

CO anc., lorsqu'un débiteur, sachant qu'il était lui-même créancier, s'engageait ce nonobstant à payer comptant.

Cette disposition a été supprimée lors de la revision de 1911. Mais, ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà relevé (RO 42 II 49), il n'en résulte pas que l'engagement de payer comptant ne doive plus jamais être considéré comme contenant une renonciation implicite à invoquer la compensation. La seule différence consiste en ce que — sous l'empire de l'ancien code — cette renonciation était, de par la loi, liée audit engagement, tandis que le code révisé abandonne à la libre appréciation du juge la question de savoir s'il en est ainsi *in concreto*.

Bref, il ne suffit pas que les parties soient convenues d'un paiement comptant pour qu'on puisse en inférer que le débiteur renonce à opposer la compensation (VON TUHR, II, p. 591). Mais cette renonciation peut résulter des circonstances.

2. — En l'espèce, la clause « paiement comptant net » était contenue dans la lettre confirmative adressée par la maison Hinderer à sa cliente le 10 septembre 1929, et elle a été tacitement acceptée par la Cupra. Or, à ce moment, le déficit de la Société Hinderer Frères, ajouté à celui des associés indéfiniment responsables, atteignait au total la somme de 1 264 607 fr. 06. A vrai dire, la procédure de concordat n'avait pas encore définitivement échoué. Mais les frères Hinderer avaient simplement proposé un abandon d'actifs et le versement par un tiers d'une somme de 75 000 fr. Il est clair que ce versement n'eût réduit que dans une faible proportion le déficit de 1 264 607 fr. 06. D'autre part, en cas de faillite, les créanciers n'auraient pu compter que sur un dividende minime. Créancière elle-même, la Cupra connaissait cette situation. En imputant le prix des 10 tonnes de sucre sur le montant de sa créance, elle aurait ramené celle-ci de 15 185 fr. 05 à 10 985 fr. 05. Ainsi elle aurait diminué sa perte et se serait procuré des avantages au détriment des autres créanciers. S'ils avaient accepté ce mode de faire,

Hinderer Frères auraient commis un acte que la loyauté en affaires leur interdisait. La Cupra ne pouvait l'ignorer et, par conséquent, elle devait se dire qu'étant données les circonstances, la clause « paiement comptant net » excluait forcément la compensation (dans un sens analogue arrêt précité RO 42 II 55).

Dès lors, la demande doit être admise sans qu'il y ait lieu d'examiner la question de savoir si les conclusions de la demanderesse devraient lui être allouées en application des art. 213 al. 2 ou 285 sq. LP.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et le jugement attaqué est confirmé.

75. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Oktober 1931 i. S. Zwald und Kons. gegen Brügger.

Unerlaubte Handlung bei einem Automobilunfall; Tötung eines unentgeltlich mitfahrenden Fahrgastes, der unter Bewusstsein der gefährlichen Umstände die Fahrt veranlasst hatte. Abweisung der Genugtuungsansprüche der überlebenden Geschwister und Geschwisterkinder. OR Art. 47.

A. — Am 29 Oktober 1930 war in Meiringen Jahrmarkt gewesen, und es herrschte noch am Abend ein reges Leben in den Wirtschaften und im Dorf. Otto Brügger, der Beklagte, kehrte an verschiedenen Orten ein und traf etwa um 20 Uhr im Gasthof zum « Bären » den Simon Zwald, Landwirt in Innertkirchen, der ihn bat, ihn mit dem ihm zur Verfügung stehenden Geschäftsautomobil nach Innertkirchen zu führen. Der Beklagte lehnte das Ansinnen schlankweg ab und begab sich in den « Adler » und später in's « Kreuz », wo er wieder auf Zwald stiess. Dieser wiederholte sein Begehren, doch der Beklagte wies ihn neuerdings ab und bemerkte, er habe kein Benzin.

