

klagten heute gegen die Rechtsbeständigkeit der Bürgschaft erhobenen Einreden seinerzeit auch von den Klägern erhoben worden sind, so dass ihnen keine schuldhaftige Unterlassung vorgeworfen werden könnte. Übrigens käme eine solche, nachdem sich diese Einreden durchwegs als unbegründet erweisen, ohnehin nicht in Frage.

5. — (Bemessung der Höhe des Regressanspruches.)...

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil des Obergerichtes des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 26. Mai 1931 aufgehoben und die Klage im Betrage von 4500 Fr. nebst 5 % Zins seit 2. Januar 1930 geschützt.

**82. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 4. November 1931 i. S. Weber, Huber & Cie.
gegen « Rimba ».**

Kaufvertrag mit einer Aktiengesellschaft als Verkäuferin, die vor Erfüllung durch eine andere Aktiengesellschaft in fusionsähnlicher Weise mit Aktiven und Passiven übernommen und im Handelsregister gelöscht wird. Der Käufer ist zur Annahme der neuen Schuldnerin gehalten, wenn ihm nicht wichtige Gründe zur Seite stehen.

A. — Durch Vertrag vom 4. November 1930 verpflichtete sich die Mineralöl und Benzin A. G. in Zürich, der Beklagten, Weber, Huber & Cie in St. Gallen, in der Zeit zwischen Januar und April 200 Tonnen prima polnisches Mineral-Gasöl frachtfrei Petrowitz oder Makoschau-Transit und unverzollt zu liefern, zahlbar zu Dollar 1,46 per 100 kg 14 Tage nach Versand.

Am 22. Dezember 1930 kam zwischen der Mineralöl & Benzin A. G. und der Robert Josef Jecker A. G. in Zürich ein Vertrag zu stande, durch den diese jene auf Grund ihrer Bilanz per 31. Dezember 1930 mit Aktiven

und Passiven in sich aufnahm und die Firma in « « Rimba » Rob. Jos. Jecker Mineralöl & Benzin A. G. Zürich » abänderte. Der Übernahmepreis entsprechend dem Aktivsaldo der Bilanz von 118,266 Fr. 42 Cts. wurde den Aktionären der Mineralöl & Benzin A. G. durch Übergabe von 62 voll liberierten Aktien der Rob. Jos. Jecker A. G. vergütet und der Verwaltungsratspräsident der Mineralöl & Benzin A. G. wurde in den Verwaltungsrat der « Rimba » gewählt. Am 7. Januar 1931 wurde die Mineralöl & Benzin A. G. unter Hinweis auf den Beschluss der Generalversammlung vom 23. Dezember 1930 und auf den Vertrag vom 22. Dezember 1930 im Handelsregister gelöscht... Mitte Januar 1931 wurde der Beklagten durch Rundschreiben mitgeteilt, dass die Mineralöl & Benzin A. G. durch die « Rimba » mit Aktiven und Passiven übernommen worden sei. Sofort nach Empfang dieser Mitteilung antwortete die Beklagte, sie sei mit der Übertragung des Vertrages vom 4. November 1930 auf die « Rimba » nicht einverstanden und betrachte ihn als annulliert. Die « Rimba » hielt darauf am Verträge fest.

B. — Am 5. Mai 1931 hat die « Rimba » gegen Weber, Huber & Cie Klage mit den Rechtsbegehren erhoben :

1. Es sei gerichtlich zu erkennen, der zwischen der Beklagten und der Firma Mineralöl & Benzin A. G. Zürich am 4. November 1930 geschlossene Vertrag sei am 1. Januar 1931 auf die Klägerin übergegangen.

2. Die Beklagte sei daher verpflichtet, von der Klägerin 200 Tonnen Ia polnisches Mineral-Gasöl per 30. April 1931 abzunehmen und der Klägerin den Kaufpreis von 15,184 Fr. zuzüglich 6 % Zins seit 30. April 1931 zu bezahlen...

C. — Durch Urteil vom 16. Juli 1931 hat das Handelsgericht des Kantons St. Gallen die Klage gutgeheissen, jedoch den Zinsfuss auf 5 % herabgesetzt.

