

escludersi, la quale liberalità poi non sarebbe inconciliabile in modo assoluto neanche con la circostanza che il pagamento avvenne in istanza di esecuzione. Esso non ha poi neppure asserito che il diritto ticinese non ammettesse tale responsabilità del rappresentante legale ed ha così dispensato il giudice cantonale e, a fortiori, questa sede, dall'esaminare questo quesito, di modo che, anche qui, la mancanza di base giuridica al versamento fatto dall'attore non fu provata.

4° — La domanda concernente la provvigione dal giudice cantonale ammessa per l'importo di fr. 77 è da respingersi nella sua totalità, anche prescindendo dalla considerazione che su questo punto all'attore Gottlieb Hubschmid potrebbe far difetto la veste attiva. A ragione infatti l'istanza cantonale ha accertato che manca ogni giustificazione delle pretese vendite per l'ammontare di fr. 18 203 54, constatazione questa conforme alle risultanze della causa. Quanto poi all'importo di fr. 77, non è ammissibile derivarlo dalla lettera della convenuta 19 maggio 1910, comechè questa lettera null'altro è che una proposta di bonale accordo, la quale, non accettata, cade in toto e quindi anche per quanto ha tratto al preteso riconoscimento di fr. 77; —

il Tribunale federale pronuncia:

L'appellazione adesiva è respinta, ammessa invece la principale: in riforma della sentenza 19 giugno 1913 del Tribunale di Appello del cantone Ticino vien quindi respinta la domanda petizionale 1° agosto 1911.

125. **Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Dezember 1913**
in Sachen **G. Roth & Cie. in Stg.,** Bekl. u. Ber.-Kl.,
gegen **Veltmann, Kl. u. Ber.-Bekl.**

Berufungsverfahren. Nachprüfung der Parteifähigkeit (Erw. 2). Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Der Auflösungsbeschluss kann das Leben der Gesellschaft nur dann vernichten, wenn auf den Zeitpunkt der Auflösung auch ihre Rechtsbeziehungen zu Dritten erloschen sind. Geschäftsübernahme ohne Zustimmung des Gläubigers befreit die Gesellschaft nicht (Erw. 3 u. 4).

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Mit Urteil vom 3. September 1913 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

„Die Beklagte wird verpflichtet, an den Kläger je 125 Fr. als Zins per 1. Oktober 1910, 1. Januar 1911 und 1. April 1911 und 10,000 Fr. per 1. April 1911, und einen Gewinnanteil in der Höhe von 10 % des erzielten Nettogeschäftsgewinnes des Geschäftsjahres 1910 per 30. April 1911, nebst 5 % Zins seit den Fälligkeitsdaten zu bezahlen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Aufhebung und Abweisung der Klage in vollem Umfange.

C. — Die Beklagte hat sich an der heutigen Verhandlung nicht vertreten lassen; der Vertreter des Klägers hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt; —

in Erwägung:

1. — Am 18. Juni 1909 schloß der Kläger mit der Kommanditgesellschaft G. Roth & Cie., bestehend aus Ingenieur G. Roth als unbeschränkt haftendem Gesellschafter und E. Ebinger als Kommanditär, folgenden „Darlehensvertrag“ ab:

„1. Dr. Veltmann stellt genannter Firma ein Kapital von 10,000 Fr. als Darlehen zur Verfügung.

„2. Die Firma zahlt an Dr. Veltmann in vierteljährlicher Abrechnung 5 % Zinsen p. a. von obigem Darlehen und vergütet

„außerdem zum Schluß jeden Geschäftsjahres, erstmals ultimo März 1910, einen Gewinnanteil in Höhe von 10 % des erzielten effektiven Netto-Geschäftsgewinnes der Firma. Die Zahlung des Gewinnanteiles hat bis zum 30. April jedes Jahres zu erfolgen.

„3. Das Kapital ist zum Schluß jeden Geschäftsjahres nach vorhergegangener Kündigung kündbar, jedoch verzichtet die Firma in den ersten drei Geschäftsjahren auf die Kündigung. Dr. Weltmann verpflichtet sich, der Firma das Kapital auf Verlangen in den ersten drei Geschäftsjahren zu belassen, sofern der 10prozentige Gewinnanteil mindestens eintausend Franken pro Jahr beträgt und keine wichtigen Änderungen im Geschäft der Firma G. Roth & Cie. eintreten, durch die die gegenwärtige Sicherheit des Kapitals vermindert wird. . . .“

