

in der Tat getroffen. Sie hatte sich unbestrittenermassen in England genügend eingedeckt und ein mehreres durfte von ihr nicht verlangt werden. Insbesondere war sie nicht verpflichtet Voile englischer Provenienz in der Schweiz aufzukaufen, und zwar schon deswegen nicht, weil die Parteimeinung auf Kauf bzw. Verkauf von aus England einzuführenden Waren gingen. Auf dieser Parteimeinung fusste die Preiskalkulation (in der Schweiz befindliche Ware wäre offenbar viel teurer zu stehen gekommen), und sie allein kommt, mangels anderer Abrede, mit Rücksicht darauf in Frage, dass der Verkehr der Parteien sich bisher stets in dieser Weise abgespielt hatte.

Kann daher in dieser Hinsicht der Beklagten ein Vorwurf nicht gemacht werden, so bleibt nur noch zu untersuchen, ob die Lieferung englischen Voiles aus England an die Klägerin im Frühjahr 1916 unmöglich war oder nicht. Diesbezüglich stellt die Vorinstanz fest, und bindet damit das Bundesgericht, es sei ab Juli 1915 bis zur Gründung der SSS die Einfuhr von Voile aus England nach der Schweiz und nach Errichtung des SSS, bzw. der gestützt auf sie gegründeten SIB, die Ausfuhr von aus den Ländern der Entente stammenden Baumwollgeweben nach den Ländern der Zentralmächte, auch wenn in der Schweiz ausgerüstet, ausgeschlossen gewesen. Ausnahmen hievon habe es nur hinsichtlich in der Schweiz aus englischen Garnen hergestellter Gewebe gegeben. — Diese Ausnahmen kommen für den vorliegenden Prozess nicht in Betracht. Die Vertragserfüllung war daher der Beklagten in der Tat unmöglich und zwar ohne ihr Verschulden. Damit sind die subjektiven und objektiven Voraussetzungen ihrer Befreiung von der Schuldpflicht gegeben, ihre Nichterfüllung hat sie daher nicht ersatzpflichtig gemacht.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klägerin sich bereit erklärte, die Lieferung in der Schweiz durch einen Vertreter entgegenzunehmen. Mit der Vorinstanz ist anzunehmen, es habe sich dabei um

die Umgehung des Verbotes der Lieferung an die Zentralmächte gehandelt, d. h. um eine Machenschaft, die geeignet war, die Beklagte auf die schwarze Liste zu bringen. Auf alle Fälle lag der Verdacht nahe, die Klägerin werde eine derartige Verbotsumgehung versuchen, und es wäre ihre Sache gewesen, ihn zu entkräften, wenn sie der Beklagten die Lieferung zumuten wollte. Vergl. Urteil des Bundesgerichts i. S. Antony gegen Wirth vom 28. Dezember 1918 (AS 44 II S. 524).

Im Prozesse hat die Klägerin sodann auch noch den Standpunkt eingenommen, die Beklagte hätte die Gewebe besticken lassen und dann ausführen können. Hierauf ist jedoch deswegen nicht einzutreten, weil vor Einleitung des Prozesses der Beklagten eine solche Zumutung nach vorinstanzlicher Feststellung nie gemacht worden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des zürcherischen Handelsgerichts vom 5. Juli 1918 bestätigt.

8. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Januar 1919
i. S. **Konkursmasse der Leih- und Sparkasse Eschlikon**
gegen **Stücheli.**

B ü r g s c h a f t. Art. 493 rev. OR (Angabe eines bestimmten Haftungsbetrages) hat nicht rückwirkende Kraft. — Vorliegen einer bloss moralischen Verpflichtung? — Beweislastverteilung hinsichtlich des Zeitpunkts der Eingehung einer undatierten Bürgschaft und der Volljährigkeit des Bürgen bei Unterzeichnung des Bürgscheines. Ungültigkeit der Bürgschaft wegen Misslingens des Beweises.

