

nach der Auffassung der Vorinstanz obliegenden Beweis nicht erbracht habe, sondern deshalb, weil mit Rücksicht auf die Sachkenntnis zweier Mitglieder des Gerichts von einer Beweiserhebung überhaupt Umgang genommen wurde. Ob aber ein Beweisverfahren durch Erklärungen sachverständiger Mitglieder des urteilenden Gerichts ersetzt werden könne, ist eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes, welche übrigens bei Handelsgerichten in der Regel bejaht wird.

5. Ist somit als feststehend zu betrachten, daß das von der Beklagten in vertragswideriger Weise nicht abgerufene Malz als „Altmalz“ während des ganzen Sommers und offenbar auch im Herbst 1905 nicht mehr wert war, als die Klägerin bei ihrer Schadensberechnung angenommen hat, so braucht nicht untersucht zu werden, ob der Schadensberechnung grundsätzlich die Preise zur Zeit des Rücktritts der Klägerin vom Vertrage (16. Juni 1904) zu Grunde zu legen wären, wie die Vorinstanz annimmt, oder aber die Preise am Schluß der „Kampagne 1904/1905“, d. h. im Herbst 1905, was die Klägerin in erster Linie behauptet und damit begründet hat, daß die Beklagte mit dem Abruf bis zuletzt hätte zuwarten können.

Dagegen ist gegenüber der Auffassung der Beklagten festzustellen, daß jedenfalls nicht der Zeitpunkt maßgebend sein kann, in welchem sie vom Vertrage zurückgetreten ist d. h. denselben gebrochen hat (8. März 1905); denn da es sich nicht um ein Firgeschäft handelte, so war die Klägerin jedenfalls nicht verpflichtet, sofern sie ihrerseits ebenfalls vom Vertrage zurücktreten wollte, dies sofort zu tun; vielmehr durfte sie füglich zunächst versuchen, die Beklagte zur Haltung des Vertrages zu bewegen.

6. Was schließlich die in der Berufungserklärung enthaltenen Beweisaneerbieten der Beklagten betrifft, so kann auf die zwei ersten derselben schon aus dem Grunde nicht eingetreten werden, weil die Beklagte damit das Gegenteil von dem dartun will, was bereits auf Grund jener Erklärungen zweier sachverständiger Mitglieder des Handelsgerichtes festgestellt worden ist. Auf das dritte Beweisaneerbieten ist dagegen deshalb nicht einzutreten, weil dasselbe sich ausschließlich auf die Frage der konkreten Schadensberechnung bezieht, die Klagforderung aber, wie ausgeführt, schon

vom Standpunkt der abstrakten Schadensberechnung als begründet erscheint.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 19. Dezember 1906 bestätigt.

34. Auszug aus dem Urteil vom 27. April 1907
in Sachen **Frischknecht**, Bekl. u. Ber.=Kl.,
gegen **Müller**, Kl. u. Ber.=Bekl.

Klage aus einfacher Gesellschaft zum Ankauf einer Liegenschaft. — Kompetenz des Bundesgerichts: eidgenössisches Recht (Art. 56 OG). — Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichts, Art. 81 eod.: Tat- und Rechtsfrage, speziell bei der Frage: ob aus Indizien auf den Abschluss und Bestand einer Gesellschaft zu folgern sei.

A. Durch Urteil vom 10. Oktober 1906 hat die I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Streitfrage:

Ist gerichtlich festzustellen, daß der Beklagte an den durch Kaufvertrag vom 16. März 1896 von Heinr. Rüegg, Schlossermeister, gekauften Liegenschaften in Altstetten, Wohnhaus mit Schopfanbau, Aßel. Nr. 221 samt Umgelände und Acker Flurb. Nr. 3063 Nr. 965 und Nr. 964 in Rechten und Lasten zur Hälfte mitbeteiligt ist?

erkannt:

Der Beklagte wird an den durch Kaufvertrag vom 16. März 1896 von Heinrich Rüegg, Schlossermeister, gekauften Liegenschaften in Altstetten, Wohnhaus mit Schopfanbau, Aßel. Nr. 221 nebst Umgelände und Acker Flurbuch Nr. 3063, Nr. 965 und Nr. 964 in Rechten und Lasten zur Hälfte mitbeteiligt erklärt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage:

Es sei das angefochtene Urteil im vollen Umfange aufzuheben und demgemäß die Klage gänzlich abzuweisen.

