

runter ein Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR verstanden sein sollte, hätte man es mit einer rechtlichen Würdigung zu tun. Auf jeden Fall enthält aber die Erwägung in erster Linie die tatsächliche Feststellung, dass Bächler mit Zustimmung und auf Geheiss des Beklagten gehandelt hat. Diese Feststellung ist gemäss Art. 81 OG für das Bundesgericht verbindlich und entspricht übrigens auch unverkennbar dem wirklichen Sachverhalt. Der Beklagte war der massgebende Gründer der Aktiengesellschaft, die die Konzession erwerben sollte, er schoss die für die Finanzierung des Unternehmens nötigen Mittel vor, beteiligte sich selber an Ort und Stelle an den Vorbereitungen für die Gesellschaftsgründung und den Kaufabschluss, nahm an der Gründungsversammlung teil und unterzeichnete das Gründungsprotokoll und die Statuten, die zwar nicht mehr auffindbar sind, beim Abschluss des Kaufvertrages jedoch vorgelegen und für Bächler die Vollmacht zum Erwerb der Konzession im Namen der Gesellschaft erhalten haben, wie der verurkundende Notar im Kaufvertrag selber ausdrücklich feststellt und im Prozess als Zeuge bestätigte.

Hat also Bächler den Kaufvertrag mit Zustimmung und Vollmacht des Beklagten abgeschlossen, so haftet der Beklagte, gleichviel unter welche rechtliche Kategorie seine Anweisungen zu subsumieren sind, gemäss Art. 623 Abs. 2 OR persönlich für die zu Lasten der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten.

b) Die Vorinstanz hat die Verjährungseinrede des Beklagten verworfen, mit dem einfachen Hinweis darauf, dass er für seine Verpflichtungen aus dem Kaufgeschäft vom 26. Juli 1916 bereits am 8. Mai 1926 auf dem Wege der Schuldbetreibung in Anspruch genommen worden sei. Sie geht also von der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR aus.

Ob das richtig ist, hängt von der Natur der Forderung ab. Würde die Forderung auf einem Delikt oder Quasidelikt beruhen, so käme Art. 60 OR mit der einjährigen

Verjährung zur Anwendung. Tatsächlich ist das aber nicht der Fall. Wer namens einer noch nicht im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft ein Rechtsgeschäft abschliesst, begeht weder eine unerlaubte noch eine deliktsähnliche Handlung, die ihn zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichten würde. Er haftet gemäss der besondern gesetzlichen Vorschrift des Art. 623 Abs. 2 für die auf den Namen der Aktiengesellschaft begründeten Verpflichtungen als solche; er schuldet Erfüllung des Vertrages in gleicher Weise, wie die Aktiengesellschaft Erfüllung schulden würde, wenn sie in das Handelsregister eingetragen worden wäre und gemäss Art. 623 Abs. 3 die Verpflichtungen übernommen hätte. Vgl. BGE 49 II 193; VON TUHR I § 45 Note 44; BACHMANN, Anm. 5 zu Art. 623; WEITH, a.a.O. S. 159. Damit gilt für die Haftung aus Art. 623 Abs. 2 auch die Verjährung, die das Gesetz für die Forderung als solche vorsieht (übereinstimmend für das deutsche Recht: STAUB, Anm. 13 zu § 200). Das ist im vorliegenden Falle, wo es sich um eine Kaufpreisforderung handelt, die zehnjährige Verjährung des Art. 127 OR.

Demnach hat die Vorinstanz die Verjährungseinrede mit Recht abgewiesen.

62. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. September 1937
i. S. Société pour l'Exportation des sucres S. A.
gegen Schweizerische Kreditanstalt.

Bürgschaft, Einfluss von Clearingvorschriften.

Bestimmung des anwendbaren Rechtes bei der Bürgschaft. Der schweizerische Solidarbürge kann sich darauf berufen, dass der Hauptschuldner infolge clearingvertraglicher, die direkte Zahlung verbietender Vorschriften an die Clearingstelle seines Landes bezahlt habe.

Ein Clearingvertrag zwischen ausländischen Staaten verstößt nicht gegen die schweizerische öffentliche Ordnung.

Eine besondere vertragliche Übernahme des Risikos der Clearingzahlung fehlt hier.

