

Rolle eines Gehülfen des zum Abschluss bevollmächtigten Durrer. Kann er aber nicht als ein dem Geschäfte fernstehender, von aussen einwirkender Dritter im Sinne des Gesetzes angesehen werden, so muss der Kläger als Geschäftsherr sein Handeln gleich dem eigenen gegen sich gelten lassen (vergl. auch den genannten Bundesgerichtsentscheid in Erw. 4 a. E.; STAUDINGER, Kommentar zum BGB 5./6. Aufl. § 123, IV, 3 b). Der Auffassung, dass Sigrist « Dritter » sei, steht zudem das Darlehensverhältnis entgegen, in dem er sich vor dem Abschluss des Vertrages zum Kläger befunden hat und dessen Liquidation der beabsichtigte Kauf dienen sollte: Insofern war Sigrist am Kaufabschluss wirtschaftlich ebenfalls interessiert und rechtlich mittelbar beteiligt.

7. — Laut dem Gesagten gelangt man schon auf Grund von Art. 28 OR mit der Vorinstanz zur Abweisung der eingeklagten Kaufrestanzforderung und es braucht daher nicht mehr geprüft zu werden, wie es sich mit der Einrede des wesentlichen Irrtums verhalte. Ebenso wird die Berufung des Beklagten auf die Art. 216 ff. OR und 2 ZGB gegenstandslos.

8. — In seinen Antwortbegehren hat sich der Beklagte nicht darauf beschränkt, die Abweisung der Klageforderung zu verlangen, sondern im weitern auf Rückerstattung der schon geleisteten Kaufpreistraten und auf Ersatz des ihm durch den Kauf entstandenen Schadens angetragen (ohne freilich, was das notwendige Korrelat dieser Anträge oder doch des ersten davon gewesen wäre, die Rückfertigung der gekauften Liegenschaft anzubieten und zu fordern). Über diese Begehren hat die Vorinstanz nicht geurteilt und da die Akten hier der Ergänzung bedürftig sind, so liesse sich fragen, ob nicht eine Rückweisung des Falles nach Art. 82 OG Platz zu greifen habe, wenn auch von keiner Partei ein dahingehender Antrag gestellt wurde. Nun hat aber vor der Vorinstanz, soviel ersichtlich, weder der Kläger

noch der Beklagte etwas dagegen eingewendet, dass jene weiteren Begehren unbeurteilt blieben, und sodann hängt die Bedeutung und Wirkung ihrer Nichtbeurteilung zunächst vom kantonalen Prozessrechte ab, wie denn auch wohl die Parteien, wenn sie zu einer nachträglichen Erledigung dieser Begehren im jetzigen Prozessverfahren gelangen wollten, den Vorentscheid vor allem auf dem Wege des nach der kantonalen ZPO dazu dienlichen Rechtsmittels, etwa der Kassationsbeschwerde hätten anfechten müssen. Bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich, einfach auf Bestätigung des die Klageforderung abweisenden vorinstanzlichen Urteils zu erkennen, in der Meinung, dass damit die Parteien nicht gehindert sein sollen, ihre übrigen Rechtsbeziehungen aus dem Kaufgeschäfte in einem neuen Prozesse der richterlichen Beurteilung zu unterstellen, falls sie nicht dazu kommen sollten, sich auf Grund des gegenwärtigen Entscheides zu verständigen.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 16. Mai 1914 bestätigt.

90. Arrêt de la 1^{re} section civile du 9 octobre 1914
dans la cause Dupont contre Barber.

Exception de jeu. Disproportion alléguée entre la fortune du spéculateur et l'importance des ordres de bourse. Fardeau de la preuve. Fortune suffisante pour se procurer le crédit nécessaire pour lever successivement les titres. Exception écartée.

A. — Au commencement de 1911, le défendeur Barber-Treves est entré en relations avec Donat Dupont

par l'intermédiaire de son ami Schweizer, employé chez Dupont.