C. (Kassationsbeschwerde an kantonales Kassationsgericht.)

D. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten seine Berufungsanträge erneuert.

Der Vertreter des Klägers hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger war Maurerpolier beim Beklagten vom Jahre 1894 bis 1. Januar 1899 und dann wieder vom 1. August 1899 bis 1. Mai 1905. Mit Vertrag vom 16. März 1896 kaufte der Beklagte auf seinen Namen von Schlossermeister Heinrich Rüegg die in der Streitfrage bezeichneten Liegenschaften zum Kaufpreise von 24,803 Fr. 40 Cts. Bei der notariellen Fertigung, die laut Vertrag am 1. April 1896 stattgefunden hatte, wurde zwischen den heutigen Parteien und dem Verkäufer Rüegg vereinbart, daß der Kläger als Eigentümer eingetragen werde. Der Kläger leistete die Barzahlung von 7003 Fr. 40 Cts., er verzinst die auf der Liegenschaft haftenden Kapitalien, verwaltete die Liegenschaft und bezog die Mietzinse. Mit der Klage macht er nun geltend, es bestehe zwischen ihm und dem Beklagten eine einfache Gesellschaft hinsichtlich jener Liegenschaft; das sei von Anfang an die Willensmeinung der Parteien gewesen. Während die I. Instanz die vom Kläger hiefür angeführten Indizien als nicht genügend befunden hat, hat die II. Instanz die Indizien als schlüssig dafür, daß zwischen den Parteien eine einfache Gesellschaft abgeschlossen worden sei, erachtet.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichts in der Streitfache ist gegeben, da sich die Klage auf Anerkennung eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages richtet und der Gesellschaftsvertrag vom eidgenössischen Recht beherrscht wird; der Umstand, daß sich der behauptete Gesellschaftsvertrag auf Ankauf von Liegenschaften bezieht, ändert hieran nichts, da nicht die sachenrechtlichen Bestimmungen über das Eigentum an Liegenschaften und nicht die Bestimmungen über den Liegenschafts Kauf, sondern nur die Bestimmungen über den Gesellschaftsvertrag für das Streitverhältnis maßgebend sind.

3. Eine andere, nicht die Kompetenz des Bundesgerichts und die Zulässigkeit der Berufung, sondern die Wirksamkeit der Berufung und die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes beschlagende Frage ist die, inwieweit das Bundesgericht gemäß Art. 81 OG, wonach für es die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz grundsätzlich verbindlich sind, an den Entscheid der Vorinstanz gebunden ist, wieweit es sich also im vorliegenden Falle einerseits um Feststellung tatsächlicher Verhältnisse, um Tatsachenfragen, anderseits um rechtliche Würdigung der Tatsachen, um Rechtsfragen, handelt. Hierüber ist zu bemerken: Der Entscheid des Rechtsstreites hängt ab von der Erforschung dessen, was die Parteien, ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen, erklärt haben, einerseits, und von der Gruierung der rechtlichen Bedeutung dieser Erklärungen, insbesondere daraufhin, ob danach die Voraussetzungen der einfachen Gesellschaft gegeben seien, anderseits. Ersteres ist Sache der tatsächlichen Feststellungen, und zwar sowohl hinsichtlich dessen, welche Worte die Parteien unter sich oder gegenüber Dritten gebraucht haben, welche Handlungen sie begangen haben, — als auch hinsichtlich dessen, was sie, aus Indizien zu schließen, gesagt und getan haben müssen; auch die letztere richterliche Operation ist Tatsachefeststellung, weil und inso weit sie Schlussfolgerungen auf tatsächliche Verhältnisse aus Indizien, Worten und Handlungen der Parteien zum Gegenstande hat. In diesem Umfange ist das Bundesgericht auch an den Indizienbeweis der Vorinstanz gebunden. Soweit dagegen die rechtliche Bedeutung der festgestellten Erklärungen, Worte und Handlungen der Parteien zu untersuchen ist, handelt es sich um die rechtliche Würdigung der Tatsachen. Die einzelnen, direkt oder durch Schlussfolgerungen festgestellten Tatsachen, die für sich lediglich Indizien für die übereinstimmende Willensmeinung der Parteien bilden, sind daraufhin zu würdigen, ob sie den Rechtschluß auf den Abschluß, das Bestehen einer einfachen Gesellschaft zulassen; der Wert der einzelnen indizierenden Tatsachen ist, auf Grund der Lebenserfahrung, auf diesen Rechtschluß hin zu prüfen. Das ist aber nicht Tatsachefeststellung oder Beweiswürdigung im eigentlichen Sinne, sondern Deduktion des Rechtsverhältnisses aus Tatsachen, also Rechtsstätigkeit. Die Überprü-

