

eidgenössische 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-

tionshofes des Kantons Bern vom 24. April 1906 zu bestätigen. Die Begründung dieser Anschlußberufung ist gemeinsam mit der Antwort auf die Hauptberufung unter dem 28. September 1906 zur Post gegeben worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der vorliegende Prozeß beruht auf folgendem Sachverhalt: Der Kläger, der Architekt in Interlaken ist, stand seit einer Reihe von Jahren mit dem Beklagten, der in Interlaken den Beruf eines Schlossermeisters betreibt, in geschäftlichem Verkehr, indem er je-weilen in den von ihm auszuführenden Neubauten die Schlosserarbeiten durch den Beklagten machen ließ. Im Jahre 1895/96 baute sodann der Kläger für den Beklagten ein Haus nebst Werk-statt. Schon im Jahre 1894/95 hatte der Kläger für Christian von Allmen die Pläne für dessen neu zu erbauendes Hotel „Alpen-ruhe“ in Mürren ausgearbeitet und sich beim Bau des Hotels betätigt. An diesen Bau lieferte der Beklagte die Schlosserarbeiten. Diese Arbeiten waren im August 1895 fertig erstellt, und der Beklagte stellte in diesem Zeitpunkte dem Kläger Rechnung im Betrage von 3841 Fr. 95 Cts. Am 8. August 1898 — nach-dem über Christian von Allmen ein Nachlaßverfahren eröffnet worden war — schrieb der Kläger dem Beklagten, er könne die Rechnung für die Schlosserarbeiten nicht anerkennen, der Beklagte möge an Christian von Allmen Rechnung stellen und diesen dafür belangen, wogegen der Beklagte protestierte. Unter dem 29. No-vember 1900 stellte der Kläger dem Beklagten Rechnung für den Hausbau, die sich auf 17,142 Fr. 50 Cts. belief. Über die aus dem Geschäftsverkehr resultierenden Saldoforderungen entstand nun Streit: In der Klage (vom 12. November 1903) berechnet der Kläger seine Forderung an den Beklagten auf . Fr. 18,486 65 und die Gegenforderung des Beklagten an ihn

auf	„ 16,940 45
weshalb er Zahlung des Saldos zu seinen, des	
Klägers, Gunsten von	Fr. 1,546 20
fordert. Demgegenüber beziffert der Beklagte das Guthaben des	
Klägers an ihn auf	Fr. 17,696 65
Dagegen sein Guthaben an den Kläger auf	„ 19,992 40
sodass er auf einen Soldo zu seinen Gunsten von	Fr. 2,295 75

gelangt, den er mit der am 16. Januar 1904 eingereichten Wider-klage eingeklagt hat.

2. In ihrem Urteile geht die Vorinstanz, in Auslegung der Sachdarstellung der Parteien, davon aus, streitig sei nur der „Posten Mürren“ im Betrage von 3841 Fr. 95 Cts., den der Beklagte an den Kläger gutzuhaben behauptet, während der Klä-ger seine Schuldpflicht hiefür bestreitet. Sie führt nun hinsichtlich dieses Postens zunächst aus, es könne überhaupt nur von einer allfälligen Schuldpflicht des Klägers für den Betrag von 3069 Fr. 75 Cts. die Rede sein, weil die andern die Forderung des Be-klagten zusammensetzenden Posten teils nicht im Zusammenhang mit dem Bau des Hotels „Alpenruhe“ stünden, teils direkt von von Allmen bestellt worden seien, sodass jedenfalls hiefür nicht von einer Schuld des Klägers die Rede sein könne. Hinsichtlich jenes einzig in Betracht fallenden Betrages sodann hält die Vor-instanz den Hauptstandpunkt des Beklagten: der Kläger habe beim Hotelbau als Unternehmer gehandelt, von ihm seien die Be-stellungen gemacht worden, so auch die Bestellung der Schlosser-arbeiten — als durch das Beweisverfahren, namentlich durch den Umstand, daß der Beklagte in seinem Hauptbuch dafür von Allmen belastet habe, für widerlegt. Dagegen nimmt sie nun an, der Kläger habe diese Schuld übernommen. Sie stützt sich dabei auf folgende Tatsachen: In der Verteidigung, Art. 25, hatte der Be-klagte behauptet: „Bevor Boß sein Haus baute und dem B. Hauser „die Maurerarbeiten hiezu zur Ausführung übertrug, wurden „Parteien dahin einig, daß Boß den Hauser soviel als möglich „mit Arbeit zahlen könne, dies in der Weise, daß alle Rechnun-gen für Arbeit, welche Hauser dem Boß übertrage, an der Bau-rechnung des Hauser abgerechnet werden sollten, daneben „solle Boß aber auch nach Kräften Barzahlungen machen“, und hiefür als Beweismittel auf den Eid des Klägers abgestellt. In der Replik (Art. 73) hat der Kläger diesen Artikel „wie er lautet“ ver-neint und bestritten, daß eine solche Abmachung stattgefunden habe; den Eid hat er angenommen, und sodann als Eidesdelat ausgefagt: „Es wurde nichts spezielles abgemacht. Ich hielt schon „vorher Boß Arbeiten zu und das Verhältnis dauerte weiter. Wir „waren schon damals durch andere Arbeiten in Geschäftsverbindung.

