

Nun konnte der Beklagte mit Recht annehmen, der Gesellschafter Meili habe den Kläger von der betreffenden Schuld in Kenntnis gesetzt, und jedenfalls habe er, der Beklagte, keine Pflicht zur Mitteilung von der Existenz jener Schuld; auch könne dieselbe für den Entschluß des Klägers, der Gesellschaft beizutreten, von keinem Einflusse sein. Denn nach der Vereinbarung zwischen Meili und dem Beklagten war die Schuld an Steiner & Cie. trotz dem Obligo vom 11. April 1896 im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander noch als Privatschuld zu betrachten, wie sie denn auch Meili immer als solche angesehen hat (vergl. dessen Aussage in dem vor dem Bezirksgerichte Meilen geführten Prozesse). Der Beklagte durfte daher mit vollem Recht der Meinung sein, daß Meili die Sache mit dem Kläger geordnet habe; hierin wurde er später noch bestärkt durch den Umstand, daß der Kläger sich zuerst mit Meili abfand. Eine Pflicht des Beklagten, von der Existenz jener Schuld Mitteilung zu machen, bestund daher nicht; sie konnte somit auch nicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt werden, so daß a fortiori von einem Betrug des Beklagten wegen der Nichtmitteilung nicht gesprochen werden kann. Fehlt es aber somit sowohl nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite hin an einer Widerrechtlichkeit, so gebietet es der auf Art. 50 O.-R. gestützten Klage an einem notwendigen Fundamente, so daß sie nicht gutgeheißen werden kann. Danach muß die Berufung begründet erklärt und die Klage, in Aufhebung des angefochtenen Urteils, abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird für begründet erklärt und demgemäß, in Aufhebung des Urteils des Obergerichtes des Kantons Unterwalden nid dem Wald vom 24. Dezember 1902, die Klage abgewiesen.

14. Urteil vom 21. Februar 1903 in Sachen Merke,
Bekl. u. I. Ber.=Kl., gegen **Erben Jenny-Hindermann,** Kl.
u. II. Ber.=Kl.

Gesellschaft zur gemeinsamen Uebernahme eines Grundstückes. Klage auf sofortige Auflösung, Art. 547 O.-R., gestellt von den Erben des einen Gesellschafters gegen den andern. — Kompetenz des Bundesgerichts, Art. 56 u. 57 Org.-Ges. — Wichtige Gründe zur sofortigen Auflösung. — Liquidation; Stellung des Bundesgerichts.

A. Durch das Urteil vom 28. November 1902 hat das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim vom 12. August 1902 lautend: „Die Kläger werden mit ihrer Klage aus Gesellschaftsvertrag abgewiesen“, wird aufgehoben und der zwischen Jenny-Hindermann und Dr. Merke bestandene und nach dem Tode des erstern, von dessen Erben stillschweigend fortgesetzte Gesellschaftsvertrag, als aufgelöst erklärt.

2. Zur Herbeiführung einer Verständigung über die Liquidation der Liegenschaften wird den Parteien eine Frist eingeräumt bis 31. Mai 1903.

3. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist sollen diese Liegenschaften auf erstes Begehren einer Partei, an eine öffentliche Steigerung gebracht und nach Vorschrift der baselstädtischen Gesetzgebung dem Höchstbietenden losgeschlagen werden.

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt.

Der Beklagte trägt auf Abweisung der Klage an.

Die Kläger stellen dagegen die Anträge:

a) Es sei Dispositiv 2 des obergerichtlichen Urteils ganz zu streichen, in dem Sinne, daß es jeder Partei freistehen soll, sofort nach rechtskräftigem Urteil die Liquidation nach Dispositiv 3 zu verlangen, d. h. es sollen die Liegenschaften auf erstes Begehren einer Partei an eine öffentliche Steigerung gebracht und nach Vorschriften der baselstädtischen Gesetzgebung dem Höchstbietenden losgeschlagen werden. (Vergl. Dispositiv 3 des obergerichtlichen

Urteils.) Eventuell sei eine allfällige Frist im Sinne von Abs. 2 des obergerichtlichen Urteils bis spätestens den 1. März 1903 einzuräumen.

b) Im Übrigen sei das Urteil des Obergerichts zu bestätigen.

C. In der heutigen Verhandlung erneuern die Parteien ihre Berufungsanträge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In tatsächlicher Beziehung ist aus den Akten hervorzuheben: Durch Vertrag vom 26. November 1898 kaufte J. G. Jenny-Hindermann in Basel von der Tonwarenfabrik Alschwil, Passavant-Helin & Cie. in Basel, das Grundstück in Sektion II, Parzelle 545 des Grundbuches Basel, haltend 5 ha. 4 a. 99 m², zum Preise von einer Million Franken, zahlbar 200,000 Fr. per 1. April 1899 und der Rest sicher zu stellen durch zu 3³/₄ % verzinsliche Obligation auf 1. April 1899. Am gleichen Tage schloß J. G. Jenny-Hindermann mit dem Beklagten einen Gesellschaftsvertrag ab, wonach die beiden Gesellschafter das betreffende Grundstück gemeinschaftlich übernehmen zu den im Kaufvertrag festgesetzten Bedingungen. Nach Art. 2 des Kaufvertrages waren die sämtlichen Kosten des Kaufes und Verkaufes, sowie die erlaufenden Zinsen von den beiden Gesellschaftern zu gleichen Teilen zu tragen. Nach Art. 3 hatten an die Anzahlung von 200,000 Fr. zu leisten: J. G. Jenny-Hindermann 130,000 Fr., der Beklagte 70,000 Fr. Ziff. 6 des Vertrages bestimmt: „Herr Dr. Werke garantiert Herrn Jenny gegenüber, daß das betreffende Grundstück vom Staate nicht expropriert oder sonst durch staatliche Verfügungen, Bauverbot etc. benachteiligt wird und verpflichtet sich für die infolge Expropriation oder durch staatliche Eingriffe sich ergebenden Nachteile allein aufzukommen, bezw. Herrn Jenny zu ersetzen.“ Gemäß Ziff. 7 sollten beide Gesellschafter für den Kaufpreis gleichmäßig haften, der Beklagte verpflichtete sich demgemäß für die von Jenny-Hindermann auszustellende Hypothekarobligation auf 1. April 1899 einen Schuldschein auszustellen, mitunterzeichnet von seiner Ehefrau. Ziff. 8 lautet: „Der Vertrag, wie er vorliegt, kann nur mit Einverständnis beider Gesellschafter abgeändert werden, ebenso kann nur mit Einwilligung des andern ein Gesellschafter zurück-

treten und einen andern an seine Stelle treten lassen, oder auch einen solchen nur teilweise beteiligen.“ Gemäß Ziff. 9 des Vertrages unterzeichnete auch die Ehefrau des Beklagten mit dessen Einwilligung den Vertrag und übernahm sie dadurch die dem Beklagten obliegenden Verbindlichkeiten auch für sich. Ziff. 10 endlich besagt: „Vorstehender Vertrag ist gültig, auch ohne notariell abgefaßt zu sein und erklären die Gesellschafter ausdrücklich, bei etwaigen Differenzen auf die Einrede, der Gesellschaftsvertrag sei, weil nicht notariell, ungültig, zu verzichten.“ Der Beklagte und seine Ehefrau stellten am 1. April 1899 den in Ziff. 7 des Gesellschaftsvertrages vorgesehenen Schuldschein aus. Sie erklären sich demnach „auf Grund des abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages“ als solidarische Mitschuldner des Jenny-Hindermann für alle von diesem gegenüber Passavant-Helin eingegangenen und noch einzugehenden Verbindlichkeiten. Der Akt bestimmt sodann: „Namentlich verpflichten wir uns, an der pünktlichen Verzinsung regelmäßig unsern Anteil zu leisten und einen eventuellen Verlust bei Verkauf der Liegenschaft gleichmäßig mit Herrn Jenny zu decken, sowie für Beschaffung eines neuen Kapitals zu sorgen und nötigenfalls als Mitschuldner einzutreten, falls die Hypothekarobligation vor Abwicklung der Spekulation zurückbezahlt werden müßte. Der Kaufpreis der Liegenschaft beträgt, laut Vertrag mit Passavant-Helin & Cie., 1,000,000 Fr., also beträgt unser Anteil . . . Fr. 500,000 ab Anzahlung „ 70,000 also beträgt unsere Schuld an dem gemeinschaftlichen Objekte Fr. 430,000 wovon 400,000 Fr. à 3³/₄ % Zinszahlung per April jeden Jahres, und 30,000 Fr. à 5 % Zinszahlung per 1. April zu verzinsen sind, der Zins von letzteren 30,000 Fr. fällt Herrn Jenny für seine Leistung an der Anzahlung laut Vertrag persönlich zu. Da Herr Jenny als Anzahlung 130,000 Fr., folglich 60,000 Fr. mehr als wir geleistet hat, so hat er bei den ersten Verkäufen Voranspruch auf diese 60,000 Fr.; sollte innerhalb 5 Jahren kein Verkauf möglich sein, so verpflichten wir uns zur Abzahlung von 30,000 Fr. an Herrn Jenny, es steht uns aber auch frei, dies schon früher zu tun, Benefiz-Vertei-

„lungen können erst stattfinden, wenn die ganze Hypothekarschuld „nebst Zinsen abbezahlt ist und sämtliche von Herrn Jenny in „dieser Sache eingegangenen Verbindlichkeiten sowohl gegen Gläu- „biger als von Kauffschuldnern erfüllt sind.“

Am 1. April 1899 errichtete Jenny-Hindermann eine Hypo- thekarobligation von 400,000 Fr., verzinslich zu $3\frac{3}{4}$ % je auf 1. April, zu Gunsten der Verkäufer Passavant-Felin & Cie. Am 31. Juli 1899 starb Jenny-Hindermann; seine Erben, die heuti- gen Kläger, traten die Erbschaft an. Sie errichteten am 25. Fe- bruar 1900 eine weitere, derjenigen vom 1. April 1899 gleich- lautende Hypothekarobligation von 400,000 Fr. Der Beklagte bezahlte den auf ihn entfallenden Zinsanteil des ersten Zinses pro 1. April 1900 nicht rechtzeitig; die Kläger zahlten ihn daher an Passavant Felin & Cie. allein und sie erhielten vom Beklag- ten auf dem Wege der Betreibung nur 16,000 Fr. Den folgen- den Jahreszinsanteil, pro 1. April 1901, bezahlte der Beklagte überhaupt nicht. Er wurde auch von anderer Seite in Anspruch genommen und fruchtlos ausgepfändet; auch wurde die Güter- trennung über ihn ausgesprochen.

2. Infolge dieser Vorgänge stellen nun die Kläger mit der vorliegenden, im März 1902 eingereichten Klage die Begehren: „Es sei zu erkennen:

„1. Die zwischen den Parteien bestehende einfache Gesellschaft „zum Zwecke der gemeinsamen Spekulation in der Verwertung „von Liegenschaften in Baselstadt ist gerichtlich aufzuheben und „soll sofort liquidiert werden.

„2. Für den Fall, daß sich bei dieser Liquidation die Parteien „nicht auf einen anderweitigen Verkauf des Gesellschaftsterrains „einigen können, soll jeder Gesellschafter das Recht haben, sofort „den Verkauf dieser Liegenschaften an einer Steigerung unter „den Gesellschaftern, mit Zuschlag an der ersten Steigerung auf „Höchstgebot, zu verlangen. Eventuell (d. h. wenn auf diese Ver- „wertungsart nicht erkannt würde), stellen die Kläger das Rechts- „begehren, es soll jeder Partei das Recht zuerkannt werden, den „sofortigen Verkauf des Terrains an einer öffentlichen Steigerung, „auf Höchstgebot bei der ersten Steigerung zu verlangen.

