

fait, de 1893 à 1897, encaisser les primes à domicile et dès 1897 ils ont à l'échéance envoyé aux débiteurs un avis; les primes sont donc, de fait, devenues « quérables ». Il n'est pas douteux que la recourante avait, de par le contrat, le droit d'exiger que les primes fussent payées chez ses agents; mais elle n'a pas fait usage de ce droit; elle a constamment admis une pratique contraire. Il est indiscutable que la compagnie conservait le droit de faire retour à la règle posée par le contrat et d'exiger une exécution stricte de l'art. 2, al. 3; mais il serait contraire à tout principe de bonne foi d'admettre que ce changement pût être fait brusquement, sans avis préalable. Une pratique de plusieurs années prouve une convention tacite qui ne peut être annulée que moyennant avertissement. La compagnie ne peut donc pas prétendre que le demandeur aurait dû payer spontanément les primes, puisque celui-ci a établi que depuis 1893 elles étaient en pratique devenues quérables.

5. — Le demandeur ayant pris la place de Jean Guillet, c'est à lui que la compagnie aurait dû adresser la lettre recommandée, qui, suivant l'art. 3, al. 2 de la police, doit précéder la résiliation du contrat. Cette lettre ne lui a pas été adressée, le délai de grâce prévu ne lui a pas été imparti; le contrat n'a donc pas été résilié de plein droit.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours interjeté par la Compagnie du « Phénix » contre le jugement du Tribunal Cantonal de Neuchâtel, du 3 février 1904, est repoussé comme mal fondé.

58. Urteil vom 17. September 1904
in Sachen **Mathaei und Genossen**, Kl. u. Haupt-Ber.-Kl., gegen
Sandauer, Befl. u. Anschl.-Ber.-Kl.

Prozess über Ausschliessung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft und Auseinandersetzung der Gesellschafter; abgesondertes Urteil über die Ausschliessung. Zulässigkeit der Berufung: Haupturteil, Art. 58 OG? — Unzulässigkeit der Berufung gegen Motive. Form der Berufungsbegehren, Unzulässigkeit neuer Begehren, Art. 80 OG. — Kommanditgesellschaft. Klage der Komplementäre auf Ausschluss des Kommanditars aus der Gesellschaft wegen Vertrauensmissbrauchs. Art. 547, 576, 611 OR. — Natur des die Ausschliessung aussprechenden Urteils.

A. Durch Urteil vom 11. März 1904 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

Die Klage auf Auflösung des Gesellschaftsvertrages wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

Es sei die Berufung gutzuheissen, das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und zu erkennen:

1. Der Beklagte ist aus der Firma Mathaei & Cie. inarau auszuschliessen per 1. Oktober 1903; eventuell per 10. (13.) November 1903; eventuell 11. März 1904; eventuell einen vom Bundesgericht zu bestimmenden Termin.

2. Der Beklagte ist prinzipiell verpflichtet, den Klägern denjenigen Schaden zu ersetzen, der durch die zufolge seines Verschuldens entstandene Auflösung des Gesellschaftsvertrages und sonst durch sein Verschulden entstanden ist.

3. Die Rückzahlung des Gesellschaftsanteils des Beklagten an denselben hat nach Abzug seiner Schuld an die Kläger in denjenigen Raten und in dem Tempo stattzufinden, den das Bundesgericht, eventuell der über die Höhe des Schadens erkennende Richter für angemessen hält.

C. Der Beklagte hat sich der Berufung rechtzeitig und in gesetzlicher Form angeschlossen und die Anträge gestellt:

Es sei die Anschlußberufung zu schützen und zu erkennen:

1. Das Rechtsverhältnis des Beklagten bei den von ihm besorgten Warenlieferungen war nicht dasjenige des Einkaufskommissionärs oder Einkaufsmandatars der Firma, sondern das Verhältnis des freien Verkäufers. Es hat demzufolge der Beklagte durch die Berechnung marktgängiger Preise nicht inkorrekt gehandelt und es werden die vorinstanzlichen Erwägungen 1—6 und 7 bis zu den Worten „eine andere Frage“ aufgehoben.

2. Die Klage wird auch abgewiesen, soweit mit derselben Rückzahlung angeblich zu viel bezahlter Fakturabeträge gefordert wird.

D. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien je auf Gutheißung der eigenen und Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Juni 1902 gründeten die Kläger G. Mathaei und Luchs als unbeschränkt haftende Gesellschafter mit dem Beklagten Landauer als Kommanditär eine Kommanditgesellschaft zum Betriebe von Warenhäusern unter der Firma G. Mathaei & Cie. Die Einlage des Mathaei betrug 10,000 Fr., diejenige des Luchs wie auch die Kommandite des Beklagten 20,000 Fr. Das Vertragsverhältnis mit dem Beklagten sollte bis 31. Dezember 1908 dauern. Außer der Verzinsung seiner Kommandite mit 5 % und einem Drittel Anteil am Reingewinn wurde dem Beklagten ein monatlicher Bezug von 200 Fr. und ein fester, von Jahr zu Jahr (von 2400 Fr. im ersten bis 6000 Fr. im fünften und sechsten Jahr) steigender Jahresbezug zugesichert, ferner auf den Zeitpunkt seines Austrittes eine Entschädigung im Betrag eines Sechstels des dem Beklagten während der Vertragsdauer gutgeschriebenen Reingewinns. Der Kläger Mathaei sollte berechtigt sein, für seinen Privatgebrauch in den ersten drei Jahren eine Summe von je 3500 Fr. und für den Rest der Vertragsdauer eine solche von je 6000 Fr. per Jahr zu beziehen. Art. 7 des Vertrages bestimmte: „Herr Landauer oder dessen rechtl. Vertreter „ist berechtigt, vom ganzen Geschäftsbetrieb Einsicht zu nehmen „und zwar durch Prüfung der Ware, der Bücher und der Kassa. „— Er hat das Recht, bei Einkäufen und allen Dispositionen „irgendwelcher Art teilzunehmen, darf aber für die Firma keine

„Verpflichtungen eingehen. Es steht Herrn Landauer frei, Bureau- „arbeiten oder andere seinen Branchekenntnissen entsprechende Ar- „beiten unter Vergütung der Spesen für die Firma zu besorgen „oder besorgen zu lassen. Eine prinzipielle Verpflichtung hiefür „übernimmt Herr Landauer jedoch nicht.“ Nachdem die Gesellschaft G. Mathaei & Cie. sich in Aarau etabliert hatte — eine Errichtung von Filialen erfolgte in Chur und Thun —, verschaffte sie sich in der Zeit vom 17. September 1902 bis 15. Juli 1903 durch den Beklagten in einer Mehrzahl von Lieferungen Kaffee, Thee, Kakao, Schokolade, Zucker, Reis, Teigwaren und Weihnachtsterzen. Im Mai 1903 verlangte der Beklagte zunächst für am Ende des Monats fällige Fakturabeträge von zusammen 2525 Fr. 80 Cts. eine Provision von 2 % gegen ratenweise Prolongation der genannten Summe per Juni und Juli 1903; diese Provision wurde ihm zugestanden. Mit Brief vom 14. Juli 1903 begehrte er die gleiche „Einkaufsprovision“ von 2 %, „ausgenommen auf Zucker nur 1/2 %“, auf seinen sämtlichen Lieferungen, indem er beifügte, er bezahle alle Bezüge für die Gesellschaft sofort bar, so daß ihm ein Zinsverlust entstehe, den er nicht tragen könne. Die Gesellschaft lehnte dies mit Brief vom 17. gl. Mts. ab, indem sie bemerkte, daß sie in diesem Falle der durch den Einkauf des Beklagten erlangten Vorteile verlustig ginge, ganz abgesehen davon, daß sie schon durch die Kassaregulierungen ganz erhebliche Zinsverluste habe; der Beklagte möge ihr daher mitteilen, ob er den Einkauf für sie „weiter, ohne Provision, zu Originalfakturen, Preisen und Skonto“, besorgen wolle, andernfalls sie gezwungen wäre, ihre Einkäufe direkt zu machen. In seiner Antwort vom 18. gl. Mts., in der er auf seinem Begehren beharrte, bemerkte der Beklagte: „Daß Sie eine „Firma, die ohne Provision zu Originalfakturen, Preisen und „Skonto die Einkäufe besorgen, finden, ist nicht schwer, daß Sie „aber die genannten Artikel, nachdem Sie die Branche nicht „kennen, vorteilhafter als durch meine Vermittlung einkaufen, „muß ich dahingestellt sein lassen. — Es ist überhaupt eine „eigentümliche Zumutung von Ihnen, daß ich für Sie pour la „gloire arbeiten soll.“ Und am 15. August 1903 schrieb der Beklagte: „Nachdem Sie mir bis auf den Betrag von 2525 Fr.

„35 Cts 2 % vergüten, behalte mir vor, Ihnen über sämtliche Warenlieferungen noch Abrechnung zu erteilen, d. h. Sie auf „die Warenumsatzsumme mit 2 % zu belasten.“ Da die Gesellschaft auf der Ablehnung der Provision beharrte, weigerte sich der Beklagte, weitere Lieferungen für sie zu besorgen, und die Kläger setzten sich daher mit den bisherigen Lieferanten, deren Adressen sie von Anfang an kannten, in Verbindung. Die Gesamtbeträge der Lieferungen beliefen sich bis dahin (September 1902 bis Juli 1903) auf 12,141 Fr. 61 Cts.; es ergab sich nun, daß der Beklagte — wie von ihm zugestanden ist — auf den Lieferungen jeweils erhebliche Zuschläge gemacht hatte, indem die Originalpreise nur den Betrag von 10,655 Fr. 11 Cts. ausgemacht hätten, so daß der Beklagte einen Zwischengewinn von 1486 Fr. 50 Cts. bezogen hatte. Infolgedessen und aus andern, hier nicht erheblichen Gründen kam es zum Bruch zwischen den Komplementären Mathaei und Luchs einerseits, dem Kommanditär Landauer andererseits, und im November 1903 leiteten die Kläger — die beiden Komplementäre und die Gesellschaft — Klage ein mit den Streitfragen:

1) Ist das zwischen den Parteien bestehende Gesellschaftsverhältnis per 1. Oktober 1903, eventuell auf welchen späteren Termin aufzulösen und der Beklagte aus der Gesellschaft auszuscheiden?

2) Muß der Beklagte an die Kläger die Summe von 5000 Fr. bezahlen?

3) Wie hat die Rückzahlung des Kapitalanteiles des Beklagten seitens der Kläger zu erfolgen?

Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an. Vor Handelsgericht einigten sich dann die Parteien dahin, „daß zur Vereinfachung des Verfahrens im Prozesse zunächst nur über die grundsätzliche Frage des Ausschlusses des Beklagten aus der „Societät entschieden werden solle, über die ökonomische Auseinanderlegung der Parteien dagegen erst nach Rechtskraft des Urteils über jene erste Frage, immerhin in der Meinung, daß „der Prozeß auch bezüglich der ökonomischen Auseinanderlegung „vom Handelsgericht an der Hand behalten und von ihm später „ohne Neuanhängigmachung des Streites behandelt werde“. In-

folgedessen hat das Handelsgericht beschlossen, das Rechtsbegehren 2 abzutrennen und den Prozeß hierüber einem besondern Verfahren vorzubehalten.

2. Zur Begründung des danach einzig in Frage stehenden Ausschlussbegehrens haben die Kläger den Vertrauensmißbrauch geltend gemacht, den sich der Beklagte bei der Besorgung der Einkäufe habe zu schulden kommen lassen; denn der Beklagte habe nur in der Stellung als Einkaufskommissionär gehandelt und sei nicht berechtigt gewesen, der Gesellschaft etwas anderes als die Originalpreise zu verrechnen. Demgegenüber nimmt der Beklagte in erster Linie den Standpunkt ein, er sei bei seinen Lieferungen an die Firma freier Verkäufer (Eigenhändler) gewesen und habe sich auch stets als solchen zu erkennen gegeben. Im weiteren macht er geltend, in der Verrechnung der Gewinne liege, auch wenn sie unzulässig sein sollte, ihm, als Kommanditär, gegenüber kein Ausschlussgrund, da hierin kein „wichtiger Grund“ zu erblicken sei, d. h. ein solcher Tatbestand, der die Erreichung des Gesellschaftszweckes verunmögliche oder erheblich erschwere oder gefährde. Er hat dabei die verbindliche Erklärung abgegeben, von seinem vertraglichen Recht zur Mitwirkung bei den Einkäufen und Dispositionen der Kläger und zur Besorgung von Bureauarbeiten und andern seinen Branche-Kenntnissen entsprechenden Arbeiten gemäß Art. 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages keinen Gebrauch mehr zu machen, also darauf zu verzichten. Ganz eventuell hat er beantragt, der Ausschluss sei frühestens auf den Zeitpunkt des rechtskräftigen Urteils auszusprechen.

