Cette rivalité engendre un danger spécial. L'amour-propre, l'émulation, l'appât d'un prix, la rivalité entraînent facilement les participants à ces joutes sportives à commettre des excès qui créent un risque spécial que l'assurance a voulu exclure (conf. RO 26 II 392). Mais, en l'espèce, J.-Th. Dahl était seul à traverser le Rhône et cet élément de concurrence et de compétition manquait à son entreprise pour qu'on puisse, par analogie, la faire rentrer dans cette catégorie d'exercices; cette énumération portant sur des exceptions doit du reste être interprétée limitativement.

L'art. 3 al. 2 de la police ajoute à l'énumération qui précède: « les autres entreprises hasardeuses qui présentent un danger spécial et qui ne sont pas couverts expressément par une disposition particulière de la police. » Le Tribunal fédéral a déjà déclaré que des clauses de ce genre sont licites (RO 19 35 et 26 II 392); mais la question à juger est celle de savoir si l'entreprise de J.-Th. Dahl était hasardeuse.

Pour résoudre cette question, la Cour d'appel du canton du Valais s'est placée au point de vue subjectif; elle y a répondu en tenant compte des circonstances personnelles de l'assuré. Elle a estimé que pour lui, vu sa constitution, son expérience et ses qualités de nageur, la traversée du Rhône n'était pas une entreprise hasardeuse présentant un danger spécial. La compagnie recourante estime, au contraire, que le juge doit se placer à un point de vue purement objectif et examiner si d'une manière générale la traversée du Rhône à Gampel, par un nageur couvert de sueur, au moment des hautes eaux et que le courant est violent et l'eau glacée, ne revêt pas le caractère d'une entreprise hasardeuse présentant un danger spécial. — Il est évident qu'en thèse générale les cas d'exclusion de l'assurance doivent autant que possible être déterminés d'après des éléments objectifs. Mais la chose n'est pas toujours absolument possible. Tel est le cas en l'espèce. Pour juger si une entreprise est hasardeuse, il faut nécessairement tenir compte, dans une certaine mesure, des circonstances et de l'individu en cause; l'élément subjectif joue un rôle essentiel. Pour un mauvais nageur ou un homme faible et sensible au froid, ce serait évidemment une entre-

prise hasardeuse présentant un danger spécial que de vouloir tenter la traversée du Rhône à la nage lorsque les eaux sont hautes et glacées; pour un homme qui ne sait pas nager ce serait un acte de folie; mais on ne peut en dire autant alors qu'il s'agit d'un homme d'une force herculéenne, robuste de constitution, qui a supporté les basses températures de la mer glaciale du Nord et qui a déjà fait plus d'une fois la traversée du Rhône. S'il était établi que J.-Th. Dahl ait connu l'existence du tourbillon qui l'a perdu et qu'il se soit volontairement hasardé en cet endroit pour chercher à vaincre une nouvelle difficulté, son entreprise pourrait être taxée d'entreprise hasardeuse présentant un danger spécial; mais tel n'est pas le cas et les circonstances dans lesquelles le défunt a tenté la traversée du Rhône ne permettent pas, pour ce qui le concerne, de faire rentrer cette entreprise parmi les exceptions de l'art. 3 al. 2 de la police. C'est donc à bon droit que les conclusions de la compagnie défenderesse ont été repoussées.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et le jugement rendu entre parties le 31 janvier 1907 par la Cour d'appel et de cassation du canton du Valais est confirmé en son entier.

81. Urteil vom 11. Oktober 1907

in Sachen **Stuber**, Bekl. u. Ver.=Kl., gegen **Kofmehl**,
Kl. u. Ver.=Bekl.

Bereicherungsklage, Art. 70 ff. OR. — Bundesrecht und kantonales Prozessrecht.

A. Durch Urteil vom 13. Juli 1907 hat das Obergericht des Kantons Solothurn über die Rechtsfrage:

„Ob der Beklagte gehalten sei, dem Kläger den Betrag von „7603 Fr. 25 Cts. nebst Zinsen vom Zeitpunkte der Inbesitz-

„nahme an und zu dem von der Kantonal-Ersparniskasse angewendeten Zinsfuße, sowie Verzugszinsen zu 5% vom Tage der Klagerhebung an, sowie die Obligationen der Solothurner Kantonalbank vom 2. Oktober 1905 Nr. 9458—9461 à 1000 Fr. und Nr. 9462 von 500 Fr., zusammen im Betrage von 4500 Franken, samt Zinsen seit der Errichtung und Verzugszinsen seit dem Tage der Klagerhebung zurückzuerstatten?“

erkannt:

Der Beklagte hat dem Kläger den Betrag von 7503 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu 5% seit Anhebung der Klage (27. August 1906), und den Betrag von 4500 Fr. nebst Zins zu 3 $\frac{3}{4}$ % seit 2. Oktober 1905 bis 27. August 1906 und nebst Zins zu 5% seit 27. August 1906 zurückzuerstatten.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage auf gänzliche Abweisung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten Gutheißung der Berufung beantragt und dabei eventuell den Antrag gestellt, der Vorbehalt bezüglich Zulässigkeit der Geltendmachung der Gegenforderungen des Beklagten sei in das Dispositiv aufzunehmen.

