

untersteht dieser Vertrag dem kantonalen Recht (Art. 523 OR); wenn daher die Vorinstanz gefunden hat, ein Verprüfungsvertrag sei mangels der gesetzlichen Requisite nicht zu stande gekommen, so ist dieser Entschied 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 Klagerecht vorbehalten; darin, daß die erste Instanz trotzdem im vorliegenden Prozesse Gegenansprüche in Abzug gebracht hat, findet die zweite Instanz eine Verlezung des Grundsatzes «ne eat iudex ultra petita partium». Allein sie verkennt hiermit 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 Rücksforderung 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 Personalkenntnis abgeschätzt hat, so erscheint das nach dem oben gesagten im Grundsatz richtig; eine Verlezung 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 Rechts, und zwar des eidgenössischen Rechts, beherrscht. Ist sonach das grundsätzliche Vorgehen der ersten Instanz zu billigen, so erscheint

die Höhe des Abzuges als Sache der tatsächlichen Feststellung. Eine Altenergänzung 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 herabzusezen. Betreffend die Zinspflicht hat es beim Urteile der Vorinstanz sein Bewenden; eine Benachteiligung des Beklagten liegt im Entschiede 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 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 Dreyfus, Bell. u. Ber.-Bell. 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 lautet: Die Klage ist abgewiesen.

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

eingelegt. Er erklärt, die ursprüngliche Forderung von 32,888 Fr. 35 Cts. auf die Hälfte, d. h. auf 16,444 Fr. 15 Cts., nebst Zins zu 5 % seit 30. November 1905 zu reduzieren, und stellt den Antrag:

Es sei unter Aufhebung des zweitinstanzlichen Urteils die Haftbarkeit des Beklagten für den dem Kläger zugestossenen Schaden grundsätzlich zu bejahen und die Streitsache zwecks Festsetzung der Höhe der dem Kläger zuzusprechenden Entschädigung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diesen Berufungsantrag erneuert.

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

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 30. November 1905, abends zirka  $5\frac{1}{2}$  Uhr, kam der Kläger, Obst- und Gemüsehändler Ritter, in das Obst- und Gemüsegeschäft des Beklagten an der Socinstraße 35 in Basel, um im Keller Äpfel zu besichtigen. Da der Beklagte nicht anwesend war, begleitete die Mutter des Beklagten den Kläger in den Keller. Hier stürzte der Kläger in das Loch des Warenaufzuges, wobei er sich erhebliche Verletzungen zuzog. Die erste Instanz (deren tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen sich die zweite Instanz ohne weiteres anschließt) gibt auf Grund des von ihr vorgenommenen Augenscheins folgende Beschreibung vom fraglichen Keller: „Dieser Keller ist ein sehr großer und ansehnlich hoher Raum. Einige hölzerne Pfeiler stützen die Decke. „Den Wänden entlang ist Ware aufgespeichert und die verschiedenen Sorten sind durch nicht hohe Fächer von einander getrennt. In der Mitte ist ein breiter freier Durchgang. Rechts von diesem Gange, wenn man die Kellertreppe hinunter und etwa drei Meter weit gegangen ist, befindet sich im Kellerboden ein etwa  $1\frac{1}{2}$  Meter im Quadrat und ebenso tiefes ausgemauertes Loch, dazu bestimmt, den Warenaufzug, wenn er heruntergekommen ist, aufzunehmen, so daß der Boden des Aufzuges auf den des Kellers geebnet ist. Dieses Loch ist von keiner Schranke umgeben. Zwei Meter etwa von diesem Loche entfernt befindet sich an der Decke eine elektrische Lampe, welche vom Magazin aus

„angedreht wird, wenn man in den Keller hinuntergeht, und nur dort oben auch wieder abgedreht werden kann.“ Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger den Beklagten für die Folgen des Unfalls haftbar, und zwar in erster Linie als Eigentümer eines Werks, gestützt auf Art. 67 OR; in zweiter Linie als Geschäftsherrn, gemäß Art. 62 OR. Als mangelhafte Einrichtung und Unterlassung macht er geltend: Das Unterlassen einer Einfriedung des Loches für den Warenaufzug und die mangelhafte Beleuchtung. Die erste Instanz hat, gestützt auf die Zeugenaussagen (in Verbindung mit dem Augenschein), festgestellt, daß das Loch deutlich sichtbar war bei Brennen auch nur des einen Lichtes, und daß jedenfalls ein Licht über dem Durchgang brannte; ferner, daß der Kläger rechtzeitig vor der Grube gewarnt worden war. Sie hat die Klage aus diesem Grunde, wegen Selbstverschuldens des Klägers, abgewiesen, ohne zu untersuchen, ob ein Haftungsgrund vorliegen würde.

2. Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen hat der Kläger in der Berufungsbegründung nicht angefochten, und das mit Recht; denn Alenwidrigkeit hätte sich nirgends nachweisen lassen. Das Bundesgericht hat daher von dem in Erwägung 1 hier vor wiedergegebenen Tatbestand auszugehen und auf Grund dessen die Klage rechtlich zu würdigen. Dabei empfiehlt es sich, entgegen den Vorinstanzen, die grundsätzliche Frage der Haftung des Beklagten zu prüfen.