Zwald verlegte sich jedoch auf ein längeres Ein- und Zureden, bis Brügger schliesslich nachgab. In das Fordautomobil stiegen dann nach Mitternacht fünf Personen, mit Ausnahme der Parteien lauter junge Leute, und verteilten sich folgendermassen: Neben dem Beklagten als Führer sassen rechts Thöni und Glatthard, und hinten auf zwei sogenannten Notsitzen rechts Zwald und links Zobrist. Bei der Kreuzung der Strasse mit der Dienstbahn Meiringen-Innertkirchen, etwa 90 Meter vor der Willigenbrücke, verspürte der Beklagte einen « Zwick », den er durch rasches Hin- und Herdrehen des Steuerrades auszugleichen suchte. Durch die Erschütterung wurde jedoch der neben ihm sitzende Thöni gegen ihn geworfen, sodass er anlehnte und ihn in der Steuerung hinderte. Der Wagen begann von dieser Stelle an zu « schwanzen ». Er geriet rechts über die Strasse hinaus. Die Bremsspur lief auf eine Telephonstange zu, die einen halben Meter vom Strassenrand und 4,4 Meter vom Brückensockel entfernt in der Wiese stand. Das Auto prallte mit dem hintern Teile heftig gegen diese hölzerne Stange, die in vier Stücke zerschmettert wurde. Darauf schlug der Wagen gegen die linke Stirnkante des rechtsseitigen Brückensockels und kam dann nach einer Drehung von mehr als 90° und unter Hinterlassung einer Rutschspur auf der Brücke zum Stehen. Hier wurde Simon Zwald mit blutendem Kopf regungslos auf seinem Sitz aufgefunden. Der herbeigerufene Arzt ordnete die Verbringung in's Krankenhaus an, doch konnte dort nur noch der Tod festgestellt werden.

B. — In dem gegen Otto Brügger eingeleiteten Strafverfahren wegen fahrlässiger Tötung und Verletzung der Verkehrsvorschriften meldeten sich die ledigen Brüder des Getöteten, Ulrich und Andreas Zwald, seine verheirateten Schwestern Anna Zwald-Zwald und Katharina Neiger-Zwald und die Kinder Ida, Hanna, Frieda, Andreas, Gretli und Elisabeth der verstorbenen Schwester, Frau Roth-Zwald, und stellten den Antrag, der Beklagte habe ihnen zu bezahlen:

- a) die aus der Tötung entstandenen Kosten gemäss OR Art. 45 Abs. 1,
- b) eine richterlich zu bestimmende Genugtuungssumme gemäss Art. 47 OR,
- c) den Brüdern Ulrich und Andreas Zwald und den Kindern Roth eine Entschädigung gemäss Art. 45 Abs. 3 OR, wegen Verlust des Versorgers.

Aus den Erwägungen:

3.— Es hätte sich überhaupt fragen können, ob die Schadenersatzforderung, selbst wenn den Berufungsklägern ein Schaden entstanden wäre, nicht wegen Selbstverschuldens hätte abgewiesen oder doch wegen Mitverschuldens gemäss OR Art. 44 Abs. 1 erheblich reduziert werden müssen. Wenn auch Zwald dadurch, dass er der gefährlichen Fahrt nicht nur zustimmte, sondern sie geradezu provozierte, nicht seine Einwilligung auch zum schuldhaften Verhalten Brügger's gegeben hatte, wie die Vorinstanz mit Recht ausgeführt hat, so ist darin doch ein Umstand zu erblicken, den er zu vertreten hat und der auch gegenüber den Klägern geltend gemacht werden kann. Das Bundesgericht hat schon wiederholt entschieden, dass derjenige, der zu einer an sich gefährlichen Fahrt Anlass gegeben hat, mindestens einen Teil des dabei entstandenen Schadens an sich zu tragen hat (vgl. die nicht gedruckten Urteile vom 25. November 1924 i. S. Nicod c. Vuilloud, vom 25. Mai 1925 i. S. Balmelli und Romieux c. Bosia, vom 12. April 1927 i. S. Jütz c. Bill). Nach Art. 36 Abs. 4 des bundesrätlichen Entwurfes zu einem Motorfahrzeuggesetz vom 12. Dezember 1930, wie er aus der bisherigen Beratung der eidgenössischen Räte hervorgegangen ist, genügt schon die Tatsache einer Gefälligkeitsfahrt, wenn den Automobilhalter kein Verschulden trifft, um den Schadenersatz herabzusetzen; umso mehr muss der Grundsatz unter dem geltenden Recht Anwendung finden, wenn die Gefälligkeitsfahrt richtigerweise wegen Zustandes der Beteiligten gar nicht

hätte unternommen werden sollen und wenn den Geschädigten oder Getöteten an der Vornahme ein wesentliches Mitverschulden trifft.