A. — Die Leih- und Sparkasse Eschlikon stand mit Konrad Stücheli, Grossmüller in Mörikon, dem Vater des Beklagten, seit Jahren in einem Kontokorrentverhältnisse. Seit 1892 besass Vater Stücheli, welcher ihr un-

bedingtes Vertrauen sich zu erwerben gewusst hatte, einen Blanco-Akzept-Kredit, der sukzessive auf einen 2 Millionen Franken übersteigenden Betrag anwuchs. Der Saldo zu Gunsten der Kasse bezifferte sich per 31. Dezember 1911 auf 2,085,582 Fr. 84 Cts. und erhöhte sich per 30. Juni 1912 auf 2,900,206 Fr. 64 Cts. Als Deckung hinterlegte Stücheli allerlei Wertpapiere, jedoch in einem bei weitem nicht ausreichenden Betrage. Eine Sicherheit durch Bürgschaft war in den ersten 2 Jahrzehnten des sehr regen Geschäftsverkehrs nicht verlangt und auch nicht geleistet worden. Im Spätsommer oder Herbst 1908 forderte jedoch die Kasse die Unterzeichnung folgender als « Bürgschein » bezeichneter, nicht datierter Urkunde durch die drei Söhne Stüchelis : Konrad, Josef und Oskar : « Die Unterzeichneten verpflichten sich hie- » mit, für sich und ihre Erben der tit. Leih- und Sparkasse » Eschlikon für den jeweiligen ungedeckten Kontokor- » rentsaldo, welchen Hr. C. Stücheli, Müller in Mörikon, » genannter Anstalt schuldet, solidarisch als Bürgen und » Selbstzahler zu haften. »

Am 9. Juli 1912 wurde über Stücheli und am 5. August gleichen Jahres über die Leih- & Sparkasse Eschlikon der Konkurs eröffnet. Im Konkurse Stücheli meldete letztere eine Forderung von 2,961,967 Fr. 55 Cts. an. Davon wurden, nach anfänglicher Bestreitung, im Kollokationsverfahren 2,173,075 Fr. 75 Cts. anerkannt. Die Konkursmasse der Leih- & Sparkasse ihrerseits liess einen Betrag von 621,839 Fr. 85 Cts. fallen. Die streitige Restsumme wurde durch Urteil des Bundesgerichts vom 28. November 1917 zugelassen, jedoch unter Abweisung des beanspruchten Retentionsrechtes an den bei Konkursausbruch im Besitz der Kasse befindlichen st. gallischen Kaufschuldersicherungsbriefen.

B. — Unterm 28. November 1917 hat die Konkursmasse der Leih- & Sparkasse Eschlikon gegen Oskar Stücheli Sohn beim Bundesgericht als forum prorogatum im Sinne von Art. 111 BV und 52 Ziff. 1 OG Klage angehoben, mit

dem Antrage, « es sei gerichtlich festzustellen, Beklagter » habe die Bürgschaftsverpflichtung für die Kontokor- » rentforderung (recte Schuld) seines Vaters Konrad Stü- » cheli, früher in Mörikon, jetzt in Rheineck, an die frühere » Leih- und Sparkasse Eschlikon, jetzt Konkursmasse der » Leih- und Sparkasse Eschlikon, im Betrage von 2,340,127 » Fr. 70 Cts. zuzüglich 5% Zins seit 9. Juli 1912 anzuer- » kennen und diese Bürgschaftssumme an die Klägerin » zu bezahlen. »

C. — Der Beklagte beantragt gänzliche Abweisung der Klage, indem er namentlich geltend macht, es sei bei Abfassung und Unterzeichnung des « Bürgscheines » nicht an eine materielle Bürgschaft im Sinne des OR gedacht worden, sondern nur an die moralische Verpflichtung, dass alle drei Söhne Stücheli ihre Mitarbeit dem von ihrem Vater gegründeten Unternehmen zur Verfügung stellen und bei dessen Ableben das Geschäft übernehmen sollten; zudem sei die angebliche Bürgschaft deswegen ungültig, weil der Bürgschein nicht datiert sei und weder den Betrag der Hauptschuld noch denjenigen der Haftung der Bürgen angebe. In der Duplik hat sodann der Beklagte noch bestritten, bei Unterzeichnung der Urkunde volljährig gewesen zu sein.

D. — Am 18. Juni 1918 fand in St. Gallen eine Beweis- mittelverhandlung vor dem Instruktionsrichter statt, wobei Friedrich Schiltknecht, der gewesene Verwalter der Leih- & Sparkasse Eschlikon, und August Brühweiler, Posthalter in Eschlikon, als Zeugen einvernommen wurden. Ersterer erklärte sich ausser stande, den genauen Zeitpunkt der Unterzeichnung des Bürgscheines durch den Beklagten anzugeben, er sagte, er habe angenommen, jener sei volljährig gewesen, ohne sich darüber weiter zu erkundigen; er habe den Bürgschein im Auftrag des Verwaltungsrates ausgefertigt und die Söhne Stücheli zur Unterzeichnung nach Eschlikon kommen lassen, zuerst Konrad und dann die beiden anderen; er glaube, sicher zu sein, dem Beklagten den Schein vorgelesen zu

