

2. — Les deux juridictions cantonales nient la qualité de « détenteur » de Morisod. Les faits constatés par elles de manière à lier le Tribunal fédéral n'aboutissent pas à une autre solution. La jurisprudence ne qualifie de détenteur que celui qui s'est chargé de prendre soin de l'animal et en tire profit d'une manière durable (RO 58 II 374, c. 2). Ce n'est pas le cas de Morisod. Ses relations avec les époux Renaud sont des relations d'entraide et de famille. Sa mère s'est remariée avec Renaud. Il soutient pécuniairement le ménage. C'est ainsi qu'il a garanti le bail, acheté et fourni la vache laitière que les époux Renaud devaient avoir. Mais il ne vit pas avec eux. Il habite en ville, où il exploite une boucherie. Et s'il vient souvent en visite, apporte de la viande, il ne se mêle en rien à l'exploitation. Le lait de la vache est consommé par le ménage Renaud, sauf une partie qui est vendue à l'administrateur de la société propriétaire, lequel en paye le prix à Renaud. Dès lors, on ne saurait appliquer l'art. 56 CO à Morisod et l'on ne voit pas non plus comment sa responsabilité pourrait être engagée en vertu de l'art. 41 CO.

3. — Le détenteur, en l'espèce, c'est indubitablement le défendeur Renaud. Mais sa responsabilité ne peut être engagée que s'il existe un rapport de causalité entre le comportement de la vache qu'il détenait et le dommage subi par le demandeur le 22 août 1937. Or les juges du fait constatent que « la vache n'a pas touché Gerber » et qu'« il n'est pas avéré que Gerber ait eu le moindre contact » avec la vache. Si le demandeur entendait néanmoins rendre le défendeur responsable, il aurait dû donner une explication plausible de la manière dont il avait été blessé et rendre pour le moins vraisemblable que sa chute était attribuable à une action quelconque de l'animal détenu par Renaud. Or le demandeur n'a pu établir cette vraisemblance. La Cour de Justice civile constate en effet que, « dans son exploit de première instance, il dit avoir voulu délivrer sa vache, mais que malheureusement il fut renversé, ce qui implique qu'il aurait été heurté ;

peu après, il prétend qu'il a été jeté à terre par le câble qui retenait sa propre vache ; enfin, en comparution personnelle, il déclare que la vache de Morisod a reculé et qu'il est tombé, mais qu'il ne sait pas pour quelle cause, s'il a été bousculé par une vache, s'il a buté contre le lien qui attachait la sienne ; qu'il ne peut rien affirmer si ce n'est qu'il était à côté des deux animaux lors de l'accident ». Dès lors, on en est réduit à de simples suppositions. Elles sont insuffisantes pour fonder une action en responsabilité. La plus grande probabilité, c'est que le demandeur a trébuché sur la corde par laquelle était attachée sa propre vache. Si l'on voit dans ce fait vraisemblable la cause de l'accident, le rapport de causalité avec la vache de Renaud devient trop lointain pour que le juge puisse le retenir. Et si même on voit la cause première de la chute dans la seule présence de la vache de Renaud sur le pré de Gerber, soit dans un manque de surveillance du défendeur, le fait du demandeur d'avoir buté contre la corde vient interrompre cette causalité.

Le demandeur invoque en vain l'arrêt du Tribunal fédéral RO 58 II 372. Il y a entre les deux espèces des différences essentielles qui sautent aux yeux lorsqu'on lit l'exposé des faits de l'affaire jugée en 1932.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral
rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

30. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Juli 1941 i. S. Chemodrog A.-G. gegen Konkursmasse der Zentrifuga A.-G.

1. *Erfüllung zweiseitiger Verträge, Art. 82 OR.* Ein zweiseitiger Vertrag nach Art. 82 OR liegt vor, wenn die Verpflichtungen der beiden Vertragsparteien in ihrer Entstehung (genetisch) und in ihrer Erfüllung (funktionell) gegenseitig bedingt sind. Erw. 2.
2. Die *Abtretung einer Forderung* ist, wenn die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbaren, ein abstraktes Rechtsgeschäft ;

daher geht die Forderung auch dann an den Erwerber über, wenn das Grundgeschäft an einem Mangel leidet. Erw. 4.

