

155. Urteil vom 20. Dezember 1895 in Sachen  
Müller gegen Erben Tobler.

A. Durch Urteil vom 14. Mai 1895 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Beklagte ist schuldig, an die Kläger 14,059 Fr. 38 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 7. Oktober 1892 zu bezahlen und anzuerkennen, daß dafür laut Kreditversicherungsbrief vom 23. September 1892 ein Grundpfandrecht haftet auf den ihm eigentümlich zustehenden Grundstücken Kataster Nr. 4218, 4219 und 4282 an der Turnhallenstrasse in Zürich III.

2. Von der Anerkennung von litt. b der Widerklage wird Vorwerk genommen, im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage, es sei in Abänderung des Dispositiv 1 des angefochtenen Urteils die klägerische Forderung nur im zweitinstanzlich anerkannten Betrage von 3521 Fr. 80 Cts. gutzuheissen und die Mehrforderung abzuweisen.

In der Hauptverhandlung vor Bundesgericht wiederholt der Anwalt des Berufungsklägers diesen Antrag. Der Anwalt der Berufungsbeklagten beantragt, auf die Berufung wegen Inkompetenz nicht einzutreten, da die Streitsache ausschließlich nach kantonalem Rechte zu beurteilen sei eventuell dieselbe materiell als unbegründet zu erklären und das angefochtene Urteil zu bestätigen, weiter eventuell die Klage im Betrage von 9297 Fr. 60 Cts., jedenfalls aber im Betrage von 8947 Fr. 60 Cts. gutzuheissen mit Zins zu 5 % seit 7. Oktober 1892, und eventuell, das Urteil aufzuheben und eine nochmalige Expertise anzuordnen zur Beantwortung der Frage, welchen Wert die angefangenen Bauten repräsentieren nach der Verwendung, die dieselben gegenwärtig finden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Liegenschaftsagent A. Hef in Zürich verkaufte im Juni 1892 dem Baumeister Karl Mez fünf an der Turnhallenstrasse in Auzersihl gelegene Baupläze; durch Vermittlung des gleichen Hef erklärte sich Tobler-Hagens bereit, dem Mez die nötigen Mittel zum Bauen vorzustrecken, wofür sich Hef als Bürge

verpflichtete. Mez begann auf den Parzellen Kataster Nr. 4218 und 4219 mit der Baute, und führte ein Gebäude bis zur Sockelhöhe im Fundamentmauerwerk auf, ebenso leistete Tobler Vorschüsse, die bis zum 30. August 1892 die Höhe von 9800 Fr. erreichten. Von Anfang an besaß aber Mez keine definitive Baubewilligung, welcher Umstand dem Tobler bekannt war, und der Bau wurde durch Beschluß des Gemeinderates Auzersihl vom 4. August 1892 definitiv untersagt, und ein hiegegen erhobener Rekurs unterm 13. Oktober gleichen Jahres abgewiesen. Der Grund dieses Verbotes bestand in der Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der eingereichten Pläne, sowie in der Unvollständigkeit der Quartieranlage. Ende August trat Mez schuldenhalber aus, der Bau stand stille und ist bis zum Erlaß des obergerichtlichen Urteils stille gestanden. Man suchte nun an Stelle des Mez einen neuen Übernehmer und fand ihn in der Person des Beklagten Müller. Am 23. September 1892 ließ sich Müller von Mez die beiden Parzellen Kataster Nr. 4218 und 4219 notarialisch zufertigen um einen Kaufpreis von 26,087 Fr. 30 Cts. In Ziffer 3 der Kaufbedingungen verpflichtete sich der Käufer, die auf den verkauften Grundstücken vom Verkäufer in Angriff genommenen Bauten gemäß dem bestehenden Situationsplan fortzusetzen, und wenn immer möglich innert Jahresfrist zu vollenden. Am gleichen Tage wurde zwischen Müller und Tobler ein Anlehenvertrag abgeschlossen, ähnlich dem früher zwischen Tobler und Mez abgeschlossenen, und mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß die bisher vom Darleher für Rechnung des Mez geleisteten Beträge von Müller übernommen werden. Für die schon gemachten und auf Wunsch des Müller noch zu machenden Vorschüsse sollte dieser außer der vereinbarten Hypothekarversicherung auf das Land und die zu erstellenden Gebäude einen 6000 Fr. betragenden Schuldbrief, ursprünglich auf Mezger Bostel lautend, dem Tobler übergeben, welcher Verpflichtung Müller auch nachgekommen ist. Am 15. November 1892 wurde über Mez der Konkurs eröffnet. In diesem Konkurs meldete A. Hef unter anderm an 9866 Fr. 15 Cts., welche Tobler dem Kreditoren dargeliehen und für welche Hef Bürg- und Selbstzahlerschaft geleistet habe, und 5006 Fr. 75 Cts. als Cessionar Toblers für geleistete Zahlungen desselben für Rechnung des Kreditoren. Ferner meldete Tobler 9970 Fr.

