

Straub erreichte; die Frage bleibt hienach die, ob er nicht schon früher hätte anhalten sollen. Dies muß jedoch mit der Vorinstanz verneint werden. Wie bereits bemerkt, hatte es der Beklagte an den üblichen Warnungszeichen nicht fehlen lassen; auf diese hin hatte sich Straub umgesehen. Dieses Umschauen und die Tatsache, daß Straub seine Pferde mit der Peitsche nach rechts wies, zeigte dem Beklagten an, daß Straub auf seiner Hut sei; aus den Akten ergibt sich ferner, daß die Straße genügend Raum zum Ausweichen nach rechts geboten hätte. Der Beklagte durfte daher als sicher annehmen, daß Straub nun im nächsten Augenblick ausweiche und im Moment, wo die Kutsche bei ihm angelangt sein werde, sich soweit rechts befinde, daß dieselbe ohne Gefahr für ihn passieren könne. Wenn dies nun nicht erfolgte, so lag der Fehler an Straub selbst. Wie der hintere Fuhrmann beim Herannahen der Kutsche sein Pferd beim Zügel genommen und nach rechts geführt hatte, so durfte der Beklagte erwarten, daß auch Straub dies tun werde, und es ist kein Zweifel, daß der Unfall sich nicht ereignet hätte, wenn derselbe in dieser üblichen Weise verfahren wäre. Es kann dem Beklagten auch nicht etwa entgegengehalten werden, daß auf der rechten Seite mehr Platz zum Vorfahren gewesen wäre; denn nach polizeilicher Vorschrift durfte er eben nicht rechts vorfahren. Er mußte sich links halten, und umgekehrt war der Fuhrmann verpflichtet, diese Seite frei zu geben. Was schließlich das Verhalten des Beklagten nach dem Unfall anbetrifft, so ist dasselbe allerdings vom moralischen Standpunkte aus nicht zu billigen, kann aber selbstverständlich für die Frage, ob derselbe den Unfall verschuldet habe, nicht in Betracht kommen.

5. Ist somit ein Verschulden des Beklagten nicht erwiesen, so muß die Klage abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 27. März 1895 in allen Teilen bestätigt.

### 109. Urteil vom 12. Juli 1895 in Sachen Schwob und Genossen gegen Hediger.

A. Durch Urteil vom 22. März 1895 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt: Dem Kläger Emil Hediger sind seine Klagsbegehren zugesprochen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht erklärt und stellen den Antrag, es sei in Abänderung desselben die Klage abzuweisen. Der Kläger beantragt in seiner Antwortschrift Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gottfried Kurth in Biel hatte im August 1888 von F. Wannenmacher-Chipot die Wirtschaft zum Gambrinus daselbst gemietet, und gab sie seinerseits durch „Übertragung“ vom 3. Juli 1893 einem Gottfried Wüthrich in Untermiete. Durch Akt vom 3. Juli 1893 verpflichtete sich der Kläger Hediger als Bürge und Selbstzahler gegenüber Kurth für den Mietzins, welchen Wüthrich für die Zeit vom 1. August 1893 bis 1. Februar 1894 schuldig bleiben sollte. Mit Brief vom 28. November 1893 benachrichtigte Wannenmacher den Kurth, daß er den Wüthrich nicht dazu bringen könne, den fälligen Mietzins zu bezahlen, und ersuchte ihn als Garanten um Bezahlung eines Vierteljahrzinses. Am 30. November 1893 erteilte darauf Hediger dem Kurth den schriftlichen Auftrag, den Wüthrich durch den Richter aus dem Gambrinus ausweisen zu lassen, mit der Erklärung, er stehe dem Kurth für alle Folgen gut und werde nicht nur die erwachsenden Advokaturkosten zahlen, sondern auch, wenn der Richter es verlange, das nötige Geld, um Wüthrich auszuweisen, für Kurth hinterlegen. Kurth stellte nun ein Ermittlungsgesuch, worauf der Richter am 12. Dezember verfügte, daß Wüthrich innerhalb 3 Tagen nach Leistung einer Sicherheit von 2500 Fr. die Wirtschaft zum Gambrinus zu verlassen habe. Am 13. Dezember stellte Kurth dem Hediger einen Eigenwechsel im Betrage von 1500 Fr. aus, zahlbar am 5. März 1894 bei der Vorsichtskasse in Biel. Diesen Wechsel indossierte Hediger am 14. Dezember der genannten Kasse. Am gleichen Tage erhob er

