

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. Wichtig 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 Baluta 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 Bauber zukommen sollte, eventuell sei die Angelegenheit an das Ober-

gericht zurückzuweisen behufs Abnahme der vom Beklagten und Widerkläger anerborenen Beweise.

C. In der heutigen Verhandlung vor Bundesgericht wiederholt der Berufungskläger diese Anträge. Der Berufungsbeklagte beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Er erklärt, er habe von Anfang an anerkannt, daß er für die Folgen seiner Versäumnis ohne weiters einzustehen habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gemäß Vertrag vom 8. Juni 1892 trat der Beklagte und Widerkläger, Johann Würthner, als stiller Gesellschafter unter Führung der Procura in das Geschäft der Witwe Bauder, Bierbrauerei Seefeld-Zürich, ein. Er verpflichtete sich zu einer Baar-einlage von 30,000 Fr., wofür Frau Bauder hypothekarische Versicherung auf ihr sämtliches Immobilien- und Mobilienvermögen zu leisten hatte. Von dieser Summe sollten 10,000 Fr. nach Fertigstellung der hypothekarischen Versicherung und der Rest „sofort nach Eingang der Herrn Würthner auf 1. Oktober d. J. zur Heimzahlung gekündeten Gelder“ einbezahlt werden. Würthner hatte nach diesem Vertrage die Buchhaltung und Kassaführung zu besorgen; es wurde ihm ein Jahresgehalt von 3600 Fr., zahlbar in monatlichen Raten von 300 Fr., ferner eine monatlich zu verrechnende Provision von 1 1/2 Fr. per Hektoliter des stattfindenden Bierumsatzes zugesichert. Schließlich ist bestimmt, die Kündigungsfrist sei gegenseitig eine sechsmonatliche, so lange nicht eine andere schriftliche Vereinbarung getroffen werde. Nachdem Würthner eine Einzahlung von 10,000 Fr. geleistet hatte, schloß er mit Frau Bauder am 15. Juni 1892 einen Kauf- und Mietvertrag ab, laut welchem er sich die vorhandenen Hopfen-, Malz-, Kohlen- und Eisvorräte und überhaupt die gesamte Fahrhabe, sogar Frauen- und Kinderkleider, käuflich um die Summe von 30,000 Fr. zu Eigentum übertragen ließ. Frau Bauder bescheinigte den Kaufpreis in baar durch die Geschäftseintage Würthners von 30,000 Fr. erhalten zu haben. In Wahrheit hatte Würthner jedoch, wie bemerkt, nur 10,000 Fr. einbezahlt. In dem gleichen Vertragsinstrument wurden die sämtlichen Kaufsobjekte der Frau Bauder um einen jährlichen Miethzins von 3600 Fr. von

Würthner vermietet. Am 18. Juli 1892, nachdem Frau Bauder das Patent zum Betriebe eines Gasthofes erhalten hatte, ließ sich der Beklagte von Frau Bauder auf die Liegenschaften derselben nebst der Wirtschaft ein Grundpfandrecht für den Betrag von 40,000 Fr. errichten, obwohl er auch um diese Zeit nicht mehr als die erwähnten 10,000 Fr. einbezahlt hatte. In dem hiefür errichteten Schuldbriefe erscheinen zum Teil die Fahrhabegegenstände wieder, die schon im Kaufvertrag vom 15. Juni enthalten waren, namentlich die wertvolleren Stücke. Am 3. November 1892 ließ Frau Bauder an Würthner eine amtliche Anzeige zustellen, worin gesagt wird: Würthner habe sich laut Vertrag vom 8. Juni 1892 zu einer Einlage von 30,000 Fr. in das Geschäft der Frau Bauder verpflichtet, später habe er noch größere Kapitalien versprochen, allein Frau Bauder habe bisher statt 40,000 Fr. nur 20,800 Fr. erhalten und sei durch diese Verzögerung der Einzahlung sehr bedeutend geschädigt und gehemmt. Sie setze dem Würthner eine (letzte) Frist bis zum 7. November 1892 an zur Nachzahlung der rückständigen Summe von 19,200 Fr. und trete vom Vertrage vom 8. Juni 1892 vollständig zurück, wenn ihr bis zum 7. November der fehlende Betrag von 19,200 Fr. nicht übergeben werde. Da Würthner dieser Aufforderung nicht nachkam, teilte ihm Frau Bauder nach Ablauf der angesetzten Frist mit, daß sie nunmehr den genannten Vertrag als aufgehoben betrachte. Im September 1893 kam dann Frau Bauder in Konkurs. In demselben machte Würthner für Gehalt und Provisionen einen Betrag von 8455 Fr. 75 Cts. nebst 309 Fr. 10 Cts. Zins zu 5% von 7572 Fr. 33 Cts. vom 8. November 1892 bis 1. September 1893 geltend und beanspruchte dafür ein Pfandrecht an den Liegenschaften und Fahrhaben laut notariäler Fertigung vom 18. Juli 1892. Ferner vindizierte er die im Kauf- und Mietvertrag vom 15. Juni 1892 angeführten Fahrhaben, und machte eventuell, d. h. für den Fall der Verwerfung dieser Vindikation, eine weitere Forderung von 30,000 Fr. nebst Pfandrecht laut notariäler Eintragung vom 18. Juli 1892 geltend. Vor dem Konkursrichter anerkannte der Vertreter der Konkursmasse die im ersten Rechtsbegehren gestellte Forderung im Betrage von 885 Fr., ebenso die eventuelle Ansprache bezüg-

