

die der Arzt aus dem Gesichtspunkte der Art. 50 ff. OR zu prästieren hat, ist grundsätzlich nicht eine andere für einen Anstaltsarzt als für einen andern Arzt, und es kann bloß unter Umständen im konkreten Falle die Stellung des Anstaltsarztes insofern für die Frage des Verschuldens einige Bedeutung haben, als derselbe durch seine übrigen Pflichten gezwungen sein kann, besonders rasch zu handeln oder dergl.

6. Darüber nun, ob den Beklagten im vorliegenden Falle ein Verschulden im angegebenen Sinne treffe, kann ein Urteil nach der Aktenlage nicht gefällt werden. Da aber der Kläger bezüglich der Behauptungen aufgestellt und Beweise angetragen und vor dem Bundesgericht, sogar in erster Linie, auf Rückweisung und Abnahme der angebotenen Beweise (Zeugen und Expertise) angetragen hat, so ist die Streitsache zur Aktenvervollständigung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 82 U. 2 OG). Diese hat dabei auch die Schutzbehauptungen des Beklagten und seine Gegenbeweisansätze zu berücksichtigen. Dem Beklagten ist insbesondere Gelegenheit zu geben zur Beweisführung über das von ihm behauptete Selbstverschulden des Klägers, welches darin bestehen soll, daß der Kläger gegen den Willen der Ärzte das Spital zu früh verlassen habe. Und endlich sind die Akten zu vervollständigen über die Folgen des Versehens und das Maß des Schadens, wobei aber nach dem Gesagten nur die durch das Liegenlassen des Tampons verursachten Folgen in Betracht kommen können.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In Gutheißung der Berufung des Klägers wird das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 13. Februar 1904 aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Entscheidung (im Sinne von Erw. 6 i. f.) an die Vorinstanz zurückgewiesen.

38. Urteil vom 18. Juni 1904

in Sachen **Besser und Genossen**, Kl. u. Ber.=Kl., gegen
Almer-Semmann und Genossen, Bekl. u. Ber.=Bekl.

Genossenschaft: Haftung der Vorstandsmitglieder, Art. 714 f. OR. *Pflicht zur richtigen Buchführung*, Art. 701 OR. *Pflicht zur Anzeige der Ueberschuldung und zur Zahlungseinstellung*, Art. 704 eod. *Erkennbarkeit der Ueberschuldung? Pflicht zur Aufstellung einer Liquidationsbilanz? — Eventuelle Anrufung von Art. 50 OR.*

A. Durch Urteil vom 17. Februar 1904 hat die II. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Streitfrage:

Sind die Beklagten unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Kläger (folgt Aufzählung nach Namen und Betrag) je nebst Zins zu 5 % seit 27. Mai 1902 zu bezahlen?

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen: Die Klage sei im vollen Umfange gutzuheissen, eventuell in dem Sinne, daß den Klägern nach richterlichem Ermessen zu bestimmende Beträge zugesprochen werden; weiter eventuell sei eine Expertise anzuordnen zum Beweise dafür, daß die Beklagten im Anfang des Jahres 1901, eventuell im Juni 1901, oder eventuell in welchem spätern Zeitpunkt haben wissen müssen, daß der Konkurs, eventuell die Liquidation der Saalbaugesellschaft unvermeidlich sei.

C. In der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter der Kläger Gutheißung der Berufung, wobei er für den Fall der Rückweisung weiter den Antrag auf Abnahme aller seiner vor den kantonalen Instanzen anerbundenen Beweise stellt.

Die Vertreter der Beklagten haben je auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten waren Vorstandsmitglieder der am 27. Juli

1898 gegründeten und am 27. Mai 1902 auf ihren Antrag in Konkurs gerathenen Genossenschaft „Saalbaugesellschaft Zürich“, einer Genossenschaft mit Ausschluß der Haftbarkeit der Genossen. Die Kläger haben der Genossenschaft in der zweiten Hälfte des Jahres 1901 Lieferungen gemacht und sind mit ihren Forderungen aus diesen Lieferungen im Konkurse der Genossenschaft mit den heute eingeklagten Beträgen zu Verlust gekommen. Ihre Klage stützen sie in erster Linie auf Art. 714 in Verbindung mit Art. 704 und 701, Art. 715, in zweiter Linie auf Art. 50 ff. OR.

