

145. Urteil vom 26. September 1896 in Sachen  
Jugold und Konsorten gegen Dellacasa.

A. Durch Urteil vom 16. Mai 1896 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

Die Kläger, G. Jugold und Mithaste, sind mit ihrem Klagsbegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, es sei dasselbe im Sinne der Gutheißung der Klage abzuändern.

In der heutigen Hauptverhandlung wiederholt der Anwalt der Kläger diesen Antrag. Der Anwalt der Beklagten trägt auf Verwerfung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 20. Februar 1890 verpflichteten sich die Kläger, der Frau Gerber-Sarbach, Pensionshalterin in Bern, das ehemalige Hotel Viktoria bei Bern nebst Dependenz und übrigen Zubehörenden für die Zeit vom 1. Juni 1890 bis 31. Mai 1892 zum Betriebe eines Krankenspitals mietweise zu überlassen. Frau Gerber betrieb dann auch wirklich einen Krankenspital daselbst, und zwar in der Weise, daß sie die Kranken, welche ihr von einem Ärztekonsortium der Stadt Bern zugewiesen wurden, beherbergte und verpflegte. Am 1. Dezember 1891 wurde zwischen Frau Gerber und dem Beklagten zum Zwecke des Betriebes der bis jetzt von Frau Gerber einzig geführten Pension Viktoria, folgender Vertrag abgeschlossen, den die Kontrahenten als Kommanditgesellschaftsvertrag bezeichneten:

„1. Der Betrieb des Geschäftes geht unter der Firma Frau Susanna Gerber geb. Sarbach.

„2. Frau Gerber ist einzig unbeschränkt haftendes Gesellschaftsmitglied.

„3. Herr Dellacasa beteiligt sich am Geschäftsbetrieb mit einem in barem Gelde eingeschossenen Kapital von 10,000 Fr. und haftet nur bis zum Betrage dieser Vermögenseinlage.

„4. Dieser Vertrag nimmt seinen Anfang mit dem 1. Dezember 1891. Er dauert vorläufig drei Jahre. Wird nicht 6 Monate

zum voraus gekündigt, erneuert er sich für fernere 2 Jahre. Am Schlusse jeden Geschäftsjahres ist ein Inventar und eine Bilanz des Gesellschaftsvermögens anzufertigen, auf Grund desselben der Gewinn oder Verlust des Jahres zu ermitteln ist. Frau Gerber hat ihren Lebensunterhalt im Geschäfte selbst. Sie bezieht aus dem Reinertrag vorweg eine Extra-Entschädigung für ihre Arbeitsleistung in einem Betrage von 1200 Fr. jährlich, zahlbar in monatlichen Raten von 100 Fr. Vom Rest soll Hr. Dellacasa als Zins für seine Einlage und Gewinnanteil  $\frac{1}{4}$  und Frau Gerber die übrigen  $\frac{3}{4}$  für ihre Vermögenseinlage erhalten. Ein allfälliger Verlust ist im gleichen Verhältnis zu tragen.

„5. Hr. Dellacasa übernimmt die Aufsicht über die Buchführung und verpflichtet sich, monatlich 1—2 Tage oder Halbtage sich damit zu beschäftigen. Seine diesbezüglichen Auslagen (Reise- und Buralkosten zc.) sollen ihm jeweilen vergütet werden.