A. — Am 6. August 1935 kaufte der Weinexporteur G. G. Pavella in Fiume bei der Klägerin, der Société pour l'exportation des Sucres S. A. in Antwerpen, 250,000 Liter Alkohol zum Preise von 42.50 Belgas per 100 Liter, zahlbar 90 Tage nach Sicht in Antwerpen. Der Käufer verpflichtete sich dabei zur sofortigen Eröffnung eines unwiderruflichen Bankkredites bei einer der Verkäuferin genehmen Bank.

Am 4. Oktober 1935 teilte die Beklagte, die Schweizerische Kreditanstalt in Zürich, der Klägerin unter Beilegung eines entsprechend lautenden Bürgscheins mit, sie habe Auftrag erhalten, ihr für die Verpflichtungen der Firma Pavella bis zum Betrag von SFr. 18,000.— Bürgschaft zu leisten. Die Klägerin lehnte jedoch diese Sicherstellung mit Telegramm vom 5. Oktober 1935 ab und verlangte Garantie in Belgas, was die Beklagte ihrerseits mit Schreiben vom gleichen Tage ablehnte und den Bürgschein zurückverlangte.

Inzwischen hatte Pavella am 7. Oktober 1935 eine erste Lieferung von 80,000 Liter Alkohol abgerufen. Die Klägerin gab indessen dem Abruf keine Folge, sondern schrieb am 11. Oktober 1935 an Pavella, das Haupthindernis einer Lieferung bilde die Sicherstellung der Schweizerischen Kreditanstalt, welche ihr in keiner Weise genüge; sie verlange durch eine Solidarbürgschaft der Bank sichergestellt zu werden, und überdies müsse die Dauer der Bürgschaft um mindestens einen Monat, d.h. bis 10. Februar 1936, erstreckt werden. Am Schlusse des Briefes bemerkte die Klägerin sodann: « Nous vous répétons que ce qui importe c'est la mise au point de la garantie de banque. Nous ne doutons nullement de votre crédit, mais vu la situation qui nous est créée dans votre pays,

nous ne désirons plus courir le moindre risque pour notre argent. »

In einem weiteren Schreiben vom 17. Oktober wiederholte sie: « ...Ainsi que nous l'avons déjà dit, il n'y a pas, de notre part, la moindre méfiance à votre égard, ni le moindre doute au sujet de votre crédit, mais vous auriez beau vouloir nous exécuter, si vous en étiez empêché par des restrictions ou des décrets de votre gouvernement, comment entrerions-nous alors en possession de notre argent? »

Pavella teilte der Beklagten mit, dass die Klägerin die Leistung einer Solidarbürgschaft und die Verlängerung der Dauer um einen Monat verlange; von den weiteren, oben wiedergegebenen Ausführungen der Klägerin gab er der Beklagten dagegen keine Kenntnis.

Am 19. Oktober 1935 teilte die Beklagte der Klägerin unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die ihr durch Pavella zur Kenntnis gebrachten Begehren der Klägerin betreffend die Ausgestaltung ihrer Bürgschaftsverpflichtung mit, dass sie zur Eingehung der Bürgschaft zu den genannten Bedingungen bereit sei, und legte einen vom gleichen Tage datierten Bürgschein bei, laut welchem sie bis zum 10. Februar 1936 für die Verpflichtungen der Firma Pavella gegenüber der Klägerin aus Alkohollieferungen Solidarbürgschaft bis zum Maximalbetrage von SFr. 18,000.— zu leisten erklärte.

Daraufhin führte die Klägerin die von Pavella gemachte Bestellung von 196 Fässern Alkohol aus und stellte dafür am 30. Oktober 1935 Rechnung im Betrage von SFr. 17,609.88.

B. — Noch vor Eintritt der Fälligkeit der Forderung der Klägerin, nämlich am 11. Dezember 1935, wurde zwischen der Union économique belgo-luxembourgeoise und Italien für die Forderungen aus dem gegenseitigen Warenverkehr ein Clearingabkommen abgeschlossen...

