

**45. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 18. September 1934 i. S. Nathan-Institut A. G.
gegen Schweizerische Bank für Kapitalanlagen.**

- I. Berufung. Kann ein Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz noch in der mündlichen Verhandlung gestellt werden? (Art. 65 u. 67 Abs. 1 OG). Erw. 1.
- II. Solidarbürgschaft einer schweizerischen Firma für ein von einer andern schweizerischen Firma einem deutschen Schuldner gewährtes Darlehen.
1. Rechtsanwendung für das Hauptschuld- und das Darlehensverhältnis. Erw. 2.
 2. Die Solidarbürgschaft und die deutsche Devisengesetzgebung.
 - a) Der Solidarbürge kann sich nicht darauf berufen, dass der Hauptschuldner durch die Devisenvorschriften befreit worden sei. Subsidiäre gesetzliche Ordnung (Art. 506 OR), konkreter Bürgschaftsvertrag, *clausula rebus sic stantibus*. Erw. 4.
 - b) Die deutschen Devisenvorschriften und die schweizerische öffentliche Ordnung. Erw. 5.

A. — Die Beklagte ist eine in Zürich domizilierte Aktiengesellschaft, welche sich mit der Einrichtung und dem Betrieb von Unternehmungen auf dem Gebiete der Gährungsindustrie befasst. Sie verpflichtete sich durch schriftlichen Vertrag vom 2. Februar 1925 als Solidarbürgin für ein von der Klägerin der A. Schilling A.-G., Brauerei und Eisfabrik in Celle b/Hannover, zu gewährendes Darlehen von 250,000 Goldmark, welches dazu bestimmt war, die Brauerei nach dem Verfahren der Beklagten einzurichten. Für die Gewährung des Darlehens versprach die Beklagte der Klägerin im Bürgschaftsvertrag eine Kommission von 7 % auf der für die Einrichtung der Brauerei errechneten Voranschlagssumme von 170,500 GM sowie 12 ½ % der von der Schilling A.-G. der Beklagten während 20 Jahren zu bezahlenden Lizenzgebühren.

Am 12. Februar 1925 liess die Schilling A.-G. durch einen Notar in Celle eine Schuldverschreibung und Hypotheken-Eintragungsbewilligung verurkunden, worin sie be-

kannte, der Klägerin 250,000 GM u. a. zu folgenden Bedingungen schuldig geworden zu sein:

1. Jährlicher Zins 10 %, zahlbar vierteljährlich je auf den letzten Tag des Kalenderquartals; bei Verzug erhöhte Zinsen;
2. Rückzahlung des Kapitals in vier ersten Raten von 25,000 Mk. und einer letzten von 150,000 Mk. mit vorausbestimmten Fälligkeitsterminen;
3. Leistung sämtlicher Zahlungen je nach Wahl der Darleherin an diese selbst an ihrem Domizil in Zürich oder an eine von ihr zu bezeichnende Inkassostelle, und zwar in Goldmark (1 Goldmark gleich dem Preise von 1/2790 kg. Feingold) oder einem entsprechenden Betrag in der jeweiligen Reichswährung;
11. Gerichtsstand für allfällige Klagen gegen die Schuldnerin beim Amtsgericht Celle.

Errichtung einer Gesamthypothek auf dem gesamten deutschen Grundbesitz der Schuldnerin für die Darlehenssumme von 250,000 GM nebst Zinsen und Kosten.

Die Hypothekenbriefe wurden der Klägerin im Verlaufe des Februar und März 1925 ausgestellt.

Durch Schreiben vom 2. Juli 1925 an die Schilling A.-G. bestimmte die Klägerin als Zahlstelle für sämtliche Zins- und Kapitalzahlungen die A.-G. Leu & C^{te} in Zürich.

Die Rückzahlungstermine wurden in den folgenden Jahren wiederholt hinausgeschoben und am 8./23. Januar 1929 in der Weise neu festgelegt, dass jeweilen am 31. Dezember der Jahre 1929 bis 1933 je 25,000 GM und am 31. Dezember 1934 die restlichen 125,000 GM zurückbezahlt werden sollten. Die Beklagte bestätigte in einer schriftlichen Erklärung vom 11. Januar 1929, dass sie mit dieser Abänderung des Vertrages einverstanden sei und gegenüber der Klägerin « die Solidarbürgschaft für die Erfüllung der Schuld » übernehme.

Die Schuldnerin zahlte die Ende 1929 und 1930 fälligen Tilgungsraten. Die Ende 1931 fällige Rate stundete die Klägerin im Einverständnis mit der Beklagten bis zum

31. Dezember 1932, sodass an diesem Tage zwei Raten von zusammen 50,000 GM fällig wurden, deren Zahlung aber ausblieb.

Mitte März 1933 wurde folgende Neuregelung getroffen:

Tilgung der rückständigen Kapitalraten durch Abzahlung von je 25,000 GM am 31. März und am 31. Juli 1933, Abzahlung des Restes im Betrage von 150,000 GM in monatlichen Raten von 3000 GM, Verzinsung bis 31. März 1933 10 %, von da an 7 ½ % jährlich; bei nicht pünktlicher Leistung der Zinsen und Abzahlungen Erhöhung des Zinsfußes auf 10 % und Recht der Klägerin, das Restdarlehen sofort fällig zu erklären.

Die Lindener Aktienbrauerei und die Städtische Lagerbier-Brauerei Hannover traten bei diesem Anlasse neben die Beklagte als weitere Solidarbürgen ein.

