

der Thatfache, daß der Kläger sich diese Sicherheit habe entgehen lassen, beurtheile sich somit nach eidgenössischem Rechte. Allein weder die eine noch die andere dieser Aufstellungen kann als zutreffend erachtet werden. Ob das Pfandbestellungsverprechen vom 22. Februar 1882 den Kläger berechtige, sofern seine Forderung überhaupt zu irgend welchem Betrage besteht, Pfänder im vollen Werthe von 200,000 Fr. zu verlangen oder ob dasselbe ihn nur berechtige, Pfänder im Werthe der jeweiligen bestehenden Darlehensforderung zu begehren, ist lediglich eine Frage der Auslegung des Vertrages vom 22. Februar 1882; um die Wirkung von unter der Herrschaft des eidgenössischen Obligationenrechtes abgeschlossenen Zahlungsgeschäften handelt es sich dabei offenbar in keiner Weise. Ganz das Gleiche gilt aber auch von der zweiten Einwendung des Beklagten. Auch die Frage, ob und inwieweit der Kläger gegenüber dem Beklagten verpflichtet gewesen sei, sich vom Hauptschuldner Sicherheiten oder Deckungsmittel bestellen zu lassen, beziehungsweise ob und welche Diligenz er zu Erlangung solcher Sicherheiten aufzuwenden gehabt habe, kann nur nach Maßgabe des Vertrages vom 22. Februar 1882 beurtheilt werden; es handelt sich auch hier ausschließlich um eine Frage der Vertragswirkung und daher um eine nach kantonalem, nicht nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilende Rechtsfrage. Demnach kann aber auf Prüfung der Beschwerde des Rekurrenten wegen Inkompetenz des Bundesgerichtes überhaupt nicht eingetreten werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Beschwerde des Rekurrenten wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten und es hat somit in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 5. November 1885 sein Bewenden.

24. Urtheil vom 5. März 1886 in Sachen
Dürr gegen Billeter.

A. Durch Urtheil vom 27. November 1885 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Hauptklage ist abgewiesen.
2. Die Widerklage wird gutgeheißen. Der Beklagte und Widerkläger ist berechtigt, sofort als Antheilhaber, der Firma Titus Dürr & Comp. in Zürich zurückzutreten, unter Vormerk am Handelsregister.
3. Der Kläger und Wiederbeklagte ist verpflichtet, zu einem auf 1. Dezember 1885 im Sinne des Gesellschaftsvertrages unter direkter Mitwirkung der Parteien oder von denselben bezeichneter Sachverständigen anzufertigenden Inventar Hand zu bieten. Der Kläger und Wiederbeklagte ist verpflichtet, das dem Beklagten und Widerkläger laut dem Gesellschaftsvertrag gestützt auf das Inventar und die Bilanz zustehende Guthaben an die Firma Titus Dürr & Comp. auf 1. Juni 1886 nebst Zins à 5 % vom 1. Dezember 1885 an zu bezahlen und inzwischen genügend zu versichern.
4. Die Staatsgebühr ist auf 300 Fr. festgesetzt. Die übrigen Kosten betragen: 27 Fr. 90 Cts. Schreibgebühr, 2 Fr. 25 Cts. Citationsgebühr, 8 Fr. 30 Cts. Stempel, 45 Cts. Porto.
5. Die Kosten sind den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
6. U. s. w.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte der Kläger und Wiederbeklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt, daß die Klage gutgeheißen und demgemäß der Beklagte und Widerkläger schuldig erklärt werde, dem Kläger 2512 Fr. 55 Cts. nebst Zins zu 6 % seit dem 29. April 1885 zu bezahlen und daß die Widerklage abgewiesen werde unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Der Anwalt des Beklagten und Widerklägers dagegen trägt auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des handelsgerichtlichen Urtheils unter Kosten- und Entschädigungsfolge an. In seiner Replik erklärt der Anwalt des Klägers und Wiederbeklag-

