

der besondern Natur der im Streit liegenden Strafe ein Strafbetrag von Fr. 40,000.— als übermässig bezeichnet werden. Dazu kommt, dass eine kriegswirtschaftlich bedingte teilweise Umstellung von der Herstellung von Lederschuhen auf Schuhe mit Holzsohle stattgefunden hat, woraus die Klägerin Nutzen zieht, während die Beklagte darunter leidet, weil die Umstellung eine Abwanderung von Kunden zur Folge hat, wenn die Beklagte gewisse Schuhe nicht mit Holzsohlen herstellen darf. Auch das Mass des Verschuldens der Beklagten darf nicht unberücksichtigt bleiben (BGE 63 II 250, 41 II 144, 40 II 477, 37 II 191, 30 II 529). Kann zwar nicht zu ihren Gunsten angenommen werden, sie habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die behördlichen Weisungen sie zur Übertretung der eingegangenen Verpflichtung berechtigen, dies schon deswegen, weil ihr noch andere Ersatzmaterialien als Holz zur Verfügung standen, und ist nicht behauptet oder gar dargetan, dass deren Verwendung für sie eine unerträgliche Erschwerung des Fabrikationsbetriebes bedeutet hätte, so ist der Beklagten doch einzuräumen, dass ihr Verschulden bei den durch den Krieg geschaffenen ausserordentlichen Schwierigkeiten in der Lederbeschaffung und ihrem Bestreben, den kriegswirtschaftlichen Weisungen nachzukommen, nicht als schwer bezeichnet werden kann. Sie hat auch nicht etwa versucht, zur Herstellung und zum Vertrieb von Holzsandaletten ohne Wissen der Klägerin überzugehen, sondern sie hat diese von ihrem Vorhaben brieflich in Kenntnis gesetzt. Wenn daher die Vorinstanz auf eine Strafe von Fr. 20,000.— erkannt hat, ohne sich darüber auszusprechen, was sie zur Herabsetzung gerade auf diese Summe bestimmt habe, und ob nach ihrer Auffassung die Strafe nur einmal oder für jede einzelne Übertretung neu geschuldet werde, so erscheint eine derartige Strafe als übersetzt, mit den Grundsätzen der Billigkeit und Gerechtigkeit nicht mehr vereinbar. Sie käme zugleich einer nicht zu rechtfertigenden Bereicherung der Klägerin zulasten der Beklagten gleich. Der beidseitigen

Interessenlage, der Natur des Strafversprechens und den übrigen Umständen ist deshalb besser Rechnung getragen, wenn die Strafe auf Fr. 12,000.— herabgesetzt wird, womit auch berücksichtigt sein soll, dass vor Einleitung der Klage noch nicht alle von der Beklagten hergestellten Sandaletten verkauft waren, sondern erst später verkauft wurden bzw. noch verkauft werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

1. Die Anschlussberufung wird abgewiesen.
2. Die Hauptberufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass in Abänderung des handelsgerichtlichen Urteils die der Klägerin durch die Beklagte zu bezahlende Konventionalstrafe auf Fr. 12,000.— nebst 5 % Zins seit Zustellung der Vorladung zum Aussöhnungsversuch herabgesetzt wird.

**27. Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Juli 1942  
i. S. Mauerhofer gegen Röthenmund.**

*Abtretung, Gewährleistung für Zahlungsfähigkeit, Art. 171 Abs. 2 OR.*

Zahlungsunfähigkeit ein Begriff eidgen. Rechts; sie setzt entsprechend der Vorschrift des Art. 83 Abs. 1 OR ein dauerndes Unvermögen des Schuldners voraus, seine Gläubiger zu befriedigen, nicht auch dessen Konkurs oder Auspfändung. Fehlen besonderer Beweisvorschriften; Beweislast; Unanwendbarkeit des Bürgschaftsrechtes (Art. 495 Abs. 1) auf die Gewährleistungspflicht des Abtretenden.

*Cession. Garantie de la solvabilité, art. 171 al. 2 CO.*

L'insolvabilité est une notion du droit fédéral; elle suppose, conformément aux dispositions de l'art. 83 al. 1 CO, l'incapacité prolongée du débiteur de satisfaire ses créanciers, mais non la faillite ni des saisies infructueuses.

Absence de prescriptions spéciales sur la preuve; fardeau de la preuve; inapplicabilité du droit du cautionnement (art. 495 al. 1 CO) à l'obligation de garantie du cédant.

*Cessione, garanzia della solvenza del debitore, art. 171 cp. 2 CO.*

L'insolvenza è una nozione di diritto federale; essa presuppone, giusta l'art. 83 cp. 1 CO, l'incapacità prolungata del debitore di soddisfare i suoi creditori, ma non il fallimento né pignoramenti infruttuosi.