Am 9. Januar 1936 zahlte Pavella bei der italienischen Clearingstelle zu Gunsten der Klägerin 68,104.75 Lire ein

und übermittelte der Klägerin am 11. Januar die Originalquittung mit der Bitte, sie möge ihm den Gegenwert von SFr. 16,903.64 (Fakturabetrag abzüglich eine Gegenforderung des Käufers) gutschreiben, sobald er ihr ausbezahlt worden sei. Die Klägerin weigerte sich, die Zahlung über das Clearing anzunehmen unter Hinweis darauf, dass Zahlung innert 3 Monaten in Schweizerfranken in Antwerpen vereinbart worden sei, und wandte sich an die Beklagte als Solidarbürgin mit der Aufforderung, die Schuld von SFr. 17,609.88 zu bezahlen. Die Beklagte lehnte die Bezahlung ab mit der Begründung, sie sei verpflichtet, der Klägerin die dem Hauptschuldner zustehende Einrede entgegenzuhalten, dass er seine Schuld an die Clearingstelle einbezahlt habe.

C. — Am 5. März 1936 erhob die Klägerin gegen die Beklagte Klage auf Bezahlung von SFr. 17,971.— nebst 5% Zins seit 5. Februar 1936. Die Klageforderung setzt sich zusammen aus dem Kaufpreis für den gelieferten Alkohol, Fr. 17,609.88, sowie dem Verlust aus 2 Reportgeschäften von Fr. 361.12.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und verkündete dem Hauptschuldner Pavella den Streit. Pavella hat sich jedoch am Prozess nicht beteiligt.

D. — Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat mit Urteil vom 4. März 1937 die Klage abgewiesen.

E. — Gegen diesen Entscheid hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, die Klage sei im Betrage von Fr. 16,576.51 nebst 5% Zins seit 5. Februar 1936 gutzuheissen. In der Berufungserklärung hat die Klägerin verschiedene Aktenwidrigkeiten erhoben, auf die, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen einzutreten sein wird.

F. — Die Beklagte beantragt, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, eventuell, diese sei abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Da nach Art. 57 OG die Berufung an das Bundesgericht nur wegen Verletzung eidgenössischen Rechts zulässig ist, so muss in erster Linie die Frage abgeklärt werden, welchem Recht die verschiedenen Vertragsverhältnisse unterstehen, die den Beziehungen der Parteien zu Grunde liegen, nämlich der Kaufvertrag zwischen Pavella und der Klägerin einerseits und der Bürgschaftsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten anderseits.

Die Vorinstanz hat entschieden, das Hauptschuldverhältnis, also der Kaufvertrag, werde von ausländischem Recht beherrscht — ob vom belgischen oder italienischen Recht, hat die Vorinstanz dabei offengelassen —, der Bürgschaftsvertrag jedoch unterstehe dem schweizerischen Recht. Nach beiden Richtungen ist der Vorinstanz beizupflichten.

a) Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist für die Wirkungen obligatorischer Rechtsgeschäfte dasjenige Recht anwendbar, welches die Parteien bei Abschluss des Vertrages in Aussicht genommen haben oder, mangels einer ausdrücklichen Regelung, als massgebend erklärt haben würden, wenn sie an diese Frage überhaupt gedacht hätten. Als Recht dieses mutmasslichen Parteiwillens ist das Recht desjenigen Landes anzusehen, mit welchem das streitige Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist; denn dieses ist in der Regel auch sachlich das nächstliegende. Da unter den räumlichen Beziehungen eines Rechtsverhältnisses, soweit dessen Wirkungen in Frage stehen, dem Erfüllungsort überwiegende Bedeutung zukommt, ist deshalb in der Regel das Recht des Erfüllungsortes als das Recht des mutmasslichen Parteiwillens anzusehen, es sei denn, dass die Umstände des Falles die Beziehungen zu einem andern Lande als enger erscheinen lassen. Dass sich beide Parteien im Prozess übereinstimmend auf ein

anderes Recht als das des Erfüllungsortes berufen, bildet für sich allein jedoch noch kein ausreichendes Indiz, durch welches die für das Recht des Erfüllungsortes sprechende Vermutung widerlegt würde (BGE 63 II S. 43 und dort erwähnte frühere Entscheidungen).

b) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt, dass das Hauptschuldverhältnis, nämlich der Kaufvertrag zwischen Pavella und der Klägerin, unzweifelhaft nicht dem schweizerischen Recht untersteht; denn es fehlt ihm jeder räumliche Zusammenhang mit der Schweiz, da keine der beiden Parteien hier wohnt, noch der Vertrag hier zu erfüllen ist. Ob im übrigen auf diesen Vertrag italienisches oder belgisches Recht zur Anwendung gelange, kann mit der Vorinstanz offen gelassen werden. Es genügt die Feststellung, dass er nicht dem schweizerischen Recht untersteht.

