La Cour a estimé superflu d'examiner les autres motifs de divorce invoqués par la demanderesse.

Ensuite du recours en réforme interjeté par dame A., le Tribunal fédéral, par arrêt du 21 avril 1910, a déclaré la demande de la recourante fondée et a prononcé que le juge avait aussi à statuer sur les autres motifs de divorce invoqués par elle.

Considérant en droit :

Contrairement à l'opinion émise par la Cour d'appel, il y a lieu d'examiner le bien fondé du moyen de la demanderesse basé sur les injures graves et les sévices dont son mari se serait rendu coupable envers elle.

La recourante peut à juste titre demander qu'il soit statué sur tous les motifs qu'elle a invoqués, ne serait-ce que pour éviter l'annulation du prononcé de divorce si, par suite de réforme, ou de revision, la seule cause prise en considération par les juges devenait caduque.

---

2. Allgemeines Obligationenrecht. — Code des obligations.

30. Urteil vom 29. April 1910 in Sachen Basler Versicherungsgesellschaft gegen Feuerschaden, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Bernoulli, Kl. u. Ber.-Bekl.

Versicherung gegen Einbruchdiebstahl. *Policebestimmung, wonach die Versicherung sich nicht erstreckt auf Einbruchdiebstahl, der « vom Versicherten durch eigene grobe Verschuldung herbeigeführt oder von einem Mitgliede seines Haushaltes ausgeführt » wird. Grobes Verschulden des Versicherten wegen der Einstellung und angeblich mangelhaften Ueberwachung einer am Diebstahl beteiligten Dienstmagd? Die « **Ausführung** » **des Diebstahls durch einen Hausgenossen** setzt dessen Täterschaft oder Mittäterschaft — im Gegensatze zur blossen Gehilfenschaft — voraus. Fehlender Nachweis der Alleinoder Mittälerschaft des in Frage kommenden Hausgenossen (Dienstmagd). Für den Berufungsrichter verbindliche Feststellung des einschlägigen Tatbestandes (Würdigung von Indizien).*

A. — Durch Urteil vom 18. Januar 1910 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt in dieser Rechtsstreitsache erkannt:

„Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt."

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und die Anträge gestellt und begründet:

1. Die kantonalen Urteile aufzuheben und die Klageforderung gänzlich abzuweisen.

2. Eventuell, unter Aufhebung dieser Urteile den Schaden zwischen den Parteien gemäß den Ausführungen der vor Appellationsgericht eingereichten nachträglichen Eingabe der Beklagten zu verteilen.

C. — Der Kläger hat in seiner Rechtsantwort den Antrag gestellt und begründet: Es sei die Berufung abzuweisen und das appellationsgerichtliche Urteil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — * Durch Police Nr. 827 hat der Kläger Daniel Alfred Bernoulli, der mit seiner Familie ein Landhaus in Arlesheim bewohnt, darin befindliches Mobiliar bei der Beklagten, der „Basler Versicherungsgesellschaft gegen Feuerschaden", für 21,400 Fr. gegen Einbruchsdiebstahl versichern lassen. § 1 der allgemeinen Versicherungsbedingungen bestimmt: „Die Gesellschaft versichert gegen die „Gefahr des Abhandenkommens und der Beschädigung der in der „Police aufgeführten Gegenstände mittelst in diebischer Absicht un„ternommenen Einbruchs in die als Versicherungsort bezeichneten „Räumlichkeiten..... Dem Einbruch gleich erachtet wird die Er„öffnung von Türen und Behältnissen durch falsche Schlüssel oder „andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werk„zeuge, ferner das Einsteigen und, sofern der Diebstahl zur Nacht„zeit erfolgt, auch das Einschleichen in die Versicherungsräumlich„keiten..... Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Einbruch„diebstahl, der vom Versicherten vorsätzlich oder durch eigene grobe „Verschuldung herbeigeführt oder von einem Mitgliede seines „Haushalts oder während der Geschäftszeit von einem Angestellten „seines Geschäfts ausgeführt wird."

