

ces risques ne sont pas plus considérables que ceux inhérents à la plupart des jeux auxquels des jeunes gens se livrent en plein air ou à l'exercice de certains sports ayant un caractère d'amusements ; en prenant part volontairement à des jeux de cette nature, les participants acceptent, en connaissance de cause et tacitement, de courir certains risques inhérents à l'exercice auquel ils se livrent. Le caractère essentiellement fortuit des conséquences des péripéties du jeu efface la caractère illégal des actes rentrant dans le cadre normal de cet exercice. (Voir dans ce sens RO 20 p. 1015 et Oser, Komm. ad art. 44 n° 1).

4. — Le caractère licite du jeu lui-même étant ainsi reconnu, il ne pourrait être constaté d'acte illicite à la charge du défendeur que s'il en avait enfreint les règles ; tel serait le cas par exemple, s'il s'était servi d'une pierre d'une certaine dimension ou d'une forme dangereuse, ou s'il l'avait jetée violemment contre le recourant. Mais cela ne résulte point des constatations de fait de l'instance cantonale ; celle-ci a admis en effet que Baud s'était conformé aux règles du jeu en « jetant », comme beaucoup de ses camarades, à Meylan une pierre pour le « taquiner » et cette constatation lie le Tribunal fédéral. Elle ne renferme, il est vrai, aucune indication précise sur les dimensions de la pierre utilisée par le défendeur, ni sur sa forme, ni enfin sur la force avec laquelle elle aurait été projetée, mais ce sont là des circonstances concrètes dont le demandeur eût dû faire la preuve, et si ces différents points n'ont pu être précisés, en raison sans doute du temps écoulé entre l'accident et l'audition des témoins, c'est à Henri Meylan seul comme demandeur qu'incombe la responsabilité de ce retard.

5. — La décision prise par l'instance cantonale doit donc être confirmée. Elle n'est au surplus contraire ni à la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir cons. 3 *in fine*) ni à celle des tribunaux étrangers, que le demandeur a invoquée à tort (Reichsgericht vol. 51 p. 30 et SEUFFERT's Archiv 1908 n° 114) ; le simple usage d'une pierre cons-

tatée à la charge de l'intimé Baud ne saurait en effet être assimilé aux actes retenus dans ces deux dernières espèces à la charge des défendeurs, qui s'étaient servis, l'un d'un manche de râteau manié à l'aveuglette à travers un rideau de feuillage, et l'autre d'une arbalète.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et le jugement rendu par la Cour civile vaudoise les 6/30 novembre 1915 est confirmé tant sur le fond que sur les dépens.

7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Januar 1916

i. S. Genossenschaft „Hubertus“, Klägerin
und Widerbeklagte,
gegen Strub-Kobelt und Strub-Leuenberger, Beklagte
und Widerkläger.

Rechtsanwendung. ZGB Art. 5 u. 7, SchlT 51. Abgrenzung des eidgenössischen Rechts gegenüber dem kantonalen. Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen Rechts. Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des OR als subsidiäres kantonales Recht. Aufgabe der bisherigen Praxis. (Erw. 2.) — Verrechnung. Verzicht darauf durch Barzahlungsversprechen? OR Art. 126, alt 139 Abs. 2. (Erw. 3.)

A. — Durch Urteil vom 9. Oktober 1915 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt :

Des bezirksgerichtliche Urteil ist bestätigt.

(Das Bezirksgericht Zofingen hatte durch Urteil vom 24. Oktober 1914 die Hauptklage abgewiesen und die Widerbeklagte zur Zahlung von 4000 Fr. an den Widerkläger Strub verurteilt.)