Der Kläger bezahlte den Kapitalbetrag ein; die Zinsen vom 1. Juli 1909 bis 31. März 1910 wurden ihm von der Firma gutgeschrieben; der Gewinn für das mit Ende März 1910 ablaufende Geschäftsjahr wurde gemäß Vertrag ausgewiesen und der Gewinnanteil des Klägers reguliert. Für den am 1. Juli 1910 verfallenen Zins ließ sich die Firma betreiben; der Rechtsvorschlag wurde durch provisorische Rechtsöffnung beseitigt; die Firma erhob keine Überkenntungsklage. Auf das Konkursbegehren hin bezahlte Roth den geschuldeten Betrag, mit der Begründung: er wolle, da sein Name noch in der Firma figuriere, dem Konkurse vorbeugen; er anerkenne aber damit keine Schuldpflicht. Am 7. März 1910 hatte nämlich Roth mit Ebinger einen Vertrag abgeschlossen, wodurch Ebinger das Patentbureau mit Aktiven und Passiven und zum Gesamtpreis von 30,000 Fr. auf den 1. April 1910 übernahm. Als Aktiven wurden bezeichnet alle Außenstände, die binnen 9 Monaten nach Übernahme des Geschäfts einbringlich seien. Das im Kaufpreis inbegriffene Guthaben des Klägers von 10,000 Fr. sollte an Ebinger übertragen werden „laut einem zwischen Dr. Weltmann und Ebinger zu vereinbarenden Separatvertrag, d. h. auf Grund des zwischen G. Roth & Cie. und Dr. Weltmann bestehenden „Vertrages“. Ebinger hatte das Recht, die Firma bis zum 30. Juni 1910 unter dem bisherigen Namen weiterzuführen. Es ergaben sich bald Meinungsdivergenzen, indem Ebinger behauptete, er sei von Roth durch unwahre Angaben zum Vertragsabschluss verleitet

worden. Er erhob deshalb Klage auf Ungültigerklärung des Vertrages.

Am 8. September 1910 kündete der Kläger der Beklagten das Darlehen auf spätestens 1. April 1911. Die Beklagte bestritt ihre Schuldpflicht. Darauf erhob der Kläger am 16. November 1910 die vorliegende Klage. Das Bezirksgericht Zürich schützte sie in vollem Umfange, ebenso das Obergericht. Inzwischen, d. h. am 26. Juni 1911, war die Firma G. Roth & Cie. im Handelsregister gestrichen worden. Ebinger fiel nachträglich in Konkurs.

2. — Mit der Vorinstanz ist vorerst die Frage zu entscheiden, ob die Kommanditgesellschaft G. Roth & Cie. zur Zeit der Klageanhebung rechtlich noch existierte. Bestand sie nicht mehr zu Recht, so fehlte ihr mit der Existenz auch die Parteifähigkeit: sie konnte nicht Subjekt des den Streitgegenstand bildenden materiellen Rechtsverhältnisses sein und es konnte ihr daher auch die Beklagtenrolle im vorliegenden Prozeß nicht zugeschoben werden. Alsdann wären die Zürcher Gerichte zur Beurteilung der Sache örtlich nicht zuständig gewesen, da der unbeschränkt haftende Gesellschafter Roth in Deutschland wohnt. Das ist aber nur eine Wirkung der selbstständig zu entscheidenden Frage der Parteifähigkeit. Wenn der Vertreter des Klägers heute ausgeführt hat, das Bundesgericht sei zur Beurteilung dieser Frage nicht zuständig, so trifft das nicht zu. Der Nachprüfung durch das Bundesgericht entzieht sich wohl die Prozeßfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, überhaupt mit Rechtswirksamkeit prozessualisch zu handeln, nicht aber die Parteifähigkeit (vergl. hierüber Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 121 f., 520 ff.).

3. — Zur Unterstützung ihrer Behauptung, daß die Kommanditgesellschaft G. Roth & Cie. zur Zeit der Klageanhebung nicht mehr bestanden habe, beruft sich die Beklagte auf den Geschäftsübernahmevertrag mit Ebinger. Diesem Vertrag kommt indessen so weitgehende Bedeutung nicht zu. Einmal ist er vom Übernehmer wegen Betrugs angefochten. Allein auch abgesehen hiervon kann Bestand oder Nichtbestand der Gesellschaft von jenem Vertrage nicht abhängen. Nach dem Inhalt des Vertrages selbst war das Geschäft bis 31. Dezember 1910 insoweit auf Rechnung der alten Gesellschaft weiterzuführen, als der Betrag, in dem Ebinger sich Aktiven