„6. Die Geschäftsführung wird von Frau Gerber besorgt; dieselbe vertritt auch die Gesellschaft. Dem Hrn. Dellacasa wird Procura erteilt und hat er zu jeder Zeit beratende Stimme. Bei allfälliger Krankheit der Frau Gerber oder allfällig andern Gründen, welche die Frau Gerber auf längere Zeit an der Geschäftsführung verhindern würden, verpflichtet sich Hr. Dellacasa, für Vertretung aus seiner Familie zu sorgen. Sollte Hr. Dellacasa absterben, so verpflichtet sich Frau Gerber, die Frau Dellacasa als Nachfolgerin des Hrn. Dellacasa unter den vorstehenden Vertragsbestimmungen (ausgenommen die rein persönlichen Leistungen) anzunehmen. Ein eventuell früherer Eintritt des Hrn. Dellacasa mit Familie in's Geschäft Viktoria selbst (d. h. vor Beendigung dieses Vertrages) zur teilweisen oder ganzen Leitung desselben ist Sache beiderseitiger Übereinkunft. Im übrigen machen die gesetzlichen Bestimmungen Regel.“ Dieser Vertrag ist nicht in's Handelsregister eingetragen worden. Am 24. gl. Wts. wurde demselben ein Nachtrag beigelegt, worin Frau Gerber anerkannte, das Einlagekapital des Beklagten von 10,000 Fr. in barem Gelde erhalten zu haben. Laut einer zwischen den Klägern einerseits und Frau Gerber und dem Beklagten andererseits getroffenen Vereinbarung wurde der oben erwähnte Mietvertrag bis zum 31. Mai 1893 unter einigen Modifikationen verlängert. In Art. 2 dieser Vereinbarung

ist gesagt: „Die Vermieter sind verpflichtet, den in das Geschäft der Mieterin, Frau Gerber, als Kommanditär eintretenden Hrn. Franz Dellacasa-Lanz, Wirt in Biel, im Falle von Krankheit der Mieterin oder allfälligen andern Gründen, welche die letztere auf längere Zeit an der Führung des Geschäftes verhindern sollten, als Stellvertreter oder Geschäftsführer anzuerkennen. Für den Fall des Absterbens der Mieterin Frau Gerber sind die Vermieter, im Falle des Überganges des Mietvertrages auf Hrn. Dellacasa-Lanz, gehalten, denselben als Untermieter für den Rest der Vertragsdauer und innerhalb den Bestimmungen des Vertrages zu acceptieren. Bei Eintritt der oben erwähnten Bedingungen ist Hr. Dellacasa-Lanz auf Verlangen der Vermieter verpflichtet, von den ihm eingeräumten Befugnissen Gebrauch zu machen und in die Verbindlichkeiten der Mieterin aus dem Mietvertrage einzutreten.“ Durch Übereinkunft vom 30. November 1892 erklärten Frau Gerber und der Beklagte den Gesellschaftsvertrag vom 24. Dezember 1891 als aufgehoben, und Frau Gerber verpflichtete sich, das vom Beklagten eingeschossene Kapital von 10,000 Fr. nebst Zinsrückstand auf erstes Verlangen zurückzubezahlen. Für diese Kapitalforderung erließ Beklagter am 15. Dezember 1892 gegen Frau Gerber einen Zahlungsbefehl, welcher unwiderprochen blieb. Am 13. März 1893 wurde über Frau Gerber auf Grund der von ihr abgegebenen Insolvenzerklärung der Konkurs eröffnet. Die Kläger machten in diesem Konkurse eine Forderung von 40,154 Fr. 90 Cts. für Mietzinse, rückständigen Mobilienkaufpreis u. s. w. geltend, welche von der Konkursverwaltung abzüglich eines Betrages von 938 Fr. 65 Cts. anerkannt wurde. Der Beklagte forderte die mehrerwähnten 10,000 Fr. nebst Zinsrückstand und Betreibungskosten und wurde mit dieser Forderung im Gesamtbetrage von 10,275 Fr. 10 Cts. von der Konkursverwaltung in der fünften Klasse zugelassen. Mit Klage vom 27. März 1894 stellten die Kläger beim Richteramt Bern das Rechtsbegehren, es sei die vom Beklagten im Konkurse über Frau Gerber geltend gemachte Forderung nicht zuzulassen, und es habe der Betrag, um welchen in Folge Anspruchs der Klage der Anteil des Beklagten herabgesetzt werde, zur Befriedigung der Kläger mit Einschluß der Prozeßkosten zu dienen. Zur Begründung dieser Einspruchsklage machten sie geltend, durch den zwischen Frau Gerber

