

Am 31. Januar 1909 erklärte der Beklagte schriftlich seinen Austritt aus dem klägerischen Verbands auf Ende Februar 1909. Die Generalversammlung nahm jedoch diese Austrittserklärung als statutenwidrig nicht an.

Im vorliegenden Prozesse belangt der Kläger den Beklagten auf Bezahlung des Konventionalstrafbetrages von 2000 Fr., weil der Beklagte in zwei näher bezeichneten Fällen der erwähnten Verpflichtung des § 5 der Verbandsstatuten zuwider gehandelt habe.

Der Beklagte bestreitet, sich dieser Zuwiderhandlungen schuldig gemacht zu haben. Er beruft sich bezüglich des einen der ihm zur Last gelegten Fälle speziell darauf, daß er zur Zeit der betreffenden Submission zufolge seiner Austrittserklärung vom 31. Januar 1909 dem klägerischen Verbands bereits nicht mehr angehört habe, und verlangt widerklageweise, es sei gerichtlich festzustellen, daß er seit dem 1. März, eventuell seit dem 22. April 1909 nicht mehr Mitglied der klägerischen Genossenschaft und daher seit jenem Zeitpunkte aller Pflichten gegenüber derselben ledig sei.

B. — Durch Urteil vom 9. Februar 1911 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Widerklage mit der Vorinstanz abgewiesen, hinsichtlich der Hauptklage dagegen in Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides (der sie im reduzierten Betrage von 300 Fr. nebst Zins gutgeheißen hatte) beschlossen, die Akten zu ergänzender Beweisabnahme an die erste Instanz zurückzuweisen.

C. — Gegen dieses Urteil des Obergerichts hat der Beklagte innert nützlicher Frist beim Bundesgericht Berufung eingelegt mit dem Antrage, es sei das Urteil, soweit es die Widerklage abweise, aufzuheben und die Widerklage gutzuheißen.

Der Berufungserklärung ist die Bemerkung beigefügt, ihr Antrag beschränke sich auf die Widerklage, weil nur mit Bezug hierauf ein kantonales Haupturteil vorliege; —

in Erwägung:

Das angefochtene Urteil der kantonalen Oberinstanz entspricht, obgleich es über die Widerklage endgültig entschieden hat, entgegen der Auffassung des Beklagten, auch insoweit dem Berufungserfordernis des „Haupturteils“ nicht. Nach der Bestimmung des Art. 58 OG, laut der die Berufung nur gegen die letztinstanz-

lichen kantonalen „Haupturteile“ zulässig ist, wobei dann auch die diesen vorausgegangenen Entscheidungen der Beurteilung des Bundesgerichts unterliegen, soll die Berufung an das Bundesgericht im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens und der Kostenersparnis grundsätzlich nur einmal und daher erst in dem Stadium des Prozesses ergriffen werden, in welchem die Streitsache dem Berufungsrichter in ihrem ganzen an sich der Berufungsfähigen Umfange unterbreitet werden kann. Im Sinne dieser Auffassung hat das Bundesgericht die Berufung gegen sog. Teilurteile, in denen der kantonale Richter nur über einen Teil der streitigen Ansprüche, wenn auch hierüber endgültig, abgeprochen hat, so speziell auch gegen Urteile, die einen endgültigen Entscheid bloß über die Haupt- oder bloß über die Widerklage enthalten, stets als unzulässig erklärt (vergl. z. B. schon unter dem früheren Organisationsgesetz: *US 17 Nr. 22 S. 115*, und seither, in gleicher Auslegung des nunmehrigen Art. 58 OG: *US 30 II Nr. 63 S. 479* und die dortigen Zitate). Danach muß auch die Berufung gegen das vorliegende Urteil als verfrüht zurückgewiesen werden; —

erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird nicht eingetreten.

48. Urteil vom 26. Mai 1911 in Sachen
Freuler und Genossen, Kamm und Streiff, Kl. u. Ber.-Kl.,
 gegen **Kraftwerke Beznau-Söulsch A.-G.**,
 Befl. u. Ber.-Befl.