Mancanza di prescrizioni speciali sulla prova ; onere della prova ; inapplicabilità delle norme sulla fideiussione (art. 495 cp. 1) all'obbligo di garanzia del cedente.

*Aus dem Tatbestand :*

Der Beklagte trat dem Kläger für Lieferungen einen Schuldbrief an Zahlungsstatt ab. Als der Kläger dem Briefschuldner Blaser wegen Zahlungsverzuges kündigte und Betreibung anhub, erhielt er zunächst Teilzahlungen ; im Nachlassvertrag, mit dem Blaser den Gläubigern Aktiven und Passiven abtrat, kam der Kläger bei Versteigerung des Schuldbriefes zu Verlust. Seine gegen den Beklagten erhobene Gewährleistungsklage wurde vom Handelsgericht des Kantons Bern geschützt. Die Berufung des Beklagten dagegen hat das Bundesgericht abgewiesen

*aus folgenden Gründen :*

Nach der zutreffenden und übrigens nicht angefochtenen Begründung der Vorinstanz haftet der Beklagte gemäss der übernommenen Gewährspflicht dem Kläger dafür, dass der Schuldbriefschuldner Blaser im Zeitpunkt, auf den die Kündigung des Schuldbriefes frühestens möglich gewesen ist, zahlungsfähig war (BGE 61 II 104 Erw. 2). Dieser Zeitpunkt ist unbestrittenermassen der 4. Februar 1936. Es entspricht den Beweisregeln, dass nicht der Abtretende die Zahlungsfähigkeit des *debitor cessus*, sondern umgekehrt der die Haftung aus der Gewährspflicht in Anspruch Nehmende, also der Kläger, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu beweisen hat (BGE 27 II 553).

Der Begriff der Zahlungsfähigkeit ist ein materiell-rechtlicher ; er kann nicht, wie der Beklagte es versucht, durch Normen des bernisch-kantonalen Prozessrechts, die übrigens nur die Regelung der Sicherstellung für die Prozesskosten bezwecken, bestimmt werden. Abwegig ist auch die Annahme, der Beweis der Zahlungsfähigkeit könne nur durch Urkunden geleistet werden. Eine Beweis-

vorschrift oder irgendeine Beschränkung des Beweisrechts besteht für den vorliegenden Sachverhalt auf dem Boden des eidgenössischen Rechts nicht.

In Übereinstimmung mit dem Schrifttum und unter Hinweis auf die Formulierung des Art. 83 OR umschreibt die Vorinstanz den materiellrechtlichen Begriff der Zahlungsfähigkeit mit Recht auch nicht nach bestimmten Merkmalen oder manifesten Erscheinungen wie Konkurs oder Auspändung. Solche Erscheinungen weisen unmittelbar die schuldnerische Zahlungsfähigkeit nach ; das schliesst aber keineswegs aus, dass die vorhandene Zahlungsfähigkeit auch in anderer Weise dargetan werden kann. Zweck und Sinn der Gewährspflicht ist doch der, dass der Zedent einzutreten sich verpflichtet für den Fall, dass der Schuldner trotz gutem Willen nicht in der Lage ist, den Gläubiger zu befriedigen. Die Gewährspflicht nach Art. 171 II ist eine Garantie für das *Zahlenkönnen* des Schuldners. Die Leistungsunmöglichkeit setzt ein dauerndes Unvermögen des Schuldners voraus. Dieses Unvermögen bedeutet die « Zahlungsfähigkeit ». Erfolgte zumal die Zession, wie im vorliegenden Fall, gegen volles Entgelt, so kann derjenige, der schon geleistet hat, gegenüber seinem gewährspflichtigen Zedenten hinsichtlich der Begriffsbestimmung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht schlechter gestellt sein als der Leistungspflichtige, der beim zweiseitigen Vertrag nach Art. 83 die Leistung zurückhalten darf. Die Vorinstanz hat deshalb mit Recht (in Anlehnung an die Begriffsumschreibung von BECKER und OSER-SCHÖNENBERGER zu Art. 83, Note 1, bzw. 5) die Zahlungsfähigkeit als einen tatsächlichen Zustand bezeichnet, wonach es dem Schuldner an den genügenden Geldmitteln zur Befriedigung seiner Gläubiger fehlt, wobei indessen dieser Zustand nicht ein bloss vorübergehender, z. B. hervorgerufen durch kurzzeitige Unrealisierbarkeit der Aktiven, sein darf. Anders ausgedrückt : Die in Frage stehende Forderung muss in dem bestimmten Zeitpunkt uneinbringlich sein, d. h. es muss

dargetan werden, dass der Gläubiger trotz Einleitung oder Durchführung der ihm zu Gebote stehenden Rechtsmittel überhaupt nicht oder nicht zur vollen Befriedigung hätte gelangen können.

