

gericht gemäss Art. 81 OG verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz. Den Kredit- und Bürgschaftsakt konnte die Beklagte ihrer Verpflichtung vorgängig gar nicht zu Gesicht bekommen, da er ja erst nachher erstellt wurde; mit dem Kläger hat die Beklagte nicht verhandelt, und auf Grund der Angaben ihres Sohnes war sie, wie die Vorinstanz im Wege der Beweiswürdigung als glaubwürdig bezeichnet, der Auffassung, es handle sich um einen Kredit von nur ca. 3000 Fr. Unter diesen Umständen ist daher die Rückbürgschaftserklärung der Beklagten mangels Angabe eines Höchstbetrages der Haftung ungültig, wie die Vorinstanz mit Recht entschieden hat; da es sich hiebei um eine vollständige Nichtigkeit handelt, so kann die Beklagte auch nicht etwa für einen Betrag von 3000 Fr. haftbar gemacht werden, für den sie zur Übernahme der Rückbürgschaft bereit gewesen wäre.

24. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29 Mai 1935

i. S. Meyer gegen Huwiler-Rey.

Gewährleistung für die Güte abgetretener Forderungen.
Art. 171, Abs. 2 OR.

Gegenteilige Vereinbarung vorbehalten, haftet der Zedent bei fälligen Forderungen nur für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Abtretung, bei später fällig werdenden Forderungen für die Zahlungsfähigkeit im Zeitpunkt der Fälligkeit, bei Forderungen, die auf Kündigung gestellt sind, für die Zahlungsfähigkeit im Zeitpunkt, auf den der Gläubiger (Zessionar) frühestens kündigen kann.

A. — Am 11. September 1928 trat Jost Rey dem Kläger zwei Schuldbriefe zu je 2000 Fr. « mit Nachwährschaft » ab. Schuldner der Schuldbriefe war Johann Trüeb; sie lasteten auf dessen Liegenschaft « Alpenblick » in Littau.

Am 10. Mai 1929 starb Rey in Immensee (Kanton Schwyz). Erben waren die Witwe des Verstorbenen, sowie die Beklagte als seine Schwester. Über den Nachlass wurde ein öffentliches Inventar aufgenommen und der Rechnungsruf im Amtsblatt des Kantons Schwyz und in

andern schwyzerischen Blättern veröffentlicht. Der damals in Neuenkirch (Kanton Luzern) wohnhafte Kläger meldete seinen Gewährleistungsanspruch für die Schuldbriefe nicht an. Die Erbschaft wurde nach Durchführung des Inventars von den Erben stillschweigend angetreten.

Im Frühjahr 1933 geriet der Schuldbriefschuldner Trüeb in Konkurs. Dabei kam der Kläger für einen Schuldbrief (einschliesslich Zinsen) mit 2147 Fr. 5 Cts. und für den andern mit 2057 Fr. 85 Cts. zu Verlust.

B. — Der Kläger hat darauf am 11. Dezember 1933 beim Bezirksgericht Muri gegen die in Sins wohnhafte Beklagte auf Bezahlung der beiden Verlustscheinsbeträge geklagt. Die Klage stützt sich auf den Gewährleistungsanspruch gegenüber dem Schuldbriefzedenten Rey und auf die Haftbarkeit der Beklagten als einer der beiden Erbinnen. Die Nichtanmeldung des Anspruches beim öffentlichen Inventar begründet der Kläger damit, dass er von dem nur in schwyzerischen Blättern publizierten Rechnungsruf keine Kenntnis gehabt habe.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie bestreitet, dass eine Haftung Reys im Zeitpunkt seines Todes noch bestanden habe. Die Gewährleistungspflicht des Zedenten gelte nur für die Zeit der Abtretung und der eventuell spätern Fälligkeit der Forderung. Ausserdem hätte der Kläger seinen Anspruch durch die selbstverschuldete Nichtanmeldung beim öffentlichen Inventar verwirkt, und jedenfalls sei die Beklagte aus der Erbschaft heute nicht mehr bereichert (Art. 590 ZGB).

C. — Die Klage ist vom Bezirksgericht Muri durch Urteil vom 17. September 1934 und vom Obergericht des Kantons Aargau durch Urteil vom 8. Februar 1935 abgewiesen worden.

