

mission et le pouvoir exclusif d'opérer le recouvrement, la loi ne fait aucune distinction entre le cas où le débiteur est un tiers et celui où le débiteur est un associé (voir RO 23 I p. 288 ; SCHNEIDER et FICK, 4^{me} éd., art. 582, rem. 4 ; STAUB, op. cit. § 149, rem. 6 ; MAKOWER, op. cit. § 149, rem. II b ; PIC, op. cit. p. 820). Et cela se conçoit si l'on considère que l'actif social que le liquidateur est chargé de réaliser se compose précisément, pour une part, de toutes les sommes dont les associés peuvent être comptables vis-à-vis de la Société, à des titres divers, qu'il s'agisse d'apports non encore versés, d'avances consenties, de prélèvements effectués indûment et d'une manière générale de dettes contractuelles ou délictuelles quelconques. De ce qui précède il résulte, sans autre, qu'en l'espèce Schaffroth, qui n'aurait pas eu qualité pour agir au nom de la Société Fontana, Schaffroth & C^{ie} en liquidation, ne pouvait pas davantage agir, ainsi qu'il l'a fait, en son nom personnel du moment que le droit qu'il entend faire valoir à une part de la commission Dauer et du bénéfice sur l'albumine de poule est, en tout cas, subordonné, supposé qu'il existe, à la condition que cette commission et ce bénéfice rentrent effectivement dans l'actif de la Société, représentent bien, en d'autres termes, des créances sociales et que, dans ce cas, c'est le liquidateur seul qui, agissant au nom de la Société en liquidation, a qualité pour poursuivre le remboursement de ces créances et en faire, au besoin, en cas de contestation, constater judiciairement l'existence. Les conclusions civiles de Schaffroth doivent dès lors être écartées pour défaut de légitimation active du demandeur, sans plus ample examen et sans qu'il soit nécessaire notamment de trancher la question de savoir si la commission Dauer et le bénéfice sur l'albumine de poule devaient ou non, en réalité revenir à la Société, ou encore de rechercher si, ensuite de l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 janvier 1919, la Cour d'assises de Neuchâtel était ou n'était pas en droit de modifier le dispositif de son premier jugement.

Le Tribunal fédéral prononce :

Les recours sont admis et les jugements de la Cour d'Assises de Neuchâtel, des 10 octobre 1918 et 15 mai 1919, sont réformés en ce sens que la réclamation civile du demandeur est écartée.

64. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. September 1919
i. S. Hotelunternehmung Bucher-Durrer A.-G. und « Zürich »
gegen Dallape.

Art. 339, 97 ff. und 41 OR. Haftung des Dienstherrn gegenüber dem Angestellten für Betriebsgefahren. Voraussetzungen.

A. — Der 1895 geborene Vinzenz Dallape war während mehrerer Jahre zuerst zusammen mit seinem Vater, dann im Winterhalbjahr 1916 — 1917 allein, in dem der Erstbeklagten A.-G. Bucher-Durrer gehörenden Hotel auf dem Stanserhorn als Winterwart angestellt und als solcher von der Hoteleigentümerin bei der Zweitbeklagten Versicherungsgesellschaft « Zürich » für 1000 Fr. im Todesfalle gegen Unfälle bei der Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen versichert worden. Zugleich hatte die « Zürich » der Hoteleigentümerin durch die nämliche Polize auch gegen die Folgen ihrer gesetzlichen Haftpflicht wegen solcher Unfälle aus Art. 41 bis 47, 55, 56, 58 und 339 OR bis zum Betrage von 10,000 Fr. an Kapital, Zinsen und Kosten Versicherung gewährt. Art. 17 Abs. 1 der in die Polize aufgenommenen « allgemeinen Versicherungsbedingungen » ermächtigt die Gesellschaft, zur Befriedigung derartiger Haftpflichtansprüche in erster Linie die aus der Unfallversicherung zu Gunsten des Angestellten geschuldete Summe zu verwenden. Und Abs. 2 ebenda bestimmt, dass, wenn es über das Bestehen durch die Haftpflichtversicherung gedeckter Forderungen

zwischen dem Angestellten oder dessen geschädigten Hinterbliebenen und dem Versicherungsnehmer zum Prozesse komme, die Versicherungsgesellschaft dessen Führung übernehme, zu welchem Zwecke der Versicherungsnehmer dem von der Gesellschaft bezeichneten Anwalte die nötige Vollmacht auszustellen habe. « Die Gesellschaft » so fährt Abs. 2 fort « trägt die Prozesskosten auch dann, wenn es sich um die Abwehr unberechtigter Ansprüche handelt. Wird eine Haftpflichtklage abgewiesen, so kommen die entstandenen Kosten an der dem Versicherten aus §§ 8 bis 14 (d. h. aus der Unfallversicherung) zukommenden Entschädigung in Abzug. »