Der Vertreter des Klägers hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der im Jahre 1832 geborene Kläger ist seit dem Jahre 1896 oder 1897 im Dienste des Beklagten, des Landwirts Stuber in Lommiswil (vormals in Bettlach). Er hatte bei der Kantonal-Ersparniskasse Solothurn ein Vermögen angelegt, das sich auf 31. Dezember 1900 auf 11,063 Fr. 95 Cts. belief. Vom Jahre 1901 bis 2. Oktober 1905 zog er sein ganzes Guthaben im Gesamtbetrage von 12,103 Fr. 25 Cts. allmählig zurück; am letztgenannten Tage legte er 4500 Fr. auf der Solothurner Kantonalbank in 3 $\frac{3}{4}$ %igen Obligationen dieses Institutes an. Schon vorher hatte er gemeinsam mit dem Beklagten auf dem Advokaturbureau Dr. W. in Solothurn Rücksprache genommen, behufs Abschlusses eines lebenslänglichen Vertrages; am 30. September 1905 hatten sie dann einen Vertrag abge-

schlossen, dessen Sinn dahin ging, daß der Beklagte sich verpflichtete, den Kläger bis zu dessen Lebensende in gefunden und kranken Tagen zu pflegen, und der als „Dienstvertrag“ überschrieben war. Mit Urteil vom 12. März 1906 sprach das Amtsgericht Solothurn-Lebern, veranlaßt durch die Rückbezüge des Klägers bei der Kantonal-Ersparniskasse, die Bevormundung über den Kläger aus, und mit Klage vom 27. August 1906 hat nun der Vogt des Klägers, namens des letztern, die vorliegende Klage, mit dem aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren, erhoben, das darauf gestützt wird, der Beklagte habe sich successive ohne rechtmäßigen Grund in das Vermögen des Klägers gesetzt. Der Beklagte hat vor den kantonalen Instanzen den Standpunkt eingenommen: den Betrag von 4500 Fr. habe ihm der Kläger in Obligationen zu Eigentum übergeben; eine Obligation von 1000 Fr. habe er dem Kläger zurückerstattet; der verbleibende Betrag von 3500 Fr. bilde das Äquivalent dafür, daß der Beklagte den Kläger seit zirka 10 Jahren bei sich aufgenommen und verpflegt habe. In Art. 13 seiner Antwort hat sich der Beklagte ausdrücklich das Recht vorbehalten, „falls er zur Rück-„erstattung verhalten würde, dem Kläger für den seit 10 Jahren „aufgewendeten Unterhalt, Pflege und gehabte Auslagen zc. Rech-„nung zu stellen und nötigenfalls klageweise geltend zu machen.“ Die erste Instanz hat den Standpunkt des Beklagten, es liege Schenkung vor, zurückgewiesen mit der Begründung, es fehle am Schenkungswillen; sie hat sodann die Klage grundsätzlich für begründet erklärt aus der Erwägung, die Absicht der Parteien, ein Leibsverding abzuschließen, sei nicht in gesetzlich gültiger Weise verwirklicht worden. Dagegen hat sie von dem zurückgeforderten Betrage, von dem sie angenommen hat, er sei in das Vermögen des Beklagten geflossen, 100 Fr., die der Kläger selber zurückgezogen habe, abgezogen, weiter aber auch die Aufwendungen, die der Beklagte für den Kläger, der nach ihrer Feststellung alt und gebrechlich war und nicht mehr arbeiten konnte, gemacht habe, in Abzug gebracht; sie schätzt diese Aufwendungen auf 400 Fr. pro Jahr, zusammen, für 9 Jahre, auf 3600 Fr. Sie hat demnach den Beklagten verurteilt, dem Kläger 3903 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu 5% seit Anhebung der Klage zu bezahlen. Die zweite

Instanz stellt sich dagegen in ihrem in Fakt. A mitgeteilten Urteile auf den Standpunkt, die Klage sei als *Condictio* zu qualifizieren; hinsichtlich der vom Richter erster Instanz gemachten Abzüge für Aufwendungen des Beklagten führt sie aus: Der Beklagte habe kein bezügliches Begehren gestellt; das Amtsgericht habe mit diesem Vorgehen die prozessualischen Grundsätze, daß der Richter nicht *ultra petita partium* gehen dürfe, verletzt; ein derartiger Abzug sei im gegenwärtigen Prozesse unzulässig. Dagegen bleibe dem Beklagten das Recht gewahrt, seine allfälligen Gegenansprüche in einer selbständigen Klage geltend zu machen.

