

prétentions le fisc genevois serait éventuellement fondé à faire valoir parce que les parties auraient cherché à éluder le paiement des droits de mutation. Mais c'est là une question qui relève du droit fiscal cantonal. Au point de vue du droit civil fédéral, on pourrait seulement se demander si la nullité du contrat ne devrait pas être admise en vertu de l'art. 20 CO, par le motif que, visant à éluder un impôt, il aurait pour objet une chose illicite ou contraire aux mœurs. La réponse à cette question ne saurait être affirmative. Si la loi cantonale soumet aux droits de mutation le transfert de la propriété foncière, elle n'oblige pas les parties à procéder à ce transfert, et les parties ne commettent point un acte illicite ou contraire aux mœurs, dans le sens de l'art. 20 CO, lorsque, pour atteindre un but économique déterminé, elles choisissent une voie légale autre que celle qui comporte le paiement d'un impôt.

4. — Enfin, la vente des actions ne peut pas non plus être annulée parce que la Société L'Arbousier, bien que créée et inscrite régulièrement, serait en réalité inexistante. Le fait que le demandeur possède à lui seul toutes les actions a sans doute pour conséquence que la société ne peut plus déployer son activité normale, mais elle continue à exister à l'état de vie latente, et il suffit que le nombre des actionnaires vienne à augmenter pour que son activité puisse reprendre. Au reste, le défendeur, qui s'est obligé à acheter la totalité des actions de la Société L'Arbousier, ne saurait arguer du fait que le demandeur a réuni toutes les actions entre ses mains pour pouvoir les lui transmettre. Le défendeur savait à quoi s'en tenir lorsqu'il a conclu le contrat et il lui est loisible d'assurer en tout temps le fonctionnement de la Société en augmentant le nombre des actionnaires.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt attaqué confirmé.

Vgl. auch Nr. 10. — Voir aussi No. 10.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Januar 1919 i. S. Schlamm gegen Bollag.

Kauf: Nächstträgliche Einfügung einer Kriegsklausel. Unmöglichwerden der Lieferung einer Genussache bestimmter Provenienz.

A. — Laut Ordrebestätigung vom 1. Februar 1915 verkaufte die Beklagte der Klägerin 300 Stück « Voile imit. weiss », Qualität 1116/1228 von je 60 m Länge und 110/2 cm Breite zu 67½ Pf. prompt « lieferbar April-Mai ohne unsere Haftbarkeit für rechtzeitige Lieferung, Konditionen : franko Berlin verzollt, 2% 30 Tage ». Diese 300 Stück sind Gegenstand des heutigen Prozesses. Nachdem nämlich die Klägerin selber die Verschiebung ihrer Lieferung auf Anfang 1916 verlangt hatte, verzögerte sich die Erfüllung des Kaufes trotz mehrfacher Reklamationen immer mehr. Schliesslich, am 26. Februar 1916, schrieb die Beklagte der Klägerin, sie müsse den Auftrag zufolge « nachweisbarer amtlicher Verhinderung » annullieren. Hiegegen protestierte die Klägerin und setzte der Beklagten, nachdem sie sie vorher wie schon Ende 1915 einmal noch vergeblich zur Lieferung an einen zürcherischen Agenten aufgefordert hatte, am 14. Oktober 1916 Frist zur Leistung bis zum 25. Oktober 1916 an, indem sie damit die Androhung verband, sie werde bei Nichtbeachtung der Frist auf die Leistung verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen. Dieser Androhung entsprechend machte sie,

da die Beklagte auch bis zum 25. Oktober nicht lieferte, den vorliegenden Prozess anhängig, in welchem sie von ihr 18,000 Fr. Schadenersatz fordert.

B. — Sie begründet ihren Anspruch damit, dass die Beklagte sehr wohl in der Lage gewesen wäre zu liefern, da sie noch einen Posten der fraglichen Gewebe auf Lager gehabt und einem Geschäftsfreund nach Berlin offeriert und auch Lieferungen nach Berlin noch vorgenommen habe. Dementsprechend hafte sie ihr für den aus der Nichtlieferung entstandenen Schaden. Anlässlich der ersten Lieferungsverweigerung, am 26. Februar 1916, sei der Preis der streitigen Ware schon mehr als 1 Fr. höher gewesen als der Vertragspreis. Sie mache nun als Schaden die Preisdifferenz von 1 Fr. geltend, wobei sie für 300 Stück à 60 m auf den eingeklagten Betrag von 18,000 Fr. komme.

