

les personnes, objets du contrat. Or rien de semblable n'a eu lieu de la part du demandeur, et l'arrêt attaqué apparaît comme se justifiant également à ce dernier égard.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour de justice civile de Genève, en date du 17 Septembre 1892, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

137. Urtheil vom 17. Dezember 1892 in Sachen Wagner & Cie. gegen Portlandcementfabrik Rogloch und Firma Huber & Guggenbühl.

A. Durch Urtheil vom 13. Oktober 1892 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden nid dem Wald erkannt :

1. Die beiden Beklagtschaften haben an Klägerschaft wegen entzogenem Material folgende Entschädigungen zu leisten :

- a. Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rogloch
für die Zeit vor dem 8. Januar 1891 Fr. 666 66
für die Zeit nach dem 8. Januar 1891 „ 1300 —

Summa Fr. 1966 66

- b. Firma Huber & Guggenbühl . . . Fr. 1333 33

2. Die Regressklagen werden abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Klägerin und die beiden Hauptbeteiligten, die Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rogloch und die Firma Huber & Guggenbühl, die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt Namens der Klägerin Fürsprecher A. Reichel in Bern Zuspruch des Klagebegehrens in dem Sinne, daß der Entschädigungsfestsetzung der vom Experten berechnete Einheitspreis von 4 Fr. per Kubikmeter ohne Unterscheidung zweier verschiedener Zeitperioden, zu Grunde gelegt werde, eventuell Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Er bemerkt, er stelle seine

Anträge nur für den Fall, daß das Bundesgericht, was von Amtens wegen zu prüfen sei, sich in der Sache für kompetent erwachte; im Fernern verwahre er sich weitere Ansprüche für den Fall, daß seit der Rechtshängigmachung der Klage von der Beklagten Portlandcementfabrik Rogloch eine weitere Mergelausbeutung im Gebiete des klägerischen Mergellagers sollte stattgefunden haben. Namens der beklagten Portlandcementfabrik Rogloch, beantragt Fürsprecher Burri in Luzern, die Klage sei gänzlich abzuweisen, eventuell haben die Beklagten mehr nicht als 97 Fr. 60 Cts. zu bezahlen, subeventuell der Klägerin einen Ausshub von 976 Kubikmeter in gleichwerthigem Mergel zu ersetzen, unter Kostenfolge; auch bezüglich der Regressklage sei das angefochtene Urtheil einer Remedur zu unterwerfen. Namens der beklagten Firma Huber & Guggenbühl beantragt Fürsprecher Käslin in Stans gegenüber der Hauptklage, es sei der Zeuge Josef Blättler einzuvernehmen, eventuell sei heute schon die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen, weiter eventuell sei die der Klägerin zuzusprechende Entschädigung auf höchstens 120 Fr. festzusetzen und seien die Prozeßkosten entsprechend zu vertheilen. Gegenüber der Regressklage erklärt er Namens der Firma Huber & Guggenbühl und des H. Guggenbühl als Regressbeklagte, daß er Bestätigung des Dispositiv 2 des angefochtenen Urtheiles nur in dem Sinne verlange, daß die Regressbeklagten gemäß ihrem vor den kantonalen Instanzen gestellten Begehren nicht schuldig seien, sich auf die Regressklage einzulassen. Die regressbeklagte Firma Bögeli, Leuzinger und Streiff ist nicht vertreten; dieselbe hat in schriftlicher Eingabe vom 29. November 1892 unter Berufung auf Art. 59 Abs. 1 B.-B. erklärt, sie verweigere jede Einlassung auf das Klagebegehren der Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rogloch vor den Gerichten des Kantons Nidwalden und verlange, daß diese darauf nicht eintreten und die erstere verhalten, sie für ihre bisherigen Kosten in der Sache angemessen zu entschädigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 19. Mai 1882 verkauften die Erben des Bauherrn Kaspar Blättler sel. in Rogloch an Heinrich Huber, Hermann Guggenbühl und Louis Schweizer einen Komplex von Gebäulich-

