

portée de l'art. 514 al. 2. La répétition qu'il autorise à titre exceptionnel n'aurait pas grande utilité si elle supposait que le perdant s'est acquitté de sa dette après coup, c'est-à-dire à un moment où il connaissait probablement l'empêchement à l'exécution régulière du jeu. C'est pourquoi il faut admettre que celui qui, d'avance, dépose sa mise en main d'un tiers à l'intention du gagnant peut la réclamer aussi longtemps que ce dernier ne l'a pas touchée (dans le même sens FISCH, *Verträge mit Spielcharakter*, p. 60, et OSER/SCHÖNENBERGER, art. 514 n. 10). Le tiers est en effet le mandataire du déposant, non de son adversaire. Chaque joueur a par conséquent la faculté de révoquer le mandat et de récupérer sa prestation. Il ne perd pas cette faculté pour avoir confié l'enjeu non directement au tiers, mais à son cocontractant, à charge de le remettre au dépositaire. Enfin, s'il y a répétition lorsque, pour les raisons énumérées par la loi, le jeu ne s'est pas déroulé régulièrement, il en est de même, a fortiori, lorsque, comme en l'espèce, il n'a pas eu lieu.

12. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Januar 1951 i. S. Fisch gegen Baer.

Kollektivgesellschaft; richterliche Festsetzung des dem ausscheidenden Gesellschafter zukommenden Betrages.

Mangels anderer Abrede haben die Gesellschafter gleichen Anteil an Gewinn und Verlust. Das gilt auch, wenn bei einer Zweiergesellschaft der eine Gesellschafter ausscheidet und der andere das Geschäft fortsetzt (Art. 580 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 579, 557 und 533 OR).

Société en nom collectif; détermination par le juge de la somme qui revient à l'associé sortant.

Sauf convention contraire, les associés ont une part égale dans les bénéfices et dans les pertes. Cette règle s'applique aussi lorsque, dans une société composée de deux associés, l'un se retire tandis que l'autre continue les affaires (art. 580 al. 2, rapproché des art. 579, 557 et 533 CO).

Società in nome collettivo; determinazione da parte del giudice della somma che spetta al socio uscente.

Salvo pattuizione contraria, i soci hanno una parte eguale negli

utili e nelle perdite. Questa regola si applica anche quando, in una società composta di due soci, uno si ritira, mentre l'altro continua gli affari (art. 580 cp. 2 combinato cogli art. 579, 557 e 533 CO).

Die Kollektivgesellschaft Baer und Fisch wurde Ende des Jahres 1947 gebildet und zu Beginn des Jahres 1948 im Handelsregister eingetragen. Baer hatte eine Gesellschaftseinlage von Fr. 35,000.— geleistet, seine Mitarbeit im Geschäft aber schon nach wenigen Tagen aufgegeben. Am 29. Juni 1948 kündigte er den Gesellschaftsvertrag auf den 31. Dezember 1948. Bei Ablauf der Kündigungsfrist forderte er die Rückzahlung des Einlagekapitals nebst Zins und Gewinnanteil. Fisch erklärte, im Sinne von Art. 579 OR das Geschäft fortsetzen zu wollen. Da sich die Parteien über die dem ausscheidenden Gesellschafter zukommende Abfindung nicht einigen konnten, wurde der Betrag, auf Klage Baers hin, gemäss Art. 580 Abs. 2 OR vom Handelsgericht des Kantons St. Gallen festgesetzt. Die dabei angewandte Berechnungsmethode lehnt das Bundesgericht als der gesetzlichen Ordnung widersprechend ab, mit nachstehenden

Erwägungen :

2. —

Nach Art. 580 Abs. 2 OR ist der dem ausscheidenden Gesellschafter zukommende Betrag, wenn wie hier keine vertragliche Regelung besteht und die Parteien sich nicht einigen können, vom Richter festzusetzen, und zwar « in Berücksichtigung der Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkte des Ausscheidens und eines allfälligen Verschuldens des ausscheidenden Gesellschafter. »

a) Ein Verschulden des Klägers wird von der Vorinstanz verneint. Damit hat sich der Beklagte in der Berufung abgefunden. In seiner Antwort auf die Anschlussberufung greift er allerdings diesen Punkt wieder auf um darzutun, dass entgegen den erhobenen Vorwürfen ein Verschulden nicht ihn, sondern den Kläger treffe. Da aber der Beklagte die Frage des Verschuldens des Klägers

nicht zum Gegenstand seiner Berufung machte, kann sie vom Bundesgericht nicht mehr behandelt werden.