haben, ohne es beschwören zu können, sicher habe er aber zu ihm gesagt : « Sie wissen , warum Sie da sind, worum es sich handelt ». Die Unterlassung der Beifügung des Datums erklärte der Zeuge als ein Versehen ; ein Grund, den unterzeichneten Bürgschein dem Verwaltungsrate nicht vorzulegen, habe nicht bestanden, mutmasslich sei die Vorlage 3 bis 5 Wochen nach der Unterzeichnung erfolgt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Da die Urkunde, aus welcher die Klägerin ihre Ansprüche gegen den Beklagten herleitet, jedenfalls vor dem 1. Januar 1912 unterzeichnet worden ist, ist grundsätzlich das alte OR anwendbar. Fragen liesse sich nur, ob nicht der in Art. 493 des rev. OR enthaltenen, neuen Bestimmung, wonach die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung des Bürgen bedarf, gemäss Art. 2 Schlusstitel ZGB rückwirkende Kraft zukomme, und die vorliegende Bürgschaftsverpflichtung schon wegen mangelnder Erfüllung dieses Erfordernisses als ungültig zu betrachten sei. Allein der Auffassung des Beklagten, dass jene Bestimmung als eine « um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellte » anzusehen und deshalb nach Art. 2 Schlusst. ZGB auch auf die unter der alten Rechtsordnung entstandenen Tatbestände anzuwenden sei, kann nicht beige-pflichtet werden, und es geht insbesondere auch die Berufung auf MUTZNER Komm. z. ZGB, Anm. 33 ff. zu Art. 2 SchlT, fehl. Denn Art. 493 neu OR stellt sich, wie das Bundesgericht bereits ausgesprochen hat (AS 42 II S. 152), als eine Formvorschrift dar. Es hiesse nun den Begriff der « öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit » allzuweit auslegen und die Rechtssicherheit in unzulässiger Weise gefährden, wollte man eine solche Bestimmung aus sittlichen oder sozialen Erwägungen auf Rechtsgeschäfte anwendbar erklären, die unter der früheren Gesetzgebung

aggeschlossen wurden, welche die Gültigkeit der Bürgschaft nicht an diese formale Voraussetzung knüpfte.

2. — Der vom Beklagten eingenommene Hauptstandpunkt sodann geht dahin, dass es sich bei der gegenüber der Leih- & Sparkasse Eschlikon übernommenen Verbindlichkeit bloss um eine moralische Verpflichtung zur Mitarbeit in den industriellen Unternehmungen des Vaters Stücheli und zum Weiterbetriebe nach dessen Ableben gehandelt habe, dass die « Bürgschaft » nie ernst genommen worden sei und die Ableitung von Rechtsansprüchen aus derselben gegen die gute Treue verstossen würde. Allein der Beklagte hat den ihm obliegenden Beweis für die Richtigkeit dieser Darstellung nicht zu erbringen vermocht. Schon der Wortlaut der von ihm unterzeichneten Bürgschaftsurkunde steht ihr entscheidend entgegen ; die Akten liefern aber auch sonst keinen schlüssigen Anhalt für die von ihm im Prozesse vertretene Auffassung. Die Aussage Schiltknechts in der Strafuntersuchung, dass mit der Bürgschaft der Söhne Stücheli auf diese ein moralischer Druck habe ausgeübt werden wollen, genügt hiez u offenbar nicht. Und wenn es auch zutreffen mag, dass der Beklagte über die finanzielle Lage seines Vaters nicht orientiert war und sich keine richtige Vorstellung von dem durch die Bürgschaft zu übernehmenden Risiko machte, so kann doch ein wesentlicher Irrtum, welcher den Vertrag nach Art. 18 aOR für ihn unverbindlich machen würde, deswegen nicht angenommen werden. Dass ihm seitens der Organe der Kasse falsche Angaben gemacht oder absichtlich Tatsachen verheimlicht worden wären, hinsichtlich deren eine Pflicht zur Mitteilung bestand, ist nicht behauptet worden und jedenfalls nicht nachgewiesen. Vielmehr macht der Beklagte geltend, dass es an einer Willenseinigung über Eingehung der Bürgschaft gefehlt habe. Nach dem Gesagten hält aber dieser Einwand nicht Stich. Er lässt sich auch nicht darauf stützen, dass der Beklagte im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Bürgschaft noch unselbständig und ver-

