

prouve pas le jeu. Dans l'espèce ces reports s'expliquaient par une baisse persistante qui, dans l'opinion des parties, devait bientôt avoir son terme. Il suit de ce qui précède que les indices relevés par la défenderesse ne suffisent pas à établir que l'intention origininaire des parties ait été d'exclure le droit et l'obligation de la livraison effective.

4° D'autre part il résulte de la correspondance entre les dites parties que, tout au moins à partir du 18 Décembre, Favre est revenu de sa première idée, qui était de ne pas lever les titres; qu'il s'est enquis à plusieurs reprises des conditions auxquelles il pourrait obtenir des fonds pour les lever, et pour échapper à la nécessité onéreuse des reports. Il paraît donc certain que pour les opérations faites postérieurement à la prédite date du 18 Décembre, le droit et l'obligation de la livraison effective n'étaient pas exclus dans l'intention des parties. Dans ces conditions l'exception de jeu doit être repoussée en ce qui concerne toutes les opérations litigieuses, et l'arrêt de la Cour réformé dans le sens de l'admission des conclusions de la demande.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel du canton de Fribourg, le 21 Février 1894, est réformé en ce sens que l'intervention faite par A.-M. Cherbuliez à Genève, agissant au nom et comme liquidateur de la masse J. Bulet au dit lieu, dans la faillite de Pierre Favre, ancien notaire à Bulle, est admise sur le même pied que les autres créances non privilégiées de la masse, ce nonobstant l'opposition faite à cette admission par les créanciers coalisés de la prédite faillite Favre.

86. Urteil vom 27. April 1894 in Sachen La Préservatrice gegen Egger.

A. Mit Urteil vom 1. März 1894 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt: Die Beklagte ist gehalten, den Klägern rückzuvergüten:

a. Die von den Klägern laut Urteil vom 26. August 1893 an Eduard Lörtscher, Josephs sel. ausbezahlte Entschädigung im Betrage von 4575 Fr.

b. Zins von dieser Summe seit 22. Oktober 1892 à 5 %.

c. Kosten laut gleichem Urteil 127 Fr.

B. Gegen dieses Urteil erklärte der beklagte Anwalt die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag, es sei das Klagebegehren abzuweisen und das Widerklagebegehren zuzusprechen. In der heutigen Verhandlung wiederholt er diesen Antrag; eventuell beantragt er, die eingeklagte Forderung zu ermäßigen, in dem Sinne, daß eine verhältnismäßige Repartition der Unfallsvergütung auf beide Parteien statfinde. Der Vertreter der Kläger beantragt, auf die Berufung nicht einzutreten, eventuell das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Joseph Eggers Söhne, welche eine mechanische Holzspalterei betreiben, haben sich bei der beklagten Unfallversicherungsgesellschaft versichert gegen die Folgen der sie treffenden Haftpflicht laut den schweizerischen Bundesgesetzen vom 25. Juni 1881 und 26. April 1887 für die Unfälle, von welchen ihre Arbeiter bei dem Betriebe betroffen werden könnten. Art. 3 der allgemeinen Bedingungen der Police erklärt als von der Versicherung ausgeschlossen unter andern solche Leute, welche mit Gebrechen behaftet sind, durch welche die Sehkraft geschwächt wird, es sei denn, daß die Gesellschaft eingewilligt habe, dieselben einzeln mittelst besondern Zusages in der Police, oder durch eine besondere Übereinkunft zu versichern. In Art. 16 ist bestimmt, daß bei den in Folge von Unfällen, welche den Entschädigungsberechtigten zugefallen sind, zwischen den Versicherten und Dritten, oder zwischen dem Versicherungsnehmer und den auf die Versicherung Berech-

tigten entstehenden Streitigkeiten die Gesellschaft den Prozeß im Namen des Versicherungsnehmers führt.

2. Am 22. Oktober 1892 erlitt nun der im klägerischen Geschäfte angestellte, im Jahre 1872 geborene Eduard Börtischer einen Unfall, indem ihm beim Zerschneiden von Rundholz ein an die Circularsäge gelegtes Stück aus der Hand gerissen und an den Kopf geschleudert wurde; dadurch wurde ihm das linke Auge so verletzt, daß es entfernt werden mußte. Dieser Unfall führte zu einem Haftpflichtprozeß des Börtischer gegen die heutigen Kläger, welcher auf Grund von Art. 16 der Policebestimmungen durch die Beklagte geführt wurde. Von der ersten Instanz wurde die Firma Joseph Eggers Söhne verurteilt, an Eduard Börtischer eine Entschädigung von 4575 Fr. mit Zins seit dem Tage des Unfalls und die Prozeßkosten zu bezahlen. In diesem Prozeß wurde ein Gutachten von Professor Pflüger und Dr. Büeler in Bern über die Folgen der Verletzung eingeholt. Dasselbe stellte fest, daß das dem Börtischer übrig gebliebene rechte Auge nur über $\frac{1}{10}$ Sehkraft verfüge, welcher Defekt in keinem Zusammenhange mit dem Unfall stehe, und daß auch das durch den Unfall verletzte linke Auge nicht die volle Sehkraft besessen habe. Jedenfalls sei aber die Sehkraft des linken Auges ungemein viel besser gewesen als diejenige des rechten, indem sonst die Beschäftigung des Börtischer als Fräser überhaupt unmöglich gewesen wäre.