Barber-Treves, médecin établi à Genève, avait une belle clientèle, il possédait une automobile et était installé luxueusement; il passait pour avoir une jolie fortune, lui-même a dit à plusieurs témoins qu'il avait de 500 000 à 600 000 fr. déposés soit à Genève, soit en Amérique. L'instance cantonale a considéré comme établi qu'à Genève il avait en dépôt des titres pour une valeur de 150 000 à 175 000 fr.

En février Dupont a acheté en bourse de Londres, pour le compte de Barber, 300 Oriental Mining; ces titres ont été reportés une fois, puis levés par Barber qui en a payé le prix par un chèque sur Londres.

Cette première affaire a été suivie d'une série d'opérations à terme traitées en bourse de Londres, Genève et Paris et toutes liquidées par simple différence. Ces opérations, heureuses jusqu'à la fin de mai, soldèrent en perte dès cette date; la perte s'accrut pendant l'été à la suite de la baisse provoquée par l'affaire d'Agadir.

Le 3 octobre Dupont a adressé à Barber son compte soldant au 30 septembre par 52 230 fr. 15 à son débit.

B. — Par exploit du 19 octobre 1911, Dupont a ouvert action au défendeur en paiement de 52 230 fr. 15; en cours d'instance il a amplifié sa demande à 53 256 fr. 90, une opération non encore terminée à la date de l'ouverture d'action ayant soldé en perte pour Barber.

Barber a admis les opérations faites jusqu'au 31 mai et s'est reconnu débiteur, de ce chef, de 2246 fr. 70. Pour le surplus il a conclu à libération en invoquant l'exception de jeu.

Le Tribunal de première instance a écarté l'exception de jeu et a admis les conclusions du demandeur à concurrence de 52 230 fr. 15.

Barber a appelé de ce jugement en reprenant ses conclusions de première instance. Le demandeur a formé

appel incident en concluant à ce que la somme allouée soit portée à 53 256 fr. 90.

Par arrêt du 29 novembre 1913, la Cour de justice civile a admis l'exception de jeu pour toutes les opérations commencées après le 31 mai 1911 et elle a renvoyé les parties à établir le compte du défendeur comprenant toutes opérations commencées avant le 31 mai.

Sur le vu de ce compte et par arrêt du 22 mai 1914, la Cour a condamné le défendeur à payer pour solde au demandeur 4656 fr. 20.

Dupont a recouru en réforme au Tribunal fédéral. Il conclut avec suite de dépens à ce que Barber soit condamné à lui payer 53 256 fr. 90 avec intérêts de droit.

Statuant sur ces faits et considérant

en droit:

...2. — Quant à l'exception de jeu invoquée, il y a lieu de l'examiner à la lumière des principes posés par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et qui trouvent leur application aussi bien sous l'empire du CO révisé que sous l'empire du CO ancien (v. arrêts du Tribunal fédéral du 16 mai 1913 Frigerio contre Fürst & C^{ie} et du 17 mai 1913, Hoirs Schnitzer contre Rutishauser et Stüssi). L'exception de jeu ne pourra donc être admise que si, d'après l'intention concordante des parties manifestée expressément ou tacitement, le droit et l'obligation de prendre livraison et d'effectuer la livraison des titres ont été exclus, de telle sorte que seule la différence fasse l'objet du marché.

