Urteilskopf

87 II 147

22. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. September 1961 i.S. Zwicky gegen Rindlisbacher.
Regeste (de):
Art. 20 Abs. 1, 163 Abs. 2 OR, Art. 2 ZGB, Art. 6 EGG.

Der Verkauf eines landwirtschaftlichen Gewerbes kann trotz der Vorkaufsrechte durch eine Konventionalstrafe bekräftigt werden, selbst wenn die Vorkaufsberechtigten Erbanwärter des Verkäufers sind.

Regeste (fr):
Art. 20 al. 1 et 163 al. 2 CO, 2 CC et 6 LPR.

On peut, malgré les droits de préemption, garantir la vente d'une exploitation agricole par une peine conventionnelle, même si les titulaires de ces droits sont les futurs héritiers du vendeur.

Regesto (it):
Art. 20 cpv. 1 e 163 cpv. 2 CO, 2 CC e 6 LPF.

Si può garantire la vendita di un'azienda agricola, nonostante i diritti di prelazione, mediante una pena convenzionale, anche se i titolari di questi diritti sono i futuri eredi del venditore.

Sachverhalt ab Seite 147

A.- Kaspar Zwicky sen. verkaufte am 16. November 1953 sein im Gebiete der Gemeinden Glattfelden und Eglisau liegendes landwirtschaftliches Heimwesen zum Preise von Fr. 100'000.– an Fritz Rindlisbacher. Der Kaufvertrag enthält folgende Bestimmung: Sollte dieser Vertrag aus irgend einem Grunde von einer Partei nicht erfüllt werden oder nicht erfüllt werden können, hätte die nicht erfüllende Partei der andern Partei eine Konventionalstrafe von Fr. 10'000.– (Franken zehntausend) zu leisten. Der Verkäufer wäre also auch dann zur Bezahlung dieser Konventionastrafe verpflichtet, wenn ein im Sinne des am 1. Januar 1953 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vorkaufsberechtigter Verwandter sein Recht mit Erfolg geltend machen würde. Des weitern verembaren die Parteien, dass gegen Entrichtung des erwähnten Betrages von Fr. 10'000.– von der einen Partei an die andere die zahlende Partei von diesem Vertrage ohne weiteres zurücktreten kann. Irgendwelche Entschädigung wäre in diesem Falle nicht zu leisten. Da die vier Kinder Max, Kaspar, Lucia und Georg Zwicky des Verkäufers das Vorkaufsrecht gemäss Art. 6 EGG geltend machten, schloss Kaspar Zwicky sen. mit Rindlisbacher am 22. Januar 1954 über das gleiche Heimwesen einen Pachtvertrag ab. In der Folge hielt nur Max Zwicky am Vorkaufsrecht fest. Am 21. März 1955 starb Kaspar Zwicky sen. Sein Sohn

Kaspar und seine Tochter Lucia schlugen die Erbschaft aus.
Am 9. Juni 1956 wurde das Heimwesen dem Max Zwicky zu Eigentum zugefertigt, und dieser übertrug seinen Brüdern Kaspar und Georg daran je einen Drittel zu Miteigentum. Einige Tage später kündigten die drei Eigentümer den Pachtvertrag mit Rindlisbacher.

B.- Am 23. Februar 1957 klagten die drei Miteigentümer des Heimwesens beim Bezirksgericht Bülach gegen Rindlisbacher auf Räumung des Pachtgegenstandes. Rindlisbacher erhob Widerklage mit dem Begehren, die Kläger zu verpflichten, ihm Fr. 10'000.– nebst 5% Zins seit 1. April 1954 zu zahlen. Am 4. Dezember 1958 schrieb das Bezirksgericht den Prozess über die Hauptklage wegen Vergleichs ab und hiess die Widerklage gegenüber allen drei Widerbeklagten gut. Diese zogen die Sache mit dem Antrag auf Abweisung der Widerklage an das Obergericht des Kantons Zürich weiter. Im Berufungsverfahren beriefen sie sich subsidiär auf Verrechnung der Konventionalstrafe mit einer Gegenforderung. Das Obergericht wies am 9. Juni 1959 die Widerklage insoweit ab, als sie sich gegen Kaspar Zwicky richtete. Gegenüber Max und Georg Zwicky hiess es sie grundsätzlich gut. Es wies die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung über die Gegenforderung des Max und des Georg Zwicky an das Bezirksgericht zurück. Das Bezirksgericht fand am 1. September 1960, die Verrechnungseinrede sei im Betrage von Fr. 324.80 begründet. Es verpflichtete Max und Georg Zwicky, dem Widerkläger Fr. 9'675.20 nebst Zins zu zahlen. Max und Georg Zwicky riefen erneut das Obergericht an und beantragten ihm die Abweisung der Widerklage. In teilweiser Gutheissung ihrer Berufung verpflichtete es sie am 27. Januar 1961, dem Widerkläger Fr. 7'833.20

sowie 5% Zins von Fr. 10'000.– vom 1. April 1954 bis 20. November 1958 und 5% Zins von Fr. 7'833.20 seit 21. November 1958 zu zahlen. Soweit die Widerklage weiter ging, wies es sie ab.

