

mung zur Verwendung für seinen Haushalt, sondern einzig und allein im Hinblick auf die ihr eingeräumten Sicherheiten, ergibt sich zweifelsfrei aus der von ihr auf Editionsbegehren hin eingelegten Korrespondenz.

4. — Selbst wenn aber der Ehemann der Beklagten den Kredit unter Umständen benützt hätte, welche es für die Klägerin hätten klar erscheinen lassen, dass er zur Befriedigung der Bedürfnisse seines Haushalts verwendet werde, wie insbesondere wenn er ihr die Rechnungen von Lieferanten und dergl. zur direkten Zahlung übergeben hätte, so könnte sie eine Haftung der der Beklagten hieraus doch nicht herleiten, weil die subsidiäre Haftung der Ehefrau gemäss Art. 207 Abs. 2, 220 Abs. 2 und 243 Abs. 3 ZGB auf solche Schulden beschränkt werden muss, vermittelt welcher eine Gegenleistung erworben wird, deren Gegenstand unmittelbar der Befriedigung eines Haushaltsbedürfnisses zu dienen geeignet ist, was nur auf sog. Naturalleistungen, niemals aber auf Geldleistungen zutreffen kann. Dies ergibt sich aus folgender Ueberlegung: Bleiben Wohnungsmiete, Lieferantenrechnungen, Dienstlöhne und dergleichen während längerer Zeit unbezahlt, so kann dies der Ehefrau nicht verborgen bleiben; dann wird sie aber auch irgendwelche Massnahmen treffen können, welche geeignet sind, ihre Haftung dem Masse nach zu beschränken. Bestreitet aber der Ehemann die Kosten des Haushalts aus einem ihm gewährten Bankkredit, so wäre es viel eher möglich, dass die Ehefrau sich nach Jahren plötzlich vor eine beträchtliche Schuld gestellt sähe, von welcher sie bisher keine Ahnung hatte und gegen deren Anwachsen sie sich infolgedessen auch nicht hätte schützen können. Der subsidiären Haftung der Ehefrau für vom Ehemann für den gemeinsamen Haushalt eingegangenen Schulden eine solche Ausdehnung zu geben, liesse sich mit dem System der Ehegesetzgebung des ZGB, die durch eine Reihe von Vorschriften auf den Schutz der Ehefrau abzielt, schlechterdings

nicht vereinbaren. Die einschränkende Auslegung lässt sich denn auch ohne weiteres im Hinblick darauf rechtfertigen, dass Art. 207 Abs. 2, 220 Abs. 2 und 243 Abs. 3 ZGB Ausnahmenvorschriften im Verhältnis zu Art. 160 Abs. 2 ZGB darstellen, welcher die Pflicht zum Unterhalt von Weib und Kind grundsätzlich dem Ehemann auferlegt.

5. — Auf die Frage der Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes der Beklagten braucht somit nicht eingetreten zu werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. August 1923 bestätigt.

II. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

63. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. November 1923

i. S. Konkursmasse des F. Wyss gegen Eidgenossenschaft.

Verlagsvertrag: Rechte des Verlaggebers bei Konkurs des Verlegers: Neben dem Recht aus Art. 392, Abs. 3, OR auf Bewirkung der geschuldeten Leistung durch einen Dritten steht ihm auch das Zurückbehaltungs- und Rücktrittsrecht nach Art. 83 OR zu, und zwar auch dann, wenn er vertraglich vorleistungspflichtig ist.

A. — Am 30. August 1920 schloss das eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (VD) mit Ferdinand Wyss 2 Verlagsverträge ab über die Herausgabe je eines Bandes des Werkes: « Die Abteilung für industrielle Kriegswirtschaft ». Der einzig streitige Vertrag über den

2. Band enthält in § 3 die Bestimmung : « An die Kosten der Herausgabe leistet das Volkswirtschaftsdepartement zum voraus einen Beitrag von 15,000 Fr. ».

