

sable du paiement de la dette contractée par sa mère ; l'on ne voit pas pourquoi le créancier aurait libéré les autres débiteurs, sans exiger d'eux aucune contre-prestation, en renonçant ainsi bénévolement à ses droits. Et les actes que Gabriel Comby a accomplis, il peut les avoir faits tout aussi bien comme débiteur solidaire que comme débiteur unique en vertu de la clause du contrat de partage.

Les recourants attaquent aujourd'hui une constatation de fait de l'instance cantonale ; ils produisent une pièce nouvelle destinée à établir que dame Comby serait décédée en 1921 déjà, et non pas en 1922. Ce moyen de preuve nouveau est irrecevable (art. 80 OJF). Il incombait aux défendeurs de contester devant le Tribunal cantonal l'exactitude de l'attestation figurant au dossier ; comme ils ne l'ont pas fait, ils ne sauraient demander au Tribunal fédéral d'examiner cette question.

Au surplus, rien n'empêchait que Gabriel Comby continuât, après la mort de sa mère, à représenter valablement ses frères et sœur, ou l'hoirie Comby. Le créancier Crittin pouvait croire qu'il en était ainsi. Si les représentés avaient révoqué les pouvoirs de Gabriel Comby, ils devaient faire connaître cette révocation pour pouvoir l'opposer aux tiers de bonne foi (art. 34 al. 3 CO).

Quant à l'argument que les recourants voudraient tirer de ce que Charles et Olga Comby ont livré des fruits à Crittin qui les aurait payés en argent comptant, l'on ne comprend pas comment ils peuvent le reprendre, du moment que l'instance cantonale a constaté souverainement que la valeur desdits fruits avait été portée au crédit des débiteurs dans les livres du créancier.

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours est entièrement mal fondé.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et le jugement attaqué est confirmé.

53. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juni 1928

i. S. R. gegen B.

Bejahung der Rückzahlungspflicht für Geld, das im Hinblick auf Eingehung einer Ehe hingegeben worden war, unter Zugrundelegung der Bestimmungen über das Darlehen oder derjenigen über den Auftrag (speziell Art. 400 OR). Ablehnung einer Schenkung (Erw. 2). Mangelnder Beweis für einen Verzicht auf Rückforderung (Erw. 3).

A. — Der Beklagte R. lernte während eines Aufenthaltes in Olten — vom November 1923 bis April 1924 — die Klägerin, welche damals in der Wirtschaft ihres Stiefvaters tätig war, kennen. Die Beiden verlobten sich im April 1924 unter eigenartigen Umständen. Die Angehörigen der Klägerin waren mit der Verlobung nicht einverstanden, weil der Beklagte kein Geld hatte. Deswegen anerbote die Klägerin ihrem Geliebten 10,000 Fr. (ihr heimlich verdientes Geld, von dem ihre Eltern nichts wussten), damit er es den Eltern vorzeigen könne. Die Klägerin übergab dem Beklagten tatsächlich 5000 Fr. ohne dafür eine Bescheinigung zu verlangen, nach ihrer eigenen Darstellung « schenkungsweise », aber in der Voraussicht, dass dann die Verlobung auf Ostern erfolgen werde.

Am Tage nach der Verlobung, die anfangs April 1924 stattfand, reisten die Verlobten nach Bern, wie der Beklagte sagt, nicht um die Verlobungsringe, sondern Verlobungsgeschenke zu kaufen. Der Beklagte schenkte der Klägerin, nachdem er ihr schon früher eine Brosche und eine Kette gegeben hatte, ein Goldanhängsel für 40 Fr. Die Klägerin kaufte dem Beklagten eine Armbanduhr für 250 Fr. und gab ihm überdies einen Diamantring. Abends sollte in Olten die Verlobung gefeiert werden. Der Beklagte verreiste jedoch von Bern nach Zermatt und liess seine Braut allein nach Olten zurückkehren.

Seither unterhielten die Verlobten einen sehr spärlichen Briefverkehr, der im Herbst 1924 gänzlich abge-

brochen wurde. Die Klägerin forderte dann die 5000 Fr. zurück. Der Beklagte verweigerte jedoch die Rückzahlung und drohte der Klägerin, er werde vor den Gerichten bekannt geben, welche intime Beziehungen sie mit ihm unterhalten habe. Deswegen bestand sie nicht auf ihrer Forderung. Im September 1924 erklärte der Beklagte, dass er seine Beziehungen zu ihr als abgebrochen, bezw. aufgehoben betrachte, womit die Klägerin einverstanden war.

