

teur de la volonté de voir s'exécuter sans retard la délivrance de la marchandise équivaut à une mise en demeure formelle et que, dans ce cas, la résiliation avec allocation de dommages-intérêts est admissible (Pand. eod. n° 755/756). Or, le 31 décembre déjà, l'acheteur a adressé au demandeur une réclamation au sujet du retard et a insisté pour la délivrance immédiate des peaux. Il est donc probable que 14 jours s'étant encore écoulés avant l'arrivée de la marchandise, la résolution de la vente aurait été considérée comme justifiée au regard du droit français. On ne saurait, en tous cas, imputer à faute au demandeur de n'avoir pas, dans ces conditions, actionné l'acheteur en acceptation de la marchandise.

Le dommage total souffert par le demandeur a été évalué par l'instance cantonale à 3444 fr. 95. Outre l'erreur de calcul relevée plus haut et rectifiée dans le chiffre indiqué ci-dessus, l'instance cantonale en a commis une autre en ce qui concerne l'intérêt afférent au prix consenti par l'acheteur Gaday. La Cour de Justice fait courir cet intérêt dès l'échéance du délai de paiement de 120 jours, compté à partir du jour de la conclusion de la vente, au lieu de calculer ce délai depuis le jour de la délivrance. Il en résulte une diminution d'environ 46 francs sur le montant de l'intérêt admis par la Cour cantonale. Pour tout le reste, il y a lieu de confirmer purement et simplement les calculs de l'instance cantonale.

En conformité de ce qui a été exposé plus haut, il y a lieu de ne pas mettre le préjudice entier de 3400 francs à la charge de la Société défenderesse. L'importance respective des deux causes principales (retard dû à la faute de la défenderesse et retard imputable à la douane) qui ont amené le résultat dommageable étant sensiblement la même, il convient de réduire de moitié l'indemnité à payer par la Société défenderesse et de la fixer, en conséquence, à la somme de 1700 francs.

Quant à l'allocation de la somme de 500 francs prononcée par l'instance cantonale en vertu de l'art. 113 de la loi de

procédure civile, elle repose sur une règle du droit cantonal dont l'examen échappe à la connaissance du Tribunal fédéral. Cette allocation doit donc subsister telle quelle.

Par ces motifs

le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est admis dans ce sens que l'indemnité allouée au demandeur, pour le préjudice résultant du retard de l'envoi (chiff. 1° du dispositif de l'arrêt déferé) est réduite à la somme de 1700 francs avec intérêt légal.

Pour le surplus, l'arrêt de la Cour de Justice est confirmé.

57. **Urteil vom 8. Juli 1910** in Sachen  
**Probst-Loz, Bfll. u. Ver.-Kl., gegen Gesellschaft der von**  
**Rolf'schen Eisenwerke, Kl. u. Ver.-Bfll.**

*Persönliche Belangbarkeit des Kollektivgesellschafters und des unbeschränkt haftenden Kommanditgesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Art. 564 bzw. 601, in Verbindung mit Art. 568 OR): Sie besteht schon von der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses an, nicht erst nach dessen Durchführung. Die Vorschrift des Art. 568 OR ist lediglich vollstreckungsrechtlicher Natur und in materiellechtlicher Hinsicht ersetzt durch die Bestimmung des Art. 218 SchKG.*

A. — Durch Urteil vom 27. Mai 1910 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt: Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und in seiner Berufungsschrift den Antrag gestellt und begründet: Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und gemäß dem Rechtsbegehren der Klagebeantwortung zu erkennen.

C. — Die Berufungsbeklagte hat in ihrer Berufungsantwort den Antrag gestellt und begründet, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Beklagte ist unbeschränkt haftender Teilhaber der durch Konkurs aufgelösten Kommanditgesellschaft E. Probst & Cie. in Basel gewesen. Im Konkurse hat die Klägerin eine Forderung von 2194 Fr. 85 Cts. angemeldet, deren Bestand und Höhe der Beklagte nicht bestreitet. Diese Forderung, nebst 6% Zins seit dem 26. Januar 1910, macht die Klägerin nun gleichzeitig im Klagewege gegenüber dem Beklagten geltend, der seine Zahlungspflicht verneint, weil er erst nach Beendigung der Konkursliquidation und nur für den in dieser nicht erhältlichen Forderungsrest belangt werden könne. Die beiden kantonalen Instanzen haben die Klage gutgeheissen.

