

daß die vom Beklagten durch Substituierung von Globushälften an Stelle der früheren Medaillons gebildete neue Marke eine Nachahmung des klägerischen Waarenzeichens nicht enthalte. Wenn heute der klägerische Vertreter dies in Zweifel gezogen hat, so kann hierauf offenbar nichts ankommen und es ist übrigens klar, daß die neue aus der Figur der Helvetia und den zwei Globushälften bestehende Marke des Beklagten von dem klägerischen Zeichen durchaus verschieden und demselben keineswegs täuschend ähnlich ist. Es kann sich also nur fragen, ob die frühere, kondemnierte Marke des Beklagten auf den vorhandenen Papiervorräthen durch das Ueberleben ihrer charakteristischen Bestandtheile mit Theilen der neuen Marke in einer hinlängliche Gewähr darbietenden Art vernichtet worden sei, das heißt ob das Ueberleben in solcher Weise stattgefunden habe, daß ein Widerzutreten der alten Marke nach Ablösung der Globusausschnitte als ausgeschlossen erscheine. Diese Frage ist aber eine Thatfrage, hinsichtlich welcher das Bundesgericht an die Entscheidung der Vorinstanz gebunden ist und es muß also bei der kantonalen Entscheidung sein Bewenden haben. Uebrigens ist, auch abgesehen hiervon, klar, daß der Kläger jedenfalls zu weit geht, wenn er die Beschlagnahme resp. Vernichtung der mit der alten Marke versehenen Papiervorräthe u. s. w. verlangt. Denn es gibt ja unzweifelhaft auch andere, durchaus sichere, Mittel der Vernichtung der alten Marke (welche einzig Kläger zu fordern berechtigt ist) als die Vernichtung der Papiervorräthe (wie Ueberdrucken u. s. w. der Marke). Demnach fallen aber offenbar sämmtliche auf die größere Marke bezüglichen Begehren des Klägers als unbegründet dahin.

b. Bezüglich der kleinen Marke sodann (rückichtlich welcher bloß das Begehren um Beschlagnahme der Papiervorräthe u. s. w. noch streitig ist) ist vom Kläger vor den kantonalen Instanzen nicht dargethan auch, ein Beweis dafür (durch Augenschein u. s. w.) nicht angetreten worden, daß entgegen den Erklärungen des Beklagten mit dieser Marke bezeichnete Papiervorräthe u. s. w. noch vorhanden seien. Das betreffende Rekursbegehren des Klägers erscheint daher ohne weiters als unbegründet, wobei indeß immerhin von der Erklärung des Beklagten,

daß er die mit der kleineren Marke bezeichneten Papiervorräthe u. s. w. vollständig beseitigt habe, im Dispositiv dieses Urtheils Vormerk genommen werden mag.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers gegen das Urtheil des Kantonsgerichtes von St. Gallen vom 6. August 1884 wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei diesem Urtheile sein Bewenden, wobei indeß von der Erklärung des Beklagten, daß er die mit der kleinen Marke bezeichneten Papiervorräthe und Waarenpackungen vollständig beseitigt habe, ausdrücklich Vormerk genommen wird.

## V. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

### 91. Entscheidung vom 18. Oktober 1884 in Sachen Gruner-Haller & Cie.

A. Durch Urtheil vom 18. Juli 1884 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern (II. Civilabtheilung) erkannt:

1. Der Einspruchsklägerin, Berner Handelsbank in Bern, ist das Rechtsbegehren ihrer Einspruchsklage insoweit zugesprochen, als es die Ausweisung der Einspruchsbeklagten aus Klasse IIIa für einen Betrag von 4377 Fr. 75 Cts. betrifft.

2. Die Beklagten Gruner-Haller & Cie. haben  $\frac{3}{5}$  der erstinstanzlichen Kosten, sowie die Rekurskosten, welcher zugesprochene Kostentheil im Ganzen auf 163 Fr. bestimmt wird, an die Klägerin, Berner Handelsbank, zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil erklärten die Einspruchsbeklagten Gruner-Haller & Cie. die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt, es sei in Abänderung des obergerichtlichen Urtheils die Einspruchsklage der Berner Handelsbank abzuweisen unter Kostenfolge. Dagegen