In diesem Sinne hat die Vorinstanz den Beweis abgenommen und auf Grund von Zeugenaussagen und Dokumenten, insbesondere der Nachlassakten, festgestellt, dass Blaser schon geraume Zeit vor dem Februar 1936 seinen Verpflichtungen nicht mehr gewachsen und dass er auf Grund einer schweren und chronischen Überschuldung am 4. Februar 1936 dauernd zahlungsunfähig war. Die Abschlagszahlungen von Fr. 1000.— nach dem 5. Mai 1936 und von Fr. 500.— anfangs September gleichen Jahres wurden nur durch Betreibung und auf Grund besonderer Abmachung nach Mahnung vom Schuldner Blaser erwirkt. Es war offenbar das äusserste, was er dem Kläger noch leisten konnte, um die Durchführung der Betreibung und damit den Konkurs oder Nachlassvertrag hinauszuschieben. Jene Zahlungen können also die erwähnten Feststellungen der Vorinstanz nicht aufheben. Für den gesamten Rest des klägerischen Anspruches war Blaser am 4. Februar 1936 im gesetzlichen Sinne zahlungsunfähig. Auf die Beweiswürdigung, die die Berufungsschrift in diesem Punkte beanstandet, ist nicht einzutreten. Die Feststellungen über das tatsächliche Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit sind für das Bundesgericht verbindlich. Und da diesen Feststellungen von der Vorinstanz der zutreffende Begriff unterlegt wurde, ist mit ihr die Haftbarkeit des Beklagten zu bejahen.

Mit Recht ist die Vorinstanz grundsätzlich auf den Einwand des Beklagten nicht eingetreten, der dahin ging, der Kläger hätte bei intensiverer Durchführung des Inkassos einen geringeren oder keinen Ausfall erlitten. Art. 495 I OR ist nicht, auch nicht analog anwendbar. Die Gewährspflicht nach Art. 171 II ist keine Bürgschaft. Die rechtliche Natur der beiden Haftungen ist vielmehr eine völlig verschiedene. Im Gegensatz zum akzessorischen Charakter der Bürg-

schaft begründet das Garantie- oder Haftungsversprechen des Zedenten eine selbständige Verpflichtung aus dem der Abtretung zu Grunde liegenden Geschäft, hier dem Holzkauf. Die Grundsätze des Bürgschaftsrechtes dürfen deshalb auf die selbständige Gewährleistungspflicht des Abtretenden keine Anwendung finden (BGE 53 II 116 ff. und dortige Hinweise, BECKER und OSER-SCHÖNENBERGER Note 1-3, bzw. 3 und 14 zu Art. 171). Der Einwand des Beklagten könnte nur bedeutsam werden, wenn durch den Beweis der Behauptung, es wäre beim Schuldner Blaser mehr zu holen gewesen, im Sinne des Gegenbeweises dargetan werden könnte, dass Blaser doch nicht oder nicht in so weitgehendem Masse zahlungsunfähig war. Dazu stellt aber die Vorinstanz fest, dass nicht erwiesen sei, dass bei schonungsloserem Vorgehen beim Schuldner mehr zu erzielen gewesen wäre.

## VI. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

#### 28. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Juni 1942 I. S. X. c. X.

1. Die nicht zum Getrenntleben berechnete Ehefrau teilt den Wohnsitz des Ehemannes (Art. 25 ZGB), auch wenn es kein eigentlicher Wohnsitz (Art. 23), sondern bloss ein fingierter (Art. 24 Abs. 1 oder 2) ist.
2. Ein früher im Ausland begründeter Wohnsitz fällt nach Art. 24 Abs. 2 ZGB ausser Betracht, wenn er tatsächlich aufgegeben ist (quitté, abandonato), mag auch am betreffenden Ort nach dortigem Rechte noch ein blosses legales Domizil bestehen.
3. Gerichtsstand der Ausländer in der Schweiz: Für Unterhaltsklagen zwischen Ehegatten (Art. 159, 160, 170 Abs. 3 ZGB) wie auch für Gesuche um Gestattung des Getrenntlebens (Art. 170 Abs. 1 ZGB) gilt der Gerichtsstand des Wohnsitzes (Art. 2 und 32 NAG), ohne die in Art. 7 h und i NAG für Scheidungs- und Trennungsklagen aufgestellten Vorbehalte.
1. La femme mariée qui n'a pas le droit d'avoir une demeure séparée a pour domicile celui du mari (art. 25 CC) même lorsque ce n'est qu'un domicile fictif (art. 24 al. 1 ou 2) et non un domicile proprement dit (art. 23).