

heit des Vorwurfs nicht. Ihr Entscheid beruht im wesentlichen auf der Annahme, der Beweis dafür, daß die Aktienbrauerei schon im Sommer 1904 unter *pari* gewesen sei, sei nicht geleistet; allerdings zeigen die Protokolle der Generalversammlungen und des Verwaltungsrates, daß die Aktienbrauerei schon anfangs 1904 unter empfindlichem Geldmangel gelitten und daß die Situation sich im Laufe des Jahres noch verschärft habe; allein daß damals schon die Insolvenz des Unternehmens eine offensichtliche im Sinne des Art. 657 OR gewesen sei, habe die Klägerin nicht dargetan. Diese Entscheidung geht nicht von einer unrichtigen Auffassung des Begriffes der Überschuldung, der Pflichten der Verwaltung und des Beweis-themas für die Klägerin aus Art. 673 und 674 OR aus; im übrigen aber beruht sie in letzter Linie auf tatsächlichen Feststellungen, die für das Bundesgericht verbindlich sind.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 16. September 1907 in allen Teilen bestätigt.

6. Urteil vom 29. Februar 1908

in Sachen A., Bekl. u. Ber.-Kl., gegen B., Kl. u. Ber.-Bekl.

Verantwortlichkeit des Arztes für unrichtige Diagnose und Behandlung. OR Art. 348, 110 ff., 50 ff. — Stellung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz, insbesondere zur Expertise. Art. 81 OG: Tragweite des Grundsatzes der Art. 51 und 116 OR, bezüglich der freien Beweiswürdigung. — Unzulässigkeit neuer, vor der II. kantonalen Instanz ausgeschlossener Parteianträge, Art. 80 OG.

A. Durch Urteil vom 5. November 1907 hat das Obergericht des Kantons Aargau über die Appellation des Beklagten gegen das Urteil des Bezirksgerichts Laufenburg in dieser Streitsache, vom 13. Juni 1907,
erkannt:

Der Beklagte ist mit seiner Appellation abgewiesen.

Das Urteil des Bezirksgerichts hatte gelautet:

Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger eine Entschädigung von 2700 Fr. nebst Zins à 5% seit 21. Juni 1900 zu bezahlen.

B. Der Beklagte hat gegen das Urteil des Obergerichts rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit den Anträgen:

1. In Aufhebung des obergerichtlichen Urteils sei die Klage abzuweisen.

2. Möglichenfalls seien die Akten an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Durchführung einer weiteren Expertise über die Frage, ob die Aussagen der Zeugen, speziell der Ida Stäubli, als objektiv zuverlässige, für eine sachmännische Beurteilung maßgebende erklärt werden können, oder ob nicht vielmehr den Zeugen die Befähigung zu den von ihnen deponierten Wahrnehmungen abgesprochen und aus der Art der Verletzung geschlossen werden müsse, daß die Zeugen den Sachverhalt unrichtig aufgefaßt hätten.

3. Ganz eventuell sei der Betrag der Entschädigung auf 1000 Franken herabzusetzen.

C. Der Kläger hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der — im Jahre 1856 geborene — Kläger wurde am 31. März 1900, morgens 2 Uhr, in der Mühle zu Leidfikon, wo er in Arbeit stand, von einem Transmissionsriemen erfaßt und mit großer Gewalt zu Boden geschleudert. Er konnte den linken Arm nicht mehr bewegen und verspürte heftige Schmerzen in der linken Achsel; er begab sich nach Hause ins Bett und machte kalte Umschläge. Am Morgen ließ er den Beklagten als Arzt rufen. Dieser erschien am Nachmittag des 1. April; er behandelte den Kläger bis zum 26. April 1900. Er diagnostizierte von Anfang an auf Verstauchung und Quetschung der Schulter, hielt diese Diagnose bei allen Untersuchungen des Klägers aufrecht und richtete die Behandlung darnach. Am 26. April 1900 ging der Kläger, da er keine Linderung der Schmerzen verspürte, zu Dr. B. in Laufenburg, der sofort die Diagnose Luxation (Verrenkung) des Schultergelenkes stellte und dem Kläger Spitalbe-

handlung anriet. Vom Spital Aarau wegen Platzmangels abgewiesen, begab sich der Kläger am 28. April 1900 in das Bürgerspital Basel, wo er von Dr. Weillon untersucht wurde; auch dieser diagnostizierte Schultergelenkverrenkung. Der Kläger war dann vom 3. bis 12. und vom 14. bis 18. Mai 1900 auf der chirurgischen Abteilung des Bürgerspitals in Behandlung. Die zu wiederholten Malen vorgenommenen Einrenkungsversuche blieben erfolglos und der Kläger wurde ungeheilt entlassen; einen blutigen Eingriff (Operation) schlug er ab.