3. Die Vorinstanz ist zu ihrem eingangs mitgeteilten, nach dem in Erwägung 1 i. f. gesagten nur über Rechtsbegehren 1 und 3 der Klage erkennenden Urteile gelangt mit der Begründung: Der Beklagte sei Einkaufskommissionär und als solcher nicht zum Bezüge eines Zwischengewinnes berechtigt gewesen; in seinem Verhalten liege „eine höchst unehrenhafte Handlungsweise“, eine Übervorteilung der Komplementäre durch fortgesetzte Täuschung und Hintergehung, die um so verwerflicher erscheine, als der Vertrag für den Beklagten ohnedies überaus günstig gewesen sei und die Komplementäre ihm durch die Gestattung seines fakultativen Mitwirkens bei den Gesellschaftsoperationen mit Rat und Tat

noch eine besondere Vertrauensstellung eingeräumt hätten, die er durch jene Täuschung in der größten Weise mißbraucht habe. Allein ein Ausschließungsgrund im Sinne der Art. 572, 547 und 576 (in Verbindung mit Art. 611) OR liege hierin dem Beklagten als Kommanditär gegenüber doch nicht: Die Erreichung des Gesellschaftszweckes leide nämlich hierunter nicht. Denn die Stellung des Kommanditärs erschöpfe sich in seiner ökonomischen Betätigung der Hingabe der Kommandite; die persönlichen Beziehungen stehen nicht in Frage. Die ökonomischen Interessen der Kläger werden repariert durch den ihnen vom Beklagten geschuldeten Ersatz des zugefügten Schadens; und da der Beklagte auf seine ihm nach Art. 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages zustehenden Rechte ausdrücklich verzichtet habe, sei auch eine Schädigung für die Zukunft ausgeschlossen. Im übrigen sei zweifellos auch tatsächlich das Verhältnis der Parteien durch den Vertrauensmißbrauch des Beklagten keineswegs so gespannt geworden, daß aus diesem Grunde den Klägern die Fortsetzung des Kommanditvertrages unerträglich wäre; die Kläger wollten vielmehr offenbar den Vertrag, den sie als „wucherisch“ bezeichnen, gern von sich abschütteln; der Ausschuß des Beklagten aus der Gesellschaft dürfe aber natürlich nicht „gewissermaßen als Strafe“ für seinen Vertrauensmißbrauch angeordnet werden.

4. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung fragt es sich in erster Linie, ob das angefochtene Urteil als Haupturteil im Sinne des Art. 58 OR anzusehen sei. Das Bundesgericht hat in feststehender Praxis als Haupturteil nur bezeichnet ein solches Urteil, das endgültig materiell über den ganzen hängig gemachten Rechtsstreit entscheidet, und insbesondere sogenannte Teilurteile oder Vorurteile über einzelne Rechtsbegehren oder über den Grund des Anspruchs ausdrücklich nicht als Haupturteile, gegen die die Berufung zulässig ist, anerkannt (vgl. u. a. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XXIV, 2. Teil, S. 210). Nun hat das Handelsgericht die in einer Klage hängig gemachten Fragen des Ausschlusses des Beklagten und der Rückzahlung seines Gesellschaftsanteils (Rechtsbegehren 1 und 3) einerseits, der Schadenersatzpflicht des Beklagten (Rechtsbegehren 2) anderseits, infolge Verständigung der Parteien getrennt und im angefochtenen Urteil

nur über jene erste Frage entschieden (wobei wegen der Abweisung des Ausschließungsbegehrens das Auseinanderstellungsbegehren dahin fiel), die zweite Frage dagegen in ein besonderes Verfahren verwiesen. Einem solchen Vorgehen der Parteien und des Gerichts steht von Bundesrechtswegen nichts entgegen; für das Handelsgericht, und somit auch für das Bundesgericht, liegen danach zwei gesonderte Verfahren vor, und über die ihrer Beurteilung in diesem Verfahren hienach einzig unterstehende grundsätzliche Frage der Ausschließung des Beklagten hat die Vorinstanz endgültig entschieden, so daß ihr Urteil sich als Haupturteil darstellt. (Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 1900 i. S. Bachmann und Genossen gegen Gerber, Erw. 2, Amtl. Samml., Bd. XXVI, 2. Teil, S. 112.)

5. Ist so die Berufung im allgemeinen zulässig, so kann dagegen auf die Rechtsbegehren 2 und 3 (der Klage) nicht eingetreten werden; denn nach dieser Richtung, über diese Rechtsbegehren, liegt kein Urteil der Vorinstanz vor. Ebenso ist die Anschlußberufung als unzulässig zu verwerfen. Anschlußberufungsbegehren 1 richtet sich nicht gegen ein Dispositiv, sondern gegen Motive, und ist schon aus diesem Grunde unzulässig, da eine Berufung gegen Motive, wie das Bundesgericht schon mehrfach ausgesprochen hat, unstatthaft ist (Urteil vom 19. Juni 1902 i. S. Masse Vallotton contre Banque cantonale vaudoise, Amtl. Samml., Bd. XXVIII, 2. Teil, S. 339; Urteil vom 3. Juni 1904 i. S. Karrer gegen Bircher, Erw. 3*). Im Dispositiv hat der Beklagte obgesiegt, der gegen ihn erhobene Anspruch ist abgewiesen worden, und die Motive, durch die er sich beschwert fühlt, sind allerdings präjudiziell für die in das besondere Verfahren gewiesenen Fragen; allein das genügt zu einer Anfechtung auf dem Wege der Berufung nicht, da eben der eingeklagte Anspruch abgewiesen, der Beklagte somit durch das einzig rechtskräftige Dispositiv des angefochtenen Urteils nicht beschwert ist. Der Anschlußberufungsantrag Art. 1 des Beklagten enthält demgemäß auch ein unzulässiges Begehren, unzulässig deshalb, weil nicht ein materieller Antrag in der Sache selbst (vgl. Amtl. Samml.,

* Oben S. 306 f.

Bd. XXVIII, 2. Teil, S. 179 f. und S. 391) gestellt ist. Anschlußberufungsbegehren 2 sodann führt eine neue, erst vor Bundesgericht gestellte Widerklage ein, und es ist auf dieses Begehren schon aus diesem Grunde (Art. 80 OGG) und ferner, weil die Frage der Rückzahlung der Fakturabeträge von der Vorinstanz in ein besonderes Verfahren verwiesen worden ist, nicht einzutreten.

6. In der Sache selbst unterstehen nach dem Gesagten der Entscheidung des Bundesgerichts zwei Fragen: Die Frage, ob der Beklagte sich eines Vertrauensmißbrauchs gegenüber den Klägern schuldig gemacht habe, und die weitere, ob, wenn das der Fall ist, dieser Umstand einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft durch Ausschließung des Beklagten, gemäß Art. 547 und 576 in Verbindung mit Art. 611 OR, bilde.

7. Die Beantwortung der ersten Frage hängt davon ab, ob der Beklagte verpflichtet war, die Gesellschaft bei Besorgung der Wareneinkäufe mit keinen höhern Preisen als den von ihm ausgelegten zu belasten, also auf den Warenlieferungen keinen Gewinn zu machen. Ob diese Pflicht im Gesellschaftsvertrage oder in einem danebenhergehenden Kommissions- oder Auftragsverhältnis begründet war, und ob der Beklagte die Stellung eines Einkaufskommissionärs oder diejenige eines Selbstverkäufers (Eigenhändlers), aber mit der Verpflichtung, an die Gesellschaft zu Originalpreisen abzugeben, hatte, ist gleichgültig; maßgebend bleibt einzig, ob der Beklagte verpflichtet war, keinen eigenen Gewinn auf den Waren zu machen; die von den Parteien besonders diskutierte Frage: ob Einkaufskommissionär oder Eigenhändler, ist daher für sich allein noch nicht von ausschlaggebender Bedeutung, indem auch im letztern Falle eine Verpflichtung des Beklagten, nur zu Originalpreisen zu liefern, denkbar wäre. Wenn nun die Vorinstanz die Stellung des Beklagten als diejenige eines Einkaufsmandatars auffaßt, so liegt darin keine Feststellung einer Tatsache, sondern ein rechtlicher Schluß aus Tatsachen — Wortlaut des Vertrages, Korrespondenz zwischen den Parteien über Art und Weise der Ausführung der einzelnen Warenlieferungen —, die rechtliche Würdigung von Tatsachen, so daß also das Bundesgericht nicht an die Auffassung der Vorinstanz gebunden ist. Im einzelnen

