

c'est, au contraire, uniquement la valeur qui se rattache au bail relatif à la possession de l'appartement en litige qui est décisive à cet égard. Or il n'est point établi que cette valeur, si l'on se place uniquement au point de vue du tiers acquéreur, soit supérieure au prix de location jusqu'au 31 Juillet 1890. Une somme de 3000 fr., de l'existence de laquelle dépend la recevabilité du recours au Tribunal fédéral, n'est dès lors point en conteste, puisque le loyer annuel ne se monte qu'à 1730 fr. et que la valeur du litige, soit le loyer à partir du 15 Avril 1889 au 31 Juillet 1890, — à supposer que les recourants ne puissent pas provoquer la résiliation avant cette dernière date, — ne dépasserait pas 2234 fr. 60.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours des sieurs Soutter et consorts.

52. Urtheil vom 13. April 1889 in Sachen
Stampfli und Kyff
gegen Käseereigesellschaft Hemmiken.

A. Durch Urtheil vom 15. Februar 1889 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Der klägerischen Käseereigesellschaft Hemmiken ist das Rechtsbegehren ihrer Klage zugesprochen und es wird der geforderte Betrag zinsbar erklärt zu 5 % vom 8. Oktober 1887 hinweg.

2. Die Beklagten, Jakob Stampfli-Jelber und Wirthaite, haben die 602 Fr. 70 Cts. betragenden Kosten an die Klägerin vor genannt zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: Es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils die Klage abzuweisen, unter Kostenfolge, wogegen der Anwalt der Klägerin auf Bestätigung des angefochtenen Urtheils unter Kostenfolge anträgt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 10. Februar 1884 verkaufte die Käseereigesellschaft Hemmiken dem Käser M. Luder aus Grafmül, Kantons Bern, ihre sämtliche Milch für die Zeit vom 1. Mai 1884 bis 30. April 1885, und vermietete demselben gleichzeitig ihr Käseereigebäude sammt Geräthschaften, mit Wohnung, Stallung u. s. w. Die Sommermilch (d. h. die Milch der Zeit vom 1. Mai bis 22. Oktober 1884) sollte auf 15. Dezember 1884 vollständig bezahlt werden (wobei übrigens der Käufer vorher monatliche Abschlagszahlungen von 400 Fr. zu leisten hatte). In § 11 des Vertrages ist bestimmt, der Käufer habe für Erfüllung seiner Verpflichtungen Bürgschaft zu bestellen, und wird sodann beigefügt: „Zudem kann die Käseereigesellschaft zu mehrerer Sicherheit „die fabrizirten Käse als Unterpfand zurückbehalten, bis sie für „ihr Guthaben bezahlt ist.“ Für „die in § 1 vorgesehene Sommermilch (1. Mai bis 22. Oktober 1884)“ verpflichteten sich die gegenwärtigen Beklagten, „diejenige Bürgschaft leisten zu wollen, welche § 11 vorschreibt.“ Der Käufer erfüllte seine Verpflichtung, die Sommermilch auf 15. Dezember 1884 vollständig zu bezahlen, nicht, sondern war der Käseereigesellschaft am 14. Februar 1885 von daher noch den Betrag von 5000 Fr. schuldig. Einige Mitglieder der Käseereigesellschaft Hemmiken erhoben in Folge dessen, Namens derselben, bei der Ersparnißkasse Gelterkinden ein Darlehen von 5000 Fr., aus welchem die einzelnen Milchlieferanten für die Sommermilch von 1884 befriedigt wurden. Zwischen der Käseereigesellschaft Hemmiken, dem Käser Luder und den beklagten Bürgen fanden alsdann Unterhandlungen darüber statt, ob nicht Luder unter Bürgschaft der Beklagten die Schuld bei der Ersparnißkasse Gelterkinden übernehmen könnte. Luder, welcher auch einen Zins dieser Schuld bezahlt hat, war hiezu bereit, dagegen weigerten sich die beklagten Bürgen, auf diesen Vorschlag einzugehen. In der Folge gerieth Luder in Konkurs, und es belangte daher die Käseereigesellschaft Hemmiken die beklagten Bürgen auf Bezahlung des im Konkurse ungedeckt gebliebenen Betrages ihrer Forderung mit 4132 Fr. 10 Cts. Zu bemerken ist noch, daß die Käseereigesellschaft Hemmiken erst am 5. Mai 1888, nach bereits angehobenem Prozesse, als Genossenschaft in's Handelsregister eingetragen wurde. Die Beklagten hatten ihr deßhalb anfänglich im Wege des Zwi-

schengesuches die Einwendung entgegengestellt, sie sei nicht berechtigt, vor Gericht klagend aufzutreten; nachdem indes der Eintrag in's Handelsregister nachgeholt worden war, erklärte das Richteramt Wangen am 25. Mai 1888 die Mängel, durch welche das Zwischengesuch hervorgerufen wurde, als nachträglich gehoben und die Klagevorkehr als zu Recht bestehend.