2. Aus den dem Prozesse zu Grunde liegenden Tatsachen ist hervorzuheben: Bei der Gründung der Genossenschaft — welche den Ankauf eines Terrains an der Tonhallestraße in Zürich, dessen Überbauung und Verwertung (als Theater mit Restaurant) in der dem Titel „Saalbaugesellschaft“ entsprechenden Weise zum Zwecke hatte — waren die Kosten für den Ankauf des Landes, die Erstellung der Gebäulichkeiten und die Einrichtung auf 1,200,000 Fr. veranschlagt worden, wovon 600,000 Fr. durch das Genossenschaftskapital, eingeteilt in Anteilscheine von 2500 Fr., aufgebracht werden sollten. Mit dem Bau wurde sofort begonnen. Die Geldbeschaffung machte Schwierigkeiten. Eine I. Hypothek von 250,000 Fr. wurde von dem Genossenschafter Sieber-Lang aufgenommen. Betreffend eine II. Hypothek von 200,000 Fr., mit Vorstand von 600,000 Fr., wurde zunächst mit der Aktienbrauerei Zürich verhandelt; später wurde diese Hypothek von einer Pilsener und einer Münchner Brauerei beschafft, nachdem der Vorstand im April 1899 mit den Brauereien in Unterhandlungen getreten war und die Generalversammlung vom 14. Juli 1899 ihn zum Vertragsabschlusse ermächtigt hatte. Der Vorschlag mußte inzwischen um 200,000 Fr. erhöht werden. Im November 1899 gewährte die Inkasso- und Effektenbank Zürich der Genossenschaft einen Baukredit von 50,000 Fr. auf drei Monate gegen Bürgschaft der Vorstandsmitglieder. Die damals noch fehlenden 350,000 Fr. sollten ursprünglich in einer Hypothek beschafft werden. Da dies nicht gelang, beschloß die Generalversammlung vom 9. Dezember 1899 auf Antrag des Vorstandes, diesen zu ermächtigen, die Liegenschaft der Saalbaugesellschaft mit Hypotheken im Betrage von 600,000 Fr., denen die frühere

Hypothek von 200,000 Fr. nachstehe, zu belasten, oder eventuell bis zu diesem Betrage Partialobligationen mit Grundpfandrecht auszugeben; der Beschluß wurde im Sinne der letztern Eventualität ausgeführt, wobei jedoch bis zur Generalversammlung vom 27. März 1900 zirka 175 Obligationen noch nicht gezeichnet waren. Das Pfandrecht für diese Obligationen wurde auf den gleichen Rang gestellt wie die I. Hypothek von Sieber-Lang. In der Vorstandssitzung vom 20. Januar 1900 wurde mitgeteilt, es seien nur noch zirka 20,000 Fr. in der Kasse und stünden größere Zahlungen bevor, und an die Opferwilligkeit der Mitglieder appelliert; ein Vorstandsmitglied erklärte sich denn auch zu einem Darlehen von 50,000 Fr. bereit. Im Februar 1900 beschloß der Vorstand, größere Baulieferanten und Bauunternehmer womöglich mit Obligationen der Genossenschaft zu bezahlen. Am 17. April 1900 fand die Eröffnung des Betriebes unter dem Namen „Corso-Theater“ statt. Die Bemühungen um die endgültige Finanzierung nahmen ihren Fortgang; in seiner Sitzung vom 2. Juni 1900 beschloß der Vorstand, „einen eindringlichen Appell an die Mitglieder und Lieferanten zu erlassen, „worin dieselben zur Zeichnung von mindestens 1 Anteilschein „aufgefordert werden unter Hinweis auf die drohende Gefahr, daß „andernfalls zur Liquidation geschritten werden müßte.“ Die Generalversammlung vom 14. Juni 1900 beschloß, das Anteilscheinkapital von 600,000 Fr. auf 800,000 Fr. zu erhöhen und zur Erleichterung der Platzierung des Mehrbedarfs an Kapital den Nominalbetrag der Anteilscheine von 2500 Fr. auf 500 Fr. herabzusetzen, d. h. die alten Anteilscheine gegen fünf neue umzutauschen. An Betriebsergebnissen lagen damals vor:

im Wirtschaftsbetrieb: Bier- und Weinkonto

zuf. Gewinn . . . Fr. 12,886 50
(excl. Löhne)

Speisekonto Rückschlag „ 1,362 07

im Theaterbetrieb: Gewinn . . . „ 9,206 53

In dieser Generalversammlung wurde beschloffen, das Theater nicht zu verpachten, dagegen der Vorstand beauftragt und ermächtigt, für Verpachtung des Wirtschaftsbetriebes zu sorgen; es wurde dann mit dem heutigen Beklagten Landolt ein Pachtvertrag

für 30,000 Fr. Pachtzins abgeschlossen. Am 23. Juli 1900 beschloß der Vorstand, ein Darlehen von 50,000 Fr. gegen Akzept von fünf seiner Mitglieder aufzunehmen. Des weitern trug sich der Vorstand mit dem Gedanken, dieses Kapital gegen III. Hypothek zu beschaffen. Am 28. September 1900 faßte der Vorstand den Beschluß, einem Gesuche von Lieferanten, ihre fälligen Guthaben seien gegen Stundung zu 5 % zu verzinzen, zu entsprechen. Im Oktober 1900 gab der Vorstand einen Prospekt betreffend Platzierung von 400 auf den Namen lautenden Anteilscheinen von 500 Fr. heraus. Darin war der Gesamtbetrag der Kosten angesetzt mit 1,600,000 Fr. und die Finanzierung folgendermaßen angegeben:

Hypothekar-Konto:

Schuldbrief zu Gun-	I. Hypothek	à 4 1/2 %	Fr. 250,000	Fr. 600,000
sten Sieber-Lang				
Obligationen-Konto			" 350,000	
Münchener Bürgerbräu	II. Hypothek	à 4 1/2 %	Fr. 100,000	" 200,000
A.-G. Erste Pilsener				
Aktienbrauerei Pilsen				
			" 100,000	

Anteilscheine-Konto:

Auf 800,000 Fr. erhöht. 1600 Anteilscheine à	
500 Fr.	" 800,000
	Fr. 1,600,000

Der Prospekt bemerkte, die Verzinsung der Hypotheken, 36,000 Fr., sei selbst ohne Berücksichtigung des Ertrages des eigentlichen Theaterbetriebes durch die netto zirka 50,000 Fr. betragenden, vertraglich festgelegten Einnahmen aus Verpachtungen und Mieten reichlich gedeckt. Von den alten Anteilscheinen waren danach 567,000 Fr. aufgebracht; von den neuen 43,000 Fr. gezeichnet, — allerdings mit der Bedingung, daß wenigstens 150,000 Fr. gezeichnet werden, — sodaß noch 189,000 Fr. zu begeben waren. Der Prospekt betonte, die Saalbaugesellschaft dürfe sich nun umsomehr an ein weiteres Publikum wenden, als sie jetzt in der Lage sei, „sich über zuverlässige, gute Betriebsergebnisse ausweisen zu können, welche die Lebensfähigkeit und die Rentabilität der „Unternehmung außer Zweifel erscheinen lassen“. Die budgetierte

