

seul fait de porter la main sur le levier du frein aurait pour conséquence de mettre l'automobile en mouvement.

Au surplus, le fait que le jeune Schmidt n'aurait pas obéi aux injonctions de dame Grand ne serait pas suffisant pour établir la responsabilité du défendeur, la nécessité d'une surveillance spéciale ne pouvant être déduite de ce fait isolé. Le Tribunal fédéral a sans doute admis dans l'arrêt Barth (RO 38 II p. 474) que la surveillance des parents ne doit pas se borner à la surveillance externe, organisée comme elle a coutume de l'être dans un endroit donné, mais qu'elle comprend également l'obligation pour les parents de combattre chez leurs enfants les mauvais penchants et les habitudes qui pourraient être dommageables pour les tiers. Cette obligation n'existait cependant pas en la cause à l'égard du jeune Schmidt; les pièces du dossier ne contiennent rien en effet qui soit de nature à faire admettre chez cet enfant l'existence d'un penchant à la désobéissance.

5. — Enfin la présence d'une automobile dans le voisinage de son habitation ne doit pas être considéré comme imposable au défendeur des obligations spéciales quant à la surveillance de son enfant. A ce point de vue, au contraire, c'est le demandeur qui a commis une faute grave en abandonnant sa voiture sans surveillance, à la portée des passants et des enfants, dans une rue présentant 8 % de pente, l'avant placé dans le sens de celle-ci, sans avoir renversé la vitesse, ni calé les roues.

En résumé le demandeur étant lui-même en faute et la responsabilité du défendeur n'étant pas établie au regard de l'art. 61 anc. CO, le recours doit être écarté.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour d'appel de Fribourg confirmé.

127. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1913
in Sachen **Hofser-Lanzrein und Gen.**, Kl. u. Ber.-Kl.,
gegen **Hofmann**, Befl. u. Ber.-Befl.

Kollektivgesellschaft.

Klage auf Herausgabe des Anteils eines in Konkurs gefallenen Teilhabers an den Gesellschaftsaktiven.

Der Erfindungsgedanke wird durch die Kundgabe zum verwertbaren Vermögensgegenstand; die Erfindung als solche — nicht bloss das Recht aus den Patenten — ist also Gesellschaftsgut.

Bestimmung des Liquidationswertes bei Verkauf der Patente durch die Gesellschaft und Abschluss eines Sonderabkommens zwischen dem andern Gesellschafter und dem Käufer über angebliche persönliche Leistungen des Gesellschafters. Teilung des Gegenwertes mit der Konkursmasse. Art. 532 OR.

Auskauf nach Art. 577 Abs. 2 OR.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Durch Urteil vom 13. September 1913 hat das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. — Das Appellationsgericht hat dieses Urteil mit Erkenntnis vom 28. Oktober bestätigt.

C. — Gegen das appellationsgerichtliche Urteil haben die Kläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Aufhebung und Gutheißung der Klage d. h. Verurteilung des Beflagten zur Bezahlung von 4250 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 22. Juni 1911 und zur Abtretung der Hälfte der gegen Dr. Welti bestehenden Forderung von 1000 Fr.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Kläger diese Anträge erneuert. Der Vertreter des Beflagten hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt; —

in Erwägung:

1. — Am 28. März 1908 schloß der Beflagte Hofmann mit Hermann Helfenberger in Basel einen Kollektivgesellschaftsvertrag

ab. Aus diesem Vertrag sind folgende Bestimmungen hervorzuheben:

„Die beiden Kontrahenten vereinigen sich zu einer Gesellschaft, welche den Zweck hat, für die Erfindung des Herrn Hofmann genannt „Straßen-Reform-Guß“ in allen Kulturstaaten Patente zu erwerben und dieselben auszubeuten, sei es durch Verkauf der einzelnen Patente oder durch Ausführung der in Betracht kommenden Unternehmungen.

