

unter der Androhung, dass er bei Nichterfüllung während derselben den Schaden geltend machen werde, den er durch die Unmöglichkeit, den Vertrag mit Vaillant zu erfüllen, erleide. Mit andern Worten: er hätte sofort gegen die Beklagte nach Art. 107 OR vorgehen und die Nachfrist mit der Lieferung an seinen Unterbesteller Vaillant in Einklang bringen sollen. Statt dessen hat er bis zum 11. Juni mit der Fristansetzung zugewartet und sich auch am 25. Juni, als er nach unbenütztem Fristablauf durch seinen Vertreter die Aufhebung des Vertrages erklären liess, damit begnügt, seine Schadenersatzansprüche vorzubehalten, ohne von dem konkreten, längst eingetretenen Schaden etwas verlauten zu lassen. Dazu hatte er indessen um so mehr Veranlassung, als es sich um bar ausgelegtes Geld, nicht nur um entgangenen Gewinn handelte. Erst am 20. August 1917 hat sein Anwalt endlich den eingeklagten Schaden geltend gemacht.

5. — Aus den nämlichen Erwägungen kann auch die Ersatzforderung von 5000 Fr. für entgangenen Gewinn, so wie sie substantiiert ist, nicht geschützt werden. Denn das schon am 25. Mai liquidierte Rechtsverhältnis mit Vaillant kann nach dem Gesagten überhaupt nicht als Grundlage für die Berechnung des dem Kläger aus der Nichterfüllung durch die Beklagte entstandenen Schadens dienen. Selbst wenn letztere die rückständigen Drehbänke innert der am 23. Juni zu Ende gehenden Nachfrist noch geliefert hätte, hätte der Kläger sie nicht mehr mit Gewinn an Vaillant weiterverkaufen können, da der Vertrag mit diesem ja bereits aufgelöst war.

6. — Fragen könnte sich danach höchstens, ob dem Kläger nicht nach abstrakter Schadensberechnung eine Entschädigung zugesprochen werden könnte; diese wäre nach der Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreis im Zeitpunkt, in dem spätestens hätte geliefert werden sollen, d. h. im Zeitpunkt des Ablaufes der Nachfrist, zu berechnen. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz

zurückzuweisen, welche in erster Linie darüber zu entscheiden haben wird, ob auf eine derartige Klagebegründung nach kantonalem Prozessrecht überhaupt noch eingetreten und eventuell in welchem Betrage die Differenz zwischen Vertragspreis und Marktpreis (wenn ein solcher im massgebenden Zeitpunkt bestand) gefordert werden könne. Dabei ist zu bemerken, dass der Vertreter des Klägers laut Protokoll des Handelsgerichts (S. 3) in der Referentenaudienz eventuell Beweis durch Expertise dafür angeboten hatte, dass die Beschaffung gleichartiger Maschinen von anderer Seite einen Mehraufwand von 1000 Fr. pro Stück erfordert haben würde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 19. November 1918 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

44. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6 Mai 1919
i. S. Durrer gegen Durrer.

Art. 1, 239, 63 Abs. 2 OR. Klagbarkeit einer formlosen mündlichen Zusage des Vaters, dem mehrjährigen Sohne zur Ermöglichung einer gewissen Lebenshaltung bestimmte Zuschüsse an seinen Unterhalt « auf Erbrechnung ohne Zinsvergütung » auszusetzen?

A. — Der Kläger Louis Durrer hat vom Beklagten Niklaus Durrer, seinem vermöglichen Vater seit Jahren Vorbezüge auf sein künftiges Erbe gemacht. Die erhobenen Beträge wurden ihm jeweilen in den Büchern des Beklagten auf einem dafür eröffneten besonderen Konto belastet und der Saldo am Ende des Jahres von ihm unter-