Unterm 30. September 1920 eröffnete die Gewerbe-
kasse in Bern dem Ferdinand Wyss einen Kredit in der
Höhe von 15,000 Fr., für den Wyss « die aus seinem Ver-
lagsverträgen I und II vom 30. August 1920 mit dem
eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement resultie-
renden Forderungen » als Pfand bestellte, wovon die Ge-
werbekasse dem VD bereits am 29. September Mitteilung
gemacht hatte. Im gegenseitigen Einverständnis der Be-
teiligten wurde die verpfändete Forderung späterhin auf
13,400 Fr. plus allfällige nach dem 31. August 1921 auf-
laufende Kapitalzinsen und Kommissionen begrenzt.
Vorgängig dieser Verpfändung hatte das VD dem Wyss
auf sein ausdrückliches Verlangen mit Schreiben vom
14. September 1920 bestätigt, dass die Verzögerung in
der Auszahlung des ihm nach § 3 des Vertrages zukom-
menden Betrages nicht auf Einwände zurückzuführen sei,
die wegen Verspätung der Lieferung oder aus andern
Gründen erhoben würden, und dass ihn an der Verzöge-
rung der Herausgabe keine Schuld treffe, mit dem Bei-
fügen : « Unsere vertragsmässigen Zahlungen werden bei
Erscheinen des Werkes stattfinden. » Am 14. Januar
1921 fragte die Gewerbe-
kasse das VD an, ob sie demnächst
die in § 3 des Verlagsvertrages vorgesehene Zahlung von
15,000 Fr. erwarten dürfe, worauf ihr dieses am 17. Jan-
uar zurückschrieb, dass diese Zahlung erst beim Er-
scheinen des zweiten Teiles fällig werde. Auf diesem Stand-
punkt beharrte das VD auch mit Schreiben vom 26. Sep-
tember gegenüber einer Zahlungsaufforderung der Ge-
werbekasse vom 21. September 1921.

Inzwischen war am 5. September 1921 der Konkurs
über Ferdinand Wyss eröffnet worden. Mit Eingaben vom
28. September und 17. Oktober 1921 an das Konkursamt
Bern-Stadt verlangte das Volkswirtschaftsdepartement
gestützt auf Art. 392, Abs. 3 OR Sicherstellung der Er-

füllung der streitigen Vertrages in Gestalt einer Realkau-
tion von total 23,400 Fr. (15,000 Fr. gemäss § 3 plus
8400 Fr. für 700 eventuell zu übernehmende Exemplare).
Am 19. Oktober 1921 teilte ihm das Konkursamt mit,
dass die Konkursmasse Wyss die Sicherstellung nicht
leisten werde, mit dem Bemerken, dass die Gewerbe-
kasse als Pfandgläubigerin das Sicherstellungsbegehren be-
streite, woraufhin das VD mit Schreiben vom 7. November
1921 den Verlagsvertrag 2 als dahingefallen erklärte.

Am 4. Juli 1922 hat die Konkursverwaltung der Ge-
werbekasse in Bern die Rechtsansprüche der Masse ge-
mäss Art. 260 SchKG abgetreten.