b) Was die Vermögenslage der Gesellschaft betrifft, so ist ein Verlust von Fr. 38,994.77 ermittelt. Er ergibt sich aus der Gegenüberstellung des auf den 31. Dezember 1948 errechneten Gesellschaftsvermögens von Fr. 60,746.46 mit den Einlagen der Gesellschafter von total Fr. 99,741.23 (Fr. 35,000.— des Klägers und Fr. 64,741.23 des Beklagten). Die Vorinstanz glaubt nun, die Aufteilung des Verlustes liege im Ermessen des Richters. Sie findet, dem Kläger sei eine Abfindungssumme in jenem Bruchteil des Gesellschaftsvermögens zuzubilligen, der seinem prozentualen Anteil am gesamten Einlagekapital entspricht, und gelangt so auf den Betrag von Fr. 21,316.40.

Der Beklagte wendet ein, darin liege eine Überschreitung der dem Richter im Rahmen des Art. 580 Abs. 2 OR zustehenden Befugnis; massgebend sei Art. 533 OR, und es müsse demzufolge der Verlust von den beiden Gesellschaftern je zur Hälfte getragen werden. *Grundsätzlich* — auf die bilanzmässigen Unterlagen wird nachstehend zurückzukommen sein — ist diese Auffassung richtig. Da eine vertragliche Vereinbarung fehlt, kommen nach Art. 557 OR für das Verhältnis der Gesellschafter unter sich, also auch für die Gewinn- und Verlustbeteiligung, die Vorschriften über die einfache Gesellschaft zur Anwendung, « mit den Abweichungen, die sich aus den nachfolgenden Bestimmungen ergeben ». Letztere enthalten in bezug auf die umstrittene Frage keine Ausnahme vom Recht der einfachen Gesellschaft. Somit gilt Art. 533 OR, der vorsieht, dass mangels anderer Abrede jeder Gesellschafter, ohne Rücksicht auf Art und Grösse seines Beitrages, gleichen Anteil an Gewinn und Verlust hat. Alsdann würde sich, wenn man den erwähnten Fehlbetrag von Fr. 38,994.77 zum Ausgangspunkt nimmt, für jeden Gesellschafter ein Verlustanteil von Fr. 19,497.38 ergeben, der von den Einlagen in Abzug zu bringen wäre, sodass der Kläger eine Abfindungssumme von Fr. 15,502.62

(Fr. 35,000.— minus Fr. 19,497.38) erhalte, während dem Beklagten Fr. 45,243.85 (Fr. 64,741.23 minus Fr. 19,497.38) verblieben. Mit diesen beiden Posten wäre das vorhandene Gesellschaftsvermögen von Fr. 60,746.46 erschöpft.

Die vom Handelsgericht gewählte Lösung läuft auf eine Änderung der gesetzlich vorgeschriebenen Gewinn- und Verlustbeteiligung hinaus. Dazu bietet das Recht der Kollektivgesellschaft keine Handhabe, weder in den Bestimmungen über das Verhältnis der Gesellschafter unter sich (Art. 557-561 OR) noch in denjenigen über die Auflösung und das Ausscheiden (Art. 574-581 OR). Die gegenteilige, freilich nicht näher begründete Annahme der Vorinstanz, Art. 580 OR schaffe eben für den Fall der Abschichtung eines von zwei Kollektivgesellschaftern auch in der durch Art. 533 OR geordneten Hinsicht eine Sonderregelung, entbehrt zudem jeder inneren Rechtfertigung. Die Gewinn- und Verlustbeteiligung, sei es nach Vertrag oder nach Gesetz, muss nach schweizerischem Recht bei Personengesellschaften eine feste und unveränderliche Grösse bleiben. Darauf sollen sich die Gesellschafter in allen Fällen der Auflösung der Gesellschaft oder des Ausscheidens aus ihr verlassen können, und namentlich soll der nach Gesetz zur Fortführung des Geschäfts berechtigte Gesellschafter einer Zweiergesellschaft darüber zum vorneherein Gewissheit haben. Sonst würde jeder Entschluss darüber dem Zufall anheimgegeben, was sich mit dem Grundgedanken gesellschaftlicher Verhältnisse nicht verträgt. Wo von mehreren Gesellschaftern einer ausscheidet und die übrigen die Gesellschaft fortsetzen, also in den Fällen der Art. 576-578 OR, bleibt es ganz selbstverständlich bei der bisherigen Regelung der Gewinn- und Verlustbeteiligung. Es ist unerfindlich, warum das anders sein sollte, wenn bei einer Zweiergesellschaft ein Gesellschafter gemäss Art. 579/580 OR ausscheidet und das Unternehmen von seinem Partner fortgeführt wird.