D. — Gegen das obergerichtliche Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Die Beklagte beantragt Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Durch die Abtretung der Schuldbriefe « mit Nachwährschaft » hat der Zedent im Sinne von Art. 171 Abs. 2 OR sich verpflichtet, für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners einzustehen. Das ist eine selbständige Garantieverpflichtung, die mit Bürgschaft nach Art. 492 OR nichts zu tun hat (BGE 53 II 116 f. ; WARNERY, La cession des créances, S. 78/80).

2. Den Bereich einer solchen Garantieverpflichtung hat das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der damaligen Literatur schon in einem Urteil vom 6. Dezember 1901, BGE 27 II 551 ff. Erw. 5, dahin umschrieben, dass sich die Haftbarkeit des Zedenten für die Einbringlichkeit der Forderung, gegenteilige Parteivereinbarung vorbehalten, nur auf den Zeitpunkt der Abtretung bzw. der Fälligkeit der Forderung erstrecke. « Dieser Satz ergibt sich », wurde dort ausgeführt, « aus Art. 192 (aOR = Art. 171 neues OR), der von der Gewährleistungspflicht des Zedenten handelt. Wenn auch Absatz 1 dieses Artikels die Haftbarkeit des Zedenten nur für den Bestand der Forderung auf die Zeit der Abtretung beschränkt, so muss doch diese Bestimmung in analoger Weise auch mit Bezug auf die Haftbarkeit für die Güte der zedierten Forderung Anwendung finden. Denn die ratio legis ist hier die gleiche wie dort, nämlich die, dass es als eine ungerechtfertigte Härte bezeichnet werden müsste, wenn der Zedent in infinitum für alle künftigen Ereignisse sowohl mit Bezug auf den Bestand wie mit Bezug auf die Einbringlichkeit der Forderung haften würde. »

Der Auffassung des Bundesgerichtes hat die seitherige Literatur beigepflichtet ; siehe insbesondere BECKER N 9 zu Art. 171 ; OSER-SCHÖNENBERGER N 13 zu Art. 171 ; WARNERY a.a.O. S. 78. — BOSSHARD, Die Abtretung zahlungshalber und an Zahlungsstatt, S. 88 f., will den Zedenten im Zweifel sogar dann, wenn die Forderung erst später fällig wird, nur für die Zahlungsfähigkeit des

Schuldners im Zeitpunkt der Abtretung haften lassen. Das würde der Regelung im französischen Recht, Art. 1695 Cc, entsprechen, wo über die Haftung des Zedenten bestimmt ist : « Lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'entend pas au temps à venir, si le cédant ne l'a expressément stipulé ».

Ob für das schweizerische Recht soweit zu gehen ist, braucht hier nicht geprüft zu werden. Festzuhalten ist hingegen am Grundsatz, dass sich die Haftung des Zedenten bei erst späterer Fälligkeit der Forderung, gegenteilige Parteiabrede vorbehalten, auf keinen Fall über den Fälligkeitstermin hinaus erstreckt.

Diesem zum voraus bestimmten Fälligkeitstermin ist bei Forderungen, die auf Kündigung gestellt sind, der Zeitpunkt gleichzusetzen, auf den der Gläubiger die Forderung (frühestens) kündigen kann. Denn wenn der Gläubiger auf die Kündigung verzichtet, so schiebt er damit die Fälligkeit hinaus, weshalb sich dann eine weitere Haftung des Zedenten aus den oben angeführten Gründen nicht mehr rechtfertigen würde (vgl. hiezu DALLOZ, Codes annotés, n 41 sur l'article 1695 Cc fr). Will der Zessionar den Zedenten aus Gewährleistung belangen, so muss er daher den Nachweis erbringen, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schon in dem Zeitpunkt bestanden hat, auf den die Kündigung erstmals möglich gewesen ist.

3. — Schuldbriefe können nach Art. 844 ZGB, wenn von den Parteien nichts anderes vereinbart und vom kantonalen Rechte keine Einschränkung getroffen ist, vom Gläubiger und vom Schuldner auf je sechs Monate und auf die üblichen Zinstage gekündigt werden.

