

erfolgt. Für eine rechtliche Bedingtheit muss mehr als nur das verlangt werden, d. h. es muss sich einwandfrei ergeben, dass nach dem Willen der Parteien Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder Hinfall des Vertrages sich automatisch auch auf die Abtretungen auswirken solle. Das kann nun vorliegend schon im Hinblick auf allfällige Forderungen der Beklagten aus ihren Warenlieferungen, zu deren Begleichung ja die Abtretungen ebenfalls dienen sollten, nicht angenommen werden, ganz abgesehen von allfälligen Rückforderungsansprüchen bezüglich der zu Darlehen gegebenen Beträge.

Demnach würde eine allfällige Nichtigkeit des Vertrages vom 7. Dezember 1939 nicht auch die Nichtigkeit der zu seiner Ausführung vorgenommenen Forderungsabtretungen nach sich ziehen. Noch viel weniger könnte aber eine Anfechtbarkeit jenes Vertrages den Rechtsbestand der Abtretungen berühren. Und vollends wäre eine blosser Hinfalligkeit des Vertrages zufolge Rücktritts einer Partei an sich für den Bestand der Abtretungen ohne Bedeutung. In allen diesen Fällen hätte die Klägerin vielmehr höchstens einen obligatorischen Anspruch auf Rückgängigmachung der Forderungsabtretungen, d. h. einen Anspruch auf Rückzession, erworben.

31. Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. September 1941
i. S. « Vita » Lebensversicherungsgesellschaft gegen Bachmann.

Bürgschaft bei Schuldübernahme, Art. 178 Abs. 2 OR. Die zum voraus erteilte Zustimmung des Bürgen zu jedem Schuldnerwechsel ist ungültig; Art. 27 ZGB, Art. 20 OR.

Cautionnement, reprise de la dette garantie, art. 178 al. 2 CO. La clause par laquelle la caution consent d'avance à tout changement de débiteur n'est pas valable; art. 27 CC, art. 20 CO.

Fideiussione nel caso di assunzione di debito (art. 178 cp. 2 CO). La clausola per cui il fideiussore si dichiara in anticipo d'accordo circa ogni cambiamento di debitore non è valida (art. 27 CC, art. 20 CO).

A. — Die « Vita » Lebensversicherungsgesellschaft gewährte der Baugenossenschaft « Markus » im Jahre 1934 ein Darlehen im Betrage von Fr. 360,000.—, wofür ihr ein Schuldbrief im ersten Range auf der Liegenschaft Überlandstrasse Nr. 3/5 in Örlikon eingeräumt wurde.

Für die gleiche Schuld ging der Beklagte Bachmann mit sechs andern Bürgen am 27. Dezember 1933 eine « Bürg- und Selbstzahlerschaftsverpflichtung » ein, die u. a. die Bestimmung enthielt: « Im Falle der Handänderung ist die « Vita » ermächtigt, nach freiem Ermessen den alten Schuldner beizubehalten oder den neuen anzunehmen; sofern die « Vita » den neuen annimmt, so gilt diese Bürgschaft ohne weiteres auch für den neuen Schuldner geleistet und dauert in jedem Falle so lange fort, bis die « Vita » für ihre sämtlichen Ansprüche aus diesem Schuldverhältnis befriedigt ist ».

B. — Zu Beginn des Jahres 1935 wurde die Hotel Markus A.-G. gegründet mit dem Zweck, das Hotel Markus an der Überlandstrasse 3/5 zu erwerben und zu betreiben. Die neue Gesellschaft übernahm die auf der Liegenschaft haftenden Hypotheken im Betrage von Fr. 500,000.—. Die Genossenschaft « Markus », die unterdessen zur Genossenschaft « Ackergut » geworden war, kam am 14. Februar 1935 in Konkurs.

Am 14. Januar 1935 hatte das Grundbuchamt Schwamendingen der « Vita » von der Schuldübernahme im Sinne von Art. 832 ZGB Kenntnis gegeben. Diese kehrte auf diese Mitteilung hin nichts vor.

C. — Im Jahre 1938 belangte die « Vita » den Beklagten auf Grund seiner Solidarbürgschaftsverpflichtung auf Bezahlung rückständiger Hypothekarzinsen von Fr. 8550.—.

D. — Das Bezirksgericht Frauenfeld und das Obergericht des Kantons Thurgau wiesen die Klage ab. Das Bundesgericht weist die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Obergerichts ab.

