

ment dans la conduite du défunt (v. aussi dans ce sens RO 18 p. 347, 31 II p. 285 et 629, 40 II p. 281, 43 II p. 187 ; cf. § 846 BGB). Mais ici, au point de vue de la gravité de la faute, il n'y a aucune comparaison à établir contre la culpabilité de l'auteur du dommage qui, par pur esprit de lucre, a pratiqué une opération criminelle que rendait particulièrement dangereuse l'état de grossesse avancé de dame R. — et celle de la victime qui, dans un moment d'effolement et confiante dans l'habileté de la défenderesse, s'est mise entre ses mains.

C'est dès lors avec raison que l'instance cantonale a admis le principe de la responsabilité de la défenderesse. Quant à la quotité de l'indemnité accordée pour tort moral en application de l'art. 47 CO, la réduction de $\frac{2}{5}$ du chef de l'imprudence relevée à la charge de dame B. paraît excessive d'après ce qui vient d'être dit et ne tient pas compte suffisamment de la prépondérance manifeste de la faute de la sage-femme. En outre la Cour a eu tort de refuser toute indemnité pour dommage matériel. La demande est, il est vrai, fort peu explicite sur ce point. Toutefois il résulte du dossier que les 4 enfants de dame B étaient encore mineurs, que 3 d'entre eux tout au moins, âgés de 7, 10 et 15 ans, étaient évidemment incapables de gagner eux-mêmes leur vie, que leur mère pourvoyait à leur entretien au moyen des ressources que lui procurait l'exploitation d'une pension et qu'ainsi sa mort les a privés de leur soutien (art. 45 al. 3 CO). Si l'on considère l'ensemble de ces circonstances, il se justifie donc d'augmenter sensiblement le chiffre de l'indemnité allouée par l'arrêt attaqué et de la fixer *ex æquo et bono* à la somme de 10,000 fr., cette somme portant intérêts dès le 2 juin 1915.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le recours par voie de jonction est rejeté.

Le recours principal est partiellement admis et l'arrêt

attaqué est réformé dans ce sens que l'indemnité due par la défenderesse est portée à 10 000 fr. avec intérêts légaux.

30. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juni 1920

i. S. Schweizerische Gasglühlicht-A.-G.

gegen Rothenbach & Cie.

Zusicherung einer festen vom Jahresgewinn unabhängigen Aktiendividende durch Dritten. Garantversprechen oder Bürgschaft? Fälligkeit der Zahlungspflicht des Garanten. Klausel *rebus sic stantibus* bei einseitiger Garantie eines bestimmten Ertrages aus einer Unternehmung.

A. — Die Klägerin ist Eigentümerin von 20 Prioritätsaktien à 1000 Fr. der Kommandit-A.-G. Affoltern am Albis Rothenbach & Cie. Nach § 25 der Statuten dieser Gesellschaft erhalten die Prioritätsaktien von zusammen 150,000 Fr. eine Vorzugsdividende von 5% ihres Nominalwertes, welche durch die Beklagte den Prioritätsaktionären garantiert wurde. In Ausführung dieser Statutenbestimmung hat die Beklagte am 8. Juli 1907 eine Bürgschaftsverpflichtung unterschrieben, in der sie sich verpflichtete, « jedem einzelnen Inhaber von Prioritätsaktien gegenüber für die statutarisch zugesicherte Dividende von 5% des Nominalwertes, also für einen jährlichen Ertrag von 50 Fr. per Aktie, als Solidarbürge und Selbstzahler zu haften und zwar für solange, bis das ganze Prioritätsaktienkapital zurückbezahlt sein werde ». Diese Verpflichtung wurde zuhanden sämtlicher Prioritätsaktionäre der Spar- und Leihkasse Bern « in Verwahrung gegeben ». Die Gasversorgung Affoltern erzielte für das Geschäftsjahr 30. April 1916-17 einen Gewinn von 3978 Fr. 10 Cts. Die Generalversammlung vom 18. August 1917 beschloss, ihn auf das folgende Geschäftsjahr vorzutragen und zugleich die Dividende der Prioritätsaktionäre zu stunden. Der erzielte Gewinn figurirt denn

auch in der Gewinn- und Verlustrechnung des folgenden Jahres als erster Habenposten.

