

244 u. f.) die Prorogation an das Bundesgericht als einzige Instanz in allen Fällen, welche unter Art. 29 D.-G. fallen, insbesondere also in allen nach dem eidgenössischen Obligationenrecht zu beurthelnden Streitigkeiten, schlechthin ausgeschlossen. Sachen, welche gesetzlich in die Kompetenz des Bundesgerichtes als Oberinstanz fallen, können nicht zufolge Verständigung der Parteien direkt bei demselben anhängig gemacht werden, sondern sie können nur nach vorgängiger Entscheidung durch die kantonalen Gerichte rekursweise an das Bundesgericht gezogen werden, wobei den Parteien blos freisteht, die zweite kantonale Instanz zu umgehen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Klage wird nicht eingetreten.

III. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

88. Urtheil vom 7. Juli 1892

in Sachen Furrer-Bachmann gegen Streuli.

A. Durch Urtheil vom 9. April 1892 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger 11,182 Fr. 50 Cts. nebst Zins à 5 % seit 15. Oktober 1891 zu bezahlen. Die Mehrforderung des Klägers wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei das angefochtene Urtheil aufzuheben und die Klage des gänzlichen abzuweisen, eventuell sei die Einvernahme des von ihm angerufenen Zeugen Gottlieb Kappeler in Bülach anzuordnen. Der Anwalt des Klägers und Rekursbeklagten dagegen trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urtheils an. Eventuell, für den Fall, daß eine Aktenwervollständigung angeordnet werden sollte, sei dieselbe auf die von ihm in erster und zweiter Instanz gemachten

Beweisanerbieten auszudehnen, speziell seien einzunehmen: 1. Kappeler darüber, daß seine Kaufsofferte vom 25. Juli ernst gemeint gewesen sei und er sich bei derselben noch am 9. und 15. Oktober hätte behaften lassen; 2. Notar Klüegg darüber, daß die Anzahlung von 20 % der Kaufsumme und vierjährige Untüchtigkeit des Kaufrestes bei derartigen Käufen üblich sei und 3. die aus Art. 39—46 ersichtlichen Verkäufer darüber, daß die Litiganten selbst das in Frage stehende Land unter diesen Bedingungen von ihnen gekauft haben.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 24. November 1890 war zwischen E. Weber-Wüest in Unterstraf und dem Beklagten E. Furrer-Bachmann in Oberstraf ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden, um auf gemeinsame Rechnung Grundstücke in der Plattenanwand Außersihl zu erwerben und damit zu spekuliren. Furrer verpflichtete sich, das erforderliche Kapital (wovon ihm bei der Liquidation die erlaufenen Zinsen zu vergüten waren) vorzuschießen, während Weber die Ankaufs- und Verkaufsunterhandlungen (ohne Entschädigung) übernahm; in Gewinn und Verlust war Furrer mit 60 %, Weber mit 40 % theilhaftig. In Art. 6 und 7 des Vertrages ist bestimmt: „Art. 6. Der Wiederverkauf der Grundstücke darf selbstverständlich nur mit Zustimmung beider Kontrahenten bewerkstelligt werden.“

„Wenn Angebote von Kaufsliebhabern vorliegen, welche der eine acceptiren und der andere nicht annehmen will, so hat derjenige, welcher darauf nicht eintritt, die Pflicht, auf Begehren des Andern dessen Eigenthumshälfte gegen Bezahlung des darauf entfallenden Anlagepreises und gegen Vergütung des durch das Angebot zu seinen Gunsten sich ergebenden Gewinnantheiles zu übernehmen. Art. 7. Sollten angekaufte Grundstücke bis Ende 1891 nicht veräußert worden sein, so hat Herr Furrer das Recht, dieselben zum Anlagepreise auf alleinige Rechnung und zu alleinigem Eigenthum zu übernehmen. . . .“ In Ausführung dieses Vertrages wurde eine Anzahl Grundstücke erworben. Am 3. Juli 1891 theilte Weber (durch Vermittlung seines Anwaltes Dr. Meili) dem E. Furrer-Bachmann mit, daß er einige Kaufsanerbieten von soliden Käufern erhalten habe, die er (Weber) anzu-