bei derselben auf Rechnung seines Kontokorrents 1000 Fr., so daß er auf diese Weise in den Besitz einer Baarschaft von 2500 Fr. gelangte. Die Sicherheit wurde nun geleistet durch Hinterlegung der 2500 Fr. in baar auf der Gerichtskanzlei. Diese stellte am 14. Dezember zu Gunsten Kurths eine entsprechende Quittung aus. Am 30. Januar 1894 schrieb Kurth auf der Rückseite der Quittung: *Cette somme appartient à Hediger, Brasserie du Port, moyennant que ce dernier retire le billet de 1500 fr. que je lui ai signé et qui est échu autour du 12 mars 1894, Monsieur Hoffmann doit retenir là-dessus tous les frais de poursuite et procès qui ont été faits dans l'affaire Wüthrich. sig. G. Kurth.* Am 19. Februar 1894 stellte Kurth gegenüber der Masse des inzwischen in Konkurs gefallenen Wüthrich das Begehren, es sei ihm zu gestatten, das Depositum zu erheben; diesem Begehren wurde entsprochen. Am 16. März 1894 wurde auch über Kurth, der inzwischen flüchtig geworden war, der Konkurs verhängt. Schon vorher, am 10. März, hatte Hediger den der Vorrichtskasse Biel begebenen Wechsel gegen Bezahlung von 1500 Fr. zurückgenommen, und auch die ergangenen Kosten bei Fürsprecher Hoffmann bezahlt. Das Depositum von 2500 Fr. wurde in die Konkursmasse Kurth gezogen. Dagegen machte Hediger Einspruch, und erhob gegen die Beklagten, als Cessionäre der Masse, Klage mit dem Rechtsbegehren:

1. Es sei gerichtlich zu erkennen, daß der Konkursmasse des G. Kurth kein Recht zustehe auf die am 14. Dezember 1893 gemachte Baarhinterlage von 2500 Fr.

2. Die Konkursmasse habe anzuerkennen, Hediger sei berechtigt, diese Baarhinterlage gegen Rückgabe des dafür von den Behörden ausgestellten Empfangscheines und Erteilung einer Quittung zu erheben.

Zur Begründung dieser Klage machte er im wesentlichen noch folgendes geltend: Nach Auswirkung der Ermittlungsverfügung habe ihm Kurth erklärt, es sei nun seine Sache, die verlangte Sicherheit zu leisten; geschehe es nicht, so werde er sich für den Mietzins an ihn als Bürgen halten. Dadurch habe sich Kläger veranlaßt gesehen, die Sicherheit zu leisten. Zu diesem Zwecke habe er sich mittelst Begeben des ihm von Kurth ausgestellten