„3. Bei der Liquidation ist der Beklagte allein für den Verlust

„zu behaften, welcher der Gesellschaft aus der Expropriation eines „Teils des Gesellschaftsterrains zu Eisenbahnzwecken erwachsen „ist oder noch erwachsen wird.

„4. Im Übrigen sind für die Liquidation der Gesellschaft die „Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages vom 26. November „1898 und des Schuldübernahme-Akts des Beklagten und seiner „Gefrau vom 1. April 1899 maßgebend.“

Die Klage stützt sich darauf: die Kläger, die die Gesellschaft mit dem Beklagten nach dem Tode ihres Erblassers fortgesetzt hätten, seien berechtigt, die sofortige Auflösung der Gesellschaft gemäß Art. 547 O.-R. zu verlangen, da der Beklagte seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht oder nicht gehörig nachgekomen sei und er ihnen infolge seiner notorischen Insolvenz auch nicht mehr nachkommen könne. Der Beklagte hat in seiner Ant- wort Abweisung der Klage, eventuell Abweisung zur Zeit, ganz eventuell Abweisung der Rechtsbegehren Nr. 3 und 4 beantragt. Er hat dabei in erster Linie die Aktivlegitimation der Kläger be- stritten, sodann geltend gemacht, der Gesellschaftsvertrag, der ein verkappter Kaufvertrag über die Liegenschaft Sektion II, Par- zelle 545 sei, sei ungültig, weil nicht notariarisch abgefaßt, und endlich die Inopportunität der Liquidation im Zeitpunkte der Klage und im gegenwärtigen Zeitpunkt behauptet. In der Replik haben sich die Kläger auf den Boden gestellt, sie verlangen die Liquidation gestützt auf ihre Eigenschaft als Erben. Die erste Instanz (das Bezirksgericht Urlesheim) hat zunächst ausgeführt, die Einrede der Ungültigkeit des Gesellschaftsvertrages sei unbe- gründet, da es sich keineswegs um einen Vertrag handle, durch den dingliche Rechte an Liegenschaften bestellt werden. Des wei- tern hat es sodann verneint, daß die Kläger den Gesellschafts- vertrag fortgesetzt hätten und überhaupt gemäß Art. 8 des Ver- trages hätten fortsetzen können, und erklärt, die in der Replik eventuell eingenommene Stellung enthalte eine unzulässige Klage- änderung; es ist somit zur Abweisung der Klage gelangt. Die Vorinstanz dagegen teilt in ihrem eingangs mitgeteilten Urteile die Ansicht des Bezirksgerichts hinsichtlich der Gültigkeit des Ver- trages, führt dann aber aus, die Kläger seien tatsächlich rechts- gültig in das Gesellschaftsverhältnis eingetreten. Hieran anschlies-

send bejaht es die Frage, ob den Klägern wichtige Gründe zur Auflösung der Gesellschaft zur Seite stünden.

3. Die Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Streitfrage im allgemeinen ist gegeben, da es sich um eine Klage aus einem Gesellschaftsvertrage, eine *actio pro socio*, handelt, die auf Grund des Art. 547 O.-R. zu beurteilen ist.

4. Dagegen kann die Einrede des Beklagten: Der Gesellschaftsvertrag vom 26. November 1898 sei ungültig, vom Bundesgerichte nicht überprüft werden. Diese Einrede wird hergeleitet aus einer Bestimmung des kantonalen — baselstädtischen — Rechts betreffend Liegenschaftenkäufe; auf Grund dieser Bestimmung haben die kantonalen Instanzen die Einrede beurteilt und sind sie zu deren Abweisung gelangt. Eine Überprüfung dieses Entscheides steht dem Bundesgerichte, da es sich dabei nicht um Anwendung oder Anwendbarkeit eidgenössischer Rechte handelt, nicht zu. Sonach ist mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß ein gültiger Gesellschaftsvertrag zwischen dem Beklagten und dem Rechtsvorfahren (Erblasser) der Kläger zu Stande gekommen ist.