2. Durch die Vorinstanzen ist in für das Bundesgericht verbindlicher, weil nicht aktenwidriger, Weise festgestellt, daß das gesamte Vermögen, das der Kläger auf der Kantonal-Ersparniskasse angelegt hatte, mit Ausnahme eines Betrages von 100 Fr., dem Beklagten zugeworfen ist. Mit seiner Klage macht der Kläger geltend, dieser Vermögensübergang sei ohne Grund erfolgt; er erhebt also eine Bereicherungsklage, und zwar im Sinne von Art. 70, 71 und 73 OR. Da der Kläger selber nicht behauptet, daß der Beklagte in bösem Glauben gewesen sei oder sich böswillig der Bereicherung entäußert habe, erscheint als Gegenstand der Bereicherung das, was der Empfänger (der Beklagte) zur Zeit der Rückforderung noch hat, und zwar ohne Grund; das, wofür er Gegenleistungen gemacht hat, ist nicht grundlos in seinem Vermögen, es kann daher auch nicht „Bereicherung“ darstellen und nicht den Gegenstand der Bereicherungsklage bilden.

3. Wird nun an Hand dieser Grundsätze und im Rahmen der Anträge der Parteien vor Bundesgericht (Art. 79 Abs. 3 OG) die Begründetheit der Klage und das Urteil der Vorinstanz nachgeprüft, so ist als erster Punkt, über den sich der Beklagte beschwert, der Entscheid über die Obligationen hervorzuheben: Der Beklagte behauptet, dadurch, daß die Vorinstanz dem Kläger den Betrag der Obligationen in Geld zugesprochen, statt daß sie die Rückstattung der Obligationen selbst angeordnet habe, sei sie *ultra petita* gegangen. Allein dieser Berufungsangriff geht von vornherein aus dem Grunde fehl, weil es eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes ist, ob die Vorinstanz trotz des auf Rückforderung der Obligationen in natura gerichteten Klagebe-

gehrens berechtigt war, eine Rückerstattung in Geld anzuordnen; ein Grundsatz eidgenössischen Rechts wird dadurch im vorliegenden Falle jedenfalls nicht zu Ungunsten des Beklagten (der einzig Berufungskläger ist) verletzt; der Kläger aber, der allenfalls durch den Entscheid der Vorinstanz beschwert sein könnte, hat sich dabei beruhigt. In diesem Punkte ist also das angefochtene Urteil zu bestätigen; insbesondere erscheint auch die Zuspredung des Zinses richtig: Beim Zins zu $3\frac{3}{4}\%$ vom 2. Oktober 1905 bis zur Klageanhebung handelt es sich nicht um Verzugszins, sondern um den gewöhnlichen Zins, um den der Beklagte mit dem Kapital grundlos bereichert ist; erst von der Klageanhebung an läuft der Verzugszins. Letzterer wäre richtiger Weise von Kapital plus Bereicherungszins zu fordern; da jedoch der Kläger selbst nicht so weit geht, muß es beim Urteil der Vorinstanz sein Bewenden haben. Daß der Beklagte die Obligationen auf Grund von Schenkung besitze, hat er nach dem der Überprüfung des Bundesgerichts in diesem Punkte entzogenen Entscheide der Vorinstanz nicht dargetan. Ob er Gegenforderungen geltend zu machen befugt ist, ist im nachfolgenden zu untersuchen.

4. Hinsichtlich des Restbetrages ist davon auszugehen, daß die Bereicherung stetsfort vorhanden ist, da es sich um Geld handelt (vergl. BGE 19 S. 304 Erw. 3; Revue 11 Nr. 69 und BGE 30 II S. 331 Erw. 7). Dagegen hat sich nun der Beklagte auf den Standpunkt gestellt, er habe das Vermögen des Klägers nicht grundlos empfangen, sondern der Empfang sei erfolgt auf Grund der Verpflegung des Klägers durch den Beklagten während fast 10 Jahren und auf Grund des „Dienstvertrages“ der Parteien vom 30. September 1905. Diese Einwendung ist zu hören; soweit der Beklagte Gegenleistungen gemacht und nachgewiesen hat, liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht vor. Hierüber ist nun zu bemerken: Die Qualifikation des angerufenen Vertrages als „Dienstvertrag“ hält offensichtlich vor den tatsächlichen Verhältnissen nicht stand; es ist ganz klar, daß der Beklagte, der den Kläger in seinen Diensten hatte, nicht ihm seinerseits Dienste leisten wollte, als deren Entgelt er das Vermögen des Klägers empfing. Dagegen war die Absicht der Parteien zweifellos auf einen Verpfändungsvertrag (ein „Leibsverding“) gerichtet. Nun

