

que la somme du litige ne s'élève qu'à 1380 fr. 40, chiffre du billet cautionné par le notaire Rossé, il n'en résulte pas moins du dire du demandeur lui-même (demande N° 18), que la subrogation requise par Adolphe Bueche, aux termes de la déclaration, soit obligation du 30 Janvier 1887, l'a été aux seules fins de mettre son acquisition d'immeubles à l'abri du droit de suite du défendeur et pour s'assurer le remboursement du surplus de sa créance en rang hypothécaire.

Il suit de là que, de l'aveu même du recourant, l'intérêt qui s'attache à son action est de 2000 fr. seulement, à savoir 1615 fr. valeur des immeubles achetés par lui de l'hoirie de A.-L. Bueche, et 385 fr., solde de son cautionnement.

La valeur du litige est dès lors inférieure à 3000 fr., et le Tribunal fédéral est incompetent, aux termes de l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

4° Le Tribunal de céans est également incompetent, *ratione materiae*, du chef du second moyen formulé par l'opposant au recours.

La subrogation d'hypothèque, objet de la demande, implique la question de la validité au point de vue de la forme et des autres conditions nécessaires de l'acte, soit affectation hypothécaire du 27 Janvier 1887, et constitue ainsi une transaction immobilière au premier chef. Or, à teneur de l'art. 64 de la constitution fédérale, la législation en matière immobilière est demeurée dans la compétence cantonale; aussi le code fédéral des obligations a-t-il laissé subsister toutes les dispositions cantonales, générales et spéciales, relatives à la cession, à la prescription, etc. des créances hypothécaires. L'espèce actuelle n'appelle donc point l'application du droit fédéral, et la cause échappe encore, à ce deuxième égard, au contrôle du Tribunal de céans.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours du sieur Adolphe Bueche.

47. Urtheil vom 8. Februar 1889 in Sachen Mosimann und Lehmann gegen Hofer.

A. Durch Urtheil vom 1. November 1888 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Auf die Beweisangebote der Parteien wird, soweit es die Art. 77, 86 und 106 betrifft, nicht eingetreten; mit ihren weiteren Beweisangeboten sind die Parteien abgewiesen.

2. Dem Kläger Simon Hofer ist sein Klagsbegehren zugesprochen für einen Betrag von 7877 Fr. 70 Cts. sammt Verzugszins zu 5 % von 5000 Fr. seit dem 25. Juli 1887 und von der Restanz von 2877 Fr. 70 Cts. seit dem 15. Oktober 1887; soweit das Klagebegehren weiter geht, ist der Kläger damit abgewiesen.

3. Die Beklagten Johann Mosimann und Christian Lehmann sind gegenüber dem Kläger Simon Hofer zur Bezahlung seiner Prozesskosten, soweit es das ausgelegte Geld betrifft, verurtheilt. Die daheringige Kostenforderung wird auf den Betrag von 420 Fr. festgesetzt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt, die Klage sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils des gänzlichen abzuweisen; eventuell dieselbe sei insoweit abzuweisen, als damit mehr gefordert werde, als ein Betrag von 863 Fr. 20 Cts.; subeventuell dieselbe sei insoweit abzuweisen, als damit mehr gefordert werde, als ein Betrag von 4218 Fr. 70 Cts. sammt Zins, alles unter Kostenfolge. Dagegen trägt der Anwalt des Klägers und Refuzsbeklagten auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 31. Oktober 1886 hatte der heutige Kläger S. Hofer von der Käsegesellschaft Oberhünigen die Milch für die Zeit vom 1. November 1886 bis 31. Oktober 1887 gekauft. Der Preis für die Sommermilch (Mai bis Oktober 1887) sollte sich, in vertraglich näher bestimmter Weise, nach den Käse-

