

24. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. April 1937
i. S. Villinger und Sohn gegen Pfeiffer.

Kaufmännische Kollektivgesellschaft, Art. 552 Abs. 1 OR; Voraussetzung für eine solche ist das Vorliegen eines kaufmännischen Betriebes; dieser ist nur vorhanden, wenn die in Art. 13 HRegVo für die Eintragungspflicht in das Handelsregister aufgestellten Erfordernisse erfüllt sind, also bei den in Art. 13 Schlussabsatz genannten Gewerben ein Umsatz von Fr. 10,000.— und ein Warenlager von Fr. 2000.—, vorhanden ist.

A. — Die Beklagten betreiben unter der im Handelsregister nicht eingetragenen Firma Villinger & Sohn eine Konstruktionswerkstätte. Mit Vertrag vom 8. September 1935 stellte die Firma den Kläger als Schlosser an. Unter dem gleichen Datum gewährte der Kläger der Firma ein zu 4 ½ % verzinsliches Darlehen von Fr. 10,000.—. Dieses sollte für beide Teile bis 1. September 1938 unkündbar sein. Bei vorheriger Auflösung des Dienstverhältnisses aus irgend einem Grunde sollte es dagegen sofort zur Rückzahlung fällig werden.

B. — Zwischen den Parteien entstanden schon nach kurzer Zeit Meinungsverschiedenheiten, die zur Auflösung des Dienstverhältnisses führten. Der Kläger verlangte deshalb die Rückzahlung der Fr. 10,000.—. Da keine Zahlung erfolgte, reichte er Klage ein mit dem Begehren, die Beklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung von Fr. 10,000.— nebst 4 ½ % Zins seit 1. September 1935 zu verpflichten. Er machte geltend, zwischen den Beklagten bestehe eine einfache Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten sie solidarisch haftbar seien.

Die Beklagten beantragten, die Klage sei materiell, eventuell zur Zeit, eventuell angebrachtermassen abzuweisen. Nach ihrer Ansicht besteht zwischen ihnen eine wenn auch nicht im Handelsregister eingetragene Kollektivgesellschaft, die der Kläger vorerst nach Art. 564 Abs. 3 erfolglos belangt haben muss, bevor er gegen die Gesellschafter persönlich vorgehen kann. Ferner bestritten

sie die Fälligkeit der Darlehensschuld. Für den Betrag von Fr. 325.— erhoben sie sodann die Einrede der Verrechnung.

Der Kläger anerkannte die Gegenforderung von Fr. 325.—.

C. — Das Bezirksgericht Affoltern am Albis unterbreitete, unter Berufung auf den Entscheid der Schuldbetreibungskammer des Bundesgerichts in Band 55 III S. 146 ff., die Frage, ob zwischen den Beklagten eine einfache oder eine Kollektivgesellschaft bestehe, dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich zur Entscheidung. Dieses entschied, dass zwar eine Kollektivgesellschaft vorliege, dagegen sei diese nicht eintragungspflichtig, da nach den gemachten Erhebungen der Wert der jährlichen Produktion des von den Beklagten betriebenen Fabrikationsgewerbes nicht Fr. 10,000.— betrage, was nach Art. 13 Schlussabsatz HReg. Vo für die Eintragungspflicht nötig wäre.

Da das Bezirksgericht Zweifel hatte an der Richtigkeit der Ansicht des Handelsregisterführers, dass trotz dem Fehlen der Eintragungspflicht eine Kollektivgesellschaft vorliege, holte es die Meinungsäusserung des eidg. Amtes für das Handelsregister ein. Dieses Amt erklärte unter Hinweis auf die bei Stampa, Sammlung von Entscheiden in Handelsregistersachen, Nr. 130/131, erwähnte Rekurspraxis des Bundesrates, dass keine Kollektivgesellschaft bestehe, wenn zwei oder mehrere Personen zwar unter gemeinsamer Firma tätig sind, ihr Geschäft aber mangels der in Art. 13 HReg.Vo aufgestellten Mindestfordernisse nicht eintragungspflichtig ist; denn dann habe der Betrieb nicht den Charakter eines nach kaufmännischen Grundsätzen geführten Gewerbes.

Auf Grund dieser Meinungsäusserung wies das Bezirksgericht die Einrede der Beklagten aus dem Gesellschaftsrecht ab. Da es den Einwand der mangelnden Fälligkeit des Darlehens ebenfalls als unstichhaltig fand, schützte es die Klage im reduzierten Betrage von Fr. 9675.— nebst 4 ½ % Zins seit 1. September 1935.

