

3. — Die Klageforderung des Klägers ist daher grundsätzlich gutzuheissen. Doch kann von einer Ersatzpflicht des Beklagten für allen dem Kläger durch den Unfall entstandenen materiellen Schaden angesichts des schweren Mitverschuldens der Verunfallten nicht die Rede sein; denn dass die Steffen trotz der Weisung, nie mit offenem Licht den Keller zu betreten, mit einem Streichholz in das Fass hineingezündet hat, muss, selbst bei Berücksichtigung ihres jugendlichen Alters, als äusserst unvorsichtig bezeichnet werden. Der Beklagte hält dafür, dass angesichts dieses Umstandes die Zusprechung einer Genugtuungssumme an den Kläger nicht in Frage kommen könne. Die äusserst tragische Art, auf welcher das Mädchen ums Leben gekommen und welche beim Kläger zweifellos einen unauslöschlichen Eindruck hinterlassen hat, rechtfertigt jedoch, ihm trotzdem auch unter diesem Titel einen wenn auch allerdings stark reduzierten Betrag zuzuerkennen. Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint es gerechtfertigt, dem Kläger nach freiem Ermessen insgesamt 2500 Fr. zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 4. November 1930 aufgehoben und die Klage im reduzierten Betrage von 2500 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. August 1928 geschützt wird.

29. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. März 1931 i. S. Müller gegen Bucheli.

Beweis des mündlichen Vertragsschlusses über die Errichtung einer einfachen Gesellschaft, Art. 530 ff. OR.

Substantiierungspflicht. Tat- und Rechtsfrage beim Indizienbeweis. OG Art. 81.

A. — Der Kläger, Franz Müller, war Prokurist im Geschäftsbureau Häfliger in Luzern. Er suchte die während seines Wehrdienstes anlässlich der Grenzbesetzung erlittene Einkommenseinbusse durch Verwertung seiner Kenntnisse bei Nebengeschäften und Spekulationen wieder einzuholen. Der ihm bekannte Beklagte, Anton Bucheli, Buchdrucker, wohnte im gleichen Stadtviertel und beschäftigte sich ebenfalls mit der Anbahnung von Gelegenheitsgeschäften. Im Jahre 1920 traten sie in nähere Beziehungen miteinander, und in der Folge wurden zahlreiche Transaktionen mit mehr oder weniger Spekulationscharakter durchgeführt, auf die im Einzelnen in den Erwägungen einzutreten ist und bei welchen es meistens der Kläger war, der kraft seiner Erfahrung und seines Einblickes bei Häfliger die Gelegenheit nachweisen und die erforderlichen Korrespondenzen, Eingaben und Verwaltungen besorgen konnte, während Bucheli in der Hauptsache die notwendigen Mittel und vor allen Dingen seinen Namen gab, um den Kläger vor einem Konflikt mit seinem Arbeitgeber und dessen Kunden zu verschonen. Nach der Darstellung Müllers wäre freilich vor den einzelnen Geschäften eines Tages mündlich die Errichtung einer einfachen Gesellschaft mit Teilung des Gewinnes beschlossen worden, so dass heute die rechtliche Beurteilung des Verhältnisses keine Schwierigkeiten bereiten würde, sondern nur die Abrechnung aufzustellen und über die Höhe des zu teilenden Gewinnes zu entscheiden wäre.

Im Anfang des Jahres 1926 begannen sich die Beziehungen der Parteien zu trüben. Am 29. Dezember 1925 hatte der Kläger dem Beklagten eine Abrechnung « über den gegenseitigen Kassenverkehr » gesandt, und am 22. Dezember 1925 und 31. Januar 1926 hatte er ihn gebeten, eine Aufstellung über das Vermögen aus den « gemeinsamen Käufen und Verkäufen » zu machen und ihm gleichzeitig 15,000 Fr. auf Rechnung seines Gewinnanteiles zu übermitteln; er wünsche Klarheit und die Früchte seiner mehrjährigen Arbeit zu erlangen. Der

Beklagte schwieg zuerst und nahm dann nach einer neuen Aufforderung des Klägers vom 10. März 1926 einen zunächst ausweichenden, später ablehnenden Standpunkt ein; Müller sei bei einzelnen Geschäften gar nicht beteiligt gewesen, bei andern habe er zwar als Ratgeber mitgewirkt, niemals aber als Gesellschafter, und für seine Mühewerwaltung sei er durch die beiden Zahlungen von 1500 Fr. am 20. Juli 1923 und von 5000 Fr. am 20. Juli 1924 reichlich entschädigt worden.