untersteht dieser Vertrag dem kantonalen Recht (Art. 523 OR); wenn daher die Vorinstanz gefunden hat, ein Verpfändungsvertrag sei mangels der gesetzlichen Requisite nicht zu Stande gekommen, so ist dieser Entscheid der Nachprüfung des Bundesgerichts entzogen. Damit aber ergibt sich, da Schenkung auch hier (was übrigens wiederum die Vorinstanz endgültig entscheidet) nicht in Frage kommen kann, daß der Beklagte in der Tat grundlos in das Vermögen des Klägers gelangt ist, soweit er nicht Gegenleistungen gemacht hat. Hinsichtlich der letztern hat er sich in der Antwort das Klagerrecht vorbehalten; darin, daß die erste Instanz trotzdem im vorliegenden Prozesse Gegenansprüche in Abzug gebracht hat, findet die zweite Instanz eine Verletzung des Grundsatzes « ne eat iudex ultra petita partium ». Allein sie verkennt hiemit das Wesen des Bereicherungsanspruchs und verletzt die Grundsätze des eidgenössischen Rechts über diesen Anspruch: Die Bereicherung kann nur soweit gehen, als der Beklagte nicht Leistungen für den Kläger aufgewendet hat; es darf daher nicht eine Bereicherungsklage unter Vorbehalt der Rückforderung der Gegenansprüche in einem selbständigen Prozesse zugesprochen werden, wenn wenigstens das Bestehen der Gegenansprüche behauptet und wahrscheinlich gemacht ist. Letzteres ist hier der Fall, insofern als die ganze Stellungnahme des Beklagten mit darin besteht, Gegenleistungen zu behaupten. Wenn nun die erste Instanz gestützt hierauf und auf die Beweisergebnisse die Gegenleistungen des Beklagten nach ihrem freien Ermessen und offenbar in Anwendung ihrer Sach- und Personalkennntnis abgeschätzt hat, so erscheint das nach dem oben gefagten im Grundsatz richtig; eine Verletzung des Grundsatzes « ne eat iudex ultra petita partium » kann darin nicht gefunden werden, da vom Standpunkte des eidgenössischen Rechtes aus zu sagen ist, daß im Antrag auf Abweisung eines Bereicherungsanspruchs in toto auch der Antrag auf Herabsetzung — infolge Abzuges von Gegenansprüchen, für einen Betrag also, in dem Bereicherung nicht vorhanden ist — liegt; der angeführte Grundsatz ist hier nicht etwa rein prozessualer Natur, sondern in der gedachten Richtung mit von Erwägungen materiellen Rechtes, und zwar des eidgenössischen Rechtes, beherrscht. Ist sonach das grundsätzliche Vorgehen der ersten Instanz zu billigen, so erscheint

die Höhe des Abzuges als Sache der tatsächlichen Feststellung. Eine Auktenergänzung hierüber empfiehlt sich um so weniger, als sie von keiner Partei beantragt ist und als die zweite Instanz lediglich aus dem erwähnten rechtsirrtümlichen Motiv zu ihrem Vorbehalt gelangt ist, ohne die Schätzung der ersten Instanz im geringsten einer Kritik zu unterziehen. Der von der Vorinstanz zugesprochene Betrag von 7503 Fr. 25 ist daher um 3600 Fr., d. h. auf 3903 Fr. 25 Cts. herabzusetzen. Betreffend die Zinspflicht hat es beim Urteile der Vorinstanz sein Bewenden; eine Benachteiligung des Beklagten liegt im Entscheide der Vorinstanz jedenfalls nicht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird dahin als begründet erklärt, daß, in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 13. Juli 1907, der Beklagte verurteilt wird, dem Kläger zu bezahlen:

- a) 3903 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu 5 % seit Anhebung der Klage (27. August 1906);
- b) 4500 Fr. nebst Zins zu 3 $\frac{3}{4}$ % vom 2. Oktober 1905 bis 27. August 1906 und zu 5 % von da an, —
und die Mehrforderung des Klägers abgewiesen wird.

82. Urteil vom 12. Oktober 1907 in Sachen

Ritter, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Drenfus, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Schädigung durch ein Werk, Art. 67 OR. Mangelhafter Unterhalt oder fehlerhafte Erstellung?

A. Durch Urteil vom 3. Juni 1907 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil hatte gelautet: Die Klage ist abgewiesen.

B. Der Kläger hat gegen das appellationsgerichtliche Urteil rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht