

Um der Rückforderung auszuweichen, bestreitet jedoch die Beklagte den Klägern die Legitimation zur Verrechnung mit der Begründung, dass ihnen die blosser Übergabe der Obligationen die Forderungsrechte aus denselben nicht zu verschaffen vermochten, sofern sie nicht als Inhaberpapiere gelten gelassen werden. Allein die Beklagte hat ja vor der Klageerhebung durch die Ausrichtung der Abschlagsdividende an die Kläger anerkannt, dass diese Gläubiger aus den Obligationen sind, und kann hierauf nicht nachträglich bezüglich eines Teiles der Schuldsommen zurückkommen. Übrigens hat Dr. Thalmann die Obligationen in Wahrheit als Vertreter erworben, ohne sich jedoch als solchen zu erkennen zu geben, und der Bank war es gleichgültig, wem sie die Obligationen ausstellte, nachdem sie deren Gegenwert bereits erhalten hatte (Art. 32 Abs. 2 OR).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 8. Februar 1927 aufgehoben und die Klage zugesprochen.

**28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Mai 1927 i. S. Rutz gegen Pauli.**

Grundstückkauf: Art. 216, Abs. 1 OR. Missbräuchliche Geltendmachung eines Formmangels des Vertrages.

A. — Durch öffentlich beurkundeten Vertrag vom 9. April 1926 verkaufte der Beklagte Pauli seine Liegenschaft in Oberbalm-Pfäffikon zum Preise von 47,500 Fr. an den Kläger Rutz, mit Antritt auf 15. Mai 1926. An diesen Kaufpreis waren 9939 Fr. 40 Cts. bis zum 12. Mai 1926 beim Grundbuchamt Pfäffikon zuhanden des Verkäufers zu bezahlen. Für den Rest wurden dem Käufer Grundpfandschulden überbunden. Im Kaufe

inbegriffen war das landwirtschaftliche tote Inventar laut besonderem Verzeichnis.

Das Vieh wurde gesondert verkauft, und zwar laut Quittung des Beklagten vom gleichen Tage um 5000 Fr. Ebenfalls am 9. April 1926 stellte der Käufer dem Verkäufer ein am 16. April 1926 fälliges Obligo für 5000 Fr. aus. Dieser Betrag ist dem Beklagten am 17. April 1926 durch die Schweizerische Volksbank Wetzikon ausbezahlt worden.

Mit Schreiben vom 27. Mai 1926 verlangte der Kläger die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung von 10,000 Fr. unter Hinweis darauf, dass der Vertrag ungültig sei, weil der Kaufpreis tatsächlich 52,500 Fr. betragen habe, während nur 47,500 Fr. verurkundet worden seien. Mit Zahlungsbefehl vom 8. Juni 1926 betrieb ihn der Beklagte für die laut Vertrag am 12. Mai 1926 verfallene Anzahlung von 9939 Fr. 40 Cts. nebst Zinsen. Der Betriebene erhob Rechtsvorschlag, anerkannte dann aber das Begehren des Beklagten um provisorische Rechtsöffnung unter Vorbehalt der Ab-erkennungsklage.

B. — Mit der vorliegenden, am 29. Juli 1926 beim Bezirksgericht Pfäffikon eingereichten Klage hat er daraufhin die folgenden, noch streitigen Rechtsbegehren gestellt :

« 1. Es sei die Forderung des Beklagten von 9939 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 5% seit 12. Mai 1926, sowie von 37 Fr. 70 Cts. Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten, sowie Entschädigung abzuerkennen.

2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 10,000 Fr. nebst 5% Zins von 5100 Fr. seit 9. April 1926 und von 5000 Fr. seit 17. April 1926 zu bezahlen. »

C. — Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen, das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 19. Januar 1927.