5. Die Kläger haben sich nun in der Klage auf den Standpunkt gestellt, sie hätten dieses Gesellschaftsverhältnis mit dem Beklagten fortgesetzt und seien nun zu dessen Auflösung berechtigt infolge wichtiger Gründe im Sinne des Art. 547 O.-R. Nur eventuell und erst in der Replik haben sie geltend gemacht, sie verlangen die Liquidation des durch den Tod ihres Erblassers beendigten Gesellschaftsverhältnisses in ihrer Eigenschaft als Erben. Vorerst ist jene erste Klagebegründung zu untersuchen. Der Beklagte hat bestritten, daß die Gesellschaft mit den Erben des Jenny-Hindermann fortgesetzt worden sei und habe fortgesetzt werden können. Die erste Instanz, die zur Gutheilung des Standpunktes des Beklagten gelangt ist und die Klage sonach wegen mangelnder Aktivlegitimation der Kläger abgewiesen hat, hat ihre Auffassung auf folgende Erwägungen gestützt: Gemäß Art. 545, Ziff. 2 O.-R. sei es die Regel, daß die einfache Gesellschaft aufgelöst werde durch den Tod eines Gesellschafters, falls nicht vorher Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vereinbart worden sei. Eine derartige Vereinbarung finde sich nun im Gesell-

schaftsvertrag nicht; gegenteils scheine dessen Art. 8 einen Übergang auf die Erben auszuschließen, da zur Fortsetzung der Gesellschaft mit einer dritten Person (an Stelle des einen Gesellschafters) die Einwilligung des andern Teiles gehöre. Aber auch eine ausdrückliche Aufnahme der Kläger in das Gesellschaftsverhältnis durch den Beklagten habe nicht stattgefunden. Aus der einzigen Tatsache, daß der Beklagte einmal in einem Briefe an Dr. Sulger (den Vertreter der Kläger) vom 16. April 1901 davon spreche, das Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Erben Jenny-Hindermann sollte gelöst werden, folge das nicht ohne weiteres; denn der Beklagte sei eben infolge des Schulübernahmeaktes vom 1. April 1899 tatsächlich mit den Klägern in einem Vertragsverhältnisse gestanden. Ebenfowenig folge die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit den Klägern aus der Tatsache, daß laut Inventar und Teilung über den Nachlaß des J. G. Jenny-Hindermann die Waisenkommission die Mündel Jenny zu $\frac{3}{8}$ als Miteigentümer der Liegenschaft Sektion II, Parzelle 545 einzutragen ließ. Damit seien dieselben keineswegs Rechtsnachfolger ihres Vaters im Gesellschaftsvertrage — die Gesellschaft habe ja kein Eigentumsrecht an der betreffenden Liegenschaft besessen — geworden, sondern lediglich Rechtsnachfolger ihres Erblassers als Alleineigentümers der Liegenschaft. Demgegenüber führt die zweite Instanz für ihre gegenteilige Ansicht folgende Tatsachen und Verumstände an: Für die Annahme einer Fortsetzung des Gesellschaftsvertrages durch die Kläger und mit den Klägern sprechen in erster Linie die Zahlung des auf den 1. April 1900 fällig gewordenen, nicht unbedeutenden Zinsanteils seitens des Beklagten; sodann die Nichtbestreitung des Zahlungsbefehls für den Zinsanteil des folgenden Jahres. Es sei nicht wohl denkbar, daß der Beklagte derartige Zugeständnisse gemacht haben würde, wenn er nicht selbst an die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses geglaubt haben würde. Dazu komme noch als Hauptindizium jener Passus im Briefe des Beklagten an Dr. Sulger vom 16. April 1901. Zu diesen Ausführungen ist zu bemerken: Aus Art. 8 des Gesellschaftsvertrages kann nichts dafür abgeleitet werden, daß ein Übergang der Gesellschaft auf die Erben des einen Gesellschafters ausgeschlossen sein sollte; diese Vertragsbestimmung be-