B. — Gegen das Urteil des Obergerichts hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem

Antrag auf Gutheissung der Klage im vollen Umfange und auf Abweisung der Widerklage.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Oskar Strub, Kaufmann in Zofingen, liess in den Jahren 1912 und 1913 an der Stampfenbachstrasse in Zürich 6 ein Haus erstellen, wobei Malermeister Busti Arbeiten für 31,500 Fr. ausführte. Hievon wurden ihm 18,000 Fr. in bar und 5400 Fr. in Aktien des Sägewerks Küblis bezahlt; die Lohnrestanz betrug also 8100 Fr. In der Folge wollte die Klägerin, Genossenschaft « Hubertus », ein Haus an dasjenige des Strub anbauen und sich von ihm das Recht hierzu erkaufen. Die Bedingungen, unter denen Strub sich mit diesem Vorhaben einverstanden erklärte, ergeben sich aus folgender Zuschrift, die er am 20. Oktober 1913 an die Architekten der Klägerin richtete:

« Ich bestätige Ihnen die Preisangabe der $\frac{1}{2}$ Brandmauer von Haus N° 61 Stampfenbachstrasse mit 4000 Fr. (viertausend) gegen Kassa. »

Die Klägerin bezahlte aber diesen Betrag nicht; am 31. Oktober 1913 liess sie sich von Busti 4100 Fr. seiner Forderung an Strub für unbezahlte Malerarbeiten abtreten und erklärte, diese Gegenforderung mit ihrer Schuld von 4000 Fr. an Strub verrechnen zu wollen. Letzterer hatte nämlich seinen Gläubigern schon im Juli 1913 einen freiwilligen Nachlassvertrag auf Grund einer Dividende von 50% vorgeschlagen; Busti hatte dem Entwurf mit Bezug auf seine Forderung von 8100 Fr. zugestimmt; der Vertrag kam aber nicht zu stande. Am 22. November 1913 gewährte jedoch das Bezirksgericht Zofingen dem Strub eine zweimonatliche Nachlassstundung und bestätigte nachher den inzwischen zu 30% abgeschlossenen Nachlassvertrag.

Strub widersetzte sich nun der von der Klägerin geltend gemachten Verrechnung und stellte beim Audienz-

richter des Bezirksgerichts Zürich das Begehren, es sei der Klägerin zu verbieten, ihre Neubaute an die Brandmauer anzulehnen, da sie sich in dieselbe noch nicht eingekauft habe. Zur Abwendung des Bauverbotes offerierte dann die Klägerin, den Betrag von 4200 Fr. gerichtlich zu deponieren; Strub zog darauf sein Begehren zurück. Durch Verfügung vom 25. März 1914 — die auf Rekurs seitens der Klägerin vom Obergericht bestätigt wurde — nahm der Audienzrichter von der Deposition von 4200 Fr. durch die Klägerin Vormerk und setzte ihr eine Frist von 10 Tagen an, um Klage auf Herausgabe des Depositums einzuleiten, mit der Androhung, dass es sonst dem Strub herausgegeben würde. Die Genossenschaft « Hubertus » hat sodann die vorliegende Klage angehoben, mit den Begehren, es sei zu erkennen, dass dem Strub Ansprüche an dem von ihm geleisteten Depositum von 4200 Fr. nicht zustehen und dass es an sie auszufolgen sei, bzw. es sei das geltend gemachte Kompensationsrecht für den Wert der Abtretung Bustis von 4100 Fr. mit der Forderung des Beklagten für Benützung der Brandmauer richterlich zu schützen. Strub hat Abweisung der Klage und widerklageweise Zahlung von 4000 Fr. nebst 5% Zins seit 20. Oktober 1913 gefordert, bzw. verlangt, es sei das Depot der Widerbeklagten von 4200 Fr. ihm als verfallen zu erklären. Die kantonalen Instanzen haben die Hauptklage abgewiesen und die Widerklage geschützt. Inzwischen war Strub in Konkurs gefallen und die Widerklageforderung von der Masse an die beiden Berufungsbeklagten abgetreten worden.

2. — Es fragt sich in erster Linie, ob die Voraussetzungen der Berufung erfüllt seien. Die Zuständigkeit des Bundesgerichts kann nur zweifelhaft sein mit Bezug auf das anzuwendende Recht. Die Klägerin anerkennt, den Beklagten für Mitbenützung der Brandmauer 4000 Fr. schuldig geworden zu sein. Streitig ist aber, ob sie diese auf Abkommen beruhende Schuld mit der von Busti erwor-