schriftlich anerkannt : sie beliefen sich bis zum 1. Januar 1914 auf 57,546 Fr. ; die damals von fremder Hand versuchte Belastung mit Zinsen wurde, bevor der Kläger den Abschluss unterzeichnete, wieder storniert, wie sie auch bisher durchgängig fehlte, solange die Aufzeichnungen noch von der Hand des Beklagten stammten. Um die Bezüge nicht allzusehr anschwellen zu lassen und den direkten Zahlungsgesuchen des Sohnes auszuweichen, hatte der Vater am 13. Februar 1914 mit diesem im Beisein des Gemeindepräsidenten von Kerns eine Unterredung, in der die Parteien sich einigten, dass der Beklagte dem Kläger ein Haus mit Oekonomiegebäude und Umschwung zu einem auf Erbe anzurechnenden Mietzins von 350 Fr. zur Benützung überlasse, an den « ferneren Unterhalt » des Klägers und dessen Familie 1200 Fr. im Jahr in monatlichen Raten von 100 Fr. zahle, die beim Gemeindepräsidenten erhoben werden könnten, « bis auf weiteres » für die Studienkosten seines Grosssohnes Max (des Sohnes des Klägers) im Kloster Engelberg aufkomme und eine unbezahlte Schuhrechnung im Betrage von 130 Fr. übernehme. — Alle zu leistenden Zahlungen sollten sich « auf Erbrechnung, ohne Zinsvergütung » verstehen. Im weiteren erklärte der Beklagte, für keine Schulden des Klägers und dessen Familie mehr haften zu wollen : diese mögen sich mit den erwähnten Zulagen durchbringen oder sich eine andere Erwerbsquelle verschaffen. Der Gemeindepräsident notierte die mündliche Vereinbarung in ein Heft, das indessen von den Parteien nicht unterzeichnet wurde. Nachdem die versprochenen Zahlungen während zweier Jahre regelmässig entrichtet worden waren, wurde der Beklagte im Frühjahr 1916 unter Vormundschaft gestellt, worauf der Vormund vom Juni 1916 an die weiteren Leistungen einstellte. Mit der vorliegenden Klage stellt deshalb der Kläger das Begehren, es sei zu erkennen, dass die am 13. Februar 1914 getroffene Vereinbarung den Charakter eines für den Beklagten verbindlichen Vertrages habe und es sei dieser

zu verurteilen, an den Kläger den zugesicherten Unterhaltsbeitrag von 1200 Fr. weiter zu zahlen. In der Klage wird das Abkommen vom 13. Februar 1914 als Ausführung des Art. 328 ZGB, d. h. als Anerkennung der gesetzlichen Unterstützungspflicht des Beklagten gegenüber dem Kläger hingestellt, zu deren Begründung keine vollständige Verarmung, sondern nur ein Bedürfnis des letztern nötig sei. Der Beklagte bestreitet, dass eine solche Unterstützungspflicht bestehe oder am 13. Februar 1914 bestanden habe und verstellt zum Beweise, dass der Kläger arbeitsfähig sei, ausreichenden Verdienst finde, wenn er arbeiten wolle und dass sich zudem seine Verhältnisse seit 1914 dadurch gebessert hätten, dass seiner Frau ein Erbe angefallen sei und seine Kinder das erwerbsfähige Alter erreicht hätten. Die Bezüge, welche der Kläger schon vor dem 13. Februar 1914 gemacht, seien Darlehen gewesen, die mit seinem Erbe verrechnet werden sollten. Durch die Vereinbarung vom 13. Februar 1914 habe verhindert werden sollen, dass sie eine gewisse Höhe überschritten, wobei als selbstverständlich vorausgesetzt worden sei, dass sie aufhörten, sobald der Erbteil des Klägers dadurch erschöpft sei. Dieser Fall sei nun eingetreten, indem nach der Vormundschaftsrechnung das Vermögen des Beklagten 320,000 Fr., das Frauenvermögen 28,000 Fr., beide zusammen also 348,000 Fr. betragen, wovon der Frau $\frac{1}{4}$ anfallen werde, sodass für jedes der vier Kinder 60,000 Fr. verbleiben. Es habe sich dabei nicht um ein verbindliches vertragliches Leistungsversprechen, sondern um freiwillige Zuwendungen gehandelt, die jederzeit hätten eingestellt werden können. Selbst wenn an sich ein verbindlicher Vertrag vorläge, müsste er wieder lösbar sein, wenn sich inzwischen die Verhältnisse des Klägers zu dessen Gunsten geändert hätten, was nach dem oben Angeführten der Fall sei.