Daraufhin übersandte die Klägerin der Beklagten am 30. März 1933 eine neue Bürgschaftsurkunde zur Unterzeichnung durch sie und die beiden Mitbürgen. Die Urkunde enthielt u. a. die Bestimmung, dass für das Bürgschaftsverhältnis schweizerisches Recht und als Gerichtsstand Zürich gelte. Die Beklagte erklärte durch Brief vom 31. März 1933 ihr Einverständnis mit dem neuen Vertragsinstrument und leitete es unterzeichnet an die Mitbürgen weiter. Diese lehnten die vorgesehene Fassung des Bürgschaftsvertrages ab, welcher daher in dieser neuen Form nicht zustande kam.

Ebenfalls am 31. März 1933 teilte die Deutsche Bank- und Diskonto-Gesellschaft Berlin der Klägerin mit, dass ihr durch die Dresdener Bank in Hannover je 18,475 RM von der Lindener Aktienbrauerei und der Städtischen Lagerbier-Brauerei Hannover überwiesen worden seien mit der Weisung, diese Beträge der Klägerin gutzuschreiben; mangels Genehmigung der zuständigen Devisenbewirtschaftungsstelle könne jedoch die Gutschrift vorläufig nicht erfolgen. Am gleichen Tage benachrichtigte auch die Beklagte die Klägerin von diesen Überweisungen und ersuchte sie, sich damit einverstanden zu erklären,

« das auf das Berliner Konto überwiesene Geld tel quel zu verwenden, da Sie innerhalb Deutschlands freie Verfügung darüber haben ». Die Klägerin antwortete am 12. April 1933, dass sie kein Konto bei der Deutschen Bank- und Diskonto-Gesellschaft besitze und prinzipiell Zahlungen auch nicht in dieser Weise zu erhalten wünsche, sondern an die vertragliche Zahlstelle, die A.-G. Leu & Cie in Zürich, wo die Beträge frei zur Verfügung zu stellen seien; für diesmal nehme sie jedoch die Überweisungen ohne Präjudiz für die Zukunft in der genannten Art entgegen; da die Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle für die Gutschrift noch ausstehe, wünsche sie, dass die Sache raschestens in Ordnung komme.

Am 26. Juni schrieb die Klägerin der Beklagten, dass sie von der Vereinbarung von Mitte März 1933 zurücktrete, weil die darin aufgestellte erste Bedingung, Zahlung einer Kapitalrate von 25,000 Mk. auf Ende März, nicht erfüllt worden sei; sie fordere daher die Beklagte als Solidarbürgin auf, den verfallenen Kapitalbetrag von 50,000 GM und die aufgelaufenen Zinsen zum vertraglichen Satz von 10 % zu bezahlen. Die Beklagte erwiderte durch Schreiben vom 30. Juni 1933, dass die Rate von 25,000 GM auf das freie Markkonto der Klägerin bei der Deutschen Bank- und Diskonto-Gesellschaft überwiesen worden sei und deswegen nicht habe gutgeschrieben werden können, weil die Devisenbewirtschaftungsstelle trotz aller Anstrengungen der Schuldnerin und der Bürgen die Genehmigung dazu nicht erteile; die Gutschrift habe daher auf Sperrkonto zu erfolgen, zu welchem Zwecke eine Erklärung der Klägerin beizubringen sei, dass sie die Zahlung auf Sperrkonto an Erfüllungsstatt annehme.

Am 10. Juli 1933 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die Devisenbewirtschaftungsstelle die Überweisung der am 30. Juni 1933 fälligen Zinsen in der Höhe von 6 ½ %, gleich 2843 RM 75, an die Konversionskasse in Berlin bewilligt und dass die Schilling A.-G. auch die Genehmigung zur Überweisung der der Klägerin zur

Verfügung gestellten Kapitalrate von 25,000 RM an die Konversionskasse nachgesucht habe. Die Klägerin entgegnete darauf durch Schreiben vom 12. und 14. Juli 1933, dass sie Überweisungen an die Konversionskasse keinesfalls als Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen annehmen könne.

Am 18. August 1933 erhielt die Klägerin von der Schilling A.-G. eine Zahlung von 2843 GM 75, welche sie laut Schreiben vom 29. September folgendermassen verwendete: 914 GM 75 zur Deckung der Verzugszinsen und 1929 GM à conto des Zinses für das zweite Quartal 1933 im Betrage von 5000 GM.

Durch Schreiben vom 15. September 1933 ersuchte die Klägerin die Schilling A.-G. neuerdings, die Zins- und Kapitalzahlungen nicht an die Konversionskasse zu entrichten, erklärte aber, dass der Schuldnerin aus der Befolgung dieser Instruktion kein Verzug entstehen solle, der die vertraglichen Straffolgen nach sich ziehe.

B. — Am 21. September 1933 hat die Klägerin den Rechtsweg beschritten und verlangt, die Beklagte sei zur Leistung folgender Zahlungen in Schweizerfranken oder freien Reichsmark zu verpflichten:

1. Zahlung des Gegenwertes von 50,000 GM, d. i. der beiden letztmals bis 31. März bzw. 31. Juli 1933 gestundeten Kapitalraten von je 25,000 GM,

2. Zahlung des Gegenwertes von 5000 GM, d. i. des am 30. Juni 1933 für das zweite Quartal 1933 fällig gewordenen Zinses von 200,000 GM, zuzüglich 10 % Zins von diesen 5000 GM vom Verfalltage an,

3. Zahlung des Gegenwertes von 914 GM 75, d. i. der bis 30. Juni 1933 aufgelaufenen vertraglichen Verzugszinsen,

die Goldmark für alle diese Zahlungen berechnet zum Preise von 1/2790 kg. Feingold.