nehmen bereit sei und forderte Furrer auf, sich bis zum 8. Juli darüber zu erklären, ob auch er diese Offerten acceptiren wolle; andernfalls verlange Weber, daß Furrer ihn vertragsgemäß auskaufe. Diese Mittheilung führte zu einer längern Korrespondenz indem Furrer Mittheilung der Namen der Kaufsliebhaber und Vorweisung der Offerten verlangte, auch einzelne Klauseln der ihm mitgetheilten Offerten bemängelte. Am 28. Juli theilte daraufhin Dr. Meili dem Furrer mit: Es liege eine schriftliche Offerte seitens des G. Kappeler, Wirths und Bäckers in Bülach vor, und er ersuche den Furrer, dieselbe auf seinem Bureau einzusehen. Kappeler offerire für sämtliche von Furrer und Weber gemeinsam gekauften Grundstücke in Außersihl 40 Cts. per Quadratmeter unter der einzigen Bedingung, daß die Gemeindeversammlung Außersihl den Vertrag zwischen Kappeler und der Gemeinde Außersihl betreffend Landverkauf genehmige. Die betreffende Gemeindeversammlung finde den 16. August statt. Bei der notariatschen Fertigung verpflichte sich Kappeler zu einer Anzahlung von 20 %. Der Kaufzest sei 4 Jahre unaufkündbar und vom Fertigungstage an alljährlich à 4 % zu verzinsen. Wenn Furrer diese günstige Offerte eines soliden Käufers nicht annehmen wolle, so habe er den Weber eben vertragsgemäß auszulassen. Furrer erwiderte am 1. August, daß er auf die Offerte Kappelers nicht eintreten könne; er wolle keine „wenn und aber“ sondern eine runde Offerte, damit er eine runde Antwort geben könne. In keinem Falle könne er auf 4 Jahre unaufkündbar verkaufen, sondern er müsse gegenseitige halbjährliche Kündigung verlangen; ebenso im Fernern mindestens $\frac{1}{3}$ Anzahlung. Kappeler habe also noch Zeit, sich zu besinnen bis nach der Gemeindeversammlung, um dann eine unverklausulirte Offerte zu machen. Immerhin bitte er um eine Kopie der jetzigen Offerte, „nicht daß dann später eine andere fabrizirt werde.“ Am 4. August schrieb Furrer an Dr. Meili ferner, er konstatiere, daß dieser ihm keine Kopie der Offerte Kappelers einsenden wolle; er verwahre sich dagegen, wenn später eine solche eingelegt werden wolle. Zur Stunde liege ihm absolut keine Offerte vor. Dr. Meili erwiderte am 5. August: Es sei nicht wahr, wenn Furrer behaupte, es liege ihm zur Stunde absolut keine Offerte vor; er habe demselben den Inhalt

der Offerte Kappelers am 28. Juli in extenso mitgetheilt. Furrer habe sich darüber auszusprechen gehabt, ob er diese Offerte annehme. Wäre die Offerte Kappelers andern Inhalts als mitgetheilt, so wäre dies selbstverständlich für Furrer nicht verbindlich. Uebrigens befinde sich der Offertbrief Kappelers in seinen (Dr. Meili's) Händen, so daß ohne sein Vorwissen nichts daran geändert werden könne. Das einzige Mittel, das außerordentliche Mißtrauen Furrers zu beseitigen, wäre übrigens wohl gewesen, daß dieser das Original der Offerte bei ihm (Dr. Meili) eingesehen hätte. Eine Kopie zu senden sei um so überflüssiger, als Furrer eine getreue vollständige Wiedergabe des Inhaltes besitze. Mit seinem Briefe vom 1. August habe Furrer die Offerte Kappelers zurückgewiesen. Diese Offerte sei bedingt, allein es sei dies kein Grund der Annahmeverweigerung. Wenn die Offerte wieder dahinfallen sollte, so sei damit einfach aus diesem Geschäfte nichts geworden, weder für Furrer noch für Weber. Gehe aber die Bedingung in Erfüllung, so habe Furrer durch Nichtannahme das Nichtzustandekommen des Geschäftes bewirkt. In diesem Falle gebe der Vertrag mit Weber diesem ein Recht auf Auskauf. Furrer antwortete auf diese Zuschrift am 7. August, indem er an seinem frühern Standpunkt festhielt. Mit Brief vom 9. Oktober 1891 theilte Dr. Meili dem Furrer mit, daß die Bedingung, von welcher Kappeler seiner Zeit die Offerte abhängig gemacht habe, in Erfüllung gegangen sei, somit nunmehr eine bedingungslose Offerte vorliege. Die Gemeindeversammlung Außersihl habe den betreffenden Kauf genehmigt und die Fertigung habe stattgefunden. Er fordere nunmehr den Furrer auf, innert 6 Tagen eine Erklärung abzugeben, ob er die Offerte Kappelers vom 28. Juli annehmen wolle oder nicht. Stillschweigen würde er als Ablehnung der Offerte auslegen und im Falle der stillschweigenden oder ausdrücklichen Verweigerung der Annahme der Offerte werde er ihn auf Bezahlung der Auskaufsumme belangen. Nach Empfang dieses Schreibens beauftragte Furrer den Advokaten Dr. Zuppinger mit Wahrung seiner Rechte. Dieser nahm auf dem Bureau des Dr. Meili von der Originalofferte Kappelers Einsicht und erhielt auch Kopie derselben. Der Inhalt der Originalofferte entspricht den früheren Mittheilungen des Dr. Meili. Bemerkte ist in der-