3. Was nun zunächst Art. 67 OR betrifft, so kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Grube, in die der Kläger gefallen, als „Werk“ im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung zu betrachten ist. Dagegen gehört zum Klagefundament weiter, daß der Schaden durch mangelhaften Unterhalt oder durch fehlerhafte Anlage oder Herstellung des Werkes verursacht sei. Auch heute hat der Vertreter des Klägers wiederum die mangelhafte Beleuchtung als Ursache in diesem Sinne heranziehen wollen; allein dieser Punkt ist durch die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen endgültig erledigt. Des Weiteren stellt der Kläger namentlich darauf ab, der Beklagte hätte die Grube einfriedigen sollen. Dem steht aber der Zweck der Grube und die Art ihrer Verwendung entgegen: eine Einfriedigung würde den Gebrauch der

Grube wesentlich beeinträchtigen und erschweren; derartige Gruben für Aufzüge pflegen denn auch erfahrungsgemäß nicht eingefriedigt zu werden. In Betracht fällt auch, daß der Keller und damit die Grube keineswegs jedermann zugänglich ist, sondern daß es sich um den privaten Keller des Beklagten handelt, zu dem Dritten der Zugang nur in Begleitung des Beklagten oder seiner Leute gestattet ist. Der Vertreter des Klägers hat heute § 71 des PolStrG für Basel-Stadt angerufen, nach dessen Ziffer 1 strafbar ist „wer gegen die ihm gegebene polizeiliche Weisung verabsäumt, in seinem Eigentum befindliche gefährliche Stellen mit festen Geändern oder andern zureichenden Sicherungsmitteln zu versetzen“. Allein abgesehen davon, daß diese Gesetzesverletzung vom Kläger vor den kantonalen Instanzen nicht angerufen worden ist und daß es sehr zweifelhaft erscheint, ob das Bundesgericht deren Vorhandensein überhaupt nachprüfen kann (vergl. Art. 83 OG) — es kann kaum gesagt werden, die Vorinstanz habe die Bestimmung nicht beachtet, da sie vom Kläger gar nicht geltend gemacht wurde —, so sind jedenfalls die tatsächlichen Voraussetzungen einer Verlezung nicht nachgewiesen, neu zu bereit Nachweis vorgebrachte Behauptungen aber können vom Bundesgericht gemäß Art. 80 OG nicht gehört werden. Anderweitige Tatsachen, die einen mangelhaften Unterhalt oder eine fehlerhafte Anlage erkennen lassen, hat der Kläger nicht geltend gemacht, und das Klagefundament aus Art. 67 OG fällt damit dahin.

4. Aus den gleichen Gründen kann aber auch nicht von einem eigenen Verschulden des Beklagten die Rede sein, worauf übrigens der Kläger erst heute abgestellt hat.

5. Endlich ist auch die Haftung aus Art. 62 OG nicht gegeben, nachdem festgestellt ist, daß alles zur Einrichtung der Grube Mögige getan und namentlich, daß der Kläger gewarnt worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 3. Juni 1907 in allen Teilen bestätigt.

**83. Arrêt du 26 octobre 1907, dans la cause  
Giraud contre Monigatti.**

**Cession de créance hypothécaire, art. 198 CO, droit cantonal et droit fédéral.** Le droit cantonal règle la cession des créances hypothécaires en son entier, y compris la garantie du cédant.

A. — Par acte notarié du 14 septembre 1903, Didolo Giraud a, moyennant versement de 23 000 fr., cédé et transporté aux consorts Monigatti, sous la seule garantie de son existence, une créance hypothécaire de pareille somme, à prendre sur celle qu'il possédait contre la Société immobilière de l'Angle de Belmont en vertu d'actes notariés des 6 juin et 7 septembre 1903 ; le cédant a subrogé les cessionnaires, à concurrence de cette somme de 23 000 fr., dans le bénéfice de l'inscription prise à son profit au bureau des hypothèques de Genève, au vol. 418, n° 213.

En vertu de cet acte, les consorts Monigatti obtinrent, le 3 novembre 1904, un jugement du Tribunal de première instance de Genève condamnant la Société immobilière à leur payer la somme de 23 000 fr. avec tous accessoires. Mais par arrêt du 20 octobre 1906 la cour de justice civile déclara l'action mal fondée et débouta les demandeurs de leurs conclusions, les demandeurs ne pouvant pas, a dit la cour, mesurer plus de droits que leur auteur Giraud. Cet arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes.

B. — Le 15 décembre 1904, la Société immobilière de l'Angle de Belmont a été déclarée en faillite. Par jugement du 9 avril 1906, confirmé par arrêt de la Cour de justice civile de Genève du 26 mai suivant, les actes notariés des 6 juin et 7 septembre 1903 qui constituaient la créance hypothécaire de Giraud contre la Société immobilière ont, — ensuite d'un procès débattu entre lui et la masse en faillite, — été annulés, de même que l'inscription d'hypothèque figurant aux registres fonciers.

Giraud a, en revanche, été reconnu créancier chirographaire pour une somme à déterminer par experts, arrêtée