Zufolge der Zahlung der Hauptschuldnerin vom 18. August 1933 ist nachträglich die Verzugszinsforderung im Betrage von 914 GM 75 fallen gelassen und die Quartal-

zinsforderung im Betrage von 5000 GM auf 3071 GM reduziert worden.

Die Beklagte hat in erster Linie beantragt, die Klage sei von der Hand zu weisen, in zweiter Linie, sie sei abzuweisen. Diese Anträge hat sie im wesentlichen folgendermassen begründet:

Die von der Beklagten verbürgte Hauptschuld wie auch die Bürgschaft selber unterstehen dem deutschen Rechte. Nun seien durch die deutsche Devisen- und Transferaufschub-Gesetzgebung die Zahlungen nach der Schweiz verunmöglicht und die Hauptschuld in der Weise abgeändert worden, dass die Hauptschuldnerin nur noch in Deutschland zahlen könne und müsse. Die Klägerin lehne aber die in diesem Sinne anbotenen Zahlungen ab. Damit sei die Inanspruchnahme der Beklagten ausgeschlossen. Es habe beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages nicht die Meinung bestanden, dass die Beklagte als Solidarbürgin auch dann zur Zahlung verpflichtet sein solle, wenn die Klägerin die Annahme der Zahlung seitens der Hauptschuldnerin willkürlich ablehne. Auf jeden Fall würde die Beklagte nicht mehr zu leisten brauchen als die Hauptschuldnerin. Sie hafte nicht für unvorhergesehene Eingriffe der deutschen Gesetzgebung in die Gläubigerrechte. Ebensowenig habe sie darauf verzichtet, der Klägerin diejenigen Einreden entgegenzuhalten, welche der Hauptschuldnerin zustehen.

C. — Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat die Klage durch Urteil vom 19. Februar 1934 gutgeheissen und die Beklagte demgemäss verpflichtet, der Klägerin in Schweizerfranken oder freien Reichsmark den Gegenwert von 50,000 und 3071 Goldmark (eine Goldmark gleich dem Preise von 1/2790 kg. Feingold) zu bezahlen nebst 10 % Zins von 5000 GM vom 1. Juli 1933 bis 18. August 1933.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage. In der Berufungsschrift werden

einzelne Feststellungen des handelsgerichtlichen Urteils als aktenwidrig angefochten.

In der heutigen Verhandlung hat die Beklagte den schriftlich gestellten Antrag wiederholt und dazu eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Vervollständigung der Akten verlangt.

Die Klägerin beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Beklagte hat den Eventualantrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Aktenvervollständigung erst in der heutigen Verhandlung gestellt. Würde es sich um einen materiellen Berufungsantrag handeln, so wäre nicht darauf einzutreten, da die zehntägige Frist des Art. 65 und die in Art. 67 Abs. 1 OG vorgeschriebene schriftliche Form nicht gewahrt sind. Tatsächlich wird aber mit dem Rückweisungsantrag, der neben dem materiellen Antrag auf Abweisung der Klage gestellt worden ist, lediglich eine prozessuale Massnahme verlangt, die das Bundesgericht gemäss Art. 82 OG schon von sich aus anordnen müsste, wenn es fände, dass eine Aktenvervollständigung notwendig wäre (BGE 28 II 179 f. ; vgl. auch BGE 45 II 171 ; ferner WEISS, Berufung S. 101 lit. c). Die Frage, ob der Antrag nach Art. 65 ff. OG zulässig sei, stellt sich daher gar nicht.

2. — Die Vorinstanz prüft in ihrem erschöpfend begründeten Urteil vorweg die Frage, welches örtliche Recht auf die beiden Vertragsverhältnisse, den Darlehensvertrag der Klägerin mit der Schilling A.-G., und den Bürgschaftsvertrag mit der Beklagten, anzuwenden sei. Sie erklärt auf den ersten Vertrag das deutsche und auf den zweiten das schweizerische Recht als anwendbar. In beiden Beziehungen ist ihr beizustimmen.

Für die Wirkungen obligatorischer Rechtsgeschäfte gilt nach der Praxis des Bundesgerichtes das Recht, das die Parteien beim Abschluss in Aussicht genommen

hatten oder dessen Anwendung sie vernünftigerweise erwarten konnten und erwarten mussten (BGE 58 II 435 und dortige Verweisungen). Eine ausdrückliche Vereinbarung über das anzuwendende Recht haben die Kontrahenten weder beim Darlehens- noch beim Bürgschaftsvertrag getroffen. Es fragt sich daher, mit welchem Land die beiden Vertragsverhältnisse den engsten räumlichen Zusammenhang aufweisen. Das Recht dieses Landes ist sachlich das nächstliegende, weshalb davon ausgegangen werden darf, dass die Kontrahenten es stillschweigend als das massgebende gewollt haben oder dass sie es jedenfalls als das massgebende gewollt haben würden, wenn sie an die Regelung der Frage gedacht hätten.

Unter den räumlichen Beziehungen fällt nach der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung im allgemeinen vorab der Erfüllungsort in Betracht. Im vorliegenden Falle kommt ihm aber schon deswegen keine Bedeutung zu, weil er nicht für allemal feststeht, sondern gemäss Vertrag von der Klägerin für jede einzelne Zahlung nach Belieben bestimmt werden kann. Zudem liegen andere Umstände vor, die gegenüber dem Erfüllungsort auch dann überwiegen würden, wenn er von Anfang an endgültig festgelegt worden wäre.