2. — Der durch Art. 564 Abs. 1 OR aufgestellte Grundsatz, daß der Kollektivgesellschaftler für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch haftet, wird in Absatz 3 daselbst insoweit gemildert, als diese Haftbarkeit erst nach der Auflösung oder nach erfolgloser Betreibung der Gesellschaft geltend gemacht, der Gesellschaftler erst dann „persönlich belangt“ werden kann. Daß dagegen die Belangbarkeit auch noch von da an irgendwie beschränkt sei, namentlich in den hier in Betracht kommenden Fällen, wo die Gesellschaft infolge Konkurses aufgelöst wurde, ist aus dem Abs. 3 cit. nicht zu entnehmen, der sich vielmehr im Sinne einer sofortigen und vollen Haftbarkeit des Gesellschaftlers ausdrückt. Eine solche Beschränkung ließe sich nur auf den Art. 568, auf den sich auch der Beklagte beruft, stützen, mit der Begründung, darin würden die in Art. 564 über die persönliche Haftbarkeit des Gesellschaftlers und ihre Geltendmachung enthaltenen zivilrechtlichen Normen noch näher, und zwar einengend, präzisiert, so nämlich, daß ein Anspruch gegen den Gesellschaftler erst nach der Durchführung der freiwilligen oder zwangsweisen Liquidation des Gesellschaftsvermögens entstehe und daß er auf die Bezahlung nur der Ausfallforderung gerichtet sei. Mag nun auch der Art. 568 seinem Wortlaute nach für sich allein diese Auslegung zulassen, so steht ihr zunächst vom Standpunkt der Gesetzesredaktion aus der auffallende Umstand entgegen, daß die Frage der solidarischen Haftbarkeit des Gesellschaftlers danach zusammenhanglos an zwei verschiedenen Stellen des Gesetzes geordnet wäre. Namentlich aber führt sie zu einem

praktisch ganz unbefriedigenden Ergebnisse: Denn wenn der Gesellschaftler erst nach der Durchführung der Vollstreckung gegen das Gesellschaftsvermögen belangbar ist, so versagt seine gesetzliche Haftbarkeit gerade zu der Zeit, wo sie ihre wesentliche Bedeutung besitzt, wo nämlich der Gläubiger für seine Forderungen befriedigt werden soll; und da sich die Liquidation des Gesellschaftsvermögens in der Regel längere Zeit hinauszieht, so würde der Gesellschaftler in den Stand gesetzt, Gesellschaftsvermögen der Privatvermögensmasse zuzuführen und es zur vorzugsweisen Befriedigung seiner Privatgläubiger zu verwenden; und der an der Geltendmachung seiner Haftungsforderung verhinderte Gesellschaftsgläubiger vermöchte nicht wirksam dagegen aufzutreten, indem regelmäßig weder eine Sicherung seiner Forderung durch Arrest noch eine Anfechtung der Vermögensübertragung durch die actio Pauliana möglich wäre. Die Nachteile dieses Rechtszustandes sind offensichtlich, und gegenüber ihrer Allgemeinheit sind die Ausnahmefälle von untergeordneter Bedeutung, wo der Gesellschaftler, trotzdem das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsgläubiger ausreicht, sofort für die ganze Forderung belangt wird und dadurch unter Umständen eine Gefährdung seiner privaten Vermögenslage erleidet. Aus diesen Gründen liegt es näher, in Art. 568 keine materiellrechtliche, das Haftungsverhältnis des Gesellschaftlers gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger ordnende Bestimmung zu sehen, sondern eine vollstreckungsrechtliche Bestimmung, wofür auch ihr Wortlaut spricht (namentlich der Ausdruck „Befriedigung aus dem Privatvermögen suchen“). Hiernach regelt der Artikel die Beziehungen, die sich ergeben, wenn gleichzeitig gegen die Gesellschaft und den Gesellschaftler ein Exekutionsverfahren im Gange ist und nun der Umfang der konkurrierenden Beschlagnahme der Gesellschafts- und der Privatgläubiger festgesetzt werden muß. Dies tut der Art. 568 in der Weise, daß er den Gesellschaftsgläubigern — denen zunächst der Art. 566 das ausschließliche Beschlagnahme am Gesellschaftsvermögen einräumt — ein solches zwar auch am Privatvermögen des Gesellschaftlers in Konkurrenz mit den Privatgläubigern gewährt, aber so, daß das am Gesellschaftsvermögen erlangte in erster Linie zur Befriedigung ihrer Forderungen dienen soll und eines andere nur subsidiär. Im Privatkonkurs kann also die For-

