

Ernennung im Streitfalle zu erfolgen habe, also dann, wenn Streit zwischen den Gesellschaftern bestehe, ob besondere Liquidatoren oder ob Gesellschafter als solche zu bestellen seien, und wenn dieser Streit behördlich ausgetragen werden müsse.

3. — Im vorliegenden Fall hat man es im Gegensatz zu der zitierten Entscheidung nicht mit der Anwendung des Art. 580 OR zu tun. Die Streitfrage, ob ein Gesellschafter oder eine aussenstehende Drittperson als Liquidator zu ernennen sei, steht hier nicht mehr in Frage, sondern ist durch die Verfügung des Amtsgerichtspräsidenten entschieden worden, durch welche im Einverständnis mit den Gesellschaftern der heutige Beklagte als Liquidator gewählt wurde.

Bei der vom Kläger heute aufgeworfenen Frage handelt es sich darum, ob Zoppetti wieder abzusetzen sei. Der Kläger hat sein auf die Abberufung gerichtetes Begehren « Klage » genannt. Aber er hat es nicht auf Art. 580 Abs. 2 gestützt, d. h. er hat nicht behauptet, die Wahl Zoppettis laufe den privaten Rechten der Gesellschafter zuwider, selber die Vertretung der aufgelösten Gesellschaft als Liquidatoren fortzusetzen. Vielmehr hat er das Begehren lediglich mit Vorwürfen begründet, die sich gegen die Person und die Amtsführung des Liquidators richten. Den Gegenstand des mit der vorliegenden Berufung angefochtenen Entscheides bildet somit keineswegs ein « Streitfall », wie ihn Art. 580 Abs. 2 vorsieht und wie er in der erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtes beurteilt wurde, sondern ausschliesslich eine Frage, welche in die dem Gerichtspräsidenten obliegende freiwillige Gerichtsbarkeit gehört. Dass es sich nicht um eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne des Art. 580 handelt, kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Berufungskläger nicht gegen seine Mitgesellschafter geklagt hat, sondern gegen den Liquidator. Zwischen dem Berufungskläger und dem Liquidator besteht jedoch keine Zivilrechtsstreitigkeit. Was der Kläger vom Liquidator ver-

langt, ist kein privatrechtlicher Anspruch, ja sein Begehren ist in Wirklichkeit an den Amtsgerichtspräsidenten gerichtet und geht auf Vornahme einer in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallenden, dem Gerichtspräsidenten obliegenden Amtshandlung. Die Frage, ob diese Amtshandlung rechtlich begründet sei, oder ob sie zu unterlassen und das Begehren abzuweisen sei, kann nicht Gegenstand einer Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne des Art. 56 OG bilden.

Auch in dem Fall Knoblauch gegen Knoblauch (BGE 42 II S. 288 ff.) lag in der vom Handelsgericht des Kantons Aargau vorgenommenen Wahl des Liquidators ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Implicite war die Ernennung des Liquidators aber auch die Entscheidung einer zivilrechtlichen Frage, ob nämlich die bisherigen Gesellschafter Anspruch auf Fortsetzung der Vertretung der Gesellschaft hatten, oder ob ein Dritter als Liquidator zu ernennen war.

Da somit keine zivilrechtliche Streitigkeit vorliegt, kann das Bundesgericht auf die Berufung des Klägers nicht eintreten.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

69. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Dezember 1929

i. S. Anton von Wyl u. Kons. gegen Korporation Kägiswil.

OG Art. 56 u. 57. Verletzung von Bundesrecht ?

Nichteintreten auf die Berufung gegen das Urteil über eine Schadenersatzklage von Mitgliedern einer Alpgenossenschaft gegen die Genossenschaft wegen Verletzung ihres Rechtes auf Sömmerung des Viehs auf der Genossenschaftsalp. Die Frage der Widerrechtlichkeit des Verhaltens der Genossenschaft beurteilt sich nach kantonalem Recht. OR Art. 41; ZGB Art. 59 Abs. 1 u. 2. (Erw. 2.)

Von den Kantonen subsidiär anwendbar erklärtes eidgenössisches Recht ist dem kantonalen Recht gleichzustellen. (Erw. 3.)