Diese Umstände sind schon von der Vorinstanz zutreffend dargelegt worden. Was das Darlehensverhältnis betrifft, so hat die Schuldnerin, eine in Deutschland domizilierte Aktiengesellschaft, das Geld erhalten mit der Bestimmung, es für die Einrichtung ihrer in Deutschland gelegenen Brauerei zu verwenden, und mit der Verpflichtung, es in Goldmark zu verzinsen und zurückzuzahlen. Die Schuldverpflichtung ist in deutscher Form notariell verurkundet und durch eine Goldmarkhypothek auf dem in Deutschland gelegenen Grundbesitz der Schuldnerin sichergestellt worden. Für etwaige Klagen aus dem Schuldverhältnis sodann, und das fällt besonders ins Gewicht, bestimmt der Vertrag, dass die Schuldnerin

Gerichtsstand beim Amtsgericht Celle nehme. Damit wurde allerdings nur bestätigt, was ohnehin gegolten hätte, da der Richter in Celle der ordentliche Richter der Schuldnerin ist. Für die Frage, welches materielle Recht dem Parteiwillen am besten entspreche, hat die Vertragsklausel aber trotzdem die gleiche Bedeutung wie eine eigentliche Gerichtsstandsvereinbarung; denn mangels gegenteiliger Abrede kann nicht angenommen werden, die Kontrahenten haben dem deutschen Richter, dessen Zuständigkeit sie ausdrücklich feststellten, zumuten wollen, nach einem andern materiellen Recht als dem deutschen zu urteilen. Für das Darlehen gilt demnach deutsches Recht. Vgl. hiezu BGE 46 II 404; 51 II 305.

Für die Bürgschaft hat sich die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren ebenfalls auf das deutsche Recht berufen. Wäre tatsächlich dieses anwendbar, so könnte gemäss Art. 57 OG auf die Berufung nicht eingetreten werden bzw. es müsste gemäss Art. 79 OG die Sache zur Anwendung deutschen Rechtes an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Allein die Auffassung der Beklagten trifft nicht zu. Daraus, dass die Hauptschuld dem deutschen Recht untersteht, folgt nicht, dass es auch auf die Bürgschaft Anwendung zu finden habe. Die Bürgschaft ist in erster Linie ein selbständiger Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen und untersteht deshalb insoweit einem besondern Recht; nur in dem Umfange, als sich die Haftung des Bürgen nach der Hauptschuld richtet, gilt für sie auch das Recht der Hauptschuld (BGE 53 II 347; HAFNER, Kommentar Art. 489 N. 1 S. 292; OSER/SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung N. 91). Für den selbständigen Teil der Bürgschaft weisen nun die örtlichen Zusammenhänge unverkennbar auf das schweizerische Recht hin. Dafür spricht in erster Linie der schweizerische Wohnsitz des Bürgen, dessen Verpflichtungen das eigentliche Wesen der Bürgschaft ausmachen. Dazu kommen die weiter von der Vorinstanz angeführten Gründe. Einmal hat auch die Gläubigerin ihren Wohnsitz in der Schweiz,

sodass es sich also um einen Vertrag zwischen zwei in der Schweiz domizilierten Firmen handelt. Ferner hat die Beklagte dem ihr von der Klägerin am 30. März 1933 unterbreiteten Entwurf zu einem neuen Vertrag, in welchem für das Bürgschaftsverhältnis ausdrücklich die Geltung des schweizerischen Rechtes vorgesehen war, vorbehaltlos zugestimmt; wenn der Entwurf trotzdem nicht formelles Vertragsrecht geworden ist, so liegt das im Verhalten der Mitbürgen, nicht der Beklagten, welche die Geltung des schweizerischen Rechtes offenbar von Anfang an als gegeben voraussetzte.

3. — Auf Grund der seit 1. August 1931 geltenden deutschen Devisengesetzgebung ist es der Darlehensschuldnerin Schilling A.-G. in Celle nicht gestattet, die seither fällig gewordenen Kapitalraten und Zinsen gemäss Vertrag in Goldmark (oder einen entsprechenden Betrag in freien Reichsmark) an die von der Klägerin bezeichnete Inkassostelle in Zürich zu bezahlen. Für diese Zahlungen wird daher von der Klägerin die Beklagte als Solidarbürgin belangt. Ihre Zahlungspflicht bildet den Gegenstand des Rechtsstreites.

4. — Die Vorinstanz unterstellt ihrer Beurteilung zunächst die Auffassung der Beklagten, dass die Hauptschuldnerin durch die deutsche Devisengesetzgebung von der vertraglichen Pflicht, Goldmark in Zürich zu leisten, befreit worden sei und lediglich dazu verhalten werden könne, in Deutschland auf Sperrkonto bzw. an die Konversionskasse zu bezahlen (und auch dies nur unter der Voraussetzung, dass die Devisenbewirtschaftungsstelle die Bewilligung dazu erteile). Geht man von dieser Voraussetzung aus, so erhebt sich die Frage, ob die Befreiung der Hauptschuldnerin auch die Befreiung der Solidarbürgin zur Folge hat. Dabei handelt es sich nicht um eine Einrede der Bürgin aus der Bürgschaft als solcher, sondern um eine Einrede aus dem Hauptschuldverhältnis: es wird eine Veränderung der Hauptschuld geltend gemacht. Die Frage, ob sich auch die Bürgin darauf berufen

kann, ist jedoch eine solche des Bürgschaftsrechtes und untersteht daher dem schweizerischen Rechte.