Betriebsbilanz des Theaters wies bei Einnahmen von 364,000 Fr. einen Ertrag von 67,300 Fr., diejenige der gesamten Unternehmung bei Einnahmen von 157,205 Fr. einen Gewinn zur Verfügung der Genossenschaft für Amortisationen und Dividenden von 50,000 Fr. auf. In der Generalversammlung vom 10. November 1900 führte der Vorstand aus, so günstig sich der Bericht über den Betrieb gestalte, so ungünstig sei die Finanzlage. Angesichts dringender Zahlungen hatte ein aus Vorstandsmitgliedern bestehendes Konsortium der Genossenschaft 50,000 Fr. vorgeschossen; dieser Vorschuß wurde dem Konsortium durch Beschluß der Generalversammlung mit einem Vorstand von 800,000 Fr. hypothekarisch sichergestellt. Der Beklagte Ulmer äußerte sich in dieser Generalversammlung speziell, der Vorstand habe alles getan, was in seiner Macht gelegen; „wenn die Mitglieder nicht Hand bieten, müsse man einfach aufhören“. Am 28. November 1900 fand auf Einladung des Vorstandes der Saalbaugesellschaft eine Versammlung von Kreditoren derselben statt. Der Vorstand sprach sich hierbei über ein Projekt betreffend Errichtung einer letzten Hypothek mit vorangehenden 850,000 Fr. und Ausgabe von Partialobligationen aus; der Beklagte Ulmer ersuchte die Anwesenden um Zustimmung, „ansonst eine Katastrophe einfach unvermeidlich sei“. Es wurde ein Kreditorenausschuß ernannt und hierauf erklärten 24 Kreditoren, Partialobligationen an Zahlungsstatt zu nehmen. Die Generalversammlung vom 24. Dezember 1900 erteilte dem Antrag des Vorstandes, zur Bezahlung der restanzlichen Bauschuld eine Hypothek von 250,000 Fr. mit vorangehenden 850,000 Fr. auf die Liegenschaft der Saalbaugesellschaft zu Gunsten der Inkasso- und Effektenbank zu errichten, die Genehmigung. Dieser Schuldbrief sollte zur Deckung von 400 Partialen zu 500 Fr. und 500 Partialen zu 100 Fr., die je auf 31. Dezember zu 5 % verzinslich und jährlich mit 1/3 des Gewinnüberschusses der Saalbaugesellschaft, mindestens aber mit 10,000 Fr. durch Auslosung rückzahlbar sein sollten, dienen. Ferner wurde zur Platzierung weiterer Anteilscheine beschlossen, jedem Inhaber eines von der Genossenschaft direkt erworbenen Anteilscheines zu 500 Fr. freien Eintritt auf gewisse Plätze zu den von der Gesellschaft veranstalteten Vorstellungen zu geben.

Am 30. März 1901 fand die I. ordentliche Generalversammlung statt; in dieser wurde der erste Rechenschaftsbericht des Vorstandes entgegengenommen. Die Gewinn- und Verlustrechnung vom 17. April 1900 bis 31. Dezember 1900 zeigte 296,198 Fr. 97 Cts. Einnahmen und 292,172 Fr. 31 Cts. Ausgaben, somit einen Einnahmen-Überschuß von 3926 Fr. 66 Cts. Die Bilanz wies unter den Aktiven u. a. auf: Liegenschaften-Konto: Terrain 452,043 Fr. 5 Cts., Gebäude 1,131,407 Fr. 71 Cts. = 1,583,450 Fr. 76 Cts.; Debitoren-Konto 20,075 Fr. 99 Cts.; an Kassakonto (Barbestand) 4405 Fr. 40 Cts.; Mobilien-Konto 107,047 Fr. 96 Cts.; Bühnenmobiliar-Konto 10,501 Fr. 35 Cts. Die Gesamtkonten waren bewertet mit 1,749,564 Fr. 61 Cts. Die Passiven zeigten folgendes Bild:

Gesellschaftskapital:

Anteilschein-Konto:

1600 Anteilscheine à Fr. 500 . . .	Fr. 800,000 —	
* 416 " " " 500 . . .	" 208,000 —	Fr. 592,000 —

Anleihen:

Obligationen-Konto 1. Emission . . .	" 350,000 —	
Zins hierauf bis heute	" 3,937 50	

Hypothekar-Konto

Hypothekarschuld bei Sieber-Vang . .	" 250,000 —	
" bei dem Münchner		
Bürgerbräu	" 100,000 —	
" bei der Bilsener Aktien-		
brauerei	" 100,000 —	
Zins hierauf bis heute	" 8,812 50	

Hypothekarschuld bei einem Konsortium	" 47,583 50	
---------------------------------------	-------------	--

Obligationen-Konto 2. Emission

400 Obligat. à Fr. 500	Fr. 200,000	
500 " " " 100	" 50,000	

Fr. 250,000

* 28 Obligat. à Fr. 500

* 262 " " " 100	" 40,200	" 209,800 —	Fr. 1,070,133 50
Bauginsen-Konto	"		32,230 55
Tratten-Konto (laufende Akzepte)	"		15,000 —
Kreditoren-Konto	"		36,273 90
Saldo-Ausgleich	"		3,926 66

Fr. 1,749,564 61

* Nicht plaziert.