3. Nach Empfang des erstinstanzlichen Urteils erließ die heutige Beklagte an die Firma Joseph Eggers Söhne eine Rundmachung, worin sie erklärte, durch dieses Urteil und insbesondere die Expertise sei dargetan, daß Börtischer zu der Kategorie der nach Art. 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen ausgeschlossenen Personen gehöre, was bisher verschwiegen worden sei, sie sehe sich daher veranlaßt, ihre Haftpflicht abzulehnen und der Firma den Fall Börtischer persönlich zu überlassen; ihr Anwalt habe bereits vorsorglich die Appellation erklärt, und es liege nun in der Wahl der Firma Joseph Eggers Söhne, derselben weitere Folge zu geben, oder den Abstand zu erklären. Die heutige Klägerin antwortete hierauf, sie bestreite, daß der erwähnte Art. 3 zur Anwendung gelange; von einer Appellation verspreche sie sich keinen Erfolg, sie anerkenne daher das erstinstanzliche Urteil

ohne weiteres, wobei es der Versicherungsgesellschaft freistehe, auf eigene Rechnung und Gefahr den Prozeß weiter zu führen. Bei der obergerichtlichen Verhandlung blieb dann die beklagte Partei aus, und es wurde das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

4. Nunmehr belangte die Firma Joseph Eggers Söhne die heutige Beklagte beim Amtsgericht Solothurn-Lebern auf Rückvergütung der der Klägerin in dem erwähnten Prozeß auferlegten Entschädigung an Eduard Börtischer im Betrage von 4575 Fr., nebst Zins à 5 % seit 22. Oktober 1892, sowie der Kosten von 127 Fr. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, und verlangte widerklagsweise Ersatz der ihr im Prozesse gegen Börtischer entstandenen Kosten im Betrag von 164 Fr. 10 Cts. Sie brachte an: Als sie für die heutige Klägerin den Prozeß gegen Börtischer geführt habe, sei ihr nicht bekannt gewesen, daß Börtischer bereits vor dem Unfall an den Augen gelitten habe. Erst bei der amtsgerichtlichen Verhandlung habe sie von dem Gutachten von Professor Pflüger und Dr. Büeler, und damit von dem Umstande Kenntnis erhalten, daß Börtischer zu den von der Versicherung ausgeschlossenen Personen gehöre. Sofort habe sie die Klägerin benachrichtigt, daß sie bei diesem Sachverhalt ihre Zahlungspflicht ablehnen müsse. Da aber die Appellationsfrist in Haftpflichtfällen nur drei Tage betrage, habe ihr Anwalt vorsorglich die Berufung an das Obergericht erklärt. Daß Börtischer an einem Gebrechen gelitten habe, welches den Ausschluß von der Versicherung gemäß Art. 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Folge habe, sei durch das erwähnte Gutachten unwiderleglich dargetan. Müßte aber Börtischer als außerhalb der Versicherung stehend betrachtet werden, so sei ohne Bedeutung, ob sein Gebrechen dem Laien erkennbar gewesen sei oder nicht. Dem Arbeitgeber liege die Pflicht ob, seine Arbeiter untersuchen zu lassen, unterlasse er es, so geschehe das auf seine Gefahr. Ebenso sei ohne Bedeutung, daß der Versicherungsnehmer den Arbeiter in die Liste aufgenommen, und für ihn Prämien bezahlt habe. Die Beklagte habe übrigens mit Chargé-Brief vom 23. Juli 1893 der klägerischen Firma die für Börtischer bezahlten Prämien zur Verfügung gestellt. Die Klägerin replizierte, daß die Versicherungsgesellschaft zahlungspflichtig sei, wenn der Versicherungs-

nehmer sich bei der Anstellung der betreffenden Arbeiter in gutem Glauben befunden und die vorhandenen Gebrechen nicht gekannt habe. Dies sei hier der Fall; nicht nur sei an Lörtcher bis zum eingetretenen Unfall nichts Auffälliges bemerkt worden, sondern derselbe habe stets seine Arbeit als Fräser ohne irgend dabei gehindert zu sein und ohne Beschwerde verrichtet. Der Klägerschaft könne nicht zugemutet werden, bei der Anstellung ihrer zahlreichen und sehr häufig stellenwechselnden Arbeiter eine Untersuchung durch einen Arzt, oder, wie es hier nach Ansicht der Beklagten notwendig gewesen wäre, durch einen Spezialisten vornehmen zu lassen.