nun hat die Vorinstanz die genannten, ausschlaggebenden Tatsachen so eingehend gewürdigt, daß ihrer Auffassung unbedenklich beizutreten und daher davon auszugehen ist, daß beide Parteien eine Pflicht des Beklagten, auf den der Gesellschaft zu liefernden Waren keinen Gewinn zu machen, als vereinbart betrachtet haben. Mit Recht findet die Vorinstanz schon in Art. 7 Abs. 2 in Bestätigung der Auffassung der Kläger die Vereinbarung, daß der Beklagte bei der Geschäftsbesorgung nur seine Speesen verrechnen durfte; und daß nun bei dieser Vertragsbestimmung speziell auch an den Einkauf von Kolonialwaren, worin der Beklagte Branchenkenntnisse besitzt, gedacht wurde, darf mit der Vorinstanz unbedenklich angenommen werden. Und als durchschlagend sind, wiederum mit der Vorinstanz, die Briefe des Beklagten vom 14. und 18. Juli und 15. August 1903 anzusehen, worin der Beklagte Provision verlangte, indem er nicht « pour la gloire » der Kläger arbeiten wolle, in Verbindung mit den Erklärungen und dem Verhalten der Kläger. Für alles nähere, besonders auch für die Zurückweisung der vom Beklagten gestützt auf die der Gesellschaft gestellten Fakturen und auf einzelne Ausdrücke, die sich in der Korrespondenz finden, vorgebrachten Einreden darf hier auf das eingehend begründete Urteil der Vorinstanz verwiesen werden. Ist so eine Pflicht des Beklagten, der Gesellschaft nicht anders als zu Originalpreisen zu liefern und auf der Besorgung der Einkäufe keinen Gewinn zu machen, als festgestellt zu erachten und die Verletzung dieser Pflicht durch den Beklagten — diese Pflicht vorausgesetzt — zugestanden, so fragt es sich nur noch, ob die Kläger diese Verletzung kannten oder kennen mußten. Hierfür liegt nun nichts weiteres vor, als daß die Kläger die Namen der Lieferanten kannten. Der Beklagte ist der Ansicht, es hätte den Klägern freigestanden, sich über die Originalpreise bei den Lieferanten direkt zu erkundigen. Allein sie hatten keine Veranlassung, in die Angaben ihres Kommanditärs Mißtrauen zu setzen oder an dessen Wahrheitsliebe zu zweifeln; das Unterlassen der Erkundigung bei den Lieferanten ist daher bedeutungslos.

8. Ist so das Verhalten des Beklagten mit der Vorinstanz als fortgesetzte Täuschung der Kläger und als fortgesetzter Vertrauensmißbrauch zu bezeichnen, so ist über die weitere Frage, ob dieses