lich einer Summe von 20,600 Fr. nebst Pfandrecht und Zinsen, bestritt aber die weiter gehenden Begehren. Der Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich erkannte, dem Ansprecher stehe auf Grund des Schuldbriefes vom 18. Juli 1892 eine Forderung von 26,658 Fr. nebst Zins an die Konkursmasse zu, die übrigen Ansprüche werden abgewiesen. Gegen diesen Entscheid beschwerte sich Wüthner beim Obergericht; er reduzierte dabei seinen ersten Anspruch um 133 Fr. 40 Cts. und beantragte, daß seine Forderung für Gehalt und Provisionen im Betrag von 8322 Fr. 30 Cts. nebst verlangten Zinsen und Pfandrecht, und daß ferner sein zweites, eventuell sein drittes Rechtsbegehren gutgeheißen werde, unter spezieller Erwähnung des Pfandrechts im Dispositiv des Entscheides, und angemessenen Nebenfolgen. Für die Ernsthaftigkeit des Kaufes vom 15. Juni berief er sich auf 4 Zeugen, die jedoch nicht abgehört wurden. Das Obergericht, bezw. dessen Appellationskammer, urteilte am 14. April 1894 dahin: „Die Beschwerde ist unbegründet und demnach der Rekurrent unter Abweisung weitergehender Ansprüche mit folgenden Anmeldeungen im Konkurse der Witwe Bauder geschützt:

5,455 Fr. 20 Cts. samt Zins à 5 % seit 8. November 1892, und

21,202 Fr. 80 Cts. samt Zins à 5 % vom Datum der Leistung der der Kridarin gewährten Darlehen an, unter Gutheißung eines Pfandrechts an den im Schuldbriefe vom 18. Juli 1892 bezeichneten Gegenständen.“ (Dann folgen die Kostenbestimmungen.)

Dieses Urteil beruht auf folgender Erwägung: Die Annahme des Konkursrichters, daß mit dem 8. November 1892 der Anstellungsvertrag durch eigenes Verschulden des Wüthner zu Ende gegangen sei, daß er also kein Recht auf Schadenersatz wegen unbefugter Aufhebung des Vertrages seitens der Witwe Bauder besitze, entspreche durchaus den Akten; denn nicht nur seien die Vorteile, welche sich Wüthner bei Abschluß des Vertrages gesichert habe, so unverhältnismäßig groß gegenüber seinen Leistungen und so drückend für Frau Bauder gewesen, daß nicht mit Unrecht von Wucher gesprochen worden sei, sondern er habe selbst durch Nichterfüllung seiner Verpflichtung zur Einzahlung eines