selben noch, (anlässlich der Fixirung der bei der notariatsischen Fertigung zu leistenden Anzahlung) daß man die notariatsische Fertigung auf 1. September des Jahres festsetzen könnte. Dr. Zuppinger schrieb nunmehr am 16. Oktober im Auftrage des Furrer an Dr. Meili: Wie Furrer schon am 1. August geschrieben, seien die Kaufsbedingungen nicht angemessen, die Anzahlung sollte wenigstens $\frac{1}{3}$ des Kaufpreises betragen und der Rest halbjährlich aufkündbar sein. Die Offerte sei an zwei Bedingungen geknüpft, Fertigung 1. September und Genehmigung eines nicht näher bezeichneten Vertrages mit der Gemeinde Außersihl, von denen die eine nicht mehr erfüllt werden könne und bezüglich der andern Furrer nicht in der Lage sei, zu entscheiden, ob sie eingetreten sei oder nicht; es sei daher völlig unsicher, ob Kappeler heute noch seine frühere Offerte aufrecht halte. Wenn in Art. 6 des Vertrages vom 24. November 1890 von Kaufangeboten gesprochen sei, so können selbstverständlich nur ernstliche, annehmbare, unbedingte und für den Kaufliebhaber verbindliche Offerten gemeint sein und da eine solche nicht vorliege, so könne Furrer auch nicht angehalten werden, sich darüber auszusprechen, ob er auf die Offerte eintreten wolle oder nicht. Am 15. Oktober 1891 trat hierauf Weber alle seine Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag mit Furrer dem gegenwärtigen Kläger Kaspar Streuli von Oberrieden ab. Die Abtretungsurkunde lautet: „Gestützt auf unsere Abmachung „vom 17. August a. e. cedire ich hiemit alle mir aus dem Vertrage mit Furrer-Bachmann (d. d. 24. November 1890) auf „das Land in der nassen Anwand Außersihl zustehenden Rechte „und Lasten an Herrn Kaspar Streuli von Oberrieden.“ Streuli klagte nunmehr gegen Furrer-Bachmann auf Bezahlung einer Summe von 11,187 Fr. 40 Cts. sammt Zins à 5 % seit 15. Oktober 1891. Diese Summe stelle den Gewinnanteil dar, welcher bei Annahme der Offerte des Kappeler sich für Weber ergeben hätte und Furrer-Bachmann sei nach Art. 6 des Gesellschaftsvertrages verpflichtet, den Weber resp. seinen Rechtsnachfolger um diese Summe auszukufen. Beide Vorinstanzen haben die Klage bis zum Betrage von 11,182 Fr. 50 Cts. sammt Zins gutgeheißen.