leiten und Liegenschaften in Rogloch. In diesem Kaufe war inbegriffen das „Mergellager unterhalb der Felsenmühle, welches bisher zur Fabrikation von hydraulischem Kalk verwendet wurde, in seiner ganzen Höhe, Breite und Länge des Roglberges, soweit dieses heute gemeinsames Eigenthum der Erben Kaspar Blättler ist und welches im Situationsplan sub litt. c f g und h eingezeichnet wird.“ Die Käufer richteten auf dem gekauften Liegenschaftskomplexe eine Cementfabrik ein, welche, nach Austritt des Louis Schweizer, von einer aus H. Huber und H. Guggenbühl bestehenden Kollektivgesellschaft betrieben wurde. Schon vor dem Kaufvertrage vom 19. Mai 1882 hatten die Erben des Bauherrn Kaspar Blättler einen Theil seiner Verlassenschaft unter sich getheilt. Dabei war, durch Theilungsvertrag vom 19. September 1877, der Miterbin Wittve Engelberger-Blättler u. a. „die Liegenschaft Burg genannt sammt Streueried auf dem Ennetmoserried und zugehörigem Wald auf der Burg in Ennetmoos“ zu Alleineigenthum zugetheilt worden. Am 24. Oktober 1889 verkauften Huber & Guggenbühl ihre Fabrik, sowie überhaupt den gesammten von den Erben Blättler erworbenen Liegenschaftsbesitz sammt dem Mergellager an die Bankfirma Bögeli, Leuzinger und Streiff in Glarus zu Händen einer zu gründenden Aktiengesellschaft. Am 2. November 1889 traten Bögeli, Leuzinger und Streiff das Besizthum an die neu gegründete Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rogloch ab. Wittve Engelberger-Blättler ihrerseits verkaufte am 8. Januar 1891 an die Firma R. Wagner & Cie., Portlandcementfabrik Stans, das „im Rogloch für Cementfabrikation in Ausbeutung begriffene Mergellager, soweit es sich allfällig unter das Territorium des Gutes Burg und Burgwald erstreckt, ebenso alles Gestein unter der Burg und Burgwald das sich für Cement- und Kalkfabrikation eignet resp. verwendbar ist,“ um den Preis von 1000 Fr. R. Wagner & Cie. kamen nun auf die Vermuthung, die Portlandcementfabrik Rogloch und früher Huber & Guggenbühl möchten bei ihrer unterirdisch (durch Stollenbau) betriebenen Mergelausbeutung ihre Eigenthumsgrenze überschritten und in das Gebiet des Gutes Burg übergegriffen haben. Sie ließen daher eine Vermessung vornehmen und, als diese ihre Vermuthung bestätigte, erhoben sie im Mai 1891 Klage

gegen die Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rogloch und die ehemalige Firma Huber & Guggenbühl, indem sie beantragten, Beklagte seien verpflichtet, das von ihnen aus dem Mergellager unter dem Gute Burg entnommene Material an die Eigenthümerin resp. Klagepartei vollwerthig zurückzuerstatten. Beide Beklagten erhoben die Einwendung, sie können zu einläßlicher Beantwortung der Klage dormalen nicht verhalten werden, wegen Unbestimmtheit des Klageschlusses und weil die Klagepartei zur Klage nicht legitimirt sei. In letzterer Beziehung machten sie geltend, Wagner & Cie. haben jedenfalls nur an demjenigen Mergel des Gutes Burg Eigenthum erworben, welcher zur Zeit ihres Kaufes (8. Januar 1891) vorhanden gewesen sei; demnach seien Wagner & Cie. zu einem Anspruche gegenüber Huber & Guggenbühl, welche seit der Veräußerung ihrer Cementfabrik im Jahre 1889 überhaupt keinen Mergel mehr ausgebeutet haben, überall nicht berechtigt; das Gleiche gelte auch gegenüber der Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rogloch, da diese seit dem Eigenthumsverwerbe der Klägerin den untersten Betriebsstollen, welcher einzig in das Gebiet des Gutes Burg übergegriffen haben könne, nicht mehr beworben habe. Durch Urtheil vom 30. Juli 1891 erkannte das Kantonsgericht des Kantons Unterwalden nid dem Wald, die Beklagten seien nicht gehalten, dormalen einläßlich zu antworten und setzte der Klägerin für Einreichung einer verbesserten Klageschrift Termin bis Ende September an. Am 5. September 1891 erhoben hierauf Wagner & Cie. verbesserte Klage mit dem Antrage: Jede der zwei beklagten Firmen sei verpflichtet, an die Klägerin das von ihr unter dem Gute Burg entnommene Mergelmaterial, dessen Kubikinhalte durch Zeugen und gerichtliche Experten festzustellen ist, zurückzuerstatten beziehungsweise dafür einen Schadenersatz zu leisten in einer Höhe von 25 Fr. per Kubikmeter. Sie brachten nunmehr einen Nachtrag zum Kaufvertrage vom 8. Januar 1891, d. d. 12. August 1891, bei, durch welchen ihre Verkäuferin, Wittve Engelberger-Blättler erklärt, das Mergellager im Gute Burg und Burgwald in der Meinung abgetreten zu haben, daß dasselbe intakt in derjenigen Ausdehnung, Menge und Form noch vorhanden sei, wie zur Zeit, als sie Eigenthümerin des Gutes Burg geworden sei. Sollte daher von irgend welcher

