

berufen können, dass deren gewählte Form überhaupt, im Allgemeinen, geeignet wäre, auf eine besondere Herkunft der Ware hinzudeuten. Eine solche Wirkung der Verpackungsart ist aber überall da schlechterdings ausgeschlossen, wo sie einfach dem natürlichen Bedürfnis und allgemeinen Gebrauch, wie die Ware in Verkehr gebracht und aufbewahrt wird, entspricht, und so verhält es sich mit der in Rede stehenden Verpackung von Christbaumkerzen. Das gewählte System der Schachteln ist, wie sich auch aus den bei den Akten liegenden Mustern ergibt, für Behältnisse von Gegenständen dieser Art und Form nichts neues; es entspricht einem von vorneherein gegebenen praktischen Bedürfnis und kann, da es sich nicht etwa um eine gewerbliche Erfindung der Klägerin handelt, von dieser nicht monopolisiert werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. Februar 1920 bestätigt.

29. Arrêt de la 1^{re} section civile du 31 mai 1920
dans la cause **Holrs B.** contre **dame C.-F.**

Responsabilité de l'avorteuse envers les héritiers d'une femme morte des suites de l'avortement.

Dame Sophie B., femme divorcée, mère de cinq enfants, est décédée le 5 juin 1914 des suites d'un avortement pratiqué sur elle par dame F., sage-femme à Genève, avec l'assistance du D^r B. Ses enfants — dont l'un était majeur lors du décès et dont les autres étaient âgés de 7, 10, 15 et 19 ans — ont ouvert action à dame F. (qui, en cours de procès, s'est mariée avec

le sieur C.) et ils lui ont réclamé une indemnité de 20 000 fr.

Par arrêt du 20 février 1920 la Cour de justice civile a alloué aux demandeurs une indemnité de 3000 fr. ; faute de preuve suffisante d'un dommage matériel, elle a estimé que les demandeurs n'avaient droit qu'à une réparation morale et elle a réduit de 5000 fr. à 3000 fr. l'indemnité de ce chef pour tenir compte de la faute commise par dame B.

Les demandeurs ont recouru en réforme en reprenant l'intégralité de leurs conclusions.

La défenderesse s'est jointe au recours et conclut à libération.

Considérant en droit :

L'instance cantonale constate que la défenderesse est une avorteuse de profession et que les manœuvres abortives qu'elle a pratiquées sur dame B. ont entraîné la mort de cette dernière. Bien loin d'être contraire aux pièces du dossier, cette constatation de fait s'imposait au vu du résultat des enquêtes qui ne laissent subsister aucun doute sur l'activité criminelle de la défenderesse et sur les conséquences fatales qu'elle a eues en l'espèce.

D'autre part, il ne saurait être question de libérer la défenderesse de toute responsabilité en considération de la faute commise par la victime qui s'est soumise à une opération dont elle ne pouvait ignorer ni le caractère illicite, ni les risques. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a jugé récemment dans une affaire d'avortement très analogue (arrêt du 2 mai 1918, dame D. c. demoiselle K.), l'auteur de l'acte illicite peut invoquer l'art. 44 al. 1 CO, non seulement lorsque l'action lui est intentée par la victime elle-même, mais aussi lorsque ce sont les personnes privées de leur soutien qui font valoir les droits directs qui leur appartiennent en vertu de l'art. 45 al. 3 ; en pareil cas, elles peuvent se voir opposer les causes de suppression ou de réduction de l'indemnité qui ont leur fonde-

ment dans la conduite du défunt (v. aussi dans ce sens RO 18 p. 347, 31 II p. 285 et 629, 40 II p. 281, 43 II p. 187 ; cf. § 846 BGB). Mais ici, au point de vue de la gravité de la faute, il n'y a aucune comparaison à établir contre la culpabilité de l'auteur du dommage qui, par pur esprit de lucre, a pratiqué une opération criminelle que rendait particulièrement dangereuse l'état de grossesse avancé de dame R. — et celle de la victime qui, dans un moment d'effolement et confiante dans l'habileté de la défenderesse, s'est mise entre ses mains.

C'est dès lors avec raison que l'instance cantonale a admis le principe de la responsabilité de la défenderesse. Quant à la quotité de l'indemnité accordée pour tort moral en application de l'art. 47 CO, la réduction de $\frac{2}{5}$ du chef de l'imprudence relevée à la charge de dame B. paraît excessive d'après ce qui vient d'être dit et ne tient pas compte suffisamment de la prépondérance manifeste de la faute de la sage-femme. En outre la Cour a eu tort de refuser toute indemnité pour dommage matériel. La demande est, il est vrai, fort peu explicite sur ce point. Toutefois il résulte du dossier que les 4 enfants de dame B étaient encore mineurs, que 3 d'entre eux tout au moins, âgés de 7, 10 et 15 ans, étaient évidemment incapables de gagner eux-mêmes leur vie, que leur mère pourvoyait à leur entretien au moyen des ressources que lui procurait l'exploitation d'une pension et qu'ainsi sa mort les a privés de leur soutien (art. 45 al. 3 CO). Si l'on considère l'ensemble de ces circonstances, il se justifie donc d'augmenter sensiblement le chiffre de l'indemnité allouée par l'arrêt attaqué et de la fixer *ex æquo et bono* à la somme de 10,000 fr., cette somme portant intérêts dès le 2 juin 1915.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le recours par voie de jonction est rejeté.

Le recours principal est partiellement admis et l'arrêt

attaqué est réformé dans ce sens que l'indemnité due par la défenderesse est portée à 10 000 fr. avec intérêts légaux.

30. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juni 1920

i. S. Schweizerische Gasglühlicht-A.-G.

gegen Rothenbach & Cie.

Zusicherung einer festen vom Jahresgewinn unabhängigen Aktiendividende durch Dritten. Garantversprechen oder Bürgschaft? Fälligkeit der Zahlungspflicht des Garanten. Klausel *rebus sic stantibus* bei einseitiger Garantie eines bestimmten Ertrages aus einer Unternehmung.

A. — Die Klägerin ist Eigentümerin von 20 Prioritätsaktien à 1000 Fr. der Kommandit-A.-G. Affoltern am Albis Rothenbach & Cie. Nach § 25 der Statuten dieser Gesellschaft erhalten die Prioritätsaktien von zusammen 150,000 Fr. eine Vorzugsdividende von 5% ihres Nominalwertes, welche durch die Beklagte den Prioritätsaktionären garantiert wurde. In Ausführung dieser Statutenbestimmung hat die Beklagte am 8. Juli 1907 eine Bürgschaftsverpflichtung unterschrieben, in der sie sich verpflichtete, « jedem einzelnen Inhaber von Prioritätsaktien gegenüber für die statutarisch zugesicherte Dividende von 5% des Nominalwertes, also für einen jährlichen Ertrag von 50 Fr. per Aktie, als Solidarbürge und Selbstzahler zu haften und zwar für solange, bis das ganze Prioritätsaktienkapital zurückbezahlt sein werde ». Diese Verpflichtung wurde zuhanden sämtlicher Prioritätsaktionäre der Spar- und Leihkasse Bern « in Verwahrung gegeben ». Die Gasversorgung Affoltern erzielte für das Geschäftsjahr 30. April 1916-17 einen Gewinn von 3978 Fr. 10 Cts. Die Generalversammlung vom 18. August 1917 beschloss, ihn auf das folgende Geschäftsjahr vorzutragen und zugleich die Dividende der Prioritätsaktionäre zu stunden. Der erzielte Gewinn figurirt denn