30 Cts. für im Juni, Juli und August dem Metz geleistete Darlehen an. Die Forderungen beider Ansprecher wurden anerkannt, und Tobler bezog im Juni 1893 eine Konkursdividende von 813 Fr. 52 Cts. und Hefz eine solche von 564 Fr. Im Frühjahr 1893 klagte nun Müller gegen Tobler auf Aufhebung des mit demselben am 23. September 1893 abgeschlossenen Vertrages und Rückgabe des hinterlegten Schuldbriefes von 6000 Fr., weil Tobler ihm verschwiegen habe, daß auf den gekauften Bauplätzen nicht gebaut werden dürfe. Beide kantonalen Instanzen fanden den Beweis geleistet, daß Tobler dem Müller das bestehende Bauverbot wissenschaftlich verschwiegen habe, und erklärten deshalb gestützt auf Art. 24 O.-R. den zwischen den beiden Parteien am 23. September 1893 abgeschlossenen Vertrag als aufgehoben. Anfangs 1894 erhoben nun die Kläger gegenüber dem Beklagten Klage mit dem Rechtsbegehren, derselbe sei zu verpflichten, ihnen als Erben des inzwischen verstorbenen Tobler-Hagens 14,059 Fr. 38 Cts. nebst Zins à 5 % seit 7. Oktober 1892 zu bezahlen, und anzuerkennen, daß dafür laut Kreditversicherungsbrief vom 23. September 1892 ein Grundpfand hafte auf den dem Beklagten eigentümlich zustehenden Grundstücken Kataster Nr. 4218, 4219 und 4282 an der Turnhallenstrasse in Zürich III. Die Klage gründet sich darauf, daß in dem Liegenschaftentausch zwischen Müller und Metz der angewiesene Kaufpreis von 26,087 Fr. 30 Cts. nur den Gegenwert gebildet habe für den Bauplatz, nicht aber auch für die angefangenen Bauten; als Kaufpreis für diese Bauten habe der Beklagte die Verpflichtung übernommen, dem Tobler die dem Metz geleisteten Vorschüsse zurückzubehalten, und die noch nicht bezahlten Materiallieferanten des Metz zu befriedigen. Bis und mit dem 23. September 1892 haben die Zahlungen des Tobler an Metz 9866 Fr. 15 Cts. betragen, wovon die erhaltene Konkursdividende von 813 Fr. 52 Cts. in Abzug komme; ferner habe Metz zu diesem Zeitpunkt seinen Materiallieferanten 5006 Fr. 75 Cts. geschuldet, und es sei diese Summe von Tobler auf Wunsch des Müller bezahlt worden. Eventuell wird der Standpunkt der ungerechtfertigten Bereicherung eingenommen mit der Behauptung, daß wenn Beklagter für diese Beträge nicht aufkommen müßte, er kein Äquivalent für die erworbenen Bauten zu leisten hätte. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage

und stellte widerklagsweise das Begehren um Lösung des Kreditversicherungsbriefes, sowie um Beurteilung der Kläger zur Zahlung einer Gegenforderung für Prozeßkosten im Betrage von 82 Fr., welche letztere von den Klägern anerkannt wurde. Die Antwort stützt sich darauf, daß die ganze Schuldübernahme gemäß dem obergerichtlichen Urteil vom 31. Oktober 1893 dahingefallen sei, und auch von einer Bereicherung nicht gesprochen werden könne, indem die angefangene Baute eine Ruine sei, die zu nichts zu verwenden sei. Über den Wert der angefangenen Baute erhob die erste Instanz eine Expertise, die dahin lautete, daß der Wert derselben auf 9297 Fr. 60 Cts. zu veranschlagen sei, wenn die Arbeiten für den Aufbau der Gebäude benützt werden können, dagegen auf 3521 Fr. 80 Cts., wenn dies nicht der Fall sei und die Mauern abgebrochen werden müssen. In einem Ergänzungsgutachten erklärte der Experte, daß die Sockelfucht der angefangenen Baute 1,70 M. von der nachbarlichen Grenze entfernt sei; die Distanz sei also 1,80 M. kleiner als die gesetzlich vorgeschriebene (von 3,50 M.). Durch das Abschneiden der Baute auf 3,50 M. von der nachbarlichen Grenze werden im Kellergeschosß die Waschküche und in jedem Stockwerk und Dachstock zum mindesten je ein Zimmer abgeschnitten, und die andern Zimmer und Küchen verkleinert und verunstaltet; es werde wahrscheinlich auch eine ganz andere Fensereinteilung für die Fagade nötig. Während die erste Instanz die Klage, soweit sie sich auf den Vertrag vom 23. September 1892 stützte, abgewiesen und nur die Bereicherungsklage im Betrage des vom Experten angenommenen Abbruchwertes der Baute gutgeheißen hatte, schützte die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes den geltend gemachten Anspruch der Kläger im ganzen Umfange. Dieses Urteil beruht auf folgenden Erwägungen: Keinem Zweifel unterliege, daß der Beklagte sich im Kaufvertrage mit Metz nicht nur zur Übernahme der Hypothekarschulden im Gesamtbetrage von 26,087 Fr. 30 Cts., sondern im fernern auch noch zur Bezahlung der Guthaben des Tobler-Hagens und der Baulieferanten (von zusammen 14,872 Fr. 90 Cts.) verpflichtet habe. Wenn dieser Vertrag vorschreibe, daß der Käufer die auf den verkauften Grundstücken in Angriff genommenen Bauten fortzusetzen habe, so sei die Meinung der Kontrahenten dabei offenbar die gewesen, daß der Beklagte hinsichtlich der fraglichen Bauten

einfach an Stelle des Metz zu treten, den letztern also auch von den Schulden, die er zum Zwecke der Ausführung der Bauten eingegangen war, zu entlasten habe. Nun sei richtig, daß der Beklagte den zwischen ihm und Tobler am 23. September 1892 abgeschlossenen Anlehensvertrag mit Erfolg angefochten habe, dagegen sei eine solche Anfechtung hinsichtlich des Kaufvertrages mit Metz niemals erfolgt, und dieser letztere Vertrag daher ohne weiteres als für den Beklagten verbindlich zu betrachten. Danach sei aber die klägerische Forderung im vollen Umfange zu schützen. Bezüglich des Betrages, welchen Metz von Tobler erhoben habe, könnte sich höchstens fragen, ob die Kläger berechtigt seien, aus der Übernahme der Schuld durch den Beklagten direkt gegen diesen zu klagen. Allein diese Frage dürfe unbedenklich bejaht werden. Nach richtiger Rechtsauffassung gewähre die Schuldübernahme dem Gläubiger jedenfalls dann ein direktes Klagerecht gegenüber dem Übernehmer der Schuld, wenn die Kontrahenten beabsichtigt haben, zugleich zum Vorteil des Gläubigers zu handeln, und demselben in der Person des Schuldübernehmers einen neuen Schuldner zu verschaffen; nun lasse sich im vorliegenden Falle nach Lage der Akten nicht bezweifeln, daß Metz und Müller eine solche Absicht gehabt haben. Es stehe somit nichts entgegen, den Beklagten auf das Begehren der Kläger hin zur Erfüllung der dem Metz gegenüber übernommenen Verpflichtung, d. h. eben zur Bezahlung des Toblerschen Guthabens anzuhalten. Ebenso seien aber auch die weiter geforderten 5006 Fr. 75 Cts., welche Metz seinerzeit für Baumaterialien zc. schuldig geworden und deren Bezahlung der Beklagte im Kaufvertrage ebenfalls übernommen habe, gutzuheißen. Es stehe fest, daß der Rechtsvorfahr der Kläger die betreffenden Schulden von sich aus bezahlt habe; da die Tilgung derselben nun aber Sache des Beklagten gewesen sei, habe er mit der Zahlung eine Regressforderung auf ihn erworben.