Seite dieses ihr zuständig gewesene Mergellager und Gestein unbefugterweise ganz oder theilweise benutzt und verwendet worden sein, so sei die Firma R. Wagner & Cie. durch den Kaufakt vom 8. Januar 1891 gemäß gegenwärtiger Erläuterung gegenüber Dritten in Besitz aller Rechte und Entschädigungsforderungen getreten, die der Verkäuferin zur Zeit des Kaufabschlusses zugestanden seien. Beide Beklagte stellten wiederum den Antrag, sie haben sich auf die Klage nicht einzulassen, indem sie u. a. anbrachten: Zur Zeit der Klageanhebung seien Wagner & Cie. nicht im Besitze einer Cession von Schadenersatzansprüchen der Wittve Engelberger-Blättler gewesen und haben auch nicht aus einer solchen geklagt; sie seien daher zur Sache nicht legitimirt. Denn die Sachlegitimation könne nicht erst lite pendente hergestellt werden. Zudem bestreiten sie, daß Wittve Engelberger-Blättler in dem Kaufvertrage vom 8. Januar 1891 der Klägerin das Eigenthum an den im Gute Burg befindlichen Mergellager gültig habe abtreten können, da sie dieses Objekt als Miterbin des Kaspar Blättler bereits durch den Kaufvertrag vom 19. Mai 1882 an Huber & Guggenbühl (und Schweizer) verkauft gehabt habe. Dieser Streit müsse der Entscheidung über die eingeklagten Schadenersatzansprüche vorgängig entschieden werden. Durch Entscheidungen des Kantonsgerichtes und des Obergerichtes des Kantons Unterwalden nid dem Wald vom 17. Oktober und 17. November 1891 wurde indeß die Uneinläßlichkeitseinrede der Beklagten verworfen, indem u. a. bemerkt wurde, die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation sei, weil nicht schon bei der ersten Verhandlung vom 30. Juli 1891 vorgebracht, verwirkt. In dem nunmehr durchgeführten Prozesse wurde durch Expertise konstatiert, daß von den drei Stollen, welche für den Betrieb der Portlandcementfabrik Rogloch von der Roglochschlucht her gegen Osten eingetrieben wurden, die untern zwei in das Gebiet des Gutes Burg eingebrungen sind. Der Kubikinhalte des gesammten in diesem Gebiete gebrochenen Materials beträgt 3770 Kubikmeter, davon etwa 2440 Kubikmeter nutzbarer Cementmergel. Festgestelltmaßen sind von diesem Material etwa $\frac{3}{5}$ (also circa 2258 Kubikmeter Gesamtmaterial oder circa 1464 Kubikmeter nutzbarer Cementmergel) durch Huber & Guggenbühl, circa $\frac{2}{5}$ (also ungefähr

