

défendeur; bien au contraire ces matériaux se sont incorporés, par voie d'accession, avec le lit même du fleuve, lequel rentre dans le domaine public, et n'est point, dès lors, la propriété du défendeur. Donc, même en admettant que la modification apportée au lit du fleuve de par les agissements du sieur Bellora apparaisse comme un ouvrage dans le sens de l'art. 68 CO., l'action de la demanderesse n'en devrait pas moins être repoussée par le motif indiqué.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel de Fribourg, en date du 14 décembre 1897, est maintenu, tant au fond que sur les dépens, dans le sens des considérants qui précèdent.

15. Urteil vom 11. Februar 1898 in Sachen Böhler und Konforten gegen Stapfer.

Gesellschaftsvertrag; Abschluss? Art. 14 und 524 O.-R.

A. Durch Urteil vom 30. Oktober 1897 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in der obgenannten Streitsache, bei welcher außer den heutigen Berufungsklägern noch zwei weitere Beklagte, J. Schlegel in Zürich und Robert Schäppi daselbst, beteiligt waren, erkannt:

1. Die Klage wird gegenüber dem Beklagten Schlegel abgewiesen.

2. Gegenüber den übrigen Beklagten wird sie gutgeheißen; sie sind daher verpflichtet, anzuerkennen:

a. Daß zwischen ihnen und dem Kläger eine Gesellschaft besteht zum Zwecke gemeinsamer Übernahme, Verwaltung und Verwertung der Liegenschaften, welche dem Kläger mittelst der Kauffertigungen vom 8. Februar 1896 mit H. Gugolz-Femmer und H. Nikie-

lewsky, und vom 25. März 1896 mit J. Weber zum Raben in Zürich I übertragen worden sind.

b. Daß die genannten Liegenschaften von der Gesellschaft zum Preise von 378,795 Fr. 54 Cts. per 1. Januar 1896 übernommen werden müssen, daß alle Gesellschafter, mit Ausnahme des Schlegel, an den Aktiven und Passiven zu je $\frac{1}{10}$ berechtigt, und im gleichen Umfange beitragspflichtig seien, und daß sie an Gewinn und Verlust zu je $\frac{1}{10}$ partizipieren.

c. Die ihnen vom Kläger zugestellte Gesellschaftsrechnung pro 1. Mai 1897.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten (außer J. Schlegel und R. Schäppi) die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und folgende Abänderungsanträge gestellt:

1. Die Klage sei in vollem Umfange abzuweisen, insbesondere die Existenz der behaupteten Gesellschaft zu verneinen.

2. Eventuell, sofern die Existenz einer Gesellschaft angenommen würde, sei das auf Anerkennung der klägerischen Gesellschaftsrechnung per 1. Mai 1897 gerichtete Begehren abzuweisen, weil ein Ankauf der fraglichen Liegenschaften gar nicht erfolgt sei.

3. Weiter eventuell sei zu erkennen, es sei der Kläger jedenfalls nicht berechtigt, im Falle, als der Erlös aus einem Verkaufe der Liegenschaften nicht den Betrag von 378,795 Fr. 54 Cts. (2 Fr. per Quadratfuß) erreichen sollte, das sich dann ergebende Minus von den Beklagten einzufordern.

C. In der Hauptverhandlung vor Bundesgericht erneuern die Anwälte der Berufungskläger die schriftlich gestellten Abänderungsanträge. Der Anwalt des Berufungsbeklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils; eventuell, d. h. für den Fall, daß das Bundesgericht die Existenz eines Gesellschaftsvertrages unter den Parteien verneinen sollte, bittet er, auszusprechen, es sei zwischen denselben überhaupt kein Vertrag zu stande gekommen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger kaufte am 27. November 1895 von J. Weber circa 85,614,44 Quadratfuß Land an der Ämterstraße in Zürich III um den Kaufpreis von 132,702 Fr. 38 Cts. (d. h.

1 Fr. 55 Cts. per Quadratfuß). Dabei waren 30,000 Fr. baar zu bezahlen und für 58,702 Fr. 36 Cts. zwei seitens des Gläubigers erstmals auf 1. Juli 1899 kündbare Kaufschuldbriefe zu errichten. Die Zahlung der 30,000 Fr. sollte in folgenden Terminen geschehen:

Fr. 5,000 bei Unterzeichnung des Kaufvertrages,

Fr. 10,000 auf 15. Februar 1896,

Fr. 15,000 spätestens auf 25. März 1896.