Wechsels 1500 Fr. und aus eigener Kasse 1000 Fr. beschafft, und die Summe von 2500 Fr. seinem Angestellten Bieri zur Deposition eingehändigt. Bieri, von Kurth begleitet, habe dann diesen Auftrag ausgeführt und letzterer habe die Quittung in Empfang genommen. Zwischen Kurth und dem Kläger sei es eine ausgemachte Sache gewesen, daß letzterer das deponierte Geld wieder zurücknehmen könne, und daß dem Kurth nie ein Recht darauf zustehen solle. Kläger habe nachher von Kurth die Quittung verlangt, weshalb dann Kurth auf der Rückseite die oben mitgeteilte Erklärung vom 30. Januar 1894 hingesezt habe. Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage. Sie führten im wesentlichen aus: Es werde bestritten, daß Kurth bei der Deposition der 2500 Fr. im Auftrage des Hediger gehandelt habe; derselbe sei in dem Rechtsstreite mit Wüthrich überall in eigenem Namen aufgetreten. Laut der Quittung und der Eintragung in die Depositionskontrolle sei Kurth der Deponent gewesen. Wolle man annehmen, der Kläger habe dem Kurth das Geld dazu gegeben, so qualifiziere sich dieses Geschäft als Darlehen, woraus dem Kläger allerdings eine Forderung an die Masse erwachse, keineswegs aber ein Privileg, sich vorab aus dem dem Kurth gegenüber dem Staate zustehenden Guthaben bezahlt zu machen. Nach dem Inhalte des Wechsels vom 13. Dezember 1893 sei Kurth Aussteller desselben und der Kläger Avalist, und nach dem Indossament habe Kläger den Wechselbetrag von 1500 Fr. behändigt. Auch hieraus ergebe sich, daß das Geschäft zwischen dem Kläger und Kurth als Darlehen zu betrachten sei, und daß Kurth bereits am Tage, wo er vom Kläger das Geld erhalten, an denselben einen Gegenwert resp. eine Rückzahlung von 1500 Fr. geleistet habe. Die Rechtsverbindlichkeit der Erklärung Kurths auf der Quittung werde bestritten. Durch dieselbe habe eine unzulässige Bevorzugung des Klägers gegenüber andern Gläubigern Kurths geschaffen werden wollen; Kurth sei damals schon überschuldet gewesen. Kläger habe den Kurth erst dann zu dieser Erklärung aufgefordert, als bereits von Gläubigern desselben ein Arrest auf das Depositum gelegt worden sei.

2. Das die Klage gutheißende Urteil der Vorinstanz beruht auf folgender Erwägung: Aus den Anbringen des Klägers in

Verbindung mit dem Ergebnis der Beweisführung erhelle zur Evidenz, daß Kurth lediglich als Mandatar des Klägers die provisorische Verfügung gegenüber Wüthrich ausgewirkt habe, und es von Anfang an so verstanden gewesen sei, daß der Kläger welcher für die Beschaffung der zur Sicherheitsleistung erforderlichen Summe zu sorgen gehabt habe, seiner Zeit das Depositum zurück zu erheben berechtigt sein sollte. Es siehe auch fest, daß die ganze Summe von 2500 Fr. auf Rechnung des Klägers beschafft worden sei. Unter diesen Umständen treffe aber Art. 399 Abs. 1 D.-R. zu, wonach Kläger auch gegenüber der Konkursmasse des Kurth zur Erhebung des für seine Rechnung gemachten Depositums als berechtigt erscheine.

3. Die formellen und materiellen Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht sind gegeben, und es ist die Berufung auch innert der gesetzlichen Frist am richtigen Orte eingereicht worden. Wenn der Berufungsbeklagte angedeutet hat, es sei der Vorschrift des Art. 67 D.-G. keine Genüge getan, so ist diese Bemängelung unverständlich, indem nicht ersichtlich ist, wie so dies der Fall sein sollte, und der Berufungsbeklagte sich hierüber auch nicht näher ausgesprochen hat. Sofern etwa damit gesagt werden wollte, es sei unzulässig, die Berufungserklärung und die begründende Rechtschrift, wie es hier geschehen ist, in einer Eingabe zu verbinden, so kann für die Unrichtigkeit dieser Auffassung lediglich auf das Urteil des Bundesgerichtes in Sachen Meff gegen Schmid (Amtliche Sammlung XX, S. 393) verwiesen werden. Im weitern hat der Berufungsbeklagte einen Wirkungsgrund darin erblickt, daß, wie der Stempel auf der Berufungserklärung beweise, diese letztere dem Obergericht und nicht dem Appellations- und Kassationshof eingereicht worden sei. Ob nun daraus, daß der Berufungserklärung der Stempel des Obergerichtes aufgedrückt ist, gefolgert werden darf, daß dieselbe an das Obergericht und nicht an den Appellations- und Kassationshof adressiert gewesen sei, mag dahin gestellt bleiben; denn der Appellations- und Kassationshof ist bekanntlich (vergleiche § 54 des bernischen Gesetzes über die Gerichtsorganisation) eine Abteilung der unter dem Namen Obergericht bestehenden obersten bernischen Gerichtsbehörde. Nun kann nicht zweifelhaft sein, daß die Frage,