Das Recht des Hauptschuldverhältnisses ist nun aber nicht ohne weiteres auch für die Bürgschaft massgebend. Diese ist vielmehr ein selbständiger Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, der seinem eigenen Recht untersteht, welches wiederum nach den eingangs erwähnten Grundsätzen zu bestimmen ist. Als Recht des mutmasslichen Parteiwillens ist bei der Bürgschaft nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes abweichend von der allgemeinen Regel nicht das Recht des Erfüllungsortes, sondern das Wohnsitzrecht des Bürgen zu betrachten; mit diesem besteht der engste Zusammenhang, da die Bürgschaft ein einseitig oneroser Vertrag ist, bei dem das Hauptgewicht auf der Verpflichtung des Bürgen beruht (BGE 61 II 183 und dort erwähnte Literatur).

Da für eine gegenteilige Willensmeinung der Parteien im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte bestehen, sind somit die Wirkungen der Bürgschaftsverpflichtung für die Beklagte, also insbesondere deren Inhalt und Tragweite, grundsätzlich nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Soweit aber nach Massgabe des im schweizerischen Recht geltenden Grundsatzes der Akzessorietät die Haftung

des Bürgen sich nach der Hauptschuld richtet, ist deren Recht auch für das Bürgschaftsverhältnis von Bedeutung. Daher kann zwar der Bürge gemäss Art. 506 OR dem Gläubiger die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden entgegenhalten, ob dem Hauptschuldner solche Einreden zu Gebote stehen und wie sie beschaffen sind, beurteilt sich dagegen nach dem für die Hauptschuld massgebenden Recht. Wiederum vom Gesichtspunkt des schweizerischen Rechtes aus ist hingegen zu prüfen, ob die Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung im Einklang stehen (BGE 60 II 302, 61 II 183; SCHNITZER, Handbuch des Internationalen Privatrechts S. 305; BECKER, Vorbemerkung 5 zu Art. 492/512 OR).

Auf die Berufung der Klägerin kann daher mit den aus den vorstehenden Erörterungen sich ergebenden Einschränkungen eingetreten werden.

2. — Die Vorinstanz führt aus, dass nach dem belgisch-italienischen Clearingabkommen und den in dessen Ausführung seitens beider Staaten erlassenen Vorschriften sowohl dem belgischen, wie dem italienischen Warenschuldner die direkte Zahlung an den im andern Vertragsstaate wohnhaften Lieferanten untersagt sei; in beiden Staaten seien die Schuldner vielmehr verpflichtet, den vollen Gegenwert der Schuld in der Währung ihres Landes an die Clearingstelle ihres Landes einzuzahlen.

Die Klägerin ficht diese Ausführungen als aktenwidrig an; sie sollen im Widerspruch stehen mit dem Text des belgisch-italienischen Clearingabkommens, sowie den belgischen und den italienischen Ausführungsvorschriften zu diesem, und mit einem von der Klägerin eingereichten Rechtsgutachten eines belgischen Juristen. Aus diesen Aktenstücken soll hervorgehen, dass für den italienischen Schuldner keine Pflicht zur Einzahlung an die italienische Clearingstelle bestehe, sondern dass ihm lediglich auf Grund einseitiger italienischer Devisenmassnahmen die Zahlung an den belgischen Gläubiger untersagt sei.

Ebensowenig sei der belgische Gläubiger verpflichtet, die Einzahlung des italienischen Schuldners auf das Clearing anzuerkennen. Es stehe ihm frei, auf Vermögensstücke des Schuldners zu greifen, wenn er hiezu Gelegenheit habe. Verpflichtet aus dem Clearingabkommen sei einzig der belgische Warenschuldner, dessen Zahlungen zur Befriedigung der belgischen Gläubiger verwendet werden; zu deren Schutz sei das Clearingabkommen geschlossen worden, weshalb sie nicht schlechter gestellt sein könnten, als sie es ohne das Abkommen wären.