„An die Kosten der Erfindung bezahlt Herr Helfenberger Herrn Hofmann sogleich bei Unterzeichnung des Vertrages Fr. 1200, welcher Betrag Eigentum des Herrn Hofmann bleibt. . . . Das zum Erwerbe der Patente, zur Ausführung der Probearbeiten und zum Geschäftsbetrieb nötige Geld wird von Herrn Helfenberger einbezahlt und ihm gutgeschrieben.

„Herr Helfenberger besorgt den kaufmännischen Teil des Unternehmens, Herr Hofmann den technischen. Von dem erzielten Gewinn aus dem Verkauf der Patente und dem Reinertrage aus dem Geschäftsbetriebe nach Abzug der Unkosten bezieht jeder der beiden Kontrahenten die Hälfte.“

Am 7. Juli und 31. August 1910 wurden Nachträge vereinbart, die das Schicksal der Patente im Fall des Ablebens des Beklagten und die Bewertung des französischen Patentees zum Gegenstand haben. Die Gesellschaft erwarb außerdem Patente in der Schweiz, in Belgien und in Italien.

Zu der Folge starb Helfenberger und es brach über sein Privatvermögen, sowie über die Gesellschaft Helfenberger & Cie., an der er ebenfalls beteiligt war, der Konkurs aus. Infolgedessen wurde auch die Kollektivgesellschaft Hofmann & Helfenberger liquidiert und der Anteil Helfenbergers am Gesellschaftsvermögen im Privatkonkurs abmassiert. Im Einverständnis mit dem Beklagten trat das Konkursamt behufs Veräußerung der Patente mit Willy Ehrlich, dem früheren Angestellten der Firma, in Unterhandlung. Ehrlich offerierte 3000 Fr. für die Patente, sowie die Utensilien und Materialien. Der Beklagte erklärte dem Konkursamt mit Brief vom 16. Juni 1911, daß er „nach längerem Nachdenken“ mit diesem Angebot einverstanden sei. Am 22. Juni 1911 kam es zwischen dem Konkursamt namens der „Rechtsnachfolger der Firma Hof-

mann & Helfenberger“ und Ehrlich zum Abschluß eines Vertrages auf dieser Grundlage. Die Liquidation der Firma ergab alsdann ein Nettoergebnis von 2842 Fr. 06 Cts.; die Hälfte davon wurde der Konkursmasse Helfenberger in bar ausgewiesen. Es liegt eine vom Beklagten und dem Konkursamt unterzeichnete, vom 28. Januar 1912 datierte „Abrechnung“ vor.

Später stellte sich heraus, daß der Beklagte am 16. Juni 1911, also 6 Tage vor dem Verkauf an Ehrlich, mit diesem persönlich einen Separatvertrag folgenden Inhalts abgeschlossen hatte:

„I. Herr J. Hofmann gibt hiemit das bindende Versprechen ab, dem Konkursamte gegenüber seine Einwilligung zur Übernahme der der Firma Hofmann & Helfenberger gehörenden Utensilien sowie Materialien sofort zu erklären, und der Offerte, welche Herr Ehrlich dem Konkursamt gegenüber gemacht hat, in Bezug auf das schweizerische Patent Nr. 42,842 (recto sämtliche Patente) zuzustimmen.

„II. Unter dieser Bedingung hat Herr Ehrlich das Recht, vom Konkursamte das Patent Nr. 42,842 Reform-Guß Asphaltkombination unter den von ihm aufgegebenen Bedingungen zu erwerben.

„III. Hat Herr Ehrlich auf diese Weise das ausschließliche Eigentum des obgenannten Patentees erworben, so verpflichtet er sich, dem Herrn Hofmann Fr. 5000 (fünftausend) zu zahlen, und zwar Fr. 2500 per 20. Juni 1911 und Fr. 2500 nach Ausführung der Arbeit für Gebr. Sulzer in Winterthur, spätestens aber Ende Oktober 1911.

„IV. Herr Hofmann verpflichtet sich, innerhalb von fünf Jahren im Umkreise von 1000 km von Basel weder selber ein Asphalt- und Dachdeckungsgeschäft zu betreiben, noch sich an einem solchen zu beteiligen.