preisen des Jahres 1887 richten, und war zu bezahlen mit 5000 Fr. auf 25. Juli 1887, mit der Hälfte des ganzen Betrages, ohne Oktobermilch, auf 15. Oktober 1887 und mit dem Reste auf 15. Dezember 1887. Für die Benützung der Käsehütte hatte der Käser 800 Fr. zu bezahlen. Durch Vertrag vom 8. März 1887 verkaufte Simon Hofer von der von ihm erkauften Milch diejenige vom 1. April 1887 bis 31. Oktober 1887 weiter an Samuel Röhlißberger in Niederscheerli, und zwar zu den im Kaufvertrage vom 31. Oktober 1886 enthaltenen Bedingungen. Röhlißberger verpflichtete sich, die im Kaufvertrage vom 31. Oktober 1886 enthaltenen Bedinge sammt und sonders genau zu erfüllen und den Verkäufer gegenüber der Gesellschaft in jeder Beziehung zu vertreten; er erklärte auch, von dem Inhalte des Kaufvertrages vom 31. Oktober 1886, welcher seinem Vertragsdoppel abschriftlich nachgetragen wurde, bereits Kenntniß genommen zu haben. Für die von Röhlißberger durch den Vertrag vom 8. März 1887 eingegangenen Verbindlichkeiten, namentlich für den Kaufpreis sammt Folgen, verpflichteten sich die heutigen Beklagten Johann Mosimann und Christian Lehmann, solidarisch mit dem Käufer und unter sich, als unbedingte Bürgen und Selbstzahler. Röhlißberger bezog auf 1. April 1887 die fragliche Käseerei, nahm die Milchlieferungen der Gesellschaft in Empfang und verwerthete dieselben in seinem Nutzen. Da Röhlißberger in augenscheinlichen Vermögensverfall gerieth und Verfügungen traf, welche geeignet waren, die Rechte des Hofer zu gefährden, so erwirkte Hofer für seine Ansprüche aus dem Vertrage vom 8. März 1887 am 4./6. Juni 1887 einen Arrest gegen Röhlißberger, wovon er nach dem Dhatbestande der Vorinstanz den beklagten Bürgen Kenntniß gab. Am 12. Juli 1887 erhielt Hofer ferner von dem Beklagten Mosimann ein Telegramm des Inhaltes: „Sofort zweiten Arrest nehmen,“ u. s. w. In Folge dessen wirkte Hofer am 13. Juli 1887 einen zweiten Arrest gegen Röhlißberger aus. Im Arrestbestätigungsverfahren, im Termine vom 11. August 1887 wurde nun aber zwischen Hofer und Röhlißberger folgender Vergleich abgeschlossen: „1. Der Milchkaufvertrag vom 8. März 1887 ist von heute an als aufgelöst zu betrachten. Röhlißberger „überläßt die bis dahin in Oberhünigen fabrizirten Käse, sowie „die Vorempfänge an die Milchlieferanten und das vorhandene

„Brennholz, welche Objekte von Hofer bereits mit Arrest belegt worden sind, dem Simon Hofer zum förmlichen Eigenthum. „Auf 1. November 1887 sodann hat zwischen den Parteien eine „Abrechnung stattzufinden, und es hat Röhlißberger das Recht, „den Reingewinn aus der fraglichen Sommermilch, welcher sich „aus dem Erlöb der bereits fabrizirten und noch zu fabrizirenden „Käse, sowie aus sonstigem Käseereierlöb des Hofer nach Abzug „des Kaufpreises für die Milch nebst Hüttenzins und der er- „gangenen Kosten, sowie der Erstellungskosten der noch zu fa- „brizirenden Käse ergibt, zu beanspruchen..... 3. Sollte über „Röhlißberger vor dem 1. November nächsthin der definitive Geltz- „tag verhängt werden, so fällt diese Uebereinkunft dahin und es „hat in diesem Falle Hofer über den Erlöb der Käse u. s. w. „dem Masseverwalter Rechnung zu legen.“ Die letztere Eventualität trat nun wirklich ein, da über Röhlißberger bereits am 12. August provisorisch und am 15. September 1887 definitiv der Geltztag erkannt wurde. Eine Versammlung von Gläubigern des Röhlißberger und dieser selbst einigten sich mit dem Kläger Hofer dahin, daß der zwischen diesem und Röhlißberger abgeschlossene Milchkaufvertrag und die Miethe für die Käsehütte auf den 7. September 1887 als aufgelöst zu betrachten seien. In der Zwischenzeit zwischen der Uebereinkunft vom 11. August und dem 7. September hatte der Kläger die Käseereigeschäfte besorgt, den Erlöb aber in die Masse abgeliefert. In dem Geltztage des C. Röhlißberger forderte Hofer:

1. Den Kaufpreis für die Milchlieferungen der Gesellschaft Oberhünigen vom 1. Mai bis 6. September 1887 mit	Fr. 32,694 75
2. Verzugszinsen vom Verfalltage hinweg bis zum Inkrafttreten des Vertheilungsentwurfses	„ 219 60
3. Hüttenzins	„ 800 —
4. Kosten (für Arrestnahme, Betreibung und Eingabe)	„ 358 10
	<hr/>
	Fr. 34,072 45

Der Lokationsrichter eliminirte vom Hüttenzins einen Betrag von „ 107 —
entsprechend der Zeit vom 7. September bis Ende Oktober, so daß verblieben Fr. 33,965 45

Auf diese Forderung erhielt der Kläger aus der Masse den Betrag von 25,527 Fr. 15 Cts. Auf Bezahlung des danach sich ergebenden Verlustes von 8218 Fr. 70 Cts. belangte er die Bürgen Mosimann und Lehmann. Diese stellten der Klage im Wesentlichen folgende Einwendungen entgegen: Durch die zwischen Hofer und Röhlißberger ohne Mitwirkung der Bürgen getroffene Uebereinkunft vom 11. August 1887 seien die Bürgen von jeder Haftung für später entstandene Schulden des Röhlißberger aus dem Milchkaufvertrage befreit worden. Für die Zeit vor dem 11. August 1887 sei Röhlißberger dem Kläger für Milchlieferungen und verhältnismäßigen Hüttenzins zusammen 26,390 Fr. 35 Cts. schuldig geworden; dagegen habe der Kläger aus dem Konkurse 25,527 Fr. 15 Cts. erhalten. Die Beklagten haften daher jedenfalls nicht für mehr, als für die Differenz zwischen diesen Beträgen mit 863 Fr. 20 Cts. Allein auch insoweit sei eine Verpflichtung der Bürgen nicht begründet, da der Kläger aus „Vorempfängen“ der Milchlieferanten (d. h. für Bezüge von Milchlieferanten an Butter u. dgl.) einen erheblich, mindestens um 863 Fr. 20 Cts., höhern Betrag empfangen habe, als er in Rechnung bringe. Eventuell machten die Beklagten geltend: Es sei dem Kläger von der Käseereigesellschaft Oberhünigen auf dem Milchkaufpreise ein erheblicher Rabatt, von circa 3—4000 Fr., bewilligt worden und dieser Nachlaß müsse auch dem Röhlißberger resp. seinen Bürgen zu statten kommen. Die letztern können ferner für die Arrestkosten nicht verantwortlich gemacht werden und es könne Verzugszins erst vom 15. Oktober resp. 15. Dezember 1887 an berechnet werden; den Hüttenzins sei Röhlißberger nicht für das ganze Jahr schuldig. Endlich bestritten die Beklagten dem Kläger auch die Legitimation zur Klage, weil er die eingeklagte Forderung einem Dritten verpfändet habe. Die Vorinstanz hat unter Verwerfung der Einwendungen der Beklagten die Klage gutgeheißen, indem sie einzig die Hüttenzinsforderung des Klägers um 341 Fr. (entsprechend der Zeit vom 1. November 1886 bis 1. April 1887) reduzierte.

2. Der Einwand, der Kläger sei nicht berechtigt, die Forderung einzuklagen, weil dieselbe von ihm einem Dritten verpfändet sei, ist unbegründet. Denn, wie der Vorderrichter feststellt, und heute

nicht mehr bestritten wurde, ist das fragliche Pfandrecht durch Bezahlung der Schuld seitens des Klägers erloschen. Wenn heute der Anwalt der Beklagten behauptete, die letztere Thatsache könne nicht mehr berücksichtigt werden, weil sie nicht bereits in der Klage sondern erst in der Replik vorgebracht worden sei, so kann hierauf nichts ankommen, der Vorderrichter hat die fragliche Behauptung als rechtzeitig vorgebracht berücksichtigt, und darin liegt eine Verletzung von Grundsätzen des eidgenössischen Privatrechtes jedenfalls nicht. Im Gegentheil dürfte klar sein, daß der Kläger die Aufhebung der fraglichen Verpfändung nicht schon in der Klage behaupten mußte, sondern dazu erst durch die Einrede der Beklagten Veranlassung erhielt.