Abweichende vertragliche Bestimmungen macht der Kläger nicht geltend, und ebensowenig ist irgendwo von einschränkenden Vorschriften des kantonalen Rechtes die Rede. Darnach hätte der Kläger die am 11. September 1928 erworbenen Schuldbriefe erstmals jedenfalls auf den Fälligkeitstermin des 1929^{er} Zinses (bei halbjährlichem

Zinsverfall schon entsprechend vorher ; die Zinsperioden und die ortsüblichen Zinstage sind aus den Akten nicht ersichtlich) kündigen können. Diese Kündigung ist unterblieben, vielmehr wurde die Fälligkeit der Schuldbriefe eist durch den im Frühjahr 1933 über den Schuldner Trüeb ausgebrochenen Konkurs herbeigeführt. Sache des Klägers wäre es daher gewesen, den Nachweis zu leisten, dass der Schuldner Trüeb bereits in jenem früheren Zeitpunkte zahlungsunfähig gewesen ist. Er hat das aber nicht einmal behauptet, geschweige denn nachgewiesen.

Damit erweist sich der eingeklagte Gewährleistungsanspruch als unbegründet. Auf die Frage, ob die Nichtanmeldung beim öffentlichen Inventar über den Nachlass des Zedenten Rey ohnehin die Verwirkung zur Folge gehabt hätte, und ob die Beklagte aus der Erbschaft heute noch bereichert sei (Art. 590 ZGB), braucht unter diesen Umständen nicht eingetreten zu werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 8. Februar 1935 bestätigt.

25. Arrêt de la I^{re} Section civile du 29 mai 1935
dans la cause **Dame Giron contre D^r X.**

Mandat, contrat d'entreprise, responsabilité civile du dentiste (art. 363, 367, 368, 394 et 398 CO).

Le rapport entre dentiste et patient est celui du contrat d'entreprise en tant qu'il s'agit de travaux de technicien-dentiste et celui du mandat en tant qu'il s'agit de soins médicaux.

Engage sa responsabilité le dentiste qui néglige d'ancrer convenablement des couronnes, comme aussi celui qui, avant de les placer, omet de s'assurer de l'état intérieur des dents alors qu'il a des motifs de supposer des troubles à la pointe des racines.

La question de la faute professionnelle est une question de droit que le Tribunal fédéral peut revoir en prenant dûment en considération l'avis des experts.

A. — D'août 1928 à juillet 1930, le D^r X, dentiste à Genève, a donné ses soins à la recourante. Il reconnaît, dans son mémoire du 20 octobre 1931, que M^{me} Giron, qui avait été soignée précédemment par deux ou trois dentistes, est venue lui demander de remplacer plusieurs couronnes d'or dont les unes étaient trouées, d'autres tombées,

Le praticien, sans procéder à un examen des racines, plaça huit nouvelles couronnes. Deux s'étant détachées, il les remplaça.

Le 23 juin 1930, M^{me} Giron se rendit à Lausanne chez le D^r Fitting et lui apporta les couronnes placées par le D^r X ; toutes étaient tombées.

Le Dr Fitting lui conseilla de retourner chez le D^r X et d'exiger un examen radiographique.

Le dentiste remplaça les couronnes, mais elles tombèrent de nouveau et, le 15 septembre 1930, M^{me} Giron revint chez le D^r Fitting, ses couronnes à la main. Le D^r Fitting fit alors des radiographies et constata :

que presque toutes les dents dont les couronnes étaient tombées et d'autres encore revêtues de couronnes présentaient des foyers purulents au sommet des racines ;

que les obturations n'avaient pas été faites convenablement avant la pose des couronnes.

M^{me} Giron, qui souffrait beaucoup et se sentait atteinte dans sa santé générale, s'est fait soigner ensuite par différents médecins. Elle leur a payé au total 2300 fr. 50.

B. — La note du D^r X — note qui s'arrête au 15 octobre 1930, ce qui a été fait ensuite n'ayant pas été facturé — se montait à 1695 fr., somme sur laquelle le praticien reconnaît avoir reçu 600 fr. d'acomptes. Le 14 octobre 1930, le dentiste notifia à la recourante commandement de payer le solde de son compte, soit 1095 fr. M^{me} Giron ayant fait opposition, le demandeur l'assigna le 30 avril 1931 en paiement de la somme réclamée.

La recourante riposta le 27 juin 1931 en adressant au demandeur commandement de payer la somme de 10 000 francs à titre de dommages-intérêts.