2. Vor der kantonalen Instanz hatten die Beklagten der Klage in erster Linie die Einwendung entgegengestellt, ihre Bürgschaft sei eine nur auf eine bestimmte Zeit fest eingegangene gewesen und nach Maßgabe des Art. 502 D.-R. erloschen. Diese Einwendung hat der Anwalt der Beklagten heute, und gewiß mit Recht, fallen lassen. Es ist klar, daß hier zwar allerdings für die Hauptschuld ein bestimmter Verfalltermin festgesetzt, die Bürgschaft dagegen ohne zeitliche Beschränkung eingegangen war.

3. Dagegen ist auch heute noch geltend gemacht worden, die Käseereigesellschaft Hemmiken habe von dem ihr nach Art. 11 des Vertrages zustehenden Rechte, die fabrizirten Käse als „Unterpfand“ bis zur Bezahlung ihres Guthabens zurückzubehalten, keinen Gebrauch gemacht; dadurch habe sie Sicherheiten preisgegeben, welche zur Tilgung der Schuld ausgereicht hätten, und die Bürgen seien daher nach Art. 508 D.-R. frei geworden. Es sei überdem die Hauptschuld in Folge der Aufnahme des Darlehens bei der Ersparnißkasse Gelterkinden und der Befriedigung der einzelnen Milchlieferanten aus demselben durch Zahlung, Novation oder Interzession getilgt.

4. Was nun vorerst die letztere Einwendung anbelangt, so ist vollständig klar, daß, als die Vorstandsmitglieder der klägerischen Gesellschaft, zudem nicht in eigenem Namen, sondern ausdrücklich im Namen der Gesellschaft, das Darlehen bei der Ersparnißkasse Gelterkinden aufnahmen und daraus den einzelnen Milchlieferanten die Beträge ausrichteten, welche diese für die Sommermilch von 1884 zu fordern hatten, die Absicht keineswegs dahin ging, dadurch die Schuld des Käfers Luder an die Käseereigesellschaft zu bezahlen; die Gesellschaft wollte einfach sich resp. ihren einzelnen Mitgliedern diejenigen Beträge, welche Luder ihnen schuldete, und hätte bezahlen sollen, aber nicht bezahlt hatte, durch Aufnahme eines Darlehens einstweilen anderweitig verschaffen. Dagegen lag ihr beziehungsweise ihren Vorstandsmitgliedern die Absicht natür-

lich völlig ferne, dadurch an dem Schuldverhältnisse des Luder irgend etwas zu ändern. Richtig ist dagegen allerdings, daß die Gesellschaft beabsichtigte, es solle ihre Schuld an die Ersparnißkasse Gelterkinden durch Neuerung (dadurch, daß Luder in dieselbe als neuer Schuldner an ihrer Stelle eintrete) getilgt und dadurch die Forderung der Gesellschaft an Luder beglichen werden, indem die Befreiung von der Schuld an die Ersparnißkasse als Zahlung der Forderung an Luder angenommen werde. Allein diese Absicht ist, gerade in Folge der Weigerung der Beklagten, sich gegenüber der Ersparnißkasse Gelterkinden als Bürgen für den Käfer Luder zu verpflichten, nicht zur Verwirklichung gelangt; Luder wurde von der Ersparnißkasse Gelterkinden niemals als Schuldner an Stelle der Käseereigesellschaft Hemmiken angenommen, und es blieb daher sein Schuldverhältnis gegenüber der letztern unverändert bestehen. Auch wenn die mit der Ersparnißkasse Gelterkinden verhandelnden Vorstandsmitglieder das Darlehen nicht auf den Namen der Gesellschaft, sondern auf ihren eigenen Namen erhoben hätten, wäre nicht anders zu entscheiden; denn auch in diesem Falle könnte gewiß keine Rede davon sein, daß dieselben durch die vorstehenden Leistungen an die Milchlieferanten die Schuld des Luder hätten tilgen wollen; es ist ja klar, daß Jemand, welcher einem Gläubiger, der durch die Säumnis eines Schuldners in Verlegenheit gekommen ist, den Betrag der Schuld vorstreckt, dadurch keineswegs die Verpflichtung des säumigen Schuldners zu tilgen beabsichtigt.