C.- Max und Georg Zwicky fechten das Urteil des Obergerichts vom 27. Januar 1961 mit der Berufung an. Sie beantragen dem Bundesgericht, die Widerklage abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gemäss Art. 163 Abs. 2 OR kann eine Konventionalstrafe unter anderem dann nicht gefordert werden, wenn sie ein widerrechtliches Verprechen bekräftigen soll. Diese Voraussetzung ist entgegen der Auffassung der Widerbeklagten nicht erfüllt. Die Konventionalstrafe, die Kaspar Zwicky sen. dem Widerkläger am 16. November 1953 versprach, war bestimmt, seine Verpflichtung als Verkäufer des Heimwesens zu bekräftigen, nämlich das Versprechen, ihm das Eigentum an den verkauften Grundstücken zu verschaffen und ihm diese zu übergeben (Art. 184 Abs. 1 OR). Dieses Versprechen war nicht rechtswidrig. Vater Zwicky war trotz des Vorkaufsrechtes seiner Nachkommen (Art. 6 Abs. 1 EGG), das vom Widerbeklagten Max Zwicky dann tatsächlich ausgeübt wurde, berechtigt, dem Widerkläger das Heimwesen zu verkaufen. Die Ausübung eines Vorkaufsrechtes, namentlich auch des Rechtes aus Art. 6 Abs. 1 EGG, setzt geradezu voraus, dass der Eigentümer die Sache an eine andere Person als an den Vorkaufsberechtigten verkaufe. Dass der Käufer die Übertragung des Eigentums und die Übergabe der Sache nicht verlangen kann, wenn der Vorkaufsberechtigte rechtzeitig und in der richtigen Form erklärt, er wolle sein Recht ausüben, macht das Versprechen des Verkäufers nicht widerrechtlich. Nur

seine Erfüllung wird nachträglich unmöglich, wenn auch nicht aus einem tatsächlichen, sondern aus einem in der Rechtsordnung vorgesehenen Grunde. Dieser Fall steht der Widerrechtlichkeit

BGE 87 II 147 S. 150

nicht gleich. Das ergibt sich daraus, dass Art. 163 Abs. 2 OR den Fall nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung besonders regelt, und zwar in dem Sinne, dass sie die Konventionalstrafe nur dann dahinfallen lässt, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat und keine andere Abrede getroffen wurde. Was die Widerbeklagten zur Begründung ihrer Auffassung vorbringen, ändert nichts. Sie sagen nicht, inwiefern das durch die Konventionalstrafe bekräftigte Versprechen widerrechtlich gewesen sei, sondern ihre Ausführungen laufen darauf hinaus, nur die Zusicherung einer Konventionalstrafe zur Bekräftigung der (rechtmässigen) Verpflichtung des Verkäufers als widerrechtlich hinzustellen. Das ist nicht das gleiche.

2. Die Widerbeklagten sprechen unter Berufung auf Art. 20 OR von einer rechtswidrigen Aufnahme der Konventionalstrafe in den Kaufvertrag, weil sie versprochen worden sei, um den Vorkaufsberechtigten an der Ausübung seines Rechtes zu hindern. Sie glauben, sie vereitle den Zweck des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes. Von einer Vereitelung des Zweckes dieses Gesetzes könnte allenfalls gesprochen werden, wenn die Zusicherung der Konventionalstrafe an den Käufer des landwirtschaftlichen Gewerbes dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung des Vorkaufsrechtes verunmöglichen würde. Das trifft nicht zu. Das Vorkaufsrecht kann vom Berechtigten unbekümmert um die Konventionalstrafe ausgeübt werden, die der Verkäufer seinem Vertragsgegner versprochen hat. Die Konventionalstrafe beeinträchtigt dieses Recht nicht, denn sie ist vom Verkäufer, nicht vom Vorkaufsberechtigten zu zahlen. Sie wird auch im vorliegenden Falle gegen Max Zwicky nicht in seiner Eigenschaft als Vorkäufer, sondern gegen ihn und seinen Bruder Georg in ihrer Eigenschaft als Erben des Verkäufers Kaspar Zwicky sen. gefordert. Die Widerbeklagten hätten sich der Pflicht zur Zahlung der Konventionalstrafe durch