„Im Zuwiderhandlungsfalle zahlt Herr Hofmann dem Herrn Ehrlich eine Konventionalstrafe von zehntausend Franken.

„V. Die beiden vertragschließenden Herren verpflichten sich, mit gegenseitiger Zustimmung die von Herrn W. Ehrlich erworbenen Auslandspatente zu veräußern.

„Erläuterung: Bei einem Verkauf der Auslandspatente gibt Herr Ehrlich dem Herrn Hofmann die Hälfte des Reingewinns.“

Am 5. Oktober 1911 sodann hatte der Beklagte, nachdem Ehrlich ihm bereits 2500 Fr. in bar ausbezahlt hatte, seine Rechte aus dem obigen Vertrag um 6000 Fr. (wovon je 3000 Fr. am 31. Oktober und 31. Dezember 1911 zahlbar) an Dr. Welti in Basel abgetreten. Dieser verpflichtete sich ferner, sobald das erste ausländische Patent verkauft werde, an den Beklagten weitere 1000 Fr. als „Extrabonus“ zu bezahlen.

Als das Konkursamt von diesen Tatsachen erfuhr, teilte es die den Gläubigern auf dem Zirkularweg mit und bot ihnen die Ansprüche der Konkursmasse gegenüber dem Beklagten gemäß Art. 260 SchRG zur Abtretung an, in der Meinung, daß der vom Beklagten einlassierte Betrag von 8500 Fr. (2500 Fr. + 3000 Fr. + 3000 Fr.) und die Forderung von 1000 Fr. an Dr. Welti in Wirklichkeit Gesellschaftsaktiven seien und daher zur Hälfte in die Konkursmasse fielen. Hierauf trat die Masse ihre Ansprüche gegenüber dem Beklagten an die heutigen Kläger, sämtlich Gläubiger im Konkurse Helfenberger, ab; diese erhoben am 5. April 1913 die vorliegende Klage, die von beiden kantonalen Instanzen abgewiesen wurde.

2. — Unbegründet ist einmal der Einwand des Beklagten, die Kläger hätten die vom Konkursamt namens der Konkursmasse Helfenberger unterzeichnete Abrechnung vom 8. Januar 1912 förmlich anfechten sollen und es sei die Klage schon deshalb abzuweisen. Diese Abrechnung stellt nicht einen Vertrag dar, wodurch die Parteien gegenseitig weitergehende Ansprüche aufgegeben haben, wie bei einem Vergleich; es liegt darin nicht die Schaffung eines Rechtsverhältnisses, sondern nur die Aufstellung eines Rechnungsverhältnisses. Erweist sich die Aufstellung als unrichtig, indem ein Gesellschaftsaktivum nachträglich zum Vorschein kommt, so kann einfach Berichtigung verlangt werden, wie bei Rechnungsfehlern (Art. 24 OR i. f.); einer förmlichen Anfechtung bedarf es nicht, wie denn auch das Verhältnis, auf Grund dessen der Klageanspruch erhoben wird, aus der Rechnung nicht ersichtlich war. Die Kläger, die ihre Rechte von der Konkursmasse ableiten, haben also mit Recht ihre Klage als Gesellschaftsklage (*actio pro socio*) erhoben.

3. — Das Schicksal der Klage hängt davon ab, ob die Ver-

mögensvorteile, die der Beklagte von Ehrlich und Dr. Welti erlangt hat, in Wirklichkeit der Gesellschaft gebühren oder nicht. Bestritten ist zunächst, daß die Erfindung als solche zu den Gesellschaftsaktiven gehöre, und zwar aus zwei Gründen:

a) Die Vorinstanz vertritt den Standpunkt, die Erfindung habe nur soweit an die Gesellschaft übergehen können, als sie die Gestalt von Patenten angenommen habe. Diese Auffassung verkennt indessen das in der Erfindung liegende Rechtsgut. Freilich ist der Erfindungsgebanke, bevor er kundgegeben worden ist, ein Persönlichkeitsrecht, das so wenig Verkehrsgut sein kann wie die unausgesprochene Idee im geistigen Urheberrecht. Allein durch die Kundgabe d. h. durch eine „Aussprechung, auf Grund derer das gewonnene technische Ergebnis wiederholt hervorgebracht werden kann,“ wird der Gedanke von der Persönlichkeit getrennt und zum verwertbaren Vermögensgegenstand (Gierke, Priv. R. I 865; Kent, Patentgesetz I 146 f.).