Ferner kaufte der Kläger am 7. Dezember 1895 von H. Gugolz und H. Nikilewsky eine Liegenschaft an der gleichen Straße um 185,000 Fr., wobei er eine Anzahlung von 20,000 Fr. zu leisten und zwei Kaufschuldbriefe im Betrage von zusammen 106,860 Fr. zu errichten hatte. Der eine dieser Kaufschuldbriefe im Betrage von 22,260 Fr. war erstmals auf 1. Juli 1899 kündbar, an den andern (im Betrage von 84,600 Fr.) sollten 20,000 Fr. auf 1. August 1896 und 64,600 Fr. auf eine gegenseitig erst vom 1. Januar 1899 an täglich freistehende halbjährliche Kündigung hin abbezahlt werden. Von den baar zu zahlenden 20,000 Fr. wurden 1000 Fr. beim Kaufabschluß sofort erlegt, die restierenden 19,000 Fr. sollten bis zum 30. Januar 1896 bezahlt werden. Um die für die Anzahlungen benötigten Mittel aufzubringen, wandte sich der Kläger an die Beklagten, und es unterzeichnete ihm jeder derselben ein besonderes, als „Anteilschein“ betiteltes Schriftstück folgenden Inhalts: „Der Unterzeichnete verpflichtet sich anmit, dem Herrn J. H. Stapfer, Baugeschäft Zürich III, behufs Kompletierung der Anzahlung „des mit den Herren Weber und Gugolz abgeschlossenen Kaufs „betreffend die Landkomplexe zwischen Ämterstraße und oberer „Saum, Kat. Nr. 3556 und 2382—2384, zus. 189,614,44 □' „zum Preise von 2 Fr. per □', Summa 379,228 Fr. 88 Cts., „incl. der darauf sich befindlichen Gebäuden, Remisen, etc., einzutreten und demselben auf 3. Februar 1896 den Betrag von „5000 Fr. (fünftausend Franken) gegen Empfangschein zu bezahlen. Über die Art der Rückzahlung und über die Verteilung „eines eventuellen Reingewinnes bei Liquidation der für obige „5000 Fr. als Pfand zu verschreibenden Kaufsobjekte wird „unter den Kontrahenten ein eigener Vertrag aufgestellt.“ Es ist unbestritten, daß sämtliche Beklagten ihre Einzahlungen

von je 5000 Fr. geleistet haben. Ebenso leistete der Kläger die ihm nach den genannten Kaufverträgen obliegenden Anzahlungen, und es wurde der Kauf mit Gugolz und Nikilewsky am 8. Februar, derjenige mit Weber am 25. März 1896 gefertigt. Am 9. April 1896 berief der Kläger die Beklagten zu einer Verhandlung in das Hotel zum Bernerhof in Zürich zusammen. Nach der Darstellung des Klägers hätte man sich dabei bezüglich der Übernahme der Liegenschaften durch die Unterzeichner der Anteilscheine geeinigt, und bereits einen Vorstand bestellt, wobei der Beklagte Klegg es übernommen habe, den Entwurf zu einem Gesellschaftsvertrag auszuarbeiten, der dann aber vom Kläger selbst gemacht worden sei. Die Beklagten behaupten dagegen, es habe bei dieser Versammlung eine Einigung nicht erzielt werden können, die Beklagten hätten die schriftliche Fixierung des Gesellschaftsvertrages abwarten wollen. In einer zweiten Versammlung habe dann der Kläger einen solchen schriftlichen Vertrag, mit 5 Unterschriften versehen, vorgelegt; es sei ihm aber nicht gelungen, weitere Unterschriften zu erhalten. Festgestellt ist, daß ein „Kauf- und Gesellschaftsvertrag“, auf den 1. Januar 1896 datiert, errichtet und außer dem Kläger von den Beklagten Wölflach, Schächli, Böhler, Meyer und Frey unterschrieben wurde, von den übrigen Beklagten dagegen nicht. Am 10. Dezember 1896 forderte Kläger diejenigen unter den Beklagten, welche den vom 1. Januar 1896 datierten Gesellschaftsvertrag nicht unterzeichnet hatten, auf, die Unterzeichnung bis zum 18. Dezember vorzunehmen, unter der Androhung, daß im Unterlassungsfalle angenommen würde, der Betreffende verzichte auf seinen Anteil und die darauf einbezahlte Summe. Da keine weiteren Unterschriften mehr erteilt wurden, stellte der Kläger beim Bezirksgericht Zürich gegen die sämtlichen Unterzeichner der Anteilscheine das Rechtsbegehren:

I. Die Beklagten seien verpflichtet, anzuerkennen,

1. daß zwischen ihnen und dem Kläger eine Gesellschaft bestehe zum Zwecke gemeinsamer Übernahme, Verwaltung und Verwertung der Liegenschaften, welche dem Kläger mittelst der Kaufverfertigungen vom 8. Februar 1896 mit H. Gugolz und H. Nikilewsky und vom 25. März 1896 mit J. Weber zum Raben in Zürich übertragen worden waren;

2. daß die genannten Liegenschaften von der Gesellschaft zum

Preise von 378,795 Fr. 54 Cts. per 1. Januar 1896 übernommen werden müssen, daß alle Gesellschafter an den Aktiven und Passiven gleichberechtigt und im gleichen Umfange beitragspflichtig seien, und daß endlich alle Gesellschafter an Gewinn und Verlust zu gleichen Teilen partizipieren;

3. daß auch im übrigen die Bestimmungen des Vertrages vom 1. Januar 1896 oder dann das Gesetz maßgebend seien.

II. Die Beklagten seien verpflichtet, die ihnen vom Kläger zugestellte Gesellschaftsrechnung pro 1. Mai 1897 anzuerkennen, eventuell unter Modifikationen. Die Klage gründet sich darauf, daß mit der Unterzeichnung der Anteilscheine zwischen dem Kläger und den Beklagten eine einfache Gesellschaft im Sinne des Art. 524 D.-R. begründet worden sei. Diese Anteilscheine enthalten bereits die für einen Gesellschaftsvertrag wesentlichen Bestimmungen. Der nachträglich aufgesetzte schriftliche Vertrag regle nur Detailbestimmungen. Wenn es sich um bloße Darlehen gehandelt hätte, so würde der Kläger die Beklagten nicht in gleichem Maße am Reingewinn haben teilnehmen lassen; ein nachträglicher Detailvertrag, wie er im Schlusssatz der Anteilscheine vorgesehen sei, wäre in diesem Falle auch gar nicht nötig gewesen. Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage. Sie machten im wesentlichen geltend: Durch die Unterzeichnung der Anteilscheine sei keine Gesellschaft gegründet worden. Diese enthalten nur ein pactum de mutuo dando. Der später vom Kläger aufgesetzte, vom 1. Januar 1896 datierte Vertrag wäre seinem Inhalt nach allerdings ein Gesellschaftsvertrag gewesen, allein dieser sei nicht perfekt geworden, und zwar schon gemäß Art. 14 D.-R. nicht, da die Schriftform vorbehalten worden, der Vertrag aber nicht von allen Beteiligten unterzeichnet sei. Die fünf Personen, welche ihn unterschrieben, hätten dies nur unter der Bedingung gethan, daß die übrigen fünf Unterzeichner der Anteilscheine ebenfalls beitreten. Eventuell wären nur die fünf Unterzeichner aus dem Gesellschaftsvertrag, und zwar zu je $\frac{1}{10}$, berechtigt und verpflichtet. Das Bezirksgericht Zürich hat die Klage abgewiesen, weil in den Anteilscheinen die Essentialien eines Gesellschaftsvertrages (insbesondere eine Bestimmung über die Verteilung von Gewinn und Verlust) nicht enthalten seien, der schriftlich abgesetzte Gesellschafts-