D. — Das Obergericht Zürich, vor dem die Beklagten die Einrede der mangelnden Fälligkeit nicht mehr aufrecht erhielten, bestätigte das erstinstanzliche Urteil.

E. — Gegen das obergerichtliche Urteil vom 16. Januar 1937 haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem erneuten Antrag auf Abweisung der Klage.

Der Kläger ersucht um Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Da die Beklagten die Fälligkeit des Darlehens nicht mehr bestreiten, bestimmt sich das Schicksal der Berufung ausschliesslich danach, wie das Gesellschaftsverhältnis der Beklagten rechtlich beschaffen ist, d. h., ob es eine Kollektivgesellschaft oder eine einfache Gesellschaft darstellt.

Der massgebende Art. 552 OR unterscheidet zwischen der kaufmännischen und der nichtkaufmännischen Kollektivgesellschaft. Während die erstere zwar zur Eintragung im Handelsregister verpflichtet ist, aber schon vor dem Eintrag und trotz dem Fehlen eines solchen besteht (Art. 552 Abs. 1 und 2 OR), kommt die nichtkaufmännische Gesellschaft überhaupt erst durch den Eintrag im Handelsregister zur Entstehung (Art. 552 Abs. 3 OR). Da im vorliegenden Fall die Beklagten nicht im Handelsregister eingetragen sind — sie haben sich gegenteils geweigert, sich eintragen zu lassen —, so kann eine Kollektivgesellschaft nur vorhanden sein, wenn die Voraussetzungen für die Form der kaufmännischen Kollektivgesellschaft erfüllt sind. Dies hat dann aber wiederum die Eintragungspflicht der Gesellschaft zur Folge. Denn eine kaufmännische Kollektivgesellschaft, die nicht eintragungspflichtig wäre, ist angesichts der in Art. 552 OR getroffenen Regelung entgegen der Ansicht des Handelsregisteramts Zürich völlig undenkbar. Wenn die Beklagten einerseits das Vorliegen einer kaufmännischen Kollektivgesellschaft behaupten, andererseits aber die Pflicht zur Eintragung bestreiten

und sich gegen deren Vornahme mit allen Mitteln zur Wehr setzen, so nehmen sie zwei Standpunkte ein, die miteinander unvereinbar sind. Dieses widerspruchsvolle Verhalten ist einzig aus dem Bestreben zu erklären, sich der grundsätzlich unbestrittenen Pflicht zur Rückzahlung des Darlehens zu entziehen. Es könnte sich daher fragen, ob nicht schon deswegen die Berufung der Beklagten auf Art. 564 Abs. 3 OR als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen werden müsse. Diese Frage kann indessen offen bleiben ; denn wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist entgegen der Ansicht der Beklagten zwischen ihnen gar keine Kollektivgesellschaft vorhanden.

2. — Die Vorinstanzen haben das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft verneint auf Grund der Feststellung des Handelsregisteramtes, dass der jährliche Umsatz in dem in Frage stehenden Fabrikationsbetrieb der Beklagten nicht den Betrag von Fr. 10,000.— erreiche ; dies wäre nach Art. 13 HRegVo für die Eintragungspflicht und damit für das Bestehen einer kaufmännischen Kollektivgesellschaft erforderlich.

Die Beklagten vertreten demgegenüber die Auffassung, das in Art. 13 Schlussabsatz der HRegVo aufgestellte Erfordernis eines Mindestumsatzes und -Warenlagers sei, soweit das Recht der Kollektivgesellschaft in Frage stehe, ungültig, da die Verordnung damit über den Rahmen hinausgegangen sei, den Art. 552 OR für den Begriff der Kollektivgesellschaft aufstelle. Massgebend sei nach diesem das Vorliegen eines Handels-, eines Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art betriebenen Gewerbes, während auf den Umsatz nichts ankomme. Da es sich bei dem in Frage stehenden Unternehmen um einen Fabrikationsbetrieb handle, wie die Vorinstanzen selber anerkennen, sei die Voraussetzung von Art. 552 OR erfüllt.