On ne saurait admettre avec l'instance cantonale que tel ait été le cas en l'espèce, Ce qu'il importe tout d'abord de relever, c'est que le défendeur ne soulève pas l'exception de jeu à propos des opérations antérieures au 31 mai 1911. Il reconnaît ainsi implicitement que jusqu'à cette date il n'existait aucun accord entre les parties excluant la livraison effective des titres et aussi bien cela est évident puisque, dans un cas tout au

moins, les titres ont été levés par Barber. Pour qu'on dût admettre l'exception à l'égard des opérations postérieures, il faudrait que, à partir du 31 mai, il fût survenu un fait nouveau d'où l'on pourrait conclure que l'intention première des parties s'est modifiée et qu'elles ont entendu donner à leurs relations un caractère différent. Or, toute preuve d'un fait semblable fait défaut. Les opérations ont continué à se dérouler dans les mêmes conditions, elles ont porté sur les mêmes titres ou dans tous les cas sur des valeurs qui n'avaient pas un caractère spéculatif plus prononcé que les titres achetés au début et notamment que ceux dont le défendeur avait pris livraison. L'argument que l'instance cantonale tire de la nature des titres et de la solution des opérations est donc sans valeur. On ne peut pas non plus objecter que l'ampleur même des ordres donnés par Barber à partir du 31 mai impliquait une modification de la situation antérieure et laissait supposer que désormais la livraison des titres était exclue : en effet, le chiffre des opérations n'a augmenté que progressivement et il serait tout à fait arbitraire d'admettre que brusquement dès le 31 mai, sans convention nouvelle expresse, les parties sont tacitement tombées d'accord pour exclure le droit et l'obligation de donner et de prendre livraison.

Mais d'ailleurs, même si l'on isole de tout ce qui l'a précédée la position de Barber à la date où elle a atteint le chiffre le plus élevé (598 210 fr.), on ne saurait dire qu'il existât entre le montant des opérations et la fortune du défendeur une disproportion telle que la livraison effective des titres fût par là même exclue. Si l'instance cantonale a relevé une telle disproportion, c'est par suite d'une évaluation inexacte des deux termes de comparaison, c'est-à-dire de la fortune de Barber, d'une part, et, d'autre part, de l'importance des engagements pris.

En ce qui concerne la fortune du défendeur, c'est à tort que la Cour de justice civile a jugé qu'il incombait

au demandeur Dupont de prouver qu'elle atteignait réellement le chiffre de 600 000 fr. qui lui avait été indiqué. Il est bien évident que c'est au contraire à celui qui invoque l'exception de jeu à prouver que ses moyens financiers ne lui permettaient pas de prendre livraison des titres. En faisant ainsi abstraction des biens que possède Barber en Angleterre et aux Etats-Unis sous prétexte que le chiffre n'en a pas été établi par le demandeur, le jugement attaqué déplace au préjudice de ce dernier le fardeau de la preuve et l'évaluation à laquelle il aboutit (200 000 à 250 000 fr.) ne fournit donc pas une base sûre de discussion. En outre, c'est à tort qu'il néglige et la valeur du mobilier du défendeur et ses gains professionnels importants, car ce sont là des éléments dont on doit tenir compte pour juger des ressources réelles du défendeur et de celles que le demandeur a pu légitimement lui supposer.

Quant à l'importance des engagements pris, l'instance cantonale se borne à exposer que le montant des achats était au 10 juillet supérieur au chiffre — d'ailleurs erroné — de la fortune attribuée à Barber et que par conséquent il était hors d'état de prendre livraison. Ce raisonnement repose sur une conception déjà réfutée par le Tribunal fédéral (voir notamment arrêt cité du 17 mai 1913 : *Journal des Tribunaux* 1914, p. 378, *in fine*), à savoir que la fortune du spéculateur doit être assez grande pour lui permettre de payer le prix des titres achetés. Il suffit, au contraire, que grâce à sa fortune et à la valeur des titres achetés il puisse normalement se procurer le crédit nécessaire pour l'acquisition effective et pour supporter les risques d'une variation défavorable de prix. Or, en l'espèce, il n'est pas douteux qu'avec les fonds dont il disposait et ceux qu'il pouvait se procurer par le nantissement des titres Barber était en mesure de lever successivement la totalité des valeurs achetées et de supporter les variations de cours qui en fait se sont traduites par une perte de 50 000 fr. environ.

chiffre notablement inférieur à celui de la fortune du défendeur.