---

* Zum Teil gekürzt. *(Anm. d. Red. f. Publ.)*

Am Donnerstag, den 4. März 1909, waren der Kläger und seine Frau ausgegangen und hatten die Magd Johanna Kubik mit einem 3 Monate alten Kinde allein im Hause gelassen. Als die Frau abends zurückkehrte, waren die Magd und viele Gegenstände (Silber- und Schmucksachen, Revolver, Herren- und Damenkleider) verschwunden. Der Kläger verlangte nun von der Beklagten die in der Police (§ 10) vorgesehene Abschätzung des Schadens. Darauf wurde der Verlust an Silber- und Schmucksachen auf 3401 Fr. festgesetzt. Auf eine Schätzung auch der übrigen Gegenstände ließ sich die Beklagte jedoch nicht mehr ein und bestritt, gestützt auf die über den Diebstahl gemachten Erkundigungen, ihre Ersatzpflicht.

Der Kläger reichte darauf Klage ein, worin er das Hauptbegehren stellte: Die Beklagte habe ihm 3401 Fr. nebst 5 % Zins von der Rechtskraft des Urteils an, sowie die durch im Abschätzungsverfahren festzustellende Entschädigung für den Rest der gestohlenen Gegenstände zu bezahlen.

Die beiden kantonalen Gerichte haben die Forderung des Klägers von 3401 Fr. nebst Zins gutgeheißen, und da der Kläger sich beim vorinstanzlichen Entscheide beruhigt hat, liegt heute nur noch dieses Begehren in Streit.

Der Kläger hat seine Klage darauf gestützt, daß der Diebstahl von einem gewissen Kustiak, der sich auch Franz Hermann nannte, begangen worden sei und die Kubik diesem nur Beihilfe geleistet habe, unter welchen Umständen die Ersatzpflicht der Beklagten Platz greife. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen, weil der Diebstahl nach der Art seiner Ausführung keinen unter die Police fallenden Einbruchsdiebstahl darstelle, weil der Kläger den Diebstahl durch Fahrlässigkeit verschuldet habe und weil endlich ein Mitglied des klägerischen Haushaltes, die Magd Kubik, ihn begangen habe oder doch daran beteiligt sei. Vor Appellationsgericht hat die Beklagte nachträglich noch geltend gemacht: Der Kläger habe wider besseres Wissen das versicherte Mobiliar zu niedrig bewertet, was die Beklagte laut § 5 Abs. 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen von der Entschädigungspflicht befreie. Eventuell hätte die Beklagte nach § 2 Abs. 1 dieser Bedingungen den Gesamtschaden nur im Verhältnis des vom Versicherer angegebenen zum wirklichen Werte der Gegenstände zu tragen.

2. — . . . . (Abweisung des Einwandes der Beklagten betr. die zu niedrige Bewertung des versicherten Mobiliars).

3. — Daß man es mit einem Diebstahl zu tun hat, der nach der Art und Weise seiner Ausführung unter die Police fällt, nämlich mit einem Diebstahl mittelst „Eröffnung von Behältnissen durch falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge", bestreitet die Beklagte mit Recht nicht mehr, sondern sie beruft sich nur noch auf die zwei Ausnahmebestimmungen, wonach ihre Ersatzpflicht entfällt, wenn der Diebstahl durch eigenes grobes Verschulden des Versicherten herbeigeführt oder wenn er von einem Mitgliede seines Haushaltes ausgeführt wird.