B. — Mit der vorliegenden Klage belangt die Ge-
werbekasse in Bern namens der Konkursmasse Wyss die
Eidgenossenschaft auf Zahlung von 13,400 Fr. nebst
6 % Zins seit 31. August 1921. Zur Begründung wird im
wesentlichen geltend gemacht : Nach § 3 des Verlagsver-
trages sei das VD für den Betrag von 15,000 Fr. vorlei-
stungspflichtig. Eine Abänderung dieser Bestimmung
dahingehend, dass die Zahlung dieser 15,000 Fr. erst mit
Erscheinen des zweiten Bandes fällig werde, wie die Be-
klagte in ihrem Schreiben vom 17. Januar 1921 behauptet
habe, sei nie erfolgt. Sie lasse sich insbesondere auch nicht
etwa aus dem Umstande herleiten, dass Wyss nicht sofort
nach Vertragsschluss auf der Auszahlung beharrt habe.
Gegen die vom VD im Schreiben vom 17. Januar 1921
geäusserte Auffassung, dass die Zahlung erst beim Er-
scheinen des zweiten Teiles fällig werde, habe der Direktor
der Gewerbe-
kasse sofort telephonisch protestiert. Da
Art. 83 OR bloss die Gefährdung zukünftiger Gegen-
leistungen im Auge habe, sei das VD nicht berechtigt
gewesen, von der Konkursverwaltung Sicherstellung für
seine eigene längst verfallene Verbindlichkeit zu ver-
langen und wegen Nichtleistung derselben vom Vertrage
zurückzutreten.

Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage, even-
tuell Abweisung derselben zur Zeit, indem sie ausführt :

Die Klage beruhe auf dem unverständlichen Irrtum, das VD habe Sicherstellung für die Erfüllung seiner eigenen Verpflichtungen verlangt. Aus dem Schreiben an die Konkursverwaltung vom 28. September 1921 gehe aber klar hervor, dass die Sicherstellung mit Bezug auf vertragsmässige, damals noch nicht verfallene Verpflichtungen des Verlegers begehrt, und nur hinsichtlich der Berechnungsart und Höhe dieser Sicherheit eine Relation mit den eigenen Verpflichtungen des Verlagsgebers hergestellt worden sei. Die Höhe der verlangten Sicherheit habe die Klägerin nicht bestritten. Die rechtliche Zulässigkeit dieses Begehrens stehe ausser Zweifel. Sowohl nach der Spezialbestimmung von Art. 392, Abs. 3 OR, die sich selbstverständlich nur auf die Verlegerverbindlichkeiten beziehe, wie nach der allgemeinen Regel des Art. 83 OR sei im Konkursfall das Recht auf Sicherstellung gegeben, gleichgültig, ob in diesem Zeitpunkt der Verlaggeber seinerseits noch Verpflichtungen zu erfüllen habe und ob diese fällig seien oder nicht. Der auf Grund der Vorweigerung der Sicherstellung erklärte Rücktritt sei somit gerechtfertigt gewesen.

Entgegen der Behauptung der Klägerin sei aber auch die Willensmeinung der Vertragsparteien nie dahin gegangen, dass die 15,000 Fr. bei Vertragsschluss zu zahlen seien. § 3 des Vertrages bedeute einfach eine Sicherstellung des Verlegers, indem ihm « zum vorneherein », « für alle Fälle » ein Beitrag von 15,000 Fr. an die Kosten garantiert war, unbekümmert darum, wie sich der Absatz des Werkes gestalten werde. Keineswegs aber habe mit dem Passus « zum voraus » eine Vorleistungspflicht des VD begründet werden wollen. Dass tatsächlich auch Wyss die Bestimmung dahin aufgefasst habe, die 15,000 Fr. seien erst nach Herausgabe des 2. Bandes zu zahlen, ergebe sich daraus, dass er nie Zahlung verlangt habe.

Sollte das Gericht diese Auffassung nicht teilen, so wäre die Beklagte als Verlaggeberin zum mindesten berechtigt, ihre Leistung von 15,000 Fr., bzw. die von der

Klägerin geforderten 13,400 Fr. gemäss Art. 83 OR vorläufig zurückzuhalten.

C. — Nach Abhaltung eines Rechtstages, an welchem 5 Zeugen einvernommen wurden, hat der Instruktionsrichter am 5. September 1923 das Vorverfahren als geschlossen erklärt. Aus den Aussagen des als Zeugen einvernommenen F. Wyss ist folgendes Wesentliche hervorzuheben: « zum voraus » fasste ich so auf, dass das VD 15,000 Fr. zum voraus bezahle, damit ich Spesen und Auslagen decken konnte, also bevor die Arbeit beendet war. Wie ich mich erinnere, habe ich die 15,000 Franken beim VD verlangt, wurde aber nicht bezahlt.