1. *Exécution de contrats bilatéraux, art. 82 CO.* Il y a contrat bilatéral au sens que prend ce terme à l'art. 82 CO lorsque les obligations réciproques des contractants dépendent les unes des autres pour leur naissance et leur exécution. Consid. 2.
2. *La cession d'une créance est, sauf convention contraire des parties, un acte juridique abstrait ; c'est pourquoi la créance passe sur la tête du cessionnaire alors même que l'acte juridique qui en est la cause est entaché d'un vice.* Consid. 4.

Adempimento di contratti bilaterali, art. 82 CO.

1. Esiste un contratto bilaterale a'sensi dell'art. 82 CO allorchè le obbligazioni reciproche dei contraenti dipendono le une dalle altre per quanto riguarda la loro causa e il loro adempimento. Consid. 2.
2. *La cessione di un credito è, salvo patto contrario delle parti, un atto giuridico astratto ; il credito passa quindi al cessionario anche se l'atto giuridico che ne è la causa è viziato.* Consid. 4.

Durch Vertrag vom 7. Dezember 1939 verpflichtete sich die Beklagte, der Zentrifuga A.-G., deren Konkursmasse im heutigen Prozess Klägerin ist, ein Darlehen von Fr. 20-25,000.— zu gewähren, wogegen die Zentrifuga A.-G. ihren ganzen Bedarf an Rohmaterialien für Lieferungen an die SBB und an die Postverwaltung bei der Beklagten decken sollte. Im gleichen Vertrag zederte die Zentrifuga A.-G. der Beklagten bis zur Rückzahlung des Darlehens und Bezahlung der Rechnungen ihre sämtlichen gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus den Lieferungsverträgen mit der SBB und der Postverwaltung. Schliesslich wurde noch vereinbart, dass der Vertrag in allen seinen Bestimmungen dahinfalle, wenn die Darlehenszahlungen der Beklagten bis Ende Januar 1940 nicht mindestens den Betrag von Fr. 20,000.— erreichen.

Da die Beklagte bis Ende Januar 1940 nur Fr. 4,000.— leistete, erklärte die Zentrifuga A.-G. den Vertrag als dahingefallen und teilte den SBB mit, dass Zahlungen künftig wieder an sie zu leisten seien. Angesichts der Ungewissheit über die Person des Gläubigers hinterlegten die SBB den bis dahin fällig gewordenen Schuldbetrag von Fr. 3667,35 beim Bezirksgericht Zürich.

Die Klägerin verlangt, der hinterlegte Betrag sei ihr

herauszugeben und der Vertrag vom 7. Dezember 1939 sei als ungültig zu erklären. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat durch Urteil vom 16. Januar 1941 die Klage gutgeheissen. Das Bundesgericht weist die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück, aus folgenden

Gründen :

1. — ...
2. — Nach der Auffassung der Vorinstanz wäre der Vertrag vom 7. Dezember 1939 in der Folge deshalb dahingefallen, weil die Beklagte den vorgesehenen Mindestbetrag von Fr. 20,000.— bis Ende Januar 1940 nicht zu Darlehen gegeben habe. Die Beklagte hatte vergeblich eingewendet, die Klägerin dürfe das Dahinfallen des Vertrages nicht geltend machen, weil die Zentrifuga A.-G. ihrerseits ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei, indem sie entgegen Ziffer 6 des Vertrages Rohmaterialien bei Dritten bezogen habe (Art. 82 OR). Die Vorinstanz wies diesen Einwand mit der Begründung zurück, die Pflicht der Zentrifuga A.-G. zum Bezug aller ihrer Rohmaterialien bei der Beklagten und die Pflicht der letztern, der Zentrifuga A.-G. ein Darlehen zu gewähren, stünden in keinem Austauschverhältnis zueinander, sodass eine Berufung auf Art. 82 OR von vornherein entfalle. Die Vorinstanz liess daher ungeprüft, ob die Zentrifuga A.-G. ihre vertragliche Pflicht auf Abnahme aller ihrer Rohmaterialien von der Beklagten verletzt habe.