vertrag aber nicht von allen Beteiligten unterzeichnet und darum nicht perfekt worden sei. Da das Fundament des Gesellschaftskapitals in den gekauften Liegenschaften habe bestehen sollen, so hätte überdies zwischen dem Kläger und der Gesellschaft ein Kaufvertrag über diese Liegenschaften abgeschlossen werden müssen; ein solcher sei aber nicht zu stande gekommen. Die Appellationskammer hat dagegen im wesentlichen ausgeführt: Der Inhalt der Anteilscheine lasse darauf schließen, daß von Anfang an die Willensmeinung der Kontrahenten auf Begründung einer einfachen Gesellschaft zum Zwecke der gemeinsamen Erwerbung und Weiterveräußerung der vom Kläger gekauften Liegenschaften gerichtet gewesen sei. Aus diesen Anteilscheinen ergebe sich der Inhalt des Gesellschaftsvertrages ohne weiteres; sie enthalten eine Verständigung aller Beteiligten über die wesentlichen Punkte des Gesellschaftsvertrages. Mit dieser Auffassung stimmen auch die in der persönlichen Befragung abgegebenen Erklärungen der Beklagten, insbesondere diejenigen der Beklagten Böhler und Schächli, überein. Der Umstand, daß der sogenannte „Anteilschein“ über die Verteilung eines allfälligen Reingewinns, die Tragung eines eventuellen Verlustes, auch über die Wahl eines Vorstandes nichts enthalte, habe die Perfektion des Gesellschaftsvertrages in keiner Weise gehindert; denn das seien Nebenpunkte, welche, sofern keine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen getroffen werden, durch das Gesetz geregelt werden (Art. 525 ff. D.-R.).

2. Die Vorinstanz erblickt die Willenserklärung, durch welche der vom Kläger behauptete Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden sein soll, in der Unterzeichnung der vom 30. Januar 1896 datierten sogenannten Anteilscheine, und es ist nach den Akten keine Frage, daß, wenn überhaupt zwischen den Parteien ein Gesellschaftsvertrag zu stande gekommen ist, die rechtsbegründende Tatsache einzig in dieser Unterzeichnung gefunden werden kann. In diesem Sinne ist denn auch die Klage begründet worden. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, der Gesellschaftsvertrag sei durch die, von Seite jedes einzelnen der Beklagten erfolgte Unterzeichnung der Anteilscheine perfekt geworden, und bei den nachfolgenden Verhandlungen, auf Grund welcher dann der schrift-

liche, auf den 1. Januar 1896 zurückdatierte Vertrag aufgesetzt wurde, habe es sich nur noch um die Regelung von Nebenspunkten gehandelt. Auf diese nachträglichen Verhandlungen konnte der Kläger in der That nicht abstellen; denn bei denselben wurde, wie nicht bestritten ist, die Aufsetzung eines schriftlichen Vertrages vorbehalten. Es greift daher gemäß Art. 14 O.-R. die (in casu nicht widerlegte) Vermutung Platz, daß die Parteien vor Unterzeichnung des schriftlichen Vertrages durch alle Personen, die dadurch verpflichtet werden sollten, nicht gebunden sein wollten. Da nun dieser Vertrag nicht die Unterschrift aller Beteiligten trägt, ist durch denselben für die Beklagten eine Verbindlichkeit nicht erzeugt worden, und kann demnach von Gutheißung der Klage überhaupt nur die Rede sein, wenn die Perfektion des vom Kläger behaupteten Gesellschaftsvertrages bereits durch die Unterzeichnung der Anteilscheine eingetreten ist.

3. Damit durch die Unterzeichnung der Anteilscheine ein Gesellschaftsvertrag unter den Parteien begründet wurde, mußte die Unterzeichnung die übereinstimmende Absicht der Unterzeichner zum Ausdruck bringen, zur Erlangung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Mitteln, als Genossen, zusammenzuwirken. Die Unterzeichnung mußte erfolgen mit dem *animus contrahendæ societatis*, d. h. mit dem Willen, sich unter einander an einem gemeinsamen Unternehmen zu beteiligen, in der Weise, daß jeder daran einen Beitrag leisten und am Ergebnis beteiligt sein sollte. Der Kläger behauptet, dies sei der Fall gewesen, indem auf Grund der Unterzeichnung der Anteilscheine die von ihm gekauften Liegenschaften von den Beklagten gemeinsam mit ihm selbst, zu einem Preise von 2 Fr. per □', hätten übernommen werden, und alsdann auf gemeinsame Rechnung weiter verkauft werden sollen. Aus dem Inhalt der Anteilscheine geht nun aber nicht hervor, daß die Absicht der Unterzeichner auf Begründung einer solchen Verbindung zu einem allen gemeinsamen Geschäfte gerichtet gewesen sei. Jeder Anteilschein ist einzeln, von je einem der Beklagten unterschrieben worden; und es ist in keiner Weise darin von weiteren Beteiligten und von einem anderen Rechtsverhältnis als von einem solchen zwischen dem Kläger und dem jeweiligen Unterzeichner die Rede. Sofern überhaupt ein *animus contra-*