1512 Kubikmeter Gesamtmaterial oder 976 Kubikmeter nutzbarer Cementmergel) durch die Portlandcementfabrik Rogloch ausgebeutet worden. Die Ausbeutung geschah zum weitaus größten Theile vor dem 8. Januar 1891 d. h. vor dem Erwerbe des Mergellagers unter der Burg durch Wagner & Cie. Seit dieser Zeit sind nur circa 325 Kubikmeter durch die Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rogloch ausgebeutet worden. Der von beiden Beklagten ausgebeutete Theil des Mergellagers unter dem Gute Burg beträgt circa $\frac{1}{6}$ — $\frac{1}{5}$ des gesammten Lagers. In Bezug auf den Werth des ausgebeuteten Materials ist ein Expertengutachten des Cementfabrikanten Fleiner in Marau eingeholt worden. Der Sachverständige spricht sich dahin aus, der Werth des Materials dürfe nicht, wie die Klägerin wolle, nach dem unter günstigen Verhältnissen durch dessen Verarbeitung vielleicht zu erzielenden Gewinne berechnet werden. Ebenso wenig würde es sich aber rechtfertigen, der Werthung einfach den von Wagner & Cie. bezahlten Kaufpreis zu Grunde zu legen. Die hauptsächlichste Vorbedingung für die Errichtung und den Betrieb einer Cementfabrik liege in dem Vorhandensein von gutem und reichlichem Rohmaterial. Während dasselbe für einen Dritten fast werthlos sei und daher in der Regel relativ billig erworben werden könne, habe es für den Cementfabrikanten einen viel höhern Werth; es bilde sozusagen einen der wichtigsten Bestandtheile seines Geschäftes. Der wahre Werth des Rohmaterials liege zwischen den aus dem möglichen Fabrikationsgewinne und den aus dem Kaufpreise sich ergebenden Grenzwerten. In Würdigung aller Verhältnisse und Umstände (der Schwierigkeit des Abbaues, der Möglichkeit der Beschaffung anderweitigen Materials u. s. w.) gelange der Experte dazu, hier den Werth eines Kubikmeters Cementmergel auf höchstens 4 Fr. zu schätzen. Seitens der Beklagten Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rogloch war gegen die ehemalige Firma Huber & Guggenbühl, gegen H. Guggenbühl persönlich und gegen Bögeli, Leuzinger und Streiff Regressklage dahin erhoben worden, die Regressirten haben, falls die Portlandcementfabrik Rogloch zufolge Vergleichs, Abstandes oder Urtheiles das von ihr aus dem Mergellager beim Gute Burg am Rogberg entnommene Material an die Herren R. Wagner & Cie. in Stans

zurückzuerstatten verhalten werden sollte, ihr den vollen Werth dieses Materials sowie alle aus der Ausbeutung und Restitution entstandenen resp. entstehenden Nachtheile inklusive Kosten und Zinse zu ersetzen. Bögeli, Leuzinger und Streiff bestritten unter Berufung auf Art. 59 Abs. 1 B.-B. die Kompetenz der nidwaldenschen Gerichte zu Beurtheilung der Regreßklage. Huber & Guggenbühl sowie H. Guggenbühl persönlich beantragten, sie haben sich auf die Regreßklage nicht einzulassen, indem sie vorbrachten: Huber & Guggenbühl haben ihre Fabrik nicht an die Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rogloch, sondern an Bögeli, Leuzinger und Streiff verkauft; von diesen habe die Aktiengesellschaft sie erworben. Die Aktiengesellschaft habe sich daher hinsichtlich der Gewährleistung für abgetretene Rechte an ihre Rechtsvorgänger Bögeli, Leuzinger und Streiff zu halten und es diesen zu überlassen, ob sie ihrerseits auch ihren Rechtsvorgängern den Streit verkünden wollen oder nicht.

2. In Bezug auf die Hauptklage ist die Kompetenz des Bundesgerichtes gegeben. Der Vertreter der Klägerin hat dies heute aus dem Grunde bezweifelt, weil es sich um einen sachenrechtlichen resp. aus dem Sachenrechte hervorgegangenen Anspruch handle, auf welchen wohl kantonales und nicht eidgenössisches Recht anwendbar sei. Dies ist indeß unbegründet. Die Klage ist keine dingliche, sondern eine persönliche. Die Klägerin vindicirt nicht einen Komplex individuell bestimmter Sachen, an welchen sie Eigenthum behauptet, sondern sie verlangt die Erstattung des Werthes widerrechtlich entfremdeter Sachen, d. h. eben Schadenersatz. Allerdings könnte die Fassung des Klagebegehrens, insbesondere so wie dasselbe ursprünglich gestellt war, zu der Auffassung Veranlassung geben, die Klägerin erhebe in erster Linie die Vindikationsklage auf Rückerstattung des ihrem Mergellager entnommenen Mergels in natura. Allein dies war doch unzweifelhaft nie die Absicht der Klägerin, da sie niemals Rückgabe einer Mehrheit von Sachindividen verlangt hat und auch nicht verlangen konnte, da der dem Mergellager unter der Burg entnommene Mergel, wie sie wohl wußte, längst nicht mehr existirte, sondern verarbeitet und verkauft war. In That und Wahrheit hat daher die Klägerin von Anfang an Erstattung des ihr entzogenen Mergels dem Werthe nach d. h. eben Schadenersatz verlangt, wie dies denn