4. — Hinsichtlich der ersteren Einwendung zunächst ist in allen Punkten der vorinstanzlichen Auffassung beizupflichten, daß die von der Beklagten aufgestellten Behauptungen rechtlich ungeeignet seien, um eine grobe Fahrlässigkeit des Klägers darzutun. Eine solche liegt vorerst nicht in der Einstellung der Kubik als Magd, da diese von einer bekannten Stellenvermittlerin in Basel empfohlen wurde, und da sich ihr Dienstbuch, wenn darin auch etwas radiert war, doch nicht auf den ersten Blick als gefälscht auswies. Und ebensowenig läßt sich eine gröbliche Mißachtung der Diligenzpflicht in der Entlassung der andern Magd erblicken oder darin, daß man die Kubik trotz ihrer Schwangerschaft in Dienst behielt. Hinsichtlich ihrer Ehrlichkeit gab sie zu keinen Bedenken Anlaß, wußte sich gut zu verstellen und sofort das Vertrauen ihrer Herrschaft zu gewinnen. Diese durfte sich daher auch, als sie in der Nacht vom 3. März vom Estrich her Geräusche vernahm, mit der plausibel klingenden Erklärung der Kubik beruhigen, daß diese Geräusche von der daselbst sich aufhaltenden Hauskatze verursacht worden seien.

5. — Was den andern für den Ausschluß der Ersatzpflicht angerufenen Grund betrifft, so ist zunächst die fragliche Policebestimmung mit der Vorinstanz dahin auszulegen, daß ein Diebstahl, der von einem Mitgliede des Haushaltes „ausgeführt" wird, nicht schon vorliegt, wenn dieses Mitglied einem Dritten als dem eigentlichen Täter Beihülfe leistet, sondern daß es, wenn nicht als Täter, so doch als Mittäter beteiligt sein muß. Dafür spricht schon der Wortlaut der Bestimmung. Indem diese von der „Ausführung" des Diebstahls durch den Hausgenossen spricht, beschränkt sie deutlich die Nichtentstehung eines Ersatzanspruches auf den Fall der

Täterschaft oder Mittäterschaft, deren strafrechtliche Natur eben in der „Ausführung" des Verbrechens besteht, im Gegensatz zur bloßen Gehilfenschaft, die nur eine Unterstützung der Ausführungshandlung in sich schließt (vergl. v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, 6. Aufl., §§ 50 und 51). Auch die Beklagte mußte sich, als sie diese Policebestimmung verfaßte, über den allgemein sprachlichen und den damit übereinstimmenden juristisch-technischen Sinn dieser Fassung klar sein; und jedenfalls fehlt ein hinreichender Grund für die Annahme, sie habe dem Passus eine andere Bedeutung beilegen wollen. Ein solcher Grund liegt namentlich nicht darin, daß, wie die Beklagte unter Berufung auf ein Urteil des k. k. Oberlandsgerichts Wien (abgedruckt in der österreichischen Versicherungszeitschrift, Nummer vom 27. Februar 1909, Nr. 8) darzutun versucht, die nämlichen Erwägungen, die sie zur Ablehnung ihrer Haftpflicht in dem einzig ausdrücklich vorgesehenen Falle der Alleintäterschaft des Hausgenossen bewogen hatten, gleicherweise für den Fall der Gehülfenschaft beständen, so namentlich der Umstand, daß für den Hausgenossen die Gelegenheit zum Stehlen besonders groß sei, wodurch das Risiko der Gesellschaft hinsichtlich solcher Diebstähle sich erhöhe. Von diesem Standpunkte aus müßte man dazu kommen, neben der Gehülfenschaft auch alle andern Tatbestände strafrechtlicher Beteiligung, wie etwa die Begünstigung, als Ausschlußgründe zu behandeln, ja folgerichtig auch alle die Fälle, wo irgend eine andere nicht zum Hause gehörende Person, die aber in gleicher Weise Zutritt zu den Räumlichkeiten und Gelegenheit zur Aneignung hat, beteiligt ist. Eine solche ausdehnende Auslegung erweist sich aber als unzulässig, sobald man auch das Interesse des Versicherten, für möglichst viele der denkbaren Schadensereignisse gedeckt zu sein, und seinen diesem Interesse entsprechenden Präsumtivwillen beim Vertragsschlusse mit in Betracht zieht. Alsdann muß angenommen werden, die Parteien hätten diese in der Police nicht genannten Zwischenfälle, wo weder ein Dritter, noch der Hausgenosse allein den Diebstahl ausführt, so geschieden, daß bei der Mittäterschaft des Hausgenossen, bei der sein strafrechtliches Handeln im Verhältnis zu dem seines Komplizen am schwersten wiegt, keine Ersatzpflicht bestehen solle, wohl aber in den übrigen Fällen, bei denen der andere Beteiligte die Hauptrolle

