

**91. Urteil vom 24. November 1906 in Sachen
Vereinigte Kunstdesfabriken A.-G., Kl. u. Ver.-Kl., gegen
von Horowitz, Bekl. u. Ver.-Bekl.**

**Anfechtung einer Schuldübernahme und Zession wegen Simulation. Oertliche Rechtsanwendung. — Liegt Simulation vor?
Art. 16 OR. Stellung des Bundesgerichts; Art. 81 OG.**

A. Durch Urteil vom 25. Mai 1906 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern (II. Abteilung) über das Rechtsbegehren:

„Es sei gerichtlich zu erkennen, die im Arrest Nr. 4701 mit „Arrest belegte Forderung im Betrage von 23,398 Fr. 05 Ctz. „gegen die eidgenössische Staatskasse bezw. die schweizerische Alkoholverwaltung stehe nicht dem S. von Horowitz als Gläubiger „zu, sondern es sei für diese Forderung die erste galizische Spiritusraffinerie A.-G. in Lemberg Gläubigerin“ erkannt:

Die Klägerin ist mit dem gestellten Rechtsbegehren abgewiesen.

B. Die Klägerin hat gegen dieses Urteil rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Gutheißung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin seinen Berufungsantrag wiederholt, während der Vertreter des Beklagten auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen hat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Laut Verträgen vom 28. August und 18. September 1903 hatte die erste galizische Spiritusraffinerie A.-G. der eidgenössischen Alkoholverwaltung in Bern im Laufe des Jahres 1904 84 Kesselwagen Sekundärsprit zu liefern. Mit Zuschrift vom 20. Januar 1904 teilte sie der Alkoholverwaltung mit, daß Samuel von Horowitz — der heutige Beklagte — es übernommen habe, ihre „Lieferungsverpflichtungen zu erfüllen“ und sie „in dieser Beziehung zu vertreten“; sie übergebe der Alkoholverwaltung „die betreffenden „den Fakturen im Namen des Hrn. Samuel von Horowitz“, der „auch über die ihm daraus resultierenden Beträge trassieren“

werde. Die eidgenössische Alkoholverwaltung erklärte sich mit dem Eintritt des Beklagten in den Vertrag einverstanden, immerhin in dem Sinne, daß daneben die Haftung der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. fortbestehen sollte. Die Sendungen wurden dann auch vom Beklagten an die Alkoholverwaltung fakturiert, und er trassierte für die Kaufpreise auf diese Verwaltung, wobei er erstmals am 8. Februar 1904 für 5 Wagenlieferungen bezahlt wurde. Am 11. Februar 1904 erwirkte nun die heutige Klägerin, die an die erste galizische Spiritusraffinerie A.-G. eine Schadenersatzforderung im Betrage von 32,000 Fr. aus Nichterfüllung eines Vertrages stellt, beim Betreibungsamt Bern-Stadt einen Arrest auf „das Guthaben der Schuldnerin beim eidgenössischen „Alkoholamt in Bern, bezw. bei der eidgenössischen Staatskasse „dieselbst, für Lieferungen von Sprit“. Auf Notifikation dieses Arrestes hin teilte die eidgenössische Alkoholverwaltung dem Betreibungsamt unterm 17. Februar 1904 mit, am 20. Januar 1904 habe ihr die erste galizische Spiritusraffinerie A.-G. zur Kenntnis gebracht, „daß sich neben ihr eine andere Firma zur Erfüllung der eingegangenen Lieferungsverpflichtungen verbindlich mache“; sie habe sich „mit Rücksicht auf die besondere Lage des Sprit- „marktes mit der Entgegennahme von Sendungen dieser zweiten „Firma“ in dem Sinne einverstanden erklärt, „daß die Verkäuferin dadurch ihren Verbindlichkeiten nicht enthoben werde, also eine kumulative Lieferungsverpflichtung beider Häuser Platz greife“. Die zweite Firma habe nun schon 5 Wagen geliefert und ihr Guthaben sei bereits vor Anlegung des Arrestes beglichen worden; weitere 5 Wagen werden demnächst eintreffen, und dem Arrestbefehl könne keine Folge gegeben werden; es könne ihm erst dann Rechnung getragen werden, wenn die erste galizische Spiritusraffinerie A.-G. selbst wieder Guthaben an die Alkoholverwaltung erworben haben werde. Die Alkoholverwaltung bezahlte dann auch am 4. März 1904 neuerdings das Guthaben von 5 Wagenlieferungen an den Beklagten. Nachdem jedoch das Betreibungsamt der Alkoholverwaltung gestützt auf einen inzwischen ergangenen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen unterm 29. März 1904 zur Kenntnis gebracht hatte, daß der Arrest auch „für die andere Firma“ gelte, hinterlegte die A-