2. Der Beklagte hat in erster Linie bestritten, daß der Kläger zur Klage legitimirt sei. Die Urkunde vom 15. Oktober 1891.

enthalte nicht eine Cession von Forderungsrechten, sondern es solle durch dieselbe der Kläger dem Weber-Wüst als Gesellschafter in Rechten und Pflichten substituirt werden. Eine derartige Abtretung eines Gesellschaftsverhältnisses sei nach Art. 542 O.-R. unzulässig. Diese Einwendung ist unbegründet. Durch den Vertrag vom 15. Oktober 1891 hat Weber seinen Antheil an der zwischen ihm und dem Beklagten bestehenden (einfachen) Gesellschaft dem Kläger abgetreten. Nun kann allerdings ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsantheil nicht einseitig mit der Wirkung abtreten, daß der Erwerber dadurch an seiner Stelle Mitglied der Gesellschaft würde. Dagegen ist die einseitige Abtretung eines Gesellschaftsantheils insoweit gültig, als es die aus dem Gesellschaftsvertrage entspringenden Forderungsrechte anbelangt. Eine Abtretung dieser Forderungsrechte ist nach den allgemeinen Grundsätzen über Abtretung der Forderungen durchaus zulässig und Art. 542 O.-R. steht ihr nicht entgegen, vielmehr verjagt diese Gesetzesbestimmung der einseitigen Abtretung eines Gesellschaftsantheils ausdrücklich nur die Wirkung, daß der Erwerber dadurch Mitglied der Gesellschaft werde. Nun macht der Kläger lediglich ein seinem Rechtsvorgänger aus dem Gesellschaftsvertrage angeblich zustehendes Forderungsrecht geltend, ohne irgend die Rechte eines Gesellschafters zu beanspruchen. Dieses Forderungsrecht aber, soweit es besteht, ist durch die Abtretung des Gesellschaftsantheils gültig auf ihn übertragen worden. Die Abtretung vom 15. Oktober 1891 konnte denn auch offenbar der ganzen Sachlage nach nichts anderes als die Uebertragung gerade dieses Forderungsrechtes bezwecken. Weber hatte den Anspruch erhoben, daß der Beklagte ihn nach Maßgabe des Art. 6 des Gesellschaftsvertrages für seinen Gesellschaftsantheil auskaufe. Durch die Abtretung vom 15. Oktober 1891 wollte er nun dem Kläger das Recht auf die Auskaufsumme übertragen.

3. Nach Art. 6 des Gesellschaftsvertrages ist derjenige Gesellschafter, welcher ein von dem Mitgesellschafter genehmigtes Kaufsangebot nicht annehmen will, verpflichtet, das betreffende Grundstück auf Begehren des Mitgeschafters zu dem gebotenen Preise selbst zu übernehmen. Diese Bestimmung will einerseits verhindern, daß ein Gesellschafter, welcher den Moment zur Realisirung für gekommen erachtet, durch den Mitgesellschafter genöthigt werden könne, die Spekulation fortzusetzen; andererseits steht sie offenbar

mit der Vorschrift des Art. 7 im Zusammenhange. Nach dieser Bestimmung ist der Beklagte berechtigt, die Ende 1891 noch nicht verkauften Grundstücke auf eigene Rechnung zu übernehmen. Durch die Vorschrift des Art. 6 wird nun der Mitgesellschafter dagegen gesichert, daß der Beklagte bei günstiger Gestaltung der Konjunkturen durch Zurückweisung aller Kaufsanerbieten bis Ende 1891, den aus der gemeinsam unternommenen Spekulation in Aussicht stehenden Gewinn ausschließlich sich selbst zuwenden könne. Danach ist es nicht rechtsirrhümlich, sondern im Gegentheil völlig zutreffend, wenn die Vorinstanzen ausgeführt haben, der Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, beliebige Zahlungsbedingungen aufzustellen und seine Genehmigung gemachter Kaufsanerbieten von deren Annahme abhängig zu machen; er habe vielmehr nur insoweit derartige Bedingungen stellen dürfen, als dies zu Sicherstellung des Kaufpreises nöthig war. Diese Auslegung entspricht den Regeln der bona fides; bei entgegengesetzter Interpretation würde die den Mitgesellschafter gegen eine mißbräuchliche Ausbeutung des Art. 7 durch den Beklagten sichernde Klausel des Art. 6 des Gesellschaftsvertrages ihre praktische Bedeutung im Wesentlichen verlieren; allerdings wird nicht gesagt werden dürfen, daß der Beklagte verpflichtet gewesen sei, schlechthin alle gemachten Kaufsanerbieten anzunehmen oder aber das betreffende Grundstück zu dem gebotenen Preise zu übernehmen. Zwar könnte der Wortlaut des Art. 6 des Gesellschaftsvertrages zu dieser Auffassung Anlaß geben. Allein der Vertrag ist gemäß den Regeln der guten Treue auszulegen und mit diesen wäre es unvereinbar, wenn dem Beklagten zugemuthet werden wollte, jedes schwindelhafte Kaufsanerbieten mit übertrieben hohem Kaufpreise, aber ohne alle genügende Sicherung desselben, entweder anzunehmen, oder aber das betreffende Grundstück zu dem angebotenen übertriebenen Preise selbst zu übernehmen. Dagegen ist allerdings, wie bemerkt, festzuhalten, daß der Beklagte Angebote mit annehmbarer Sicherung des Kaufpreises entweder genehmigen oder aber das Grundstück selbst übernehmen mußte. Nun stellen die Vorinstanzen fest, daß durch die von Kappeler anerboteene Barzahlung von 20 % und Versicherung des Kaufpreises auf das Land, der Kaufpreis hinlänglich gesichert worden wäre und auch die von Kappeler bedingene Unauflösbarkeit des Kaufpreises auf 4 Jahre, weder die