„Es ist richtig, daß Boß für Arbeiten für mich in erster Linie die bezüglichen Beträge von der Baurechnung Hauser an Boß in Abzug bringen konnte; daneben sollte er mir auch Barleistungen machen. — Ich kann mich nicht erinnern, daß mündlich diesbezüglich etwas abgemacht worden ist; ich faßte dies als selbstverständlich auf, nämlich, daß es so gemacht werde, wie in Art. 25 behauptet.“ Hieraus leitet nun die Vorinstanz ab, der Kläger habe „anerkannt, daß alle vom Beklagten in seinem Auftrag gelieferten Arbeiten mit der Bauschuld des letztern verrechnet werden durften, gleichgültig, ob er die Bestellungen in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten aufgegeben hatte.“ Darin finde auch die Tatsache ihre Erklärung, „daß der Beklagte im August 1895 nach Beendigung der Arbeiten in Mürren in seinem Hauptbuch am Schlusse des Kontos von Allmen die Bemerkung eintrug: „An Architekt Hauser abtreten und übertragen auf S. 56“, und daß auf S. 56 in einem Zusammenzug der dem Kläger im Jahre 1895 abgelieferten Rechnungen zwischen einer Rechnung vom 20. August und einer weiteren vom 30. Dezember angeführt wird: „1 Rechnung von Allmen Mürren 3841.95“.

Der Bestreitung des Klägers im Brief vom 8. August 1898 komme demgegenüber keine Bedeutung zu. Dagegen hält nun die Vorinstanz dieser ursprünglich entstandenen Forderung des Beklagten gegenüber die Einrede der Verjährung für begründet, gestützt auf Art. 147 Ziff. 3 OR, und sie weist deshalb (implicite) die Widerklage ab, soweit sie auf Zahlung des dem Beklagten zustehenden Saldos gerichtet ist. Umgekehrt aber beruht die Abweisung der Vorklage auf der Auffassung, daß der Beklagte mit seiner Gegenforderung bis zum Betrage der Vorklageforderung kompensieren könne; denn zur Zeit der Entstehung der Forderungen des Klägers in der Hauptsache, 1895—1896, sei die streitige Forderung des Beklagten keineswegs verjährt gewesen. „Der Prozeß hätte — führt die Vorinstanz zum Schlusse aus — sogar auch mit Bezug auf die Beurteilung der Verjährungseinrede des Klägers und damit der Widerklage des Beklagten teilweise anders ausfallen müssen, wenn der Beklagte nicht ausdrücklich anerkannt hätte, daß seine sämtlichen vom Kläger nicht bestrittenen Forderungen durch Verrechnung mit der Forderung des Klägers

