

an der Entstehung des Vertrages kein Verschulden treffe. Allein diese Regelung, auf Grund deren die Vorinstanz gleich wie bei Annahme eines Dienstvertrages zur Abweisung der Klage mangels Verschuldens des Beklagten gekommen ist, bezieht sich nur auf den Fall des entgeltlichen Mandates, wie das Bundesgericht bereits in Band 48 II S. 490 ff. entschieden hat. Beim unentgeltlichen Mandat hingegen hat der Auftraggeber dem Beauftragten seinen Schaden nach richterlichem Ermessen zu ersetzen, wie dies Art. 422 OR für die Geschäftsführung ohne Auftrag bestimmt. Dies deshalb, weil es offensichtlich auf ein nach Art. 1 ZGB durch den Richter zu korrigierendes Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen ist, wenn der Beauftragte beim unentgeltlichen Auftrag schlechter gestellt wird als der Geschäftsführer ohne Auftrag, während doch der innere Grund, aus dem der letztere einen Schadenersatzanspruch haben soll, wo es die Billigkeit erheischt, auch beim unentgeltlichen Auftrag zutrifft; denn in beiden Fällen handelt es sich um die Übernahme eines rein altruistischen Geschäftes.

4. — Sofern daher im vorliegenden Fall der Kläger keinen Anspruch auf Entgelt haben sollte, so wäre nach den vorstehenden Ausführungen die Ersatzpflicht des Beklagten grundsätzlich zu bejahen. Wie es sich mit der entscheidenden Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit verhält, bedarf hingegen noch der Abklärung. Den Kläger etwa dabei behaften zu wollen, dass er selber mit der Behauptung des Dienstvertrages den Standpunkt eingenommen habe, es sei ein entgeltliches Geschäft gewollt gewesen, geht nicht an; denn abgesehen davon, dass diese rechtliche Konstruktion des Klägers der ganzen Sachlage nach ja gar nicht ernsthaft in Betracht kommen kann, ist aus den Akten auch nicht ersichtlich, worin nach der Ansicht des Klägers der angebliche Entgelt eigentlich bestanden haben sollte. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei hat es die Meinung, dass die Leistung von Gegendiensten, wie z. B. die Überlassung

des Pferdes durch den Beklagten an den Kläger und dergleichen, die nach den Ausführungen des Beklagten in der Klageantwort als « Entgelt » gedacht gewesen sein sollen, das Geschäft noch nicht zu einem entgeltlichen im hier massgebenden Sinne zu stempeln vermöchten. Wenn auch ein solcher Dienst vielleicht erwiesen werden mag in der Hoffnung, dass der Nachbar gegebenenfalls dann Gegenrecht halten werde, so kann doch nicht schon deswegen der altruistische Charakter der Handlung verneint werden, sondern es wird sich im allgemeinen eben doch um freundschaftliche Hilfeleistungen handeln, die ihrem Wesen nach unentgeltlich sind. Immerhin ist es denkbar, dass auch derartige Dienstleistungen unter Nachbarn, sei es nach allgemeiner Ortsübung, sei es im konkreten Fall, als entgeltliche Geschäfte anzusehen sind, und hierüber wird die Vorinstanz nun eben die erforderlichen Erhebungen zu treffen haben. Je nach dem Ergebnis derselben wird dann auch die Höhe des gesamten dem Kläger erwachsenen Schadens zu ermitteln sein, und endlich wird die Vorinstanz unter Berücksichtigung aller Umstände nach ihrem billigen Ermessen den Anteil festsetzen, zu dessen Ersatz der Beklagte verpflichtet ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird gutgeheissen, der Entscheid des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 19. Februar 1935 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung der Akten und zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**23. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Mai 1935 i. S. Gasser gegen Kirchhoff.**

Rückbürgschaft: (Art. 498 Abs. 2 OR) untersteht den gleichen Grundsätzen wie die Bürgschaft.  
Angabe des Höchstbetrages der Haftung: Verweisung auf den Schuldschein ist nur zulässig unter der Voraussetzung, dass der Bürge den Inhalt desselben kennt.