Die Klägerin hat dieser Dividendenstundung am 15. September 1917 ausdrücklich zugestimmt.

Das Geschäftsjahr 1917-18 ergab mit Einrechnung der Vorträge vom Vorjahre einen Gewinnsaldo von 11,769 Fr. 80 Cts. Die Generalversammlung vom 24. August 1918 beschloss von diesem Saldo einen Betrag von 7875 Fr. zu verwenden, um die pro 1916-17 gestundete Dividende der Prioritätsaktien zuzüglich 5% Vorzugszins auszuzahlen und den Rest von 3894 Fr. 80 Cts. auf neue Rechnung vorzutragen, sowie für die Dividende der Prioritätsaktien pro 1917-18 Stundung zu erteilen. Das Geschäftsjahr 1918-19 ergab trotz des Vortrages vom Vorjahre einen Verlust von 2743 Fr. 31 Cts. Die Generalversammlung vom 5. September 1919 genehmigte diese Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz und beschloss, die Dividende pro 1918-19 wie diejenige pro 1917-18 zu stunden, « da ihre Auszahlung unter gegenwärtigen Umständen nicht möglich » sei.

B. — Mit ihrer Klage verlangt nun die Klägerin von der Beklagten, gestützt auf die Dividendengarantie, die Dividenden pro 1917-18 und 1918-19 mit zusammen 2000 Fr. und Zins à 5% von 1000 Fr. seit 30. September 1918 und von 1000 Fr. seit 30. September 1919.

Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage. Sie macht geltend, da die Hauptschuldnerin Gasversorgung Affoltern beschlosssen habe, die Dividende zu stunden, sei der klägerische Anspruch ihr gegenüber noch nicht fällig und als Bürgin könne sie sich auf diese Einrede der Hauptschuldnerin berufen. Die Klägerin habe sodann der Stundung der Dividende pro 1916-17 zugestimmt und könne daher auch keine Einwendung gegen die Stundung derjenigen pro 1917-18 und pro 1918-19 erheben, zumal sie erst am 4. November 1919 gegen die Stundung der letzteren Dividende Einspruch erhoben habe, 6 Wochen nach Mitteilung des Beschlusses. Der Einspruch sei also

verspätet gewesen. Sie behauptet ferner, die Dividendengarantie sei erteilt worden unter der stillschweigenden, selbstverständlichen Voraussetzung, dass der Betrieb des Gaswerkes Affoltern in normaler Weise vor sich gehen könne. Es sei also die Klausel *rebus sic stantibus* subintelligiert worden. Die Möglichkeit eines normalen Betriebes sei aber durch eine « höhere Gewalt », durch das Eingreifen der Behörden, illusorisch gemacht worden, wofür sie sich auf die Bundesratsbeschlüsse betreffend Einschränkung des Gasverbrauchs und betreffend Kohlenversorgung des Landes beruft. Darum hätten auch alle andern Prioritätsaktionäre der von der Beklagten mit Dividendengarantie gegründeten Gasanstalten keine Einwendung gegen die Dividendenstundung erhoben.

C. — Das Handelsgericht des Kantons Bern hat durch Urteil vom 18. März 1920 die Klage zur Zeit abgewiesen.

Es betrachtet die Beklagte als Bürgin zur Geltendmachung der Stundungseinrede des Hauptschuldners als berechtigt; da der Stundungsbeschluss der Generalversammlung von der Klägerin nicht angefochten worden sei, sei er für diese verbindlich. Ein wohlerworbenes Recht der Klägerin werde nicht verletzt, da der Dividendenanspruch an sich nicht berührt, sondern nur seine Exequierbarkeit hinausgeschoben worden sei, wozu die Generalversammlung berechtigt gewesen sei.