2. Infolge dieser Vorgänge hat nun der Kläger den Beklagten auf Schadenersatz (ursprünglich im Betrage von 3000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 21. Juni 1900) belangt, indem er geltend macht, der Beklagte habe die falsche Diagnose „Distorsion und Contusion“ durch ganz oberflächliche, unverantwortlich nachlässige Untersuchung gestellt und sei hiefür sowohl auf Grund des Art. 348 als auch der Art. 50 ff. OR verantwortlich. Über die vom Beklagten bestrittenen tatsächlichen Behauptungen, die das Klagefundament bilden, haben die Vorinstanzen (die den Prozeß auf Grund der alten aargauischen ZPD, mit formaler Beweis-theorie, zu beurteilen hatten) als Ergebnis des Beweisverfahrens (Zeugeneinvernahme, Erfüllungseid des Klägers, negativer Haupteid des Beklagten) folgenden Tatbestand festgestellt: Der Kläger sagte, zu Hause angekommen, zu Niklaus und Berena Stäuble, er glaube, er habe die Achsel ausgerenkt; Niklaus Stäuble war ebenfalls dieser Ansicht, da die rechte (gesunde) Achsel etwas höher als die linke (verletzte) war. Beim ersten Besuch des Beklagten, am 1. April, erzählte der Kläger dem Beklagten den Unfall und bemerkte, er glaube, die linke Achsel sei ausgerenkt. Der Beklagte sah sich die Achsel an, betastete sie resp. drückte etwas daran herum, und sagte, es sei bloß eine Quetschung vorhanden, das Achselgelenk sei in Ordnung; der Kläger solle statt der nassen Umschläge einen Eisbeutel auflegen. Nach Beobachtung aller Zeugen, die den Kläger nach dem Unfall gesehen, und speziell auch der Zeugin Ida Stäuble, die bei der ersten Untersuchung anwesend und beifällig war, waren Achsel und Oberarm fast gar nicht geschwollen; die verletzte linke Achsel war etwas tiefer als die rechte, sie hatte sich etwas gesenkt. Ob der Beklagte eine

Messung vorgenommen hat, steht nicht fest. Nach der Ansicht der Ida Stäuble war die ärztliche Untersuchung auch beim zweiten Besuch — der etwa drei oder vier Tage nach dem ersten, gemäß Darstellung des Klägers am 5. April stattfand — „eine oberflächliche“. Der Kläger machte den Beklagten darauf aufmerksam, daß er den Arm immer noch nicht bewegen könne, und ersuchte ihn, doch nachzusehen, ob eine Ausrenkung der Achsel stattgefunden habe; wenn das der Fall wäre, würde er sofort ins Spital gehen. Der Beklagte schaute die Achsel nur an; daß er mit dem Arm Bewegungen mache, hat die Zeugin Ida Stäuble nicht gesehen. Der Beklagte sagte, die Achsel sei in Ordnung; eine Geschwulst war nicht mehr vorhanden; er verordnete Jodpinselungen. Am 16. April fuhr der Kläger zum Beklagten in die Sprechstunde. Er betonte wiederholt, es müsse eine Ausrenkung stattgefunden haben, er könne den linken Oberarm immer noch nicht bewegen. Der Beklagte verordnete dem Kläger eine Salbe und entließ ihn mit der Weisung, sie nach Verbrauch zu repetieren. Arm und Achsel waren auch damals nicht im geringsten geschwollen. Beim letzten Besuche, am 26. April 1900, erhielt der Kläger vom Beklagten lediglich die Weisung, einige Soolbäder würden voraussichtlich die Beweglichkeit der Achsel wieder herstellen. Auf Grund dieses prozedürlich festgestellten Tatbestandes, den er seinem Gutachten zu Grunde zu legen hatte, ist der Experte Dr. M. zu folgendem Schlusse gekommen: Vom Beklagten seien nicht alle Mittel erschöpft worden, um eine richtige Diagnose zu stellen. Er könne von dem Vorwurf einer unverantwortlichen Nachlässigkeit und der Unterlassung der pflichtgemäßen Aufmerksamkeit und Untersuchung nicht befreit werden. Eine erste Expertise, von Dr. B., war zu dem entgegengesetzten Schlusse gelangt: Der Beklagte habe bei seinem aktiven therapeutischen Vorgehen weder nachlässig noch unrichtig gehandelt; auch seine unrichtige Diagnose, welche zu expectativem Verfahren geführt habe, sei nicht der Ausfluß von Nachlässigkeit in der Untersuchung, vielmehr bedingt gewesen durch die Verhältnisse der Verletzung. Da sich dieses Gutachten nicht auf den durch Zwischenurteil festgestellten Tatbestand, sondern auf der einseitigen Darstellung des Beklagten aufbaute, und der Experte Dr. B. eine Ergänzung oder Erstattung eines neuen Gut-