auch aus ihrem verbesserten Rechtsbegehren sich deutlich ergibt. Diese auf behauptete widerrechtliche Aneignung fremder Sachen begründete, Schadenersatzklage aber beurtheilt sich, wie jede andere Schadenersatzklage aus unerlaubter Handlung, nach den Art. 50 u. ff. O.-R. und nicht nach kantonalem Rechte. Wäre übrigens auch die Klage eine dingliche, so würde es sich jedenfalls nicht um eine Immobiliarklage, sondern um die Vindikation beweglicher Sachen handeln. Denn der Mergel, wie andere Grundstücksbestandtheile, wird natürlich durch die Lostrennung vom Grundstücke, in welchem er enthalten war, aus einem Grundstücksbestandtheile zur selbständigen beweglichen Sache; auch der Verkauf eines Mergellagers zur Ausbeutung selbst übrigens ist, sofern das Geschäft überhaupt als Sachkauf zu behandeln ist, als Mobilien- und nicht als Immobiliarkauf zu betrachten. Ob und inwieweit das kantonale Sachenrecht für Schadenersatzansprüche aus Nachbarrecht u. dgl. neben dem eidgenössischen Obligationenrechte maßgebend geblieben ist, bedarf hier der Erörterung nicht, da es sich hier nicht um einen derartigen Anspruch, sondern, wie gesagt, um einen Schadenersatzanspruch wegen widerrechtlicher Aneignung beweglicher Sachen, also um einen dem Obligationenrecht unterstehenden Deliktsanspruch handelt.

3. Ist also die Kompetenz des Bundesgerichtes rücksichtlich der Hauptklage gegeben, so ist dieselbe dagegen für die Regreßklagen zu verneinen. Diese machen Gewährleistungsansprüche (wegen Entwehrung eines Theiles der verkauften Sache) aus den Kaufverträgen über die Cementfabrik im Rogloch und die dazu gehörigen Liegenschaften und Mergellager geltend, welche einestheils zwischen der Firma Huber & Guggenbühl und der Firma Bögeli, Leuzinger und Streiff, andererseits zwischen dieser und der Aktiengesellschaft abgeschlossen wurden. Diese Kaufverträge aber sind unzweifelhaft Liegenschaftskäufe; mögen auch die zu dem Verkaufobjekte gehörigen, von Huber & Guggenbühl lediglich zur Ausbeutung erworbenen, Mergellager als bewegliche Sachen zu betrachten sein, so bilden doch Liegenschaften den Hauptinhalt der Kaufverträge und diese sind daher in ihrer Totalität als Liegenschaftskäufe zu behandeln; sie unterstehen gemäß Art. 231 O.-R. dem kantonalen Rechte.

4. In der Sache selbst ist durch die kantonalen Gerichte defini-

tiv festgestellt, daß der Kaufvertrag zwischen den Erben Blättler einerseits und Huber & Guggenbühl andererseits vom 19. Mai 1882 sich auf das Mergellager unter dem Grundstücke Burg und Burgwald der Miterbin Wittve Engelberger-Blättler nicht bezog. Diese Entscheidung entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes, weil der fragliche Kaufvertrag sich als Liegenschafts Kauf qualifizirt und zudem vor Inkrafttreten des eidgenössischen Obligationenrechtes abgeschlossen wurde, also auf denselben sowohl der Materie als der Zeit nach nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht anwendbar ist. Die von Huber & Guggenbühl beantragte Einvernahme des Zeugen Josef Blättler ist somit, da dieser lediglich über die Tragweite des Kaufes vom 19. Mai 1882 aussagen sollte, abzulehnen; übrigens könnte dem sachbezüglichen Begehren auch deshalb keine Folge gegeben werden, weil die Vorinstanz die Einvernahme dieses Zeugen aus prozeßualen Gründen verweigert hat.