A. — Der Korporation Kägiswil, die aus den Bürgern dieser Ortschaft besteht, gehört seit dem 16. Jahrhundert die Alp Spiss ob Beckenried. Nach Art. 26 der « Einung » vom 1. Januar 1879 war die Alp für 40 « Kuschweren » bestimmt. Art. 27 der gleichen Satzungen schrieb vor, dass jeder Genosse, um einen Alplatz ziehen zu können, ein Jahr zuvor im Teilrecht gestanden und die Alptaxe laut Alpverordnung beim Teilenvogt erlegt haben müsse. Am 1. Januar 1903 wurde Art. 27 geändert und folgendermassen verfasst: « Jeder Nutzniessende ist berechtigt, das folgende Jahr um die Alpnutzung zu lösen. » In der Teilerversammlung vom 20. Oktober 1918 wurde beschlossen, dass jeder Nutzniessende berechtigt sei, an Hand « der bestehenden Alpverordnung » einen Alplatz zu erwerben. Die Teilerversammlung vom 12. November 1922 stellte für vier Jahre, 1923-1926, eine Alpverordnung auf. Als 1925 und 1926 der Kuhauftrieb der Alpengenossen auf 30 Stück zurückgegangen war und sich im November 1926 für das Jahr 1927 nur noch 5 Teiler — die heutigen Kläger — mit zusammen 25 « Kuschweren » angemeldet hatten, beschloss die Teilerversammlung vom 28. November 1926 mehrheitlich, keine neue Alpverordnung mehr aufzustellen, sondern die Alp zu verpachten. Durch Beschluss vom 2. Januar 1927 wurde der Pachtvertrag mit der Viehzuchtgenossenschaft Buochs genehmigt. Auf Rekurs der Kläger hob der Regierungsrat des Kantons Obwalden am 8. März 1927 diese beiden Beschlüsse auf, mit der Begründung, eine Verpachtung der Alp sei nach den geltenden Statuten der Beklagten nicht statthaft. Darauf änderte die Beklagte ihre Satzungen am 19. März 1927 im Sinne einer Umwandlung der Alp Spiss in « freies Eigentum der Teilsame » ohne private Nutzungsrechte und mit der Möglichkeit sowohl der Nutzung durch die Teiler, als der Verpachtung und genehmigte neuerdings den Pachtvertrag mit der Viehzuchtgenossenschaft Buochs. Gegen diese Beschlüsse der Korporation rekurierten die Kläger an

den Regierungsrat des Kantons Obwalden. Dieser erklärte die Rekurse der Kläger mit Entscheidungen vom 8. März und 22. April 1927 als begründet, weil nach den Statuten der Beklagten das Nutzungsjahr am 1. Januar beginne und die Statutenänderung vom 19. März 1927 nicht zurückwirken könne, und er verpflichtete die Beklagte, den Klägern den Alpauftrieb für das Jahr 1927 zu gestatten. Einen staatsrechtlichen Rekurs der Beklagten gegen diese Verfügungen des Regierungsrates hat das Bundesgericht mit Urteil vom 18. Juni 1927 abgewiesen. Es hat erkannt, dass der Streit, ob die Beklagte die Alp Spiss nach ihren Satzungen schon für das Jahr 1927 habe verpachten können, ein öffentlichrechtlicher Streit sei, und dass deshalb der Regierungsrat seine Zuständigkeit nicht überschritten und die verfassungsmässige Gewaltentrennung nicht verletzt habe.

B. — Mit der am 7. Februar 1928 eingereichten Klage verlangen die Kläger Ersatz des Schadens, der ihnen in widerrechtlicher Weise durch Verhinderung der Alpnutzung im Jahre 1927 zugefügt worden sei. Es begehren

- a) Anton von Wyl Fr. 615
- b) Albert Küchler » 615
- c) Robert von Wyl » 369
- d) Johann von Wyl » 738
- e) Sigismund von Wyl » 1180
- f) alle zusammen » 1000

sodass die Klagesumme 4517 Fr. beträgt. In rechtlicher Hinsicht werden Art. 41 ff. OR und die §§ 26 und 27 der « Einung » angerufen.

C. — Das Kantonsgericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald hat die Klage am 16./19. Februar 1929 abgewiesen.