3. Was sodann die grundsätzliche Frage anbelangt, ob die Bürgen durch die am 11. August 1887 zwischen den Gläubigern und dem Hauptschuldner Röhlißberger abgeschlossene Uebereinkunft von der Haftung für die spätern aus dem Milchlieferungs-geschäfte entsprungenen Verbindlichkeiten des Röhlißberger befreit worden seien, so hängt deren Entscheidung davon ab, ob durch die gedachte Uebereinkunft der, von den Beklagten verbürgte, Vertrag vom 8. März 1887 vom 11. August 1887 an aufgehoben wurde, oder ob eine solche Aufhebung nicht erfolgt ist. Im erstern Falle sind natürlich die Bürgen befreit, im letztern dagegen nicht. Die Vorinstanz führt nun aus, daß die Wirksamkeit der in der Uebereinkunft vom 11. August 1887 enthaltenen Vereinbarung, speziell die Aufhebung des Vertrages vom 8. März, von den Parteien davon abhängig gemacht worden sei, daß Röhlißberger nicht vor dem 1. November 1887 (definitiv) in Konkurs falle; für den Fall, daß über Röhlißberger vor dem 1. November 1887 der Konkurs eröffnet werde, sei vereinbart worden, daß alsdann die Milchlieferungen auf Grund des Vertrages vom 8. März bis zu der förmlichen Auflösung des Vertrages fortzubauern haben. Dies sei denn auch in der That bis zu der gegenüber der Konkursmasse erfolgten Auflösung des Vertrages auf 6. September geschehen und der gesammte daherige Käseerlös in die Masse gefallen. Die Uebereinkunft vom 11. August 1887, speziell die darin enthaltene Klausel, wonach der Vertrag vom 8. März 1887 aufgehoben wurde, sei also nicht rechtswirksam geworden, sondern

durch den Eintritt der Thatsache, an welche ihr Dahinfallen geknüpft gewesen sei, hinfällig geworden. Der Vertreter der Beklagten hat heute ausgeführt, es beruhe diese Entscheidung auf einem Rechtsirrtum; dieselbe verkenne, daß es sich hier nicht um die Wirkung der Uebereinkunft vom 11. August 1887 zwischen den Kontrahenten, sondern gegenüber dritten Personen, den Bürgen, handle; sie verlege den Art. 174 Absatz 2 D.-R., wonach die erfüllte Resolutivbedingung in der Regel nicht zurückwirke. Durch die Uebereinkunft vom 11. August sei die Vereinbarung vom 8. März gemäß Art. 140 D.-R. aufgehoben worden; allerdings sei dem aufhebenden Vertrage eine mit der Konkursöffnung über Rößlisberger in Erfüllung gegangene Resolutivbedingung beigefügt worden, allein die spätere Erfüllung dieser Resolutivbedingung vermöge nichts daran zu ändern, daß der Vertrag vom 8. März durch die Uebereinkunft vom 11. August eben aufgehoben worden sei und gegenüber den Bürgen ohne deren Zustimmung nicht nach rückwärts wieder aufleben könne. Diese Angriffe gehen vollständig fehl. Es ist freilich klar, daß, sofern der Vertrag vom 8. März durch die Uebereinkunft vom 11. August aufgehoben wurde, die Bürgschaftsverbindlichkeit der Beklagten nicht durch eine (spätere) Vereinbarung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner wieder in's Leben gerufen werden konnte. Die Frage ist nun aber gerade die, ob eine solche Aufhebung wirklich erfolgt sei, und die Entscheidung hierüber hängt selbstverständlich von der Bedeutung ab, welche der Uebereinkunft vom 11. August gemäß dem übereinstimmenden, darin ausgedrückten Willen der Vertragsschließenden, beizulegen ist. Die Vorinstanz nimmt offenbar an, durch diese Uebereinkunft habe der Vertrag vom 8. März nicht schlechthin aufgehoben, sondern es habe dessen Aufhebung nur für den Fall vereinbart werden wollen, daß über den Hauptschuldner nicht vor dem 1. November 1887 der Konkurs eröffnet werde; es sei demselben also nur eine bedingte Resolutivklausel beigefügt worden. Ist dies richtig, so wurden die Bürgen durch die Uebereinkunft vom 11. August nicht befreit. Denn es ist alsdann der Vertrag vom 8. März durch die Uebereinkunft vom 11. August nicht aufgehoben worden, da eben die vereinbarte Bedingung seiner Auflösung nicht in Erfüllung gegangen ist. Die Anwendung des Art. 174 Absatz 2 D.-R.