Ainsi donc la preuve n'a pas été rapportée que Barber se fût interdit de prendre livraison et que Dupont eût renoncé au droit de livrer les titres. L'exception de jeu doit par conséquent être écartée....

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis et l'arrêté attaqué est repoussé en ce sens que Barber est condamné à payer à Dupont, avec intérêts de droit, la somme de fr. 53,256.90.

91. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Oktober 1914
i. S. Attenhofer, Kläger,
gegen Versicherungsgesellschaft « Le Soleil », Beklagte.

Auslegung einer Versicherungsbestimmung mit sog. Glieder-
taxen. Ermittlung der Entschädigung für einen Unfall,
dessen Wirkung auf die Erwerbsfähigkeit des Versicherten
dem Grade nach zwischen den Wirkungen zweier in der
Police speziell vorgesehener Verstümmelungen liegt.

A. — Der Kläger hat am 1. Oktober 1905 eine Unfall-
versicherung mit der Beklagten abgeschlossen. Art. 3 der
deutsch und französisch redigierten Police lautet in der
deutschen Fassung (welche in den für den vorliegenden
Prozess wesentlichen Punkten eine genaue Uebersetzung
des französischen Textes darstellt) :

« Die Gesellschaft verpflichtet sich :

- » 1. Im Invaliditätsfalle zu Leistung einer Entschädi-
gung an den Versicherten selbst.
- » Die Invalidität wird in drei Grade eingeteilt :
- » 1. Grad : Bleibende, gänzliche Unfähigkeit zu jeder
» Arbeit (gänzlicher Verlust beider Augen oder zweier

» Glieder) ; dieselbe berechtigt zu der in den besondere
» Policebedingungen festgesetzten Entschädigung.

» 2. Grad : Gänzlicher Verlust eines Beines, eines
» Fusses, eines Armes oder einer Hand, welcher zu der
» Hälfte der für die Invalidität ersten Grades gewährten
» Entschädigung berechtigt.

» 3. Grad : Verlust eines Auges, dreier Finger, oder
» zweier Finger einschliesslich des Daumens, ebenso wie
» alle Verletzungen, die eine, oben nicht aufgeführte, aber
» gleichbedeutende Invalidität im Gefolge haben, berech-
» tigen zu einer Entschädigung gleich dem zehnten Teil
» des für Verletzungen ersten Grades garantierten Be-
» trages.

» 2. Im Falle vorübergehender gänzlicher Arbeits-
» unfähigkeit, welche den Versicherten hindert, seiner ge-
» wohnten Beschäftigung nachzugehen, zu einer in den
» Spezialbedingungen festgesetzten Tagesvergütung, aber
» für die Dauer von höchstens neunzig Tagen.

» Ist die Arbeitsunfähigkeit keine absolute, so reduziert
» sich die Entschädigung auf die Hälfte. »

Die Unterschrift des Klägers am Fusse der Police
lautet : « Alf. Attenhofer, Tapezierer. »

Am 14. Juni 1912 erlitt der Kläger bei seiner beruf-
lichen Arbeit infolge Sturzes von einer Leiter einen
Unfall, der eine bleibende Versteifung des Hüftgelenks
bewirkte. Der gerichtliche Experte hat die auf den
Unfall zurückzuführende Verminderung der Erwerbs-
fähigkeit des Klägers als Tapezierers auf 75 % und als
Tapezierermeisters auf 10 % veranschlagt.

B. — Am 21. November 1912 fand über folgendes
Rechtsbegehren des Klägers der erfolglose Vermittlungs-
vorstand statt :

« Feststellung und Auszahlung der dem Kläger laut
» Versicherungsvertrag zukommenden Entschädigung für
» den am 14. Juni 1912 erlittenen Unfall, Präzision und
» richterliches Ermessen vorbehalten; unter Kostenfolge. »

In seiner « Prozesseingabe » vom 12. Dezember 1912