Auf diese Aktenwidrigkeitsrügen kann jedoch nicht eingetreten werden; denn die Beanstandungen der Klägerin richten sich in Wirklichkeit nicht gegen *tatsächliche* Feststellungen der Vorinstanz, sondern vielmehr gegen die *rechtliche* Würdigung, die diese dem in Frage stehenden Clearingabkommen und den an dieses anschließenden Vorschriften hat zuteil werden lassen. Ob diese Würdigung rechtlich richtig sei oder nicht, ist indessen vom Bundesgericht nicht zu überprüfen, da es sich um ausländisches Recht handelt, dessen Auslegung durch die Vorinstanz das Bundesgericht hinzunehmen hat.

3. — Aus dem Verbot der direkten Zahlung und der Pflicht zur Einzahlung an die Clearingstelle, die für den italienischen Schuldner auf Grund des Clearingabkommens besteht, hat die Vorinstanz offenbar gefolgert, dass nach dem für die Hauptschuld massgebenden Recht — sei es nun das italienische oder das belgische — der italienische Hauptschuldner mit der Einzahlung an die Clearingstelle entweder seine privatrechtliche Zahlungspflicht mit schuld-befreiender Wirkung erfüllt habe, oder dass zum mindesten der Anspruch des Gläubigers durch die staatsvertraglich vereinbarten Clearingbestimmungen einer Art Zwangsstundung unterworfen werde, auf Grund deren der Schuldner — und damit auch der Bürge — dem Gläubiger die Einrede der erfolgten Clearingzahlung entgegenhalten könne. Von der einen dieser beiden Annahmen muss die Vorinstanz ausgegangen sein, wenn dies auch im Entscheid

nicht ausdrücklich festgestellt wird. Denn da weder eine Befreiung der Bürgin wegen Ungültigkeit des Bürgschaftsvertrages aus irgendeinem Grunde, noch sonstige Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis in Frage stehen, so lässt sich die Abweisung der Klage gegen die Bürgin nicht anders erklären. Welche dieser beiden Möglichkeiten nach dem massgebenden ausländischen Recht anzunehmen wäre, kann indessen dahingestellt bleiben, da es für den Ausgang des Rechtsstreites, wie im folgenden zu zeigen sein wird, ohne Einfluss ist.

4. — Geht man nämlich von der Annahme aus, dass mit der Einzahlung an die Clearingstelle die Hauptschuld untergegangen sei, so hat dies nach Art. 501 OR zur Folge, dass auch der Bürge frei wird.

Die Klägerin vertritt allerdings unter Hinweis auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 18. September 1934 in Sachen Nathan-Institut A.-G. gegen Schweizerische Bank für Kapitalanlagen (BGE 60 II 294 ff) die Auffassung, dass die Beklagte sich im vorliegenden Fall auf den Untergang der Hauptschuld nicht berufen könnte. Dem kann jedoch nicht beigespflichtet werden. In dem von der Klägerin angezogenen Entscheid hat das Bundesgericht zwar ausgesprochen, dass nach schweizerischem Recht der Solidarbürge nicht nur für Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners mangels genügenden Vermögens hafte, sondern auch für den Fall, dass der Hauptschuldner aus andern, von seiner Vermögenslage unabhängigen Gründen nicht erfüllen könne oder nicht erfüllen dürfe, und einen solchen Grund bilde das in Deutschland bestehende devisa-rechtliche Zahlungsverbot; wenn Art. 506 und 501 OR vorsehen, dass die Befreiung des Hauptschuldners auch für den Bürgen wirke, so können damit nur die ordentlichen Befreiungsgründe gemeint sein, nicht ganz anormale, durch die wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse des Staates bedingte, von dessen Recht die Hauptschuld beherrscht sei.

An dieser Auffassung ist in der Literatur von verschie-

denen Seiten Kritik geübt und die Ansicht vertreten worden, dass auch die Solidarbürgschaft, wie die einfache Bürgschaft, den Gläubiger lediglich gegen die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners sichern soll, und dass jedes Erlöschen der Hauptschuld auch dem Bürgen zu Gute kommen müsse, ohne Rücksicht auf den Grund und die Umstände des Unterganges (vergl. STAUFFER, Die Revision des Bürgschaftsrechtes, in Zeitschr. f. schweiz. Recht 1935 S. 109 a; HENRY, ebendort S. 194 a; BECK, Die Bürgschaft im internationalen Privatrecht der Schweiz, in Zeitschr. des bern. Juristenvereins 1935 S. 526 ff.). Es braucht jedoch nicht untersucht zu werden, ob die im genannten Entscheid vertretene Ansicht einer erneuten Prüfung standhalten würde, da der vorliegende Fall im entscheidenden Punkte anders liegt, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt. Denn im früheren Fall handelte es sich um ein Zahlungsverbot auf Grund eines einseitigen Hoheitsaktes des Staates, dem der Schuldner angehörte, während heute die allfällige Aufhebung der Hauptschuld auf einem Staatsvertrag zwischen den Staaten beruht, deren Angehörige beide Parteien des Hauptschuldverhältnisses sind. Diese Aufhebung der Schuld würde also nicht in der Weise vor sich gehen, dass dem Schuldner schlechtweg jede Zahlung an seinen Gläubiger untersagt wird, wie dies bei den einseitigen Devisenmassnahmen des deutschen Reiches der Fall war, durch die dem ausländischen Gläubiger die Aussicht, je zu seinem Geld zu kommen, praktisch endgültig genommen wurde. Durch das Abkommen wird der Schuldner vielmehr, wie schon wiederholt ausgeführt wurde, zur Einzahlung des vollen Gegenwertes seiner Schuld in Landeswährung an die Clearingstelle verpflichtet, worauf dann der Gläubiger durch das Mittel des Clearings, wenn auch mit etwelcher Verzögerung, zu seinem Gelde kommt.

Ob man nun an den im Falle Nathan-Institut aufgestellten Grundsätzen über die Tragweite der Solidarbürgschaft festhalten will oder nicht, so könnte doch

ohne besondere Abrede der Parteien keinesfalls angenommen werden, der Sicherungszweck der Solidarbürgschaft reiche so weit, dass diese auch die Gefahr einer durch ein Clearingabkommen zwischen den Staaten des Hauptschuldners und des Gläubigers bedingten Verzögerung in der Auszahlung des Geldes umfassen würde.

Die erwähnte Verschiedenheit — Untergang infolge einseitigen Hoheitsaktes eines Staates einerseits, infolge staatsvertraglicher Regelung andererseits — entzieht auch einem weiteren Einwand, den die Klägerin ebenfalls aus dem Entscheid in Sachen Nathan-Institut herleitet, den Boden. Es betrifft dies den Einwand, dass der Hauptschuldner und damit auch der Bürge sich vor dem schweizerischen Richter nicht auf den Untergang der Hauptschuld infolge devisenrechtlichen Zahlungsverbotes berufen könne, weil dieses Zahlungsverbot gegen die schweizerische öffentliche Ordnung verstosse. Was im erwähnten Falle als Verstoss gegen die schweizerische öffentliche Ordnung empfunden wurde, war aber nicht so sehr das Zahlungsverbot als solches, als vielmehr der dadurch bewirkte spoliative Eingriff in die Rechte des schweizerischen Gläubigers, der durch die einseitige Massnahme des Staates seines Schuldners praktisch jede Aussicht auf Erfüllung seiner Forderung einbüsste. Von einem derartigen spoliativen Eingriff kann aber, wie bereits ausgeführt wurde, beim Verbot direkter Zahlung auf Grund eines zwischenstaatlichen Clearingabkommens nicht gesprochen werden.