5. Die beiden kantonalen Instanzen haben die Klage zugesprochen. Die Erwägungen des obergerichtlichen Urteils gehen dahin: Bei der hier zu entscheidenden Frage, ob der Verunglückte auf Grund von Art. 3 der Policebestimmungen vom Vertrag ausgeschlossen sei, müsse geprüft werden, wie weit die Dilligenzpflicht des Versicherungsnehmers bei Anstellung von Arbeitern, die er versichern will, gehe. Nun werde es nur in ganz außerordentlichen Fällen dem aufmerksamen Laien möglich sein, einen Mangel der Sehkraft wahrzunehmen, und es könne auch dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, in allen Fällen seine Arbeiter bei der Anstellung ärztlich auf ihre Sehkraft untersuchen zu lassen, so lange nicht der Versicherungsvertrag ihn ausdrücklich dazu verpflichte. Überdies haben die Kläger den Beweis geleistet, daß Lörtcher schon früher, und seit er in ihrem Dienste gestanden, das Fräsen besorgt habe, ohne daß an ihm ein Mangel an Sehkraft wahrgenommen worden sei. Haben somit die Kläger bei Einstellung und Versicherung des Lörtcher der von ihnen billigerweise zu erwartenden Dilligenzpflicht Genüge geleistet, so sei der zwischen ihnen und der Beklagten abgeschlossene Versicherungsvertrag auch bezüglich des Lörtcher als in Kraft bestehend zu betrachten und die Beklagte daher zum Ersatz der eingeklagten Summen zu verurteilen.

6. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist heute vom klägerischen Vertreter bestritten worden, und muß überdies von Amtswegen geprüft werden. Hinsichtlich des Streitwertes ist sie für die Hauptklage ohne weiteres gegeben; aber auch für die Widerklage

ist sie, obgleich diese den gesetzlichen Minimalbetrag nicht erreicht, begründet, da zwischen Haupt- und Widerklage ein Präjudialverhältnis besteht. Auch das weitere Erfordernis, ein nach eidgenössischem Gesetze zu entscheidender Zivilrechtsstreit, ist vorhanden. Da die Gesetzgebung des Kantons Solothurn keine Bestimmungen über den Unfallversicherungsvertrag enthält, so ist der Prozeß nach den allgemeinen dem eidgenössischen Obligationenrecht angehörenden Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Durchaus irrtümlich ist es, wenn der klägerische Vertreter heute die bundesgerichtliche Kompetenz deswegen in Abrede gestellt hat, weil das kantonale Urteil auf tatsächlicher Feststellung beruhe, deren Überprüfung dem Bundesgericht nicht zustehe. Die Frage, in wie weit das Bundesgericht an die Feststellung des tatsächlichen Streitgegenstandes gebunden sei, hat mit der Kompetenzfrage nichts zu tun. Erstere Frage wird erst dann wirksam, wenn die Kompetenzfrage bereits gelöst ist; erst wenn das Bundesgericht materiell auf die Sache eintritt, kann sich fragen, in wie weit dasselbe durch die kantonalrichterliche Feststellung des Tatbestandes gebunden sei. Es ist aber auch gar nicht richtig, daß der Entscheid der Vorinstanz lediglich auf tatsächlicher Feststellung beruhe. Derselbe stützt sich vielmehr auf rechtliche Erwägungen über den Umfang der dem Arbeitgeber imputierten Dilligenzpflicht. Ob aber diese Erwägungen stichhaltig seien und ob überhaupt der Entscheid in der Hauptsache von dieser Dilligenzfrage abhängig gemacht werden dürfe, bildet den Gegenstand nicht einer Tat- sondern eine Rechtsfrage, zu deren Überprüfung das Bundesgericht, da es sich um die Anwendung eidgenössischen Rechtes handelt, zweifellos kompetent ist.