„getilgt worden seien (vgl. Art. 24 der Verteidigung), und daß seine Widerklageforderung sich einzig und allein auf den „Posten Mürren“ stütze. Denn hätte der Beklagte nicht diese Forderung sondern später entstandene, vom Kläger allerdings anerkannte, widerklageweise geltend gemacht, so hätte das gesamte Rechnungsverhältnis der Parteien auf den Zeitpunkt festgestellt werden müssen, in welchem der Kläger den „Posten Mürren“ erstmals bestritt. Das darf nunmehr aber angesichts der tatsächlichen Feststellung des Beklagten, an welche das Gericht gebunden ist, nicht geschehen, und es muß daher bei der Abweisung der Klage und dem Zuspruch der peremptorischen Einrede gegenüber der Widerklage sein Bewenden haben.“

3. Für das Bundesgericht erhebt sich in erster Linie die Frage, in welchem Rahmen dieses Urteil seiner Überprüfung unterstehe. Hierbei ergibt sich nun, daß auf die Anschlußberufung des Klägers nicht eingetreten werden kann. Denn: Da der Streitwert 4000 Fr. nicht erreicht, handelt es sich um eine nach Art. 67 Abs. 4 OG im schriftlichen Verfahren zu behandelnde Berufung, bei welcher nach feststehender Praxis des Bundesgerichts nicht nur die Berufungserklärung, sondern auch die sie begründende Rechtschrift innert der Berufungsfrist einzureichen ist. Und zwar hat dies, wie das Bundesgericht mit Urteil vom 18. November 1898 in Sachen Glas gegen Bucher, US d. bg. E. 24 II Nr. 92 Erw. 1, S. 790, entschieden hat, auch für die Anschlußberufung zu gelten. Im vorliegenden Falle ist nun zwar (wie dort) die Anschlußberufungserklärung innerhalb der zehntägigen Frist des Art. 70 Abs. 1 OG eingelegt worden, dagegen die sie begründende Rechtschrift erst später, verbunden mit der Antwort auf die Hauptberufung (welche Verbindung an sich freilich zulässig ist). Danach ist aber, gemäß dem angeführten Präjudize, die Anschlußberufung unwirksam, und es muß daher vorab bei Dispositiv I des vorinstanzlichen Urteils sein Bewenden haben; zu überprüfen ist die Streitfache nur im Rahmen der Hauptberufungsanträge des Beklagten und der dagegen eingereichten Antwort des Klägers.

4. Wird nun auf die Hauptberufungsanträge des Beklagten eingetreten, so ist in erster Linie klarzustellen, welche Forderung der Beklagte überhaupt als Widerklageforderung geltend macht.

Bei Entscheidung dieser Frage kann vorerst die Auffassung der Vorinstanz, der Beklagte habe anerkannt, daß seine sämtlichen vom Kläger nicht bestrittenen Forderungen durch Verrechnung mit der Forderung des Klägers getilgt worden seien, und die Widerklageforderung stütze sich einzig und allein auf den „Posten Mürren“, nicht als tatsächliche Feststellung, an welche das Bundesgericht, den Nachweis der Aktenwidrigkeit ausgenommen, gebunden wäre (Art. 81 O.G.), betrachtet werden; denn es handelt sich dabei um die rechtliche Bedeutung und Tragweite der Behauptungen und Erklärungen des Beklagten im Prozeß, also um eine rechtliche Würdigung von Tatsachen. Auch beruht der Entscheid der Vorinstanz nicht auf der Anwendung von Grundsätzen des Prozeßrechtes, welche der Überprüfung des Bundesgerichts allerdings entzogen wären, sondern auf der Auslegung der Behauptungen und Erklärungen des Beklagten nach allgemeinen, materiellrechtlichen Auslegungsregeln. Das Bundesgericht ist daher in der Überprüfung völlig frei, und es ist nicht notwendig, daß der Beklagte (wie er es in seiner Berufungsbegründung will) den Nachweis der Aktenwidrigkeit der „Feststellung“ der Vorinstanz erbringe. Die freie Prüfung ergibt nun ohne weiteres das Unhaltbare der Auffassung der Vorinstanz. Der Beklagte macht mit seiner Widerklage eine Saldoforderung geltend; er stellt die Gesamtheit der Forderungen des Klägers den seinigen gegenüber, verrechnet sie, soweit sie einander entgegenstehen, und zieht aus dieser Gegenüberstellung und Abrechnung das Facit, daß ihm eine Saldoforderung im widerklagsweise eingeklagten Betrage von 2295 Fr. 75 Cts. (samt Zins) zustehe. Wenn der Beklagte in Art. 34 der Hauptverteidigung erklärt hat, „daß die ganze Differenz in der gegenseitigen Rechnungs-„aufstellung nur darin besteht, daß B. Hauser die Rechnung für „die von W. Bosz in Mürren ausgeführte Arbeit mit 3841 Fr. „95 Cts. nicht gegen sich gelten lassen und solche nicht anerkennen will. In den übrigen Rechnungsposten gehen die Parteien „einig“ — was der Kläger zugestanden hat, so folgt daraus keineswegs, daß der Beklagte nun nicht den Saldo der ganzen Gegenforderung geltend machen und speziell einzelne Posten, insonderheit den „Posten Mürren“, nicht zur Verrechnung bringen wolle. Die Erklärung, nur der „Posten Mürren“ sei streitig, war ja