achtens verweigerte, mit der Bemerkung, bei einer wissenschaftlichen Arbeit könne er nicht auf Diagnose eines Laien ein Urteil gründen, und das wäre der Fall, wenn er den Niklaus Stäubli als kompetenten Beurteiler einer Luxation anerkennen würde — ist Dr. B., gestützt auf § 206 a. aarg. ZPD, durch Dr. M. ersetzt worden. In Anlehnung an das Gutachten dieses Experten sind dann die Vorinstanzen zur Gutheißung der Klage in dem aus Fakt. A ersichtlichen Betrage gelangt. Über das Quantitativ führt die II. Instanz (in Erwägung 6) aus: „Da in quantitativer Hinsicht das erstinstanzliche Urteil nicht angegriffen ist, so ist es „auch in dieser Beziehung zu bestätigen.“

3. Bei der rechtlichen Beurteilung dieses Falles steht von vornherein fest, daß die Diagnose des Beklagten falsch war, indem sie auf Distorsion und Contusion statt auf Luxation lautete. Die Tatsache der unrichtigen Diagnose für sich allein genügt indessen noch nicht zur Verantwortlicherklärung des Beklagten als Arztes. Denn eine unrichtige Diagnose kann auch bei sorgfältiger, pflichtgemäßer Untersuchung erfolgen, zumal wenn die Diagnose der Natur der betreffenden Erkrankung nach schwer zu stellen ist. Bei dem freien Dienstverhältnis, in dem der Arzt zum Patienten steht (Art. 348 OR), hat der Patient einerseits mit der Möglichkeit einer unrichtigen Diagnose, die die Folge der Unvollkommenheit des menschlichen Wissens und der menschlichen Erfahrung im allgemeinen wie der ärztlichen Kunst im besondern ist, zu rechnen; anderseits aber hat der Arzt die Pflicht, die Untersuchung sorgfältig, nach den Regeln der Kunst und dem jeweiligen Stande der Wissenschaft, vorzunehmen, und die Behandlung auf Grund der auf sorgfältiger Untersuchung basierenden Diagnose einzuleiten und fortzuführen. Eine Verletzung dieser Pflicht bringt eine Verletzung der dem Arzte obliegenden Vertragspflichten mit sich und macht ihn nach allgemeinen Grundsätzen über die Verletzung von Verträgen für den daraus entstandenen Schaden haftbar; mit dem (vom Kläger zu erbringenden) Nachweis der Pflichtverletzung ist alsdann implicite auch die Frage des Verschuldens bejaht. Ob mit der vertraglichen Haftbarkeit in allen Fällen eine außervertragliche Haftung, gemäß Art. 50 ff. OR konkurriert (vergl. BGE 18 S. 340 Erw. 4; S. 861 f. Erw. 5), mag dahingestellt bleiben; für den vorliegenden Fall kommt die außervertragliche Haftung

nur insoweit in Betracht, als der Beklagte Art. 51 OR anruft, um darzutun, daß die gesetzliche Beweisstheorie hier nicht habe angewendet werden dürfen; diese Frage stellt sich aber bei Art. 116 OR gleich. Eine über den vermögensrechtlichen Schaden hinausgehende Entschädigungsforderung hat der Kläger nicht geltend gemacht, sodaß nicht zu untersuchen ist, ob Art. 54 OR überhaupt auf das Verhältnis zwischen Arzt und Patient, sofern der Arzt im Vertragsverhältnis steht und neben diesem, zur Anwendung kommen könne.

