essentiels selon la volonté des parties (consid. 3).

*Contratto di mediazione*: Influsso d'una rinuncia all'adempimento del contratto principale o d'un annullamento di esso. Art. 413 cp. 1 CO (consid. 2).

Conclusione del contratto principale; distinzione tra punti essenziali e punti secondari a' sensi dell'art. 2 CO.

Condizioni di pagamento in una vendita considerate come punti secondari per loro natura, ma essenziali per volontà delle parti (consid. 3).

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Beklagte Frau Stingelin trat durch Vermittlung der Liegenschaftsagentur ZITAG in Verbindung mit der Schweiz. Bodenkreditanstalt in Zürich, die über die sämtlichen Aktien der Hotel Montana A.-G. in Luzern verfügte. Am 4. November 1943 unterbreitete sie der ZITAG zu Händen der Bank eine Offerte auf Übernahme sämtlicher Aktien der genannten A.-G. zu einem bestimmten Preis. Am 11. November 1943 liess die Bank durch ihren Vertreter der Beklagten mitteilen, sie nehme die Offerte vorbehältlich der Genehmigung durch den Verwaltungsrat an, welche sofort nach Bereinigung aller Nebenpunkte betr. die Modalitäten der Übertragung, der Anzahlung usw. eingeholt werde. Am 16. November fand eine Besprechung statt, im Anschluss an die ein Vertragstext aufgesetzt wurde, dessen Unterzeichnung die Beklagte dann jedoch verweigerte. Die Bank stellte sich auf den Standpunkt, der Kaufvertrag über das Aktienpaket sei zustande gekommen, verzichtete aber auf die rechtliche Durchsetzung der von ihr behaupteten Ansprüche.

Die ZITAG belangte die Beklagte auf Bezahlung der Maklerprovision, da der Hauptvertrag zustande gekommen sei. Das Amtsgericht Luzern-Stadt und das Obergericht Luzern wiesen die Klage ab. Das Bundesgericht bestätigt diesen Entscheid.

#### *Aus den Erwägungen:*

2. ... Ob der Hauptvertrag zwischen der Berufungsbeklagten und der Bodenkreditanstalt wirklich zur Entstehung gelangt sei, ist u. a. deshalb unsicher, weil diese beiden Vertragskontrahenten von einer Vertragsausführung

Umgang genommen haben. Es ist an sich denkbar, dass dies deshalb geschah, weil diese beiden Parteien — ob zu Recht oder zu Unrecht, kann hier dahingestellt bleiben — den Vertrag als nicht zustande gekommen ansahen oder wenigstens sein Zustandekommen für so zweifelhaft hielten, dass sie glaubten, von einer Ausführung Umgang nehmen zu sollen. Möglich ist aber auch, dass sie den nach ihrer Auffassung gültig abgeschlossenen Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend wieder aufgelöst zu haben glaubten, weil ihnen das sachlich so passte. Ob die eine oder die andere Variante zutrefte, kann dahingestellt bleiben, weil in beiden Fällen geprüft werden muss, ob ein Hauptvertrag einmal zustande gekommen war. Denn traf dies zu, so hat der Makler seine Provision verdient, d. h. sein Anspruch vermöchte ihm diesfalls weder durch einen Verzicht der Parteien auf die Ausführung des Hauptvertrages, noch durch eine allfällige Aufhebung desselben, genommen zu werden (vgl. BGE 29 II 112). ....

#### 3. a) ....

b) Durch den im Schreiben vom 11. November 1943 enthaltenen Vorbehalt der Vertragsgenehmigung durch den Verwaltungsrat der Bodenkreditanstalt wäre ein allfälliger Vertragsschluss zum bedingten geworden (vgl. v. TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des schweizerischen OR, 2. Aufl., S. 343 Fussnote 18). Anwendbar ist daher Art. 413 Abs. 2 OR, wonach, wenn ein Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden ist, der Maklerlohn erst nach dem Eintritt der Bedingung verlangt werden kann, d. h. zur Entstehung gelangt. In diesem, aber auch nur in diesem Sinne kann daher in der Tat nicht gesagt werden, dass schon durch einen angeblichen Vertragsschluss vom 11. November 1943 ein Anspruch auf Maklerlohn hätte zur Entstehung gelangen können. Damit ist indessen keineswegs gesagt, dass nun etwa die Vorgänge zwischen dem 4. und dem 11. November 1943 bedeutungslos geworden seien. Denn zu Beginn der mündlichen Verhandlungen des 16. November 1943 scheint Direktor