Am 16. März 1917 machte sich Dallape auf den Weg, um im Tale Putzmittel zur Reinigung des Hotels zu holen, wurde beim Abstieg am Nordabhöng des Berges von einer Lawine erfasst und getötet. Die Weisung, sich zu dem gedachten Zwecke ins Tal zu verfügen, war ihm etwa 10 Tage vorher namens der Erstbeklagten, von Josef Bucher telephonisch erteilt worden. Nachdem dieser zuerst darauf gedrungen hatte, dass Dallape sofort hinuntersteige, bestand er auf dessen Antwort, es sei dies zur Zeit wegen des Wetters nicht möglich, nicht mehr darauf, verlangte aber, dass der Wächter komme, sobald dies einigermassen möglich sei und fügte bei, er mache ihn dafür verantwortlich, dass das Hotel auf die für Pfingsten in Aussicht genommene Betriebseröffnung geputzt sei. Die Wahl des Tages müsse er ihm überlassen, da man unten nicht wissen könne, wie das Wetter in der Höhe sei.

Mit im März 1918 eingeleiteter Klage forderten deshalb die Eltern des verunglückten Vinzenz Dallape, Bartolomeo Dallape und Genoveva Dallape geb. Brendel, sowie dessen Schwester Marie Pauline Dallape von der A.-G. Bucher-Durrer und der « Zürich » Zahlung einer Entschädigung von 10,000 Fr. nebst Verzugszinsen seit dem Tage des Unfalls. Sie erblicken eine schuldhafte Verletzung der dem Dienstherrn gegenüber dem Dienst-

pflichtigen obliegenden Fürsorgepflicht und zum Schadenersatz verpflichtende Fahrlässigkeit im Sinne der Art. 339 und 41 OR darin, dass die Erstbeklagte dem Vinzenz Dallape die Weisung zum Hinuntersteigen in einer wegen der Lawinen so gefährlichen Jahreszeit erteilt habe, während die nötigen Putzmittel entweder schon im Herbst ins Hotel hätten gebracht oder die Reinigung auf einen Zeitpunkt hätte verschoben werden können, wo jene Gefahr nicht mehr bestanden habe. Da Vinzenz Dallape seinen ganzen Lohn mit Ausnahme des für seine persönlichen Bedürfnisse benötigten geringen Betrages bisher den Eltern und der Schwester zugewendet habe, diese alle drei, die Schwester wegen durch Krankheit herabgeminderter Erwerbsfähigkeit, auch tatsächlich unterstützungsbedürftig seien, durch den Unfall also ihren « Versorger » verloren hätten, seien sie gemäss Art. 97 ff. insbesondere Art. 99 und 45 OR berechtigt, von den Beklagten Ersatz des ihnen daraus entstehenden, kapitalisiert auf 10,000 Fr. zu beziffernden Schadens zu verlangen, von der Erstbeklagten auf Grund der bereits angeführten Haftungsvorschriften, von der Zweitbeklagten gestützt auf die von ihr dem Haftpflichtigen gewährte Versicherung, die « nach Gesetz » den Klägern ein direktes Klagerecht gegen sie gebe. Die Zweitbeklagte anerkannte, den Klägern aus der zu Gunsten des Verunglückten bestehenden Unfallversicherung den Betrag von 1000 Fr. abzüglich der Kosten des vorliegenden Prozesses zu schulden. Für die Mehrforderung erhob sie in erster Linie die Einrede der mangelnden Passivlegitimation: nach Art. 60 VVG habe bei der Versicherung gegen die Folgen gesetzlicher Haftpflicht der geschädigte Dritte kein eigenes Forderungsrecht gegen den Versicherer, sondern nur ein Pfandrecht an dem versicherungsmässigen Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers. Im weiteren bestritt sie gleich der Erstbeklagten auch das Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen für die Entschädigungspflicht, da weder von einer Verletzung

vertraglicher Pflichten oder Fahrlässigkeit nach Art. 339 und 41 OR auf Seiten des Dienstherrn gesprochen noch der Verunglückte als Versorger der Kläger im Sinne des Gesetzes betrachtet werden könne. Die Auszahlung der Unfallversicherungssumme von 1000 Fr. sei den Klägern schon vor dem Prozesse angeboten und nur deshalb unterlassen worden, weil die Versicherungsgesellschaft, nachdem jene sich damit nicht zu begnügen erklärt hätten, sich die ihr durch die Polize gewährleistete Möglichkeit habe sichern wollen, daraus vorerst für die Kosten des heutigen unbegründeter Weise angehobenen Prozesses Deckung zu suchen, auf welchem Verrechnungsrecht sie beharre.