B. — Durch Urteil vom 11. Januar 1919 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald die Klage gutgeheissen und die Kosten beider Instanzen dem Be-

klagen auferlegt. Es stellt fest, dass nach Art. 55 des kantonalen EG zum ZGB die Beurteilung von Unterstützungsansprüchen im Sinne von Art. 328 ZGB dem Regierungsrat zukomme. Da demnach der Richter zur Beurteilung der Sache aus diesem Gesichtspunkte nicht zuständig sei, fielen die Vorbringen der Parteien, welche sich darauf bezögen, von vorneherein ausser Betracht. Andererseits könne auch von einer erbrechtlichen Zuwendung nicht die Rede sein, weil die formellen Voraussetzungen des Erbvertrages nicht gegeben seien. Die Unterredung vom 13. Februar 1914 sei daher einzig « nach den Grundsätzen eines gewöhnlichen obligationenrechtlichen Vertrages zu beurteilen ». Es frage sich, ob der Beklagte dadurch eine rechtliche Zahlungsverpflichtung habe übernehmen wollen, auf deren Erfüllung im Weigerungsfalle geklagt werden könne. Dies sei zu bejahen. Dafür sprechen einmal die Verhältnisse des Klägers und der Familie Durrer im Allgemeinen. Der Kläger sei vom Beklagten weder zur Erlernung eines Berufes noch später zu einer geregelten selbständigen Erwerbstätigkeit angehalten worden; man habe es ihm überlassen, sich in dem früheren weitverzweigten Geschäftsbetriebe des Vaters zu betätigen, wie und soweit er wolle, wobei der Vater stets für die Bedürfnisse des Sohnes und nachher auch für die Kosten des Haushaltes des letzteren aufgekommen sei. Mit Rücksicht auf « familientraditionelle Verhältnisse und die eigene gesellschaftliche Stellung » habe es offenbar im Willen des Beklagten gelegen, der Familie des Sohnes auch für die Zukunft ein einigermaßen standesgemässes Auskommen zu sichern und sie vor der Inanspruchnahme fremder Hülfe zu bewahren. Dass man es mit einer eigentlichen vertraglichen Abrede und nicht nur mit Leistungen auf Zusehen hin zu tun habe, beweise auch die Zuziehung einer Drittperson zu der Unterredung und schliesslich sei auch das von jener niedergeschriebene Protokoll so abgefasst, dass sich die Ueberzeugung aufdränge, es sei damals « der Vertragswille beidseitig vorhanden gewesen ».

Für eine Aenderung der Verhältnisse des Klägers, welche die Verpflichtung lösen könnte, enthalten die Akten keine hinreichenden Anhaltspunkte: die Höhe des der Ehefrau des Klägers angefallenen Erbes sei nicht ausgemittelt und auch die Erwerbsverhältnisse der Kinder (17 und 20 Jahre alt) unabgeklärt. Auf die Frage, ob die Bezüge den Erbteil des Klägers übersteigen, könne heute nicht eingetreten werden: eine Feststellung darüber sei erst nach Eröffnung des Erbganges möglich.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung des Beklagten mit dem Begehren auf Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Abnahme der Beweise über das der Frau des Klägers angefallene Erbe. Der Kläger hat Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da seit dem Juni 1916 bereits drei Jahresraten von zusammen 3600 Fr. verfallen wären, ist, selbst wenn man die fernere Lebenswahrscheinlichkeit des Beklagten noch so gering anschlägt, der für die Berufung und das mündliche Berufungsverfahren insbesondere erforderliche Streitwert gegeben.

2. — In der Sache selbst kann die Frage der Rechtsverbindlichkeit der streitigen Vereinbarung vom 13. Febr. 1914 nicht, wie es die Vorinstanzen getan haben, damit erledigt werden, dass man sie als « obligationenrechtlichen Vertrag und von beiden Parteien ernstlich gewollt » hinstellt. Es bedarf hiezu einer Untersuchung des Verpflichtungsgrundes (der causa), von dem die Gültigkeit des Versprechens und die formellen Voraussetzungen für sein Zustandekommen abhängen. Das Abkommen, wie es vom Gemeindepräsidenten aufgezeichnet worden ist, gibt hierüber keinen Aufschluss. Insbesondere lässt sich aus der Erklärung, dass die Zahlungen « an den Unterhalt » des Sohnes und seiner Familie geleistet werden, darüber nichts entnehmen: sie enthält nicht den Rechtsgrund der