4. Die danach den Prozeß beherrschende Frage: ob der Beklagte bei seinen Untersuchungen des Klägers pflichtgemäß oder aber pflichtwidrig vorgegangen sei, ist, als Frage nach dem Verschulden des Beklagten, nicht Tats- sondern Rechtsfrage; denn es wird damit das Verhalten des Arztes gemäß den ihm obliegenden vertraglichen (und allfällig außervertraglichen) Pflichten geprüft, also sein Verhalten rechtlich gewürdigt. In dieser Frage ist daher das Bundesgericht allerdings nicht an die Auffassung der Vorinstanz gebunden, wie die Berufungsantwort geltend machen will. Allein einmal ist der Richter zur Beurteilung des Verhaltens des Beklagten, zur rechtlichen Würdigung dieses Verhaltens, der Natur der Sache nach auf die Mitwirkung eines Sachverständigen angewiesen, der die zur Beurteilung des Verhaltens des Arztes in concreto erforderlichen Fachkenntnisse besitzt. Hierbei ist die Auswahl des Experten, die Würdigung seiner Fachkenntnisse und Unbefangenheit ausschließlich Sache des kantonalen Gerichts. Nachdem daher im vorliegenden Falle die Vorinstanz das Gutachten B., als nicht ihren Weisungen entsprechend und ausdrücklich auf Grund einer Bestimmung des kantonalen Prozeßrechtes, aus dem Rechte gewiesen und durch ein neues Gutachten ersetzt hat, fällt jenes Gutachten (B.) auch für das Bundesgericht gänzlich außer Betracht, und hat auch es der Beurteilung ausschließlich das Gutachten M. zu Grunde zu legen. Der Beklagte wendet diesem gegenüber ein — und darin gipfelt wesentlich die Begründung der Berufung —, das Gutachten M. könne deshalb nicht maßgebend sein, weil es sich auf der rechtsirrtümlichen Annahme aufbaue, es habe die Aussagen der Zeugen, insbesondere der Jda Stäubli, nicht bloß als subjektiv wahr, sondern auch als objektiv richtig hinzunehmen. Die Berufung findet hierin sowohl eine unrichtige Auf-

fassung des bezüglichen bezirksgerichtlichen Beschlusses, als auch, falls er diese Meinung gehabt haben sollte, eine Verletzung des Art. 51 OR, also einer bundesgesetzlichen Vorschrift über Beweiswürdigung. Zu diesen Punkten ist zu bemerken: Die Weisung der kantonalen Instanzen an den neuen Experten (vom 24. August bzw. 23. Dezember 1905) war dahingegangen, seinem Gutachten den „prozessual festgestellten“ Tatbestand zu Grunde zu legen. Welches dieser Tatbestand war, war in den vorausgegangenen, rechtskräftig gewordenen erstinstanzlichen Zwischenurteilen, über das Gelingen der abgenommenen Beweise, vom 25. Juni und 10. September 1903, enthalten. Jene Verweisung des Experten auf den „prozessual festgestellten“ Tatbestand mußte also Verweisung auf diese Zwischenurteile bedeuten, und an diese Weisung hat sich der Experte gehalten. Übrigens ist es ausschließlich Sache des kantonalen Richters, zu prüfen, ob der Experte sich an die von ihm gegebenen Weisungen gehalten habe, und wenn er nun offenbar findet, daß sei der Fall, so ist dagegen vor Bundesgericht nicht aufzukommen. Es kann sich bloß noch fragen, ob nicht jene Weisung gegen Bundesrecht verstoße, wie der Beklagte geltend macht. Das ist zu verneinen. Art. 51 OR (wie auch Art. 116, der in erster Linie zur Anwendung kommt) hat nicht die weite Bedeutung, die der Beklagte ihm zuschreibt. Soweit Art. 51 OR überhaupt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung enthält, erstreckt er sich nur auf die Festsetzung des Schadens, nicht aber auf die Feststellung der Tat und der das Verschulden bildenden tatsächlichen Faktoren; die gesetzliche Beweis-theorie ist durch ihn nicht allgemein (für Klagen aus Art. 50 ff.) abgeschafft worden. Jedenfalls steht er der Weisung, die die Vorinstanz dem Experten erteilt hat, sich an die Zeugenaussagen und den Erfüllungseid des Klägers zu halten, nicht entgegen. Trifft aber jene Ausnahme des Verstoßes gegen Bundesrecht auf die Beweiswürdigung und Tatbestandsfeststellung der Vorinstanz nicht zu, so ist auch das Bundesgericht an sie gebunden (Art. 81 Abs. 1 OG); die andere Ausnahme von der Gebundenheit — Altemwidrigkeit — trifft zweifellos nicht zu und ist übrigens auch gar nicht geltend gemacht. Mit dem gesagten ist auch das Altemvervollständigungsbegehren des Beklagten (Berufungsantrag 2) im Sinne der Abweisung erledigt. Dabei ist dann allerdings das