hendæ societatis angenommen werden könnte, so deutet nichts darauf hin, daß sich derselbe auf einen weitem Kreis von Personen, als die jeweiligen, bei Unterzeichnung des einzelnen Scheines handelnden Kontrahenten, d. h. den Kläger und den betreffenden Unterzeichnenden, erstreckt habe. Aus dem Inhalte der Anteilscheine allein läßt sich somit die Absicht der Beklagten, eine Gemeinschaft im Sinne des Art. 524 O.-R. unter dem Kläger und allen Beklagten zusammen zu begründen, nicht herleiten. Wenn die Vorinstanz erklärt, es ergebe sich aus diesen Scheinen ohne weiteres der Inhalt des Gesellschaftsvertrages, indem die Liegenschaften von der Gesellschaft zum festen Ansat von 2 Fr. per □' übernommen werden sollten, und jeder Gesellschafter zum Zwecke der Ermöglichung der vom Kläger zu leistenden Kaufanzahlungen einen Beitrag in die Gesellschaft einzuwerfen gehabt habe, so setzt die Vorinstanz hiebei gerade dasjenige, was der Kläger zu beweisen hat, als bewiesen voraus, nämlich die Willensmeinung, daß neben dem jeweiligen Unterzeichner des Anteilscheins noch weitere Personen, d. h. sämtliche übrigen Unterzeichner, die gleichen Verpflichtungen, und zwar als gemeinsame, zu übernehmen haben. Wie bemerkt, giebt der Inhalt der Anteilscheine für eine solche Willensmeinung keinen Anhaltspunkt. Auch aus dem übrigen Aktenmaterial geht nicht hervor, daß die Unterzeichnung der Anteilscheine in der Meinung erfolgt sei, es handle sich nicht bloß um Verpflichtungen zwischen dem Kläger und jedem einzelnen Unterzeichner, sondern um die Begründung eines gemeinsamen Rechtsverhältnisses unter allen zusammen. Die Vorinstanz hat diesfalls zwar auf das Ergebnis der persönlichen Befragung abgestellt, und erklärt, die hiebei abgegebenen Erklärungen der Beklagten stimmen mit der Auffassung überein, daß durch die Unterzeichnung der Anteilscheine eine Verständigung aller Beteiligten über die Begründung eines Gesellschaftsvertrages bewirkt worden sei; so hätten Böhler und Schächli übereinstimmend erklärt, daß es von Anfang an die Meinung gehabt habe, daß die Beklagten dem Kläger zur Anzahlung einen Vorschuß zu machen haben, der unverzinslich sein solle, wogegen die Veräußerung der Liegenschaften auf gemeinsame Rechnung gehen und der 2 Fr. per □' übersteigende Erlös unter die Gesellschafter verteilt werden