ob Eingaben, die für eine Abteilung einer kantonalen Gerichtsbehörde bestimmt sind, gültig an die Behörde, resp. Gesamtsbehörde, ohne Bezeichnung der betreffenden Abteilung, adressiert werden können, lediglich von dem betreffenden kantonalen Rechte geregelt wird. In casu steht nun fest, daß die Berufungserklärung der Beklagten vom Obergericht resp. dessen Präsidenten nicht als unrichtig adressiert zurückgewiesen, sondern derselben die gesetzliche Folge gegeben worden ist. Ebenso unbegründet ist endlich der vom Berufungsbeklagten geäußerte Zweifel über die Kompetenz des Bundesgerichtes, weil es sich um Rücknahme eines nach bernischem Rechte auferlegten, bezw. geleisteten Depositums handle. Allerdings handelt es sich in casu um eine Prozeßkaution, die zum Zwecke geleistet wurde, den Altermieter Wüthrich gegen die ihm aus der Ermession erwachsenden Vermögensnachteile zu sichern; der Anlaß zur Kaution war also ein prozessualer, und hiebei war das kantonale Recht maßgebend, da einschlagende eidgenössische Bestimmungen nicht bestehen. Nun steht aber im vorliegenden Falle einzig die Frage zur Entscheidung, ob nach dem zwischen Kurth und Hediger bestehenden Rechtsverhältnisse der erstere oder der letztere als Hinterleger zu betrachten und daher zur Rücknahme des Depositums berechtigt sei. Daß diese Streitfrage lediglich nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen ist, kann nicht zweifelhaft sein; denn die Parteien streiten sich darüber, ob das Verhältnis als Mandat oder Darlehen qualifiziert werden müsse, und diese beiden Materien werden bekanntlich ausschließlich vom eidgenössischen Recht normiert.

4. In der Sache selbst muß zunächst die Bemerkung der Berufungskläger, Kurth sei nach außen immer im eigenen Namen und nicht als Mandatar des Hediger aufgetreten, als unerheblich bezeichnet werden, denn die Beklagten sind nicht etwa Dritte, welchen von Kurth an dem fraglichen Depositum irgend welche Rechte eingeräumt worden wären, und die sich daher auf den gutgläubigen Erwerb solcher Rechte berufen könnten, vielmehr sind sie einfach Konkursgläubiger des Kurth, und können als solche keine andern und bessern Rechte geltend machen, als der Gemeinschuldner selbst. Insbesondere gilt dies, nach dem klaren Wortlaute des Art. 399 D.-R., bezüglich Forderungsrechten,

welche der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers im eigenen Namen gegen Dritte erworben hat. Die Tatsache, daß Kurth die 2500 Fr. in eigenem Namen deponiert hat, kann daher von den Beklagten lediglich als Beweismoment dafür, daß es sich um ein Darlehensverhältnis gehandelt habe, verwertet werden, eine weitere Bedeutung kommt ihr nicht zu. Ebenso wenig steht etwa wegen der Erklärung Kurths auf dem Empfangschein für das Depositum die Anfechtungsfrage der Art. 285 ff. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs in Frage; denn Kläger behauptet nicht, daß dadurch ein neues Rechtsverhältnis zwischen ihm und Kurth begründet worden sei, sondern er macht jene Erklärung lediglich als Beweismittel dafür geltend, daß Kurth bei der gerichtlichen Hinterlegung als sein Beauftragter gehandelt habe.