Kapitals von 30,000 Fr. Ursache zur Aufhebung des Vertrages gegeben. Es bestehe daher kein Grund auf Erhöhung der vom Konkursrichter (unter Abrechnung gemachter Bezüge) auf 5455 Fr. 20 Cts. angelegten Summe. Die Entscheidung über die weiteren Rechtsbegehren hänge davon ab, ob der Kaufvertrag vom 18. Juni 1892 als ein Rechtsgeschäft betrachtet werden könne, das nur fiktiv in dieser Form abgeschlossen worden sei, und durch welches eigentlich bloß eine Sicherung der damaligen und spätern Forderungen Wüthners an Frau Bauder mittelst Pfandrechten an den im Kaufvertrag enthaltenen Gegenständen bezweckt worden sei. Auch hier erscheine die Auffassung des Vorberrichters den Verhältnissen angemessen, denn schon die Natur eines großen Teils der angebliehen Kaufobjekte als Konsumtililien lasse einen eigentlichen Kaufswillen nicht wohl annehmen. Dazu komme aber noch, daß in dem später zwischen den nämlichen Personen errichteten Schuldbrief per 40,000 Fr. teilweise die gleichen Gegenstände dem Wüthner als Spezialpfänder für gemachte Darlehen verschrieben worden seien. Dieser Umstand schließe es geradezu aus, daß Wüthner dieselben vorher bereits rechtmäßig durch Kauf erworben habe. Jedenfalls müßte man annehmen, der zuerst vereinbarte Kaufvertrag sei damals wieder aufgehoben und an dessen Stelle ein Pfandrecht eingeräumt worden, und zwar nicht bloß bezüglich der in beiden Kontrakten enthaltenen Sachen, sondern bezüglich des Ganzen. Da dieser Schluß aus den schriftlichen Urkunden bereits mit genügender Sicherheit hervorgehe, so sei die Abnahme des anerbotenen Zeugenbeweises für die Ernsthaftigkeit des Kaufgeschäftes nicht mehr nötig, ebenso sei die Forderung Wüthners für Mietzins für diese ihm bloß verpfändeten Gegenstände von selbst hinfällig. Dieses Urteil wurde dem Anwalt des Wüthner, dem heutigen Kläger und Widerbeklagten Dr. Nebli, welcher den Prozeß bisher geführt hatte, am 21. April 1894 zugestellt. Wüthner beauftragte ihn, gegen dasselbe die Berufung an das Bundesgericht einzulegen, und Dr. Nebli reichte am 4. Mai beim Präsidium der Appellationskammer eine Berufungserklärung ein. Nachher fand er, daß dieselbe angesichts des Art. 65 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege verspätet eingelegt sei, indem der Prozeß im beschleunigten Ver-

fahren durchgeführt worden war, und zog sie daher wieder zurück. Hierauf beauftragte ihn Würthner, beim kantonalen Kassationsgericht Nichtigkeitsbeschwerde zu führen wegen Nichtabhörung der angerufenen Zeugen; allein auch diese Frist wurde versäumt, indem der Anwalt übersah, daß durch das kantonale Einführungs-gesetz zum Schuldbtreibungs- und Konkursgesetz für Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse im beschleunigten Verfahren die gewöhnliche 60tägige Kassationsfrist auf 10 Tage herabgesetzt worden war. Es erwuchs somit das obergerichtliche Urteil vom 14. April 1894 in Rechtskraft.

2. Als nun Dr. Nebli dem Beklagten und Widerkläger seine Advokaturrechnung im Betrage von 104 Fr. 75 Cts. stellte, bestritt sie dieser und erhob eine Gegenforderung im Betrage von 11,664 Fr., als Ersatz für gestifteten Schaden, vorbehaltlich einer Nachforderung für den Fall, als durch die Liquidation der Pfandgegenstände bei Frau Bauder weiterer Schaden sich herausstellen sollte. Im Einverständnis des Widerbeklagten erhöhte er diese Forderung vor erster Instanz auf einen Gesamtbetrag von 38,322 Fr. 33 Cts. Er behauptete, der Kläger und Widerbeklagte habe für diesen Ausfall einzustehen, da er durch Versäumung der Berufungsfrist an das Bundesgericht und der Kassationsfrist die Weiterziehung verunmöglicht habe. Der Widerbeklagte anerkannte seine prinzipielle Schadenersatzpflicht, bestritt aber, daß durch sein Versehen dem Widerkläger ein Schaden erwachsen sei, indem weder die Weiterziehung an das Bundesgericht, noch die Kassationsbeschwerde einen günstigen Erfolg für den letztern würde gehabt haben. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage gutgeheißen, die Widerklage dagegen abgewiesen. Die Urteile beruhen auf der Erwägung, daß dem Widerkläger durch das Versehen des Widerbeklagten kein Schaden entstanden sei, indem nicht gesagt werden könne, daß durch die Anrufung des Bundesgerichts und des Kassationsgerichts mit einiger Wahrscheinlichkeit ein dem Widerkläger günstigerer Entscheid über die Ansprüche, womit derselbe unterlegen war, erlangt worden wäre.