Für Abschreibungen war in der Rechnung nichts vorgesehen. Bericht und Jahresrechnung wurden genehmigt. In der Folge beschloß der Vorstand den Regiebetrieb des Restaurants. In der Vorstandssitzung vom 30. November 1901 wurde eine Offerte des — damals als Vorstandsmitglied schon zurückgetretenen — Beklagten Ulmer angenommen, zur Beschaffung neuer Betriebsmittel das gesamte Material um 25,000 Fr. zu verkaufen, mit „Vorkaufsrecht“ der Gesellschaft. Am 12. Dezember 1901 fand eine Versammlung der Obligationäre II. Emission statt. Der Vorstand ließ hier durch seinen damaligen Präsidenten Stadler ausführen: Er sei zur Überzeugung gekommen, daß nichts anderes übrig bleibe, „als daß entweder die Obligationäre das Objekt „selbst übernehmen oder aber das Obligationenkapital zu verlieren, „wenn die Obligationen-Inhaber II nicht dazu zu bewegen seien, „ein Jahr mit der Verzinsung und der Amortisation zuzuwarten „und sich der bestehenden Organisation anzuschließen“. Die Erfahrung habe gelehrt, wie man Ersparnisse machen könne; sollten sich wieder bessere Zeitverhältnisse einstellen, „würde das Geschäft „sicher kein schlechtes, d. h. über Wasser zu halten sein“. Es wurde in dieser Versammlung eine Kommission zur Prüfung der Situation bestellt. In der außerordentlichen Generalversammlung vom 16. Dezember 1901 gab der Präsident des Vorstandes einen einläßlichen Bericht, wonach das abgelaufene Betriebsjahr sehr schlecht gewesen sei, teils wegen des Regiebetriebes der Wirtschaft, teils wegen der Konkurrenz der Tonhalle-Gesellschaft mit Variété-Unternehmungen, teils endlich wegen allgemeiner ungünstiger Verhältnisse. Es wurde von der Versammlung der Obligationäre und von der Kaufsofferte Ulmer Kenntnis gegeben und beschlossen, den zukünftigen Vorstand zu ermächtigen, sich die nötigen weiteren Betriebsmittel durch Verkauf des Mobiliars unter Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft zu verschaffen. Damals war schon ein Konkursbegehren gegen die Gesellschaft gestellt. In seiner Sitzung vom 24. Dezember 1901 beschloß der (neue) Vorstand, der auf 4. Januar 1902 einzuberufenden außerordentlichen Generalversammlung über die Situation zu berichten und eventuell Antrag auf Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zu stellen. Am 30. Dezember 1901 fand sodann eine vom Vorstand ein-

berufene Gläubigerversammlung statt. Der Beklagte Ulmer teilte „die mögliche Lage des Geschäftes“ mit; „die Bücher seien im Rückstande und ihm daher eine genaue Bilanz vorzulegen unmöglich“. Laut Mitteilung des Beklagten Ulmer in der außerordentlichen Generalversammlung vom 4. Januar 1902 betrugen die laufenden Schulden für Lieferungen in den Theater- und Wirtschaftsbetrieb etwa 100,000 Fr., dazu kamen noch zirka 20,000 Fr. für laufende Zinsen auf Obligationen I. und II. Emission und der Hypothekendarlehen per 31. Dezember 1901; approximativ wurden die Aktiven auf 1,742,793 Fr. 87 Cts., die Passiven auf 1,849,641 Fr. 15 Cts. geschätzt, wobei die Aktiven ohne Abschreibungen zu Buch standen. In dieser Generalversammlung wurde der Vorstand ermächtigt, eine gerichtliche Nachlaßstundung nachzusuchen; diese wurde am 22. Januar 1902 bewilligt. Gemäß der einer außerordentlichen Generalversammlung vom 18. Januar 1902 mitgeteilten Bücherexpertise ergab die Betriebsrechnung pro 1901 einen Totalbetriebsverlust von 101,950 Fr. 34 Cts.; mit Hinzurechnung der unbedingt gebotenen Abschreibungen auf Liegenschaften, Mobilien, Maschinen und Utensilien, mit 33,403 Fr. 34 Cts., würde sich der Gesamtverlust auf 135,353 Fr. 68 Cts. erhöhen. Der vom gerichtlichen Sachwalter aufgestellte Status per 1. Februar 1902, dessen Schätzungen die Resultate einer eventuellen Konkursliquidation wiederzugeben suchen, wies folgendes Bild auf:

Aktiva:		Passiva:	
Liegenschaft	Fr. 876,600 —	Grundpfandversicherte	
Mobilien	52,718 65	Schulden	Fr. 1,134,508 65
Weine, Vorräte, w.	14,339 83	Faustpfandversicherte	
Guthaben	6,777 68	Schulden	25,000 —
Kassa	112 96	Konto-Korrent-Schulden (wovon ein größerer Betrag bestritten ist)	137,292 97
	Fr. 950,549 12		Fr. 1,296,801 62

Es ergab sich somit eine Unterbilanz von 346,252 Fr. 50 Cts. Am 27. Mai 1902 gab dann der Vorstand der Genossenschaft die Konkurserklärung ab.