Schulthess von der Bodenkreditanstalt von der Zustimmung des Verwaltungsrates dieser Bank Kenntnis gegeben zu haben. Damit wäre aber ein endgültiger Vertrag zustande gekommen, falls der Vertreter der Bank sich zuvor über alle wesentlichen Punkte mit der Beklagten geeinigt haben sollte. Es ist daher zu prüfen, ob dies letztere zutrifft.

c) Nach der Auffassung der Vorinstanz lag am 11. November 1943 eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung hinsichtlich der Ordnung der Zahlungsbedingungen (mit Einschluss der Frage des Zeitpunktes der Aktienübergabe) nicht vor. Diese Feststellung ist grundsätzlich tatsächlicher Natur und bindet daher das Bundesgericht (vgl. BGE 57 II 176 und die dortigen Verweisungen). Anders würde es sich höchstens dann verhalten, wenn der Begriff der gegenseitigen übereinstimmenden Willensäußerung von der Vorinstanz falsch gehandhabt worden wäre, was indessen hier ausser Frage steht.

Weiter hat die Vorinstanz dann — indessen ohne nähere Begründung — angenommen, dass es sich bei diesen Zahlungsbedingungen nicht um blosse Nebenpunkte im Sinne des Art. 2 OR gehandelt habe, weshalb ein Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen sei.

Wesentliche Bestandteile eines Vertrages, über die eine Einigung der Parteien unumgänglich notwendig ist, können entweder schon vom Gesetz selbst oder dann auch bloss von den Parteien als solche charakterisiert werden. Im erstern Falle ist die Frage, ob ein die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindernder Nebenpunkt vorliege, schlechthin Rechtsfrage. Im zweiten Falle dagegen steht die tatbeständliche Frage im Vordergrund, ob eine gegenseitige übereinstimmende Willenseinigung des Inhaltes vorliege, dass an sich nach dem Gesetz nicht begriffsnotwendige und in diesem Sinne nicht wesentliche Punkte von den Parteien doch als wesentliche behandelt werden wollten.

Die Ordnung der Zahlungsbedingungen gehört beim Kauf nicht zu den essentialia negotii. Beim Barkauf gehört

sie immerhin wenigstens zu den naturalia negotii in dem Sinne, dass hier die Barzahlung die Regel bildet (vgl. Art. 213 Abs. 1 OR). Mit dieser Feststellung ist indessen noch nichts für die Lösung der Frage gewonnen, ob man es bei der Ordnung der Zahlungsbedingungen beim Fahrnisverkauf nach der Parteimeinung mit einem Nebenpunkt zu tun habe. Nach dieser Richtung hin muss beim Fehlen einer ausdrücklichen Willensäußerung der Parteien in erster Linie auf die Verkehrsauffassung abgestellt werden (vgl. hiezu auch KELLER, Der Vorbehalt von Nebenpunkten beim Vertragsabschluss nach Art. 2 OR, S. 76 ff. und 98 ff., sowie die dortigen Verweisungen). Diese geht nun bei Käufen von der Bedeutung des vorliegenden dahin, dass die Ordnung der Zahlungsbedingungen nach der Parteiauffassung zu den wesentlichen Nebenpunkten gehört. Dies ganz besonders noch dann, wenn nur der Form nach ein Fahrnisverkauf vorliegt, in Wirklichkeit aber eine Liegenschaft Hand ändern soll. Ergibt sich aber schon auf Grund der Verkehrsauffassung, dass den Zahlungsbedingungen der Charakter von wesentlichen Nebenpunkten zukommt, so kann entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht gesagt werden, die Berufungsbeklagte hätte ihre dahingehende Auffassung von allem Anfang an deutlich zum Ausdruck bringen müssen. Zum gleichen Ergebnis gelangt man übrigens auch dann, wenn man prüft, ob es sich bei den Zahlungsbedingungen nach Lage der Dinge (insbesondere wegen der wirtschaftlichen Bedeutung) um Verhältnisse handle, auf welche die Parteien beim Vertragsschluss vernünftigerweise Gewicht legen mussten (vgl. über die grundsätzliche Bedeutung dieses Kriteriums BECKER, Komm. zum OR, 2. Aufl., Art. 2 N. 4). Zur Überprüfung dieser Verhältnisse ist das Bundesgericht befugt und verpflichtet, weil es sich dabei in der Hauptsache um die Anwendung von Erfahrungssätzen handelt (vgl. über diese BGE 69 II 204 Erw. 5 und 424 Erw. 4 sowie 70 II 115 Erw. 2a).

Muss somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz

angenommen werden, dass die Zahlungsbedingungen keine unwesentlichen Nebenpunkte im Sinne des Art. 2 OR darstellten, so konnte die Zustimmungserklärung des Verwaltungsrates der Bodenkreditanstalt zu Beginn der Verhandlungen vom 16. November 1943 nicht zu einem Vertragsschluss führen. Damit ergibt sich aber die Notwendigkeit der Prüfung auch der Frage, ob ein gültiger Vertrag dann auf Grund der weiteren Verhandlungen vom 16. November 1943 zustande gekommen sei.