Laut dem Gesellschaftsvertrag vom 28. März 1908 hat denn auch der Beklagte die Erfindung als solche in die Gesellschaft eingeworfen, also nicht bloß das Recht aus den bereits erworbenen Patenten, sondern auch dasjenige auf weitere Patente, kurz alle aus der Erfindung resultierenden Rechte, die einen wirtschaftlichen Wert aufweisen. Das ergibt sich aus der Bestimmung im Vertrag, daß die Kontrahenten sich zu einer „Gesellschaft vereinigen, die den Zweck hat, für die Erfindung des Beklagten in allen Kulturstaaten Patente zu erwerben und sie auszubenten, sei es durch Verkauf der einzelnen Patente oder durch Ausführung der in Betracht kommenden Unternehmungen.“ Und es hat der Vertreter des Beklagten vor Appellationsgericht bestätigt, daß dieser als seine Einlage die Erfindung eingebracht habe, freilich mit dem Beifügen, die Erfindung werde erst Gesellschaftsaktivum, wenn dafür von der Gegenpartei die Kosten des Patenterwerbes geleistet würden (dieser Einwand wird sub b erörtert werden). Es trifft daher nicht zu, wenn das Appellationsgericht ausführt, es habe für jedes einzelne Patent eines besonderen Übertragungsaktes bedurft, damit es Bestandteil des Gesellschaftsvermögens wurde. Nicht zwingend ist ferner der Schluß, den die Vorinstanz aus dem Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag vom 7. Juli 1910 zieht, wo über die vorhandenen Patente für den

Fall des Ablebens des Beklagten verfügt wird. Die Vorinstanz folgert daraus, die Kontrahenten seien sich bewusst gewesen, daß die Gesellschaft über die Erfindung als solche nicht zu verfügen habe. Allein die Gesellschafter können von der Ansicht ausgegangen sein, daß zur Zeit des Todes des Beklagten die weiteren Patentschön erwirkt sein würden, wie ja deren Erwerb zum Gesellschaftszweck gehörte.

b) Der Beklagte macht geltend, die Erfindung sei deshalb nicht an die Gesellschaft übergegangen, weil Helfenberger die laut Vertrag ihm obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt habe. Wie es sich in dieser Hinsicht tatsächlich verhalte, haben die Vorinstanzen nicht festgestellt; sie haben diesen Einwand gar nicht erörtert, offenbar von der Erwägung aus, daß die Nichterfüllung jener Verbindlichkeiten den Übergang der Erfindung nicht gehindert hätte. In der Tat ist der Übergang nicht etwa bebingt durch die Zahlung der 1200 Fr.: Helfenberger hatte diesen Betrag an die Kosten der Erfindung schlechtthin zu leisten, er schuldete ihn nicht speziell im Hinblick auf noch zu lösende Patente. Andererseits hat der Beklagte bei der Liquidation keine Forderung wegen Nichtzahlung der 1200 Fr. erhoben.

4. — Gehörte somit die Erfindung der Gesellschaft, so mußte auch ihr Wert bei der Liquidation an die Gesellschaft fallen. Es fragt sich, ob ein solcher Wert neben dem durch Ehrlich bezahlten und verteilten Kaufpreis von 3000 Fr. vorhanden war. Daß der Wert der Erfindung objektiv 3000 Fr. überstieg, ist unstrittig, nachdem er seither von der Reformguß-A.-G. selber auf $\frac{1}{2}$ Million Franken geschätzt worden ist. Allein darauf kommt es nicht an. Entscheidend ist, welches der Wert nach der Schätzung der Verkäufer im Zeitpunkt des Verkaufes war, m. a. W. der Preis, der nach den Verträgen vom 16. und 22. Juni 1911 ihnen als Geschäftsaktivum zukam.