Die Sache blieb auf sich beruhen bis zum März 1926. Inzwischen hatte der Beklagte ähnliche Abenteuer mit einer Fräulein J. und einer Fräulein C. Er hat der ersteren wegen Verlöbnißbruches 1500 Fr. bezahlt.

Am 31. August 1926 erwirkte die Klägerin einen Arrest auf das Lohnguthaben des Beklagten. Dieser hinterlegte beim Betreibungsamt Zermatt 5056 Fr. 80 Cts. Für diesen Betrag wurde der Arrest nach Vereinbarung zwischen den Parteien aufrechterhalten.

B. — Am 5. Oktober 1926 hat die Klägerin unter Berufung auf Art. 312 OR Klage eingereicht mit dem Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verurteilen, ihr die im April 1924 geliehenen 5000 Fr. samt Verzugszins seit 1. August 1926 zurückzugeben.

C. — Der Beklagte verlangt Abweisung der Klage und forderte widerklageweise eine Entschädigung von 1000 Fr. wegen ungerechtfertigten Arrestes; er hat jedoch die Widerklage fallengelassen.

D. — Das Kantonsgericht von Wallis hat in tatsächlicher Beziehung festgestellt, dass die Klägerin dem Beklagten im März 1924 Fr. 5000 übergeben hat. Es hat die Klage gutgeheissen mit der Begründung, dass nicht ein Darlehen, sondern eine Schenkung vorliege, dass der Beklagte aber die an die Schenkung geknüpfte Auflage nicht erfüllt habe, so dass die Klägerin berechtigt gewesen sei, die Schenkung zu widerrufen, endlich, dass gemäss Art. 134 OR die Verjährung nicht zu laufen begonnen habe, weil die Klägerin durch begründete

Furcht bis zum März 1926 verhindert gewesen sei, ihre Ansprüche geltend zu machen.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Begehren um Aufhebung des Urteils und Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf Rückzahlung der dem Beklagten übergebenen 5000 Fr. auf die Behauptung, sie habe dem Beklagten durch Brief vom 7. März 1924 das Angebot gemacht, ihm 10,000 Fr. zu schenken, und habe ihm tatsächlich im April 1924 5000 Fr. gegeben. Der Beklagte hat anerkannt, von der Klägerin eine Summe Geldes — den Betrag könne er nicht angeben, da er die Banknoten nicht gezählt habe — erhalten zu haben. Die Vorinstanz hat auf Grund der Aussagen der Parteien bei der persönlichen Befragung festgestellt, dass die Klägerin dem Beklagten tatsächlich 5000 Fr. übergeben, aber einzig im Hinblick auf die Eingehung der Ehe, und der Beklagte ihr diesen Betrag nicht zurückbezahlt hat. Andererseits ist nicht bestritten, dass der Beklagte, nachdem er die 5000 Fr. von der Klägerin erhalten hatte, bei ihrer Mutter um ihre Hand angehalten hat und daraufhin, anfangs April 1924, die Verlobung der Klägerin mit dem Beklagten zustande gekommen ist. Endlich muss aus den übereinstimmenden Aussagen der Parteien geschlossen werden, dass der Beklagte es abgelehnt hat, die Verlobung am folgenden Tage durch die übliche Übergabe der Verlobungsringe zu bestätigen, und dass er sich auch der eigentlichen Verlobungsfeier, welche auf den Abend der Berner-Reise vereinbart war, entzogen hat, wie er überhaupt das Verlöbniß nie ernst genommen und die Klägerin nie als seine Braut behandelt hat.