D. — Hiegegen richtet sich die Berufung des Klägers mit dem Antrag auf Gutheissung der Klagebegehren

1 und 2, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisergänzung.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Vorinstanz lässt die Frage offen, ob die vom Kläger gemäss Schuldschein vom 9. April 1926 bezahlten 5000 Fr., wie er behauptet, einen Teil des Kaufpreises für die Liegenschaft, oder aber im Sinne der Behauptung des Beklagten, den Rest des Kaufpreises für das Vieh darstellten, von der Erwägung ausgehend, dass selbst wenn die Sachdarstellung des Klägers richtig sein sollte, die Klage dennoch abgewiesen werden müsse. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Die Anwendung des vom Bundesgericht in einem neuesten Entscheide bestätigten Grundsatzes, dass ein Grundstückkauf nicht deshalb nichtig ist, weil die Kontrahenten ursprünglich formlos einen höhern Kaufpreis vereinbart, dann aber nach Leistung einer Anzahlung nur noch den verbleibenden niedrigeren Preis haben öffentlich beurkunden lassen (vgl. BGE 52 II 61 ff.), kommt hier deshalb nicht in Frage, weil eine Teilzahlung vor der Beurkundung des Kaufvertrages nicht erfolgt ist.

Die Richtigkeit der Darstellung des Klägers vorausgesetzt, waren die Parteien darüber einig, den Grundstückkauf um 52,500 Fr. abzuschliessen. Allein anstatt diese Willensübereinstimmung in der gesetzlichen Form verkünden zu lassen, haben sie den Kaufpreis im beurkundeten Verträge nur mit 47,500 Fr. eingesetzt und für die übrigen 5000 Fr. hat der Kläger eine besondere Schuldanererkennung ausgestellt. Dieses Vorgehen stand im Widerspruch mit der zwingenden Vorschrift des Art. 216, Abs. 1 OR, wonach sich die Form der öffentlichen Beurkundung auf alle wesentlichen Punkte des Geschäftes, also namentlich auch auf den Kaufpreis erstrecken muss (vgl. OSER, N. II, 3, lit. a zu Art. 216 OR; von TUHR, OR S. 211), so dass der wirklich gewollte Kaufpreis wegen mangelnder Beurkundung nicht gültig versprochen war.

2. — Beide kantonalen Instanzen sind indessen nach Würdigung der besonderen Verumständungen des Falles zum Schlusse gelangt, dass sich der Kläger nach Art. 2 ZGB auf die Formwidrigkeit nicht berufen könne. Es steht fest, dass zwar der Kaufvertrag im Grundbuch nicht eingetragen worden ist, dass aber der Kläger am 9. April 1926 für den mit dem Liegenschaftskauf zusammenhängenden Viehkauf 5000 Fr. und für den übernommenen Dünger 100 Fr. bezahlt hat und am 17. April 1926 dem Beklagten die 5000 Fr. laut Schuldanererkennung vom 9. April 1926 durch die Schweizerische Volksbank Wetzikon überweisen liess. Am 14. Mai 1926 sodann ist er mit seiner Familie auf das Heimwesen aufgezogen und hat es, wie die Vorinstanz feststellt, bis « heute », d. h. bis 19. Januar 1927 — und mangels gegenteiliger Anhaltspunkte wohl bis jetzt — bewirtschaftet. Er hat darnach, ohne dass eine Verpflichtung hiezu bestanden hätte, das verdeckte Geschäft, so wie es gewollt war, in der Hauptsache erfüllt, und zwar im Hinblick auf die in der Überlassung der Liegenschaft bestehende Gegenleistung des Verkäufers. Dafür, dass das Erfüllungsgeschäft etwa mit einem Willensmangel behaftet wäre, liegt nichts vor. Der Kläger behauptet selber nicht, dass er im Irrtum über die Schuldpflicht bezahlt habe, und andererseits kann nicht angenommen werden, dass er, wie er geltend macht, durch die briefliche Mitteilung des Beklagten vom 14. April 1926, er müsse für den Fall der Aufhebung des Kaufes die geleistete Anzahlung « fahren lassen », in eine Zwangslage versetzt worden sei und deshalb die 5000 Fr. laut Obligo bezahlt habe.