ten zu Protokoll: er verzichte auf das Recht, daß der erstinstanzliche Thatbestand die Urtheilsgrundlage bilde, und sei damit einverstanden, daß das Gericht auch in thatsächlicher Beziehung frei entscheide.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Parteien betrieben unter der Firma „Titus Dürr & Comp.“ in Zürich eine Samen-, Colonial- und Produktenhandlung. Die Dauer der (Kollektiv-) Gesellschaft ist durch Art. 11 des Gesellschaftsvertrages bis zum 1. Juli 1888 festgesetzt. Doch kann nach Art. 13 des Vertrages die Auflösung von jedem Gesellschafter verlangt werden, sobald sich dessen Einlagekapital durch Verluste bis zur Hälfte vermindert hat; es muß indeß in diesem Falle halbjährliche Kündigung auf 1. Juli erfolgen. Dem Kläger und Widerbeklagten Titus Dürr ist nach Art. 14 des Gesellschaftsvertrages das Recht eingeräumt, im Falle der Auflösung der Gesellschaft das Geschäft mit Aktiven und Passiven gestützt auf ein aufzunehmendes Inventar an sich zu ziehen. Für die Auszahlung des allfällig dem Mitgesellschafter zukommenden Gewinnsaldo und der Kapitaleinlage ist nach Art. 15 des Vertrags gegenseitig eine sechsmonatliche Frist vom Tage der Auflösung an gewährt, innerhalb welcher die Betreffnisse zu 5 % zu verzinsen und sicher zu stellen sind. Der Kläger hat den Beklagten auf Rückerstattung eines Betrages von 2512 Fr. 55 Cts. nebst Zins an die Firmakasse belangt, mit der Behauptung: Beklagter sei am 9. Juni 1885 in Folge von Mehrbezügen aus der Gesellschaftskasse Schuldner der Gesellschaft im Betrage von 2500 Fr. gewesen; um, wie vereinbart gewesen sei, diese Schuld zu tilgen, habe er am 9. Januar 1885 auf seinen Namen einen Eigenwechsel über genannten Betrag ausgestellt und den durch Diskontirung desselben erzielten Erlös zur Bezahlung von Gesellschaftsschulden verwendet. Das Geld zu Einlösung dieses Wechsels und Bezahlung der Protestkosten habe sich nun aber Beklagter mißbräuchlicherweise dadurch verschafft, daß er einen neuen Eigenwechsel über 2512 Fr. 55 Cts. unter der Gesellschaftsfirmen ausgestellt habe und dieser Wechsel sei bei Verfall vom Kläger aus Gesellschaftsmitteln bezahlt worden. Der Beklagte giebt zwar zu, daß er am 9. Januar 1885 Schuldner

der Gesellschaft gewesen sei, bestreitet aber, daß diese Schuld 2500 Fr. betragen habe und daß seine, durch den Eigenwechsel vom 9. Januar vermittelte, Einzahlung damit irgendwie im Zusammenhange gestanden habe. Diese Einzahlung sei vielmehr als Voranschuß an das Geschäft erfolgt. Widerklagsweise verlangt der Beklagte sofortige Auflösung des Gesellschaftsvertrages gestützt auf Art. 547 des Obligationenrechtes und eventuell auf Art. 13 des Gesellschaftsvertrages. Die Vorinstanz hat durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil die Hauptklage abgewiesen, die Widerklage dagegen im wesentlichen, in Anwendung des Art. 547 des Obligationenrechtes, gutgeheißen.

2. In rechtlicher Prüfung der Beschwerde des Klägers und Widerbeklagten ist zunächst zu untersuchen, ob und inwieweit das Bundesgericht zu Beurtheilung derselben kompetent ist. Nun beziehen sich die Hauptklage und die Widerklage auf zwei verschiedene, von einander unabhängige Ansprüche, es muß daher damit das Bundesgericht kompetent sei, für jeden dieser Streitgegenstände der gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. gegeben sein. Denn Art. 29 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege gestattet eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und Widerklage nicht. Demnach ist aber das Bundesgericht zu Beurtheilung der klägerischen Beschwerde, insoweit sich dieselbe auf die Hauptklage bezieht, nicht kompetent, denn der Gegenstand der Hauptklage erreicht den Werth von 3000 Fr. nicht. Dagegen ist das Bundesgericht zu Beurtheilung der Widerklage allerdings zuständig; denn es darf angenommen werden, daß in Betreff dieser der gesetzliche Streitwerth gegeben sei, da das Gegentheil vom Beklagten und Widerkläger nicht behauptet worden ist und sich auch aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür ergeben.

3. Ist somit auf die Beschwerde des Klägers und Widerbeklagten, insoweit diese sich auf die Widerklage bezieht, einzutreten, so ist selbstverständlich, daß das Bundesgericht gemäß Art. 30 Absatz 4 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen hat. Die Erklärung des klägerischen Anwaltes, daß er hierauf verzichte,

ist ohne alle rechtliche Bedeutung. Denn die gesetzliche Stellung des Bundesgerichtes als Oberinstanz in Zivilsachen beruht auf einem staatsrechtlichen Prinzip, welchem durch den Parteilwillen nicht derogirt werden kann. Zu untersuchen ist ferner einzig, ob der Widerkläger berechtigt sei, die sofortige Auflösung der Gesellschaft aus „wichtigen Gründen“ gemäß Art. 547 D.-R. zu verlangen. Daß der Beklagte und Widerkläger zur Kündigung gemäß Art. 13 u. ff. des Gesellschaftsvertrages berechtigt sei, ist vom Kläger anerkannt worden und es könnte übrigens, auch wenn dies bestritten wäre, darüber nach der Entscheidung der Vorinstanz aus prozeduralen Gründen im gegenwärtigen Verfahren nicht verhandelt werden.