mögenslos war und dass er die Urkunde unterschrieben habe, ohne zuvor über den Inhalt genau unterrichtet worden zu sein. Selbst wenn Schiltknecht, was nicht feststeht, dem Beklagten die Urkunde vor der Unterzeichnung nicht vorgelesen haben sollte, so kann dieser unter den vorliegenden Umständen daraus nichts zu seinen Gunsten herleiten. Denn Schiltknecht durfte in guten Treuen annehmen, dass die Bürgen beim Vater, für den sie sich verpflichteten, die erforderliche Aufklärung sich verschafft haben würden. Ferner spricht der Umstand, dass der älteste Sohn vor den beiden anderen den Bürgschein unterzeichnet hatte, dafür, dass die erst später erschienenen Brüder vom Inhalt der Urkunde tatsächlich unterrichtet waren, als sie sich zur Unterzeichnung in Eschlikon einfanden. Endlich war es dem Beklagten unbenommen, die Vorlesung des Scheines oder dessen Einsichtnahme zu verlangen, und er kann seine Unterlassung nicht damit entschuldigen, er habe bei Schiltknecht nicht Anstoss erregen wollen.

3. — Der Kernpunkt des Prozesses liegt aber nicht hierin, sondern in der Frage, ob der Beklagte im Zeitpunkt der Eingehung der Bürgschaft handlungsfähig gewesen sei oder nicht. Die Beweislast dafür trifft nach ständiger Praxis des Bundesgerichts und der auch in der Doktrin vorherrschenden Auffassung den Beklagten, mit anderen Worten: die Handlungsfähigkeit gehört nicht zu den rechtsbegründenden, sondern ihr Mangel zu den rechtsbindernden Tatsachen, sodass derjenige, welcher sich auf die Handlungsunfähigkeit beruft, sie zu beweisen hat. (Vergl. AS 11 S. 73/4, 22 S. 1144/5, Revue 22 S. 86, HAFTER, Komm. z. ZGB, Anm. IV zu Art. 3, OERTMANN, Komm. z. BGB I S. 313, GAUTSCHI, Beweislast S. 254 f. und die dortigen Zitate; anderer Meinung hinsichtlich des mangelnden Alters EGGER, Komm. z. ZGB Anm. 3 zu Art. 12, BECKH, die Beweislast S. 135 ff., STAUDINGER, Komm. z. BGB, Vorbemerkung Nr. 6 zu §§ 104 ff.). An dieser Praxis muss in vollem Umfange festgehalten werden.

In casu hat jedoch der Beklagte seine Beweispflicht durch Angabe des Tages, an dem er die Volljährigkeit erlangt hat — 29. September 1908 — erfüllt, und wenn sich daraus noch nicht ergibt, ob er im massgebenden Zeitpunkt handlungsfähig gewesen und infolgedessen die Bürgschaft gültig sei, so liegt der Grund einzig darin, dass die Bürgschaftsurkunde nicht datiert ist. Es muss daher in erster Linie festgestellt werden, wann die Unterzeichnung durch den Beklagten stattgefunden hat, vor oder nach dem 29. September 1908? Hiefür aber ist die Klägerin aufklärungspflichtig, weil sie die Urkunde ausgestellt hat und sie es ist, die aus jenem Akte Ansprüche gegen den Beklagten herleitet (ZGB Art. 8).

Nach den bei den Akten befindlichen Protokollen des Verwaltungsrates der Leih- & Sparkasse Eschlikon muss die Unterzeichnung in der Zeitspanne zwischen dem 6. August und dem 10. November 1908 erfolgt sein. Denn in der Sitzung vom 6. August war beschlossen worden, dass die Söhne Stücheli für ihren Vater Bürgschaft zu leisten hätten, was Schiltknecht innert 8 Tagen zu ordnen versprochen hatte; er gab dann aber dem Verwaltungsrate erst am 10. November davon Kenntnis, dass die Bürgschaft durch alle drei Söhne eingegangen sei. In der in der Zwischenzeit — am 19. Oktober 1918 — abgehaltenen Sitzung hatte er berichtet, « die Söhne Stücheli seien » (offenbar: bereit) « als Bürgen einzutreten, die bezüglichen Verträge seien bereits ausgefertigt und könnten in nächster Sitzung vorgelegt werden »; und auf Drängen eines Mitgliedes des Verwaltungsrates hatte er sich auf Ehrenwort verpflichtet, dass auf Mittwoch den 21. Oktober die Vorlage aller Verträge stattfinden werde. Ob der Bürgschein damals vom Beklagten schon unterschrieben war, ergibt sich aus diesem, infolge der Auslassung eines Satzgliedes teilweise gar nicht verständlichen Protokolleintrag nicht. Während der Ausdruck « ausgefertigt » an sich eher darauf schliessen lassen würde, dass die Unterzeichnung bereits stattgefunden hatte, findet die gegenteilige Annahme in