Sicherheit des Kaufpreises gefährdet, noch, angesichts der leichten Realisirbarkeit derartiger Schuldbriefe, den Beklagten an dessen Realisirung gehindert hätte. Diese Entscheidung beruht auf einem Urtheile thatsächlicher Natur und ist daher für das Bundesgericht verbindlich. Das Bundesgericht hat daher ohne Weiteres davon auszugehen, daß die in dem Kaufangebot des Kappeler aufgestellten Zahlungsbedingungen annehmbare waren.

4. Nun hat der Beklagte das Kaufangebot des Kappeler abgelehnt. Er hat zwar nie geradezu erklärt, daß er dasselbe ablehne; allein indem er Modifikationen desselben verlangte und allerlei Weiterungen veranlaßte, um sich nicht definitiv erklären zu müssen, hat er das Angebot, sowie es gestellt war, thatsächlich abgelehnt. Er kann dies weder damit rechtfertigen, daß ihm das Angebot nicht in gehöriger Weise mitgetheilt, noch daß ihm nicht die gehörige Zeit zur Abgabe seiner Erklärung eingeräumt worden sei. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus den feststehenden Thatsachen und ist von den kantonalen Instanzen hinlänglich dargelegt worden. Das Angebot war ferner schon mit dem 16. August, da an diesem Tage die Gemeindeversammlung von Außer-Rodl den Kaufvertrag mit Kappeler über dessen Land genehmigte, aus einem bedingten ein unbedingtes geworden; es liegt auch nicht das mindeste dafür vor, daß, wie der Beklagte eingewendet hatte, das Angebot überhaupt nicht ernst gemeint gewesen sei. Die erste Instanz bemerkt mit Recht, daß der Beklagte nicht deshalb auf das Angebot nicht eingegangen sei, weil er es nicht für ernstlich gemeint gehalten habe, sondern deshalb, weil es ihm unbequem gekommen sei; wäre er von ersterer Ansicht ausgegangen, so hätte er ja einfach auf das Angebot eingehen können, wo sich dann alsbald hätte herausstellen müssen, ob Kappeler sich dabei behaften lasse oder nicht. In zweiter Instanz hat sodann der Beklagte noch vorgebracht, Kappeler habe sich im Oktober 1891 an sein Angebot vom August nicht mehr für gebunden erachtet; er hat hiefür einen Brief des Kappeler an seinen Anwalt vom 3. März 1892 produziert, in welchem ersterer erklärt, er habe dem Beklagten gesprächsweise mitgetheilt, daß er sich Anfangs Oktober vorigen Jahres, da er bereits Mitteigentümer eines größeren Landkomplexes in der Rassenwand Außer-Rodl geworden sei, an seine Offerte vom 25. Juli gleichen Jahres gegenüber dem Beklagten