3. Soweit die Klage auf die Bestimmungen des OM über die

Genossenschaften gestützt wird, rügt sie zweierlei Verletzungen gesetzlicher Pflichten, die dem Vorstand obliegen: einmal die Verletzung der in Art. 701 aufgestellten Pflicht zur Buchführung (bezw. zur Überwachung derselben), sodann, und namentlich, die Verletzung der in Art. 704 ausgesprochenen Pflicht, bei Überschuldung der Genossenschaft die Zahlungen einzustellen und dem Gerichte behufs Eröffnung des Konkurses Anzeige zu machen. Was nun jene erste behauptete Verletzung betrifft, so ist die Klage nach dieser Richtung nicht genügend substantiiert und ist namentlich in keiner Weise dargetan, daß die Verluste der Kläger mit der angeblich mangelhaften Kontrolle der Buchführung im Zusammenhang stünden. Der Vertreter der Kläger scheint denn auch heute, mit Recht, auf diesen Punkt kein entscheidendes Gewicht mehr zu legen, obschon er auch heute noch daran festgehalten hat, die Bücher seien nicht ordentlich geführt worden. Auf diese Vorbringen ist daher nicht näher einzutreten.

4. Wegen Verletzung der in Art. 704 OM aufgestellten Zahlungseinstellungs- und Anzeigepflicht — worin der Schwerpunkt der Klage liegt — räumt Art. 714 eod. den Gläubigern ein direktes Klagerecht gegen die Mitglieder des Vorstandes ein, und es ist daher sowohl die Aktivlegitimation der Kläger, wie auch die Passivlegitimation der Beklagten grundsätzlich gegeben; von den Beklagten hat denn auch nur der Beklagte Ulmer seine Passivlegitimation bestritten, indem er geltend machte, er sei zur kritischen Zeit, d. h. zur Zeit der Entstehung der klägerischen Forderungen, nicht mehr Mitglied des Vorstandes gewesen. Die Richtigkeit und Erheblichkeit dieses Einwandes mag jedoch vorläufig auf sich beruhen, da bei materieller Unbegründetheit der Klage aus Art. 704 diese von den Vorinstanzen nicht behandelte formelle Einrede gegenstandslos wird.

5. Über die materielle Begründetheit der Klage nun, soweit sie auf Art. 704 OM gestützt wird, ist zu bemerken: Indem Art. 704 OM dem Vorstande der Genossenschaft zur Pflicht macht, dann, wenn sich eine Überschuldung „ergibt“, die Zahlungen einzustellen und beim Gerichte die Konkursöffnung zu beantragen, stellt er einerseits nicht ab auf die bloße objektive Tatsache der Überschuldung, sondern auf die Erkennbarkeit dieser Tatsache durch den