B. — Am 23. Juli 1926 hat Franz Müller gegen Anton Bucheli Klage mit den Rechtsbegehren erhoben:

« 1. Hat der Beklagte an den Kläger 21,486 Fr. 60 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem Friedensrichtervorstand zu bezahlen ?

2. Hat der Beklagte an den Kläger folgende Werttitel herauszugeben: (folgt eine Aufzählung von Grundpfandtiteln). »

3.—6. ... (Feststellung gemeinsamen Eigentums an einer Anzahl von Grundstücken und Werttiteln).

C. — Der Beklagte hat die Klage bestritten und Widerklage über folgende Streitfragen erhoben:

« 1. Hat der Kläger und Widerbeklagte anzuerkennen und an den Beklagten und Widerkläger zu bezahlen:

a) 2128 Fr. nebst 6 % Zins seit 5. Dezember 1923,

b) 5349 Fr. nebst 6 % Zins seit 10. September 1924 ?

2.—3. ... »

D. — Das Amtsgericht Luzern-Stadt hat am 19./20. Februar 1930 die Klage in der Höhe von 16,363 Fr. 65 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 15. Juli 1926 gutgeheissen.

E. — Nachdem beide Parteien gegen dieses Erkenntnis appelliert hatten, hat das Obergericht des Kantons Luzern am 19. September 1930 in teilweiser Guttheissung der Berufung des Beklagten erkannt:

« Der Beklagte und Widerkläger hat dem Kläger und Widerbeklagten 12,212 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 15. Juli 1926 zu bezahlen ».

F. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig

und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt und Guttheissung der Klage und Abweisung der Widerklage, eventuell Rückweisung an die Vorinstanz zur Ermittlung des ihm zustehenden Anspruches auf den Gesellschaftsgewinn beantragt.

G. — Der Beklagte hat sich der Berufung angeschlossen und den Antrag auf Abweisung der Klage und Guttheissung der Widerklage gestellt.

H. — (Ergebnisse einer Instruktionsverhandlung.)

Aus den Erwägungen:

Der Kläger hat behauptet, er habe vor den einzelnen Geschäften, die den Streitgegenstand bilden, mit dem Beklagten einen Vertrag über die Errichtung einer einfachen Gesellschaft eingegangen, dessen Bestimmungen auf diese Geschäfte anzuwenden seien. Da er es ist, der aus dem Vertragsschluss Rechte ableitet, hat er ihn zu beweisen (ZGB Art. 8). Ein direkter, unmittelbar auf die gegenseitigen und übereinstimmenden Willensäusserungen der Parteien gerichteter Beweis fiel jedoch zum vornherein nicht in Betracht, weil weder ein schriftlicher Vertrag aufgesetzt, noch eine schriftliche Bestätigung einer mündlichen Abmachung erfolgt ist; selbst nach der Darstellung des Klägers soll die Abrede nur mündlich und unter vier Augen geschehen sein. Der Kläger ist daher ganz auf die indirekte Beweisführung durch Indizien angewiesen, d. h. auf den Nachweis von Tatsachen, die selber den Rechtsanspruch nicht zu begründen vermögen, die aber nach ihrer regel- und erfahrungsgemässen Bedeutung einen zuverlässigen Schluss auf die Wahrheit der zum Beweis verstellten, rechtsbegründenden Tatsachen gestatten (BGE 54 II S. 478 ff.; HEUSLER, Grundlagen des Beweisrechtes, Archiv für zivilistische Parxis Bd. 62 S. 228). Die Beschränkung auf den Indizienbeweis enthebt jedoch den Kläger nicht von der Substantiierungspflicht; die zur Annahme eines mündlichen Vertragsschlusses unter Anwesenden unerlässlichen Tatsachen, auf die aus den