2. Was zunächst die Widerklage anbetrifft, so liegt dieselbe heute gar nicht mehr im Streite. Das zweite Widerklagsbegehren ist von den Klägern anerkannt, das erste von der Vorinstanz abgewiesen und ein Abänderungsantrag in der Berufungserklärung diesbezüglich nicht gestellt worden.

3. Demnach steht nur die Hauptklage zur Entscheidung, und es haben die Kläger hiebei in erster Linie die Einrede der In-

kompetenz gestellt, weil der Klageanspruch aus einem Diegenenschaftskauf hergeleitet und demzufolge ausschließlich vom kantonalen Rechte beherrscht werde, wonach gemäß Art. 56 D.-G. das Bundesgericht zu dessen Entscheidung nicht kompetent sei. Nun ist allerdings richtig, daß nach der vom Bundesgericht in konstanter Praxis vertretenen Auffassung, an der durchaus festzuhalten ist, für Diegenenschaftskäufe (abgesehen von der Frage der Handlungsfähigkeit) in allen Beziehungen das kantonale Recht gilt (s. bundesgerichtliche Entscheidungen, Amtliche Sammlung XV, S. 348, Erw. 3). Allein der Anspruch, den die Kläger mit der vorliegenden Klage erheben, ist gar kein solcher aus Kauf. Die Kaufklage können sie gegenüber dem Beklagten nicht anstellen, weil Tobler-Hagens, von dem sie ihre Ansprüche herleiten, nicht Verkäufer war. Die Berufung auf diesen Kaufvertrag geschieht vielmehr in dem Sinne, daß sie behaupten, es liege in demselben zugleich eine Schuldübernahme zu Gunsten Toblers, also ein Vertrag zu Gunsten Dritter. Eine derartige Vereinbarung bildet nun aber, auch wenn sie gleichzeitig und in Verbindung mit einem Diegenenschaftskauf eingegangen wird, keinen unselbständigen Bestandteil desselben, sondern enthält vielmehr einen besondern Nebenvertrag mit selbständiger rechtlicher Bedeutung und Wirkung. Danach ist für die Frage, ob hier eidgenössisches oder kantonales Recht zur Anwendung komme, die rechtliche Natur der Schuldübernahme maßgebend, und bleibt dabei ohne Einfluß, daß der Kaufvertrag ein Diegenenschaftskauf und deshalb dem kantonalen Rechte unterstellt ist. Dieser Schuldübernahmevertrag aber gehört, da es sich dabei weder um grundversicherte Schulden noch sonst um ein vom kantonalen Recht geregeltes Schuldverhältnis handelt, dem eidgenössischen Rechte an. Dazu kommt nun noch, daß Tobler mit dem Beklagten einen besondern Darlehensvertrag abgeschlossen hat, worin die nähern Bedingungen der Schuldübernahme festgesetzt worden sind. Hat aber der Dritte, zu dessen Gunsten ein Vertrag eingegangen worden ist, über den Inhalt desselben mit dem Versprechenden noch besonders kontrahiert, so muß er seine Rechte naturgemäß in erster Linie aus diesem besondern Vertrag, in welchem er selbst kontrahiert hat, herleiten. Die Vorinstanz allerdings erklärt, bei der Bestimmung Ziffer 3 des Kaufvertrages, wonach der Käufer die auf den verkauften

Grundstücken in Angriff genommenen Bauten fortzusetzen hatte, sei die Meinung der Kontrahenten offenbar die gewesen, daß der Beklagte hinsichtlich der fraglichen Bauten einfach an Stelle des Meh zu treten, den letztern also auch von den Schulden, die er zum Zwecke der Ausführung der Arbeiten eingegangen war, zu entlasten habe. Allein diese Willensinterpretation stützt sie ausschließlich auf die in Erwägung 3 des erstinstanzlichen Urteils angeführten Momente, und hier wird nun die Schuldübernahme des Beklagten ausdrücklich nicht auf den Kaufvertrag mit Meh, sondern auf den nebenher gehenden, mit Tobler abgeschlossenen Separatvertrag gegründet. Es handelt sich also vorliegend keineswegs um die Beurteilung eines Liegenschaftskaufes, sondern eines selbstständigen, dem eidgenössischen Rechte unterliegenden Rechtsgeschäftes, weshalb die Kompetenz des Bundesgerichtes in Hinsicht auf das anzuwendende Recht begründet ist. Was die übrigen Kompetenzvoraussetzungen anbetrifft, so sind dieselben nicht in Zweifel gezogen und auch offenbar vorhanden.