Ungenügender Streitwert (Art. 59 OG); Mangel der Anwendung und Anwendbarkeit eidgen. Rechts (Art. 56 OG). Die Zusammenrechnung der Ansprüche von « Streitgenossen », nach Art. 60 Abs. 1 OG, setzt voraus, dass deren Streitgenossenschaft (gemeinsame Prozessführung) schon vor der ersten Instanz bestanden hat. — Der Schadenersatzanspruch von Privaten wegen Verletzung des ihnen nach der kantonalen (glarnerischen) Gesetzgebung zustehenden Rechts auf Eisgewinnung aus einem öffentlichen Gewässer, durch den Inhaber eines vom Kanton konzessionierten Wasserwerkes am betreffenden Gewässer, untersteht dem kantonalen Recht.

Das Bundesgericht hat,
nachdem sich aus den Akten ergeben:

A. — Laut dem § 1 des glarnerischen Gesetzes vom 3. Mai 1874 betr. die Eisgewinnung von öffentlichen Gewässern ist jedem Bürger und Einwohner des Kantons Glarus die Eisgewinnung aus solchen Gewässern innerhalb der Schranken bestehender Gesetze und Verordnungen freigegeben. Am 27. Dezember 1906 hat der Regierungsrat des Kantons Glarus der A.=G. „Motor“ in Baden — Rechtsvorfahrin der heutigen Beklagten, der A.=G. Kraftwerke Bezau-Löntsch — die Bewilligung zur Erstellung eines Elektrizitätswerkes am Löntsch beim Ausfluß des Klöntalersees erteilt. Unter Ziffer f der allgemeinen Bedingungen dieser Baubewilligung wurde bestimmt: „Der „Motor“ ist den Geschädigten gegenüber „für allen direkten und indirekten Schaden haftbar, welcher „denselben durch die Erstellung des Löntschwerkes und durch dessen „Betrieb entstehen sollte.“ In den speziellen Bedingungen bezieht sich dann ein besonderer Abschnitt auf die Eisgewinnung. Darin wird zunächst erklärt, daß die Eisgewinnung auf dem See im Sinne des Gesetzes vom 3. Mai 1874 durch die Anlage des „Motor“ in keiner Weise erschwert werden dürfe. Dann folgen Vorschriften über die Verlegung bestehender Eis Magazine und die Verpflichtung des „Motor“, den Besitzern dieser Magazine deren Wert zu vergüten. Endlich wird bestimmt, daß der „Motor“ auf seine Kosten die allfällig nötig werdenden zweckentsprechenden Einfahrten für die Eisgewinnung auf dem See nach den Weisungen der kantonalen Baudirektion zu erstellen habe, zu welchem Behufe ihm das Recht der Expropriation im Sinne des mehrerwähnten Gesetzes über die Eisgewinnung zuerkannt werde.

B. — Die heutigen Kläger haben im Winter 1909/10 aus dem Klöntalersee Eis bezogen, haben dies aber nicht den ganzen Winter, sondern nur bis Ende Februar und zum Teil auch bis Ende März tun können. Sie geben zu, daß die Erschwerung der Eisausbeutung zunächst den damaligen Witterungsverhältnissen zugeschrieben werden müsse, behaupten aber, daß eine weitere Ausbeutung doch möglich gewesen wäre, wenn die Beklagte den ihr obliegenden Verpflichtungen zur Anlage von genügend Eisausföhren aus dem See nachgekommen wäre. Gestützt hierauf und auf die

oben erwähnten Bedingungen der Baubewilligung und die Art. 50 und 112 OR haben sie die Beklagte auf Schadenersatz belangt, und zwar haben die Kläger Freuler, Elber-Reber und Worni gemeinsam auf Bezahlung eines Gesamtbetrages von 1733 Fr. samt Zins zu 5 % seit dem ersten Mai 1910 geklagt, während der Kläger Kamm durch besondere Klage 2048 Fr. und der Kläger Streiff durch besondere Klage 980 Fr., beide mit Zins zu 5 % vom 1. September 1910 an, eingefordert haben.