Die Vorinstanz führt aus, es sei zweifellos, daß das Konkursamt, wenn der Beklagte von seinem Recht auf Abfindung der Konkursmasse und Fortsetzung des Geschäftes auf seine Rechnung nach Art. 577 Abs. 2 OR Gebrauch gemacht hätte, auch dem Beklagten gegenüber in einen Übernahmepreis von bloß 3000 Fr. eingewilligt haben würde, währenddem der Beklagte die Patente mit je-

dem möglichen Gewinn hätte weiterverkaufen können. Dieses Argument ist nicht schlüssig. Beim Auskauf nach Art. 577 wäre das Konkursamt einer Gegenpartei mit entgegengesetzten Interessen gegenübergestanden; es hätte im Bewußtsein, daß der Beklagte als Übernehmer danach trachten mußte, den Preis möglichst niedrig zu halten, offenbar Sachverständige zur Prüfung herbeigezogen. Ganz anders beim Verkauf an einen Dritten. Hier durfte das Konkursamt annehmen und verlangen, daß, wenn der Beklagte als Mitgesellschafter mit einer Offerte einverstanden war — insbesondere wenn er beifügte, er sei nach längerem Nachdenken zu dieser Überzeugung gekommen — diese Offerte nach seiner, des Sachverständigen, Ansicht angemessen d. h. möglichst hoch sei. Es handelt sich um eine Angelegenheit der Gesellschaft. Der Beklagte hatte also gemäß Art. 538 aOR den Fleiß und die Sorgfalt anzuwenden, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt; er durfte nicht zu seinem besonderen Vorteile Geschäfte betreiben, durch die der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt wurde (Art. 536), wie denn auch der Gesellschaftsvertrag seiner Natur nach auf gegenseitigem Vertrauen beruht. Zudem hatte der Beklagte als Mitverkäufer ein eigenes Interesse an der Erzielung eines möglichst hohen Preises.

5. — Es bleibt also zu untersuchen, ob der Gegenwert, den Ehrlich dem Beklagten im Separatvertrag vom 16. Juni 1911 zusicherte und der dem Beklagten in der Hauptsache auch zufloß, die Erfindung als solche betraf und demnach der Gesellschaft zukam oder ob er das Äquivalent für persönliche Leistungen des Beklagten bildete, wie die erste Instanz angenommen hat.

a) Wenn vorerst die Zustimmung des Beklagten zum Verkauf an Ehrlich laut Offerte an das Konkursamt als eine solche persönliche Leistung angesehen werden will, so läßt sich das nicht rechtfertigen. Der Beklagte war von Gesetzes wegen verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft zu wahren, und durfte dafür keine besondere Bezahlung beanspruchen. Die angebliche Vergütung für die Zustimmung bildet in Wirklichkeit einen Zuschuß zu dem zu niedrig gehaltenen Kaufpreis und kommt als solche der Gesellschaft zu. Das Verhalten des Beklagten ist auch vom Gesichtspunkt von Treu und Glauben aus verwerflich. Er hat die Konkursverwaltung getäuscht,

indem er ihr verheimlichte, daß Ehrlich in Wirklichkeit die Erfindung weit höher einschätze, als nach seiner Offerte zu schließen; der Beklagte erklärte sich dem Konkursamt gegenüber mit dieser Offerte ausdrücklich einverstanden, nachdem er sich zuvor von Ehrlich besondere, weitgehende Vermögensvorteile ausbedungen hatte.

b) Nicht besser steht es mit dem Verzicht des Beklagten auf den Auskauf nach Art. 577 OR. Beim Auskauf wäre dem Beklagten der wirkliche Wert der Erfindung und nicht mehr angerechnet worden; im Streitfall hätte der Richter zu entscheiden gehabt. Die Anrechnung eines besonderen Betrages auf den Verzicht wäre der Entgelt für eine unterbliebene Übervorteilung; eine solche durfte der Beklagte umsoweniger anrechnen, als er im maßgebenden Zeitpunkt (des Vertrages mit Ehrlich) noch Gesellschafter war und als solcher die Interessen der Gesellschaft den eigenen nicht hintansehen durfte.