solle. Allein in That und Wahrheit rechtfertigen nun die Aussagen der Beklagten, wie sie im Einvernahmeprotokoll wiedergegeben sind, die daraus von der Vorinstanz gezogenen Schlussfolgerungen nicht. In der persönlichen Befragung sind einvernommen worden die Beklagten Böhler, Meyer, Wöllhaf, Schäppi und Frey. Von diesen haben sich über die bei der Unterzeichnung der Anteilscheine obwaltende Willensmeinung nur Meyer und Frey ausgesprochen, und zwar haben beide übereinstimmend erklärt, daß sie zur Zeit, als sie die Anteilscheine unterschrieben, die Meinung, in eine Gesellschaft einzutreten, nicht hatten. Die Depositionen Böhlers und Wöllhafs haben ausschließlich die spätern Verhandlungen im Bernerhof zum Gegenstand, wie auch das Beweis-thema, für welches der Kläger die persönliche Befragung angerufen hatte, sich lediglich darauf bezog, was in der Sitzung vom 9. April 1896, also zu einer Zeit, als die Anteilscheine bereits unterschrieben waren, gewollt und abgemacht worden sei. An Schäppi war allerdings die Frage gerichtet worden, welche Meinung es mit dem von ihm unterschriebenen Anteilschein gehabt habe, allein er antwortete hierauf, er habe die 5000 Fr. in der Meinung gegeben, daß er das Geld nach Verkauf des Landes wieder zurück erhalte. Diese Antwort deutet eher darauf hin, daß es sich nicht um einen Gesellschaftsbeitrag gehandelt habe, und wenn Schäppi auf die weitere Frage, ob der Ankauf und Verkauf auf gemeinsame Rechnung habe geschehen sollen, erklärte, es habe anfänglich diese Meinung gehabt, aber man habe zuerst einmal einen Vertrag aufsetzen wollen, so geht aus diesem Nachsatz hervor, daß sich seine Deposition hier auf die Verhandlungen im Bernerhof bezieht, bei welcher eben die Abfassung eines schriftlichen Vertrages vorbehalten worden war. Unter keinen Umständen aber kann, mit Rücksicht auf diesen Nachsatz, in der Aussage Schäppis die Bestätigung dafür gefunden werden, daß die Beklagten die Meinung gehabt haben, daß sie bereits durch die Unterzeichnung der Anteilscheine sich als Gesellschafter verpflichtet haben.

4. Rechtfertigt also das Ergebnis der persönlichen Befragung die daraus von der Vorinstanz gezogenen Schlussfolgerungen nicht, so fehlt es nun überhaupt an einem Beweis dafür, daß die Beklagten die Anteilscheine in der Meinung unterzeichnet haben,

dadurch in ein Rechtsverhältnis nicht nur mit dem Kläger, sondern auch mit den übrigen Unterzeichnern der Anteilscheine zu treten. Damit fällt die Annahme eines Gesellschaftsvertrages, wie ihn die Klage geltend macht, ohne weiteres dahin. Durch die Unterzeichnung der Anteilscheine wurde danach nicht ein alle Parteien gemeinsam berührendes Rechtsverhältnis, sondern lediglich eine Mehrzahl von Einzelverträgen begründet, und es ist daher insbesondere auch unmöglich, aus dem Inhalte der Anteilscheine eine Verpflichtung der Beklagten herzuleiten, die klägerischen Liegenschaften gemeinsam zu erwerben. Als Inhalt der durch die Unterzeichnung der Anteilscheine begründeten Verträge bleibt somit lediglich die Verpflichtung jedes einzelnen Unterzeichners, dem Kläger einen Betrag von 5000 Fr. zu Eigentum zu übergeben, gegen hypothetariische Versicherung auf den klägerischen Liegenschaften und Beteiligung an einem Reingewinn, der sich bei einem Verkauf der Liegenschaften über den Preis von 2 Fr. per □' hinaus ergeben sollte, und wobei bezüglich der Art der Rückzahlung eine besondere Verständigung der Parteien vorbehalten wurde, die eventuell durch richterliche Entscheidung zu ersetzen wäre. Dieses zwischen dem Kläger und jedem einzelnen der Beklagten begründete Rechtsverhältnis ist, trotz der in Aussicht genommenen Gewinnbeteiligung, nicht als Gesellschaftsvertrag aufzufassen; denn der Begriff des Gesellschaftsvertrages nach eidgenössischem Obligationenrecht setzt die Vertragsmeinung voraus, daß jeder Gesellschafter nicht nur am Gewinn, sondern auch am Verlust (wenn auch nicht zu gleichen Teilen) zu partizipieren habe. Eine Verabredung, daß ein Gesellschafter nur am Gewinn, nicht aber am Verlust Anteil haben solle, ist nach Art. 531 O.-R. nur dann zulässig, wenn der betreffende Gesellschafter zum gemeinsamen Zwecke Arbeit beizutragen hat; daraus ergibt sich, daß eine Verabredung, wonach eine Partei, welche sich an einem Unternehmen mit einer Vermögensanlage beteiligt, nur am Gewinn, nicht aber am Verlust beteiligt sein soll, mit der Natur des Gesellschaftsverhältnisses im Sinne des Gesetzes unverträglich, ein derartiger Vertrag also nicht als Gesellschaftsvertrag zu betrachten ist. Nun haben in casu die Beklagten keineswegs Arbeit beizutragen und ist von einer Beteiligung derselben an einem