der Wendung, die Söhne Stücheli seien (sc. bereit), « als Bürgen einzutreten », eine Stütze, sofern nicht etwa bei dem Wort « einzutreten » ein Schreibfehler vorliegt. Allein selbst wenn man als festgestellt betrachten wollte, dass die Unterzeichnung damals bereits erfolgt war, wofür auch die Zusicherung Schiltknechts, alle Verträge binnen 2 Tagen dem Verwaltungsrate vorzulegen, spricht, so wäre die Sachlage doch noch nicht genügend abgeklärt, da ja der Beklagte schon am 29. September volljährig geworden war, und nachzuweisen ist, dass er die Bürgschaft erst nach diesem Datum unterschrieben hat. Ein sicherer Schluss hierauf lässt sich aber auch aus den übrigen Umständen nicht ziehen, insbesondere nicht aus der Tatsache, dass der Beklagte im Sommer und Herbst 1908 unmittelbar nacheinander mehrere Militärschulen (Rekruten-, Unteroffiziers- und Aspirantenschule) bestanden hat. Da letztere erst Mitte August begonnen und 106 Tage gedauert hat, wie sich aus der Bescheinigung des thurgauischen Kreiskommandos vom 25. Mai 1918 ergibt, kann sie erst in den letzten Novembertagen, jedenfalls nach dem 10. November, zu Ende gegangen sein. Es kann deshalb nicht eingewendet werden, die Unterzeichnung habe erst nach der Entlassung des Beklagten aus dem Militärdienste erfolgen können, vielmehr muss dies entsprechend der in der Antwort auf die Klage enthaltenen Darstellung anlässlich einesurlaubes geschehen sein. Ebensowenig geben die Aussagen Schiltknechts und die Deposition von Vater Stücheli in der Strafuntersuchung einen zuverlässigen Anhaltspunkt. Walten aber hinsichtlich des Zeitpunkts der Unterzeichnung begründete Zweifel ob, so müssen sie nach dem Gesagten zu Ungunsten der Klägerin ausgelegt werden, umso mehr als es ein grober Fehler Schiltknechts war, die Urkunde nicht zu datieren, mit anderen Worten: die Klägerin hat den ihr obliegenden Nachweis hinsichtlich des Zeitpunktes der Eingehung der Bürgschaft nicht geleistet.

Dem Beklagten kann auch nicht entgegengehalten werden, er habe die Bürgschaftsverpflichtung nachträglich dadurch anerkannt, dass er während nahezu 4 Jahren sich stillschweigend verhalten und die Kasse im Glauben gelassen habe, dass eine Beanstandung wegen mangelnder Volljährigkeit nicht erfolgen werde. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben kann hierin deshalb nicht erblickt werden, weil der Beklagte offenbar über die finanzielle Lage seines Vaters nicht orientiert war und nicht daran dachte, dass ihm aus der eingegangenen Bürgschaft eine Verantwortlichkeit erwachsen werde. Zudem durfte den Organen der Gläubigerin zugemutet werden, dass sie sich über den wichtigen Umstand, ob der Beklagte das Volljährigkeitsalter erreicht habe, erkundigen und eventuell dafür besorgt sein würden, ihn zu veranlassen, die erteilte Unterschrift nach erlangter Volljährigkeit zu bestätigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.

9. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Februar 1919
i. S. A.-G. für Stickstoffdünger gegen Weinmann.

Sukzessivlieferungsgeschäft. Lieferungsverzug im Zeitpunkt der Nachfristsetzung durch den Käufer? Uebernahme einer rechtlichen Verpflichtung oder blosser unverbindlicher Absichtsaussprechung? Hinfall der Lieferpflicht hinsichtlich einzelner Raten infolge höherer Gewalt. Voraussetzungen für den Rücktritt des Käufers vom ganzen Verträge, wenn der Verkäufer nur mit einzelnen Raten im Verzuge ist.

A. — Der Beklagte Weinmann besass eine Carbidfabrik in Chavornay, und war im Jahre 1913 im Begriff, eine solche in Kallnach zu bauen. Um sich den Absatz des Carbids zu sichern, schloss er mit der Klägerin, A.-G. für Stickstoffdünger in Knapsack-Köln, folgenden Vertrag ab :