an sich vollständig richtig; sie will aber nicht besagen, der Beklagte wolle nur diese widerklagsweise geltend machen. Wie der Beklagte in der Berufungsbegründung zutreffend geltend macht, ergibt sich aus den Art. 26—31 der Hauptverteidigung mit aller Deutlichkeit, daß der Beklagte alle Posten zur Verrechnung bringen will, nicht nur alle mit Ausnahme des „Postens Mürren“, sondern diesen mit inbegriffen. Dieser Posten war ja überhaupt einer der im gegenwärtigen Abrechnungsverhältnis der Parteien am frühesten entstandenen, und beim gegenseitigen Rechnungsverhältnis der Parteien traten sich jeweilen die jeweilen fällig werdenden beidseitigen Forderungen gegenüber und tilgten sich nach Geltendmachung der Kompensation gegenseitig im Zeitpunkte dieses Gegenüberstehens gemäß Art. 138 Abs. 1 Satz 2 O.R. Auch der „Posten Mürren“ kann daher vom Beklagten zur Kompensation verstellt werden, und von einer Verjährung kann, da nicht nur dieser Posten mit der Widerklage geltend gemacht wird, nicht die Rede sein. Dagegen konzentriert sich nun materiell der Streit allerdings insofern auf den „Posten Mürren“, als er zum Resultate der Saldoforderung des Beklagten beiträgt und er materiell einzig bestritten ist; d. h. von dessen Begründetheit hängt die Gutheißung der Widerklage ab. Es ist daher nunmehr die Begründetheit dieses Postens zu prüfen. Der Nachweis des Bestehens eines Schuldgrundes gehört zum Fundament der Widerklage, und die Ausführungen des Klägers vor Bundesgericht gegen die Annahme eines solchen gehören daher zur Bestreitung der Widerklage und sind vom Bundesgericht nach dem in Erw. 3 ausgeführten zu berücksichtigen.

5. In dieser Beziehung ist nun der Vorinstanz aus den von ihr angeführten Gründen ohne weiteres darin beizustimmen, daß ursprünglich die Forderung für Schlosserarbeiten auf Mürren nicht gegen den Kläger, sondern gegen von Allmen entstanden war und daß der Kläger bei der Bestellung nur als Vertreter des Bauherrn von Allmen gehandelt hatte. Dagegen will die Vorinstanz eine nachträgliche Schuldübernahme des Klägers für diesen Posten herleiten, und sie findet ein Geständnis für eine solche Schuldübernahme in der Aussage des Klägers als Eidesdelaten zu Art. 25. Es fragt sich daher, inwiefern diese Aussage den Beweis für eine