Aus den Erwägungen :

1. — Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass die Klägerin die Genossenschaft « Ackergut » als Schuldnerin entlassen und an deren Stelle die neugegründete Hotel Markus A.-G. angenommen hat. Nach Massgabe des Art. 178 Abs. 2 OR haftet mithin der Beklagte als Bürge nur noch, falls er dem Schuldnerwechsel zugestimmt hat.

2. — Die Zustimmung eines Bürgen im Sinne des Art. 178 Abs. 2 OR kann *vor* dem Schuldübergang formlos, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludentes Verhalten, erfolgen (BGE 60 II 333).

Nach der das Bundesgericht bindenden Feststellung der Vorinstanz hat sich der Beklagte vor dem Schuldübergang weder ausdrücklich zum konkreten Schuldnerwechsel geäußert, noch ist er etwa irgendwie für die neue Schuldnerin tätig geworden. Mit der Vorinstanz muss daher davon ausgegangen werden, dass der Bürge weder ausdrücklich noch durch konkludentes Verhalten der Schuldübernahme vor dem Übergang zugestimmt hat.

Ob eine Zustimmung zum Schuldnerwechsel ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten *nach* der Schuldübernahme erfolgt sei, kann dahingestellt bleiben. Denn da eine Zustimmung im Zeitpunkt der Schuldübernahme fehlte und die Bürgschaft damit unterging, hätte eine nachträgliche Zustimmung als Neubegründung einer Bürgschaft der schriftlichen Form gemäss Art. 493 OR bedurft (BGE 60 II 333 f.). Die Einhaltung dieser Form wird aber nicht einmal behauptet.

3. — Es stellt sich weiter die Frage, ob der Beklagte trotz dem Schuldnerwechsel forthaftete, weil er seinerzeit die Klägerin im Bürgschaftsvertrag ermächtigt hatte, nach freiem Ermessen den alten Schuldner beizubehalten oder den neuen anzunehmen, und weil er daselbst überdies erklärt hatte, dass im Falle eines Schuldnerwechsels die Bürgschaft ohne weiteres auch als für den neuen Schuldner geleistet gelte.

Das Bundesgericht hat die Gültigkeit derartiger Klauseln im Entscheid 63 II 410 offengelassen, immerhin aber schon damals deutlich durchblicken lassen, dass es zur Verneinung dieser Frage neige. Im Entscheid i. S. Göhner gegen Gewerbebank Zürich A.-G. vom 7. Juli 1941 hat es sich dann eindeutig auf diesen Boden gestellt. Daran ist festzuhalten. Es muss schlechterdings als unzulässig erachtet werden, dass sich ein Bürge in bezug auf eine Situation, die er noch gar nicht kennt, ja gar nicht kennen kann, gültig verpflichte (vgl. auch STAUFFER in der Zeitschr. f. Schweiz. Recht, 1935, S. 511 a). Es liegt auf der Hand, dass gerade die Person des Schuldners für die Frage der Eingehung der Bürgschaft, insbesondere aber für den Umfang des von ihm übernommenen Risikos, von entscheidender Bedeutung ist. Es würde zu einer unerträglichen Fesselung der Persönlichkeit führen, wenn man es als gültig anerkennen wollte, dass sich ein Bürge nach dieser wichtigen Richtung hin blindlings dem Gutdünken des Gläubigers ausliefern dürfe. Das würde auch der bei der Revision des Bürgschaftsrechts klar zutage tretenden Tendenz eines bessern Schutzes des Bürgen widersprechen. Eine Bürgschaftserklärung kann nur dann als gültig anerkannt werden, wenn sich der Bürge auf ihrer Grundlage eine klare Vorstellung über die Art und den Umfang des von ihm übernommenen Risikos machen kann. Da das bei einem zum voraus erklärten Einverständnis zu jedem beliebigen Schuldnerwechsel nicht zutrifft, ist eine Bestimmung dieses Inhalts rechtlich unbeachtlich (Art. 27 ZGB, Art. 20 OR).

4. — Liegt aber eine gültige Verbürgung der Forderung gegenüber dem neuen Schuldner nicht vor, so vermag der Klägerin auch eine Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben im Sinne des Art. 2 ZGB nicht zu helfen. Denn in der Berufung auf das Fehlen der formellen gesetzlichen Voraussetzungen eines Bürgschaftsvertrages kann ein Rechtsmissbrauch nicht erblickt werden; das Fehlen eines solchen gesetzlichen Erfordernisses kann nicht durch

eine Berufung auf Rechtsmissbrauch überbrückt werden. Denkbar wäre vielmehr an sich höchstens eine Schadenersatzklage gemäss Art. 41 Abs. 2 OR wegen einer gegen die guten Sitten verstossenden absichtlichen Schadenszufügung. Eine solche ist aber vorliegend nicht einmal behauptet worden.

32. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 21 mai 1941 dans la cause Worms contre Fabrique Juvenia, Didisheim-Goldschmidt fils & Cie.

L'acheteur qui omet de vérifier la chose et de signaler au vendeur les défauts constatés (art. 201¹ CO) est déchu non seulement de l'action *ex contractu* mais aussi de l'action *ex delicto*, sauf s'il y a des défauts cachés (art. 201²) ou une garantie spéciale (art. 210¹) ou une erreur provoquée intentionnellement par le vendeur (art. 210²).

Der Käufer, der die Sache nicht prüft und allfällige Mängel nicht rügt (Art. 201 Abs. 1 OR), verliert nicht nur den vertraglichen, sondern auch den Deliktsanspruch, ausgenommen beim Vorliegen geheimer Mängel (Art. 201 Abs. 2), beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften (Art. 210 Abs. 1) und bei absichtlicher Täuschung durch den Verkäufer (Art. 210 Abs. 3).

Il compratore, che tralascia di esaminare la cosa e di segnalare al venditore i difetti scoperti (art. 201 CO), perde non soltanto il diritto all'azione *ex contractu*, ma anche quello all'azione *ex delicto*, salvo se esistono difetti non riconoscibili (art. 201 cp. 2) o una garanzia speciale (art. 210 cp. 1) o un errore provocato intenzionalmente dal venditore (art. 210 cp. 3).

A. — Justin Worms, commerçant à Sao-Paolo depuis de nombreuses années, a ouvert en décembre 1934 une maison de bijouterie, horlogerie et argenterie.

Il a été en relations d'affaires avec la fabrique Juvenia qui lui a notamment fait une expédition de montres le 12 juin 1935. Parmi celles-ci se trouvait une montre Polar que la facture mentionne sous le numéro d'ordre 294 de la manière suivante : « Polar n° 519.942 cal. or 18 Kt forme rectangle à corne, ouverture carrée, lunette polie, cadran argenté, heures relief dorées, bracelet cuir Fr. 55.— ».

En 1937, Worms a vendu cette montre au D^r Antonio Ribeiro de Andrade. Celui-ci, désirant la revendre en 1939, la soumit pour évaluation aux experts du Mont-de-Piété de l'Etat.

Les experts constatèrent que la boîte extérieure de la montre portait l'inscription « 18 carats », tandis que le fond de la boîte indiquait « 14 carats ; 0,585 ».— Le D^r de Andrade donna connaissance de ce fait à la police et porta plainte pénale contre Worms. Une expertise judiciaire établit que la montre correspond à l'estampe officielle de 14 carats qui figure à l'intérieur de la boîte et que l'inscription « 18 Kt » a été exécutée par un procédé de gravure.

La fabrique Juvenia avait acquis la boîte en décembre 1931. Celle-ci ne portait que l'inscription « 14 carats » et le poinçon officiel du contrôle fédéral des matières or et argent. Juvenia a vendu la montre à Worms au prix d'une montre or 14 carats. Elle explique l'erreur de la facture en disant « qu'il est vraisemblable que cette boîte égrenée aura à l'époque été adressée à l'un des graveurs de la fabrique en même temps qu'une série de boîtes 18 carats et que le graveur s'est trompé en gravant à l'extérieur de la boîte « 18 Kt » au lieu du titre de 14 carats qui figure à l'intérieur à côté du poinçon officiel ». Worms admet la possibilité qu'une erreur se soit produite et que le prix de la montre ait été établi d'après la valeur réelle du titre ; il ajoute qu'il n'insinuera pas que Juvenia ait voulu frauder...

Par ordonnance du 6 octobre 1939, le Juge pénal saisi de l'affaire ordonna son classement...

B. — Worms actionna Juvenia en paiement d'une indemnité de 12 000 fr. qu'il entend justifier par le versement à ses avocats brésiliens d'une somme de 11 110 fr. ; par des frais de rectification dans les journaux, 1060 fr. ; par la reproduction de documents du dossier et des traductions, 140 fr. ; et par d'autres frais accessoires, 848 fr.

La défenderesse a conclu au rejet de la demande.