C. — Das Zivilgericht hat die drei Klagen durch Urteile vom 8./9. September und 28. November 1910 teilweise geschätzt, wogegen die Beklagte an das Obergericht des Kantons Glarus appellierte. Dieses hat im Einverständnisse der Parteien für das Verfahren vor ihm gemeinsame Behandlung der drei Fälle verfügt und sie am 10./19. April 1911 durch ein einheitliches Urteil erledigt, wonach sämtliche „Klägerschaften“ mit ihren Entschädigungsbegehren abgewiesen wurden.

In der Urteilsbegründung wird ausgeführt: Die Beklagte sei den Klägern für den behaupteten Schaden nicht haftbar. Ein Privatrecht auf Gewinnung des Eises aus dem Klöntalersee stehe ihnen nach dem Gesetze vom 3. Mai 1874 nicht zu, sondern nur eine aus dem öffentlichen Rechte herfließende Befugnis, das Eis innert den Schranken der betreffenden Gesetze und Verordnungen zu gewinnen und abzuführen. Als bei der Erstellung des Löntschwerkes neue Zustände am Klöntalersee geschaffen worden seien, sei es Sache des Staates gewesen, den Kraftwerken die geeigneten Verpflichtungen aufzuerlegen, um die Eisgewinnung aus dem See in einer den veränderten Verhältnissen entsprechenden Weise sicher zu stellen, und es sei denn auch in den Konzessionsbedingungen ein besonderer Abschnitt der Eisgewinnung gewidmet worden. (Hierauf folgt die Aufzählung der betreffenden, oben bereits wiedergegebenen Vorschriften.) Die kantonale Baudirektion habe die daselbst vorgeschriebenen Weisungen hinsichtlich der zu erstellenden Einfahrten für die Eisgewinnung erteilt und später erneuert, und zwar letzteres in dem Sinne, daß es sich für den Winter 1909/10 wiederum nur um provisorische Maßnahmen zur Ermöglichung der Eisgewinnung- und Abfuhr handeln könne und daß die endgültigen Anordnungen nach der regierungsrätlichen Baubewilligung, Titel

Eisgewinnung, ausdrücklich vorbehalten werden. Den ihr von der kantonalen Baudirektion auferlegten Verpflichtungen habe aber die Beklagte, wie aktenmässig feststehe und übrigens nicht bestritten werde, in jeder Hinsicht Genüge geleistet.

D. — Gegen diesen Entscheid haben nummehr die Kläger gemeinsam die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, das angefochtene Urteil aufzuheben und die gestellten Klageforderungen voll zuzusprechen. Eventuell, wenn die Streitgenossenschaft der Kläger bei Bemessung des Streitwertes nicht anerkannt und demnach nur für die Klage Kamm's der erforderliche Streitwert gegeben sein sollte, gelte diese Berufung als für Kamm eingelegt. Für diesen Eventualfall hat Kamm der Berufung eine schriftliche Begründung beigegeben.

Die Beklagte hat mit Eingabe vom 1. Mai 1911 beantragt, es sei auf die Berufung nicht einzutreten; eventuell sei sie als unbegründet abzuweisen. —

in Erwägung:

1. — Laut Art. 60 OG werden bei der Bestimmung des für die Berufungsfähigkeit erforderlichen Streitwertes „mehrere in einer Klage.... von Streitgenossen geltend gemachte Ansprüche.... zusammengerechnet“. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung setzt aber voraus, daß die Streitgenossenschaft, von der sie spricht, und damit der einheitliche Gesamtstreitwert bereits vor erster Instanz bestünde und sich nicht, wie hier, erst in zweiter Instanz durch Vereinigung mehrerer getrennt geführter Prozesse zu einem einheitlichen Verfahren bilde. Diese Auslegung des Art. 60 ergibt sich nicht nur aus den Worten „in einer Klage“, sondern auch daraus, daß das OG laut seinem Art. 59 für die Bemessung des Streitwertes im Grundsatz auf die prozessualische Lage abgestellt wissen will, wie sie im Verfahren vor der ersten Instanz bestanden hat.