Alkoholverwaltung den auf 5. April 1904 fälligen Betrag von 23,398 Fr. 05 Cts. im Sinne des Art. 188 OR auf der Gerichtsschreiberei Bern. Auf diese Forderung bezieht sich die vorliegende Klage, mit der die Klägerin geltend macht, die „Abtretung“ der Rechte und Pflichten aus dem mit der Alkoholverwaltung abgeschlossenen Lieferungsvertrage an den Beklagten sei ein Scheingeschäft.

2. Die I. Instanz (der Gerichtspräsident II von Bern) hat die Klage aus dem Grunde abgewiesen, daß ein Beweis für die Willensabsicht der eidgenössischen Alkoholverwaltung, in Wahrheit nicht den Beklagten als Verkäufer anzunehmen, nicht vorliege, daß gegenteils durch den vom Beklagten unternommenen Gegenbeweis dargetan sei, daß die eidgenössische Alkoholverwaltung Willens gewesen sei, vom Beklagten zu kaufen und dessen Schuldnerin zu werden, womit die Simulation als ausgeschlossen erscheine; denn was zwischen der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. und dem Beklagten verabredet worden sei, berühre das Kaufgeschäft des Beklagten mit der Alkoholverwaltung nicht, da diese bei jener Verabredung nicht beteiligt sei. Demgegenüber geht die II. Instanz in ihrem heute angefochtenen Urteile davon aus, die Klägerin wolle das zwischen dem Beklagten und der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. angefochtene „Grundgeschäft“ wegen Simulation anfechten, und dazu sei sie legitimiert. Die II. Instanz gelangt dann aber in Würdigung der von der Klägerin angeführten Indizien für Simulation zum Schlusse, daß der Beweis hierfür nicht vorliege.

3. Vom Bundesgericht ist in erster Linie, und von Amtes wegen, seine Kompetenz zur Beurteilung der vorliegenden Streitfache, die zweifelhaft sein kann hinsichtlich des anzuwendenden Rechtes, zu prüfen. Die Klägerin erhebt Klage auf Feststellung darüber, daß die von ihr mit Arrest belegte Forderung an die eidgenössische Alkoholverwaltung nicht dem Beklagten — der sie in Anspruch nimmt —, sondern einem andern, der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G., zustehe. Zweck ihrer Klage ist, den Arrestbefehl an dieser Forderung aufrecht zu erhalten, um so gegen den nach ihrer Behauptung wirklichen Gläubiger, der ihr Schuldner sein soll, am Gerichtsstande des Arrestes ihre Klage