spielt. Diese Auffassung vermag auch allein dem in Art. 33 BG über den Versicherungsvertrag aufgestellten Grundsatze zu genügen, wonach der Versicherer, der seine Haftpflicht für einzelne Ereignisse wegbedingen will, diese „in bestimmter, unzweideutiger Fassung" von der Versicherung ausschließen muß (vergl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 18 Nr. 28 S. 143 und 19 Nr. 14 S. 63).

Es fragt sich somit, ob die Magd Kubik, die ohne Zweifel infolge ihres Dienstverhältnisses Mitglied des Haushaltes im Sinne der Police gewesen ist, den Diebstahl allein oder als Mittäterin ausgeführt habe. Von einer Alleintäterschaft kann nun zunächst keine Rede sein, indem die Vorinstanz gestützt auf zahlreiche Indizien — namentlich darauf, daß die Kubik zur kritischen Zeit mit einer Mannsperson zusammen beim Hause gesehen wurde, daß man in ihrem Bett eine Herrenkravatte fand, daß Nachts im Keller ein Mann gesehen und daß dort nachher eine Halbmaske gleicher Art gefunden wurde, wie sie der Geliebte der Kubik in Basel getragen hatte, daß die Kubik mit diesem in Basel angekommen war und daselbst mit ihm gewohnt hat — zutreffend und jedenfalls nicht bundesrechtswidrig annimmt, daß eine Mannsperson, die sich Kustiak nannte, am Diebstahle hervorragenden Anteil genommen habe. Die von der Beklagten namhaft gemachte polizeiliche Erhebung, wonach Kustiak schon am 3. März nach Saargemünd abgereist wäre, brauchte die Vorinstanz nicht zu berücksichtigen, da sie nicht näher belegt ist und sich auf eine Äußerung des Kustiak selbst zu stützen scheint und da sie mit den übrigen Indizien, namentlich mit dem Auffinden der Maske, im Widerspruch steht. Es verbleibt also nur noch die Möglichkeit, daß die Kubik Mittäterin sei, wobei es der Beklagten obliegt, die dafür erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen nachzuweisen. Die Vorinstanz nimmt nun einen solchen Beweis für nicht erbracht an, indem sie erklärt, es sei nicht ermittelt, in welchem Umfange sich die Kubik an dem Verbrechen beteiligt habe; sie könne Mittäterin sein, habe aber auch möglicherweise ihrem Komplizen bloß Mithülfe geleistet, durch Verschaffung der Diebsgelegenheit, Öffnen des Hauses, Vorzeigung der Beute usw. Gegenüber dieser Auffassung, für die wiederum eine Reihe aktenmäßiger Anhaltspunkte angeführt werden (so, daß

die erbrochenen Kisten nur von einem Manne gewaltsam hätten geöffnet werden können und daß die Kubik bloß ein kleines Paket mit sich fortgenommen habe), kann die Beklagte mit ihrem gegenteiligen Standpunkt einer Mittäterschaft der Kubik vor Bundesgericht nicht aufkommen, weil sie weder auf einer Aktenwidrigkeit noch auf einer sonstigen Verletzung bundesrechtlicher Beweisnormen beruht, wie denn auch ein solcher Mangel gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheide gar nicht geltend gemacht worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 18. Januar 1910 in allen Teilen bestätigt.