beantragt der Anwalt der Rekursbeklagten: es sei auf die generische Weiterziehung nicht einzutreten, eventuell es sei dieselbe abzuweisen und das obergerichtliche Urtheil zu bestätigen unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In dem Geltstage des gewesenen Cigarrenfabrikanten S. G. Hümmel in Bern erhielten die Bankiers Gruner-Haller & Cie. in Bern, gestützt auf einen Faustpfandvertrag vom 18. Oktober 1882 mit Nachtrag vom 1. November gleichen Jahres, für den entsprechenden Theil einer Forderung von 20,411 Fr. 35 Cts. privilegierte Anweisung in Klasse IIIa auf verschiedene Partien Tabak resp. auf deren auf 4377 Fr. 75 Cts. ansteigenden Erlös. Diese Anweisung wurde von der Berner Handelsbank in Bern im Wege der Einspruchsklage angefochten. Dieselbe beantragte, es sei diese Anweisung aufzuheben bzw. zurückzusetzen und die Berner Handelsbank für einen entsprechenden Theil ihrer Forderung von 16,702 Fr. 5 Cts. auf das dadurch frei werdende Massevermögen anzuweisen unter Kostenfolge. Entgegen dem auf Abweisung derselben gerichteten Antrage der Einspruchsbeklagten wurde diese Einspruchsklage in erster und zweiter Instanz gutgeheißen, weil der Faustpfandvertrag vom 18. Oktober 1882 mit Nachtrag vom 1. November 1882 nach den hiefür noch maßgebenden Bestimmungen des bernischen Civilgesetzbuches wegen formeller Mängel ungültig sei und somit für Gruner-Haller & Cie. ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus den als Pfand verschriebenen Gegenständen nicht begründe. In der Motivierung des zweitinstanzlichen Urtheils ist beigefügt: „Vom Bestehen eines Retentionsrechtes von Gruner-Haller & Cie. an fraglichem Tabak ist weder in der bezüglichen Ansprache noch in den Prozessakten irgendwelche Erwähnung gethan und es darf mithin auf diesen von den Beklagten erst heute geltend gemachten eventuellen Standpunkt nicht eingetreten werden.“

2. Zur Begründung seiner Beschwerde hat der Anwalt der Rekurrenten im Wesentlichen geltend gemacht: Die Frage, ob die Rekurrenten an dem fraglichen Tabak ein Faustpfandrecht erworben haben, sei, nach Art. 884 des Obligationenrechtes, nach

eidgenössischem, nicht nach kantonalem Rechte zu beurtheilen und nach dem eidgenössischen Obligationenrechte sei der Faustpfandvertrag vom 18. Oktober 1882 gültig. Selbst wenn dies verneint werden sollte übrigens, so sei die Beschwerde dennoch begründet; denn wenn nicht ein Faustpfandrecht, so haben die Rekurrenten doch jedenfalls ein Retentionsrecht an dem verpfändeten Tabak anzusprechen. In dieser Richtung sei nach Art. 887 des Obligationenrechtes unzweifelhaft eidgenössisches Recht maßgebend und es seien nun in casu alle vom Gesetze (Art. 224 u. ff. des Obligationenrechtes) für Begründung eines Retentionsrechtes geforderten Voraussetzungen vorhanden gewesen; auch sei dieses Recht durch Auslieferung des Retentionsobjektes an die Konkursmasse nicht untergegangen. Daß die Rekurrenten in ihrer Konkurseingabe und vor der ersten kantonalen Instanz nicht ausdrücklich ein Retentionsrecht in Anspruch genommen haben, sei gleichgültig; denn das Retentionsrecht sei lediglich ein Pfandrecht mit schwächerer Wirkung. Die Geltendmachung des Faustpfandrechtes involvire also diejenige des Retentionsrechtes. Ihr Rechtsbegehren sei ausschließlich auf Lokation in Klasse IIIa gerichtet gewesen; die Behauptung eines Retentionsrechtes falle in das Gebiet der, vom Richter ex officio zu prüfenden, rechtlichen Begründung dieses Begehrens und es könne also von einer Präklusion nicht die Rede sein.