D. — Nachdem die Kläger die Berufung ergriffen hatten, wurde die Klage auch durch Urteil des Obergerichtes des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 31. August 1929 abgewiesen.

E. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt; sie stellten den Antrag:

a) Es sei das Urteil des Obergerichtes aufzuheben und den Klägern der Betrag von 4214 Fr., eventuell ein Betrag nach richterlichem Ermessen gesamthaft zu zusprechen zur Verwandung für die einzelnen geltend gemachten Schadensansprüche gemäss Rechtsbegehren;

b) eventuell, es seien die Akten zur Feststellung der Schadenersatzansprüche und zu neuer Beurteilung der Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Streitwert und Form der Berufung.

2. — Auf die Berufung kann nicht eingetreten werden, weil es sich nicht um eine Zivilrechtsstreitigkeit eidgenössischen Rechtes handelt. Die Vorinstanzen haben zwar auf die streitige Frage der Schadenersatzpflicht unmittelbar den Art. 41 OR angewandt, indem sie annahmen, der Begriff der Widerrechtlichkeit sei allgemein in Art. 41 OR geordnet, und jede Widerrechtlichkeit, gleichgültig gegen welche Rechtsnorm und gegen welches Rechtsgut, führe notwendig zur ausschliesslichen Anwendung eidgenössischen Rechtes auf das streitige Rechtsverhältnis. Allein diese Annahme ist nicht richtig. Gewiss ist der Begriff der Widerrechtlichkeit ein Begriff des Bundesrechtes; wenn also im vorliegenden Fall streitig wäre, was unter Widerrechtlichkeit im Sinne des Art. 41 OR zu verstehen ist, wäre auf die Berufung einzutreten. Allein nicht der gesetzliche Begriff der Widerrechtlichkeit ist *in casu* streitig, sondern die Frage, ob die Beklagte überhaupt widerrechtlich oder nicht vielmehr rechtmässig gehandelt habe. Was im einzelnen Fall widerrechtlich ist und was nicht, bestimmt nicht Art. 41 OR, sondern ist aus dem gesamten Inhalt der Rechtsordnung herzuleiten (VON TUHR, OR I S. 326; BGE 30 II S. 571 ff. und 47 II S. 179). Ist die Norm, die auf das Verhalten der Beklagten anwendbar ist und deren Verletzung die

Widerrechtlichkeit begründen soll, eine kantonale Norm, so ist die Frage, ob widerrechtlich gehandelt worden sei, vom kantonalen Recht beherrscht, und es ist dann die Voraussetzung für die Berufung nach Art. 56 OG nicht erfüllt (vgl. das Urteil der Zivilabt. des Bundesgerichtes vom 22. November 1902 i. S. von Hallwyl c. Kaufmann).

Nach dem ganzen Aufbau der Klage soll im vorliegenden Fall die Widerrechtlichkeit bestehen in der Verletzung der Satzungsvorschriften der Art. 26 und 27 und der darauf beruhenden privaten Rechte der Kläger. Die Vorinstanzen haben denn auch die Frage, ob die Beklagte widerrechtlich gehandelt habe, nicht an Hand der Rahmenvorschrift des Art. 41 OR entscheiden können, sondern sie haben geprüft, ob die Einungsvorschriften verletzt seien und ob die Kläger daraus die behaupteten Rechte ableiten können. Das sind offensichtlich ausschliesslich Fragen des kantonalen Rechtes. Das streitige Rechtsverhältnis betrifft die rechtlichen Beziehungen der Teilsame zu ihren Mitgliedern; die Teilsame fällt als Alpgenossenschaft zweifellos unter die « Allmendgenossenschaft und ähnliche Körperschaften », für die Art. 59 Abs. 3 ZGB ausdrücklich das kantonale Recht anwendbar erklärt. Die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes hat in ihrem Entscheid vom 18. Juni 1927 die Beklagte als öffentliche Korporation erklärt, sodass sie ohnehin nach ZGB Art. 59 Abs. 1 unter dem kantonalen öffentlichen Rechte und nicht unter dem Bundesprivatrecht stände. Die Anwendung kantonalen Rechtes, sei es privates, sei es öffentliches, kann aber durch die Berufung nicht angefochten werden.