Zuwendung, sondern nur die rechtlich unerhebliche Angabe über die Verwendung, die das Geld beim Empfänger finden soll. Dass es letzterem zu diesem Zwecke zugewendet werde, weil der Versprechende zur Bestreitung des Unterhaltes desselben nach den Verhältnissen verpflichtet sei, ist jedenfalls nicht zum Inhalte der Vereinbarung gemacht worden noch sind — nach dem Zeugnisse des Gemeindepräsidenten — bei den Unterhandlungen Äusserungen gefallen, welche darauf deuten würden. Das Nämliche gilt für die Bestimmung, dass die Leistungen « auf Erbrechnung » hin geschehen. Es liegt darin lediglich die Verfügung über die Ausgleichspflicht im Erballe, wie sie nach dem Gesetze (Art. 626 ZGB) mit jeder Zuwendung an einen präsumtiven Erben verbunden werden kann. Ueber den Charakter des Zuwendungsgeschäftes selbst ist damit nichts ausgesagt. Der Standpunkt des Beklagten, wonach es sich um die Gewährung von Darlehen gehandelt haben würde, ist offenbar nicht haltbar, weil es an dem dafür begriffsnotwendigen Erfordernis der Vereinbarung einer Rückzahlungspflicht des Klägers fehlt. Die Verfügung der Anrechnung auf das Erbe kommt einer solchen nicht gleich. Denn selbst wenn es dem Kläger beim Erbfall nichts mehr oder nicht mehr soviel treffen sollte, als er bereits bezogen hat, hätte er dennoch nichts mehr zu erstatten, wenn anzunehmen ist, der Erblasser habe ihn begünstigen wollen: würde er die Erbschaft ausschlagen oder enterbt werden, so läge in dem getroffenen Abkommen nichts, was auf den Parteiwillen schliessen liesse, ihn zur Rückleistung des Empfangenen zu verhalten. Die Belastung des Klägers in den Büchern des Beklagten dient dem Beweise des Vorempfanges und soll Streitigkeiten zwischen den Erben über dessen Höhe abschneiden, ist aber nicht schlüssig für ein Darlehen angesichts der übrigen Umstände, welche gegen ein solches sprechen. Es fällt demnach als möglicher Grund des Versprechens nur in Betracht: sei es die Absicht der Erweisung einer

Freigebigkeit, sei es die Erfüllung eines Gebotes der Sitte oder der gesetzlichen Unterstützungspflicht. Vom letzteren Standpunkt aus will denn auch der Kläger das Abkommen betrachtet wissen, indem er es als Ausführung des Art. 328 ZGB bezeichnet. Indessen offenbar zu Unrecht. Hätte diese Auffassung obgewaltet, d. h. wäre man der Meinung gewesen, dass es sich um Leistungen handle, zu denen der Vater dem Sohne gegenüber von Gesetzes wegen gehalten sei, so wäre dies zweifellos entweder in dem Abkommen selbst, wie es der Gemeindepräsident protokollierte, zum Ausdruck gebracht oder doch im Laufe der Besprechungen irgendwie erwähnt worden. Nach den Aussagen des Gemeindepräsidenten steht aber fest, dass dies nicht der Fall war, d. h. dass bei den Verhandlungen weder von jener Gesetzesvorschrift noch sonst von einem Rechtsanspruche, den der Kläger auf die ihm in Aussicht gestellten Leistungen gehabt hätte, die Rede war. Darf demnach als ausgeschlossen angesehen werden, dass der Wille der Parteien auf das vom Kläger behauptete Ziel gerichtet gewesen sei, so kann auch dahingestellt bleiben, ob die dabei vorausgesetzte causa wirklich vorhanden gewesen wäre, d. h. ob nach den Verhältnissen eine Unterstützungspflicht im Sinne von Art. 328 ZGB des Beklagten gegenüber dem Kläger wirklich bestanden hätte und noch bestünde, sodass die Konsequenzen, welche nach dieser Richtung aus der Tatsache zu ziehen wären, dass im Kanton Obwalden die Beurteilung von Unterstützungsansprüchen der Verwaltungsbehörde (dem Regierungsrat) übertragen ist, nicht erörtert zu werden brauchen. Vom Standpunkte der Erweisung einer reinen Freigebigkeit, d. h. der Schenkung aber muss die Klage schon deshalb abgewiesen werden, weil die für das Schenkungsversprechen nach Art. 239 OR vorgeschriebene Schriftform nicht erfüllt ist. Und die Annahme, dass der Beklagte sich zu der streitigen Zusage im Hinblick auf Gebote der Sitte, mit Rücksicht auf den gesellschaftlichen Rang und das Ansehen der Familie verstanden