ungsbefugnis des Bundesgerichts kann also nicht abgeschnitten werden durch den Hinweis der Vorinstanz auf § 290 zürch. Rechtspflegegesetz, wonach der Richter in der Würdigung der Beweise lediglich an seine Überzeugung gebunden ist (sofern ihn das Gesetz hierin nicht ausdrücklich beschränkt). Es verhält sich im vorliegenden Falle ganz gleich wie bei der Auslegung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, wozu übrigens im weiteren Sinne der vorliegende Entscheid auch gehört; daß aber in der Auslegung der Willenserklärungen das Bundesgericht frei ist, steht nach seiner neuen Praxis durchaus fest. Im vorliegenden Falle sind für den Rechtsschluß auf das Bestehen einer einfachen Gesellschaft maßgebend die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts, speziell über die Form der Verträge, und die Grundsätze über den Abschluß einer einfachen Gesellschaft im besondern; da nun die einfache Gesellschaft formlos abgeschlossen werden kann, sind, nach allgemeiner Auslegungsregel, alle Umstände in Berücksichtigung zu ziehen, und ist insbesondere auch das Verhalten der Parteien nach Abschluß des Kaufvertrages, der auf der Gesellschaft beruhen soll, von Bedeutung. Überall handelt es sich dabei um die rechtliche Bedeutung dieser Umstände, nicht um die Feststellung der Umstände selbst, welche letztere allein den Gegenstand der „tatsächlichen Feststellungen“ bilden kann.

4. (Hier werden an Hand dieser Grundsätze die einzelnen von der Vorinstanz als zu Gunsten der Auffassung des Klägers sprechenden Indizien einer Prüfung auf ihre Schlüssigkeit unterzogen. Das Bundesgericht gelangt dabei im Resultat zur Bestätigung der vorinstanzlichen Auffassung.)

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Oktober 1906 in allen Teilen bestätigt.

35. Urteil vom 3. Mai 1907

in Sachen **Weißer**, Kl. u. Ber.=Kl., gegen **Erben Wüthrich**,
Bekl. u. Ber.=Bekl.

Haft der Gründer einer Aktiengesellschaft, Art. 671 OR. — Verhältnis zu Art. 674. — Verjährung; Tat- und Rechtsfrage. — Verzicht auf Schadenersatz. — Voraussetzungen der Schadenersatzklage nach Art. 671 OR: Schaden der Gesellschaft.

A. Durch Urteil vom 10. November 1906 hat das Obergericht des Kantons Aargau die auf Bezahlung von 5000 Fr. gehende Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz behufs Abnahme von Beweisen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers Gutheißung, der Vertreter der Beklagten Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger verlangt von den Beklagten als den Rechtsnachfolgern eines der Gründer der „Terrainaktiengesellschaft Rheinfelden“ Ersatz des ihm infolge seiner Beteiligung an diesem Unternehmen erwachsenen Schadens, den er auf den Nominalwert seiner Aktien veranschlagt. Er beruft sich dabei auf die Art. 24, 671 und 674 OR. Die einzelnen vom Kläger gegen die Gründer erhobenen Vorwürfe sind folgende:

a) Ein vom Rechtsvorgänger der Beklagten sowie dessen Mitgründer Bürgi verfaßtes Exposé, in welchem der zu gründenden Aktiengesellschaft von diesen beiden Gründern ein großer Liegenschaftskomplex zum Kaufe angeboten worden sei, rühme namentlich bestimmte, an der Salinenstraße in Rheinfelden gelegene Grundstücke als besonders preiswürdig. Durch dieses Exposé sei die Gesellschaft zum Ankauf der Liegenschaften der Gründer verleitet worden, wobei aber dann im letzten Momente gerade jenes wirklich preiswürdige Land an der Salinenstraße von den Gründern zurückbehalten worden sei.