Mit ihrer rechtzeitigen Berufung ans Bundesgericht verlangt die Klägerin Zuspruch der Klage in Aufhebung des Urteils der Vorinstanz; die Beklagte verlangt Bestätigung dieses Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Dividende der A.-G. oder der diesbezüglich gleichgestellten Kommandit-A.-G. wird eine Schuld der Gesellschaft erst dann, wenn sie von der Generalversammlung, die über das Jahresergebnis gemäss Art. 644 OR beschliesst, festgestellt worden ist. Erzeugt die genehmigte Jahresrechnung keinen Gewinn, oder wird der Gewinn

anders verwendet als zur Dividendenausschüttung, z. B. zum Vortrag auf neue Rechnung oder zur Reserveanlage, so entsteht noch keine Dividendenschuld der Gesellschaft. Jede Anerkennung eines festen, vom Gewinn unabhängigen Ertrages der Aktie durch die A.-G. ist schlechthin nichtig, weil er sich als Zins qualifiziert und ein solcher nach Art. 630 OR im Interesse der Erhaltung des Grundkapitals, Bauzinsen ausgenommen, zugunsten der Gläubiger nicht versprochen werden darf. Die Zusicherung einer festen Dividende kann aber natürlich durch einen Dritten erfolgen, weil in diesem Fall der genannte Grund, der einer Zusicherung durch die A.-G. entgegensteht, nicht vorliegt. Eine solche Zusicherung ist daher ihrer Natur nach unabhängig vom Bestand eines Anspruches gegen die Gesellschaft. Gerade dann, wenn eine Dividende von der Gesellschaft nicht erhältlich ist, soll die Zahlungspflicht des Dritten wirksam werden; für den Fall der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft hätte eine Garantie durch einen Dritten natürlicherweise keinen Sinn. Es wird denn auch nach dem Wortlaut der vorliegenden Verpflichtung die Dividende schlechthin garantiert unter Berufung auf die zugrunde liegende Statutenbestimmung, die nur so verstanden werden kann, dass die Beklagte dann zu zahlen habe, wenn die Gesellschaft keine Dividende verteilen könne.

2. — Danach handelt es sich im vorliegenden Falle nicht um eine Bürgschaft, die nach Art. 492 das Entstehen für die Schuld eines Dritten darstellt, und nur ausnahmsweise im besondern Falle des Art. 496 OR nicht accessorisch ist. Auf die unrichtige Bezeichnung der versprochenen Garantie durch den Ausdruck « Bürgschaft » kommt es nach Art. 18 OR nicht an.

3. — Die Zahlungspflicht der Beklagten wurde danach fällig, sobald die Gesellschaft beschloss, für ein bestimmtes Jahr keine Dividende auszurichten, was nach den Be-

schlüssen der Generalversammlung für die Jahre 1917-18 und 1918-19 zutraf. Dass die Generalversammlung zugleich beschloss, die Dividende später auszurichten, ist für die Verpflichtung der Beklagten als Garantin einer bestimmten Jahresdividende unerheblich. Für die Entscheidung der streitigen Frage ist der sogenannte Stundungsbeschluss nur insofern von Bedeutung, als damit ohne weiteres die Voraussetzung für die Zahlungspflicht der Beklagten geschaffen wurde, da dieser Beschluss dahin ging, es sei die Dividende für die streitigen Jahre aus dem Gewinn dieser Jahre nicht zu entrichten. Das Versprechen der Gesellschaft, Dividenden aus einem nicht existierenden Jahresgewinn später zu bezahlen, ist übrigens aus den eingangs angeführten Gründen schlechthin nichtig, da es die Zusicherung einer festen, vom Jahresgewinn unabhängigen Vergütung enthält. Es konnte auch nicht eine Zahlung der Dividende aus dem Gewinn späterer Jahre versprochen werden, weil die Gewinne zukünftiger Jahre nur zur Entrichtung der Dividende für diese Jahre an die dannzumal anspruchsberechtigten Aktionäre verwendet werden dürfen.

4. — Auch die Verwendung des Jahresgewinnes pro 1917-18 zur Ausrichtung der Dividende pro 1916-17 war nicht zulässig, indem der Gewinn pro 1917-18 nur zur Entrichtung der Dividende für dieses Geschäftsjahr selbst verwendet werden durfte. Es könnte sich daher fragen, ob die Klägerin, da sie durch rechtzeitige Anfechtung dieses statutenwidrigen Gewinnverwendungsbeschlusses die Dividende pro 1917-18 hätte erhalten können, ihrer Rechte gegenüber der Beklagten als Garantin verlustig gegangen ist, indem sie diese Anfechtung unterliess. Allein für die Beklagte als Garantin hatte diese Unterlassung keine praktische Bedeutung; wäre die Anfechtung erfolgt, so wäre sie lediglich anstatt für die Dividende pro 1916-17 für diejenige pro 1917-18 haftbar geworden. Sie hatte also gar kein Interesse an der An-

fechtung, und sie kann aus ihrer Unterlassung auch keine Einrede gegen den auf ihr Garantieverprechen gegründeten Anspruch der Klägerin herleiten.