steht demnach gar nicht in Frage; es handelt sich nicht um die Wirkung einer erfüllten auflösenden Bedingung, sondern vielmehr darum, ob, nach dem Vertragswillen der Parteien, ein Rechtsverhältnis aufgehoben oder ob demselben nur nachträglich eine (nicht in Erfüllung gegangene) auflösende Bedingung beigefügt worden sei. Uebrigens enthält Art. 174 Absatz 2 D.-R. zweifellos nicht zwingendes Recht, sondern lediglich eine Auslegungsregel, und könnte gerade im vorliegenden Falle die Rückwirkung der erfüllten Resolutivbedingung einem begründeten Zweifel gewiß nicht unterliegen. Die entscheidende Annahme der Vorinstanz nun, daß durch die Uebereinkunft vom 11. August der Vertrag vom 8. März nicht unbedingt aufgehoben, sondern demselben nur eine bedingte Resolutivklausel beigefügt worden sei, beruht auf einer Feststellung des Parteiwillens, welcher ein Rechtsirrtum nicht zu Grunde liegt. Es müßte derselben vielmehr auch bei eigener freier Prüfung durchaus beigetreten werden. Allerdings bestimmt Art. 1 der Uebereinkunft vom 11. August scheinbar unbedingt, daß der Milchkaufvertrag „von heute an“ als aufgelöst zu betrachten sei. Allein diese Bestimmung darf nicht für sich allein, sondern sie muß im Zusammenhange mit dem übrigen Inhalte der Uebereinkunft, speziell dem Art. 3, aufgefaßt werden. Art. 3 aber schreibt vor, daß, wenn über Rößlisberger vor dem 1. November 1887 der Konkurs eröffnet werde, die Vereinbarung hinfällig werde und der Kläger (welcher den Betrieb der Käseerei wieder übernehmen sollte und thatsächlich übernommen hat), alsdann über seine Geschäftsführung dem Masseverwalter Rechnung abzulegen habe. Darin liegt unverkennbar, daß die vereinbarte Aufhebung des Milchkaufvertrages auf 11. August nur dann Bestand haben solle, wenn Rößlisberger nicht vor dem 1. November 1887 in Konkurs falle, daß dagegen bei Eintritt der letztern Eventualität der Milchkaufvertrag bis zu seiner Auflösung gegenüber der Konkursmasse fort dauere, wobei der Kläger den Betrieb der Käseerei in der Zwischenzeit lediglich als Geschäftsführer und auf Rechnung des Rößlisberger resp. seiner Masse zu führen habe. Bis zum Entscheide über den Eintritt der Bedingung blieb also in der Schwebe, ob der Kaufvertrag vom 8. März als fortbestehend oder aber als auf 11. August aufge-

hoben zu behandeln sein werde. Durch diese Ordnung der Sache wurden denn auch die Bürgen in keiner Weise geschädigt, sondern es lag dieselbe vielmehr durchaus in deren Interesse, da dadurch gefährdendes Gebahren des Hauptschuldners, welches nach Lage der Dinge wohl zu befürchten war, ausgeschlossen wurde.