B. — Durch Urteil vom 8. Januar, zugestellt 25. Februar 1919, hat das Obergericht des Kantons Luzern I. Kammer erkannt :

- » 1. Die Erstbeklagte hat den Klägern 5000 Fr., die Zweitbeklagte 1000 Fr. zu bezahlen, je nebst Zins zu 5 % seit dem 16. März 1917.
- » 2. Die abweichenden Begehren sind abgewiesen.
- » 3. Die Beklagten haben solidarisch die ergangenen Kosten zu tragen und demnach dem Advokaturbureau Steiner und Dr. Helbling dessen auf 330 Fr. 75 Cts. festgesetzte Kostennote zu bezahlen sowie der Klägerschaft an Parteikosten 6 Fr. 50 Cts. zu vergüten.
- » 4. Die hierortigen Kosten bestehen in 117 Fr. inbegriffen 90 Fr. Gerichtsgebühr. »

Die Verurteilung der Erstbeklagten zur Zahlung von 5000 Fr. stützt sich auf Art. 339, 97 ff. OR und die Annahme, dass der verunglückte Vinzenz Dallape den Klägern, deren Unterstützungsbedürftigkeit feststehe, ausser dem Betrage, als dessen Kapitalisierung sich die Unfallversicherungssumme von 1000 Fr. darstelle, jährlich noch 400 Fr., je 150 Fr. an jeden Elternteil und 100 Fr. an die Schwester, zugewendet hätte, was bei dem Alter der Unterstützten kapitalisiert 5266 Fr. 40 Cts. oder rund 5000 Fr. ergebe. Eine Befugnis der Zweitbeklagten zu

Verrechnung von Prozesskosten mit der Unfallversicherungssumme würde nach der Polize nur bestehen, wenn die Haftpflichtklage gegen den Dienstherrn abgewiesen worden wäre. Sie entfalle demnach mit deren grundsätzlicher Guttheissung, sodass die Zweitbeklagte diese 1000 Fr. voll zu zahlen habe. Andererseits bestehe auch nur hiefür eine unmittelbare Schuldpflicht ihrerseits gegenüber den Klägern, während für die Mehrforderung von 5000 Fr. aus gesetzlicher Haftpflicht des Dienstherrn denselben gegen den Versicherer nur die Rechte des Art. 60 VVG zukommen.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten mit dem Begehren um Abweisung der Klage im Sinne des Antwortschlusses vor den kantonalen Instanzen (s. oben S. 427), eventuell Herabsetzung der der Erstbeklagten über die Unfallversicherungssumme von 1000 Fr. hinaus auferlegten Entschädigung von 5000 Fr. auf 385 Fr. Die Kläger haben auf Abweisung der Berufung angetragen.

D. — Während des Berufungsverfahrens ist die Mitklägerin Marie Pauline Dallape gestorben. Nachdem der Anwalt der Kläger zunächst am 19. Mai 1919 dem Bundesgericht hievon mit dem Bemerkten Kenntnis gegeben hatte, dass dieselbe infolgedessen « als Partei ausser Betracht falle », teilte er, aufgefordert eine Verzichtserklärung der Erben auf die Fortsetzung des Prozesses nach Art. 75 BZPO beizubringen, am 28. Juni 1919 gegenteils mit, dass die Eltern Dallape als gesetzliche Erben der Verstorbenen den Prozess aufnehmen, und reichte am 2. Juli 1919 sodann noch eine Bescheinigung des Gemeinderates Stans d. J. ein, dass eine Ausschlagung des Nachlasses durch jene innert Frist nicht erfolgt sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Da feststeht, dass die Kläger Bartolomeo Dallape und Genoveva Dallape geb. Brendel Erben der verstorbenen Mitklägerin Marie Pauline Dallape geworden

sind, steht ihrem Eintritte in den Prozess an Stelle dieser nichts entgegen.