Verstösst es nun zwar grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, wenn ein Vertragsteil sich zu seinen Gunsten auf die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Formmangels beruft, indem er damit nur ein ihm gesetzlich verliehenes Recht in Anspruch nimmt, so muss doch, wie die Vorinstanz unter Hinweis auf

BGE 50 II 147 f. Erw. 4 zutreffend annimmt, die Geltendmachung des Formfehlers unter den hier gegebenen, erwähnten Verumständen als missbräuchlich zurückgewiesen werden. Sie widerspricht den Grundsätzen des redlichen Verkehrs umsomehr, als der Kläger selbst — im Einverständnis des Beklagten — die Nichtverurkundung des vollen Preises in seinem eigenen Interesse gewollt und damit die Formwidrigkeit mit in Kauf genommen hat. Er beruft sich denn auch nicht etwa deswegen auf den Formmangel, weil der vom Gesetz mit der Formvorschrift des Art. 216, Abs. 1 OR im wesentlichen verfolgte Zweck: Schutz der Beteiligten vor Übereilung, vereitelt worden wäre, sondern um sich wegen angeblich nachträglich entdeckten materiellen Mängeln des Kaufgeschäftes von demselben lossagen zu können. Wollte man ihm dergestalt gestatten, sich unter Berufung auf einen von ihm mitverursachten Formmangel nachträglich mit der eigenen Willensbetätigung zum Schaden des darauf vertrauenden Verkäufers in Widerspruch zu setzen, so würde die Formvorschrift des Art. 216, Abs. 1 OR einem ihr fremden Zweck dienstbar gemacht. Nachdem er das Kaufgeschäft so, wie es gewollt war, in der Hauptsache erfüllt hat, muss er es auch gelten lassen. Seiner Berufung auf den Formmangel ist nach Art. 2 ZGB der Rechtsschutz zu versagen.

Daraus folgt die Abweisung der Aberkennungsklage, womit gleichzeitig auch das Klagebegehren 2 hinfällig wird.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Januar 1927 bestätigt.

V. VERSICHERUNGSVERTRAG  
CONTRAT D'ASSURANCE

29. Extrait de l'arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile  
du 10 mars 1927 dans la cause Krebs contre Société suisse  
pour l'assurance du mobilier (SSAM).

Assurance contre le vol. — Droit de l'assureur d'exciper en tout temps de l'aggravation du risque. — Aggravation essentielle par le preneur d'un risque nettement délimité. — Clauses du contrat dérogeant à l'art. 28 LFCA.

*Résumé des faits:*

Krebs, artiste peintre, a assuré contre le vol avec effraction, auprès de la SSAM, pour une somme de 210 000 fr., l'agencement de son atelier de peinture, à Genève, et plusieurs tableaux de maîtres prétendus authentiques qui s'y trouvaient. Dans la proposition d'assurance, il avait déclaré qu'il travaillait chaque jour dans son atelier et qu'en cas d'absence un de ses amis surveillait « régulièrement » les locaux. Peu de temps après la conclusion du contrat, il partit pour Rome, avec l'intention d'y séjourner pendant douze semaines, sans charger personne d'exercer une surveillance régulière des locaux et sans aviser ses assureurs. Un mois environ après son départ, son atelier fut cambriolé; plusieurs tableaux précieux disparurent et ne purent être retrouvés malgré de multiples recherches.

Krebs ouvrit action à la SSAM aux fins d'obtenir paiement d'une indemnité de 74 220 fr. et d'une somme de 25 000 fr. à titre de dommages-intérêts.

La première instance cantonale le débouta de ses conclusions par le motif qu'il avait commis des réticences dans la proposition d'assurance, qu'il avait notablement aggravé le risque, et n'avait d'ailleurs pas rapporté la