habe, vermag dem Kläger darum nicht zu helfen, weil das Bestehen einer sittlichen Pflicht — sofern man dazu auch solche nicht in der Ethik, sondern bloss in gesellschaftlichen Anschauungen wurzelnde Rücksichten rechnen will — wohl die Rückforderung des in Erfüllung derselben Geleisteten ausschliesst (Art. 63 Abs. 2, 239 Abs. 3 OR), aber noch keinen Titel für einen klagbaren Anspruch abgibt. Wäre es anders, d. h. würde aus dem sittlichen Gebote demjenigen, an den es sich richtet, auch rechtlich die Pflicht zu einem entsprechenden Verhalten erwachsen, so wäre die Bestimmung des Art. 63 Abs. 3 OR überflüssig, weil dann von vorneherein von einer « ohne Grund » erfolgten Leistung bezw. einer Nichtschuld nicht gesprochen werden könnte, der Ausschluss der Kondiktion sich also schon nach allgemeinen Grundsätzen von selbst verstehen würde. Dessen besondere Statuierung lässt sich demnach nur so erklären, dass die Bereicherung, weil der durch sie geschaffene Zustand dem sittlichen Bewusstsein entspricht, nicht als ungerechtfertigt gelten soll, obwohl vom Standpunkte des Rechtes aus ein Grund für sie nicht vorliegt. Erzeugt das sittliche Gebot an sich noch keine Rechtspflicht, so kann es aber auch nicht zum Gegenstand eines rechtlich verbindlichen Erfüllungsversprechens gemacht werden, weil ein solches voraussetzt, dass vorher überhaupt eine — zu erfüllende — Obligation im Rechtssinne vorlag (OSER, Kommentar zum OR S. 5 VII 1 c). Formlose Zusagen der hier vorliegenden Art, durch die ein Vater dem Sohne Zuschüsse zur Ermöglichung einer gewissen Lebenshaltung aussetzt, pflegen denn auch regelmässig nicht in der Absicht der Eingehung einer rechtlichen Verpflichtung abgegeben zu werden, und zählen nach der Anschauung des Lebens nicht zu denjenigen, mit denen eine solche Absicht, d. h. der Wille einer rechtsgeschäftlichen Bindung, wie er zur Begründung einer Obligation nötig ist, verbunden wäre. Es handelt sich dabei um rein freiwillige Leistungen auf

Zusehen hin, auf deren Zusicherung sich ein im Rechtswege erzwingbarer Anspruch nicht gründen lässt.

Da demnach die Klage schon mangels Vorliegens eines rechtlich verbindlichen Leistungsversprechens verworfen werden muss, braucht die Frage nicht erörtert zu werden, welche Bedeutung unter Voraussetzung der Annahme eines solchen der Behauptung des Beklagten zugekommen wäre, dass die Verhältnisse des Klägers sich inzwischen durch Anfall eines Erbes an seine Frau gebessert hätten, und ob nicht die Vorinstanz den dafür beantragten Beweis hätte abnehmen müssen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 11. Januar 1919 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

45. Sentenza 7 maggio 1919 della II^a sezione civile nella causa Valsangiacomo c. Antonietti.

Obbligo personale assunto da un socio di una società in nome collettivo a garanzia di un mutuo fatto alla società. — Esso non è obbligo per se stante e diverso da quello previsto dall'art. 564 cap. 3 CO e resta pertanto estinto dal concordato concesso alla società.

A. — La società in nome collettivo Fratelli Valsangiacomo fu Pietro in Balerna, composta da Cesare, Guglielmo e Vittore Valsangiacomo, prendeva a mutuo da Antonietti Casimiro in Lugano, il 3 luglio 1914, 4000 fr., ed il 21 dello stesso mese 2000 fr. Sul mutuo di 2000 fr. furono in seguito restituiti 1000 fr.

Le due polizze, firmate « per la ditta Valsangiacomo fu Pietro : Valsangiacomo Cesare », contengono la dichiarazione di debito da parte della mutuataria, il suo obbligo