Von den drei Klagen, die hier vor erster Instanz Gegenstand besonderer Prozesse und richterlicher Entscheidungen gebildet haben, erreicht nur eine, nämlich die auf Bezahlung von 2048 Fr. gerichtete des Melchior Kamm, den gesetzlichen Minimalstreitwert von 2000 Fr., und es kann also auf die beiden andern schon wegen mangelnden Streitwertes nicht eingetreten werden.

2. — Aber auch hinsichtlich der Klage des Kamm ist die Be-

rufung unzulässig, weil es sich hier, wie übrigens auch bei den zwei andern Klagen, nicht um die Anwendung eidgenössischen Rechtes handelt. Das steht zunächst außer Zweifel, soweit der Kläger seine Schadenersatzforderung auf das kantonale Gesetz betreffend die Eisgewinnung aus öffentlichen Gewässern vom 3. Mai 1874 gründet. Gleich verhält es sich indessen auch, soweit er sie auf die Vorschriften der regierungsrätlichen Baubewilligung zur Erstellung des Elektrizitätswerkes am Löntsch vom 27. Dezember 1906 stützt, und namentlich auf die Vorschrift, wonach der Inhaber des Löntschwerkes für den aus dessen Erstellung oder Betrieb entstehenden Schaden gegenüber den Geschädigten als haftbar erklärt wird. Sofern der Berufungskläger in diesen Bestimmungen Normen des objektiven Rechtes erblicken will, nach denen ein gewisser Tatbestand — Beeinträchtigung der Eisabfuhr durch die Erstellung oder den Betrieb des Elektrizitätswerkes — zu beurteilen wäre kann es sich nur um Normen handeln, die einer kantonalen Rechtsquelle entstammen, nämlich der regierungsrätlichen Baubewilligung als einem Akte öffentlich-rechtlicher Natur. Der Kläger hat sich nun freilich noch daneben auf den Art. 50 OR berufen. Allein die Anwendbarkeit dieses Artikels fällt außer Betracht, weil er ein widerrechtliches Handeln des Schädigers voraussetzt, ein solches aber bei der Beklagten ausgeschlossen ist: Nach der für das Bundesgericht verbindlichen Auslegung, die die Vorinstanz dem Gesetze vom 3. Mai 1874 gibt, steht nämlich dem Kläger kein Privatrecht auf Gewinnung von Eis aus dem Klöntalersee zu, sondern es handelt sich hiebei nur um den Gemeingebrauch an einer öffentlichen Sache, der zu Gunsten anderweitiger, der staatlichen Unterstützung teilhafter Interessen beschränkt werden kann. Und mit einer solchen Beschränkung des Gemeingebrauchs, die nicht als Verletzung eines Privatrechtes ansehnbar ist, auch nicht gegenüber dem dadurch begünstigten Inhaber des Werkes, hat man es hier zu tun, wenn der Regierungsrat beschlossen hat, die Eisgewinnung und -Abfuhr aus dem See vorläufig nur durch provisorische Maßnahmen zu ermöglichen und wenn diese zu Gunsten der die Eisausbeutung Betreibenden und zu Ungunsten des Werkinhabers vorgeschriebenen Maßnahmen nicht so weit gehen, wie es die Bedingungen der Baubewilligung vorsehen, nach denen der fragliche Gemeingebrauch durch die

Anlage in keiner Weise sollten erschwert werden dürfen. Ob dabei der Regierungsrat in Rücksicht auf jene Bedingungen ein solches Provisorium habe beschließen können, ist eine vom Bundesgericht als Zivilgerichtshof nicht nachzuprüfende Frage des kantonalen Verwaltungsrechts. Im übrigen mag noch bemerkt werden, daß der Kläger vor Bundesgericht hauptsächlich darauf abstellt, daß die Vorschrift in der Baubewilligung, wonach der Werkinhaber gegenüber Dritten für den ihnen zugefügten Schaden haftbar sei, eine Kausal- und keine bloße Kulpahaftung aufstelle. Damit wird aber von selbst die Anwendbarkeit des Art. 50 OR verneint.