a) Nach Art. 506 OR kann der Bürge dem Gläubiger die Einreden entgegenhalten, die dem Hauptschuldner zustehen. Das entspricht der akzessorischen Natur der Bürgschaft. Als Einrede, die dem Hauptschuldner zusteht, kommt insbesondere auch der Untergang der Hauptschuld in Betracht. In diesem Sinne ist in Art. 501 OR noch ausdrücklich gesagt, dass der Bürge durch jedes Erlöschen der Hauptschuld befreit werde. Dem Erlöschen sind a fortiori Herabsetzungen der Hauptschuld und andere Erleichterungen gleichzustellen. Das würde also an sich dazu führen, die Einrede, die Hauptschuld sei durch die deutsche Devisengesetzgebung zugunsten der Schuldnerin verändert worden, auch der beklagten Bürgin zu gewähren.

Allein tatsächlich ist die Akzessorietät der Bürgschaft keine so absolute. Schon die allgemeine Bestimmung des Art. 114 OR, von der Art. 501 nur eine Wiederholung für die Bürgschaft bedeutet, enthält einen Einbruch, indem sie ausdrücklich die Vorschriften über das Grundpfandrecht, die Wertpapiere und den Nachlassvertrag vorbehält. In Art. 506 selber sodann ist der Grundsatz dass der Bürge dem Gläubiger die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden entgegenhalten kann, sofort durch den Zusatz eingeschränkt: « soweit er nicht durch die Art seiner Verpflichtung von der Geltendmachung solcher Einreden ausgeschlossen ist ». Der Sinn dieses (erst bei der Revision des OR aufgenommen) Zusatzes ist nicht ohne weiteres klar. Man könnte versucht sein, darin bloss eine etwas allgemeinere Neuformulierung des in a OR Art. 505 aufgestellten Vorbehaltes zu erblicken. Dort war auf den heutigen Art. 494 Abs. 3 (= a OR Art. 492 Abs. 3) verwiesen, wo es heisst, dass die Schuld aus einem wegen Irrtums oder wegen Vertragsunfähigkeit für den Hauptschuldner unverbindlichen Vertrag gültig verbürgt werden kann, wenn der Bürge bei der Eingehung seiner

Verpflichtung den auf Seiten des Hauptschuldners vorhandenen Mangel kennt. Bei dieser Auslegung des Art. 506 wären dem Bürgen, abgesehen von Art. 114, also lediglich diejenigen der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden verschlossen, welchen der konkrete Inhalt der betreffenden Bürgschaftsverpflichtung entgegensteht. Dabei kann es jedoch nicht sein Bewenden haben. Vielmehr müssen dem Bürgen, ob man das nun aus Art. 506 herauslesen oder als eine ungeschriebene Bestimmung des Bürgschaftsrechtes betrachten will, auch alle diejenigen Einreden abgeschnitten sein, welche sich überhaupt mit dem Zweck der Bürgschaft nicht vertragen (vgl. von TUHR, Schweiz. Juristenzeitung, 19. Jahrgang S. 228).

Über den Zweck der Bürgschaft und die sich daraus ergebenden Folgerungen stellt die Vorinstanz Erwägungen an, die nur bestätigt werden können. Bezweckt wird durch die Bürgschaft die Sicherstellung des Gläubigers. Infolgedessen kann sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger (auch ohne Rücksicht auf Art. 114 OR) nicht auf Befreiungen und Erleichterungen berufen, die dem Schuldner z. B. durch eine Notstundung, einen Nachlassvertrag, durch Ausstellung eines Verlustscheines (Unverzinslichkeit, Einreden mangelnden neuen Vermögens) und dergleichen gewährt worden sind. Das gilt schon für die einfache Bürgschaft. Während aber der einfache Bürge nach Art. 495 OR erst belangt werden kann, wenn der Hauptschuldner in Konkurs geraten oder erfolglos betrieben worden oder in der Schweiz nicht mehr belangbar ist, und wenn die für die Hauptschuld bestellten Pfänder verwertet sind, steht es dem Gläubiger bei der Solidarbürgschaft gemäss Art. 496 Abs. 1 frei, den Bürgen schon vor dem Hauptschuldner, vor Verwertung der Pfänder und ohne Rücksicht auf die Vermögenslage des Schuldners und seine Belangbarkeit in der Schweiz zur Zahlung anzuhalten. Der Solidarbürge haftet also nicht nur, sofern der Hauptschuldner mangels genügenden Vermögens zahlungsunfähig ist, sondern auch für den Fall, dass dieser

aus andern Gründen, die von seiner Vermögenslage unabhängig sind, nicht erfüllen kann oder nicht erfüllen darf. Ein solcher Grund ist das devisenrechtliche Zahlungsverbot, wie es in Deutschland existiert. Ob das Zahlungsverbot, welches in erster Linie eine öffentlichrechtliche Unterlassungspflicht aufstellt, die zivilrechtliche Nebenwirkung hat, den Hauptschuldner ganz oder zum Teil, dauernd oder vorübergehend, von seiner Schuld zu befreien, ist unerheblich. Diese Nebenwirkung muss, falls sie besteht, ähnlich wie die teilweise Befreiung infolge Nachlassvertrages oder Ausstellung eines Verlustscheines als persönliches Privileg des Hauptschuldners angesehen werden, welches die Bürgschaftsverpflichtung nicht berührt. Damit nähert sich die Bürgschaft in dieser Richtung allerdings dem Garantievertrag. Das ist aber gerechtfertigt; der Sicherungszweck muss hier dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft vorgehen. Wenn Art. 506 und 501 OR vorsehen, dass die Befreiung des Hauptschuldners auch für den Bürgen wirkt, 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 ist.

b) Abgesehen von der gesetzlichen Ordnung müsste die Haftung der Beklagten auch schon auf Grund der konkreten Bürgschaftsverpflichtung bejaht werden.