Auf die Bestreitung der Gegenpartei hin, dass er Zahlung verlangt habe, erklärte Wyss: Ich drängte nicht auf Zahlung aus Kulanz gegenüber dem Kunden, von dem ja die Zahlung erhältlich war. Und auf die Mitteilung der Gegenpartei, dass die Zahlungen für den 1. Band erst am 16. September 1920 geleistet worden seien: Der erste Band wurde, wie ich glaube, bis Ende August fertig. Beim ersten Vertrag hatte ich Geld nicht nötig und drängte nicht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Das Schicksal der von der Gewerbekasse in Bern als Abtretungsgläubigerin der Konkursmasse Wyss (Art. 260 SchKG) angehobenen Klage hängt davon ab, ob das VD als Verlaggeber grundsätzlich berechtigt war, Sicherstellung zu verlangen und nach Verweigerung derselben vom Verlagsvertrage mit Wyss zurückzutreten. Die Frage, ob das Sicherstellungsbegehren der Höhe nach gerechtfertigt und die angesetzte Frist angemessen war, fällt hier ausser Betracht. Die Beklagte hat die Verbindlichkeiten des Wyss nach der Höhe der von ihr versprochenen Gegenleistungen bemessen, woraus die Klägerin wiederholt die widersinnige Behauptung ableitete, das VD habe von der Konkursmasse Sicherstellung seiner eigenen Verpflichtungen verlangt. Erst in der Replik hat

die Klägerin die Höhe der zu leistenden Summe bestritten, indessen lediglich um der Antwortbehauptung, dass dies vorher nicht geschehen sei, zu widersprechen, ohne zu begründen, inwiefern die Summe zu hoch gewesen sei, oder irgendwelche rechtliche Folgerungen aus der eventuellen zu hohen Bemessung der Sicherheit zu ziehen; insbesondere hat sie nicht etwa behauptet, dass eine ziffermässig niedrigere Sicherheit geleistet worden wäre. Das gleiche gilt auch von der in der mündlichen Verhandlung erfolgten Anfechtung. Die Angemessenheit des Sicherstellungsbegehrens in zeitlicher Hinsicht sodann hat die Klägerin überhaupt nie in Abrede gestellt.

2. — Die Beklagte leitet ihr Rücktrittsrecht aus Art. 392, Abs. 3 und Art. 83 OR her, wogegen die Klägerin einwendet, dass diese Bestimmungen vorliegend deshalb nicht zutreffen, weil die sicherzustellende Gegenleistung nach § 3 des Vertrages vorauszugehen hatte und fällig war. Nun spricht Art. 392, Abs. 3 OR freilich nicht eigentlich vom Rücktritt, sondern von der Bewirkung der geschuldeten Leistung durch einen Dritten auf Rechnung des Verlegers. Es handelt sich mithin um eine besondere Art der Vollstreckung der Verbindlichkeit des Verlegers (OSER, N. 2 zu Art. 392) und insofern um eine erfüllungsrechtliche Massnahme, also um einen Anwendungsfall von Art. 98, Abs. 1 OR, wobei der Verlaggeber anspruchsberechtigt wird auf die Differenz zwischen dem Vertragsanspruch gegenüber dem ursprünglichen Verleger und dem einem andern Verleger zu entrichtenden höhern Preis. Auf diesen Erfüllungsstandpunkt hat sich jedoch die Beklagte nicht gestellt, sondern schlechtweg das Vertragsverhältnis mit Wyss durch einseitigen Rücktritt zur Auflösung gebracht. Ob die Herausgabe des zweiten Bandes noch erfolgen solle oder nicht, und wer sie an Stelle des Wyss zu besorgen habe, will sie rein als ihre Sache betrachtet wissen. Ihr Vorgehen stützt sich somit direkt auf Art. 83 OR, der demjenigen, dessen Anspruch durch eine nach Vertragsschluss eingetretene Verschlech-