und dem Beklagten am 1. Dezember 1891 abgeschlossenen Vertrag sei zwischen den beiden zum Zwecke des Betriebes der Pension Viktoria eine Kommanditgesellschaft gegründet worden. Die Kommanditgesellschaft habe einzig aus diesen beiden Personen bestanden und es habe daher der Konkurs der Frau Gerber die Gesellschaft aufgelöst. Der Konkurs der Gesellschafterin sei gleichbedeutend mit dem Konkurse der Kommanditgesellschaft. Zur Konkursmasse sei das ganze Gesellschaftsvermögen, also auch die Kommanditsumme zu ziehen gewesen. Demnach könne Beklagter im Konkurse der Frau Gerber nicht als Gläubiger auftreten; er könne in diesem Konkurse, welcher mit dem Konkurse der Kommanditgesellschaft identisch sei, seine Kommanditsumme nicht fordern, sondern müsse dieselbe als zum Gesellschaftsvermögen gehörig behandeln lassen. Der Beklagte bestritt, daß zwischen ihm und Frau Gerber eine Kommanditgesellschaft begründet worden sei. Die sog. Kommanditsumme sei nicht als Geschäftseinlage, sondern als Darlehen betrachtet worden. Infolge des Übereinkommens vom 30. November 1892 sei er berechtigt gewesen, die sofortige Rückzahlung der 10,000 Fr. zu verlangen. Auch wenn übrigens eine Kommanditgesellschaft bestanden hätte, so wäre sie durch jene Übereinkunft aufgelöst worden. Schon aus diesem Grunde könne der über Frau Gerber eröffnete Konkurs nicht gleichbedeutend sein mit dem Konkurse der Kommanditgesellschaft. Beide kantonalen Instanzen haben die Einspruchsklage abgewiesen, der Appellations- und Kassationshof mit der Begründung, daß der Konkurs der Frau Gerber zwar wohl einen Grund für die Auflösung der angebliehen Kommanditgesellschaft würde gebildet haben, daß aber keine Rede davon sei, daß die Eröffnung des Konkurses über Frau Gerber mit der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses gleichbedeutend gewesen wäre, oder auch nur den Gesellschaftskonkurs begründet hätte. Habe man es aber einzig mit dem Konkurse über das Privatvermögen der Frau Gerber zu thun, so müsse die Einspruchsklage abgewiesen werden; denn Frau Gerber habe sich in der Übereinkunft vom 30. November 1892 ausdrücklich als Schuldnerin des Beklagten bekannt, und sich verpflichtet, das in Rede stehende Kapital von 10,000 Fr. nebst Zinsausstand auf erstes Begehren zurückzubezahlen.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurteilung der

vorliegenden Streitfache ist gegeben. Das angefochtene Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern ist ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil über eine nach eidgenössischem Rechte zu entscheidende Civilstreitigkeit, und der erforderliche Streitwert ist vorhanden. Maßgebend für den Streitwert ist die Forderung des Beklagten, da diese den Gegenstand des Rechtsstreites bildet und materiell der Beklagte als Ansprecher erscheint. Fragen könnte sich bloß, ob der Streitwert nach dem Nominalbetrage, zu welchem die Forderung geltend gemacht worden ist, oder etwa nur nach demjenigen Betrage zu berechnen sei, zu welchem dieselbe voraussichtlich in dem Konkurse Befriedigung erlangen wird. Diese Frage hat jedoch das Bundesgericht in seinem Urteile vom 10. November 1893 in Sachen Jäggi & Cie. gegen Erben Segesser (Amtl. Slg. Bd. XIX, S. 840 Erw. 2) dahin entschieden, daß der Streitwert nach dem vollen Betrage, zu welchem die Forderung im Konkurse geltend gemacht worden ist, sich bestimmt, und es ist kein Grund, weshalb hievon abgegangen werden sollte. Auch von dem andern Standpunkte aus müßte übrigens der erforderliche Streitwert, freilich nur für das schriftliche Verfahren, als vorhanden angenommen werden, da nach unbestritten gebliebener Angabe der Klägerschaft die Konkursdividende für die laufenden Gläubiger ungefähr 20 % betragen wird.