Die Vorinstanz stellt fest, dass im Jahre 1925, als die Bürgschaft eingegangen wurde, die gewaltigen Verluste, welche schweizerische Gläubiger während der Kriegs- und Nachkriegszeit in Deutschland erlitten hatten, noch jedermann in lebhafter Erinnerung und die politischen sowohl wie die wirtschaftlichen Verhältnisse noch durchaus unsichere waren, weshalb mit der Möglichkeit neuer wirtschaftlicher Störungen und für diesen Fall auch mit neuen Eingriffen der deutschen Gesetzgebung in die Rechte ausländischer Gläubiger gerechnet werden musste. Diese Feststellungen sind tatsächlicher Natur und darum

für das Bundesgericht gemäss Art. 81 OG verbindlich, wenn sie nicht mit den Akten in Widerspruch stehen und keine bundesrechtlichen Beweisvorschriften verletzen. Verstösse letzterer Art werden keine gerügt und liegen auch tatsächlich keine vor. Dagegen macht die Beklagte geltend, dass die Feststellungen dem vorinstanzlichen Protokoll, S. 28, und den offiziellen Berichten über die Stillhaltegeder und über die Transferkonferenzen widersprechen. Auf Seite 28 des vorinstanzlichen Protokolls sind aber nichts als Behauptungen des Anwaltes der Beklagten aufgezeichnet, die keine Beweisstücke und darum selbstverständlich keine Akten darstellen, mit denen das vorinstanzliche Urteil im Sinne von Art. 81 OG hätte in Widerspruch kommen können. Die offiziellen Berichte über die Stillhaltegeder und die Transferkonferenzen andererseits liegen gar nicht bei den Akten und fallen daher als Grundlage für Aktenwidrigkeitsrügen ebenfalls ausser Betracht. Zudem will die Beklagte mit dem Hinweis auf diese Berichte nur dartun, dass die schweizerischen Banken seit 1924 mindestens eine Milliarde Franken nach Deutschland dargeliehen haben. Das mag zutreffen, widerspricht indessen der Feststellung der Vorinstanz, dass in Deutschland politische und wirtschaftliche Unsicherheit bestanden habe, keineswegs; die Bedingungen, zu denen das Geld gegeben wurde (hohe Zinssätze usw.) bestätigen dieselbe im Gegenteil.

Das Bundesgericht hat somit auf den im Urteil der Vorinstanz umschriebenen und übrigens notorischen Tatbestand abzustellen. Daraus drängt sich aber die unabweisliche Schlussfolgerung auf, dass ein schweizerischer Gläubiger, der seine Forderung gegen einen deutschen Schuldner durch eine in der Schweiz domizilierte Person oder Firma solidarisch hat verbürgen lassen, sich damit nicht nur gegen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, sondern auch gegen alle andern Risiken schützen wollte, denen die Forderung in Deutschland ausgesetzt war, also namentlich gegen die Verschlechterung der politi-

schen und wirtschaftlichen Lage und die daraus zu erwartenden Eingriffe der deutschen Gesetzgebung in die Rechte der ausländischen Gläubiger. So verhielt es sich offensichtlich auch bei der Bürgschaft der Beklagten für die Forderung der Klägerin. Diese Annahme wird noch gestützt durch die Tatsache, dass das Geschäft in Goldmark abgeschlossen worden ist, worin ebenfalls der Wille der Klägerin zum Ausdruck kommt, die Forderung gegen alle Nachteile zu sichern, die ihr aus der ungünstigen Entwicklung der Verhältnisse in Deutschland erwachsen könnten. Ob man mit der Vorinstanz schon aus der Goldmarkklausel allein einen Verzicht auf alle Einreden, die sich aus gesetzlichen Beschränkungen des deutschen Zahlungsverkehrs ergeben könnten, ableiten will, ist gleichgültig; jedenfalls ergibt sich der Verzicht aus der Gesamtheit der Umstände. Auf die in der Berufungserklärung gegen die Argumentation der Vorinstanz erhobene angebliche Aktenwidrigkeitsrüge braucht daher nicht eingetreten zu werden.

Die Beklagte verweist auf die von der Klägerin seit dem Kriege nach Deutschland exportierten grossen Kapitalbeträge, woraus hervorgehe, dass die Klägerin Vertrauen in die deutschen Verhältnisse gehabt habe. In dieser Hinsicht gilt das gleiche, was schon über den Kapitalexport nach Deutschland im allgemeinen gesagt wurde: Entscheidend sind die Bedingungen, unter denen die Kredite gewährt wurden, also namentlich auch die dafür beanspruchten Vergütungen, und letztere sind gerade im vorliegenden Falle so hoch (10 % Zins zuzüglich einer bedeutenden Kommission und Anteil an den für Einrichtung der Brauerei zu zahlenden Lizenzgebühren), dass sie als ausgesprochene Risikoprämien erscheinen. Die Beklagte versucht allerdings daraus nach der andern Seite abzuleiten, dass die Risiken nicht durch die Bürgschaft gedeckt gewesen seien. Das ist nicht schlüssig. Auch eine Solidarbürgschaft bietet keine unbedingt sichere Gewähr für Erfüllung der Schuld. Hohe Risiko-

prämien schliessen daher die gleichzeitige Sicherung durch eine Solidarbürgschaft durchaus nicht aus, was ja die wirtschaftliche Praxis täglich beweist.