der aufgelösten Gesellschaft anrechnen lassen mußte, nach jenem Zeitpunkt — der in die Zeit nach Klageanhebung fällt — zu beurteilen war. Doch ist auch auf dieses Moment, das die Vorinstanz als ausschlaggebend anzusehen scheint, nicht wesentlich abzustellen. Maßgebend ist vielmehr folgende Erwägung: Die Kommanditgesellschaft hat, wenn sie auch nicht juristische Person ist, doch zweifellos eine gewisse Selbständigkeit. Insbesondere kann sie nach Art. 597 OR „unter ihrer Firma vor Gericht klagen und verklagt werden“. Diese Rechtsstellung kann angesichts der Rechte und Interessen Dritter nicht von der Gesellschaft nach Belieben aufgegeben werden. Mit Rücksicht auf die Doppelstellung der Kommanditgesellschaft als Rechtsgebilde, das unter den Gesellschaftern und nach außen wirkt, kann der Auflösungsbeschluß das Leben der Gesellschaft nur dann vernichten, wenn auf den Zeitpunkt der Auflösung auch ihre Rechtsbeziehungen zu Dritten aufgehört haben. Das trifft zu, wenn entweder die Liquidation durchgeführt ist oder aber die Rechtsbeziehungen zu Drittpersonen auf andere Weise (z. B. durch Konkurs oder Aufgehen der Gesellschaft in einem neuen Rechtssubjekt durch Geschäftsübernahme) zum Erlöschen gebracht sind. Die Streichung im Handelsregister spielt dabei keine Rolle; denn sie hat nur deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung. Sie wirkt nur insofern, als nach Ablauf von 6 Monaten seit Bekanntmachung der Streichung eine andere Art der Schuldbetreibung Platz greifen muß (Art. 40 Abs. 1 SchRG; Jaeger, Komm. Anm. 1 zu Art. 40). Bis die Liquidation durchgeführt ist oder die Rechtsverhältnisse zu Dritten auf andere Weise aufgehoben sind, lebt die Gesellschaft als „Gesellschaft in Liq.“ Dritten gegenüber weiter.

Nun wird zwar behauptet, der Vertrag vom 7. März 1910 mit Ebinger habe die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten aufgehoben, indem Ebinger als neues Rechtssubjekt an Stelle der Gesellschaft getreten sei. Dagegen ist zu sagen, daß ein Schuldner nicht ohne Zustimmung des Gläubigers einen andern Schuldner an seine Stelle setzen kann. Das trifft für einen ganzen Vermögenskomplex wie für eine Einzelschuld zu. Die Geschäftsübernahme hat für den Gläubiger nur die Folge, daß er sich neben dem alten auch an den neuen Schuldner halten kann. Diese Zu-

stimmung wird nun von der Beklagten behauptet, vom Kläger dagegen bestritten. Ist die Bestreitung mit Recht erfolgt, so bestand die Gesellschaft G. Roth & Cie. tatsächlich noch zu Recht und ist also parteifähig. Ob der Kläger seine Zustimmung zum Vertrag vom 7. März 1910 gegeben habe, ist aber auch für die Beurteilung der weiteren Frage, ob er die Gesellschaft aus der Schuldpflicht entlassen habe, und damit für das Schicksal der Klage überhaupt ausschlaggebend. M. a. W.: der nämliche negative Tatbestand entscheidet über die Parteifähigkeit der Beklagten und über die materielle Begründetheit der eingeklagten Ansprüche.

4. — Zum Beweis für die Zustimmung des Klägers zur Geschäftsübernahme, in dem Sinne, daß damit die Gesellschaft als Schuldnerin entlassen wurde, hat sich die Beklagte auf gewisse briefliche Äußerungen des Klägers, sowie auf einzelne Zeugenaussagen berufen. Die Vorinstanzen haben den Beweis nicht als erbracht angesehen. Aus den Briefstellen geht zwar hervor, daß der Kläger vom Vertrag zwischen G. Roth & Cie. und Ebinger wenigstens oberflächliche Kenntnis hatte. Allein es findet sich keine Äußerung, aus der geschlossen werden könnte, er entlasse die Gesellschaft aus der Schuldpflicht. Der Kläger scheint sich nicht einmal hinsichtlich der Zinszahlung an Ebinger gehalten zu haben, den er doch als Schuldner neben der Gesellschaft hätte in Anspruch nehmen können, ohne seiner Rechtsstellung etwas zu vergeben. Die Eingabe des Klägers im Konkurs Ebinger lautete bedingt, d. h. für den Fall, daß die Gesellschaft nicht zahlen sollte. Die Zeugen Adler und Isler haben ausgesagt, daß der Kläger den Roth nicht als Schuldner entlassen wollte, und damit stimmt auch die Aussage der Zeugin Frau Müller über das Verhalten Ebingers überein, sowie die Äußerung, die Ebinger selber in seinem letzten Briefe an den Kläger vom 15. Dezember 1912 „an Eidesstatt“ getan hat.