Dass es sich im vorliegenden Fall um einen Staatsvertrag handelt, an dem die Schweiz nicht beteiligt ist, hat keine Bedeutung. Auch die Schweiz hat mit einer ganzen Anzahl von Staaten Clearingabkommen geschlossen (vergl. die Aufzählung derselben bei HUG, Das Clearingrecht und seine Einwirkungen auf die vertraglichen Schuldverhältnisse, in Zeitschr. f. schweiz. Recht 1936 S. 403 a f.). Auch in diesen wird sowohl dem schweizerischen wie dem ausländischen Schuldner die direkte

Zahlung untersagt und durch die Einzahlung an die Clearingstelle ersetzt. Diese Abkommen sind selbstverständlich vom schweizerischen Richter zu beachten, da sie geltendes Landesrecht sind. Widerspricht aber ein Verbot direkter Zahlung, das durch einen von der Schweiz abgeschlossenen Vertrag ausgesprochen wird, unserer öffentlichen Ordnung nicht, so ist nicht einzusehen, wieso dies bei einem Vertrag zwischen andern Staaten der Fall sein sollte, in dem genau die gleiche Massnahme getroffen wird.

Die Klägerin glaubt, sich demgegenüber auf den Entscheid des Bundesgerichtes vom 8. Oktober 1935 in Sachen Rheinische Grundstücks-Handelsgesellschaft m. b. H. gegen A.-G. für Immobilienwerte (BGE 61 II 242 ff.) berufen zu können, wo das Bundesgericht erklärt hat, durch das mit Deutschland abgeschlossene Verrechnungsabkommen und die Aufstellung eigener Devisenvorschriften habe die Schweiz keineswegs die deutsche Devisengesetzgebung als mit den schweizerischen Rechtsanschauungen übereinstimmend anerkannt, sondern damit habe die Schweiz nur nach Möglichkeit den schweizerischen Standpunkt gegenüber den durch die deutschen Devisenvorschriften herbeigeführten Eingriffen zu wahren gesucht.

Aus diesem Entscheid kann die Klägerin indes für ihren Standpunkt nichts herleiten. Es ist nämlich zu beachten, dass es sich bei der dort streitigen Forderung um eine Kapitalforderung handelte, die vom deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommen nicht erfasst wurde, also weder clearingspflichtig für den deutschen Schuldner, noch clearingsberechtigt für den schweizerischen Gläubiger war. Denn das Clearingabkommen mit Deutschland umfasst von den sog. Finanzforderungen (die in Gegensatz gestellt werden zu den Forderungen aus dem Warenverkehr) nur die Forderungen auf Kapitalertragnisse, wie Zinsen, Dividenden usw., nicht dagegen auch die Kapitalforderungen selbst (HUG a.a.O. S. 445 a). Auf diese wendet der deutsche Staat vielmehr auch weiterhin

seine einseitigen Devisenvorschriften im vollen Umfang an. Bei ihnen besteht also der spoliative Eingriff, der als der schweizerischen öffentlichen Ordnung widersprechend gekennzeichnet worden ist, weiter. In diesem Sinne konnte daher im genannten Entscheid mit Recht der Standpunkt eingenommen werden, dass im Abschluss eines Verrechnungsabkommens durch die Schweiz keine Anerkennung der deutschen Devisenvorschriften liege.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass weder die Natur der Solidarbürgschaft, noch der Grundsatz des Vorbehaltes des ordre public der Beklagten die Berufung darauf verwehren würden, dass die Hauptschuld nach dem für sie massgebenden Recht zufolge der Clearingzahlung untergegangen sei.

5. — Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn nach dem Recht der Hauptschuld die Clearingzahlung zivilrechtlich nicht den Untergang der Hauptschuld bewirken sollte, sondern sie weiterbestehen liesse bis zum Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger von der Clearingstelle seines Landes die Auszahlung erhält (wie dies HUG, a.a.O. S. 522 a f., 595 a f., in Übereinstimmung mit BGE 60 I 173 für die von der Schweiz abgeschlossenen Clearingabkommen allgemein annimmt und wie in einzelnen von diesen Abkommen ausdrücklich bestimmt wird). In diesem Falle stünde dem Hauptschuldner die Einrede der erfolgten Clearingzahlung zu; der Gläubiger könnte von ihm gar nichts anderes verlangen als eben diese Einzahlung an das Clearing. Nach dem Grundsatz der Akzessorietät stünde diese Einrede auch dem Bürgen zu; sie würde aus den oben dargelegten Gründen, die alle auch für diese Eventualität Geltung haben, weder mit dem Wesen der Solidarbürgschaft, noch mit der öffentlichen Ordnung der Schweiz im Widerspruch stehen.