In der heutigen Verhandlung wendet die Beklagte noch ein, dass die Bürgschaft im Grunde nur bestellt worden sei, damit sie den Betrieb der Hauptschuldnerin möglichst gewissenhaft einrichte und dieser dann gut rentiere. Hiefür habe sie, die Beklagte, den Zeugenbeweis offeriert, der von der Vorinstanz nicht abgenommen worden sei. Von dieser Behauptung und einem dazu gehörigen Beweis Antrag ist jedoch weder in den Rechtsschriften noch im vorinstanzlichen Protokoll etwas zu finden. Sie sind daher im Sinne von Art. 80 OG neu und unzulässig. Wären sie aber wirklich schon im kantonalen Verfahren vorgebracht worden, so könnte das angefochtene Urteil nicht anders ausgelegt werden, als dass die Vorinstanz der Darstellung der Beklagten, auch wenn noch Zeugen dafür namhaft gemacht worden sind, zum vornherein keinen Glauben geschenkt hat. Mit dieser antizipierten Beweiswürdigung müsste sich das Bundesgericht auf jeden Fall abfinden. Im übrigen käme es bei eigener Kognition zum nämlichen Schluss; denn die von der Beklagten behauptete Beschränkung der Solidarbürgschaft hat den Wortlaut der Bürgschaftsverpflichtung und alle Umstände gegen sich.

Ebensowenig kann schliesslich die Einrede der *clausula rebus sic stantibus* durchgreifen. Die durch das devisenrechtliche Zahlungsverbot beim Hauptschuldner hervorgerufene Veränderung der Verhältnisse ist nach dem, was über den Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung ausgeführt wurde, eben gerade eine solche, für welche die Beklagte vertragsgemäss einzustehen hat. Dass zur Zeit des Vertragsschlusses nicht in bestimmter Weise voraussehbar war, welche Massnahmen der deutsche Staat im Falle einer Verschlechterung der Wirtschaftslage treffen werde, spielt keine Rolle. Als massgebend erklärt die Vorinstanz mit Recht, dass die Klägerin durch die Solidarbürgschaft der Beklagten für den Gegenwert des

ausstehenden Goldmarkbetrages gedeckt werden sollte, was immer sich in Deutschland ereigne und gegen die ausländischen Gläubiger vorgekehrt werde.

5. — Die Beklagte ist demnach zur Zahlung der verfallenen Zinsen und Tilgungsraten selbst dann verpflichtet, wenn das devisenrechtliche Zahlungsverbot des deutschen Staates die Hauptschuldnerin von ihrer Schuld ganz oder teilweise befreit hat. Dass aber eine solche Befreiung der Hauptschuldnerin überhaupt eingetreten ist, steht damit noch nicht fest.

a) Die Vorinstanz hält drei Auffassungen über die Wirkungen der devisenrechtlichen Zahlungsverbote auf die Hauptschuld für denkbar: erstens, es werde das Schuldverhältnis in seinem Inhalt abgeändert, zweitens es werde Unmöglichkeit der Leistung im Sinne von §§ 275 und 306 ff. BGB begründet, und drittens, die Bedeutung der Verbote liege lediglich auf prozessualen Gebiete. Sie lässt die Frage, welche dieser drei Möglichkeiten, zutreffe, zunächst wiederum offen und erklärt, dass eine inhaltliche Abänderung des Schuldverhältnisses durch die devisenrechtlichen Zahlungsverbote einen Eingriff in die Gläubigerrechte bedeuten würde, der den fundamentalsten Anschauungen der schweizerischen Rechtsordnung, nämlich den Anschauungen über die Sicherheit wohlverworbener Rechte und ihrer Unverletzlichkeit auch seitens der Staatsgewalt widerspräche. Demgemäss stellt sie sich auf den Standpunkt, dass solche mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung unvereinbare Vorschriften, gegen welche übrigens der Bundesrat und die ganze schweizerische Öffentlichkeit Protest erhoben haben, vom schweizerischen Richter, der über das Hauptschuldverhältnis zu urteilen hätte, nicht angewendet werden dürften. Aus den gleichen Gründen hält sie dafür, dass eine Unmöglichkeit der Leistung, welche sich aus solchen, den hiesigen Rechtsanschauungen widersprechenden Vorschriften ergeben würde, nicht zu beachten wäre. Könnte sich aber der Hauptschuldner vor dem schweizerischen Richter

nicht darauf berufen, dass das Schuldverhältnis durch die devisenrechtlichen Zahlungsverbote inhaltlich abgeändert oder dass dadurch Unmöglichkeit der Leistung begründet worden sei, so stehen diese Einreden auch der Bürgin nicht zu.