3. — Endlich ist ohne weiteres klar, daß der Kläger durch die Baubewilligung auch nicht in ein privatrechtliches Vertragsverhältnis zu der Beklagten getreten ist und daß deshalb auch von keiner Verletzung der ebenfalls noch angerufenen Artikel 110 ff. OR die Rede sein kann; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

49. Urteil vom 23. Juni 1911

in Sachen **Degen & Cie.**, Berl., Widerkl. u. Ber.=Kl., gegen

C. & F. Schlothauer, G. m. b. H., Kl.,

Widerbekl. u. Ber.=Bekl.

Mangelnde Anwendung und Anwendbarkeit eidg. Rechts (Art. 56 OG). Die Anrufung ausländischen Rechts, seitens der Vertragsparteien im Prozesse, als entscheidendes Indiz für die vertragsgemäße Anwendbarkeit dieses Rechts auf das streitige Vertragsverhältnis. — Ein Kaufvertrag, der im Auslande zu erfüllen ist, untersteht bezüglich des Erfüllungsanspruchs selbst, sowie auch eines Schadenersatzanspruchs wegen mangelhafter Erfüllung, dem ausländischen Recht.

Das Bundesgericht hat, nachdem sich aus den Akten ergeben:

A. — Die beklagte Firma Degen & Cie. in Zürich hat am 22. Oktober 1906 bei der Klägerin, der Firma C. & F. Schlot-

hauer, G. m. b. H., in Kuhl (Thüringen), eine Anzahl Schalenhalter für elektrische Lampen zum Preise von 13 Mk. 75 Pfg. für 100 Stück, bestellt, die nach einem zu Gunsten der Beklagten gesetzlich geschützten System herzustellen waren. Die zur Fabrikation nötigen Spiralfedern und Nieten hatte die Beklagte franko Bahnhof Kuhl der Klägerin zu liefern. Die klägerischen Sendungen waren von der Beklagten je auf Schluß des Lieferungsmonates mit 15 Tage Check a. Deutschland zu bezahlen.

Mit der vorliegenden Klage fordert nunmehr die Klägerin 3112 Mk. 88 Pfg. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 1910 als Kaufspreis für die der Beklagten gemachten Lieferungen und für entstandene Frachtauslagen.

B. — Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen und widerklageweise gegenüber der Klägerin eine Forderung von 2500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 15. Januar 1910 und eine solche von 6475 Fr. 50 Cts. nebst Zins zu 5 % seit der Anhängigmachung der Widerklage geltend gemacht. Die erste Forderung stützt sich darauf, daß durch die wiederholten schlechten Lieferungen der Klägerin der geschäftliche Ruf der Beklagten gelitten habe und ihr ein Kundenverlust erwachsen sei. Die zweite bildet eine Schadenersatzforderung wegen Nichtlieferung von 5000 Porzellanfassungen, mit deren Herstellung die Beklagte die Klägerin im Februar 1909 betraut habe. Infolge dieser Nichtlieferung habe die Beklagte nutzlos 975 Fr. 50 Cts. an Patentgebühren für das diese Fassungen betreffende Modell bezahlt; ferner sei ihr dadurch ein Gewinn von 500 Fr. aus Weiterverkauf und ein solcher von 5000 Fr. deshalb entgangen, weil sie außer den bestellten und weiter verkauften Fassungen noch an zwei andere Firmen größere Posten solcher hätte liefern können.

C. — Die Klägerin hat sich in der Klagebegründung auf deutsches Recht berufen und die Beklagte in der Klagebeantwortung sich mit der Anwendung deutschen Rechts einverstanden erklärt.

D. — Durch Urteil vom 16. Dezember 1910 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich den Prozeß dahin entschieden, daß es die Klage vollinhaltlich zusprach und die Widerklage gänzlich abwies. Seinem Urteile hat es in sämtlichen Punkten deutsches Recht zu Grunde gelegt; —