BGE 87 II 147 S. 151

Ausschlagung der Erbschaft entziehen können, wie ihre Geschwister Kaspar jun. und Lucia es taten. Die Widerbeklagten machen freilich geltend, der Vorkaufsberechtigte kenne jeweilen den Inhalt des Kaufvertrages, also sei ihm das Versprechen der Konventionalstrafe bekannt, und er wisse, dass dessen Erfüllung seine Erbanwartschaft verringere. Das Versprechen erschwere somit dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung seines Rechtes. Die Konventionalstrafe habe zur Folge, dass der Preis überschritten werde, um den der Vorkaufsberechtigte das Gewerbe gemäss Art. 12 EGG übernehmen dürfe. Es mag sein, dass ein Vorkaufsberechtigter in der Hoffnung, dereinst den Verkäufer zu beerben, dessen Vermögen zu schonen trachtet und daher das Vorkaufsrecht nicht ausübt, damit die Konventionalstrafe nicht verfalle. Ein anderer zieht es vor, das Vorkaufsrecht geltend zu machen, und gibt damit den Anstoss, dass der Dritte die Konventionalstrafe fordert. Es ist Sache des Vorkaufsberechtigten, im einzelnen Falle abzuwägen, welche Lösung er vorziehen will. Er mag vor eine heikle Wahl gestellt sein. Dieser Umstand macht das Versprechen der Konventionalstrafe nicht widerrechtlich. Der vorkaufsberechtigte Erbanwärter befindet sich auch ohne ein solches Versprechen in einer Zweifelslage, wenn der voraussichtliche Erblasser dem Dritten das landwirtschaftliche Gewerbe zu einem Preise verkauft, der über dem Preise liegt, zu dem der Vorkaufsberechtigte es übernehmen darf. Er muss sich dann überlegen, ob er durch Nichtausübung des Vorkaufsrechtes die künftige Erbmasse vermehren oder statt dessen das Gewerbe zum gesetzlichen Übernahmepreis an sich ziehen wolle. Zwischen diesem Falle und dem vorliegenden besteht kein grundsätzlicher Unterschied. Dem Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes liegt

es fern, dem Vorkaufsberechtigten die erwähnten Dilemmas zu ersparen, sonst müsste es verbieten, dass über landwirtschaftliche Gewerbe im Kaufvertrag mit einem Dritten ein höherer Preis vereinbart werde,

BGE 87 II 147 S. 152

als der Vorkaufsberechtigte zu zahlen verpflichtet ist. Von einem solchen Verbot findet sich im Gesetze nichts. Dieses gebietet dem Eigentümer des Gewerbes auch nicht, mit Rücksicht auf Erbanwartschaften vom Abschluss ungünstiger Rechtsgeschäfte abzusehen. Es lässt die Erbanwartschaften blosse Anwartschaften sein, welche die Freiheit des voraussichtlichen Erblassers nicht beschränken. Die Erbanwartschaft des Vorkaufsberechtigten macht keine Ausnahme. Dieser wird nur durch das Vorkaufsrecht begünstigt und hat die Nachteile hinzunehmen, die dessen Ausübung für die Höhe der künftigen Erbmasse haben kann.
Das Versprechen einer Konventionalstrafe, das der Eigentümer des Gewerbes dem Dritten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes abgibt, ist auch nicht deshalb widerrechtlich, weil es den Versprechenden bewegen mag, dem Vorkaufsberechtigten den Verzicht auf sein Recht nahezulegen. Das Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes verbietet dem Eigentümer nicht, den Vorkaufsberechtigten zu beeinflussen, um die Übertragung des Gewerbes an einen Dritten zu ermöglichen. Dass er den Vorkaufsberechtigten gegen ein Entgelt zum Verzicht auf sein Recht bestimmen darf, wurde in BGE 82 II 72 ff. entschieden. Um so mehr muss es ihm erlaubt sein, ihn ohne Anbietung eines Entgeltes zu überreden. Dadurch wird der Zweck des Gesetzes, den Übergang landwirtschaftlicher Gewerbe auf Vorkaufsberechtigte zu fördern und dem Übergang auf andere entgegenzuwirken, weniger gefährdet, als wenn der Vorkaufsberechtigte durch Anbieten eines Entgeltes bearbeitet wird. Im übrigen verkennen die Widerbeklagten, dass der Zweck, dem ein Gesetz dient, nicht alles widerrechtlich macht, was ihm zuwiderläuft. Der Zweck ist nur gesetzgeberischer Beweggrund, nicht Norm. Durch welche Massnahmen er zu verfolgen sei, bestimmt der Gesetzgeber, nicht der Richter. Dieser kann nur als widerrechtlich erklären, was jener verboten hat, nicht alles, was er zur

BGE 87 II 147 S. 153

Erreichung des gesteckten Zieles hätte verbieten können.