Diese Argumentation der Beklagten geht jedoch fehl. Wohl ist Art. 552 OR die grundlegende Bestimmung, die ein für allemal festsetzt, wann eine Kollektivgesellschaft vorhanden ist, so dass die Handelsregisterverordnung nicht

über den in Art. 552 OR gezogenen Rahmen hinausgehen und eine andere Begriffsbestimmung der kaufmännischen Kollektivgesellschaft aufstellen kann. Entgegen der Meinung der Beklagten hält sich aber Art. 13 HRegVo durchaus innerhalb des Rahmens von Art. 552 OR.

Wenn Art. 552 OR nämlich u. a. den Betrieb eines Handels- oder Fabrikationsgewerbes als wesentliches Begriffsmerkmal einer Kollektivgesellschaft aufstellt, so will er damit keineswegs sagen, dass jeder gewerbmässige An- und Verkauf von Waren als Handel und jede Verarbeitung von Rohstoff oder Ware zu einem neuen Produkt als Fabrikation anzusehen sei, wie dies der von den Beklagten angerufene Entscheid des Bundesrats i. S. Süssli, Bundesblatt 1907 IV S. 396, irrtümlich angenommen hatte bei der Auslegung des Begriffs « Handelsgewerbe », aber sonderbarerweise dann nicht auch für den Begriff « Fabrikationsgewerbe », wo sich doch die Sache genau gleich verhält. Grundlegende Voraussetzung ist vielmehr, wie schon die im Marginale verwendete Bezeichnung « kaufmännische Kollektivgesellschaft » besagt, das Vorhandensein eines *k a u f m ä n n i s c h e n* Betriebes. Welches die Kennzeichen eines solchen sind, darüber gibt Art. 552 OR jedoch keinen Aufschluss, sondern diese Umschreibung nimmt nun eben Art. 13 HRegVo vor. Wenn nämlich in dessen Schlussabsatz bestimmt wird, dass gewisse Gewerbe, die hinsichtlich ihres Tätigkeitsgebietes zu den Handels-, Fabrikations- oder andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerben gehören könnten, nicht eintragungspflichtig seien, sofern nicht die bereits erwähnten Mindestanforderungen an Umsatz und Warenlager erfüllt sind, so heisst das, wie in den bei Stampa, Nr. 130/131 erwähnten Rekursentscheiden des Bundesrates zutreffend gesagt wird, nichts anderes, als dass derartige Betriebe zum vorneherein nicht als kaufmännische Betriebe im Sinne des Gesetzes anzusehen sind. In dieser Weise durfte der Bundesrat den Begriff des kaufmännischen Betriebes abgrenzen, ohne über den Rahmen des Art. 552 OR hinauszugehen.

Da nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanzen der Umsatz im Betrieb der Beklagten weniger als Fr. 10,000.— beträgt, und da es sich weiter um einen Betrieb handelt, auf den die in Art. 13 Schlussabsatz HRegVo aufgestellten Minimalerfordernisse Anwendung finden, so fehlt es nach den oben gemachten Ausführungen an einem kaufmännischen Betriebe, womit das Vorliegen einer kaufmännischen Kollektivgesellschaft ausgeschlossen ist. Trotz der äusseren Form einer Kollektivgesellschaft, welche die Beklagten ihrem Betriebe durch die Wahl einer Firma gegeben haben, handelt es sich in Wirklichkeit um eine einfache Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten die Beklagten direkt und solidarisch haften. Die Berufung ist daher abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Januar 1937 wird bestätigt.

25. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile du 12 mai 1937 dans la cause Chavaz contre Zosso.

Responsabilité du propriétaire d'un ouvrage (art. 58 CO).

1. La qualité d'accessoire immobilier ne justifie pas à elle seule l'application de l'art. 58 CO ; il faut en outre que la chose soit *rattachée* d'une manière effective et durable à l'immeuble dont elle dépend ; cette condition est réalisée par une échelle fixe, scellée au sol et au mur et reliant le fenil à l'aire d'une grange (consid. 1).
2. La preuve — incombant au lésé — que le dommage subi est dû à un vice de construction ou à un défaut d'entretien ne résulte pas en principe du seul fait que l'accident a été causé par un ouvrage. Toutefois il est des hypothèses où, d'après la nature des choses ou l'expérience de la vie, l'accident survenu permet de présumer un vice de construction ou un défaut d'entretien ; il appartient alors au propriétaire d'établir que le défaut constaté ne lui est pas imputable, parce qu'il serait le fait d'un tiers, l'œuvre de la victime ou l'effet d'une force majeure ou d'un cas fortuit (consid. 2).