5. Demnach steht fest, daß die Ausbeutung des Mergellagers unter dem Grundstücke Burg durch die Beklagten widerrechtlich war; sie enthielt einen schuldhaften Eingriff in fremdes Eigenthum. Für den dadurch verursachten Schaden ist jeder der beiden Beklagten insoweit verantwortlich, als die Schädigung von ihm (durch seine Leute) verübt wurde, also jeder für diejenige Zeit, während welcher er die Ausbeutung betrieb. Solidarität besteht zwischen den Beklagten nicht, denn es liegt nicht Eine, von mehreren Mitthätern verübte unerlaubte Handlung vor, sondern es stehen mehrere selbständige Handlungen in Frage. Bezüglich der von ihm verübten Schädigungen ist dagegen selbstverständlich jeder der Beklagten als Thäter einer unerlaubten Handlung passiv zur Sache legitimirt, ganz abgesehen davon, daß die Vorinstanzen den Einwand der mangelnden Passivlegitimation als verwirrt bezeichnet haben. Aus den seit dem 8. Januar 1891 d. h. seit dem Erwerbe des Mergellagers durch die Klägerin verübten Schädigungen nun sind der Klägerin unmittelbar eigene Schadenersatzansprüche erwachsen, da ja durch den Kaufvertrag vom 8. Januar 1891 das Recht an dem Mergellager von Wittve Engelberger gültig auf sie ist übertragen worden. Dagegen steht der Klägerin wegen der frühern, aus der Zeit vor ihrem Erwerbe

des Mergellagers datirenden Schädigungen ein unmittelbar eigener Schadenersatzanspruch nicht zu. Denn durch den Kaufvertrag vom 8. Januar 1891 hat sie das Recht natürlich nur an demjenigen Mergel erlangt, welcher damals in dem Grundstücke noch wirklich vorhanden war; war der Bestand des Mergellagers durch frühere unbefugte Ausbeutung geschwächt, so wurde der Käuferin durch den Kauf ein Schadenersatzanspruch gegen den Thäter an sich nicht erworben, denn Letzterer hatte ja nicht ihr Vermögen geschädigt, sondern es erwuchs ihr nur, sofern ihr das Mergellager als ein intaktes verkauft war, ein Gewährleistungsanspruch gegen ihre Verkäuferin. Allein die Vorinstanzen haben nun in für das Bundesgericht verbindlicher Weise entschieden, daß der Nachtrag d. d. 12. August 1891 zum Kaufvertrage vom 8. Januar 1891 im gegenwärtigen Prozesse berücksichtigt werden dürfe. Danach hat aber Wittve Engelberger die aus den frühern, vor 8. Januar 1891 verübten, Schädigungen ihr zustehenden Entschädigungsansprüche der Klägerin abgetreten; diese ist mithin zwar nicht kraft ursprünglich eigenen Rechtes, wohl aber als Rechtsnachfolgerin der Wittve Engelberger befugt, auch diese Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

6. Bei Bemessung des Quantitativen des Schadenersatzes haben die Vorinstanzen grundsätzlich angenommen, es sei ein verschiedener Maßstab anzuwenden, für die Würdigung der von der Wittve Engelberger abgeleiteten Schadenersatzansprüche aus der Zeit vor dem 8. Januar 1891 einerseits, und für die unmittelbar eigenen Ersatzansprüche der Klägerin aus der spätern Zeit andererseits. Die erste Instanz hat angenommen, für das während der Besitzzeit der Wittve Engelberger ausgebeutete Material sei derjenige Werth maßgebend, welchen dasselbe für die Wittve Engelberger gehabt habe; dieser Werth ergebe sich aus dem von der Wittve Engelberger stipulirten Kaufpreise. Die Entschädigung sei annähernd auf denjenigen Betrag festzustellen, welcher bei Zugrundelegung des Kaufpreises verhältnißmäßig, nach dem Verhältnisse des ausgebeuteten Materials zu dem gesammten Halte des Mergellagers, für ersteres sich ergebe. Dagegen sei für das spätere, zur Besitzzeit der Klägerin ausgebeutete Material der höhere Werth anzunehmen, welchen das Material für einen Cementfabri-