2. — In der rechtlichen Würdigung dieser tatsächlichen Vorgänge ist das Bundesgericht frei (OG Art. 81 Abs. 2). Es fragt sich, ob der Klägerin ein Anspruch auf Rück-

gabe der dem Beklagten übergebenen Summe von 5000 Fr. zustehe, eventuell aus welchem Rechtstitel. Dabei ist unerheblich, dass die Klägerin sich in ihrer Klage auf Art. 312 OR berufen, dann aber die Behauptung, es handle sich um ein Darlehen, fallen gelassen hat.

a) Eine Schenkung im Sinne von Art. 239 OR liegt nicht vor. Es kann unmöglich angenommen werden, dass die Klägerin dem Beklagten einen für ihre Verhältnisse so hohen Betrag vorbehaltslos und ohne jede Gegenleistung aus ihrem Vermögen habe zuhalten wollen. Vielmehr ist nach der ganzen Sachlage und in Anbetracht der persönlichen Beziehungen, die zwischen den Parteien bestanden, davon auszugehen, dass die Klägerin dem Beklagten jenen Betrag einzig deshalb übergeben hat, damit er das Geld ihrer Mutter gegenüber als sein eigenes ausbehalte, um sie zur Zustimmung zur Verlobung zu bewegen, und dass dementsprechend die Meinung bestand, dass er es nur im Falle des Zustandekommens der Heirat behalten dürfte. Dass die Klägerin eine Schenkungsabsicht in Wirklichkeit nie hatte, hat schon die Vorinstanz auf Grund der zwischen den Parteien gewechselten Korrespondenz zutreffend ausgeführt. Allerdings hat die Klägerin in ihrem Briefe vom 7. (?) März 1924 dem Beklagten geschrieben: « In diesem Falle offeriere ich Dir 10,000 Fr., wohlverstanden schenke ich Dir, ob wohl oder übel, dieses Geld. » Was für eine Bewandtnis es damit haben sollte, ergibt sich aber aus der unmittelbar anschliessenden Briefstelle: « Damit kein Mensch etwas merken wird, sagst Du meinen Eltern einfach, Du habest dieses Geld von einer Tante in Italien oder sonst weit weg geerbt. Und da das Osterfest in 6 Wochen ist, und mein heisser Wunsch ist, dass wir uns zwei auf diese Zeit verloben werden, so könntest Du 14 Tage oder drei Wochen vorher nochmals mit meiner Mutter Rücksprache nehmen. Du kommst mit dem guten Vorsatz, Du habest im Sinne, Dich mit mir in ernster und treuer Absicht zu verloben. Du brauchst nicht auf mein Geld zu schauen, es sei Dir ganz gleich-

gültig, ob etwas hier sei oder nicht..... » Im nämlichen Sinne drückte sich die Klägerin im Briefe vom 15. September 1924 aus: « Ich glaubte auch fest, meine Eltern würden viel eher die Einwilligung zu unserer Heirat geben, wenn ich ihnen vorschwatze, Du seiest ein reicher angesehener Mann. Aus diesen Gründen offerierte ich Dir mein Geld..... ». Der Beklagte hat auch diesen Brief, wie die 5000 Fr., ohne Vorbehalt entgegengenommen. Er konnte dabei in guten Treuen nicht darüber im Zweifel sein, was er mit dem anvertrauten Gelde zu tun habe und dass er den Betrag, wenn die Heirat mit der Klägerin nicht zustande komme, ihr selbstverständlich zurückgeben müsse. Übrigens weist der Beklagte selber in der Berufungsschrift darauf hin, die Klägerin habe ihm das Geld zugeschoben, damit er es vor ihren Eltern zur Schau tragen könne und so bei der Werbung um ihre Hand günstiger aufgenommen werde.

b) Auch Art. 94 ZGB trifft nicht zu. Wohl haben die Parteien zugestandenermassen sich gegenseitig Geschenke gemacht; allein weder die Klägerin noch der Beklagte fordern dieselben zurück.

c) Die der Übergabe der 5000 Fr. zu Grunde liegende Abmachung lässt sich am ehesten unter die Bestimmungen über den Auftrag (OR Art. 394 ff.) oder unter diejenigen über das Darlehen (Art. 312 ff.) unterbringen. Das Darlehen kennzeichnet sich durch die Rückgabepflicht des Borgers, nicht aber durch einen besonderen Hingabezweck; auch der hier verfolgte eigenartige Zweck lässt sich mit einem Darlehen oder einem darlehenartigen Geschäfte vereinbaren (wie ja das gemeine Recht als Unterart des Darlehens ein *mutuum ad ostentationem* kannte). Freilich fehlt ein Beweis dafür, dass der Beklagte sich verpflichtet habe, der Klägerin die 5000 Fr. zurückzugeben; die elementarsten Regeln der Ehrlichkeit und Redlichkeit verbieten es aber dem Richter, ihm einen andern Vertragswillen zu unterstellen. Doch kann auch auf die Bestimmungen über den Auftrag abgestellt werden, da der Auftragsbegriff