D. — Gegen diesen Entscheid hat die Beklagte rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt...

E. — . . .

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Wenn eine eigentliche Fusion zwischen den beiden Aktiengesellschaften stattgefunden hätte, wäre der Beklagten als Gläubigerin der Schuldnerwechsel aufgezwungen worden, d. h. es hätte ihrer Zustimmung ohnehin nicht bedurft, sieht doch OR Art. 669 gerade deshalb gewisse Sicherungen zugunsten der Gläubiger vereinigter Aktiengesellschaften vor (BACHMANN, Kommentar, Ziff. 7 zu OR Art. 669). Es ist jedoch fraglich, ob im vorliegenden Fall eine Fusion angenommen werden kann, denn die Aktien der Robert Josef Jecker A. G., die den Gesellschaftern der übernommenen Gesellschaft übergeben wurden, stammten aus einem Vorrat der übernehmenden Gesellschaft; eine neuere Auffassung im Schrifttum erblickt in einem solchen Vorgang mangels Kapitalerhöhung keine Vereinigung, sondern eine Geschäftsveräusserung mit Gegenleistung in Aktien (HEYMANN, Aktienrechtliche Fusion, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 92 S. 230, FISCHER, Die Aktiengesellschaft, in Ehrenberg's Handbuch Bd. 3, I. Abteilung S. 418, WIELAND, Handelsrecht Bd. II S. 362 und die dort zitierte weitere Literatur). Das Handelsgericht konnte diese den Begriff der Fusion betreffende Streitfrage jedoch offen lassen, denn es muss mit ihm davon ausgegangen werden, dass auch bei einer blossen Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven der Vorbehalt der Zustimmung des Gläubigers zum Schuldnerwechsel dadurch berührt wurde, dass Schuldnerin eine Aktiengesellschaft war, bei welcher die Beklagte als Gläubigerin angesichts der steten Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse mit der Möglichkeit entweder einer Fusion oder einer Geschäftsübernahme von Anfang an rechnen musste. Die Vorinstanz hat mit Fug ausgeführt, dass der Verkehr mit einer Aktiengesellschaft deswegen und weil stets Schiebungen in der Zusammensetzung der Mitglieder und des leitenden Personals vor-

kommen können, einen unpersönlichen Charakter erhalte. In Übereinstimmung mit dem Handelsgericht und in Anlehnung an eine neuere Richtung der handelsrechtlichen Literatur, die den Begriff des Unternehmens und seiner Kontinuität in den Vordergrund rückt (WIELAND, Handelsrecht I S. 295) ist daher für den Fall, wo Schuldnerin eine Aktiengesellschaft war, zu erkennen, dass bei gewissen Vertragsverhältnissen, zu denen, Sonderfälle vorbehalten, wegen seines unpersönlichen Charakters auch der Kauf zählt, der Gläubiger zur Annahme des neuen Schuldners, der Aktiven und Passiven übernommen hat, gezwungen ist, wenn der alte Schuldner untergegangen ist, es wäre denn, dass er wichtige Gründe gegen die übernehmende Gesellschaft anführen könnte. Solche wichtige Gründe sind hier, mit Ausnahme der Angelegenheit Schwarz, nicht angerufen worden. Im übrigen ist noch beizufügen, dass die Nachfolge des Erwerbers des einem weggefallenen Schuldner gehörenden Vermögens in die Schuldpflicht an sich nicht nur ohne Beeinträchtigung des gläubigerischen Rechtes möglich ist, sondern dass sie unter Umständen zur Wahrung und Erhaltung der für den Gläubiger gegenüber dem ursprünglichen Schuldner erworbenen Rechtsstellung geradezu geboten ist (STROHAL, Schuldpflicht und Haftung S. 50). Diese Rechtsprechung kann sich freilich nicht auf Art. 181 OR berufen, denn darin ist die Frage nicht entschieden, was zu geschehen habe, wenn die vorgesehene kumulative Schuldpflicht während zwei Jahren wegen Löschung des alten Schuldners nicht möglich ist; es handelte sich also darum, da es auch an einem Gewohnheitsrecht gebricht, eine Lücke des Gesetzes gemäss Art. 1 ZGB auszufüllen.

2. — Wenn man nicht so weit hätte gehen wollen, hätte sich immerhin noch die Frage aufgeworfen, ob die Ablehnung der Klägerin als Schuldnerin durch die Beklagte nicht rechtsmissbräuchlich gewesen wäre. Die Beklagte hat sich darauf beschränkt, zu bestreiten, dass der Preissturz auf Öl Grund ihrer Ablehnung gewesen sei, aber sie

hat keinen andern Grund angegeben. Art. 2 Abs. 2 ZGB bezieht sich grundsätzlich auch auf das dem Gläubiger durch Art. 181 OR verliehene Wahlrecht.