5. — Mit dem Angeführten erledigt sich auch die Einrede der Beklagten, die Klägerin habe dem Stundungsbeschluss stillschweigend zugestimmt, weil sie nicht rechtzeitig dagegen Einwendungen erhoben habe. Sogar dann, wenn sie dem an sich nichtigen Versprechen der Gesellschaft, die nicht geschuldete Dividende eines Verlustjahres später zu bezahlen, ausdrücklich zugestimmt hätte, würde doch ihre Berechtigung bestehen bleiben, die Beklagte aus dem Garantieverprechen zu belangen.

6. — Vor der Berufungsinstanz hat die Beklagte wiederum die *clausula rebus sic stantibus* angerufen. Allein zu Unrecht. Allerdings hat das Bundesgericht in den Fällen Weniger-Weiher-Legat gegen Wirth und Konsorten, und Brasserie Saint-Jean contre Dame Hinderberger (AS 45 II S. 386 u. 351) prinzipiell die Möglichkeit der Anrufung dieser Klausel anerkannt für den Fall, wo bei zweiseitigen langfristigen Verträgen sich infolge Eintritt von normalerweise nicht voraussehenden Verhältnissen die Leistungspflicht des einen Kontrahenten im Verhältnisse zu derjenigen des andern so sehr erschwert, dass das Beharren darauf seinem ökonomischen Ruin gleichkommen würde, oder ihm nach den Regeln über Treu und Glauben die Leistung nicht zugemutet werden kann.

Allein im vorliegenden Falle ist die Sachlage eine ganz andere. Es handelt sich um die bedingungslose Garantie eines Dritten für einen bestimmten Ertrag einer Unternehmung. Mit Rücksicht hierauf ist schon die Behauptung der Beklagten unhaltbar, diese Garantie sei selbstverständlich nur für den Fall des normalen Betriebes der Gasversorgung erfolgt. Wenn auch angesichts der bei solchen Unternehmungen in normalen Zeiten stabilen Betriebsverhältnisse auf eine annähernd gleichbleibende Rendite gerechnet werden kann, so ergibt sich doch gerade hieraus, dass die besondere Garantie eines D r i t-

t e n nur den Zweck haben konnte, unabhängig von den jeweiligen Ertragsbedingungen den Aktionären auch für anormale Zeiten eine sichere Deckung ihrer Dividendenansprüche zu verschaffen; andernfalls wäre sie von ihnen gar nicht verlangt worden. Auch wenn die Hoffnung, dass solche ausnahmsweise Verluste nicht eintreten würden, das Motiv gewesen sein sollte, das die Beklagte zur Uebernahme der Garantie bewog, so darf dieses Motiv doch nicht herangezogen werden, um den Inhalt der Leistung, die eine Deckung der Aktionäre für Ausnahmeverhältnisse bilden sollte, anders zu bestimmen. Wenn die Beklagte, wie sie jetzt behauptet, die Garantie nur eingehen wollte für die ersten Jahre des Betriebes, in denen allein die Dividende noch nicht gesichert war, so hätte sie ihrer Garantie diese zeitliche Beschränkung beifügen müssen.

Abgesehen von dieser Erwägung, die allein schon zur Ablehnung der angerufenen Klausel genügen würde, ist darauf hinzuweisen, dass sie in der bisherigen Praxis immer nur für zweiseitige Verträge, wegen Nichtzumutbarkeit der Erfüllung, die infolge nicht voraussehbarer Ereignisse für den einen Kontrahenten in unverhältnismässiger Weise erschwert wurde, subintelligiert wurde. Hier handelt es sich aber um eine einseitige Garantie der Beklagten, bei der die Unerträglichkeit der Verpflichtung nicht aus einem unvoraussehbaren Missverhältnis zur Gegenleistung resultiert. Eine solche Dividendengarantie ist nichts anderes als die Zusicherung einer nicht von der A.-G., sondern von dem Garanten auszahlenden festen Versinsung. Bei Geldschulden dieser Art vermag aber eine höhere Gewalt ebensowenig wie z. B. bei der Verzinsung von Hypothekendarlehen eine rechtlich beachtliche Unmöglichkeit der Erfüllung zu schaffen.