Die Beklagte hat demgegenüber in erster Linie eingewendet, die Belangung auf Schadenersatz sei kontraktlich ausgeschlossen worden. Sie habe ihren Berliner Vertreter Löser dahin instruiert, dass sie keine Garantie für rechtzeitige Lieferung und für Lieferung überhaupt übernehme, sofern die Kriegsverhältnisse ihr hindernd in den Weg treten, und dass infolge Nichtlieferung keinerlei Schadenersatzansprüche gestellt werden könnten. Die Klägerin sei hierüber durch Löser unterrichtet worden. Sie habe in genauer Kenntnis davon am 10. Juli 1915 eine neue grössere Bestellung gemacht, wobei ausdrücklich die fragliche Klausel aufgenommen worden sei, und ferner habe sie, trotz der Mitteilung Lösers, die Lieferung der 300 streitigen Stücke auf das Frühjahr 1916 notieren lassen. Damit sei die alte Ordre vom 1. Februar 1915 annulliert gewesen, und es sei an ihre Stelle eine neue, unter der erwähnten Kriegsklausel akzeptierte, getreten. Die Klägerin habe denn auch die Annullation der alten Bestellung stillschweigend hingenommen. — Uebrigens verletze es Treu und Glauben, wenn die Klägerin das Wahlrecht aus Art. 107 erst 8 Monate nach seiner Ent-

stehung ausgeübt habe. — Eventuell sei ihr die Lieferung schuldlos unmöglich geworden, indem Vertragsgegenstand Waren englischer Provenienz gewesen, die sie der Klägerin nicht mehr habe liefern können. — Im weitern werde auch die Schadensberechnung der Klägerin bestritten.

C. — Die Vorinstanz wies die Klage ab, indem sie annahm, der Vertrag vom 1. Februar 1915 bestehe zwar noch zu Recht, er sei weder aufgehoben, noch an ihm abgesehen vom Lieferungstermin etwas geändert, dagegen sei die Vertragserfüllung unmöglich geworden. Auf den zunächst abgemachten Termin, Sommer 1915, sei die Beklagte lieferbereit gewesen, die Klägerin habe dann aber Verschiebung der Ablieferung verlangt. Es sei nun der Beklagten nicht zuzumuten gewesen, die zur Ablieferung bereite Ware auf Lager zu halten, ihren Vertragspflichten habe es schon entsprochen, dass sie sich auf das Frühjahr 1916 eingedeckt. Nun sei aber schon von 1915 an die Ausfuhr von Geweben englischer Fabrikation, die nach dem Vertrag als Leistungsgegenstand allein in Betracht kommen, unmöglich gewesen und eine Umgehung der Ausfuhrverbote durch Lieferung an eine Deckadresse oder durch Besticken habe die Klägerin von der Beklagten nicht verlangen dürfen. Ebenso wenig habe sie ein Recht gehabt auf Lieferung von schweizerischer Ware.

D. — Gegen dieses Urteil ergriff die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht. In der bundesgerichtlichen Verhandlung wiederholte sie den Antrag auf Zusprechung der Klage und verlangte eventuell Rückweisung der Akten zur Beweisergänzung.