tanten gehabt habe und welcher sich aus dem Gutachten des Experten Fleiner ergebe. Die erste Instanz gelangt demnach dazu, die Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Kozloch zu einer Entschädigung von 1400 Fr. zu verurtheilen, nämlich 100 Fr. für das von ihr vor 8. Januar 1891 ausgehobene Material und 4 Fr. per Kubikmeter = 1300 Fr. für circa 325, seit 8. Januar 1891 ausgehobene Kubikmeter, dagegen Huber & Guggenbühl für vor 8. Januar 1891 ausgehobenes Material zu einer Entschädigung von 200 Fr. Die zweite Instanz ist im Wesentlichen diesen Ausführungen beigetreten, doch hat sie die Entschädigungen für das vor 8. Januar 1891 ausgehobene Material nach freiem Ermessen erhöht, weil auch auf den Nutzertrag Rücksicht genommen werden müsse, welchen das widerrechtlich ausgebeutete Material den Beklagten geliefert habe; dieser lasse sich allerdings nicht mit Sicherheit feststellen, allein er übersteige jedenfalls den vorinstanzlich gesprochenen Entschädigungsbetrag ganz wesentlich. Diese Auffassung der zweiten Instanz erscheint als rechtsirrtümlich. Der höhere Werth, welchen das Mergelmateriale für einen Cementfabrikanten hat, ist bei Festsetzung der Entschädigungsansprüche, welche von der Wittve Engelberger abgeleitet werden, nicht zu berücksichtigen; diese Entschädigungsansprüche sind, trotz ihrer Abtretung an die Klägerin, in ganz gleicher Weise zu bemessen, wie wenn die Wittve Engelberger selbst sie geltend machte, also auf den vollen, wohlbemessenen Werth festzusetzen, welchen das Material für die Wittve Engelberger hatte. Der Fabrikationsgewinn, welchen die Beklagten vielleicht auf der Verarbeitung des Materials machten, darf nicht berücksichtigt werden; denn diesen etwaigen Gewinn haben die Beklagten jedenfalls nicht der Wittve Engelberger entzogen. Sie sind daher auch nicht verpflichtet, ihn ihr oder ihren Rechtsnachfolgern herauszugeben. In Bezug auf das Quantitativ der Entschädigung ist demnach das erstinstanzliche Urtheil wieder herzustellen. Denn für den Werth, welchen das Material für die Wittve Engelberger hatte, gibt allerdings der von dieser verlangte Kaufpreis einen zutreffenden Anhaltspunkt; dafür, daß sie etwa aus besondern Gründen zu billig verkauft habe, liegt nicht das Mindeste vor. Uebrigens übersteigt die erstinstanzlich gutgeheißene Entschädigung für das vor 8. Januar

1891 ausgebeutete Material den im Verhältnisse des Kaufpreises sich ergebenden Betrag sogar noch um ein geringes und ist daher jedenfalls genügend. Für das während der Besitzzeit der Klägerin ausgebeutete Material muß mit den Vorinstanzen der Ansat der Sachverständigen zu Grunde gelegt werden, von welchem nicht ersichtlich ist, daß er auf rechtsirrtümlicher Grundlage beruhe.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Auf Beurtheilung der Regreßklagen wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

2. Rücksichtlich der Hauptklage wird die Weiterziehung der Beklagten dahin für begründet erklärt, daß, in Abänderung des Dispositiv 1 des angefochtenen Urtheils, die von den Beklagten der Klägerin zu leistenden Entschädigungen festgesetzt werden:

a. Für die beklagte Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Kozloch auf 1400 Fr.

b. Für die beklagte Firma Huber & Guggenbühl auf 200 Fr.

Die Weiterziehung der Klägerin wird abgewiesen und es hat im Uebrigen in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Unterwalden nid dem Wald sein Bestehen.

138. *Arrêt du 22 Décembre 1892, dans la cause Théraulaz contre Brodard.*

Statuant par arrêt du 13 Juin 1892 en la cause pendante entre parties, la Cour d'appel de Fribourg a prononcé ce qui suit:

» La masse en discussion de Joseph Théraulaz ainsi que MM. Morard et Robadey, garants joints en cause, sont déboutés de leurs conclusions principales; ils sont par contre admis dans leur conclusion subsidiaire, mais jusqu'à concurrence du tiers seulement de la somme de dix mille francs et accessoires par eux réclamée.

» Olivier Brodard est admis, pour le surplus de la demande, dans sa conclusion libératoire. »