terung der Vermögenslage des Vertragsgegners gefährdet wird, das Rücktrittsrecht gewährt, sofern er auf sein Begehren innerhalb einer angemessenen Frist nicht sichergestellt wird. Diese Regel, die sich allgemein auf die Ordnung in der Erfüllung zweiseitiger Verträge bezieht, also ohne besondere Erwähnung auch für den Verlagsvertrag gilt, greift neben der zu Gunsten des Verlaggebers für wesentlich gleiche Voraussetzungen aufgestellten speziellen Schutznorm des Art. 392, Abs. 3 OR Platz. Dem Verlaggeber stehen die beiden Rechtsbehelfe wahlweise zur Verfügung. Nichts kann ihn hindern, statt die Surrogaterfüllung, d. h. die Erfüllung durch einen Dritten auf Rechnung des Verlegers zu verlangen, nach dem allgemeinen Grundsatz des Art. 83 OR den ohne weitere Folgen für den Verleger bleibenden Rücktritt vom Verträge zu erklären.

Es fragt sich daher lediglich, ob die Sicherstellung durch den zahlungsunfähigen Vertragsteil auch vom vorleistungspflichtigen Gegenkontrahenten — die Vorleistungspflicht der Beklagten hier vorausgesetzt — verlangt werden könne. Nun kann zunächst darüber, dass Art. 82 und 83 OR in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen, nach ihrer systematischen Einreihung im Gesetz kein Zweifel bestehen. Beiden Artikeln liegt die gleiche gesetzgeberische Tendenz zugrunde: Schutz des einen Kontrahenten im zweiseitigen Vertragsverhältnis gegen die eventuelle Nichterfüllung durch den andern Vertragsteil, also die Betonung des Grundsatzes der Zusammengehörigkeit beider Leistungen und ihrer gegenseitigen Abhängigkeit. Art. 83 OR enthält aber bei einem zulasten des Schuldners gesteigerten Tatbestand auch weitergehende Folgen. Würde das Zurückbehaltungsrecht nach Art. 83, wie die Klägerin einwendet, nur dann gegeben sein, wenn die Leistung des Zurückhaltenden noch nicht fällig wäre, so bedürfte es des Abs. 1 von Art. 83 nicht, denn solchenfalls kann die Leistung schon wegen mangelnder Fälligkeit zurückgehalten werden. Die Zurückhaltung

der « eigenen Leistung » hat vernünftigerweise nur einen Sinn, wenn diese Leistung fällig ist. Aber auch für diesen Fall würde Art. 82 genügen, der dem nicht säumigen Teil insofern noch weitergehende Rechte gewährt, als sich dieser nicht mit blosser Sicherheit für die Erfüllung zu begnügen braucht, sondern die Erfüllung selbst, also eine Mehreres verlangen kann. Dem Erfüllungsanspruch des andern Vertragsteils gegenüber steht ihm die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu. Dass aber das Recht des Gläubigers nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäss Art. 83, Abs. 1 nurmehr auf Sicherstellung seines Anspruches ginge, dem aufrechtstehenden Schuldner gegenüber dagegen Bewirkung der Leistung selbst verlangt werden könnte, kann offenbar nicht der Sinn jener Bestimmung sein. Die Sicherheitsleistung rechtfertigt sich vielmehr gerade in den Fällen, wo dem Gläubiger das Recht zur Verweigerung seiner Leistung bis zur Bewirkung der ihm geschuldeten Gegenleistung nicht zusteht, weil seine Leistung vertraglich derjenigen der Gegenpartei vorauszugehen hat, die Gegenleistung also noch nicht verlangt werden kann. Da nach Art. 82 OR die Rückhaltung nur zulässig ist, um die Vornahme einer bereits verfallenen und nicht erst künftig verfallenden Leistung durch den Gegenkontrahenten zu erzwingen, m. a. W. der Vorleistungspflichtige nach dieser Bestimmung die Erfüllung nicht unter Berufung darauf verweigern kann, dass nicht feststehe, ob die Gegenpartei seinerzeit zur Erfüllung imstande sein werde (AS 38 II 482 ff), müsste die Vorleistung auch dann erfolgen, wenn der Anspruch auf die Nachleistung infolge einer ungünstigen Veränderung der Vermögensverhältnisse gefährdet wäre oder gar von vorneherein illusorisch erscheinen würde. Diese unbillige, mit dem Grundsatz der wechselseitigen Leistung im zweiseitigen Vertragsverhältnis in Widerspruch stehende Folge wollte der Gesetzgeber gerade dadurch vermeiden, dass er demjenigen, dessen Anspruch durch die eingetretene

Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei gefährdet wird, das Recht einräumt, seine eigene Leistung zurückzuhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt ist, ihm also gewissermassen die Einrede des « nichterfüllbaren » Vertrages an die Hand gibt.

Demgegenüber lässt sich nicht etwa einwenden, Art. 83 OR habe auch nach der Auffassung der Klägerin insofern eine Existenzberechtigung, als er über Art. 82 hinaus die Möglichkeit des Rücktritts vorsehe. Denn dieser Rechtsbehelf hat erst bei der Revision Aufnahme im Gesetz gefunden; es musste folglich schon die Regelung im alten OR (Art. 96) eine selbständige Zweckbestimmung gehabt haben, und das konnte keine andere sein als die, den beim zweiseitigen Vertrag Beteiligten über die Voraussetzungen des Art. 95 a. OR — jetzt Art. 82 — hinaus bei Bestehen einer Vorleistungspflicht und deren Fälligkeit Schutz zu gewähren im besonderen Falle der Zahlungsunfähigkeit des Gegenkontrahenten. Das deutsche BGB, das dem OR wie unser Gesetz den sogenannten Drestenerentwurf zugrundegelegt hat und in § 320 und 321 eine unserem Recht materiell entsprechende Regelung enthält, bringt diesen Gedanken in § 321 mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck: « Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist... », um damit den Gegensatz zum vorangehenden, mit Art. 82 OR übereinstimmenden Artikel zu kennzeichnen. Da der Anspruch des Gläubigers im Falle der Zahlungsunfähigkeit und namentlich des Konkurses des Schuldners minderwertig wird, erfordert die Billigkeit, dass ihm die Leistung nur gegen einen entsprechenden Ausgleich in Form der Sicherstellung zugemutet wird.

Hievon ausgehend kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Beklagte berechtigt war, Sicherstellung zu verlangen und wegen Nichtleistung derselben vom Vertrage zurückzutreten, auch wenn sie Wyss die 15,000 Fr. zeitlich zum voraus geschuldet hat und diese Schuld fällig war.