Verhalten einen wichtigen Grund zur Ausschließung des Beklagten, als Kommanditars, aus der Gesellschaft bilde, zu bemerken: Zunächst ist unerheblich, ob im Vertrauensmißbrauch des Beklagten eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages oder eines nebenhergehenden Mandates oder irgend eine sonstige erhebliche Pflichten- oder Rechtsverletzung liege; ein wichtiger Grund, der zur Auflösungsklage berechtigt, liegt jedesmal dann vor, wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht oder nicht mehr vorhanden sind, so daß die Erreichung des Gesellschaftszweckes in der bei Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich oder wesentlich erschwert oder gefährdet wird. Als wichtigen Grund hat das Bundesgericht insbesondere angesehen die Vertragsverletzung oder Pflichtuntreue eines Gesellschafters, und als Ausschließungsgrund u. a. bezeichnet ein derart feindseliges oder unverträgliches Verhältnis der Gesellschafter zu einander, daß an ein gedeihliches Zusammenwirken derselben nicht mehr gedacht werden kann. (Urteil vom 19. März 1898 i. S. Senglet gegen Mühlethaler, Erw. 4, Aml. Samml., Bd. XXIV, 1. Teil, S. 202.) Liegt der Lösungsgrund vorzugsweise in der Person eines Gesellschafters, so steht gemäß Art. 576 OR den übrigen Gesellschaftern die Klage auf Ausschließung dieses Gesellschafters zu; und zwar gilt dies bei der Kommanditgesellschaft (vergl. Art. 611 OR) ganz gleich gegenüber dem Kommanditär wie gegenüber den Komplementären, wie denn auch umgekehrt der Anspruch auf Ausschließung eines Gesellschafters (Komplementärs oder Kommanditars) dem Kommanditär in ganz gleicher Weise zusteht wie den Komplementären. Auch die Vorinstanz geht denn auch von diesen Grundsätzen aus; wenn sie aber im weiteren zu einer Unterscheidung zwischen der Stellung des unbeschränkt haftenden Gesellschafters und derjenigen des Kommanditars gelangt, so kann ihr in diesem entscheidenden Punkte nicht beigetreten werden. Zwar ist der vom Beklagten rechtsverbindlich erklärte Verzicht auf die ihm durch Art. 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages eingeräumten Rechte der Mitwirkung bei den Einkäufen und Dispositionen zu berücksichtigen, obschon er erst im Laufe des Prozesses erklärt worden ist; denn es steht nichts entgegen,

daß ein bei Beginn des Prozesses auf Ausschließung eines Gesellschafters oder auf Auflösung der Gesellschaft vorhandener Ausschließungs- oder Lösungsgrund im Laufe des Prozesses durch Parteierklärungen beseitigt werde. Allein dieser Verzicht ist für die Stellung des Beklagten und die Frage, ob gegen ihn ein Ausschließungsgrund vorliege, nicht in der Weise entscheidend, wie die Vorinstanz annimmt; es ist vielmehr zu prüfen, ob neben dem dem Beklagten durch Art. 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages eingeräumten Rechten seine Stellung eine derartige ist, daß sein Vertrauensmißbrauch als wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft durch seine Ausschließung anzusehen ist. Die Vorinstanz irrt darin, daß sie dies verneint und die Stellung des Kommanditars lediglich als diejenige eines Darlehensgläubigers auffaßt. Diese Auffassung entspricht weder dem Gesetze noch dem besondern Gesellschaftsvertrage, auch abgesehen von dem, nach dem Gesagten nicht mehr zu berücksichtigenden Art. 7 Abs. 2 dieses letztern. Der Kommanditär ist Gesellschafter, und hat als solcher Rechte und Pflichten gleich einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter (vergl. den allgemeinen Hinweis in Art. 594 Abs. 2 OR), mit Ausnahme des Rechtes und der Pflicht zur Geschäftsführung und des Rechtes des Widerspruchs gegen diese (Art. 595 Abs. 2 und 3 OR). Wie auf den unbeschränkt haftenden Gesellschafter findet auch auf ihn das Konkurrenzverbot (Art. 536 und 558 OR) Anwendung; er hat das Recht der Mitwirkung bei der Aufnahme des Inventars und der Aufstellung der Bilanz, ferner das Recht auf Einsicht der Bücher, das ihm durch Art. 7 Abs. 1 des vorliegenden Gesellschaftsvertrages noch besonders und ausdrücklich eingeräumt ist; er hat namentlich, gemäß Art. 535 OR, das gesetzliche Recht der Einwilligung zur Bestellung von Generalbevollmächtigten für die Vornahme von Rechtshandlungen, welche über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen. Alle diese Bestimmungen zeigen, daß sich die Stellung des Kommanditars nicht, wie die Vorinstanz annimmt, in seinen ökonomischen Beziehungen zur Gesellschaft — der Einlage der Kommandite, dem Rechte zum Bezug von Gewinnanteilen, Zinsen, etc. — erschöpft, daß vielmehr die persönlichen Beziehungen auch im Verhältnis des Kommanditars zu den übrigen