3. Daß die Schadenersatzklage des Widerklägers in subjektiver Hinsicht begründet sei, ist vom Widerbeklagten nicht bestritten worden, vielmehr hat derselbe von Anfang an vor den kantonalen

Instanzen, und so auch heute wieder, ausdrücklich anerkannt, daß ihn wegen der Fristversäumnis ein Verschulden treffe und er dem Widerkläger für den Schaden, sofern ein solcher daraus entstanden sei, hafte. Insoweit sich die Berufung an das Bundesgericht auf die Bindikation der Fahrhabegegenstände bezog, war zwar die Berufungserklärung rechtzeitig abgegeben; denn die in Art. 65 Abs. 2 Organisationsgesetz für Prozesse im beschleunigten Verfahren bestimmte Berufungsfrist von 5 Tagen bezieht sich, wie aus der Verweisung dieses Artikels auf Ziff. 4 Abs. 2 von Art. 63 *ibid.* hervorgeht, lediglich auf diejenigen Rechtsstreitigkeiten, welche nach den Artikeln 148, 250 und 284 des Bundesgesetzes über Schuldbtreibung und Konkurs im beschleunigten Verfahren zu erledigen sind (Kollokationsstreitigkeiten im Pfändungs- und Konkursverfahren und Streitigkeiten betreffend heimlich oder gewaltfam aus vermieteten oder verpachteten Räumlichkeiten fortgeschafften Gegenstände). Für Bindikationsstreitigkeiten im Konkurs ist bundesgesetzlich das beschleunigte Verfahren nicht vorgeschrieben; allerdings ist dasselbe nach dem kantonalen Einführungsgesetz, Art. 72 Ziff. 7, auch auf Klagen betreffend Eigentumsansprüchen in Konkursen ausgedehnt, allein durch diese kantonale Gesetzesbestimmung konnte an der ausschließlich der Bundesgesetzgebung zustehenden Normierung der Berufungsfrist nichts geändert werden. Für derartige Klagen gilt daher, da sie nicht zu den kraft Bundesrechts im beschleunigten Verfahren zu erledigenden Streitigkeiten gehören, die gewöhnliche zwanzigtägige Berufungsfrist. Nun hat der Widerbeklagte seine Berufungserklärung innerhalb 20 Tagen von der schriftlichen Mitteilung des Urteils an eingereicht. Sein Verschulden besteht somit bezüglich dieses Teils der Klage nicht sowohl in der Versäumung der Berufungsfrist, als vielmehr darin, daß er die Berufung voreilig, in der irrigen Meinung, sie sei verspätet, wieder zurückgezogen hat.

Der Widerbeklagte macht nun aber geltend, es sei dem Widerkläger durch sein Verschulden ein Schaden nicht erwachsen. Er verneint also die objektiven Voraussetzungen des Klagfundaments, und es liegt danach dem Widerkläger ob, dasselbe herzustellen, d. h. den Beweis dafür zu erbringen, daß und welcher Schaden ihm durch das Versehen des Widerbeklagten entstanden sei. Hie-

für kann sich derselbe nun offenbar nicht einfach darauf berufen, daß ihm die Geldermachung der in Frage stehenden Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht und der Kassationsbeschwerde durch die Fristveräumung vereitelt worden sei; denn diese Rechtsmittel hatten für ihn begreiflich nicht unbedingt, sondern nur unter der Voraussetzung einen wirklichen Wert, wenn begründete Aussicht vorhanden war, mittelst derselben ein obseitliches oder doch wenigstens ein günstigeres Urteil zu erlangen, als dasjenige, welches angefochten werden sollte. Ebenso wenig kann aber dem Widerkläger der strikte Beweis dafür zugemutet werden, daß er durch die Berufung an das Bundesgericht, bezw. die Kassationsbeschwerde an das Kassationsgericht den Prozeß mit Sicherheit würde gewonnen haben, denn ein solcher Beweis wäre schlechterdings gar nicht zu führen; vielmehr muß sich lediglich fragen, ob derselbe nach der damaligen Aktenlage begründete Aussicht gehabt habe, durch die betreffenden Rechtsmittel ein ganz oder teilweise obseitliches Urteil zu erlangen. Es muß somit geprüft werden, ob die Appellationskammer bei Fällung des Urteils vom 14. April 1894 von einer unrichtigen tatsächlichen oder rechtlichen Auffassung der damaligen Akten ausgegangen sei, welche durch die genannten Rechtsmittel hätte richtig gestellt werden können.