3. — Aber auch wenn Art. 83 OR dieses Recht, wie die Klägerin geltend macht, nur für den Fall gewähren würde, dass der die Sicherheit Verlangende nicht Schuldner einer fälligen Vorleistung sei, müsste die Klage abgewiesen werden, da eine Vorleistungspflicht der Beklagten nicht angenommen werden kann. Nach der Auffassung der Klägerin wäre der in Ziffer 3 des Vertrages gebrauchte Ausdruck « zum voraus » als Zeitbestimmung mit den Leistungen des Verlegers in dem Sinne in Beziehung zu bringen, dass dieser vor der Inangriffnahme der Arbeit Anspruch auf Bezahlung der 15,000 Fr. hatte, während es sich nach der Meinung der Beklagten dabei nur um die Bezeichnung des Ranges für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen handelte, die Zahlung der 15,000 Franken also nur zu den übrigen Leistungen des Verlegers in Beziehung zu setzen wäre und zwar in dem Sinne, dass diese 15,000 Fr. auf jeden Fall geleistet werden sollten, und daneben noch andere Zahlungen, bemessen nach der Zahl der gelieferten Exemplare. Nun lässt zwar jener Passus an sich ebensowohl eine Auslegung im Sinne der Vertragsauffassung der Klägerin, wie derjenigen der Beklagten zu. Betrachtet man aber die Ziffer 3 im Zusammenhang mit den übrigen Vertragsbestimmungen, so ergibt sich zur Evidenz, dass die « zum voraus » zu leistende Aversalzahlung in Gegensatz gebracht ist zu der Umschreibung der in den nachfolgenden Ziffern 4 und 6 weiter festgesetzten Leistungen der Beklagten: « ausserdem übernimmt... », mit jenem Passus also lediglich die graduelle Reihenfolge in den Leistungen des Verlegers zum Ausdruck gebracht werden wollte, ohne zeitliche Vergleichung mit den Leistungen des Verlegers. Aus dem Vertrage ergäben sich denn auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, wie die zeitliche Vorausleistung im Sinne der Klägerin zu verstehen wäre, speziell ob sie sofort nach Vertragsschluss zu erfolgen hatte, oder ob auch eine spätere Leistung noch genügen würde, wenn sie nur vor derjenigen des Verlegers erfolgte. Dass die

Parteien eine so unbestimmte Zeitabrede haben treffen wollen, ist unwahrscheinlich, wäre es doch nahe gelegen, einen absoluten Termin zu vereinbaren, sei es einen kalendermässig bestimmten oder einen von der Unterzeichnung des Vertrages abhängigen.

Diese Annahme wird unterstützt durch die Tatsache, dass die Beklagte die im wörtlich gleich abgefassten ersten Vertrage festgesetzte Aversalsumme von 2000 Fr. erst im September 1920 bezahlt hat, nachdem der Band I bereits im August fertiggestellt war, was Wyss als Zeuge nach Vorweisung der Quittung anerkannt hat mit dem Bemerkung, er habe eben das Geld damals nicht früher benötigt, eine Erklärung, die im Hinblick auf die Person des Schuldners wenig geeignet erscheint, den Nichteinzug jener Summe während eines ganzen Jahres und den damit verbundenen Verzicht auf Zinsen zu rechtfertigen.

Entscheidend fällt sodann in Betracht, dass es an einem Nachweis dafür, dass Wyss die Vorauszahlung der 15,000 Fr. von der Beklagten je verlangt hat, fehlt. Als Zeuge hat er freilich ausgesagt, wie er sich erinnere, habe er die 15,000 Fr. gefordert, aber nicht erhalten, ohne irgendwie angeben zu können, wann und wie er die Zahlung begehrt und aus welchen Gründen sie verweigert worden sei, sodass hierauf nicht abgestellt werden kann. Nach Bestreitung der Richtigkeit dieser Aussage durch die Beklagte hat Wyss übrigens nicht weiter darauf beharrt. Dass er aber bloss aus Kulanz oder gar Rücksichtnahme auf mangelnde Barmittel der Beklagten von der Verfolgung seiner Rechte abgesehen habe, ist sehr unwahrscheinlich.

Auch das Verhalten der Gewerbekasse lässt unzweifelhaft erkennen, dass sie nicht ernstlich an einen Vorleistungsanspruch des Wyss geglaubt hat, indem sie sich erst 3 ½ Monate nach der Verpfändung mit der Anfrage an das VD wandte, ob sie demnächst die Zahlung der 15,000 Fr. erwarten dürfe, und als sie am 17. Januar 1921 den Bescheid erhielt, die Summe sei erst nach Er-