nicht mehr für gebunden erachtet und hat über diese Thatsachen Beweis durch die Einvernahme des Kappeler als Zeugen beantragt. Die zweite Instanz hat diesen Beweis Antrag abgelehnt mit der Begründung: Da der Beweis Antrag nicht dahin gehe, Kappeler habe den Rücktritt ausdrücklich erklärt oder er sei von Weber seines Angebotes entlassen worden, so erscheine es, soweit die vorliegenden Akten über die Unterhandlungen zwischen Weber und Kappeler Auskunft geben, von vornherein mehr als zweifelhaft, ob Kappeler schon deshalb, weil ihm noch keine Zusage gemacht worden sei, von seiner Offerte entbunden gewesen sei. Indes brauche diese Frage hier nicht entschieden zu werden. Denn für den Beklagten habe damals d. h. nach Empfang des Briefes vom 9. Oktober durchaus nichts Positives zu der Annahme vorgelegen, daß Kappeler den Vertrag nicht halten werde, vielmehr scheine er selbst dies nach dem Inhalte seines Schreibens vom 16. Oktober als zweifelhaft betrachtet zu haben. Es sei deshalb für die Haftbarkeit des Beklagten völlig unerheblich, wie Kappeler die Sachlage damals aufgefaßt habe. Der Beklagte hätte sich einfach durch die Zusage, die Offerte anzunehmen, vergewissern können, ob Kappeler noch halte oder nicht. Hätte Kappeler noch gehalten oder halten müssen, so wäre die Sache in Ordnung gewesen. Wäre er des Vertrages entbunden erklärt worden, so hätte es sich hinwiederum fragen können, ob der Beklagte nicht doch deshalb haftbar sei, weil er durch seine ablehnende und ausweichende Haltung den Rücktritt des Kappeler verschuldet habe und hiefür haftbar sei. Bevor diese Fragen festgestellt waren, habe der Beklagte die Proposition des Kappeler nicht mit der Begründung ablehnen können, die Offerte sei nicht ernst gemeint oder werde nicht mehr aufrecht erhalten. Heute nun hat der Anwalt des Beklagten behauptet, Weber habe den Kappeler seines Angebotes ausdrücklich entbunden, weil dieser in der Zwischenzeit zwischen August und Oktober mit ihm eine neue Gesellschaft zum Zwecke einer gemeinsamen Land speculation eingegangen habe. Auf diese völlig neue Behauptung kann indes nach Art. 30 Abs. 4 D.-G. nichts ankommen; es kann sich vielmehr nur fragen, ob die zweitinstanzliche Entscheidung nach den vor zweiter Instanz aufgestellten Parteibehauptungen und Beweis anträgen auf einem, der Ueberprüfung

des Bundesgerichtes unterstehenden, Rechtsirrtum beruhe. Dies ist zu verneinen. Wenn freilich nachgewiesen wäre, daß der Rechtsvorgänger des Klägers selbst (durch Entbindung des Kappeler von seinem Angebote) dem Beklagten es verunmöglicht habe, den Kaufvertrag mit diesem abzuschließen, so wäre die Klage abzuweisen. Allein dies ist nicht der Fall. Nach der vorinstanzlichen Entscheidung steht überhaupt nicht fest, daß das Angebot Kappeler's im Oktober 1891 mangels rechtzeitiger Annahme erloschen war; hierüber aber war, da es sich um ein Angebot zu einem Liegenschaftskaufe handelt, gemäß der konstanten bundesrechtlichen Praxis nach kantonalem Rechte zu entscheiden und es greift daher eine Ueberprüfung des Bundesgerichtes nicht Platz. Selbst wenn übrigens im Oktober 1891 das Angebot des Kappeler erloschen gewesen wäre, so dürfte sich der Beklagte hierauf kaum berufen können. Denn das Angebot war ihm schon im Juli und August mitgeteilt und er bestimmt zu einer Erklärung über dasselbe aufgefordert worden; ein allfälliges späteres Erlöschen des Angebotes wäre nach den vorliegenden Akten lediglich auf das ablehnende Verhalten des Beklagten zurückzuführen und könnte daher von diesem kaum als Grund der Befreiung von der in Art. 6 des Gesellschaftsvertrages normirten Pflicht geltend gemacht werden. Jedensfalls aber könnte er sich von dieser Pflicht nur durch den Nachweis befreien, daß auch eine Annahme des Angebotes seinerseits zum Abschlusse eines Vertrages nicht geführt hätte. Dieser Nachweis kann aber durch den zweitinstanzlich anerbotenen Zeugenbeweis dafür, daß Kappeler sich im Oktober nicht mehr für gebunden erachtet habe, nicht erbracht werden. Der Beklagte hat sich ihn vielmehr dadurch, daß er damals auf das Angebot Kappeler's überhaupt nicht einging, selbst verunmöglicht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wir als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich sein Verwenden.