benen Forderung an Strub verrechnen könne, oder ob sie zur Bezahlung der 4000 Fr. in bar verpflichtet sei. Es handelt sich demnach um Erfüllung einer auf Vertrag beruhenden Verbindlichkeit, also um ein dem allgemeinen Vertragsrecht unterliegendes obligationenrechtliches Verhältnis. Allein es erhebt sich die Frage, ob die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts hier als Bundes- oder als subsidiäres kantonales Recht zur Anwendung zu kommen haben. Denn die Forderung, um deren Verrechenbarkeit es sich handelt, gehört dem Baurecht, also einer sachenrechtlichen Materie an, deren Regelung Art. 686 ZGB, insbesondere Abs. 2, den Kantonen überlässt. Nun war es unter der Herrschaft des alten Rechtes feststehende Praxis des Bundesgerichts, dass bei den an sich vom kantonalen Recht beherrschten zivilrechtlichen Verhältnissen, namentlich den Grundstückkäufen, nicht nur die Entstehung der Forderung als solcher, sondern auch die damit zusammenhängenden Fragen ihrer Anfechtbarkeit, Erfüllung, Aufhebung usw. nach kantonalem Recht beurteilt wurden; wenn dabei die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts herangezogen und angewendet wurden, so geschah es lediglich in der Meinung, dass sie als subsidiäres kantonales und nicht als eidgenössisches Recht anwendbar seien. (Vergl. SOLDAN, Le code des obligations et le droit cantonal, S. 145 und 186, und die daselbst zitierten Entscheidungen, sowie WEISS, Berufung, S. 18.)

An dieser Rechtsprechung kann indessen, nachdem inzwischen das einheitliche schweizerische Zivilgesetzbuch in Kraft getreten ist, nicht festgehalten werden. Das Zivilgesetzbuch stellt, wie EGGER (Zum sachlichen Geltungsbereich des ZGB, S. 176) zutreffend ausführt, dem kantonalen Recht gegenüber den Grundsatz der Gesamtkodifikation auf, m. a. W.: es will kraft der dem Bundesgesetzgeber durch den revidierten Art. 64 der Bundesverfassung erteilten Befugnis und im Gegensatz

zur früheren, bloss stückweisen Schaffung von Bundeszivilrecht grundsätzlich das ganze Privatrecht einheitlichen. Mit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches sind die zivilrechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben, soweit nicht bundesrechtlich etwas anderes vorgesehen ist (Art. 51 Schl T). Nur in diesem Rahmen, soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes ausdrücklich vorbehält, sind die Kantone nach Art. 5 ZGB befugt, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen. Die Vermutung spricht also für die Einheit. Daraus folgt, dass die Vorbehalte, die das Zivilgesetzbuch noch — zwecks Anpassung an die örtlichen Bedürfnisse oder aus anderen Gründen — zu Gunsten des kantonalen Rechtes aufzustellen als geboten erachtete, nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen. Insbesondere rechtfertigt sich nach dem Gesagten die Aufrechterhaltung der oben umschriebenen früheren Praxis nicht, wie denn auch Art. 7 ZGB nunmehr ausdrücklich die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge als auf andere, als die im Obligationenrecht geregelten, zivilrechtlichen Verhältnisse anwendbar erklärt. Andererseits bestimmt das zürcherische Einführungsgesetz zum ZGB selber in §§ 275 und 276, dass das bisherige kantonale Privatrecht aufgehoben sei, es sei denn, dass sich aus dem Zivilgesetzbuch oder dem Einführungsgesetz sein Fortbestand ergebe, und dass für diejenigen zivilrechtlichen Verhältnisse, deren Ordnung dem kantonalen Rechte überlassen sei, das schweizerische Zivilgesetzbuch als ergänzendes Recht gelte. Für allgemeine obligationenrechtliche Fragen, wie die hier streitige, kommt danach der allgemeine Teil des Obligationenrechts als Bundesrecht zur Anwendung.