Die Beklagte hat auf Abweisung der Berufung antragen lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass für den Kauf vom 1. Februar 1915 die nachträglich auf-

gestellten Lieferbedingungen des Vertrages vom 10. Juli 1915 nicht massgebend sind. Diese neuen Konditionen (Ausschluss der Haftung für Lieferungsverspätung und für Nichtlieferung, sofern Kriegsverhältnisse hindernd in den Weg treten) wurden in der Instruktion des Vertreters Löser vom 21. und 28. Juni 1915 ausdrücklich als auf neue Offerten und neue Abschlüsse anwendbar bezeichnet. Sie liessen somit den damals bereits perfekten Kauf vom 1. Februar 1915, für den nur die Haftbarkeit wegen Lieferungsverspätung ausgeschlossen worden war, unberührt. Es ist übrigens auch gar nicht ersichtlich, warum sich die Klägerin ohne ein Entgelt dafür zu bekommen (und die Hinausschiebung des Lieferungsstermines kann offenbar als solches nicht aufgefasst werden) eine derartige Schlechterstellung hätte gefallen lassen sollen. An dem Gesagten ändert auch nichts, dass die Beklagte am 27. Dezember 1915 dem Vertreter Löser schrieb, die Verschiebung der Lieferung bedeute die Annullierung der alten und Aufgabe einer neuen Ordre. Denn diese Ansicht wurde seitens der Klägerin nicht anerkannt. Hervorzuheben ist übrigens, dass in dem Schreiben vom 13. Juli 1915 (Beklagte an Klägerin), in dem zum ersten Mal von einer Verschiebung der Lieferung gesprochen wird, von einer Annullierung der alten Bestellung nichts steht.

2. — Beizustimmen ist dem Handelsgericht ferner, wenn es ausführt, angesichts der wiederholten Mahnungen der Klägerin, die sich in der Korrespondenz finden, habe ihr zweimonatiges Stillschweigen auf die Annullierungserklärung der Beklagten vom 26. Februar 1916 nicht als Verzicht auf ihre Vertragsrechte aufgefasst werden dürfen.

Aber auch aus der Aufschiebung der Wahlerklärung kann die Beklagte gegen den klägerischen Anspruch nichts einwenden. Wie das Bundesgericht in Sachen Strohhandels-gesellschaft gegen Hollstein AS 44 II S. 410 festgestellt hat, kann die Wahlerklärung noch nach jeder neuen Mahnung zur Erfüllung abgegeben werden.

3. — Fraglich bleibt dagegen die Einwendung der Beklagten, ihre Leistung sei ohne ihr Verschulden zu einer unmöglichen geworden.

Auszugehen ist für die Frage dieser Leistungsunmöglichkeit von der Tatsache, dass die Lieferung seitens der Parteien auf das Frühjahr 1916 hinausgeschoben worden ist. Sodann steht für das Bundesgericht fest, dass als Kaufgegenstand nur Ware englischer Provenienz in Frage kommt. Das Handelsgericht hat dies aus dem Umstand, dass die Klägerin aus ihrem früheren Verkehr den Charakter der Beklagten als einer Importfirma gekannt habe, und sodann insbesondere aus den Prozessanbringen der Parteien geschlossen. Welchen Wert aber diese Anbringen hatten, und ob sie durch nachträgliche Eingaben, wie die Klägerin eine gemacht hat, wieder aufgehoben werden können, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechtes, die vom Bundesgericht nicht überprüft werden kann.

Gegenstand des Vertrages war somit eine Gattungssache, jedoch bestimmter Provenienz. Die Befreiung der Schuldnerin trat daher ein mit der ohne ihr Verschulden entstandenen Unmöglichkeit, sich Ware dieser Provenienz zu beschaffen, AS 43 II S. 85.

Nun ist der Beklagten zunächst zuzugestehen, dass sie, nachdem die Klägerin selber Verschiebung der Ablieferung verlangt hatte, nicht verpflichtet war, ein so grosses Quantum Ware, wie es im Streite liegt, vom Sommer 1915 bis Frühjahr 1916 auf Lager zu halten. Zudem handelte es sich ja nicht um eine bestimmte Spezies, sondern um, wenn auch durch die Provenienz spezifizierte Genusware. Sie schuldete der Klägerin also nicht speziell die im Sommer 1915 in ihrem Lager befindlichen, sondern überhaupt 300 Stück der Gattung und genügte daher ihren Vertragspflichten, wenn sie Massregeln traf, um auf den hinausgeschobenen Lieferungstermin das erforderliche Quantum Voile zu bekommen. Diese Massnahmen hat nun aber die Beklagte

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 Bürgschaftswegen 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-