festzuhalten, daß unter „tatsächlichen Feststellungen“ — die hier, da die kantonalen Instanzen nicht eine eigene besondere Tatbestandsfeststellung getroffen haben, sondern nur, gestützt auf die Zeugenaussagen und den Erfüllungseid des Klägers, die Beweise des Klägers als gelungen bezeichnet haben, in den Zeugenaussagen und der Darstellung des Klägers selbst zu suchen sind — nur Aussagen über tatsächliche Beobachtungen und Vorgänge zu verstehen sind, nicht aber allfällige Werturteile der Zeugen. In die letztere Kategorie gehört nun vielleicht die Aussage der Jda Stäubli, die Untersuchung sei „oberflächlich“ gewesen; dagegen sind alle übrigen Aussagen der Zeugen Niklaus, Jda und Verena Stäubli Aussagen über Dinge, die sie gesehen haben oder die ihnen gesagt worden sind, also Aussagen über Tatsachen, und diese haben, nach dem gesagten, als „festgestellt“ zu gelten. Danach hat sich denn das Bundesgericht bei seiner Beurteilung im Rahmen des in Erwägung 2 hievor wiedergegebenen Tatbestandes zu bewegen, auf dem auch die Expertise W. aufgebaut ist. Die Darlegungen und Schlüsse der letztern sodann sind freilich nicht durchgängig als Feststellungen tatsächlicher Verhältnisse anzusehen; sondern soweit der Experte die Frage der pflichtgemäßen Untersuchung zu beantworten hatte, hat er als Gehülfe des Richters in der Beurteilung der Rechtsfrage gehandelt, und das Bundesgericht steht daher der Expertise in diesem Umfang, was die innere Überzeugungskraft für die Frage des Verschuldens betrifft, frei gegenüber.

5. Nun legt die Expertise in einläßlicher Darstellung dar, welche Wege dem Beklagten zur Stellung seiner Diagnose und bei der Untersuchung zu Gebote gestanden sind. Sie verweist zunächst auf die Anamnese (Hergang des Unfalls), und führt aus, die Untersuchung habe sich vor allem über die Schwere der Verletzung, bedingt durch die große Gewalt der Transmission, hinweggesetzt. Sodann habe sie sich hinweggesetzt über die deutlichen, präzisen Angaben des Verletzten, der gemäß seinen Gefühlen von einer Ausrenkung sprach, und damit das Hilfsmittel der Beachtung der subjektiven Beschwerden des Verletzten vernachlässigt. Der Experte führt weiter aus, die Würdigung der Inspektion und namentlich der Vergleich zwischen gesunder und verletzter Seite sei flüchtig gewesen, da die charakteristische Form der aus-