Das Bundesgericht schliesst sich dieser Auffassung in vollem Umfange an und lehnt demgemäss mit der Vorinstanz die Anwendung der in Rede stehenden Devisenvorschriften, soweit sie das Schuldverhältnis abändern oder eine Unmöglichkeit der Leistung nach sich ziehen sollten, aus Gründen der schweizerischen öffentlichen Ordnung ab. Hieran vermag der heutige Hinweis der Beklagten auf das von der Schweiz am 26. Juli 1934 mit Deutschland abgeschlossene Verrechnungsabkommen, durch welches die deutsche Devisengesetzgebung anerkannt worden sein soll, nichts zu ändern. Nicht nur steht dieser neuen Behauptung das Verbot des Art. 80 OG entgegen, sondern es kann dem Verrechnungsabkommen für die Frage, ob die deutsche Devisengesetzgebung mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung vereinbar sei, auch nicht rückwirkende Bedeutung beigelegt werden. Unter diesen Umständen besteht nicht einmal Anlass zu untersuchen, wieweit das Verrechnungsabkommen das deutsche Devisenrecht tatsächlich anerkenne.

Schon vor der Vorinstanz hat die Beklagte geltend gemacht, dass mindestens die Unmöglichkeit der Leistung anerkannt werden müsse, weil der schweizerische Richter hier gar nicht ausländisches Recht anwende, sondern nur entscheide, ob die ausländischen Vorschriften ein tatsächliches Hindernis für die Vertragserfüllung bilden. Diese Unterscheidung ist abwegig und kann aus den von der Vorinstanz dargelegten Gründen nicht zugelassen werden. Ob nämlich ausländische, der einheimischen öffentlichen Ordnung widersprechende Vorschriften direkt oder indirekt, auf dem Umwege über ihre tatsächlichen Wirkungen, angewendet werden, läuft praktisch auf dasselbe hinaus. Der schweizerische Richter muss deshalb

die eine wie die andere Anwendung ablehnen und die Vorschriften also auch in ihren Wirkungen unberücksichtigt lassen (vgl. BGE 42 II 184).

Das Bundesgericht trägt im übrigen mit der Vorinstanz umsoweniger Bedenken, die schweizerische öffentliche Ordnung gegenüber der deutschen Devisengesetzgebung zur Geltung zu bringen, als das Landesgericht und das Kammergericht Berlin ihrerseits die Berücksichtigung der entsprechenden Devisenvorschriften Ungarns ebenfalls abgelehnt haben (Jur. Wochenschrift 1932 Bd. 3 S. 3773).

b) In Tat und Wahrheit liegt jedoch nach der Auffassung der Vorinstanz weder eine inhaltliche Abänderung der Hauptschuld noch Unmöglichkeit der Leistung vor, sondern das devisenrechtliche Zahlungsverbot hat, abgesehen von den verwaltungs- und strafrechtlichen Folgen, nur prozessuale Bedeutung: der Schuldner bleibt verpflichtet, aber er kann ohne die Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle vom Richter nicht zur Zahlung verurteilt werden und auch nach der Genehmigung zu keiner andern Zahlung, als die Devisengesetzgebung gestattet. Das ist Auslegung deutschen Rechtes, welche das Bundesgericht bindet. Darnach kann das Verbot in der Schweiz keinerlei Wirkung entfalten; denn beim lediglich prozessualen Charakter der Vorschrift ist ihre Anwendbarkeit schlechtweg auf das Gebiet des deutschen Reiches beschränkt. Überdies wäre die Anwendung durch den schweizerischen Richter wiederum wegen der hiesigen öffentlichen Ordnung ausgeschlossen.

6. — (Weitere Einreden der Beklagten).

7. — (Die eingeklagten Forderungen im einzelnen).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 19. Februar 1934 bestätigt.

46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. September 1934
i. S. «Gema», Aktiengesellschaft für Patentverwertung
gegen Gerber.

Erwerb eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft.
Aus dem Verbot des Art. 628 Abs. 1 OR folgt nicht die Nichtigkeit des Erwerbsgeschäftes. Bestätigung der Rechtsprechung.

A. — Der Kläger beteiligte sich im Jahre 1932 an der Gründung der beklagten Aktiengesellschaft, der Gema A.-G., die Patente für sogenannte Fixmobilbuchstaben verwertet. Er zeichnete und bezahlte 20 Aktien zu 500 Fr., übernahm die Geschäftsführung der Gesellschaft und gewährte ihr ein Darlehen von 5000 Fr.

In der Folge traten zwischen den Parteien Unstimmigkeiten auf, die am 23. Dezember 1932 zum Abschluss eines Vergleiches führten. Darin wurde u. a. bestimmt, dass die Beklagte die vom Kläger übernommenen Aktien zum Nennwert zurückkaufe. Die Beklagte anerkannte, dem Kläger demgemäss 10,000 Fr. als Aktienkaufpreis, 5000 Fr. aus Darlehen sowie 2000 Fr. aus Gehalts-, Provisions- und andern Ansprüchen zu schulden. Davon wurden 2000 Fr. sofort bezahlt und die Rückzahlung des Restes von 15,000 Fr. in der Weise geregelt, dass die Beklagte von jeder Schachtel Fixmobilbuchstaben, die sie verkaufe, dem Kläger spätestens innert 30 Tagen je 2 Fr. abzuliefern habe; erfolge die Bezahlung nicht innert dieser Frist, so werde die ganze Restforderung fällig.

Der Kläger erhielt jedoch keine weitem Zahlungen. Als er von Lieferungen Kenntnis bekam, welche die Beklagte ausgeführt hatte, hob er anfangs Mai 1933 für den Betrag von 15,000 Fr. nebst 5 % Zins seit 29. April 1933 Betreibung an. Die Beklagte schlug gegen den Zahlungsbefehl Recht vor.