4. In der Hauptsache steht fest, daß der Rechtsvorfahr der Kläger den Beklagten doloser Weise zum Abschluß des Darlehensvertrages vom 23. September 1892 verleitet hat, und daß dieser Darlehensvertrag deshalb von der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes durch Urteil vom 31. Oktober 1893 als aufgehoben erklärt worden ist. Es ist klar, daß die Hauptklage daher nicht auf die in diesem Vertrage eingegangene Schuldübernahme gestützt werden kann. Hievon geht auch die Vorinstanz aus, dagegen erklärt sie, der Beklagte habe die nämliche Verpflichtung gegenüber dem Rechtsvorfahren der Kläger auch in dem Kaufvertrag mit Meh übernommen, und weil dieser Kaufvertrag vom Beklagten nicht angefochten worden sei, so bestehe auch die Schuldübernahme dennoch zu Recht. Dieser Argumentation kann nicht beigetreten werden. Zunächst muß bemerkt werden, daß in jenem Kaufvertrage *expressis verbis* von einer solchen Schuldübernahme überhaupt nicht die Rede ist. Die einzige Stelle in jenem Kaufvertrag, aus welcher die Vorinstanz die Schuldübernahme herleitet, ist Ziffer 3 der allgemeinen Bestimmungen, und diese lautet einfach dahin, der Käufer sei verpflichtet, die vom Verkäufer auf den verkauften Grundstücken in Angriff genommenen Bauten gemäß Situationsplan fortzusetzen und wenn immer

möglich innert Jahresfrist zu vollenden. Davon, daß der Käufer die dem Verkäufer durch Tobler gemachten Vorschüsse zu bezahlen habe, steht kein Wort, und es würde sich eine solche Willensmeinung der Kontrahenten aus der citierten Vertragsbestimmung unmöglich herauslesen lassen, wenn nicht der Beklagte außer dem Kaufvertrag noch jenen Darlehensvertrag mit Tobler abgeschlossen hätte. In der Tat hat denn auch die Vorinstanz bei Feststellung dieser Willensmeinung einzig auf die Tatsache abgestellt, daß der Beklagte die streitige Verpflichtung in dem Darlehensvertrag eingegangen ist. Nun ist aber dieser Darlehensvertrag durch rechtskräftiges Urteil als ungültig erklärt, woraus folgt, daß auch die Schuldübernahme für den Beklagten unverbindlich ist. Selbst wenn übrigens die Schuldübernahme auch in dem Kaufvertrage erklärt worden wäre, könnte sich kein anderes Resultat ergeben. Denn nachdem einmal festgestellt ist, daß der Beklagte dazu durch den Dolus des Tobler verleitet wurde, leidet dieselbe an einem Mangel, der ihre Verbindlichkeit für den Beklagten aufhebt, werde sie nun aus dem Separatvertrag mit Tobler oder aus dem Vertrag mit Meh hergeleitet. In beiden Fällen handelt es sich um einen Vertrag, dem die Einrede des Art. 24 D.-R. entgegensteht.

5. Muß sonach die Klage, soweit sie auf die behauptete Schuldübernahme gegründet wird, abgewiesen werden, so fragt sich weiter, ob den Klägern ein Anspruch gegen den Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehe. Die erste Instanz hat die Bereicherungsklage grundsätzlich gutgeheißen, und den daherigen Anspruch der Kläger, unter der Annahme, daß die angefangenen Bauten wegen des Bauverbotes in absehbarer Zeit nicht weitergeführt werden können, gemäß der erhobenen Expertise auf 3521 Fr. 80 Cts., gleich dem Abbruchswerte der Bauten, festgesetzt. Da der Beklagte gegen dieses Urteil die Appellation nicht ergriffen hat, ist die Bereicherungsklage jedenfalls in diesem Vertrage zu schützen. Heute hat der Beklagte den Bereicherungsanspruch grundsätzlich bestritten, und es könnte sich fragen, ob er hiemit überhaupt noch zu hören sei, nachdem er gegen das erstinstanzliche Urteil die Appellation nicht ergriffen hat. Da indessen diese Unterlassung auf verschiedenen Gründen beruhen kann, geht es nicht an, darin ohne weiteres eine Anerkennung der