gerenkten Schulter dem Beklagten nicht aufgefallen sei. Hierin liegt nun keineswegs das Urteil eines Laien über die Art der Beschädigung, sondern eine Schlussfolgerung des Experten selbst, und der Verhalt des Beklagten, der Prozeß werde auf Grund einer Laien-Zeugenaussage (Jda Stäubli) entschieden, hält daher auch materiell durchaus nicht stand. Der Experte führt weiter aus, die Palpation habe nicht mehr viel zu richtiger Diagnosestellung beitragen können, „weil allem Anschein nach die Diagnose „fertig war, bevor die Untersuchung erschöpft war“. Demgemäß habe der Beklagte auch keinen großen Wert mehr auf die Untersuchung des Gelenkknopfes gelegt; dieser wäre, bei der konstatierten geringen Schwellung, leicht aufzufinden gewesen, „wenn man ihn lege artis gesucht hätte“. Sollte eine Messung vorgenommen worden sein — fährt der Experte fort —, so wäre sie unrichtig ausgeführt worden; denn der Beklagte wolle weder eine Verkürzung noch eine Verlängerung gefunden haben; Tatsache sei aber, „daß eine Verkürzung von zirka 3 Cm. vorhanden war“. Endlich sei eine Prüfung der Funktion der verletzten Schulter nicht, oder nur ganz flüchtig, vorgenommen worden. Weiter weist der Experte darauf hin, daß der Beklagte beim zweiten Besuch gar keine Untersuchung vorgenommen hat, obschon die Geschwulst vollständig verschwunden war und der Kläger wiederum betonte, er glaube, die Schulter sei ausgerenkt. Diese Feststellungen und Schlussfolgerungen des Experten, die durchaus auf den Akten beruhen, rechtfertigen den von ihm gezogenen Schluß ohne weiteres, und es mag ergänzend nur noch beigelegt sein: Wie der Experte selbst ausführt, hätte der Beklagte, da er anderer Ansicht war als der Kläger, eine Konsultation mit einem andern Arzt vorschlagen sollen. Auch weist der Experte daraufhin, daß der Kläger leicht zur Aufnahme einer Röntgenphotographie nach Marau oder Basel hätte geschickt werden können. Mag nun auch die Unterlassung dieser Vorkehrungen weniger schuldhaft sein, so ist dagegen ganz besonders das Beharren des Beklagten auf seiner unrichtigen Diagnose und der Umstand, daß er nicht auf Verrenkung untersuchte, obschon der Kläger ihn immer und immer wieder darauf aufmerksam machte, als sehr schwere Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit zu bezeichnen. Auch hätte ihn schon der Umstand, daß seine Behandlung zu keinem Erfolge führte und der Kläger stets

über dieselben Schmerzen klagte, zu einer neuen, sorgfältigen Untersuchung und zur Nachprüfung seiner Diagnose führen sollen. Die einzige Entschuldigung, die der Beklagte vorgebracht hat: daß die Schulter stark geschwollen gewesen sei, hat sich nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als unrichtig erwiesen. Danach ist denn in der Tat anzunehmen, daß die unrichtige Diagnose nicht die Folge entschuldbaren Irrtums, begründet in der Unvollkommenheit menschlichen Wissens und ärztlicher Kunst und Erkenntnis, ist, sondern die Folge unsorgfältiger, nicht pflichtgemäßer Prüfung des Falles, und daß die ganze Behandlung durch den Beklagten an diesem Fehler litt. Die Schadenersatzklage ist somit prinzipiell begründet.

6. Auf das Quantitativ der Entschädigung ist die Vorinstanz nicht eingetreten, weil der Beklagte es vor ihrem Forum nicht angegriffen habe. Dem kann vor Bundesgericht nicht entgegengehalten werden, der Beklagte habe vor II. Instanz vollständige Abweisung der Klage beantragt, und darin sei die Herabsetzung, als das mindere im mehreren, enthalten. Die Frage, ob dieses der Fall sei oder ob zur Aufsehung des Maßes ein besonderes Begehren gehört habe, und ob ein solches, wenn erst in der mündlichen Verhandlung gestellt, verspätet sei, ist ausschließlich eine Frage des kantonalen Prozeßrechts und daher der Überprüfung des Bundesgerichts entzogen; daß die Vorinstanz etwa durch ihren Entscheid eine Aktenwidrigkeit begangen habe, indem sie den Antrag auf Abweisung aktenwidrig aufgefaßt habe, kann natürlich nicht gesagt werden; von Verletzung des Art. 51 OR, die der Beklagte behauptet, kann vollends keine Rede sein. Auch das Bundesgericht hat daher auf das Quantitativ nicht einzutreten; der Berufungsantrag auf Herabsetzung der Entschädigung erscheint für es bei dieser Sachlage als unzulässiges novum (Art. 80 OG).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 5. November 1907 in allen Teilen bestätigt.