3. — In der Sache selber ist davon auszugehen, dass die Klägerin sich mit dem von Strub in seinem Brief vom 20. Oktober 1913 angegebenen Preise für den Einkauf in die Brandmauer — 4000 Fr. gegen Kassa — einver-

standen erklärt hat. Denn sie hat in der Klage selber erklärt, dass die Einkaufssumme « durch Vereinbarung zwischen den Parteien auf 4000 Fr. bestimmt » worden sei. Die Klausel « gegen Kassa » wird im kaufmännischen Verkehr allgemein dahin aufgefasst, dass darunter sofortige Barzahlung ohne Abzug verstanden wird; die Parteien hatten denn auch hier offensichtlich Zahlung in bar oder eventuell in einem Barschaftssurrogate, das in die Kasse des Strub fließen sollte, im Auge. Es fragt sich aber, ob die Klägerin dadurch zum voraus und rechtsgültig auf indirekte Zahlung, insbesondere auf Verrechnung mit einer Gegenforderung, verzichtet habe. Art. 126 OR bestimmt, dass der Schuldner auf die Verrechnung zum voraus Verzicht leisten könne; dagegen ist der im alten Text (Art. 139 Abs. 2) enthaltene Zusatz, dass ein Verzicht angenommen werde, wenn der Schuldner, obschon er wisse, dass er eine Gegenforderung habe, Barzahlung verspreche, nicht in das neue Gesetz übergegangen. Allein es wäre verfehlt, mit FICK (Komm. Anm. 2 zu Art. 126) daraus zu folgern, dass jene Auslegungsregel fallen gelassen worden sei. Aus der Botschaft des Bundesrates vom 3. März 1905 zum rev. OR (S. 19) ergibt sich vielmehr, dass die Streichung nur deshalb erfolgte, weil es richtiger in das Ermessen des Richters gestellt werde, zu beurteilen, wann das Versprechen der Barzahlung als Verzicht auf die Verrechnungseinrede ausgelegt werden dürfe. (Vergl. hiezu auch OSER, Komm. Anm. 2b zu Art. 126.) So haben denn auch unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes wie des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, trotz Mangels einer gesetzlichen Vermutung des Verzichtes im Sinne von aOR 139, Doktrin und Praxis übereinstimmend den Standpunkt eingenommen, dass ein Verzicht auf Geltendmachung der Verrechnung sich je nach den Umständen aus einem Barzahlungsversprechen ergeben könne, und dass er insbesondere dann angenommen werden müsse, wenn dem Gläubiger an der Tilgung

seiner Forderung durch Aufrechnung nach der Sachlage nichts gelegen sein könne. (Vergl. SCHOLLMAYER, Schuldverhältnisse, Anm. 3 zu § 391 BGB, STAUDINGER, Komm. z. BGB Anm. II zu § 387, SEUFFERTS [Archiv Bd. 9 N° 146, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 3S. 93 f.)

Im vorliegenden Falle ist nun mit den kantonalen Instanzen anzunehmen, dass die Parteien durch die Vereinbarung der Zahlung der 4000 Fr. « gegen Kassa » die indirekte Zahlung, insbesondere die Kompensation mit einer Gegenforderung des Schuldners, ausschliessen wollten. Dem Gläubiger Strub musste angesichts seiner misslichen finanziellen Lage offenbar daran gelegen sein, die Einkaufssumme von 4000 Fr. in bar oder doch in einem Surrogate der Barzahlung zu erhalten, um seine Gläubiger wenigstens teilweise befriedigen zu können. Als er der Klägerin die Bedingungen für das Anbauen an die Brandmauer seiner Liegenschaft bekannt gab, waren nämlich die Unterhandlungen über den Abschluss eines freiwilligen Nachlassvertrages bereits in vollem Gange, was auch der Klägerin erkennbar war; denn wenige Tage nach Erhalt der Zuschrift Strubs vom 20. Oktober 1913, welche die Preisangabe enthielt, hatte Malermeister Busti mit dem Präsidenten der Genossenschaft « Hubertus », Witschi, eine Unterredung, wobei nach der Zeugenaussage Witschis vom Nachlassvertrage die Rede war und vereinbart wurde, dass Busti einen Teil seiner Forderung an Strub der Genossenschaft « Hubertus » abtreten werde.

4. — War demnach die Verrechnung schon kraft des Parteiwillens ausgeschlossen, so brauchen die übrigen Einwände der Beklagten gegen ihre Zulässigkeit nicht untersucht zu werden. Die Klage erweist sich als gänzlich unbegründet, während die Widerklage dahin gutzuheissen ist, dass die Klägerin und Widerbeklagte zur Zahlung von 4000 Fr. nebst 5% Zins seit 20. Oktober 1913 an die Beklagten und Widerkläger verurteilt wird.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 9. Oktober 1915 in allen Teilen bestätigt.

8. Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. März 1916 i. S.

Schoch und Baumann, Klägerinnen, gegen Gebrüder Stilli,
Beklagte.

Angebliche Schenkungen, Schenkungsversprechen und « Erfüllung einer sittlichen Pflicht ».

A. — Am 13. Oktober 1913 starb in Turgi der Kaufmann Jakob Stilli. Als gesetzliche Erben hinterliess er seine beiden Brüder Kaspar Stilli und Samuel Stilli, die heutigen Beklagten, sowie die beiden Töchter eines verstorbenen Bruders: die heutigen Klägerinnen. In einem, zehn Tage vor seinem Tod errichteten Testament hatte Stilli, neben kleinern Legaten zu Gunsten wohltätiger Zwecke, der Klägerin N° 1 12,000 Fr. der Klägerin N° 2 5000 Fr. vermacht und im übrigen die gesetzliche Erbfolge bestätigt.

Ausser den beiden erwähnten Vermächtnissen und vor Verteilung des übrigen, etwa 60,000 Fr. betragenden Vermögens beanspruchen nun die beiden Klägerinnen auf Grund zweier angeblicher Schenkungen noch folgende Aktiven:

a) die Klägerin N° 1 ein Sechstel eines Guthabens des Erblassers von 30,000 Fr. bei der Firma W. Straub-Egloff & C^{ie} in Turgi;

b) die Klägerin N° 2 zehn, auf den Namen des Erblassers lautende Anteilscheine der Gewerbekasse Baden im Nominalwert von je 500 Fr., mit einem dem Nominal-

wert ungefähr entsprechenden effektiven Wert. Diese Anteilscheine waren seiner Zeit vom Erblasser als Kautions für eventuelle Verpflichtungen des Ehemanns der Klägerin bei einer Bank deponiert und erst nach dem Tode des Erblassers von der Kautionshaftung befreit worden.

Zur Begründung dieser, von den Beklagten bestrittenen Ansprüche machen die Klägerinnen geltend:

a) Die Klägerin N° 1 behauptet, der Erblasser habe ihr mündlich versprochen, ihr noch zu seinen Lebzeiten 5000 Fr. als Erkenntlichkeit für die ihm von ihr geleisteten treuen Dienste zukommen zu lassen. Sie habe ihm und auch Drittpersonen ihre Freude hierüber bekundet, jedoch nach der Art der beabsichtigten Ausführung des Versprechens nicht nachgeforscht. Nach dem Tode des Erblassers habe sich herausgestellt, dass dieser der Firma Straub-Egloff & C^{ie} mündlich den Auftrag gegeben hatte, von seinem Guthaben bei ihr einen Betrag von 5000 Fr. auf einen der Klägerin zu eröffnenden Konto umzuschreiben, was geschehen sei. Es steht fest, dass diese Darstellung, soweit sie sich auf die der Firma Straub-Egloff & C^{ie} erteilte Weisung und deren Ausführung bezieht, richtig ist; ebenso aber auch, dass die Klägerin bis zum Tode des Stilli weder von diesem selbst noch von der genannten Firma eine bezügliche Mitteilung erhalten hatte.

b) die Klägerin N° 2 beruft sich auf ein am 7. Februar 1913 vom Erblasser an ihren Ehemann gerichtetes Schreiben, welches folgende Stelle enthielt:

« Die 10 Anteilscheine der Gewerbekasse Baden kannst du bei Wegnahme der Kantonalbank mir zur freien Uebergabe an Lina zur Unterschrift geben. »

Die Klägerin macht geltend, dass die Absicht des Stilli, ihr die zehn Anteilscheine zu übergeben und auf ihren Namen umzuschreiben, einzig deshalb nicht mehr ausgeführt worden sei, weil die Titel erst nach dem Tode des Erblassers frei geworden seien. Dass Stilli der Bank, bei welcher die Anteilscheine deponiert waren, eine auf