**83. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 10. November 1931 i. S. Emrich gegen Schmitzberger.**

Gesetzliche Einführung des Befähigungsnachweises für Zahnärzte.
Deren Einfluss auf den Mietvertrag, den ein nicht diplomierter Zahnarzt bezüglich eines Hauses abgeschlossen hat, in dem er bis anhin eine Zahnarztpraxis ausgeübt hat, was ihm von nun an verwehrt ist.

Tatbestand (gekürzt) :

A. — Der Kläger, Oskar Eugen Emrich, Zahnarzt in St. Gallen, war bis vor kurzem Eigentümer des auf dem Gebiet der glarnerischen Gemeinde Mollis, aber in unmittelbarer Nähe der st. gallischen Gemeinde Weesen gelegenen Chalets « im Ried », das für eine Zahnarztpraxis eingerichtet war. Nachdem er früher darin selber den Zahnarztberuf ausgeübt hatte, schloss er am 5. Oktober 1925 hierüber mit der heutigen Beklagten, der im Jahre 1868 geborenen Witwe des verstorbenen Dr. Schmitzberger, Frau Anna Schmitzberger, die auf Grund eines ihr von der zahnärztlichen Schule in Zürich ausgestellten Fähigkeitszeugnisses seit 1904 Inhaberin eines zürcherischen Zahnarztpatentes war, folgenden Vertrag ab: « Frau Dr. Schmitzberger in Zürich übernimmt ab 1. November 1925 die von Herrn Oskar Eugen Emrich in seinem Hause, Chalet im Ried, Weesen, bisher geführte Praxis samt Haus, Garten und allem Zubehör, zum Pachtzinse von 500 Fr. monatlich, welcher Betrag aber vierteljährlich bezahlt wird... » Der Vertrag wurde auf die Dauer von drei Jahren, d. h. vom 1. November 1925 bis 1. November 1928, abgeschlossen, mit der Abrede, dass wenn er nicht sechs Monate vor Ablauf gekündigt werden sollte, seine Dauer sich jeweils stillschweigend um ein Jahr verlängere. Die

Beklagte bezog dann vertragsgemäss das erwähnte Haus und übte daselbst während mehreren Jahren die zahnärztliche Praxis aus, die damals auf dem Gebiete des Kantons Glarus an keinerlei Befähigungsausweise oder andere Voraussetzungen gebunden war.

Am 1. Mai 1927 genehmigte jedoch die glarnerische Landsgemeinde ein Gesetz, wonach vom 1. Januar 1928 an die erwerbsmässige Ausübung der zahnärztlichen Praxis nur noch solchen Personen gestattet wurde, die das eidg. Diplom für Zahnärzte erworben haben. Dabei wurde aber für die bereits niedergelassenen Zahntechniker die Ausnahmebestimmung aufgenommen, dass diejenigen, die schon vor dem 1. Januar 1917 im Kanton Glarus ihrem Berufe oblagen, weiterhin Zahnbehandlungen an Patienten ausführen dürften, während solche, die sich nach dem 1. Januar 1917 bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes im Kanton Glarus niedergelassen, sich zur Erlangung einer derartigen Bewilligung einer einmaligen Prüfung über ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zu unterziehen hatten. Die Führung des Titels Zahnarzt wurde aber nur noch solchen Personen gestattet, die im Besitze des eidg. Diploms für Zahnärzte sind.

Die Beklagte ersuchte daraufhin die Regierung des Kantons Glarus, sie, gestützt auf ihre Ausweise aus dem Kanton Zürich, auch ohne Ablegung einer Prüfung, zur weitem Berufsausübung im Kanton Glarus zuzulassen. Sie wurde aber mit ihrem Gesuch abgewiesen, und gleichzeitig wurde ihr eröffnet, dass sie auch nach bestandener Prüfung ohnehin im Kanton Glarus nur als Zahntechnikerin, dagegen nicht mehr als Zahnärztin praktizieren dürfte. Die Beklagte sah daraufhin davon ab, sich dieser Prüfung, zu der sie sich angemeldet hatte, zu unterziehen. In der Folge liess sie dem Kläger am 27. August 1927 mitteilen, dass sie den Vertrag vom 8. Oktober 1925 wegen höherer Gewalt als beendet ansehe und demgemäss von diesem zurücktrete; denn dieser habe die Möglichkeit der Berufsausübung als Zahnärztin zur notwendigen Voraussetzung