3. In der Sache selbst ist zu bemerken: Die vorliegende Klage ist eine Einspruchsklage nach Art. 250 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, womit die Kläger als Gläubiger der Kridarin, Frau Gerber, die Ausweisung der von der Konkursverwaltung zugelassenen Forderung des Beklagten verlangen. Es fragt sich also, ob dem Beklagten diese Forderung gegenüber der Konkursmasse der Frau Gerber zustehe oder nicht. Besteht die Forderung zu Recht, so muß der Einspruch der Kläger abgewiesen werden; besteht sie dagegen nicht zu Recht, so ist der Einspruch begründet und sind die Kläger berechtigt, deren Ausweisung zu verlangen, wobei der Betrag, um welchen dadurch der Passivetat verringert wird, in erster Linie zur Befriedigung der Kläger zu dienen hat. Nun beruft sich der Beklagte zur Begründung seiner Forderung auf die zwischen ihm und Frau

Gerber am 30. November 1892 getroffene Vereinbarung, in welcher sich letztere dem Beklagten gegenüber verpflichtet hat, demselben das von ihm eingeschossene Kapital von 10,000 Fr. nebst Zinsausstand auf erstes Verlangen zurückzubezahlen. Mit dieser unbestrittenen Schuldbetreibung hat der Beklagte den Beweis für seine Forderung geleistet, dieselbe muß daher im Konkurse der Schuldnerin geschützt werden, sofern nicht etwa dem Verpflichtungsakte Mängel anhaften, welche denselben als nichtig oder anfechtbar erscheinen lassen. In dieser Richtung hat nun allerdings der Anwalt der Kläger in seinem heutigen Vortrage vorgebracht, daß die Verpflichtung zur Rückzahlung der vom Beklagten eingeschossenen 10,000 Fr. auf Verfüzung von Gläubigerrechten berechnet gewesen sei, und sich daher als eine anfechtbare Rechts-handlung darstelle. Dieser Standpunkt ist jedoch vor den kantonalen Instanzen nicht geltend gemacht worden, vielmehr haben die Kläger in der Klageschrift ausdrücklich erklärt, daß sie sich die Anhebung einer Anfechtungsklage vorbehalten. An diese Erklärung sind sie gebunden, und es braucht daher auf den genannten Einspruchsgrund nicht eingetreten zu werden.

4. Die Einspruchskläger machen nun allerdings geltend, es sei im vorliegenden Falle die Eröffnung des Konkurses über Frau Gerber gleichbedeutend mit der Eröffnung des Konkurses über die zwischen dieser und dem Beklagten bestandene Kommanditgesellschaft, und Beklagter, der mit seiner Ansprache seine Kommanditsumme zurückfordere, könne aus diesem Grunde nicht als Gläubiger zugelassen werden. Wäre die Konkursmasse der Frau Gerber als Konkursmasse der Kommanditgesellschaft zu behandeln, so wäre freilich gemäß Art. 608 Abs. 2 D.-R. die Folgerung gerechtfertigt, daß die Kommanditsumme zur Konkursmasse gehöre; allein die gedachte Voraussetzung trifft nicht zu. Der vorliegende Konkurs ist eröffnet worden über Frau Gerber persönlich, als Einzelgewerbetreibende, und nicht über eine Kommanditgesellschaft, bestehend aus Frau Gerber und dem Beklagten. In demselben war nicht das Vermögen einer solchen Gesellschaft, nach den Regeln des Gesellschaftskonkurses, sondern das gesamte Vermögen der Frau Gerber, als Einzelgewerbetreibender, zur Befriedigung ihrer sämtlichen Gläubiger zu liquidieren. Von einer Identität