4. Inwieweit nun zunächst das Kassationsgericht zur Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen das obergerichtliche Urteil vom 14. April 1893 kompetent gewesen wäre, ist eine Frage des kantonalen Prozeßrechts, bezüglich welcher das Bundesgericht an die Entscheidung des kantonalen Richters gebunden ist. Nun hat die Vorinstanz diesfalls festgestellt, daß es sich vor dem Kassationsgericht einzig um eine Beschwerde wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs hätte handeln können, nämlich um eine Beschwerde darüber, daß die Appellationskammer von der Einvernahme der Zeugen Umgang genommen hatte, welche von Wüthner zum Beweise für die Ernsthaftigkeit des Kaufes vom 15. Juni 1892 angerufen worden waren. Daß nun die Ablehnung dieses Zeugenbeweises seitens der Appellationskammer auf unrichtiger Anwendung einer Norm des eidgenössischen Rechtes erfolgt sei, ist vom Widerkläger nicht behauptet worden und geht auch aus den

Akten nicht hervor; es konnte sich danach nur fragen, ob die Appellationskammer zur Einvernahme der Zeugen mit Rücksicht auf kantonalrechtliche Vorschriften, insbesondere auf die Vorschriften des kantonalen Prozeßrechts, verpflichtet gewesen wäre. Danach ist aber das Bundesgericht auch bezüglich der Frage, ob die Nichtigkeitsbeschwerde materiell begründet gewesen wäre, an die Entscheidung der Vorinstanz gebunden, da sich dieselbe eben, wie bemerkt, ausschließlich nach kantonalem Rechte beurteilt. Wenn daher die Vorinstanz erklärt, daß von einer Aufhebung des Urteils seitens des Kassationsgerichts wegen Verweigerung rechtlichen Gehörs keine Rede hätte sein können, so muß es hiebei sein Verbleiben haben. Übrigens ist zu bemerken, daß der Berufungskläger in seinem heutigen Vortrage auf die Veräumung der Kassationsfrist selbst nicht mehr abgestellt hat.

5. Was nun die vereitelte Berufung an das Bundesgericht anbelangt, so wäre dieselbe nach den Bestimmungen der Art. 56 ff. des Organisationsgesetzes betreffend die Bundesrechtspflege unzweifelhaft zulässig gewesen, indem einerseits der erforderliche Streitwert vorhanden, und andererseits die Streitsache, sowohl hinsichtlich der vindikation der Fahrhabegegenstände als der Gehaltsansprüche des Widerklägers nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden war. Materiell hätte jedoch die Berufung bezüglich beider Klagepunkte nicht gutgeheißen werden können. Ganz klar ist dies in Betreff des vindikationsanspruches. Derselbe stützt sich auf den angeblichen Kaufvertrag vom 15. Juni 1892. Abgesehen nun aber davon, daß der Widerkläger von diesem angeblichen Kaufvertrag selbst wieder zurückgetreten ist, indem er sich an den gleichen Gegenständen, auf welche sich der Kaufvertrag bezogen hatte, nachträglich ein Pfandrecht bestellen ließ, und zwar für dieselbe Forderung, welche nach Inhalt des Kaufvertrages als Kaufpreis verrechnet worden war, kann keinem Zweifel unterliegen, daß von Anfang an unter den Parteien ein Kaufgeschäft, mit Übergabe der Kaufgegenstände zu vollem Rechte und Genuß an den Käufer, gar nicht beabsichtigt war. Irgend ein anderer Zweck, als der, dem Widerkläger für seine bestehenden und ihm noch erwachsenden Forderungen an Frau Bauder Sicherheit zu verschaffen, kann für den Abschluß dieses Abkommens