durchführen zu können; der Grund der Klage aber beruht darauf, daß (wie in Art. 11 der Klage formuliert ist) „die ganze behauptete Abtretung des Lieferungsvertrages zwischen der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. in Lemberg und der eidgenössischen Alkoholverwaltung an die sog. Firma Samuel von Horowitz ein Scheingeschäft ist, vorgenommen zu dem Zwecke, Gläubigern den Zugriff auf die in der Schweiz befindlichen Vermögensobjekte der Raffinerie A.-G. unmöglich zu machen.“ Es ist nun zunächst ungenau, das Rechtsgeschäft, das auf diese Weise angefochten wird, als „Abtretung“ zu bezeichnen, sofern wenigstens darunter der juristisch-technische Begriff der Abtretung, Zession (vgl. Art. 183 ff. OR), verstanden sein will: Die Abtretung, die sich im Zeitpunkte der Vornahme des Rechtsgeschäftes nur auf künftig entstehende und fällig werdende Kaufpreisforderungen der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. an die Alkoholverwaltung beziehen konnte, umfaßt nur die eine Seite des Rechtsgeschäftes, die andere besteht in der Übernahme der „Lieferungspflicht“ der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. durch den Beklagten, also in einer Schuldübernahme, und zwar war diese Schuldübernahme, gemäß der Erklärung der Alkoholverwaltung als Gläubigerin auf die Anzeige vom Eintritte des Beklagten in das Rechtsgeschäft, eine kumulative. Hieraus erhellt, daß zum ganzen einheitlichen Rechtsgeschäft, das mit der Klage als Scheingeschäft angefochten wird, die Zustimmung der Alkoholverwaltung als Gläubigerin (Käuferin) nötig war, wie das denn offenbar auch die Meinung der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. war — gleichgültig, ob man sich die Ausführung des genannten Rechtsgeschäftes als eine einheitliche denkt, oder aber in der Weise zerlegt, daß nunmehr auf Grund der Abmachung der Beklagte von der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. kaufte und seinerseits an die Alkoholverwaltung weiter verkaufte, unter subsidiärer Haftung der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. für die richtige Lieferungs-Erfüllung seinerseits. War aber danach die Zustimmung der eidgenössischen Alkoholverwaltung ein notwendiger Bestandteil des Rechtsgeschäftes und muß auch diese Zustimmung von der Klage betroffen werden, so ist auf die Anfechtung schweizerisches Recht anwendbar. Zum selben Resultat führt aber auch die

andere hier denkbare Auffassung, es sei nur das Geschäft zwischen der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. und dem Beklagten, das der Kürze halber nach seiner wesentlichen Seite — von der aus es namentlich angefochten wird — als „Abtretung“ bezeichnet werden mag, angefochten; der Umstand, daß es sich dabei um zukünftige und von der Erfüllung des Verkäufers abhängige Kaufpreisforderungen handelt, hindert die Annahme einer Fession nicht (vgl. Hafner, Komm. 2. Aufl. Anm. 1a zu Art. 183). Bei dieser Auffassung ist folgendermaßen zu argumentieren: Angefochten als simuliert wird nach der Begründung der Klage die Fession als abstraktes Rechtsgeschäft. Diese Anfechtung steht auch dem debitor cessus wenigstens dann zu, wenn er an der Anfechtung ein eigenes Interesse hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17. März 1905 i. S. Grüring-Dutoit gegen Kappeler, Erw. 5, US 31 II S. 112 f.). Hierbei richtet sich nun die Frage, ob ein Rechtsübergang stattgefunden habe, nach dem Rechte des debitor cessus; vgl. v. Bar, Theorie und Praxis des internat. Privatrechts § 274 Bd. II S. 79; Lehrb. S. 116 f. Ganz ebenso aber muß es sich verhalten, wenn ein Dritter den Rechtsübergang an den neuen Gläubiger mit der Einrede der Simulation ansieht und durch Arrestlegung auf die Forderung ungewiß wird, an wen der debitor cessus zu zahlen hat, d. h. also in dem hier vorliegenden Falle. Mit der Ausführung, daß das Recht des debitor cessus für die Frage, ob eine Fession simuliert sei und welchem Gläubiger die Forderung zustehe, maßgebend ist, ist aber die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts bejaht. Für die Anwendbarkeit dieses Rechtes mag endlich noch angeführt werden, daß sich die Parteien übereinstimmend darauf berufen haben, was nach der Praxis des Bundesgerichts in derartigen obligationenrechtlichen Verhältnissen für die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes genügt.