des Konkurses der Frau Gerber und dem Gesellschaftskonkurse kann also nicht die Rede sein. Selbst wenn zur Zeit der Konkursöffnung über Frau Gerber zwischen dieser und dem Beklagten eine Kommanditgesellschaft noch bestanden hätte, so würde diese Konkursöffnung den Konkurs der Gesellschaft nicht ohne weiteres nach sich gezogen haben. Denn nach Schweiz. Obligationenrecht ist, wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, bei der Kommandit- wie bei der Kollektivgesellschaft das Gesellschaftsvermögen und das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter strenge geschieden, und wird gemäß Art. 573 und 611 D.-R. durch den Konkurs des einzelnen Gesellschafters der Konkurs der Gesellschaft nicht begründet. Dazu kommt nun aber noch, daß im vorliegenden Falle zur Zeit der Konkursöffnung über Frau Gerber die Kommanditgesellschaft zwischen dieser und dem Beklagten, auch wenn sie seiner Zeit rechtswirksam begründet worden war, jedenfalls nicht mehr bestand, und auch kein Gesellschaftsvermögen mehr unverteilt vorhanden war, so daß damals von der Eröffnung eines Gesellschaftskonkurses überhaupt nicht mehr die Rede sein konnte; denn durch die Übereinkunft vom 30. November 1892 wurde der Gesellschaftsvertrag auf diesen Tag aufgehoben, und es übernahm Frau Gerber das Geschäft mit Aktiven und Passiven wieder auf eigene Rechnung. Die Einspruchskläger meinen nun allerdings, gerade aus dem Umstande, daß zur Zeit der Konkursöffnung über Frau Gerber ein Gesellschaftskonkurs nicht mehr habe eröffnet werden können, folge, daß der über die Geschäftsübernehmerin eröffnete Konkurs mit dem Gesellschaftskonkurs gleichbedeutend sein müsse. Allein dies ist nicht richtig. Wenn eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft in der Art aufgelöst wird, daß ein Gesellschafter Aktiven und Passiven der Gesellschaft übernimmt, so ist ein späterer Konkurs des Geschäftsübernehmers durchaus nur Konkurs eines Einzelkaufmanns und in keinem Sinne mehr Gesellschaftskonkurs. Es haben in diesem Konkurs die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft keinerlei Vorrecht vor den übrigen (Privat-)Gläubigern des Geschäftsübernehmers zu beanspruchen, sondern konkurrieren mit diesen zu gleichen Rechten (s. Entsch. des Bundesgerichtes vom 27. Januar 1887 i. S. Gotzweiler und Genossen gegen Bär, Amtl. Slg. Bd. XIII,

S. 79 f.). Danach ist es auch nicht richtig, wenn die Einspruchskläger ohne weiteres voraussetzen, daß, sofern hier Begründung und Auflösung der Kommanditgesellschaft, sowie die Übernahme von Aktiven und Passiven durch Frau Gerber im Handelsregister eingetragen worden wären, der Beklagte im Konkurs der Frau Gerber allen Gläubigern der ehemaligen Kommanditgesellschaft nachgehend hätte angewiesen werden müssen. Es wäre vielmehr auch in diesem Falle in dem reinen Privatkonkurs der Frau Gerber ein Unterschied zwischen Gesellschafts- und Privatgläubigern nicht zu machen, sondern der ehemalige Kommanditär als Privatgläubiger mit sämtlichen übrigen Gläubigern konkurrierend anzuweisen gewesen. Richtig ist dagegen allerdings, daß, wenn zwischen Frau Gerber und dem Beklagten eine Kommanditgesellschaft im Sinne des Obligationenrechtes bestand, die Haftung des Kommanditärs gegenüber den Gläubigern dieser Gesellschaft weder durch Nichteintrag der Gesellschaft in's Handelsregister ausgeschlossen, noch durch die spätere Auflösung aufgehoben oder gemindert wurde. Allein aus der fortdauernden Haftung des Beklagten als Kommanditär, auch wenn dieselbe besteht, folgt nicht, daß der reine Privatkonkurs der Frau Gerber als mit dem Gesellschaftskonkurs über die nicht mehr bestehende Kommanditgesellschaft gleichbedeutend behandelt werden müsse, sondern es liegt, unter den gedachten Voraussetzungen, einfach der Thatbestand des Art. 603 Abs. 2 D.-R. vor, wonach die Gläubiger der auf andere Weise als durch den Konkurs aufgelösten Gesellschaft gegen den Kommanditär, insofern als die Kommanditsumme noch nicht eingeworfen, oder wieder zurückgezogen worden ist, ein direktes Klagerecht besitzen. Dagegen sind sie nicht berechtigt, dem Kommanditär seine Forderung als Privatgläubiger im Konkurs des ehemaligen unbeschränkt haftenden Gesellschafters streitig zu machen. Im Verhältnis nach innen ist der ehemalige Kommanditär Gläubiger des ehemaligen unbeschränkt haftenden Gesellschafters; er verlangt daher in dem Privatkonkurs des letztern mit Recht Befriedigung für seine Forderung, und die Gesellschaftsgläubiger können ihm dieselbe nicht deshalb bestreiten, weil er ihnen gegenüber für ihre Forderungen haftbar sei. Denn diese letzteren Forderungen stehen ja gar nicht demjenigen zu, gegen