4. Als „wichtiger Grund,“ welcher ihn zum Verlangen sofortiger Auflösung der Gesellschaft berechtige, hat der Widerkläger die vollständige Zerrüttung des Verhältnisses zwischen den Gesellschaftern, welche ein ferneres Zusammenwirken derselben unmöglich mache, geltend gemacht. Der Widerbeklagte wendet hiegegen ein, daß der Widerkläger die allerdings vorhandene Zerrüttung des Verhältnisses zwischen den Gesellschaften selbst und allein verschuldet habe und daß nun niemand aus vertragswidrigem Verhalten ein Recht herleiten könne. Die Vorinstanz erkennt (vergl. Erwägung 4 und 8 ihres Urtheils) an, daß die Schuld an der Zerrüttung der Gesellschaft wesentlich den Widerkläger treffe; wenn sie nichtsdestoweniger der Hauptsache nach zu Gutheißung der Widerklage gelangt, so geht sie dabei von dem Grundsatz aus: nach Art. 547 D.-R. begründe die Thatsache einer tiefen Zerrüttung des Einvernehmens zwischen den Gesellschaftern auch für denjenigen Gesellschafter, welcher hauptsächlich die Schuld an den die Zerrüttung herbeiführenden Thatsachen trage und bei Widerspruch des andern Gesellschafter, einen Anspruch auf sofortige Auflösung des Gesellschaftsvertrages. Für diese Auslegung spreche der allgemeine Wortlaut des Gesetzes, welcher ohne weiters darauf abstelle, ob „wichtige Gründe“ zur Vertragsaufhebung vorhanden seien; wenn man lediglich der Wichtigkeit eines Grundes, an sich betrachtet, entscheidendes Gewicht beilege, so trete die Ursache des diesen Grund bildenden Verhältnisses durchaus zurück und es sei anzunehmen, daß

das Gesetz dieselbe als gleichgültig betrachte. Diese Auffassung entbehre auch keineswegs der innern Begründung. Der Gesellschaftsvertrag beruhe unbedingt auf gegenseitiger Treue und gutem Glauben in der Gesinnung und den Handlungen der Gesellschafter. Seien diese verloren gegangen, so sei ein Zusammenwirken der Gesellschafter nicht mehr möglich, der Vertrag innerlich gebrochen und unter diesen Umständen die Zulässigkeit auch der rechtlichen Aufhebung natürlich und vernünftig; die Aufrechterhaltung einer Gesellschaft, welche offenbar thatsächlich nicht mehr gedeihen könne, durch rechtlichen Zwang erscheine auch vom kaufmännischem Standpunkte aus vollends als unrichtig. Unterstützend spreche für diese Auffassung eine Vergleichung des Art. 547 D.-R. mit Art. 1871 des französischen Code civil, welcher letzterer, in Abweichung von Art. 547 D.-R. eine wesentliche Verletzung der Gesellschaftspflicht nur dann als Auflösungsgrund erkläre, wenn sie in der Person des andern Gesellschafter vorgekommen sei; ebenso der Umstand daß der in frühern Entwürfen des Obligationenrechtes enthaltene Zusatz, daß bei Gesellschaften von mehr als zwei Antheilhabern die übrigen Gesellschafter auch bloß auf Ausschließung des schuldigen Gesellschafter klagen können, später weggelassen worden sei. Eine andere Frage sei es, ob nicht das unrechtmäßige Handeln des einen Gesellschafter für diesen eine Schadenersatzpflicht begründe, was den Vortheil, den er durch die Vertragsaufhebung erreiche, wieder aufhebe; dies sei aber gegenwärtig nicht im Streit.