4. Bezüglich des Umfanges der Verpflichtung der Bürgen, so ist heute die Behauptung, daß der Kläger für sogenannte Vorempfänge seitens der Milchlieferanten einen zu geringen Betrag in Abrechnung gebracht habe, nicht festgehalten worden, und zwar offenbar mit Recht, da der sachbezügliche Beweis vor der kantonalen Instanz völlig mißlungen ist. Verzugszinsen behaupten die Beklagten deshalb nicht schon vom Verfalltage der einzelnen Kaufpreiszinsen an zu schulden, weil der Hauptschuldner nicht schon mit dem Ablaufe des Verfalltages in Verzug gerathen sei; die (vom Vorderrichter angewendete) Regel des Art. 117 Absatz 2 D.-R. gelte nur für Fixgeschäfte. Dies ist unrichtig. Die Regel dies interpellat pro homine des Art. 117 Absatz 2 gilt, wie eine Vergleichung desselben mit dem von den Fixgeschäften handelnden Art. 123 ohne weiters ergibt, für alle Verbindlichkeiten mit bestimmtem Verfalltage, nicht nur für Schulden aus Fixgeschäften. Freilich kann einer Verbindlichkeit eine Zeitbestimmung bloß in dem Sinne beigefügt sein, daß von dem Eintritte des Termins an der Gläubiger zu fordern berechtigt sei, der Schuldner dagegen nicht ohne weiters leisten müsse, sondern noch eine Mahnung des Gläubigers abwarten dürfe. Allein nach Art. 117 Absatz 2 D.-R. ist hiefür nicht zu vermuthen, und besondere Umstände, aus welchen auf eine derartige Parteiabsicht zu schließen wäre, sind in concreto nicht festgestellt. Die Kosten der gegen den Hauptschuldner vom Gläubiger geführten Arrestprozesse sodann gehören offenbar zu den Kosten der Ausklagung des Schuldners; die Bürgen sind daher für dieselben gemäß Art. 499 Absatz 2 D.-R. haftbar, denn nach dem Thatbestande der Vorinstanz kann nicht bezweifelt werden, daß den Bürgen Gelegenheit gegeben war, diese Kosten durch Befriedigung des Gläubigers zu vermeiden. Es lagen ja auch die fraglichen Arreste durchaus im Interesse der Bürgen und wurden daher, wenigstens theilweise, durch dieselben geradezu veranlaßt. Was endlich den dem Kläger von der Käseereigesellschaft

Oberhünigen gewährten Rabatt anbelangt, so hat die Vorinstanz festgestellt, daß ein solcher (von circa 2000 Fr.) allerdings gewährt worden sei, daß aber dieser Nachlaß, weil mit demselben eine Erschwerung der Zahlungsbedingungen verknüpft wurde, von höchst problematischem Werthe sei. Die Beklagten können sich übrigens auf diesen Nachlaß überhaupt nicht berufen, da derselbe nicht dem Schuldner Nöthlisberger, sondern dem Kläger Simon Hofer gewährt worden sei, mithin für Nöthlisberger und seine Bürgen als *res inter alios acta* erscheine. Dieser Entscheidung ist beizutreten. Nöthlisberger hat die Milch der Monate April bis Oktober 1887 von Hofer zu demjenigen Preise gekauft, zu welchem sie Hofer seinerseits durch den Vertrag vom 31. Oktober 1886 von der Käseereigesellschaft erworben hatte. Die Preise des letztern Vertrages bildeten also im Verhältnisse zwischen Hofer und Nöthlisberger die Vertragspreise. Eine Vereinbarung, daß Hofer eine Preisermäßigung, welche er durch spätere Verträge mit der Käseereigesellschaft erlangen sollte, auch seinerseits dem Nöthlisberger gewähren müsse, ist nicht dargethan.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 1. November 1888 sein Bewenden.

48. *Arrêt du 15 Février 1889 dans la cause Pignat contre Philipona.*

L'hoirie recourante a repris, devant le Tribunal fédéral, les conclusions par elle formulées devant la Cour d'appel, et tendant à ce que Pie Philipona, rédacteur de l'*Ami du peuple valaisan*, soit condamné à lui payer à titre de dommages-intérêts et sous réserve de la modération du juge la somme de 3500 fr., avec dépens.