3. Das Bundesgericht ist formell kompetent, da der gesetzliche Streitwerth gegeben ist und die Rekurrenten behaupten, die zweitinstanzliche Entscheidung verlege verschiedene Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes. Die Beschwerde erscheint indes als unbegründet, denn:

a. Die Gültigkeit des Faustpfandvertrages vom 18. Oktober 1882 ist unzweifelhaft nach dem zur Zeit seines Abschlusses geltenden kantonalen und nicht nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen. Die Berufung der Rekurrenten auf Art. 884 des Obligationenrechtes ist offenbar vollständig verfehlt; denn diese Gesetzesbestimmung erklärt ja expressis verbis nur für die Wirklungen früher begründeter Mobiliarpfandrechte, keineswegs dagegen für die Gültigkeit des Begründungsaktes das eidgenössische Obligationenrecht als maßgebend. In letzterer Beziehung

hat es demnach bei der in Art. 883 ausgesprochenen Regel der Nichtrückwirkung des neuen Gesetzes sein Bewenden. Auf eine Prüfung der Frage, ob die Rekurrenten an der fraglichen Waare ein Faustpfandrecht gültig erworben haben, kann somit das Bundesgericht nicht eintreten.

b. Ebensowenig kann das Bundesgericht untersuchen, ob den Rekurrenten ein Retentionsrecht zugestanden habe. Das Obergericht hat die Beurtheilung dieser Frage aus prozessualen Gründen, d. h. deshalb abgelehnt, weil die bezügliche Behauptung erst in der Appellationsinstanz vorgebracht worden und daher verspätet sei. Hierin kann eine Verletzung des eidgenössischen Privatrechtes nicht gefunden werden, vielmehr beruht diese Entscheidung durchaus auf einer, der Nachprüfung des Bundesgerichtes sich entziehenden, Anwendung des kantonalen Prozeßrechtes. Die Behauptung der Rekurrenten nämlich, daß die Geltendmachung eines Pfandrechtes diejenige des Retentionsrechtes in sich enthalte, ist gewiß unbegründet, denn (konventionelles) Mobilarpfandrecht und Retentionsrecht sind ja, wie keiner nähern Ausführung bedarf, in ihrem Thatbestande und ihren Wirkungen verschiedene Rechte. Die nachträgliche Behauptung eines Retentionsrechtes durch die Rekurrenten enthielt demnach, wenn auch dadurch, da das Petit der Rekurrenten lediglich auf Lokation in Klasse IIIa gerichtet war, nicht ein neuer Anspruch erhoben wurde, doch jedenfalls die Geltendmachung eines neuen selbständigen Angriffsmittels, eine Verstärkung des juristischen Klagefundamentes. Inwiefern nun neue Vorbringen in dieser Richtung auch in der Berufungsinstanz noch zulässig seien, entscheidet sich nicht nach eidgenössischem Privatrecht, sondern nach kantonalem Prozeßrecht.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Beschwerde der Rekurrenten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheile des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern (II. Civilabtheilung) vom 18. Juli 1884 sein Bewenden.

## 92. Entscheid vom 11. Oktober 1884 in Sachen Hasler.

A. Durch Urtheil vom 19. Juli 1884 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt: Der Verantwortler ist gehalten, dem Kläger 7500 Fr. nebst Zins seit 15. September 1883 à 5 % zu bezahlen. Widerbeklagte ist nicht gehalten, dem Widerkläger 1090 Fr. und Zins ab 7500 Fr. vom 26. September bis 23. Oktober 1883 à 5 % und vom 23. Oktober 1883 an à 2 % zu bezahlen. Der Verantwortler Hasler hat die Kosten des Prozesses mit 30 Fr. Vortragsgebühr im Gesamtbetrage von 197 Fr. 10 Cts. zu bezahlen. Die Gerichtsgebühr ist auf 40 Fr. festgesetzt.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte der Beklagte, Johann Hasler, die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt:

1. Es sei dem Beklagten der Beweis zu Beweisatz 16 seiner Klagebeantwortung lautend: „An die 30 Fr., welche Verantwortler am 14. August 1883 zum Ankaufe eines Looses 4. Klasse auf die Post legte, hat ihm seine Ehefrau 18 Fr. 50 Cts. gegeben und den Rest hat Verantwortler selbst zugelegt,“ zu gestatten. Eventuell.

2. Die Klage sei abzuweisen unter Kostenfolge.

Dagegen trägt der Vertreter des Klägers auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des zweitinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Johann Hasler, Schuster in Grenchen und Jakob Knuchel, Lederhändler in Büren, Kantons Bern, hatten sich im Jahre 1883 gemeinschaftlich mit einem ganzen Loose bei der 284. Klassenlotterie der Stadt Hamburg betheiliget, unter der Verabredung, daß die Einsätze zu gleichen Theilen bezahlt und auch ein allfälliger Gewinn zu gleichen Theilen vertheilt werden solle. Bei den drei ersten Ziehungen erzielten sie keinen Gewinn; dagegen fiel bei der am 22. und 23. August 1883 stattgefundenen vierten Ziehung auf das betreffende Loose 4. Klasse ein Ge-