2. — In der Sache selbst hat das angefochtene Urteil zu Unrecht eine Verletzung der der Erstklagten als Dienstherrin obliegenden Pflichten darin finden wollen, dass sie den verunglückten Vinzenz Dallape zum Abstieg ins Tal während einer lawinengefährlichen Zeit veranlasst habe, ohne ihn vor dieser Gefahr zu warnen. Art. 339 OR, auf welchen sich die Vorinstanz für diese Auffassung stützt, verpflichtet den Dienstherrn, soweit es ihm mit Rücksicht auf das einzelne Dienstverhältnis und die Natur der Dienstleistung billigerweise zugemutet werden darf, für genügende Schutzmassregeln gegen die Betriebsgefahren zu sorgen. Er lässt ihn demnach nicht etwa, wie es für die der Haftpflichtgesetzgebung unterstellten Betriebe zutrifft, für diese Gefahren überhaupt, unabhängig von einem Verschulden seinerseits haften, sondern macht ihn lediglich dafür verantwortlich, dass er diejenigen Vorrichtungen treffe und dem Dienstpflichtigen zur Verfügung stelle, welche geeignet sind, die Gefahr wenn nicht auszuschliessen, so doch nach Möglichkeit herabzumindern. In diesem Zwecke der Gefahrverhütung bzw. -minderung und nur in ihm findet auch die von der Praxis angenommene Pflicht des Dienstherrn, den Dienstpflichtigen über mit der übertragenen Verrichtung verbundene Gefahren vor der Ausführung aufzuklären und zu warnen, ihre Begründung. Sie setzt voraus, dass Risiken in Frage stehen, über die der Dienstpflichtige sich nicht bereits von sich aus Rechenschaft gab, die ihm — zum mindesten momentan — entgangen sein können. Willigt derselbe in die Ausführung der Dienstleistung ein, obwohl er sich ihrer Gefährlichkeit von vorneherein bewusst ist, so nimmt er damit auch die Folgen auf sich. Es kann demnach, wenn sich dabei infolge einer solchen von ihm gekannten und vorausgesehenen Gefahr ein Unfall ereignet, der Dienstherr dafür nicht deshalb haftbar gemacht werden, weil er eine darauf bezügliche Warnung

und Aufklärung unterlassen hat, sondern gilt, falls auch eine Versäumung von Schutzvorkehrungen nach Art. 339 nicht in Betracht kommt, der allgemeine Grundsatz, dass die Folgen eines zufälligen schädigenden Ereignisses denjenigen treffen, bei dem sie eintreten (AS 31 II S. 240 Erw. 5). Gerade dieser die Haftung des Dienstherrn für zufällige Schadensereignisse ausschliessende Grundsatz ist es, welcher dazu geführt hat, für gewisse besonders gefährliche Arten von Diensten auf dem Wege der Spezial- (Haftpflicht-) Gesetzgebung eine abweichende Regelung zu treffen. Die in letzterer durch besonderen Rechtssatz verfügte Ausdehnung der Haftung darf deshalb nicht auf dem Umwege auf die Fälle des gewöhnlichen Dienstvertrages übertragen werden, dass man den Dienstherrn, welcher dem Dienstpflichtigen einen an sich in den Rahmen der übernommenen Dienste fallenden, aber für Leib und Leben gefährlichen Auftrag gegeben hat, schon wegen dieser Gefährlichkeit an sich für den Schaden einstehen lässt, obwohl eine Abwendung der Gefahr durch Schutzmassregeln nach deren Natur nicht möglich war und dieselbe dem Dienstpflichtigen bekannt war, also auch eine für den Unfall ursächliche Verletzung der Warnungspflicht nicht vorliegt. So verhält es sich aber hier. Nicht nur war die Gefahr, welcher der verunglückte Vinzenz Dallape erlag — die Verschüttung des Weges durch Lawinen — derart beschaffen, dass irgendwelche positive Vorkehrungen des Dienstherrn zu ihrer Beseitigung nicht in Frage kommen konnten, wie denn die Nichtanwendung solcher dem Dienstherrn nicht zum Vorwurf gemacht wird. Nachdem Dallape schon während mehrerer Jahren den Dienst als Winterwart auf dem Stanserhorn versehen hatte, darf unbedenklich weiter auch angenommen werden, dass er sich derselben selbst ohne besonderen Hinweis bewusst war und über die Gefährdung, welche der Gang nach dem Tal für ihn mit sich brachte, zum mindesten ebensogut Rechenschaft gab wie der Dienstherr. Es liesse sich deshalb höchstens