Ergibt sich aus diesen Aussagen der Beweis der Zustimmung nicht, so ist anderseits aus der Zahlung des am 1. Juli 1910 verfallenen Zinses durch Roth, trotz des Vorbehaltes, er anerkenne damit keine Schuldpflicht, eher zu folgern, daß die Zustimmung des Klägers fehlte. Dafür spricht weiter, daß in der Annahme Ebingers als Schuldners ein Verzicht des Klägers auf das Recht läge, den Roth in Zukunft als Schuldner in Anspruch zu nehmen;

nach allgemeinem Rechtsgrundsatz wird aber der Verzicht auf Rechte nicht vermutet. Die Vorinstanz hat also den Tatbestand richtig gewürdigt, wenn sie angenommen hat, es sei zwischen Ebinger und dem Kläger ein Schulübernahmevertrag nicht zustande gekommen. Damit sind Passivlegitimation und Schulspflicht der Beklagten gegeben. Mit Rücksicht auf das begonnene Liquidationsstadium muß das Urteil freilich nicht auf G. Roth & Cie. schlechthin, sondern auf G. Roth & Cie. in Liq. lauten; —

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. September 1913 bestätigt.

126. Arrêt de la 1^{re} section civile du 6 décembre 1913

dans la cause Goudet, dem. et rec., contre Schmidt, déf. et int.

Responsabilité du père pour le dommage causé par son enfant (anc. CO art. 64). — Notion de la surveillance à exercer. Importance des circonstances locales et sociales. Surveillance interne et externe. Faute de la personne lésée.

A. — Le 9 mars 1911, le demandeur et recourant Louis Goudet, propriétaire d'un auto-garage à Fribourg, arrivait en automobile à Romont venant de Châtel-Saint-Denis et se rendant à Fribourg. Il conduisait une voiture Clément-Bayard achetée par lui le mois précédent; il était accompagné de son employé et chauffeur Goetz et d'un sieur Chartron et allait faire une visite au Dr Koller à Romont. Après avoir d'abord dépassé la maison d'habitation de ce dernier, l'automobile est redescendue jusque devant celle-ci; puis elle a stoppé sur la partie non pavée de la route dans le sens de la pente, le moteur n'étant plus en mouvement. Avant d'entrer dans la maison du Dr Koller avec son patron, le chauffeur Goetz a immobilisé la voiture au moyen du frein à main, sans caler les roues et sans placer le levier de vitesse au cran de la marche-arrière.

La rue, à cet endroit, est très large; elle comprend, ainsi

que cela résulte du procès-verbal de vision locale de la Cour d'appel, un trottoir de trois mètres, longeant la maison du Dr Koller, un espace pavé de 5,60 mètres, la chaussée proprement dite de 6,70 mètres, un nouvel espace pavé de 7,60 mètres et enfin un trottoir de 1,40 mètre le long du côté opposé. Lors de l'arrivée de l'automobile, un certain nombre de personnes se trouvaient sur la rue, entre autres quelques dames et trois ou quatre enfants, dont le jeune Henri Schmidt fils du pharmacien Henri Schmidt à Romont, défendeur et intimé. A un moment donné cet enfant s'approcha de la voiture et fit le simulacre de tourner la manivelle de mise en marche du moteur. Une des personnes présentes, Madame Grand, lui ayant dit de ne pas toucher à la voiture, l'enfant passa à gauche et porta la main sur le frein placé en dehors de la caisse, ce qui permit à l'automobile de se mettre en mouvement; le jeune Schmidt chercha à la retenir mais dut lâcher prise au bout de quelques instants. Dans sa course la voiture passa entre les barres du marché au bétail installé sur la place de l'Hôpital et le réverbère situé au bord de la route, puis elle suivit celle-ci et alla s'abîmer contre le mur d'un jardin.

Le demandeur et ses compagnons, avertis par la domestique du Dr Koller, laquelle avait vu les faits d'une fenêtre de l'appartement, ne purent que constater les conséquences de l'accident. Ils remisèrent d'abord l'automobile dans un atelier, la conduisirent ensuite pendant la nuit suivante à Fribourg. Une première expertise ordonnée le lendemain par le Juge de Paix de Romont aboutit à des conclusions qui furent confirmées par une nouvelle expertise qui a eu lieu en cours d'instance et qui a fixé le dommage causé à la voiture à 6825 fr. y compris une somme de 425 fr. représentant l'intérêt à 5 % de la valeur de l'automobile pendant une année.

B. — Par demande-citation du 26 avril 1911, Goudet a assigné Henri Schmidt père devant le Tribunal civil de la Glâne en concluant à ce qu'il fût condamné à lui payer une somme de 10 000 fr. avec intérêts à 5 % dès la première sommation. Le défendeur a conclu à libération en alléguant, d'une part l'existence de défauts à la voiture et la faute du