Abgesehen von diesen prinzipiellen Erwägungen hat es die Beklagte unterlassen, ihre Einrede genügend zu substantiieren. Sie beruft sich allein auf die bundesrätlichen Erlasse über die Gaskonsumeinschränkung und

die Kohlenversorgung, ohne im Einzelnen darzutun, welchen Einfluss diese Massnahmen auf den Ertrag des Gaswerkes haben mussten und Beweis dafür anzutragen, dass die in den Jahresberichten geschilderten Verhältnisse die Erzielung eines Reingewinnes verunmöglichten, wobei eine Expertise über alle einschlägigen Verhältnisse offenbar unumgänglich gewesen wäre.

Die Klage ist somit zuzusprechen, mit Zins zu 5% seit dem 4. November 1919, als dem Tage, auf den die Beklagte durch die Aufforderung der Klägerin in Verzug gesetzt wurde.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 18. März 1920 aufgehoben, und die Beklagten werden verurteilt, der Klägerin einen Betrag von 2000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 4. November 1919 zu bezahlen.

**31. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 12 juillet 1920
dans la cause Hoegger contre Baud.**

Art. 190 CO : En matière de ventes commerciales, la seule fixation d'un terme pour la livraison implique présomption de « Fixgeschäft ».

Le 1^{er} juillet 1918 G. Baud a acheté de A. Hoegger, par l'intermédiaire de Walter, Ernst & C^{ie}, à Winterthur, 2 wagons d'électro-hématite « lieferbar je 1 wagon per 15. August und per 15. Oktober dieses Jahres ».

Le premier wagon a été expédié le 17 août ; Baud l'a accepté et en a payé le prix. Le second wagon a été expédié le 17 décembre et le même jour Walter, Ernst & C^{ie} a transmis à Baud la facture de Hoegger. Baud a

immédiatement télégraphié qu'il refusait le wagon. Il a persisté dans ce refus malgré plusieurs lettres de Hoegger l'invitant à prendre livraison de la marchandise entreposée à Genève.

Le 11 avril 1919 Hoegger a ouvert action à Baud en concluant au paiement du prix du wagon, soit 6962 fr. 40 c. Le défendeur a conclu à libération et, reconventionnellement, à 1000 fr. de dommages-intérêts, en soutenant que le contrat se trouvait résilié par la faute du demandeur qui n'a pas livré à la date convenue.

Devant le Tribunal de 1^{re} instance le demandeur a déclaré qu'il tenait le wagon à la disposition du défendeur. Celui-ci a été condamné à en payer le prix. Il a appelé de ce jugement en reprenant ses moyens libératoires et en excipant en outre du fait que, suivant renseignements obtenus, le demandeur aurait revendu à un tiers à Lausanne le wagon litigieux. Le demandeur a reconnu l'exactitude de ce fait, mais s'est déclaré prêt à livrer un wagon de la même marchandise moyennant paiement du prix convenu.

Par arrêt du 5 mars 1920, la Cour a débouté le demandeur de ses conclusions. Elle a jugé que le fait d'avoir vendu les fers du wagon ne priverait pas Hoegger du droit de réclamer l'exécution du marché — puisque, s'agissant de fongibles, il remplit ses obligations en offrant des fers de même qualité, — mais que, d'autre part, le contrat s'est trouvé résilié de plein droit par suite du défaut de livraison à la date convenue, car, en matière de commerce (art. 190 CO), il y a présomption de Fixgeschäft dès qu'un terme a été fixé et en l'espèce le demandeur n'a pas détruit cette présomption.

Le demandeur a recouru en réforme contre cet arrêt.

Considérant en droit :

En règle générale, pour qu'il y ait « Fixgeschäft », il ne suffit pas que le contrat contienne l'indication du jour auquel l'exécution doit avoir lieu ; il faut encore