Vorstand, also auf ein subjektives Moment; die Verantwortlichkeit des Vorstandes wird also erst begründet, wenn er die Überschuldung gekannt hat oder hätte kennen sollen, m. a. W., wenn ihm Verschulden, sei es Vorsatz, sei es Fahrlässigkeit, zur Last fällt, was denn auch der Vertreter der Kläger anerkannt hat und wie auch von der Vorinstanz angenommen wird. Und da das Gesetz anderseits keine Vorschriften darüber aufstellt, auf welche Weise, aus welchen Tatsachen die Überschuldung ersichtlich sein solle, ist nicht bloß auf die letzte Bilanz abzustellen, sondern es können auch alle andern Tatsachen, die der Geschäftsgang der Genossenschaft normaler oder nicht normaler Weise mit sich bringt, dazu geeignet sein, die Erkennbarkeit der Überschuldung und damit die Zahlungseinstellungs- und Anzeigepflicht des Vorstandes zu begründen. (Vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 8. März 1901 i. S. Boucherie coop. genevoise et cons. c. Theuss et cons., Amtl. Samml., Bd. XXVII, 2. Teil, S. 103 f., Erw. 7.) Der Vertreter der Kläger rechnet nun zu diesen Tatsachen namentlich auch die Zahlungsunfähigkeit der Genossenschaft und stellt sich auf den Standpunkt, bei Zahlungsunfähigkeit, die in der Regel mit der Überschuldung zusammenfallen werde, dürfen die Aktiven der Genossenschaft nur noch nach dem Liquidationswerte gewertet werden. Allein im Falle der Zahlungsunfähigkeit, die in der Regel durch Zahlungseinstellung nach außen in die Erscheinung treten wird, ist den Gläubigern das Mittel gegeben, auf dem Wege der Konkursbetreibung oder ohne vorgängige Betreibung gemäß Art. 190 Ziff. 2 SchRG die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, sodaß also für diesen Fall anderweitig gesorgt ist und nicht angenommen werden kann, das OR stelle auch für den Fall der Zahlungsunfähigkeit eine in Art. 704 nicht ausdrücklich enthaltene, über ihn hinausgehende rigorose Vorschrift auf (vergl. auch Art. 192 SchRG); es kann daher auch den Klägern darin nicht beigegeben werden, daß für den Fall der Zahlungsunfähigkeit allgemein eine besondere Pflicht zur Aufstellung einer Liquidationsbilanz bestünde. Auf der andern Seite könnte sich der Vorstand allerdings auch nicht darauf berufen, der wahre Stand des Geschäftes sei ihm wegen mangelhafter Buchführung nicht möglich gewesen, da er sich damit auf einen Verstoß gegen eine ihm

gesetzlich obliegende Pflicht (Art. 701 OR) stützen würde. Bei einem Unternehmen, wie dasjenige der Saalbaugesellschaft es ist, das seine Einnahmen in seinem Geschäftsbetrieb suchen muß, werden vor allem die Ergebnisse des Betriebes für den Vorstand einen Anhaltspunkt dafür bilden können, ob Überschuldung eintritt oder nicht; dagegen muß auch hier gesagt werden, daß ungünstige Betriebsergebnisse, da sie vorübergehender Natur sein und auf besonders ungünstigen Konstellationen, Zeitumständen u. s. w. beruhen können, noch nicht, an sich schon, eine Veranlassung für den Vorstand abgeben müssen, anzunehmen, es liege Überschuldung vor. An Hand dieser Grundsätze und der in Erwägung 2 hievor wiedergegebenen Tatsachen ergibt sich nun folgendes: Als Zeitpunkt, auf welchen den Beklagten die Überschuldung hätte erkennbar sein sollen, haben die Kläger ursprünglich schon den Anfang des Jahres 1900 angenommen; heute stellen sie mehr auf das Ende des genannten Jahres ab. Mit Recht haben sie ihren frühern Standpunkt verlassen, da die I. Instanz zutreffend dargetan hat, daß es der Genossenschaft im Laufe des Jahres 1900 gelungen sei, ein Obligationenanleihen von 350,000 Fr. unterzubringen und das Anteilschreinskaptal auf die ursprünglich in Aussicht genommene Höhe von 600,000 Fr. zu bringen. Allein auch für den spätern von den Klägern angenommenen Zeitpunkt kann eine Überschuldung und die Erkennbarkeit einer solchen nicht angenommen werden. Allerdings dauerten die Schwierigkeiten der Geldbeschaffung fort; daß aber die Beklagten nicht daran dachten, es liege Überschuldung vor, beweist u. a. die Vorstandssitzung vom 23. Juli 1900, wo von Aufnahme eines Darlehens gegen Akzept von fünf Vorstandsmitgliedern die Rede war. Inzwischen war der Betrieb eröffnet worden, und nun mußten in erster Linie, um zu einer richtigen Beurteilung der Lebensfähigkeit zu gelangen, die Ergebnisse des Betriebes abgewartet werden. Diese Ergebnisse gestalteten sich bis zum Schlusse des Jahres, für die ersten 8 $\frac{1}{2}$ Monate, nicht ungünstig. Allerdings erwies sich in der Folge die budgetierte Betriebsbilanz des Theaters und des gesamten Unternehmens, wie sie im Prospekt vom Oktober 1900 aufgestellt war, als viel zu optimistisch; aber es kann nicht gesagt werden, daß ein besseres Ergebnis nicht hätte erwartet werden können, und