7. In der Sache selbst erscheint nun die Auffassung des kantonalen Richters unrichtig, als sei für die Frage, ob der verunglückte Lörtcher von der Versicherung gemäß Art. 3 der Policebestimmungen ausgeschlossen sei, zu prüfen, ob der Versicherungsnehmer sein Gebrechen hätte kennen sollen oder nicht. Der citierte Art. 3 enthält eine nähere Umschreibung der vom Versicherer vertraglich übernommenen Unfallgefahr; danach soll von ihm nicht getragen werden das Risiko in Bezug auf Personen, die mit Gebrechen behaftet sind, durch welche die Sehkraft geschwächt wird. Trifft diese tatsächliche Voraussetzung bei dem Arbeiter Lörtcher

zu, so besteht für seine Person gar keine Versicherung, gleichviel, ob das fragliche Gebrechen dem Versicherungsnehmer bekannt war oder nicht. Der Umfang der vertraglichen Verpflichtungen des Versicherers war durch übereinstimmenden Parteinwillen an bestimmte objektive Tatsachen geknüpft, und konnte nicht durch eine entschuldbar irrige Annahme des Versicherungsnehmers auf Personen ausgedehnt werden, bezüglich welcher die Gefahr ausdrücklich nicht übernommen war. Daher kann es sich denn nur fragen, ob bei Lörtscher der in Art. 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen erwähnte Ausschließungsgrund zutreffe oder nicht. Da das Nichtvorhandensein eines solchen die Bedingung bildet, unter welcher der Vertrag überhaupt für seine Person Geltung hat, so kann es auch nicht darauf ankommen, ob in casu das die Ausschließung begründende Gebrechen mit dem eingetretenen Unfall in einem Kausalzusammenhang gestanden habe, vielmehr fragt es sich lediglich, ob dieses Gebrechen einen solchen Grad der Unfall- und Schadensgefahr bedingt habe, der laut der erwähnten Bestimmung vom Versicherer nicht übernommen worden ist. Damit ist nun auch bereits ausgesprochen, daß nicht jede noch so geringe Schwächung der Sehkraft nach Art. 3 der Versicherungsbedingungen zum Ausschluß von der Versicherung führen könnte, sondern nur eine solche, durch welche die Möglichkeit eines Unfalles erhöht und die Folgen eines solchen wesentlich erschwert werden, durch welche also das Risiko des Versicherers erheblich erhöht wird. Daß man es im vorliegenden Fall mit einem dergleichen Gebrechen zu tun hat, muß unbedingt angenommen werden. Das Expertengutachten stellt fest, daß das vom Unfall nicht berührte Auge des Lörtscher nur $\frac{1}{10}$ der normalen Sehkraft besitze, und daß auch das verletzte Auge nicht die volle Sehkraft gehabt habe. Dieser Defekt war nun jedenfalls so bedeutend, daß die Unfallgefahr, zumal bei dem Berufe des Lörtscher, dadurch erheblich erhöht wurde, er war aber auch geeignet, die Schadensfolgen ungünstiger zu gestalten; denn die Experten schlagen die Verminderung der Erwerbsfähigkeit bei Lörtscher in Berücksichtigung, daß das unverletzte Auge nur $\frac{1}{10}$ Sehschärfe besitzt, auf $\frac{2}{3}$ an, während sie dieselbe unter der Voraussetzung, daß dasselbe normale Sehschärfe hätte, auf nur $\frac{1}{3}$ taxieren würden. Aus

diesen Tatsachen ergibt sich unabweisbar, daß die Schwächung der Sehkraft bei Lörtscher ein Risiko für den Versicherer begründete, welches gemäß der erwähnten Bestimmung in Art. 3 der allgemeinen Versicherungsverbindungen von ihm nicht übernommen wurde.

8. Muß hienach die Hauptklage abgewiesen werden, so ergibt sich daraus die Gutheißung der Wiederklage von selbst. Wenn nämlich der verunglückte Lörtscher nicht im Versicherungsvertrag inbegriffen war, so hatte die Beklagte weder Veranlassung noch Pflicht, für den Versicherungsnehmer den von Lörtscher gegen ihn angehobenen Prozeß zu führen, und es ist die Klägerin daher verpflichtet, die lediglich in ihrem eigenen Interesse verursachten Auslagen der Beklagten, die im Quantitativ nicht bestritten worden sind, derselben zu ersetzen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das Urteil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 1. März 1894 ist aufgehoben; die Klage wird abgewiesen, und das Widerklagsbegehren der Rekurrentin zugesprochen.

87. Arrêt du 27 Avril 1894 dans la cause Claraz
contre Defforel.

1° Le mardi 11 Juillet 1893, Demoiselle Lucie Claraz, qui se trouvait depuis quelque temps en séjour d'été avec sa mère Elisabeth Claraz au Château d'Avry-devant-Pont (Fribourg) assistait à la messe matinale dans l'église paroissiale de cette localité, et elle s'y présenta pour recevoir la sainte communion. Le curé officiant, abbé Defforel, la lui refusa toutefois, sur quoi elle adressa à haute voix au dit curé, de manière à être entendue des assistants, l'épithète d'imposteur, et traita de canaillerie le procédé de ce prêtre. D'après la déposition d'un témoin, elle aurait dit encore au curé: « J'irai chez Monseigneur, grand imposteur, grande canaille. » Le