4. Ist demnach auf die Streitsache selbst einzutreten, so fällt in Betracht: Der Beklagte hat unummwunden zugegeben (Art. 42 der Antwort, zu Art. 11 der Klage), er habe bei dieser Vertragsübernahme insbesondere auch den Zweck verfolgt, der Klägerin, die sich schon damals als Gläubigerin der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. geriert habe, die Möglichkeit abzuschneiden, Vermögensstücke dieser angeblichen Schuldnerin in der Schweiz mit Arrest zu belegen; an der Verwirklichung dieses Zweckes habe

der Beklagte als Großaktionär der genannten Aktiengesellschaft ein rechtliches Interesse gehabt. Eine Rechtspflicht, der Klägerin ein taugliches Arrestobjekt in der Schweiz zu liefern, habe weder für den Beklagten noch für die erste galizische Spiritusraffinerie A.-G. bestanden. Wenn nun die Klägerin aus diesen Zugeständnissen des Beklagten den Beweis der Simulation herleiten will — wobei betreffend die Überprüfungsbesugnis des Bundesgerichts auf dessen Urteil vom 25. Januar 1902 in Sachen Brupbacher gegen Konkursmasse Brupbacher, Erw. 5, US 28 II S. 56 f., hingewiesen sei; ferner US 29 II S. 553 Erw. 5 —, so ist das durchaus haltlos; gerade diese Verhältnisse und jener Zweck sprechen für die Ernstlichkeit des Rechtsgeschäftes und gegen ein Scheingeschäft; ein solches läge nur vor, wenn die Vertragsparteien die Formen und Wirkungen des Rechtsgeschäftes nur nach außen vortauschen, aber in Wahrheit nicht gelten lassen wollten; nun wollten aber die Vertragsparteien gerade zur Verwirklichung des vom Beklagten angegebenen — vom Rechte erlaubten — Zweckes alle Rechtswirkungen des formell abgeschlossenen Geschäftes; das zeigt sich am deutlichsten darin, daß (wie der Vertreter des Beklagten zutreffend ausgeführt hat) gar nicht ersichtlich ist, auf welchem andern Wege denn sonst dieser Zweck hätte erreicht werden können. Schon diese Erwägung läßt im Grunde die Klage als haltlos erscheinen. Es sei aber immerhin zur Ergänzung an Hand der Feststellungen des vorinstanzlichen Urteils — die sämtlich nicht aktenwidrig, übrigens auch nicht als aktenwidrig angefochten sind — noch folgendes bemerkt: Wichtig ist zwar, daß der Beklagte sich nicht persönlich mit dem Spiritusgeschäft befaßt, und daß er Großaktionär und Präsident des Verwaltungsrates der ersten galizischen Spiritusraffinerie ist. Allein jener Umstand schließt nicht aus, daß er gelegentlich Spirituslieferungen ausführen kann, zumal er nach österreichischem Recht Großkaufmann und als solcher, laut vom Bundesgericht nicht nachprüfbarer Ausführung der Vorinstanz, zum Abschluß derartiger Handelsgeschäfte berechtigt ist; und die erwähnten Eigenschaften als Großaktionär u. s. w. sind nicht geeignet, ein Indiz gegen die Ernstlichkeit des Uebernahme- und Abtretungswillens zu bilden. Festgestellt ist sodann, daß für die betreffenden Lieferungen einzig der Beklagte von der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. belastet ist, und daß er seinerseits die