Gesellschaftern von wesentlicher Bedeutung sind, und insbesondere das persönliche Moment des Vertrauens, das dem Gesellschaftsvertrage immanent ist, auch im Verhältnisse zum Kommanditär eine wesentliche Voraussetzung des Gesellschaftsvertrages bildet. Auch der Umstand, daß dem Kommanditär die Klage auf Ausschließung eines Komplementärs bei Vertrauensmißbrauch eines solchen unbeschränkt zusteht, muß dazu führen, ihm gegenüber dieses Recht ebenfalls den Komplementären einzuräumen. Eine Erschütterung des Vertrauens nun, die durch eine derartige fortgesetzte Täuschung der Mitgesellschafter, wie der Beklagte sie sich hat zu schulden kommen lassen, herbeigeführt worden ist, muß aller Regel nach die Erreichung des Gesellschaftszweckes derart gefährden, daß sie als wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft anzusehen ist; ein gedeihliches Zusammenwirken der Gesellschafter, wie es zur Erreichung des Gesellschaftszweckes notwendig und wesentliche Voraussetzung des Gesellschaftsvertrages ist, ist in einem solchen Falle normalerweise nicht mehr möglich, und dieser Tatbestand erfüllt das Erfordernis eines „wichtigen Grundes“ im Sinne der Art. 547 und 576 OR. Der Umstand, daß der der Gesellschaft vom Beklagten zugefügte Schaden repariert werden kann, schließt das Vorhandensein eines Auflösungsgrundes keineswegs aus. Und wenn die Vorinstanz bemerkt, auch tatsächlich sei das Verhältnis zwischen den Parteien „zweifelloso“ durch den Vertrauensmißbrauch des Beklagten keineswegs so gespannt geworden, daß aus diesem Grunde den Klägern die Fortsetzung des Kommanditvertrages unerträglich wäre, — so liegt in dieser Ausführung, soweit sie rein tatsächlicher Natur ist, wohl eine zu vage Bemerkung, als daß sie als tatsächliche Feststellung das Bundesgericht binden könnte, abgesehen davon, daß ein sehr gespanntes Verhältnis doch aus der Korrespondenz ersichtlich ist; und im weitern enthält jene Ausführung eine rechtliche Würdigung von Tatsachen, in deren Überprüfung das Bundesgericht frei ist. Daß der Ausschuß eines Gesellschafters nicht „gewissermaßen als Strafe“ angeordnet werden darf, ist sicherlich richtig, fällt aber hier eben außer Betracht, wie denn auch wohl die Vorinstanz zur Gutheißung des Ausschließungsbegehrens gelangt wäre, wenn die Klage sich gegen einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter (oder,

in der Kollektivgesellschaft, einen Kollektivgesellschaftler) richten würde.

9. Erscheint so das Auflösungs- und Ausschließungsbegehren begründet, so kann dagegen als Zeitpunkt der Auflösung, wie der Beklagte ganz eventuell mit Recht geltend gemacht hat, kein anderer festgesetzt werden als derjenige des rechtskräftigen Urteils, also (gemäß Art. 65 Abs. 1 und Art. 101 OG) der heutige Tag. Denn das Urteil, das die Auflösungs- oder, im speziellen Falle des Art. 576 OR, Ausschließungsklage zuläßt, wirkt konstitutiv, nicht deklarativ, es spricht die Auflösung aus; die Parteien haben im Falle des Art. 547 (und 576) OR nicht ein Recht auf Feststellung der Auflösung der Gesellschaft, wie es bei den die Gesellschaft ohne weiteres auflösenden Auflösungsgründen des Art. 545 OR denkbar ist, sondern einen Anspruch, beim Richter die Auflösung zu beantragen.

10. Die Folge der Auflösung der Gesellschaft ist die, daß nunmehr die Vorinstanz in dem von ihr angeordneten besondern Verfahren über die ökonomische Auseinandersetzung der Gesellschafter (Klagebegehren 2 und 3) zu entscheiden haben wird.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Auf die Anschlußberufung sowie auf Begehren 2 und 3 der Hauptberufung wird nicht eingetreten.

2. Das erste Begehren der Hauptberufung wird in der Hauptsache gutgeheißen und demgemäß, in Aufhebung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 11. März 1904, das zwischen den Parteien laut Vertrag vom Juni 1902 bestehende Gesellschaftsverhältnis als auf den heutigen Tag durch Ausschließung des Beklagten aufgelöst erklärt.