insbesondere kann nicht angenommen werden, daß in jenem Zeitpunkt eine Überschuldung tatsächlich schon eingetreten sei. So kam es denn zur Bilanzziehung vom 31. Dezember 1900, die mit einem kleinen Aktivenüberschuß schloß. Die Bemängelung dieser Bilanz durch die Kläger ist von der Vorinstanz u. a. als zu wenig detailliert zurückgewiesen worden, und hieran ist das Bundesgericht, da es sich wohl um einen auf prozessualischen Gesichtspunkten beruhenden Entscheid handelt, gebunden. Daß aber damals schon eine sogenannte Liquidationsbilanz hätte aufgestellt werden, die Aktiven also nach ihrem Liquidationswert hätten gewertet werden sollen, ist von der Vorinstanz mit Recht zurückgewiesen und auch heute von den Klägern nicht mehr festgehalten worden; und daß die Bilanz keine Abschreibungen aufwies, ist zwar ein Mangel, jedoch, wie die Vorinstanz richtig ausführt, ohne Erheblichkeit für die Frage der Überschuldung. Es kann sich daher nur noch fragen, ob nach Ziehung der Jahresbilanz pro 1900 Ereignisse eingetreten sind, die eine Überschuldung erzeugten und den Beklagten erkennbar machten. Nun ist allerdings richtig, daß sich die Betriebsergebnisse infolge verschiedener, von den Beklagten speziell hervorgehobener Umstände vom Frühjahr 1901 an sehr ungünstig gestalteten, und ebenso war im übrigen die finanzielle Lage der Genossenschaft äußerst schwierig. Aber auch im Sommer 1901 und noch später waren die Forderungen der Gläubiger durch die zum Geschäftswert gewerteten Aktiven noch gedeckt, wie die Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise feststellt. Auch hier ist wiederum zu sagen, daß eine Schätzung der Aktiven nach dem Liquidationswert dem Vorstand nicht zugemutet werden konnte; und wenn die Vorinstanz ausführt, der Vorstand wäre nicht verpflichtet gewesen, den mutmaßlichen Erlös so niedrig anzusetzen, daß er zur Deckung der Genossenschaftsschulden nicht mehr ausgereicht hätte, so ist dem beizustimmen, wie denn überhaupt gesagt werden muß, daß der Liquidationswert ein derart schwankendes, vom subjektiven Ermessen wie von mancherlei objektiven Tatsachen abhängiges Kriterium ist, daß darauf bei der Frage der Überschuldung nicht abgestellt werden darf. Erst das Resultat pro 1901 zeigte dann dem Vorstande die ganze Schwierigkeit der Sachlage; in jenem Zeitpunkt aber ergriff er auch rechtzeitig die geeigneten

Maßregeln und kam er seiner Pflicht nach Art. 704 OR nach. Mit diesen Ausführungen erweist sich auch das eventuelle Begehren der Kläger um Anordnung einer Expertise als unbegründet; denn die Expertise soll nicht zur Feststellung einer erheblichen, aber von der Vorinstanz rechtsirrtümlicher Weise unerheblich befundenen Tatsache dienen, sondern sie soll sich richten gegen den von der Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise festgestellten Tatbestand, was nicht zulässig ist.

6. Mit Bezug auf Art. 50 OR, auf den die Kläger ihren Anspruch vor zweiter Instanz eventuell gestützt haben, hat diese Instanz bemerkt, dies neue Klagefundament sei im Verhandlungsprotokoll viel zu wenig substantiiert, als daß hierauf des nähern eingetreten zu werden brauchte. Sie hat danach das Eintreten auf diesen Standpunkt deshalb abgelehnt, weil er vor erster Instanz nicht genügend substantiiert worden sei, also aus einem prozessualen Grunde. Das Bundesgericht kann daher auf diesen Standpunkt nicht eintreten; soweit ihm die zur Beurteilung desselben nötigen Tatsachen fehlen, kann es die Sache nicht an die Vorinstanz zurückweisen, da diese aus einem auf kantonalen Prozeßrechte beruhenden Grund das Eintreten abgelehnt hat; und aus den vorliegenden Akten kann ein Anspruch aus Art. 50 OR nicht als begründet erklärt werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Februar 1904 in allen Teilen bestätigt.