Wer bei einem zweiseitigen Vertrage den andern zur Erfüllung anhalten will, muss nach Massgabe des Art. 82 OR entweder selbst bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es wäre denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hätte. Eine sinngemässe Anwendung dieser Gesetzesbestimmung auf den vorliegenden Fall ergibt, dass die Zentrifuga A.-G. ein Dahinfallen des Vertrages gemäss dessen Ziffer 17 (Nichtleistung des Darlehens

durch die Beklagte) solange nicht geltend machen durfte, als sie selbst ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen war. Zu Unrecht möchte die Vorinstanz diese Folge mit dem Hinweis auf ein mangelndes Austauschverhältnis zwischen der Pflicht zur Abnahme der Rohmaterialien einerseits und derjenigen auf Darlehensgewährung anderseits ablehnen. Art. 82 OR setzt einen gegenseitigen Vertrag voraus. Und ein solcher liegt vor, wenn auf Grund eines Vertrages für zwei Vertragsteile je eine Verpflichtung in der Weise begründet ist, dass diese Verpflichtungen genetisch und funktionell voneinander abhängen (vgl. STAUDINGER, Komment. zum deutschen BGB, 9. Aufl., II/1 S. 457). Darüber, dass vorliegend die beidseitigen Verpflichtungen im Sinne einer genetischen Abhängigkeit ihrer Entstehung nach gegenseitig bedingt waren, d. h. die Verpflichtung des einen nur mit der des andern Teils entstehen sollte, bedarf es keiner weitem Ausführungen. Aber auch die gegenseitige Bedingtheit in der Erfüllung (funktionelle Abhängigkeit) ist gegeben, da auf der Hand liegt, dass der Darlehensgeber sein Darlehen nur im Falle der Abnahme sämtlicher Rohmaterialien seitens des Darlehensnehmers bei ihm zu gewähren hatte, und umgekehrt eine Kaufsverpflichtung in Bezug auf die Rohmaterialien nur für den Fall der Ausrichtung des Darlehens eingegangen werden wollte. Sollte daher, wie dies von der Beklagten behauptet wird, die Zentrifuga A.-G. tatsächlich schon im Dezember 1939 Rohmaterialien bei Dritten bezogen und damit eine — positive — Vertragsverletzung begangen haben, so durfte sie in der Folge auch kein Dahinfallen des Vertrages gemäss dessen Ziffer 17 (wegen Verzögerung der Darlehenshingabe) geltend machen.

Da die Vorinstanz auf Grund ihrer rechtsirrtümlichen Einstellung die Frage des Bezuges von Rohmaterialien seitens der Zentrifuga A.-G. bei Dritten offen gelassen hat, muss ihr Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an sie zurückgewiesen werden.

3 ...

4. — Sollte das neue Verfahren eine Vertragsverletzung seitens der Zentrifuga A.-G. nicht zu erstellen vermögen, sodass (wie in Erw. 3 dargelegt wird) der Hinfall des Vertrages auf Ende Januar 1940 anzunehmen wäre, so ist dann weiter zu sagen, dass die Vorinstanz in ihrem heute zu überprüfenden Urteil an einen solchen Hinfall rechtlich unzutreffende Folgen geknüpft hat. Sie steht nämlich auf dem Boden, dass Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder Hinfall des Vertrages vom 7. Dezember 1939 geeignet gewesen wäre, die in diesem vorgesehenen und in der Folge auch noch separat vollzogenen Abtretungen von Forderungen gegenüber der eidgenössischen Postverwaltung und den SBB ohne weiteres hinfällig zu machen. Das trifft in Wirklichkeit nicht zu.

Die Abtretung ist ein formell selbständiges Rechtsgeschäft, durch das das abgetretene Recht selbst dann auf den Erwerber übertragen wird, wenn das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft an einem zivilrechtlichen Mangel leidet, ein Rechtsgrund der Zession also fehlt (vgl. BGE 24 II 924 und WOLFF, Wesen und Voraussetzungen der Zession, S. 74 ff.; für das analoge deutsche Recht siehe etwa Seufferts Archiv 69 Nr. 47, sowie OERTMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., I. Abt., S. 434). Diese abstrakte Beschaffenheit der Abtretung kann allerdings von den Parteien beseitigt werden, indem sie die Zession unter der Bedingung vornehmen, dass der von ihnen vereinbarte Rechtsgrund wirklich vorliegt oder eintritt (vgl. v. TUHR, Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, S. 719). Hierfür genügt es indessen nicht, dass beide Geschäfte gleichzeitig abgeschlossen und im nämlichen Vertragsinstrument verbunden sind (vgl. auch Reichsgerichtliche Entscheide in Zivilsachen 57, 96). Damit wird vielmehr regelmässig höchstens die motivmässige Abhängigkeit des einen Geschäfts vom andern dargetan, die bei der Abtretung immer vorhanden ist, weil jede Abtretung aus einem bestimmten Zweck heraus

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 sollte. 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 Hinfälligkeit 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 ep. 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.