Diese Grundsätze führen nun ohne Weiteres zur Abweisung der Genugtuungsansprüche der Hauptberufungskläger und zur Gutheissung der Anschlussberufung. Die Würdigung der besondern Umstände des einzelnen Falles, die Art. 47 OR dem Richter zur Pflicht macht, lässt es nicht zu, den Hinterbliebenen hier Genugtuungssummen zuzusprechen, wo den Getöteten eine beträchtliche, wenn nicht die Hauptschuld daran trifft, dass nach Mitternacht und trotz der Wirkungen des Zechens auf die Beteiligten diese gefährliche Fahrt insceniert wurde. Das Bundesgericht hat es schon in ähnlichen Fällen abgelehnt, Genugtuungssummen zu gewähren (vgl. das zit. Urteil i. S. Jütz gegen Bill und dasjenige i. S. Neumann c. Gekhardt vom 14. September 1927), denn wenn auch ein Mitverschulden eine Genugtuung nicht schlechthin ausschliesst, kommt es doch auf das Mass des Mitverschuldens an, das im vorliegenden Fall nicht gering war.

Ausserdem bleibt zu beachten, dass die Ansprecher nicht Ehegatten, Kinder oder Eltern des Getöteten sind, sondern Geschwister und Geschwisterkinder, deren Schmerz wegen Verlustes eines nahen Verwandten doch nicht demjenigen der nächsten Verwandten gerader Linie gleichgestellt werden kann.

76. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Oktober 1931 i. S. Ritter gegen Beglinger.

Unfall eines an einer elektrischen Starkstromleitung beschäftigten Monteurs zufolge unerwarteter Stromeinschaltung. Haftung des Leiters des stromempfangenden Werkes dafür, dass das stromliefernde Werk von den betr. Arbeiten nicht in Kenntnis gesetzt worden war. Grobe Fahrlässigkeit.

Aus dem Tatbestand:

A. — Der Beklagte, Ingenieur Walter Ritter, bekleidete vom 1. März 1922 bis 1. März 1924 die Stelle eines Direktors des Gas- und Elektrizitätswerkes Uster. In dieser Eigenschaft erhielt er am 8. November 1923 vom Kreisbureau Oberland in Wetzikon der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (E. K. Z.) eine vom 7. gleichen Monats datierende Meldung (in Form einer Postkarte), dass wegen vorzunehmender Arbeiten die Stromlieferung zum Elektrizitätswerk Uster « Sonntag, den 11. November 1923 von ca. 13 $\frac{1}{4}$ Uhr bis ca. 14 Uhr » unterbrochen werden müsse. Die Karte enthielt auf der Adress-Seite den vorgedruckten Vermerk: « NB. Die E. K. Z. behalten sich für besonders dringende Fälle Änderungen an den umstehend genannten Zeiten vor. Es dürfen daher auf Grund vorliegender Anzeige allein keine Arbeiten an irgendwelchen Anlage teilen in Hoch- und Niederspannung vorgenommen werden, ohne dass diese noch für sich allein an Ort und Stelle abgeschaltet werden. Ist letzteres nicht möglich, so hat besondere Verständigung mit dem Kreisbureau über die genauen und verbindlichen Zeiten der Schaltungen stattzufinden. Die E. K. Z. lehnen jede Verantwortung für Unfälle und Schaden ab, welche aus Zuwiderhandeln gegen diese Vorschrift entstehen sollten ». Der Beklagte beschloss, diesen Stromunterbruch zu benützen, um einige Ausbesserungen in der Mess- und in der Transformatorenstation des Elektrizitätswerkes Uster vornehmen zu lassen, welche Arbeiten ohne Benachrichtigung und Verständigung mit den Organen der E. K. Z. ausgeführt werden konnten, weil eine Abschaltung der in Frage kommenden Anlage teile vor der Zuleitung des Stromes der E. K. Z. (von Aathal her) im Werke selbst möglich war. Der Beklagte erteilte seinem Chefmonteur Schnellli den Auftrag zu diesen Arbeiten am 10. November Mittags, wobei er ihn von der Meldung der E. K. Z. betreffend den in