6. — Eine Haftung der Beklagten auch für das Risiko, dass durch ein Clearingabkommen dem Schuldner die direkte Zahlung verunmöglicht werde, könnte also nur angenommen werden, wenn sich aus dem konkreten

Vertragsverhältnis eine dahingehende übereinstimmende Willensmeinung der Parteien ergäbe — wobei es sich dann wohl eher um einen Garantievertrag als um eine Bürgschaft handeln dürfte (vergl. BECK, a.a.O. S. 528, 533). Eine solche gemeinsame Absicht der Parteien kann jedoch mit der Vorinstanz nicht als erwiesen betrachtet werden. Auf Seiten der Klägerin mag zwar eine solche Absicht bestanden haben, wie sich aus den eingangs wiedergegebenen Stellen ihrer Schreiben vom 11. und 17. Oktober 1935 an Pavella ergibt. Allein weder dieser, noch die Klägerin haben der Beklagten von diesen Briefstellen Kenntnis gegeben, offenbar, wie mit der Vorinstanz zu vermuten ist, weil sie befürchteten, dass die Beklagte eine solch weitreichende Haftung ablehnen würde. Aus den Umständen aber war der Beklagten die genannte Absicht der Klägerin nicht erkennbar, weshalb ihr eine solche Vertragsmeinung auch nicht imputiert werden kann. Denn nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz ist es in den in Frage stehenden beteiligten Kreisen nicht üblich, einen Vertrag über die Deckung eines derart aussergewöhnlichen Risikos in die Form der gewöhnlichen Solidarbürgschaft zu kleiden. Wenn der Beklagten daher auch die damaligen Devisenschwierigkeiten Italiens bekannt sein mochten, so hatte sie doch keinen Anlass, ohne besonderes diesbezügliches Begehren seitens der Klägerin anzunehmen, dass deren Bestreben auf die Erlangung einer Sicherheit gegen die Folgen von Zahlungsschwierigkeiten infolge der Devisenlage Italiens gerichtet sei.

Endlich ist auch der Umstand, dass die Bürgschaftssumme in Schweizerfranken angegeben wurde, für den Standpunkt der Klägerin unbehelflich; denn sie verlangte ja zuerst eine Bürgschaft in Belgas, und erst als die Beklagte dies ablehnte, erklärte sie sich mit einer Bürgschaft in Schweizerwährung einverstanden.

7. — Muss die Berufung und damit in Bestätigung des angefochtenen Urteils die Klage gegen die Bürgin abge-

wiesen werden, so erübrigt es sich, auf die Differenzen hinsichtlich des Quantitatifs der verbürgten Forderung einzutreten.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. März 1937 wird bestätigt.

63. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 3 novembre 1937 dans la cause Holzverkaufsstelle Schweizerischer Papier- und Papierstoff-Fabrikanten (Hespa) contre A. S.

Art. 171 CO. — Dans la cession à titre onéreux, le cédant est garant de l'existence de la créance, que la cession ait eu lieu en guise de paiement, en vue de paiement ou même à titre de garantie (consid. 4).

Art. 110 ch. 1 et 173 al. 2 CO. — Droits du tiers qui paie le cessionnaire contre le cédant.

Extrait des faits :

A. — Le Duc de Leuchtenberg était propriétaire d'une collection d'orfèvrerie de grande valeur qui avait appartenu à l'Impératrice Joséphine et qui comprenait un peigne orné de brillants. En 1924, le Duc la remit à l'orfèvre A. S., pour qu'il la vendît. A. S. trouva acquéreur pour le peigne au prix de 80 000 francs.

Par la suite, l'orfèvre consentit au Duc des avances d'argent en empruntant lui-même les fonds au Comptoir d'Escompte de Genève.

Le 9 août 1929, le Duc de Leuchtenberg décéda; certains de ses héritiers répudièrent la succession, d'autres l'acceptèrent.

A. S. reconnut qu'il détenait « pour le compte du Comptoir d'Escompte » la collection de l'Impératrice.

La banque arrêta le 15 avril 1930 « le compte de M. A. S. dû par le Duc de Leuchtenberg » à 131 113 fr. 85. Par convention du 17 avril entre les héritiers du Duc,