c) Es verbleibt die vom Beklagten eingegangene Verpflichtung, innerhalb von 5 Jahren im Umkreise von 1000 km von Basel weder selber ein Asphalt- und Dachbedeckungsgeschäft zu betreiben, noch sich an einem solchen zu beteiligen. Bei der Würdigung dieser Gegenleistung ist nicht auf den möglichen Wert des Verzichtes für den Beklagten abzustellen, sondern es ist zu prüfen, welche Bedeutung der Erwerber der Erfindung, Ehrlich, vernünftigerweise dem Konkurrenzverbot beimessen konnte; denn mehr wollte er dafür natürlich nicht bezahlen. Soweit die in den Patenten genannte besondere Asphaltmischung in Frage stand — und in diesem Sinne scheint die Klausel von den Zeugen aufgefaßt worden zu sein —, so ist selbstverständlich, daß der Beklagte sie nicht mehr herstellen durfte, da er ja die Erfindung nicht mehr besaß. Dafür bedurfte es keiner besonderen Vergütung, eventuell hätte sie der Gesellschaft zukommen müssen. Ob der Beklagte ein Asphalt- und Dachbedeckungsgeschäft betreibe oder nicht, konnte Ehrlich, dem es um die Ausbeutung der Reformgusspatente zu tun war, gleichgültig sein. Zu befürchten hatte er höchstens, daß der Beklagte eine weitere Erfindung machen oder die alte insoweit verbessern könnte, daß dafür ein neues Patent genommen und den alten Konkurrenz gemacht werde. Allein daran wird der Beklagte durch den Vertrag mit Ehrlich nicht gehindert, denn der Betrieb eines „Asphalt- und Dach-

bedeckungsgeschäfts“ ist keine Voraussetzung für eine solche Erfindung und ihre Ausbeutung.

6. — Hieraus folgt, daß den Zuwendungen Ehrlichs und seiner Rechtsnachfolger an den Beklagten laut Separatvertrag vom 26. Juni 1911 keine persönlichen Leistungen desselben gegenüberstanden. Jene Zuwendungen bildeten in Wirklichkeit einen erheblichen Zuschlag zum Kaufpreis von 3000 Fr. laut Vertrag des Konkursamts mit Ehrlich vom 22. Juni 1911. Diese verdeckte Erhöhung des Kaufpreises sollte dem Beklagten allein zukommen, unter Umgehung der Konkursmasse Helfenberger. Eine solche Bevorzugung des einen Gesellschafters hält vor Art. 529 aOR (532 neu) nicht stand; danach ist jeder Gesellschafter verpflichtet, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den andern Gesellschaftern zu teilen. Die Klage ist somit im Gegensatz zu den kantonalen Instanzen gutzuheißen. Über die Höhe der Klageforderung herrscht kein Streit; —

erkannt:

Die Berufung wird begründet erklärt. Demgemäß wird das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 28. Oktober 1913 aufgehoben und der Beklagte verurteilt, den Klägern den Betrag von 4250 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 22. Juni 1911 zu bezahlen und die Hälfte seiner Forderung von 1000 Fr. gegenüber Dr. Welti an die Kläger abzutreten.

128. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Dezember 1913
in Sachen **Büchel-Meier**, Kl. u. Ver.-Kl., gegen
Seußli-Thommen, Vell. u. Ver.-Vell.

Klage auf teilweise Rückvergütung des Kaufpreises wegen Entziehung einer gekauften Liegenschaft durch einen betreibenden Hypothekargläubiger. Keine Entwehrung nach Art. 192 rev. OR, wenn nach den Verhältnissen der Käufer die Betreibung abzuwenden hatte und wenn die Unterlassung dessen den rechtlich wesentlichen Grund des Entzuges bildet. Der Käufer hat die Betreibung abzuwenden, wenn er hinsichtlich der Hypothek, für die betrieben wurde, nach Art. 832 ZGB die Schuldpflicht übernommen hatte. — Ist die hypothekarische