5. Fragt sich nun, ob diese Behauptung richtig sei, oder ob Hediger jene Summe dem Kurth als Darlehen gegeben habe, so kann nicht gesagt werden, daß die Vorinstanz die altengemäß von ihr als erwiesen erachteten Tatsachen unrichtig gewürdigt habe. Es ist vorerst gewiß klar, daß der Zweck der Sicherheitsleistung in gleicher Weise erreicht werden konnte, ob Kurth das Geld als Beauftragter des Hediger hinterlegte, oder ob ihm dasselbe als Darlehen gegeben wurde. Die Rechte, welche an demselben durch die Hinterlegung für Wüthrich konstituiert werden sollten, wurden dadurch, daß Kurth als Beauftragter Hedigers das Depositum leistete, in keiner Weise beeinträchtigt. Dagegen war allerdings Hediger im letztern Falle gesicherter, als wenn er die 2500 Fr. dem Kurth als Darlehen gab, denn während er sich als Darlehensgläubiger lediglich an Kurth halten konnte, stand ihm für den Fall, als das Depositum frei wurde, das in Art. 399 O.-R. statuierte Recht zu. Es ist also in der Tat kein Grund ersichtlich, welcher Hediger hätte bestimmen sollen, dem Kurth ein Darlehen zum Zwecke der Hinterlegung zu machen. Die Beklagten haben denn auch keinerlei Beweis für die Darlehenshingabe geleistet. Dazu gehörte, daß die Beklagten nicht bloß die Hingabe der bezeichneten Summe an Kurth, sondern auch die ausdrückliche oder stillschweigende Willensübereinstimmung Kurths und Hedigers darzutun hatten, daß der Betrag dem erstern zu Eigen-

tum übertragen werden sollte, gegen die Verpflichtung desselben zur Rückerstattung der betreffenden Summe, mit andern Worten, daß der Betrag dem Kurth zur vollen Nutzung für gewisse Zeit zugewendet worden sei. Hievon ist aber keine Rede. Die Beklagten selbst anerkennen, daß Kurth den Betrag nicht zur beliebigen Nutzung und Verwendung, sondern lediglich zum Zweck der Sicherheitsleistung erhalten habe, und die Parteien gehen offenbar beidseitig davon aus, daß eine Pflicht des Kurth zur Rückerstattung des Betrages an Hediger insofern nicht bestanden hätte als das Depositum zur Befriedigung von Ansprüchen Wüthrichs wegen der gegen ihn angeordneten Ermiffion hätte verwendet werden müssen; denn wie in der Erklärung Hedigers vom 30. November 1893 ausdrücklich gesagt ist, erfolgte die Ermiffion Wüthrichs auf Kosten und Gefahr Hedigers. Nun ist allerdings richtig, daß nicht die Beklagten den Beweis für die Darlehenshingabe zu leisten haben, sondern dem Kläger der Beweis für das Mandat, resp. dafür obliegt, daß Kurth im Auftrag und für Rechnung Hedigers den mehrerwähnten Betrag deponiert habe. Immerhin ist aber klar, daß die Beklagten, wenn sie behaupten, daß der Betrag von Hediger dem Kurth jemals zu Eigentum übertragen worden sei, hiefür beweispflichtig sind; denn die Eigentumsübertragung versteht sich nicht von selbst, und dieser Beweis ist nicht geleistet. Derselbe folgt insbesondere nicht daraus, daß Kurth das Geld auf eigenen Namen bei der Gerichtsschreiberei Biel deponiert hat. Denn dieser Umstand erklärt sich einfach daraus, daß die Ausweisungsverfügung gegen Wüthrich von ihm im eigenen Namen erwirkt, und die Sicherheitsleistung ihm persönlich übergeben worden war. Die Annahme, daß Kurth dabei lediglich als Beauftragter Hedigers gehandelt habe, wird dadurch in keiner Weise ausgeschlossen. Daß nun ein solches Mandat bestand, ist durch die Erklärung Hedigers vom 30. November 1893, deren Richtigkeit und richtige Datierung nicht bestritten worden ist, festgestellt, und es muß daher mit der Vorinstanz der dem Kläger nach dem vorstehend Gesagten obliegende Beweis als geleistet betrachtet werden.