5. Ebenso ist die Einwendung, daß die Gesellschaft zum Nachtheile der Bürgen Sicherheiten preisgegeben habe, unbegründet. Allerdings bestimmt Art. 11 des Vertrages vom 10. Februar 1884, daß die Gesellschaft die fabrizirten Käse zu mehrerer Sicherheit als Unterpfand zurückbehalten könne. Allein da die fabrizirten Käse sich nicht im Gewahrsam der Käseereigesellschaft sondern in demjenigen des Käfers selbst befanden, so erwarb sie an denselben weder Faustpfand noch Retentionsrecht. Wenn der Anwalt der Beklagten heute ausgeführt hat, es sei zwar richtig, daß die Gesellschaft den Gewahrsam an den fabrizirten Käsen nicht gehabt habe, allein der Gewahrsam sei, wie das Retentionsrecht des Vermiethers (Art. 294 D.-R.) zeige, keine schlechthin nothwendige Voraussetzung des Retentionsrechtes, und im vorliegenden Falle sei nun durch Vertrag ein Retentionsrecht ohne Uebertragung des

Gewahrsams geschaffen worden, so kann dem nicht beigetreten werden. Allerdings besteht das Retentionsrecht des Vermiethers und Verpächters trotz mangelnden Gewahrsams; allein dies beruht auf einer Spezialbestimmung des Gesetzes, welche nicht auf andere, durch sie nicht normirte, Fälle übertragen werden darf. Im Uebrigen ist gemäß Art. 224 u. ff. D.-R. nothwendige Voraussetzung eines Retentionsrechtes mit dinglicher Wirkung im Sinne des Art. 228 D.-R. die Verfügungsgewalt, der Gewahrsam des Gläubigers, und liegt auf der Hand, daß solche Retentionsrechte nicht durch Parteivereinbarung beliebig geschaffen werden, sondern nur beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen entstehen und bestehen können; andernfalls wäre ja die Vorschrift, daß ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als Faustpfand bestellt werden kann, praktisch völlig illusorisch. Durch den Art. 11 des Milchkaufvertrages erlangte die Käseereigesellschaft demnach keinerlei Recht vorzugsweiser Befriedigung aus den fabrizirten Käsen, kraft dessen diese für ihre Forderung als besondere, nicht in gleicher Weise allen andern Gläubigern haftende Sicherheit gedient hätten; sie konnte also auch keine solche Sicherheit preisgeben. Sie hätte vielleicht, gestützt auf Art. 11 des Vertrages, Bestellung eines Faustpfandes an den Käsen verlangen können; allein eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung, die Bestellung dieser erst zu erwerbenden Sicherheit zu verlangen, dazu unter Umständen den Prozeßweg zu betreten u. s. w., lag ihr nicht ob. Sofern die Bürgen fanden, daß durch das Zuwarten der Gläubigerin ihre Interessen verletzt werden, so war es nach Art. 503 D.-R. ihre Sache, dieselbe (nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld) zu Verfolgung ihrer Rechte aufzufordern. Sie haben dies nicht gethan und können sich daher auf Säumniß des Gläubigers in der Rechtsverfolgung nicht berufen.

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 15. Februar 1889 sein Bewenden.

53. Urtheil vom 26. April 1889 in Sachen
Sommer gegen Champin.

A. Durch Urtheil vom 21. Februar 1889 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Beklagter Appellant trägt ordentliche und außerordentliche Kosten zweiter Instanz mit einer Urtheilsgebühr von 80 Fr.

Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes des Kantons Baselstadt vom 11. Januar 1889 ging dahin:

Beklagter ist zur Zahlung von 3653 Fr. 52 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 29. Februar 1888 an Kläger verurtheilt, wogegen ihm das in Evian liegende Quantum ferro-silicium zur Verfügung zu halten ist.

Ferner ist Beklagter unter Vorbehalt seines Prüfungsrechtes verurtheilt zum Bezuge innert Monatsfrist seit Rechtskraft des Urtheils von 31,000 Kilo 7 %igen, der klägerischen Analyse vom 9. September 1887 entsprechenden ferro-silicium zum Preise von 85 Fr. per 1000 Kilo franko Terre-Noire zahlbar innert 30 Tagen nach Lieferung, ohne Sconto.

Mit seinen weiteren Begehren ist Kläger abgewiesen. Die Kosten mit Inbegriff eines Honorars von 200 Fr. an die beiden Herren Experten und einer Urtheilsgebühr von 40 Fr. sind getheilt.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Mit schriftlicher Eingabe ohne Datum stellte Dr. Kern in Basel, Namens des Beklagten, unter Uebermittlung verschiedener neuer Aktenstücke, ein Gesuch um Aktenvervollständigung in der Richtung, daß beim Handelsgerichte in Lyon amtliche Auskunft über die von der Gesellschaft Terre-Noire zum Nachtheile ihrer Gläubiger getroffenen Maßnahmen und deren Verhältniß zum gegenwärtigen Prozesse eingeholt werde. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt des Beklagten und Rekurrenten, es sei das angefochtene Urtheil aufzuheben und die Klage (soweit noch streitig) abzuweisen unter Kostenfolge.