nach Art. 394 OR (unter Vorbehalt derogierender Spezialbestimmungen) die Besorgung beliebiger Geschäfte oder Dienste im Interesse des Auftraggebers umfasst. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und positiver Gesetzesvorschrift (OR Art. 400) hat nun der Beauftragte dasjenige, was ihm zum Zwecke der Ausführung des Auftrages übergeben worden ist, nach Beendigung desselben, insoweit er es nicht dem Auftrag gemäss verbraucht hat, zurückzuerstatten (vgl. WINDSCHEID, Pand. II 571). Im einen wie im andern Falle muss, da mit der sog. Verlobung, die anfangs April 1924 stattfand, der Zweck der Vereinbarung nicht erreicht war, ja der Beklagte durch sein Verhalten unmittelbar nach der Verlobung unzweideutig bekundet hat, dass er nie ernstlich daran dachte, sich mit der Klägerin zu verehelichen, eine vertragliche Pflicht des Beklagten zur Rückerstattung der 5000 Fr. an die Klägerin angenommen werden.

3. — Einen unzweideutigen, vorbehaltlosen und freiwilligen Verzicht der Klägerin auf die Rückforderung der 5000 Fr. hat der Beklagte nicht bewiesen. Wohl schrieb ihm die Klägerin am 15. November 1924, worauf er sich hauptsächlich beruft: « Teile Dir mit, dass Du alles von mir behalten darfst, bis Du zur Vernunft kommst..... » Allein, wenn die Briefe der Klägerin in Verbindung mit denjenigen des Beklagten und im Zusammenhang mit dem Benehmen dieses letztern gewürdigt werden, so spricht daraus eher der Wille, das Geld zurückzufordern, als auf die Rückforderung zu verzichten.

4. — Da der eingeklagte Anspruch auf einer vertraglichen Verpflichtung beruht, so fällt auch die Einrede der Verjährung dahin.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 29. Februar 1928 bestätigt.

54. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juni 1928 i. S. Bucher gegen Meyer und Graber.

Bürgschaft. Art. 503 : Erlöschen einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Bürgschaft bei erfolgloser Aufforderung des Bürgen an den Gläubiger zur Geltendmachung der Forderung, nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld. Anwendbarkeit der Bestimmung auf Solidarbürgschaften, in dem Sinne, dass der Rechtsweg vom Gläubiger gleichzeitig gegen den Hauptschuldner und den Bürgen beschritten werden kann, oder nur gegen letzteren allein (Erw. 4). Die Aufforderung des Bürgen bedarf keiner besonderen Form, und es darf kein zu strenger Masstab an sie angelegt werden (Erw. 5).

A. — Laut Vertrag vom 18. Februar 1925 gewährte der Kläger Bucher dem Sohne des Zweitbeklagten, Carl Graber, Kaufmann in Luzern, zum Zwecke der Ausbeutung eines Erfindungspatentes ein Darlehen von 5000 Fr., für welches die beiden Beklagten Meyer und Graber sich solidarisch verbürgten. Aus dem Vertrag sind folgende Bestimmungen hervorzuheben :

§ 4 : « Bei gröblicher Verletzung der Vertragspflichten, besonders bei unpünktlicher Zinszahlung, mangelhafter Information über die in der Patentangelegenheit unternommenen Arbeiten und eventuell erzielten Resultate, ist Herr Bucher berechtigt, den Vertrag zu kündigen und aufzuheben und kurzfristige Rückzahlung des Darlehens zu fordern. »

§ 6 : « Dieser Darlehensvertrag ist auf die Dauer eines Jahres geschlossen, kann jedoch bei allseitigem Einverständnis auf ein weiteres Jahr verlängert werden. Die Verlängerung kann auch automatisch eintreten, sofern der Vertrag nicht ein Vierteljahr vor Verfall dem Darlehensgeber oder -Nehmer gekündigt worden ist. »

Am 16. Juni 1925 schrieb der Kläger an den Hauptschuldner Graber : « Wie mir scheint, interessieren