6. Wenn die Beklagten sodann weiter geltend gemacht haben, es handle sich um eine verkappte Bindikation, die Identität des

Depositums sei aber nirgends behauptet worden und werde von den Beklagten verneint, so ist darüber zu bemerken: Wie bereits oben hervorgehoben worden ist, handelt es sich in casu um die Frage, ob Kurth die am 14. Dezember 1893 bei der Gerichtsschreiberei Biel in eigenem Namen hinterlegten 2500 Fr. als Beauftragter des Hediger für dessen Rechnung deponiert habe, und daher das aus der Deposition gegen den Staat Bern begründete Forderungsrecht gemäß Art. 399 D.-M. auf den Berufungsbeklagten übergegangen sei. Die Parteien sind also darüber einig, um welches Forderungsrecht es sich handelt, und es kann daher die Behauptung der Berufungskläger, die Identität des Depositums sei nirgends geltend gemacht worden, nur in dem Sinne verstanden werden, daß sie sagen wollen, Hediger habe nicht behauptet und bewiesen, daß Kurth gerade diejenigen Geldstücke oder Banknoten, welche er von Hediger erhalten, bei der Gerichtsschreiberei Biel deponiert habe. Eine solche Behauptung ist aber ebenso unrichtig als unerheblich. Denn einerseits hat Kläger stets behauptet, daß er dem Kurth das hinterlegte Geld übergeben habe, und es ist nach den Umständen durchaus nicht anzunehmen, daß nicht dieses Geld, sondern anderes von Kurth deponiert worden sei. Andererseits würde aber, wenn Kurth wirklich die von Hediger erhaltenen Geldstücke oder Papiere ganz oder teilweise durch andere ersetzt hätte, dieser Umstand der Annahme, daß er das Depositum doch als Beauftragter des Hediger geleistet habe, in keiner Weise entgegenstehen.

7. Endlich haben die Berufungskläger geltend gemacht, die Behauptung, daß auch die bei der Vorsichtskasse Biel auf den Eigenwechsel Kurths erhobenen 1500 Fr. vom Kläger beschafft worden seien, stehe im Widerspruch mit den Akten, und könne daher die Klage jedenfalls nur für den Betrag von 1000 Fr. gutgeheißen werden. Ob nun die Annahme der Vorinstanz, daß die sämtlichen deponierten 2500 Fr. von Hediger allein beschafft worden seien, aktenwidrig sei, kann dahin gestellt bleiben; denn es ist dieselbe nicht entscheidend. Immerhin steht die Behauptung der Berufungskläger in Widerspruch mit ihrer in erster Linie gemachten Darstellung, daß die 2500 Fr. dem Kurth von Hediger geliehen worden seien. Richtig ist allerdings, daß der Betrag von 1500 Fr.

durch Indossierung eines von Kurth zu Gunsten Hedigers ausgestellten Eigenwechsels an die Vorsichtskasse Biel erhältlich gemacht worden ist, und wenn auch Hediger den Wechsel indossiert, und die Valuta dafür von der Indossatarin erhalten hat, so ist er doch durch das Indossament der Vorsichtskasse nicht allein wechselmäßig verpflichtet worden, sondern haftete aus dem Wechsel neben ihm und in erster Linie Kurth als Hauptwechselschuldner. Allein wenn auch hieraus geschlossen werden müßte, daß Kurth und Hediger die 1500 Fr. gemeinsam beschafft haben, und etwas weiteres ließe sich jedenfalls nicht behaupten, so würde daraus doch nur folgen, daß Hediger den Kurth von seiner wechselmäßigen Verpflichtung befreien mußte, bevor das aus dem Depositum resultierende Forderungsrecht gegen den Staat Bern auf ihn übergieng, und dieser Obliegenheit ist Hediger unbestritten nachgekommen, indem er den Wechsel zur Verfallzeit einlöste.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet erklärt, und daher das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 22. März 1895 in allen Teilen bestätigt.

110. Urteil vom 19. Juli 1895 in Sachen  
Würthner gegen Aebli.

A. Durch Urteil vom 7. Mai 1895 hat die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts erkannt: Der Beklagte und Widerkläger ist verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten 104 Fr. 75 Cts. zu bezahlen; die Widerklage ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Beklagte und Widerkläger die Berufung an das Bundesgericht; er beantragte, dasselbe wolle erkennen, der Kläger und Widerbeklagte sei verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger für gestifteten Schaden 38,322 Fr. 33 Cts. zu bezahlen, abzüglich eines allfälligen Erlöses, welcher dem Beklagten und Widerkläger im Konkurse der Witwe Bauder zukommen sollte, eventuell sei die Angelegenheit an das Ober-