förmlich erwiesenen Tatsachen zu schliessen gewesen wäre, hätte er jedenfalls zu behaupten gehabt. Man kann nicht sagen, dass er dieser Auflage nachgekommen sei. Erstens verwickelt er sich in einen Widerspruch über die Zeit des behaupteten Vertragsschlusses. In der Klage (S. 2) wird der Tatbestand so dargestellt, dass die Abmachung der Gesellschaft v o r der Durchführung des ersten Geschäftes einmal auf dem Heimweg der Parteien von der Arbeit erfolgt sei. In der Widerklageantwort (S. 4) dagegen heisst es wörtlich: «Nachdem sie bereits einige Gelegenheitsgeschäfte nach dieser Formel erfolgreich durchgeführt und die Verteilung anstandslos und formlos vorgenommen hatten, war die Grundlage für weitere Gelegenheitsgeschäfte geschaffen worden. Keine Abmachung irgendwelcher Art wurde in Schriftform gebracht». Daraus wäre zu folgern, dass die Gesellschaft erst nachträglich, n a c h den ersten Geschäften, verabredet worden wäre. Auffallenderweise ist man aber nicht nur über die äusseren Umstände, Ort und Zeit der mündlichen Abrede im Unklaren, sondern es fehlen auch jegliche Behauptungen über den genauen Inhalt derselben. Der Kläger hat nur behauptet, man habe abgemacht, dass der Gewinn den Gesellschaftern je zur Hälfte zukommen solle. Damit ist es nicht getan. Nach Art. 530 OR ist eine einfache Gesellschaft die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Mitteln. Es wäre daher notwendig gewesen, dass der Kläger auch Behauptungen über die Verabredung der essentialia negotii aufgestellt hätte, also über die Punkte, die notwendig den Gegenstand einer mündlichen Abmachung gebildet hätten, so über die Art der zu tätigenen Geschäfte, d. h. den Gesellschaftszweck, und über die Beiträge an Geld und Arbeit, aber auch über Nebenpunkte, die üblicherweise bereinigt werden, z. B. über Dauer und Kündigung der Gesellschaft. Die Dürftigkeit der Angaben des Klägers über die Besprechung, an der man einig geworden sein soll, muss als auffallend bezeichnet

werden, auch wenn man seine Behauptungen als hinreichende Substantiierung des Vertragsschlusses gelten lassen wollte.

Das zahlreiche vom Kläger zusammengetragene Material aus der Zeit der einzelnen Geschäfte vermag die fehlende Substantiierung und den Nachweis des angeblich vorangegangenen Vertragsschlusses natürlich nicht zu ersetzen. Er besteht nicht etwa aus konkludenten Handlungen in dem Sinne, dass diese den rechtsgeschäftlichen Willen an Stelle einer ausdrücklichen Willenserklärung in sich schliessen würden; denn wenn der mündliche Vertragsabschluss vorausgegangen sein sollte, wie der Kläger dartut, konnte das gesamte spätere Verhalten der Parteien, für das Rechtsgeschäft offenbar nicht mehr konstitutiv sein; es konnte darin weder eine konkludente Offerte, noch eine konkludente Annahme liegen. Das erwähnte Material fällt daher zum vorneherein nur als Indizienmaterial in Betracht, unter Vorbehalt der später zu behandelnden Frage, ob die Parteien bei einzelnen Geschäften ein Gesellschaftsverhältnis eingehen wollten; die Untersuchung der Vorinstanzen hatte sich darauf zu beschränken, ob die Indizien schlüssig seien, m.a.W., die entscheidende Frage war die, ob aus den vorhandenen Indizien auf den tatsächlichen Abschluss eines mündlichen Vertrages unter Anwesenden, auf den tatsächlichen Austausch von Willensäusserungen (OR Art. 1) zu schliessen sei, nicht aber, ob das Verhältnis, das sich nachher zwischen den Parteien entwickelt hat, rechtlich am Besten unter die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft subsumiert würde; denn die juristische Tätigkeit der Auslegung und Subsumtion durch den Richter hat selbstverständlich erst zu erfolgen, wenn der Gegenstand der Auslegung und Subsumtion des Parteiwillens, die tatsächlichen Äusserungen desselben, erwiesen sind. Wenn das Obergericht nach Prüfung der Indizien daher wiederholt ausgeführt hat, für den Bestand eines Gesellschaftsverhältnisses liege nichts vor, so ist nach dem Gesagten sein Entscheid dahin aufzufassen,