eigenössische Alkoholverwaltung dafür belastet und ihr die geleisteten Zahlungen gutgeschrieben hat, was, wenn auch nicht einen absolut schlüssigen Beweis für die Ernstlichkeit des Geschäftes, so doch ein gewichtiges Indiz gegen die Annahme einer Simulation bildet. Endlich wird auch in der Korrespondenz der ersten galizischen Spiritusraffinerie A.-G. und des Beklagten mit dem Agenten jener, Wüthrich, die Vertragsübernahme als durchaus ernstes Geschäft behandelt, wie die Vorinstanz eingehend dargelegt hat. Sämtliche Ausführungen der Klägerin vor Bundesgericht — die sich im wesentlichen mit deren Ausführungen vor der Vorinstanz decken — sind nicht geeignet, den Beweis des Simulationswillens zu erstellen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern (II. Abteilung) vom 25. Mai 1906 in allen Teilen bestätigt.

92. Urteil vom 30. November 1906 in Sachen

Boß, Bekl., W.-Kl. u. Haupt=Ver.=Kl. gegen Hauser,
Kl., W.=Bekl. u. Anschluß=Ver.=Kl.

Anschlussberufung. Form beim schriftlichen Verfahren. Art. 70, 67 Abs. 4 OG. — Werkvertrag; Saldoforderung. Ueberprüfungsbezugnis des Bundesgerichtes hinsichtlich prozessualer Erklärungen und Behauptungen der Parteien. Art. 81, 57 OG. Schuldübernahme?

A. Durch Urteil vom 24. April 1906 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern (I. Abteilung) über die Rechtsbegehren:

a. der Klage:

Beklagter sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger einen mittelst Zahlungsbefehl Nr. 438 vom 31. Januar/5. Februar 1903 geforderten aber widersprochenen Betrag von 1546 Fr. 20 Cts. nebst Zins à 5% seit 1. November 1902 und 1 Fr. 50 Cts. Betreibungskosten zu bezahlen;

b. der Verteidigung:

1. ad Vorklage: Es sei gerichtlich zu erkennen: Beklagter ist mit seiner Vorklage abgewiesen;
2. Widerklage: Es sei gerichtlich zu erkennen: B. Hauser ist schuldig, dem W. Boß einen zu Gunsten desselben resultierenden Saldo von 2295 Fr. 75 Cts. nebst Zins à 5% seit 27. Februar 1902 und Folgen zu bezahlen;

c. der Replik:

1. Der Widerbeklagte und Kläger B. Hauser sei von dem widerklägerischen Ansprüche, ohne Rücksicht auf dessen Ursprüngliche Begründetheit, definitiv zu befreien;
2. Der Widerkläger sei mit seinem sub Ziffer 2 gestellten Widerklagsbegehren abzuweisen;

erkannt:

1. der Kläger Bernhard Hauser ist mit seinem Klagsbegehren abgewiesen;
 2. dagegen ist ihm seine peremptorische Einrede gegen die Widerklage des Beklagten Wilhelm Boß zugesprochen.
- B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte und Widerkläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage:

Es sei in Abänderung des Urteils des Appellations- und Kassationshofes vom 24. April 1906 zu erkennen:

1. B. Hauser ist mit seiner peremptorischen Einrede abgewiesen;
2. Dem W. Boß ist sein Widerklagsbegehren zugesprochen.

C. Nachdem der Kläger und Widerbeklagte von dieser Berufungserklärung am 15. September 1906 Kenntnis erhalten, hat er mit Eingabe vom 24. September, zur Post gegeben unter dem gleichen Datum, den Anschluß an die Berufung erklärt und die Anträge gestellt:

I. Es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils zu erkennen:

Der Beklagte und Widerkläger Wilhelm Boß sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger und Widerbeklagten Bernhard Hauser einen mittelst Zahlungsbefehl Nr. 438 vom 31. Januar/5. Februar 1903 geforderten, aber widersprochenen Betrag von 1546 Fr. 20 Cts. nebst Zins à 5% seit 1. November 1902 und 1 Fr. 50 Cts. Betreibungskosten zu bezahlen.

II. Im übrigen sei das Urteil des Appellations- und Kassa-