3. — Die Kläger haben geltend gemacht, das eidgenössische Obligationenrecht sei von der Landsgemeinde vom 29. April 1900 als subsidiäres Recht dekretiert worden. Allein darauf kann nichts ankommen. Durch die von einem kantonalen Organ beschlossene Anwendung des Bundesprivatrechtes auf die nach eidgenössischem

Recht den Kantonen vorbehaltenen Rechtsverhältnisse wird dieses zum kantonalen Recht, da es kraft kantonalen Rechtes subsidiär angewendet wird (BGE 50 II 323 ; 55 II 210 ; 49 II 436).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

VI. EISENBAHNHAFTPFLICHT

RESPONSABILITÉ CIVILE DES CHEMINS DE FER

70. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. November 1929

i. S. Schweizerische Bundesbahnen gegen Kuster.

Eisenbahnhaftpflicht: Art. 1 u. 5 EHG. Zusammenstoss zwischen Eisenbahnzug und Automobillastwagen. Pflicht des Automobilführers zu entsprechend vermehrter Aufmerksamkeit bei angeblich durch Nebel, Scheibenbelag und Motorlärm erschwerter Wahrnehmungsmöglichkeit (Erw. 1). Die öffentliche Sicherheit kann unter Umständen auch ohne Schranken beim Bahnübergang hinreichend gewährleistet sein. Zugsverspätung (Erw. 2).

Derart schweres Selbstverschulden des Automobilführers, dass die erhöhte Betriebsgefahr nicht als relevante Mitursache des Unfalls gewertet werden kann (Erw. 1 u. 3).

A. — Am 8. November 1928 kurz vor 9 Uhr vormittags wurde auf dem Niveauübergang bei km 48,9 östlich der Station Schmerikon das beladene Lastautomobil des Vinzenz Kuster vom Personenzug St. Gallen-Rapperswil erfasst und vollständig zertrümmert. Kuster, der das Automobil führte, erlitt dabei so schwere Verletzungen, dass er noch gleichen Tages starb.

B. — Kuster war Inhaber eines Autotransportgeschäftes in dem in der Nähe gelegenen Neuhaus-Eschenbach.

C. — Die Witwe und die drei Kinder des Getöteten verlangten mit vorliegender Klage von den Schweizerischen Bundesbahnen eine Entschädigung von 57,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 1929. Das Kantonsgericht von St. Gallen hiess die Klage grundsätzlich gut und sprach der Witwe eine jährliche Rente von 300 Fr. zu, zahlbar bis zum Tode oder bis zur Wiederverheiratung, und jedem der drei Kinder eine solche von 200 Fr., zahlbar bis zum vollendeten 18. Altersjahr.

D. — Gegen das Urteil des Kantonsgerichtes erklärten die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz laufen die von Kuster befahrene Strasse und die Bahnlinie, auf welcher der Zug daherkam, zunächst in spitzem Winkel aufeinander zu, worauf dann die Strasse etwa 20—30 m vor der Kreuzung abbiegt, um die Geleise im rechten Winkel zu schneiden. Die Bahnlinie weist auf eine Strecke von etwa 3 km vor dem Übergang keine Kurve, keinen Einschnitt und keine Überführung auf und kann von der Strasse aus in Entfernungen von 120—100 und 40—0 m vor dem Übergang — zwischen diesen beiden Strecken liegt eine Sägerei mit Holzlagerplatz — auf mehrere Hundert Meter gut übersehen werden. Der Zug fuhr mit zirka 60—75 km und Kuster mit zirka 10—20 km Stundengeschwindigkeit.

Hieraus ergibt sich, dass der Zug, als sich Kuster dem Übergang bis auf 120 m genähert hatte, höchstens noch zirka 900 m (und mindestens zirka 350 m) vom Übergang entfernt war. Schon von jenem Punkte an bis zur Sägerei war er deshalb für Kuster sehr wahrscheinlich sichtbar. Unter allen Umständen traf dies zu, als Kuster die wieder offene, letzte Strecke von 40 m vor dem Übergang erreicht hatte ; denn von diesem Momente an bewegte sich der Zug aus einer Entfernung von höchstens 300 m auf den Übergang zu. Ausserdem hätte Kuster auch durch die