fragen, ob nicht der letztere deshalb für den eingetretenen Schaden verantwortlich erklärt werden könnte, weil er den Verunglückten veranlasste, zu einer so gefährlichen Zeit den Abstieg zu unternehmen, während das Hinaufschaffen der Putzmittel sehr wohl auch noch später hätte besorgt werden können, weil also für den erteilten gefahrbringenden Auftrag ein ihn rechtfertigender sachlicher Grund fehlte. In dieser Beziehung fällt aber in Betracht, dass die Hotelunternehmung nach dem von der Vorinstanz als glaubwürdig betrachteten Zeugnis des Josef Bucher nicht etwa verlangt hat, dass Dallape schon jetzt hinunterkomme, sondern nur, dass es so rechtzeitig geschehe, um das Hotel noch auf die Betriebseröffnung an Pfingsten reinigen und instandstellen zu können. Dies wäre aber, da bis dahin noch mehr als zwei Monate verblieben, offenbar auch dann möglich gewesen, wenn Dallape den Abstieg auf einen Zeitpunkt verschoben hätte, wo nach den örtlichen Verhältnissen keine Lawinen mehr zu befürchten waren. Es braucht deshalb nicht untersucht zu werden, ob der erwähnte Grund, wenn der Befehl positiv auf ein Hinunterkommen in der nächsten Zeit gelaute hätte, trotz der Kenntnis des Verunglückten von der ihm daraus erwachsenden Gefahr und der Unmöglichkeit von Schutzmassregeln, die Haftung der Erstbeklagten zu begründen vermocht hätte.

Die auf Art. 339, 41 OR. gestützte Schadenersatzklage der Kläger ist somit mangels Vorliegens der unerlässlichen Voraussetzung — kausale Verletzung einer Vertragspflicht oder aquilisches Verschulden auf Seite des Dienstherrn — abzuweisen. Da der Streit sich von Anfang an ausschliesslich um sie und nicht um den nie bestrittenen nebenhergehenden Anspruch von 1000 Fr. aus der Unfallversicherung zu Gunsten des Verunglückten drehte, müssen folgerichtig die Kosten aller Instanzen den Klägern auferlegt werden. Die letzteren werden demnach auch jene Summe von 1000 Fr. von der Zweitbeklagten nicht voll beanspruchen, sondern es wird diese davon

gemäss Art. 11 der allgemeinen Versicherungsbedingungen der Polize ihre Kosten aus dem vorliegenden Prozesse abziehen können, wobei als abzugsfähige Kosten nicht nur die den Beklagten für die verschiedenen Instanzen zuzurechnenden ausserrechtlichen Entschädigungen, sondern auch diejenigen Beträge in Betracht fallen werden, welche sie an Gerichtsgebühren, Zeugengeldern usw. allenfalls der kantonalen Gerichtskasse bereits haben erlegen müssen. Einer besonderen darauf bezüglichen Einschränkung im Dispositiv bedarf es nicht, da sich das fragliche Kompensationsrecht ohne weiteres schon aus der Identität der Parteien in beiden Schuldverhältnissen und der durch das Urteil festgestellten Fälligkeit von Forderung und Gegenforderung ergibt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass die Zweitbeklagte an die Kläger 1000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 16. März 1917 zu zahlen hat, im übrigen dagegen die Klage abgewiesen wird.

65. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. September 1919
i. S. **Chemische Fabrik Brugg** gegen **C. Kraft & C^{ie}**.

Wesentlicher Irrtum. OR Art. 23 u. 24 Ziff. 1 bis 4.
Ueberprüfbarkeit der Feststellungen der kantonalen Instanz über den inneren Willen der Parteien ?

A. — Gegenstand des vorliegenden Prozesses bildet ein zwischen den Parteien abgeschlossener Kaufvertrag, welcher von der Klägerin, Chemische Fabrik Brugg A.-G., durch Zuschrift vom 30. Oktober 1918 an die Beklagte, Firma C. Kraft & C^{ie}, wie folgt bestätigt wurde :

« Wir nehmen höflich Bezug auf unsere gestrige telephonische Unterredung mit Ihrem Herrn Kraft, wobei wir Ihnen zur Lieferung innert 14 Tagen verkauften :