5. Diese Auffassung der Vorinstanz kann nicht als richtig anerkannt werden. Wenn Art. 547 D.-R. vorschreibt, daß aus „wichtigen Gründen“ die Auflösung der Gesellschaft auch vor Ablauf der Vertragsdauer verlangt werden könne, so läßt dieser Rechtsatz freilich dem Ermessen des Richters, welcher darüber zu entscheiden hat, ob ein geltend gemachter Auflösungsgrund ein „wichtiger“ sei, einen weiten Spielraum. Allein das ist jedenfalls festzuhalten, daß kein Gesellschafter als Auflösungsgrund sein eigenes schuldhaftes Handeln beziehungsweise die dadurch herbeigeführte Störung des Verhältnisses der Gesellschafter unter einander geltend machen kann; einer hierauf gestützten

Klage steht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Einrede der Arglist (*exceptio doli*) entgegen. Das Gegenteil annehmen hieße nichts anderes, als es jedem Gesellschafter freistellen, durch eigene willkürliche Handlungen den Gesellschaftsvertrag vor Ablauf der Vertragsdauer zu jedem ihm beliebigen Zeitpunkt aufzulösen und dadurch unter Umständen seinen Mitgesellschaftern einen Schaden zuzufügen, wofür eine etwaige Schadensersatzpflicht vielleicht nur ein ungenügendes Äquivalent darböte. Eine solche Befugniß, den Vertrag durch willkürliche Handlungen beliebig aufzulösen, steht aber wie mit den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzes über die Verbindlichkeit der Verträge, so auch mit den besondern Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag im Widerspruch. Denn das ist jedenfalls klar, daß das Gesetz auch beim Gesellschaftsvertrag den Paziszenten in keiner Weise gestattet, den geschlossenen Vertrag einseitig nach Willkür zu lösen. Die von der Vorinstanz angerufene Natur des Gesellschaftsvertrages als eines auf gegenseitiges persönliches Vertrauen gestellten Verhältnisses ändert hieran nichts. So lange durch die Verfehlungen eines Gesellschafters das Vertrauen der übrigen Gesellschafter in denselben nicht derart erschüttert worden ist, daß sie ihrerseits die sofortige Auflösung der Gesellschaft der Fortsetzung derselben vorziehen, so lange kann gewiß auch der Fehlbare die Auflösung der Gesellschaft nicht verlangen. In diesem Sinne ist denn auch der mit Art. 547 des Obligationenrechtes im wesentlichen übereinstimmende Artikel 125 des deutschen Handelsgesetzbuches durchgängig ausgelegt worden (vgl. v. Hahn, Commentar I, 3. Aufl., S. 485; Lastig in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes I, S. 564; Reizner, Commentar, Note 1 ad Art. 125, S. 115). Wenn die Vorinstanz sich speziell noch darauf beruht, daß die in den Entwürfen des Obligationenrechtes vorgesehene Klage auf Ausschluß eines fehlbaren Gesellschafters in das Gesetz nicht aufgenommen worden sei, so beruht dies auf einem thatsächlichen Irrthum. Die betreffende Bestimmung der Entwürfe ist in der That nicht beseitigt, sondern allerdings nicht für die einfache, wohl aber für die Kollektivgesellschaft, — und um eine solche handelt es sich hier, — in Art. 576 des Obligationenrechtes aufgenommen

worden. Ebenso wenig beweist der Hinweis auf die Verschiedenheit der Redaction zwischen Art. 547 D.-R. und 1871 des französischen Code civil. In Wahrheit besteht zwischen diesen beiden Gesetzen eine wesentliche sachliche Verschiedenheit nicht; denn auch Art. 1871 des Code civil gestattet ja grundsätzlich eine vorzeitige Auflösung der Gesellschaft allemal dann, wenn nach richterlichem Ermessen ein *juste motif* hiefür vorhanden ist; die angeführten einzelnen Thatbestände sind nur exemplifativ und keineswegs limitativ.

6. Demnach hängt die Entscheidung davon ab, ob die Störung des Verhältnisses zwischen den Gesellschaftern wesentlich durch die Schuld des Widerklägers herbeigeführt worden ist. Dies ist aber in Uebereinstimmung mit der Vorinstanz auf Grund des von derselben festgestellten Thatbestandes zu bejahen. Insbesondere fällt hiefür die Thatsache in Betracht, daß der Widerkläger die Pacht des für die Gesellschaft zu Geschäftszwecken gepachteten Gartens der Erben Billeter an seinen Bruder übertragen hat; hierin lag, da dieser Akt den klaren Interessen der Gesellschaft zuwiderließ ein offener Mißbrauch der Firmaunterschrift. Ist aber die Schuld an der Zerrüttung der Gesellschaft wesentlich dem Widerkläger beizumessen, so muß die Widerklage nach den Erw. 5 aufgestellten Grundsätzen abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Weiterziehung des Klägers und Widerbeklagten wird, insoweit sie sich auf die Hauptklage bezieht, wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten. Dagegen wird dieselbe rücksichtlich der Widerklage als begründet erklärt und es wird mithin das angefochtene Urtheil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 27. November 1885 (Dispositiv 2 und 3 desselben) dahin abgeändert, daß die Widerklage abgewiesen wird.