nicht gefunden werden, und daß die Parteien nicht so weit gehen wollten, diese Sicherung durch eine völlige Veräußerung der Gegenstände seitens der Frau Bauder an Wüsthner zu bewerkstelligen, geht daraus klar hervor, daß die Parteien nicht etwa, wie es die natürliche Konsequenz einer solchen Veräußerung des Betriebsinventars seitens der Inhaberin des Geschäfts an den Angestellten Wüsthner gewesen wäre, den Dienstvertrag vom 8. Juni 1892 aufgehoben haben, sondern daß gleichzeitig die Kaufgegenstände der Verkäuferin wieder vermietet wurden. Es erscheint also das Urteil der Appellationskammer vom 14. April 1894, was die Eigentumsansprüche des Widerklägers anbelangt, vollständig zutreffend, und kann keine Rede davon sein, daß im Wege der Berufung eine Abänderung desselben hätte erzielt werden können.

6. Mit Bezug auf den Gehaltsanspruch ist zu bemerken: In dem Anstellungsvertrag vom 8. Juni 1892 war bestimmt, daß der Rest der Einlage, zu der sich Wüsthner verpflichtet hatte, sofort nach Eingang der dem Wüsthner auf 1. Oktober gleichen Jahres zur Heimzahlung gekündeten Gelder zahlbar sei, was vom Widerkläger so ausgelegt wurde, daß die Leistung der vollen Einlage durch jene Heimzahlung an ihn aufschiebend bedingt, bezw. befristet sei, während die Appellationskammer diese Bestimmung so auffaßte, der Termin sei fest auf 1. Oktober bestimmt worden, und die Bemerkung betreffend die Heimzahlung enthalte nur den Beweggrund hiefür, sodaß es für die Verpflichtung des Widerklägers unerheblich sei, ob die Heimzahlung wirklich auf diesen Tag oder erst später erfolgt sei. Nun kann allerdings dieser Auffassung der Appellationskammer nicht beigetreten werden. Nach dem Wortlaut der betreffenden Bestimmung „sodort nach Eingang der Herrn Wüsthner auf 1. Oktober dieses Jahres zur Heimzahlung gekündigten Gelder zahlbar“ ist es schlechterdings unmöglich zu sagen, die Einzahlung habe auf 1. Oktober stattfinden sollen; denn diese Zeitangabe kann logischerweise nur auf die Heimzahlung der gekündigten Gelder, nicht aber auf die dem Wüsthner obliegende Einzahlung bezogen werden. Allein trotzdem erscheint das Urteil auch in diesem Punkte richtig. Während nämlich der oben erwähnte Passus von Geldern spricht, die dem

Wüsthner zur Heimzahlung gekündet seien, also die Meinung erweckt, es seien dem Wüsthner Guthaben von den betreffenden Schuldnern gekündet worden, stellte sich nach den Akten heraus, daß die Kündigung nicht von diesen, sondern von Wüsthner selbst, also vom Gläubiger erfolgt war, und daß die Schuldner zur Heimzahlung auf jenen Termin keineswegs bereit waren. Nach dem Wortlaute des Vertrages durfte aber Frau Bauder annehmen, die Gelder werden, da sie von den Schuldnern gekündet seien, jedenfalls in kürzester Zeit, d. h. einige Tage nach dem 1. Oktober eingehen. Nachdem nun Wüsthner bereits mehr als einen Monat seit dem 1. Oktober mit der Einzahlung gezögert hatte, befand er sich unzweifelhaft im Verzuge, und Frau Bauder war daher Anfangs November berechtigt, ihm zur nachträglichen Erfüllung Frist anzusetzen und nach fruchtlosem Ablauf derselben vom Vertrage zurückzutreten. War aber der dem Wüsthner am 8. November 1892 erklärte Rücktritt vom Vertrage seitens der Frau Bauder gerechtfertigt, so fallen von diesem Tage an die Gehaltsansprüche des erstern dahin, und es ist somit auch in Beziehung auf diesen Teil der Klage Wüsthners dem Urteil der Appellationskammer beizutreten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 1895 in allen Teilen bestätigt.

111. *Arrêt du 19 juillet 1895 dans la cause Hayoz contre Pontet.*

A. Par contrat de bail du 17 mai 1892, Georges Pontet, domicilié à Fribourg, a loué à Pierre Pochon son domaine situé à Combes, commune de Belfaux, cela pour la durée de 9 ans à partir du 22 février 1893 et pour le prix annuel de 3000 francs, payable en deux termes le 22 août et le 22 février de chaque année.