handelt den andern Fall des Zurücktretens eines Gesellschafters oder der teilweisen Beteiligung eines Dritten. Dagegen wird allerdings gemäß Art. 545, Ziff. 2 D.-R. die einfache Gesellschaft aufgelöst durch den Tod eines Gesellschafters, falls nicht vorherige Fortsetzung mit dessen Erben vereinbart worden ist; und da eine derartige Vereinbarung weder im Vertrage selbst noch später, bis zum Tode des Jenny-Hindermann, getroffen wurde, können die Kläger nur dann als Gesellschafter auftreten, wenn sich ergibt, daß der Beklagte das Gesellschaftsverhältnis mit ihnen fortgesetzt hat. Eine derartige Fortsetzung kann aus konkludenten Handlungen der Kläger und insbesondere des Beklagten hervorgehen. Die von der Vorinstanz angeführten Umstände sind nun in der Tat als derartige konkludente Handlungen anzusehen. Wenn die erste Instanz sich gegenüber diesen Umständen darauf beruft, der Beklagte sei infolge des Schulübernahmeaktes vom 1. April 1899 zu den Klägern in einem Vertragsverhältnisse gestanden, und nur auf dieses Verhältnis könne der Passus im Briefe vom 16. April 1901 an Dr. Sulger bezogen werden, so ist dem entgegenzuhalten, daß der Schulübernahmeakt selber sich nur als Ausfluß, Ausführung des Gesellschaftsvertrages darstellt und nur die besondern aus dem Gesellschaftsvertrage sich ergebenden Pflichten des Beklagten (und dessen Ehefrau) näher regelt.

6. Sind aber danach die Kläger als Gesellschafter anzusehen, so sind sie auch zur Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen legitimiert, und ist nunmehr die Frage zu prüfen, ob derartige wichtige Gründe vorliegen. Als solche Gründe sind gemäß bundesgerichtlicher Praxis anzusehen Tatsachen und Umstände, welche die Erreichung des Gesellschaftszweckes verunmöglichen oder bewirken, daß dem einen Gesellschafter die Fortdauer des Gesellschaftsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, Tatsachen und Umstände also, infolge deren die wesentlichen Voraussetzungen sachlicher und persönlicher Art, unter denen der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, nicht oder nicht mehr vorhanden sind. (Vgl. Entsch. d. B.-G. v. 18. März 1898 i. S. Moppel gegen Stähli-Simon u. Schib, A. S., Bd. XXIV, 2. T., S. 193; vom 19. März 1898 i. S. Senglet u. Mühlethaler, eod. S. 202 Erw. 4.) Als derartige Gründe haben nun insbesondere

zu gelten die anhaltenden Verletzungen der vertraglichen Pflichten von Seite eines Gesellschafters (vgl. altes D. S.-G.-B. Art. 125, Ziff. 3 und neues D. S.-G.-B., § 133, Abs. 2), sowie die Insolvenz eines Gesellschafters. Diese beiden Gründe liegen hier nach den unbefristeten tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen unzweifelhaft vor. Die Klage auf Auflösung der Gesellschaft muß daher als begründet erklärt werden.

7. Im Anschluß daran ist grundsätzlich die Liquidation des Gesellschaftsverhältnisses auszusprechen, die die notwendige Folge der Auflösung ist. Es könnte sich nun fragen, ob das Bundesgericht überhaupt kompetent sei, auf die Frage, wie die Liquidation durchzuführen sei (Klagebeg. 2—4, oberger. Art., Disp. 2 u. 3), überhaupt einzutreten, oder ob es sich hier nicht um kantonales Recht handle. Indessen kann der Modus der Liquidation immerhin vom Bundesgericht angeordnet werden, während allerdings die Ausführung derselben nach den Bestimmungen des kantonalen Rechts durchzuführen ist. Welcher Modus nun der geeignete sei, ist derart Sache des richterlichen Ermessens, daß eine Abänderung des von den Vorinstanzen vorgeschriebenen Verfahrens nicht zweckmäßig erscheint. Das vorinstanzliche Urteil ist daher auch in diesem Punkte zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufungen beider Parteien werden abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 28. November 1902 in allen Teilen bestätigt.