*Aus dem Tatbestand :*

Der Sohn der Beklagten, Ingenieur Werner Kirchhoff, wandte sich im Frühjahr 1925 an den Kläger mit dem Ersuchen, die Solidarbürgschaft für einen Kredit von 5500 Fr. zu übernehmen, den er bei der Spar- und Leihkasse Bern aufnehmen wollte. Der Kläger erklärte sich hierzu bereit, sofern sich die Beklagte verpflichtete, ihn für allfällige Verluste aus der Bürgschaft schadlos zu halten. Persönliche Verhandlungen zwischen dem Kläger und der Beklagten fanden nicht statt; dagegen überbrachte Werner Kirchhoff am 4. März 1925 dem Kläger die folgende, vom gleichen Tag datierte schriftliche Erklärung der Beklagten :

« Ich verbürge mich dafür, dass Ihnen aus der Bürgschaft, die Sie heute für meinen Sohn, Ingenieur Werner Kirchhoff unterzeichnen, keinerlei Schaden erwachsen soll ».

Auf Grund dieser Erklärung übernahm der Kläger noch am gleichen Tage gegenüber der Spar- und Leihkasse Bern die Solidarbürgschaft für den dem Ingenieur Kirchhoff eröffneten Kredit von 5500 Fr.

Nachdem der Kläger im Jahre 1934 aus der Solidarbürgschaft hatte 5632 Fr. bezahlen müssen, belangte er die Beklagte als Rückbürgerin für den Betrag von 5000 Fr. Sämtliche Instanzen haben die Klage mangels Gültigkeit der Rückbürgschaft abgewiesen, das Bundesgericht mit der folgenden

*Erwägung :*

Die Rückbürgschaft ist gemäss Art. 498 Abs. 2 OR die Verbürgung der Regressforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner; sie bezweckt, den Bürgen gegen die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu sichern. Es gelten für sie die gleichen Grundsätze, wie für die Bürgschaft selbst. Auch bei ihr muss deshalb im Sinne von Art. 493 OR bestimmt sein, für welchen Höchstbetrag der Rückbürge auf dem Regresswege vom Bürgen in An-

spruch genommen werden kann. Dass dieser Höchstbetrag im Rückbürgschein selbst ziffermässig angegeben sei, ist allerdings nicht erforderlich, sondern nach den für die Bürgschaft selbst gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichtes geltenden Grundsätzen genügt es, wenn der Rückbürge im Zeitpunkt der Übernahme seiner Verpflichtung aus den im Rückbürgschein enthaltenen Angaben durch logische Überlegung oder durch einfache rechnerische Operation den Höchstbetrag seiner Haftung ohne weiteres mit Sicherheit bestimmen kann, und ebenso genügt eine in den Rückbürgschein aufgenommene Verweisung auf die Bürgschafts- oder Hauptschuldurkunde, sofern in dieser selber entweder ein bestimmter Betrag genannt oder im oben umschriebenen Sinne feststellbar ist und sich aus diesen sämtlichen Angaben der Höchstbetrag der Haftung in eindeutiger Weise ergibt (BGE 57 II S. 526, 50 II S. 291 und dort erwähnte frühere Entscheidungen).

Die erste dieser beiden Möglichkeiten scheidet ohne weiteres aus, da in der von der Beklagten am 4. März 1925 ausgestellten Erklärung selber weder ein bestimmter Haftungsbetrag genannt, noch die erforderlichen Unterlagen für dessen Berechnung angegeben sind, und überdies weder der Name des Gläubigers der Hauptschuld, noch die Art und Höhe der letzteren aus der Urkunde ersichtlich sind. Es kann sich deshalb einzig noch fragen, ob aus dem Rückbürgschein zusammen mit dem Hauptschuld- und Bürgschaftsschein, auf den er Bezug nimmt, die Beklagte den Höchstbetrag ihrer Haftung ableiten konnte. Selbstverständliche Voraussetzung hierfür ist nun, dass die Beklagte vom Inhalt des Schuldscheins, auf den ihre Erklärung verweist, Kenntnis hatte (REICHEL, SJZ 20 S. 177); denn nur dann ist dem Zweck der Vorschrift des Art. 493 OR, nämlich der Verhinderung leichtsinniger Bürgschaftsübernahme ohne Überblick über deren Tragweite, Genüge getan. An dieser Kenntnis fehlte es jedoch der Beklagten im vorliegenden Falle nach den tatsächlichen, nicht als aktenwidrig angefochtenen und daher für das Bundes-

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.