grundfächtigen Berechtigung der Bereicherungsflagge zu erblicken. Diese Frage ist daher durch Anerkennung des Beklagten nicht präjudiziert. Nun muß aber der ersten Instanz darin beigetreten werden, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung des Beklagten insoweit vorliegt, als durch die von Tobler an die Baulieferanten gemachten Zahlungen sein Vermögen vermehrt worden ist. Da diese Zahlungen auf Grund des mit dem Beklagten abgeschlossenen Darlehensvertrages gemacht wurden, mit der gerichtlichen Aufhebung desselben aber der Grund, warum dieselben geleistet wurden, dahingefallen ist, sind die in Art. 71 D.-R. enthaltenen Voraussetzungen der Bereicherungsflagge gegeben, und ist daher der Beklagte zur Rückerstattung der aus diesen Zahlungen ihm erwachsenen Vermögensvorteile verpflichtet. In welchem Umfange der Beklagte durch diese 5006 Fr. 75 Cts. betragenden Zahlungen Toblers bereichert worden sei, ist davon abhängig, welche Verwendung die angefangenen Bauten mit Rücksicht auf die Bauverbotshverhältnisse und die nachbarrechtlichen Bestimmungen des städtischen Baugesetzes gegenwärtig finden oder finden können. Da die Akten eine Feststellung hierüber nicht enthalten, ist die Sache zur Beweiserhebung bezüglich dieses Punktes und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Expertise nämlich gibt keinen hinlänglichen Anhalt, da sie den Wert der Bauten nicht mit Rücksicht auf diejenige Verwendung taxiert, welche dieselben nach der schon vor der zweiten kantonalen Instanz aufgestellten und nicht etwa als prozessualisch unzulässig zurückgewiesenen Behauptung der Kläger nunmehr finden oder finden können.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird in der Hauptsache als begründet erklärt; das Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 14. Mai 1895 wird aufgehoben, und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen in der Meinung, daß dieselbe auf Grund der heutigen Sachlage eine Expertise anzuordnen habe über den Betrag der dem Beklagten Müller auf Kosten der Kläger entstandenen Bereicherung.

156. *Sentenza del 21 dicembre 1895 nella causa Schenker contro Corecco.*

Il Tribunale di Appello del Ticino, con sentenza del 3 ottobre 1895, ha giudicato: « La sentenza 3 luglio 1895 pro- » ferta dal lodevole Tribunale distrettuale di Mendrisio, nella » causa promossa e vertita fra le parti come sopra, è con- » fermata. »

Appellante dai dispositivi 1 e 2 di questo giudizio il signor Oscar Schenker, che con ricorso scritto ha concluso domandando: La nullità della sentenza 3 ottobre 1895 e del libello 28 ottobre 1893.

Delle parti presente alla seduta di quest'oggi solo l'appellante nella persona del suo procuratore, avv. L. Berdez di Losanna, il quale riprendendo le conclusioni formulate in iscritto dal codifensore avv. Franc. Azzi di Lugano, portanti l'annullazione della sentenza 3 luglio 1895 ed il rigetto della domanda dell'attore, domanda eventualmente, che la causa sia rinviata alle istanze cantonali allo scopo di far completare le lacune esistenti negli atti.

*Ritenuto in linea di fatto:*

Il 3 ottobre 1891 i signori Carlo Corecco a Bodio e Oscar Schenker a Chiasso stipularono un contratto, col quale dichiaravano di costituirsi in società sotto la ragione sociale Oscar Schenker & C°, agenzia generale di emigrazione a Chiasso. La società doveva cominciare col 1 gennaio 1892 e durare 5 anni, salvo modificazioni da apportarvi dopo un anno di esercizio. La nuova società non doveva avere niente di comune colla ditta Corecco e Brivio di Bodio, tolto che il signor Schenker si sarebbe astenuto di corrispondere direttamente colla compagnia generale transatlantica francese, rappresentata dalla ditta Corecco, e la ditta Corecco & Brivio colla Red Star Line e suoi rappresentanti ad Anversa, di cui Schenker sostiene che avesse la rappresentanza esclusiva per l'Italia. Il contratto portava inoltre, che il socio Corecco si obbligava a fornire la cauzione voluta dalla legge federale