3. Aus den gleichen Überlegungen ist der Auffassung der Widerbeklagten, das Versprechen der Konventionalstrafe sei wegen Verstosses gegen die guten Sitten ungültig (Art. 20 OR), nicht beizupflichten. Das Gebot der guten Sitten geht im vorliegenden Falle nicht über die Schranken hinaus, welche die Behörden beim Erlass des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes in Verfolgung des agrarpolitischen Zieles eingehalten haben. Im besondern kann von einem Verstoss gegen die guten Sitten nicht deshalb die Rede sein, weil das Versprechen der Konventionalstrafe den Interessen der Widerbeklagten als Erbanwärter widersprach. Sonst müsste auch jedes andere Rechtsgeschäft, das sich auf den Stand eines künftigen Nachlasses ungünstig auswirken kann, als unsittlich erklärt werden. Das liefe darauf hinaus, jeden Vertrag, der das Vermögen eines Vertragschliessenden beeinträchtigt, mit Hilfe des Art. 20 OR zu Fall zu bringen. Namentlich könnte wegen der Interessen der künftigen Erben niemand mehr eine Konventionalstrafe versprechen. Von Unsittlichkeit kann auch nicht deshalb die Rede sein, weil weder Kaspar Zwicky sen. noch die Widerbeklagten selbst die Nichterfüllung des Kaufvertrages verschuldet haben sollen. Wann auf die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung etwas ankommt, ist dem Art. 163 Abs. 2 OR zu entnehmen. Diese Ordnung kann nicht unter Berufung auf Unsittlichkeit umgangen werden.

4. Die Widerbeklagten machen unter Berufung auf Art. 163 Abs. 2 OR geltend, die Konventionalstrafe könne nicht gefordert werden, weil die Erfüllung des Kaufvertrages unmöglich geworden sei. Den Grund der Unmöglichkeit sehen sie einerseits darin, dass der Widerbeklagte Max Zwicky das Vorkaufsrecht ausübte, und anderseits darin, dass Zwicky sen. starb. Sie führen aus, man könne "doch den Erben nicht zumuten, einen Vertrag oder einen Vertragsbestandteil zu erfüllen, den sie nicht hätten erfüllen

müssen, wenn ‚zufälligerweise der Vater noch lebte"'.
Die Konventionalstrafe verfiel zu Lebzeiten des Kaspar Zwicky sen. dadurch, dass Max Zwicky diesem durch Ausübung des Vorkaufsrechtes die Erfüllung des mit dem Widerkläger abgeschlossenen Kaufvertrags verunmöglichte. Die Konventionalstrafe wurde ausdrücklich unter anderem auch für diesen Fall versprochen. Die Einwendung, die Erfüllung sei für Vater Zwicky unmöglich geworden, taugt daher nicht, gleichgültig ob die Unmöglichkeit verschuldet wurde oder nicht. Es liegt im Sinne des Art. 163 Abs. 2 OR eine Abrede vor, welche die Berufung auf Unmöglichkeit der Erfüllung schlechthin ausschliesst.
Die Widerbeklagten sind Erben des Kaspar Zwicky sen. und haben deshalb dessen Verpflichtungen zu erfüllen (Art. 560 Abs. 2, 603 ZGB). Das ist massgebend, nicht die Rechtslage, in der sie sich befänden, wenn ihr Vater noch lebte.

5. Die Widerbeklagten sehen im Versprechen der Konventionalstrafe auch einen Verstoss gegen Art. 2 ZGB. Dieser Auffassung folgen, hiesse Konventionalstrafen des Verkäufers eines mit gesetzlichen Vorkaufsrechten belasteten landwirtschaftlichen Gewerbes schlechthin unzulässig erklären. Art. 2 ZGB will jedoch die Normen des Zivilrechts nicht allgemein für bestimmte Arten von Fällen ausser Kraft setzen, sondern den Richter nur anweisen, besonderen Tatsachen Rechnung zu tragen, die nur dem einzelnen Falle eigen sind. Es müssen Umstände vorliegen, unter denen ausnahmsweise die Anwendung bestimmter Normen gegen Treu und Glauben verstiesse (BGE 85 II 114 f.). Die Widerbeklagten berufen sich indessen auf keine Tatsachen, die nur gerade im vorliegenden Falle die Einforderung der Konventionalstrafe offensichtlich rechtsmissbräuchlich machen würden. Sie begründen die Einwendung des Rechtsmissbrauches mit den gleichen Anbringen, mit denen sie die Konventionalstrafe

als gemäss Art. 20 OR ungültig hinstellen. Das genügt nicht.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 27. Januar 1961 bestätigt.