derung nicht schlecht hin wie die eines Privatgläubigers angemeldet und geltend gemacht werden, sondern nur in soweit, als sie im Gesellschaftskonkurse keine Befriedigung findet. Damit bleibt aber das hier streitige Recht des Gläubigers, nach Auflösung der Gesellschaft vom Gesellschafter persönlich die sofortige Bezahlung der vollen Gesellschaftsschuld zu verlangen, unberührt, solange nicht der Gesellschafter aus Gründen des Zwangsvollstreckungsrechts (namentlich weil er selbst im Konkurse ist oder weil die betreffende Zahlung nach Art. 285 ff. SchRG anfechtbar wäre) an der wirksamen Entäußerung seines Vermögens gehindert ist. Nach all dem betrifft der Art. 568 die gleiche Frage, die später, bei der Vereinheitlichung des Vollstreckungsverfahrens, durch den Art. 218 SchRG geregelt worden ist; und dieser Artikel hat ihn also in Wirklichkeit ersetzt, wobei der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich von einer konkursmäßigen Geltendmachung der Forderung des Gesellschaftsgläubigers sprechen konnte, während er vorher bei Abfassung des Art. 568 die Verschiedenheit des kantonalen Schuldbetreibungsrechtes und namentlich die Möglichkeit einer pfändungsweisen Vollstreckung zu berücksichtigen hatte und sich daher unbestimmter ausdrücken mußte.

Im erörterten Sinne ist denn auch der Art. 568 bereits von der kantonalen Rechtsprechung (Revue II Nr. 42 und III Nr. 164, Zürcher handelsrechtl. Entsch. Bd. 18 Nr. 1 und Bd. 4 n. F. Nr. 202) und überwiegend in der Literatur (Schneider und Fick, Kommentar, Art. 564 Note 6 b und 8, Art. 568 Note 2; Haberstick, Obligationenrecht, II S. 396) ausgelegt worden. Jene andere Auffassung hat freilich Hafner (Kommentar, Art. 564 Anmerkung 8) unter Hinweis auf den Art. 122 des früheren deutschen Handelsgesetzbuches und die ihm von der deutschen Doktrin gegebene Auslegung vertreten. Allein aus dieser Bestimmung kann für das schweizerische Recht nichts abgeleitet werden; schon deshalb nicht, weil bei der offenen Handelsgesellschaft des deutschen Rechts die Haftung des Gesellschafters anders als bei der Kollektivgesellschaft des Obligationenrechts geregelt ist, indem die Belangbarkeit schon vor der Gesellschaftsauflösung besteht und indem, wenn sie laut Art. 122 cit. nach der Auflösung aufhörte, dies in Beziehung zu dem ausschließlichen Recht der Gesellschaftsgläubiger auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen gebracht würde. Übrigens

hat das gegenwärtige deutsche Handelsgesetzbuch diesen Rechtszustand abgeändert und läßt durch seinen Art. 128 die Belangung des Gesellschafters nunmehr ebenfalls sogleich mit der Gesellschaftsauflösung zu; und zwar ist diese Änderung gerade durch die schon genannten Nachteile, wie sie sich in Deutschland bei der früheren Regelung fühlbar machten, veranlaßt worden (vergl. Denkschrift zum Entwurf des Handelsgesetzbuches, S. 95).

Ist somit der Gesellschaftsgläubiger berechtigt, den Kollektivgesellschaftler sofort mit der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses für seine ganze Forderung an der Gesellschaft in Anspruch zu nehmen, so muß die Klage gutgeheißen und die Berufung abgewiesen werden, da für den Beklagten als Kommanditgesellschaftler die gleichen Grundsätze gelten (vergl. Art. 601 und 611 OR).

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 27. Mai 1910 bestätigt.

### 58. Urteil vom 17. September 1910 in Sachen Frateur, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Müller, Bekl. u. Ber.-Bekl.

*Vertrag über die Gründung einer Aktiengesellschaft zur Ausbeutung von — der Gesellschaft als « apports » eines Gründers zu beschaffenden, noch nicht erteilten — staatlichen Wasserwerkskonzessionen (des Kts. Bern). Schadenersatzanspruch des Mitgründers wegen Dahinfalls des Vertrages infolge Nichterfüllung jener « apports- » Pflicht. Vertragsauslegung. Nicht-Verpflichtung des Beklagten, für die Konzessionserteilung seitens der zuständigen Staatsbehörde als Leistung eines Dritten im Sinne des Art. 127 OR einzustehen, sondern blosses Versprechen, sich um die Erlangung der bereits nachgesuchten Konzessionen zu bemühen. Rechtliche Zulässigkeit eines solchen Versprechens. Tatsächliche Erfüllung desselben. Culpa in contrahendo?*

A. — Durch Urteil vom 15. Dezember 1909 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Streitsache erkannt:  
„Das erste Klagsbegehren wird im Sinne der Motive zugesprochen.  
„Das zweite Klagsbegehren wird abgewiesen.“