---

31. Urteil vom 7. Mai 1910 in Sachen Mory, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Gurtner, Bekl. u. Ber.-Bekl.

***Vertragliche Verpflichtung** der **Hoteliers eines Fremdenortes gegenüber** einem die **Stelle des «Kurarztes»** an dem Orte **übernehmenden Arzte**, jedweden Versuch eines andern Arztes, dort die Praxis auszuüben, «entschieden abzulehnen». **Unanfechtbarkeit** dieser Verpflichtung **nach Art. 17 OR.** Nachweis ihrer Verletzung. **Schadenersatzanspruch** des Arztes.*

A. — Durch Urteil vom 26. November 1909 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„Dem Kläger ist sein erstes Klagsbegehren zugesprochen und „es wird der daherige Entschädigungsbetrag, den ihm der Beklagte „zu bezahlen hat, festgesetzt auf 3000 Fr. nebst Zins davon zu „5% seit 3. Februar 1905."

B. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Kläger hat den Antrag gestellt: Es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils der zugesprochene Entschädigungsbetrag auf 5000 Fr. eventuell auf einen gerichtlich zu bestimmenden Betrag zu erhöhen.

Der Beklagte hat beantragt: Es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage gänzlich abzuweisen, eventuell die gesprochene Entschädigung angemessen herabzusetzen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat jeder der Parteivertreter den von seiner Partei gestellten Berufungsantrag erneuert und auf Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger, der Arzt Dr. E. Mory, hat am 1. Juni 1902 mit dem Beklagten Emil Gurtner, dem Eigentümer und Leiter des Grand Hotels Adelboden, und mit vier andern Hoteliers dieses Kurortes einen Vertrag abgeschlossen, wonach er mit dem genannten Tage die Stelle eines Kurarztes in Adelboden zu übernehmen hatte und sich verpflichtete, in jeder Beziehung seine ganze Kraft einzusetzen und für das Gedeihen des Ortes nach bestem Wissen und Können beizutragen. Anderseits verpflichteten sich die Vertragsgegner solidarisch zu bestimmten Leistungen an den Kläger (einer „Miet"- und einer „Bar"-Entschädigung von je 600 Fr. jährlich und freier Verpflegung), sowie in Ziffer 4 des Vertrages zu folgendem: „Die unterzeichneten Hoteliers und Pensionshalter „verpflichten sich jeder einzeln, jedweden Versuch eines andern Arztes, „in Adelboden Praxis auszuüben, entschieden abzulehnen." Der Vertrag sollte vorläufig für ein Jahr und jeweilen für ein ferneres Jahr gelten, falls er nicht auf den 1. Januar gekündigt würde. Der Kläger trat die Stelle an und wurde in der Folge auch als Gemeindearzt gewählt. Daneben war er Präsident eines von ihm gegründeten Verkehrsvereins, dem sämtliche Hoteliers des Platzes angehörten. Nach Neujahr 1903 verlangte er beim Verkehrsverein, daß sein Vertragsverhältnis als Kurarzt um die drei folgenden Jahre verlängert werde, und am 28. Januar 1903 beschloß der Verein, in Abwesenheit des Beklagten, diesem Begehren entsprechend, den Kläger „unter den bisherigen Bedingungen" bis auf 1. Juni 1906 zu bestätigen. Dagegen wurde der Kläger in seiner Stellung als Gemeindearzt im Herbste 1903 durch Dr. Schär ersetzt.

Mit der vorliegenden, im Oktober 1905 eingereichten Klage macht nunmehr der Kläger geltend, der Beklagte habe die Ziffer 4 des Vertrages vom 1. Juni 1902 verletzt, indem er den Gemeindearzt Dr. Schär von seiner Etablierung an systematisch protegiert und namentlich die Patienten seines Hotels immer mehr und mit