scheinen des zweiten Bandes fällig, sich dabei beruhigte und mit der Geltendmachung ihrer angeblichen Rechte bis zum Konkurse des Wyss, also volle 8 Monate zuwartete. Sie behauptet zwar, ihr Direktor habe sofort telephonisch gegen den vom VD im Schreiben vom 17. Januar 1921 vertretenen Standpunkt Einspruch erhoben, ein Beweis hiefür ist jedoch nicht erbracht worden. Es ist auch das Telephon ein wenig geeignetes Mittel zu Protesten, besonders [nachdem man für weniger wichtige Mitteilungen den schriftlichen Weg gewählt hat. Andernfalls wäre übrigens nicht verständlich, warum sie sich die Forderung überhaupt verpfänden liess, anstatt dem Wyss das Naheliegenste, den Einzug der 15,000 anzuraten.

Ist somit der Rücktritt der Beklagten auch aus diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt, so entfällt mit der Auflösung des Vertrages jede Grundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch, und es ist daher die Klage als unbegründet abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.

64. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. November 1923
i. S. Oberhänslı gegen Bruggmann.

OR Art. 216. Oeffentliche Beurkundung des Grundstückskaufs. Die Tatsache, dass in der öffentlichen Urkunde der seinerzeit vereinbarte Kaufpreis um die vor der Beurkundung geleistete Anzahlung niedriger angegeben wird, tut der Formrichtigkeit des Kaufs keinen Eintrag.

A. — Die Parteien kamen am 30. Juni 1922 überein, dass der Kläger vom Beklagten das Wohn- und Wirtschafts- haus zum Frieden in Hinteregg samt dem Wirtschafts- inventar für 40,000 Fr. kaufe. Am gleichen Tage zahlte der Kläger 3000 Fr. an. Tags darauf wurde der Kauf-

vertrag durch das Notariat Uster öffentlich beurkundet, dabei aber der Kaufpreis nur auf 37,000 Fr. angegeben. Bei der am 6. Juli 1922 vorgenommenen Eigentumsübertragung wurde die gleiche Kaufsumme genannt.

B. — Mit der vorliegenden Klage fordert der Kläger vom Beklagten die erwähnte Anzahlung von 3000 Fr. sowie eine spätere von 5000 Fr., beide mit 5% Zins seit 22. Oktober 1922, zurück, weil der Kauf mangels Beurkundung des vereinbarten Kaufpreises von 40,000 Fr. ungültig sei. Die unrichtige Beurkundung sei vom Beklagten veranlasst worden, der dem Kläger erklärt habe, man wolle die 3000 Fr. Anzahlung nicht erwähnen, es habe keinen Zweck, sie seien ja schon bezahlt und die Fertigungskosten seien dann niedriger. Der im Liegenschaftshandel unerfahrene Kläger, der nicht gewusst, dass der Beklagte nur die Handänderungssteuer umgehen wolle, sei darauf eingegangen. Eventuell ficht der Kläger den Kaufvertrag wegen absichtlicher Täuschung über den Zustand und die Rendite des Kaufobjektes an.

C. — Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und vorbringen lassen : Für die Liegenschaft samt Wirtschaftsmobiliar sei ein Kaufpreis von 37,000 Fr. vereinbart und richtig beurkundet worden, die restlichen 3000 Fr. seien die Gegenleistung für im Liegenschaftspreis nicht inbegriffene weitere Fahrnis und für versprochene Ausbesserungen am verkauften Hause gewesen. Eventuell mache die Beurkundung eines niedrigeren als des vereinbarten Kaufpreises den Kauf nicht ungültig. Auch sei unrichtig geklagt, da der Kläger Aufhebung des Kaufes hätte verlangen müssen, und ferner käme OR Art. 66 zur Anwendung. Eine absichtliche Täuschung des Klägers wird vom Beklagten bestritten.

D. — Durch Urteil vom 27. Juni 1923 hat das Obergericht des Kantons Zürich in Gutheissung des klägerischen Hauptstandpunktes den Beklagten verpflichtet, dem Kläger gegen Rückübertragung der Kaufsache