welchen der Kommanditär seine Forderung geltend macht, nämlich dem Geschäftsübernehmer, resp. dessen Masse, sondern ausschließlich den Gesellschaftsgläubigern. Auch unter der Annahme, es habe zwischen Frau Gerber und dem Beklagten eine Kommanditgesellschaft im Sinne des schweiz. Obligationenrechtes bestanden, und es sei dieser deshalb den Gesellschaftsgläubigern haftbar, erscheint somit die erhobene Einspruchsklage als unbegründet. Diese letztere Frage braucht daher im gegenwärtigen Prozeß nicht untersucht zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 16. Mai 1896 in allen Teilen bestätigt.

## V. Schuldbetreibung und Konkurs.

### Poursuite pour dettes et faillite.

#### 146. Arrêt du 20 juillet 1896 dans la cause *Favre contre Santavicca.*

A. Dans le courant de l'hiver 1894-1895, M. Ch.-Marc Favre, de Thônex (Genève), se trouvant à Rome, y fit la connaissance du violoniste Francesco Santavicca qui lui donna pendant quelque temps des leçons de violon. Séduit par son talent, il l'invita à venir à Genève, lui promettant son appui auprès du monde musical. Santavicca accepta, vint à Genève le 2 juillet 1895 et s'établit chez M. Favre. Peu de temps après il fit venir sa femme, à qui M. Favre envoya en deux reprises 1400 fr. pour lui permettre de retirer des bijoux engagés au Mont de Piété; au dire de Favre ces bijoux devaient, à l'arrivée de M<sup>me</sup> Santavicca, lui être remis en garantie des sommes avancées.

Selon sa promesse, Favre s'occupa d'organiser des concerts pour Santavicca. Le premier ne couvrit pas les frais. Le second eut un meilleur résultat et le jour même Santavicca toucha 380 fr. sur la recette; deux jours après Favre le fit appeler pour lui remettre le solde par 100 fr. en ajoutant qu'avec cet argent il allait organiser des concerts dans la Suisse romande et ensuite dans la Suisse allemande. Mais Santavicca répondit qu'il était décidé à retourner à Rome parce que sa femme s'ennuyait à Genève. Après avoir inutilement tenté de le dissuader, Favre l'invita à régler ses comptes et à lui remettre en gage les bijoux de M<sup>me</sup> Santavicca. Santavicca refusa, prétendant qu'il ne devait rien. Favre déclara alors qu'il ne les laisserait pas partir ainsi, ferma leurs chambres à clef et requit un séquestre sur leurs effets pour se couvrir d'une somme de 2100 fr. dont il se disait créancier.

Le séquestre fut accordé par ordonnance du 19 novembre 1895 et exécuté le jour même et le lendemain. L'ordonnance indiquait comme cas de séquestre que le débiteur était de passage à Genève.

Par exploit du 21 novembre, Santavicca ouvrit action à Favre pour faire prononcer la nullité de l'ordonnance de séquestre et faire condamner le défendeur à payer 2000 fr. à titre de dommages-intérêts. Il soutint que le cas de séquestre allégué n'existait pas; qu'il n'était pas de passage à Genève, mais y était au contraire établi.

Favre soutint au contraire que Santavicca n'était pas établi à Genève, n'y ayant pas même obtenu un permis de séjour. Subsidiairement, il demanda à être acheminé à prouver par titres et par témoins:

1° Que Santavicca, d'origine italienne, n'avait pas de domicile en Suisse;

2° Qu'au moment du séquestre il préparait sa fuite;

3° Qu'il avait manifesté à Favre l'intention de partir sans le payer.

Par jugement du 4 décembre 1895, le tribunal de première instance prononça la nullité du séquestre, condamna Favre