**63. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Dezember 1945 i. S. Hussnigg gegen Plica A.-G. und Rohrfabrik Rüschiikon A.-G.**

*Aktiengesellschaft.*

Die rechtliche Selbständigkeit der sog. Einmann- oder Tochtergesellschaft gegenüber dem einzigen Aktionär, der Muttergesellschaft, muss in Bezug auf die rechtlichen Beziehungen des einzigen Aktionärs zu Dritten unbeachtet bleiben, wenn das der Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr erfordert. Gleich verhält es sich, wenn zwar eine Mehrheit von Aktionären vorhanden ist, einer von diesen aber allein das Verfügungsrecht über die Aktiengesellschaft hat und hievon auch Gebrauch macht.

*Société anonyme.*

Société dont toutes les actions sont en mains d'un seul actionnaire ou d'une autre société. Le fait que cette société est juridiquement indépendante de la personne qui détient les actions ne saurait, dans les rapports de cette personne avec des tiers, prévaloir contre les règles de la bonne foi en affaires. Il en est de même lorsqu'il existe une pluralité d'actionnaires mais qu'en fait, seul l'un d'eux a le pouvoir de disposer de la société et en fait usage.

*Società anonima.*

Società, le cui azioni sono tutte in mano d'un solo azionista o d'un'altra società. Il fatto che questa società è giuridicamente indipendente dalla persona che detiene le azioni non esclude, nei rapporti di questa persona coi terzi, l'applicazione delle norme della buona fede negli affari. Così è pure quando esistono più azionisti, ma solo uno di essi ha, di fatto, il diritto di disporre della società e fa uso di questo diritto.

A. — Am 20. April 1938 verkaufte der Kläger Ing. Hussnigg dem Robert Naville das Schweizerpatent Nr. 161059 betreffend ein Verfahren und eine Vorrichtung

zur Herstellung schraubenförmig gerillter Schläuche in fortlaufendem Arbeitsgang. Im Vertrag war die Übertragung des Patentes « auf den Käufer oder auf eine von demselben namhaft gemachte Person » vorgesehen. Es wurde in Wirklichkeit auf die Beklagte Nr. 1, die am 15. November 1938 gegründete Rarona A.-G. übertragen, die später die Firma Plica A.-G. annahm. Lizenznehmerin wurde die Beklagte Nr. 2, die Kopex A.-G., die am 30. November 1938 gegründet wurde und seither ihre Firma in Rohrfabrik Rüschiikon A.-G. abgeändert hat. Naville war Aktionär in beiden Gesellschaften.

Aus dem Vertrag vom 20. April 1938 sind folgende Bestimmungen hervorzuheben :

« 4. Der Verkäufer verpflichtet sich, dem Käufer alle weiter von ihm gefundenen Verbesserungen oder Erfindungen, ob patentfähig oder nicht, auf dem den Gegenstand des Vertrages bildenden Gebiete jeweils sofort und *kostenfrei* zu überlassen. Im gleichen Sinne hat auch der Käufer dem Verkäufer seine gesammelten Erfahrungen, Verbesserungen und Erfindungen bekannt zu geben resp. für alle Staaten ausserhalb der Schweiz kostenlos zu überlassen ».

« 6. Der Käufer verpflichtet sich, ausserhalb der Schweiz keinerlei Erzeugnisse des den Gegenstand des Vertrages bildenden Patentes zu verkaufen oder wissentlich an Dritte für die Ausfuhr aus der Schweiz zu liefern. Desgleichen wird der Verkäufer alle anderen Patentkäufer oder Lizenznehmer in anderen Ländern verpflichten, weder Lieferungen nach der Schweiz durchzuführen, noch wissentlich für die Einführung in die Schweiz zu verkaufen. »

Naville verkaufte am 11. Juni 1941 sämtliche 200 Aktien der Rarona A.-G. an die Treuhandvereinigung Fides.

B. — Am 5. Januar 1944 hat Ing. Hussnigg beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Plica A.-G. und die Rohrfabrik Rüschiikon A.-G. eine Klage eingereicht, mit der er geltend machte, dass auch die Beklagten die in Ziff. 4 und 6 des Vertrages vom 20. April 1938 von Naville übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen hätten, weil sie mit Naville zur Zeit der Patentübertragung und der Lizenznahme wirtschaftlich identisch gewesen seien.

Das Handelsgericht schützte diesen Standpunkt.

Die dagegen von den Beklagten erklärte Berufung ist vom Bundesgericht abgewiesen worden