Schuldübernahme zu bilden vermöge. Hierbei gilt bezüglich der Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts das in Erw. 4 hinsichtlich der Erklärungen des Beklagten im Prozesse ausgeführte, d. h. das Bundesgericht hat auch diese Aussage des Klägers im Zusammenhange mit dem gesamten Inhalte der Akten frei daraufhin zu würdigen, ob darin das Geständnis einer Schuldübernahme liege. Auch diese Prüfung ergibt nun ein von der Annahme der Vorinstanz abweichendes Resultat. Wenn der Kläger nämlich in seiner Aussage zugestanden hat, „daß alle Rechnungen für Arbeit, welche „Hausler dem Bock übertrage, an der Baurechnung des Hausler abgerechnet werden sollten“, so kann doch diese Aussage nicht dahin verstanden werden, das beziehe sich auch auf Arbeit, welche der Kläger dem Beklagten im Auftrag und Namens eines Dritten übertrage, für welche er also gar nicht Schuldner werde; sondern ein Interesse an dieser Verrechnung konnte der Kläger vernünftiger Weise doch nur für solche Arbeit haben, welche er selbst dem Beklagten übertrug und für die er Schuldner wurde. Es geht über die Grundsätze einer richtigen Auslegung weit hinaus, aus dieser Aussage auf eine Schuldübernahme des Klägers für die Arbeit, die er im Namen eines Dritten (von Allmens) bestellt hatte, zu schließen. Aus diesem Grunde ist eine Forderung des Beklagten an den Kläger gar nicht entstanden, weshalb sie auch nicht in die Abrechnung eingestellt werden darf, was zur Abweisung der Widerklageforderung führt, während eine Guttheilung der Vorlage nach dem in Erwägung 3 gesagten ausgeschlossen ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Auf die Anschlußberufung wird nicht eingetreten, und es hat demnach bei Dispositiv I des Urteils des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 24. April 1906 sein Bewenden.

2. Die Hauptberufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 24. April 1906 im Sinne der Erwägungen, d. h. im Sinne der Abweisung der Widerklage bestätigt.

93. Urteil vom 30. November 1906 in Sachen
Bruggisser, Kl. u. Ber.-Kl., gegen J. J. Fishers Söhne,
Bekl. u. Ber.-Bekl.

Auslegung eines Konkurrenzverbotes, des Inhalts, nicht für Dritte, sondern nur für den eigenen Fabrikationsbedarf zu bleichen, bei Verkauf eines Bleicheverfahrens. — Uebertretung des Verbotes? Beweislast. Inkompetenz des Bundesgerichts (als Berufungsinstanz) hinsichtlich der Frage der Beweisführung.

A. Durch Urteil vom 30. Oktober 1905 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau über die Klagebegehren: 1. Die Beklagten seien zu verurteilen, dem Kläger zu bezahlen 10,000 Fr. mit Zins zu 5 % von der Klageeinlegung hinweg. 2. Es sei richterlich auszusprechen, daß der Vertrag vom 12. Juni 1902 mit allen Verpflichtungen der Beklagten nach wie vor zu Recht bestehe, und es sei denselben zu verbieten, Geslechte für Drittpersonen und anders als für den eigenen Fabrikationsbedarf (also zur Verarbeitung der Hüte) zu bleichen;
erkannt:

1. Mit Klagebegehren 1 wird der Kläger abgewiesen.

2. Es wird richterlich ausgesprochen, daß der Vertrag vom 12. Juni 1902 mit allen Verpflichtungen der Beklagten nach wie vor zu Recht besteht, und es wird denselben verboten, Geslechte für Drittpersonen und anders als für den eigenen Fabrikationsbedarf (also zur Verarbeitung in Hüte) mit dem sub 12. Juni 1902 vom Kläger gekauften Rezepte zu bleichen.

B. Der Kläger hat gegen dieses Urteil rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit der er in erster Linie vollständige Guttheilung der Klage beantragt. Sein eventueller Berufungsantrag geht dahin: Es sei die Sache unter Aufhebung des von der kantonalen Instanz gehandhabten geheimen, verfassungs- und gesetzeswidrigen Beweisverfahrens und des darauf gestützten Urteils zu neuer Verhandlung und Entscheidung an die kantonale Instanz zurückzuweisen. Er hat in der Berufungserklärung angekündigt, er werde die Frage der Gesetz- und Verfassungswidrigkeit des vom Handelsgericht durchgeführten