dass die Parteien weder ausdrücklich, noch durch schlüssige Handlungen ihren Willen erklärt haben, zur Durchführung der geplanten Geschäfte eine einfache Gesellschaft mit Teilung des Gewinnes einzugehen. Darin liegt eine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, an die das Bundesgericht gemäss OG Art. 81 gebunden ist. Nach seiner ständigen Praxis ist beim Zustandekommen eines Vertrages Tatfrage und seiner Kognition entzogen, was die Parteien, aus den indizierenden Tatsachen zu folgern, gesagt und getan haben müssen. (Vgl. WEISS, Berufung S. 175, 216 ff. ; BGE 33 II S. 249, 274 ; 38 II S. 199 ; 40 II S. 154 ; 41 II S. 32 ; 50 II S. 228 ; 54 II S. 478.) Die Auffassung des Vorderrichters hierüber entzieht sich nach der Praxis der Nachprüfung insbesondere auch insoweit, als die Tatsachenfeststellung, wie hier, nicht auf besonderer prozessualer Beweisführung, sondern auf Schlussfolgerungen beruht (WEISS, Berufung, S. 253 ; BGE 54 II S. 479). Ist das Bundesgericht aber daran gebunden, dass in Wirklichkeit keine generelle, mündliche Gesellschaftsabrede zwischen den Parteien getroffen worden sei, so ergibt sich daraus ohne weiteres, dass die anschliessende Rechtsfrage, ob im vorliegenden Fall ein durchgehendes Gesellschaftsverhältnis anzunehmen sei, verneint werden muss. Der Kläger beruft sich demgegenüber zu Unrecht auf den bundesgerichtlichen Entscheid in Sachen Frischknecht gegen Müller vom 27. April 1907 (BGE 33 II S. 249) ; denn auch dort ist die Erforschung dessen, was die Parteien in Wirklichkeit erklärt haben, ausdrücklich als Tatsachenfeststellung bezeichnet worden. « Soweit dagegen » hat das Bundesgericht ausgeführt, « die rechtliche Bedeutung der festgestellten Erklärungen, Worte und Handlungen der Parteien zu untersuchen ist, handelt es sich um die rechtliche Würdigung der Tatsachen ». Hier sind nun keine Erklärungen, Worte oder Handlungen festgestellt worden, welche einen Vertragsschluss, eine übereinstimmende Willensmeinung der Parteien ausmachen könnten. So wird die vorbehaltene Rechtsfrage,

welche rechtliche Bedeutung den Äusserungen zur Zeit des Vertragsschlusses zukomme, belanglos. « So wie der Fall heute liegt, hat man es daher einzig mit der ausschliesslich vom kantonalen Prozessrecht beherrschten Frage zu tun, ob Indizien von hinreichendem Gewicht für die zu erweisenden, entscheidenden Tatsachen vorhanden sind » (BGE 54 II S. 479), eine Frage, die das Obergericht, wie gesagt, in verbindlicher Weise verneint hat.

Daran ändert auch das vom Kläger eingereichte Rechtsgutachten des Herrn Prof. Götzingers nichts. Es ist am 22. Juli 1927, also zu einer Zeit erstattet worden, als die für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz noch nicht gemacht worden waren. Mit der Abgrenzung der Tat- von den Rechtsfragen setzt sich der Verfasser denn auch nicht auseinander, sondern er setzt den tatsächlichen Abschluss eines mündlichen Vertrages voraus. Das hängt offenbar mit den ihm von seinem Mandanten gemachten Angaben zusammen. Im Eingang des Gutachtens heisst es : « Das von Ihnen mit B. abgeschlossene Rechtsverhältnis charakterisiert sich zweifellos als Gesellschaftsvertrag... Nach dem mündlichen Vertrag war es verstanden, dass B. sowohl Ankauf als Verkauf der gemeinschaftlichen Aktiven auf seinen eigenen Namen bewerkstelligen sollte. » Daraus geht mit aller wünschenswerten Deutlichkeit hervor, dass Prof. Götzinger von der heute für das Bundesgericht eben nicht bewiesene Tatsache ausging, es sei zwischen den Parteien mündlich eine Gesellschaft verabredet worden.