eventuellen Verlust in den Anteilscheinen nicht die Rede; es ist insbesondere auch nicht bestimmt, daß der Unterzeichner etwa das Recht auf Rückforderung der einbezahlten 5000 Fr. ganz oder teilweise verlieren sollte. Indem gesagt ist, es werde über die Art der Rückzahlung unter den Kontrahenten ein eigener Vertrag aufgesetzt werden, ist gegenteils die Pflicht zur Rückzahlung vom Kläger grundsätzlich anerkannt. Demnach kann das Verhältnis, welches zwischen dem Kläger und den einzelnen Beklagten begründet wurde, nur als modifizierter Darlehensvertrag aufgefaßt werden, d. h. als ein auf Übereignung einer bestimmten Geldsumme, unter der Pflicht der Rückerstattung eines gleichen Betrages gerichteter Vertrag, mit der Besonderheit, daß dem Darleiher vom Borger an Stelle eines Zinses ein Gewinnanteil an dem vom letztern eingeleiteten Geschäfte versprochen wurde.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als begründet erklärt, und in Aufhebung des Urteils der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts vom 30. Oktober 1897 die Klage abgewiesen.

16. Urteil vom 12. Februar 1898 in Sachen Frey-Wahli gegen Krazer.

*Abtretung von Forderungen; Gewährleistungspflicht des Abtretenden.
Eidgenössisches und kantonales Recht bei Abtretung einer
grundversicherten Forderung.*

A. Durch Urteil vom 27. November 1897 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich den Beklagten verpflichtet, dem Kläger 20,747 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 5 % vom 23. Februar 1897 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen:

1. Es sei die Klage gänzlich abzuweisen, eventuell nachdem die

beantragten Beweise über die vom Kläger beim Kaufabschlusse begangene Täuschung abgenommen worden seien; eventuell

2. Sei die Klage in Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils zur Zeit abzuweisen.

C. Vor der heutigen Verhandlung hat der bisherige Vertreter des Beklagten sein Mandat niedergelegt; der Beklagte ist zur Verhandlung weder erschienen, noch hat er sich an derselben vertreten lassen. Der Vertreter des Klägers beantragt, das Bundesgericht möge wegen Inkompetenz auf die Berufung nicht eintreten, eventuell das angefochtene Urteil bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger Krazer verkaufte dem Beklagten Frey-Wahli im Juli 1896 ein Heimwesen in Zürich für den Preis von 154,000 Fr.; die Fertigung fand am 3. Juli 1896 statt. Am 1. Juli 1896 cedierte der Beklagte dem Kläger zwei Schuldbriefe, wovon einer, d. d. 15. März 1896, von 20,000 Fr. zu 4 % auf Otto Harman in Zürich, gemäß Bericht der Notariatskanzlei in Hottingen unkündbar bis 15. März 1899; die Cessionssurkunde enthält den Vermerk, die Cession erfolge, „unter Garantie für Kapital und Zins,“ und der cedierte Betrag sei „zwischen den Parteien verrechnet und bezahlt worden.“ Bald nach Ausstellung der Cessionssurkunde geriet Harman in Konkurs; der Kläger meldete darin seine Forderung von 20,000 Fr. nebst Zinsen an und berichtete den Beklagten, er überlasse ihm die Wahrung seiner Interessen, unter Vorbehalt der Geltendmachung seiner Rechte für einen allfälligen ungedeckt bleibenden Betrag. Im Februar 1897 kam das Unterpfund Harman's infolge Steigerung an einen Helbock; der Schuldbrief des Klägers kam gänzlich zu Verlust, so daß er vom Notariat Hottingen entkräftet wurde. Der Kläger belangte nun den Beklagten für den Betrag des Schuldbriefs nebst Zinsen zu 4 % vom 15. März 1896 bis 19. Februar 1897 (dem Tage der Betreibung), sowie Verzugszinsen zu 5 % von da an. Er nahm den Standpunkt ein, die Schuldbriefe seien vom Beklagten als Kaufpreis cediert worden und der Beklagte habe dabei für die Bonität der Briefe garantiert; in dieser Zusicherung liege nun eine Bürgschaftsverpflichtung für Harman als Schuldner; durch die Thatsache des Untergangs des Titels im