

Bernische Bodenkreditanstalt gründet sich auf die von der Allgemeinen Kreditbank erteilte und von der Bernischen Bodenkreditanstalt angenommene Anweisung, der Klägerin die Summe, welche die Allgemeine Kreditbank dieser schuldet, zu bezahlen. Es sollte also allerdings mit der Anweisung an die Bernische Bodenkreditanstalt eine Schuld der Allgemeinen Kreditbank an die Klägerin getilgt werden; allein das zu diesem Zwecke gewählte Rechtsgeschäft, die Anweisung, begründete kein gemeinsames Schuldverhältnis zwischen der Allgemeinen Kreditbank und der Bernischen Bodenkreditanstalt im Sinne der Solidarobligation. Infolge der Anweisung standen der Klägerin nicht zwei Schuldner für eine und dieselbe Forderung gegenüber. Denn durch die Annahme der Anweisung trat die Bodenkreditanstalt nicht etwa neben die Allgemeine Kreditbank als Schuldnerin für die bisherige Forderung ein, sondern sie begründete damit ein neues Schuldverhältnis für sich, und wenn die Klägerin nicht nebeneinander die Erfüllung der einen und der andern Obligation verlangen konnte, sondern die von der Bodenkreditanstalt, d. h. der Angewiesenen geleistete Zahlung die Tilgung der Obligation der Allgemeinen Kreditbank bewirken mußte, so ergab sich diese Wirkung nicht sowohl daraus, daß der Klägerin für einen und denselben Anspruch zwei Mitverpflichtete gegenüber gestanden wären, sondern lediglich aus der Identität des wirtschaftlichen Interesses, dem beide Obligationen dienten, indem die Schuldverpflichtung der Bodenkreditanstalt eben zu dem Zwecke eingegangen worden war, dieses Interesse durch Erfüllung einer andern Obligation, als der ursprünglichen, zwischen der Klägerin und der Allgemeinen Kreditbank begründeten zu befriedigen. Demnach könnte denn auch keine Rede davon sein, daß der Klägerin zwischen den beiden Schuldnern etwa ein Wahlrecht zugestanden wäre, wie es der Gläubiger gegenüber Solidarschuldnern nach Art. 163 D.-R. besitzt; sondern sie war, gemäß Art. 407 daselbst, zunächst auf die Geltendmachung der Anweisung beschränkt und konnte die Forderung gegen die Allgemeine Kreditbank erst wieder aufgreifen, wenn und soweit sie von der Bodenkreditanstalt, als der Angewiesenen, vergeblich Zahlung gefordert hatte.

4. Ist aber für das Verhältnis zwischen der Klägerin einer-

seits, und der Allgemeinen Kreditbank und der Bernischen Bodenkreditanstalt andrerseits, nicht sowohl Art. 163 D.-R., sondern Art. 407 daselbst maßgebend, so beruht die Entscheidung der Vorinstanz, daß die Klägerin gegenüber der Allgemeinen Kreditbank nur noch den, nach der Zahlung der Bodenkreditanstalt verbleibenden Rest ihrer Forderung geltend machen könne, auf richtiger Anwendung des eidgenössischen Rechtes, und könnte sich nur noch fragen, ob diese Zahlung etwa deshalb in dem Konkurs der Allgemeinen Kreditbank nicht zu berücksichtigen sei, weil sie erst nach Eröffnung des Konkurses erfolgt ist. Dies ist jedoch ausschließlich eine Frage des kantonalen Konkursrechtes, welches hier noch zur Anwendung kommt, und daher vom Bundesgericht nicht zu prüfen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen, und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt in allen Teilen bestätigt.

#### 45. Urteil vom 12. Mai 1899 in Sachen Linder gegen Gafner.

*Retentionsrecht des Vermieters, Art. 294 O.-R. Vermietung einer Wirtschaft mit der gleichzeitigen Bestimmung, dass das Bier vom Vermieter zu beziehen sei (Vorvertrag zu Kaufverträgen). Niedriger Mietzins und hoher Bierpreis, so dass wirtschaftlich der letztere einen Teil des erstern bildet; hat er auch rechtlich als solcher zu gelten?*

A. Durch Urteil vom 24. Februar 1899 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

Die Klägerin ist mit dem Rechtsbegehren ihrer Einspruchsklage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, es sei in Abwände-

zung desselben das klägerische Rechtsbegehren gutzuheißen und zu erkennen, daß die Mietzinsforderung des Beklagten Gafner, wofür derselbe ein Retentionsrecht an Fahrhabe der Konkursmasse des Karl Linder, gew. Wirts zum Biergarten in Bern genießt, nicht 3230 Fr. 26 Cts., sondern bloß 628 Fr. 65 Cts. betrage; die dem Beklagten Gafner im Kollokationsplane zu teil gewordene Anweisung für 3230 Fr. 26 Cts. im Pfandgläubigerrange sei daher auf 628 Fr. 65 Cts. herabzusetzen. In seiner Beantwortungsschrift schließt der Beklagte auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 7. September 1896 vermietete der Beklagte Gafner, Bierbrauerbesitzer in Bern, dem Karl Linder, Wirt daselbst, die Besitzung zum Biergarten in Bern, mit sämtlichen Wohn- und Wirtschaftsräumen und dem zur Wirtschaft gehörenden Mobilien. In Ziff. 6 des Vertrages ist gesagt: „Den Mietzins haben Parteien bestimmt auf 2000 Fr., zahlbar vierteljährlich nach Verfall, also jeweilen auf 20. Dezember, 20. März, 20. Juni und 20. September. Im fernern ist der Mieter verpflichtet, seinen ganzen Bierbedarf ausschließlich vom Vermieter zu beziehen, und zwar zu folgenden Bedingungen: bei einem Verbrauch bis zu 3000 Liter per Monat à 35 Cts. per Liter, bei einem Verbrauch bis zu 3200 Liter per Monat à 34½ Cts. per Liter, bei einem Verbrauch bis zu 3400 Liter per Monat à 34 Cts. per Liter . . .“ (u. s. f. Die Skala geht, in der Literzahl gleichmäßig um je 200 Liter steigend und in dem Preise per Liter entsprechend um ½ Cts. fallend, bis auf 5000 Liter bzw. 30 Cts.). „Die Bierrechnungen sind pünktlich alle Monate nach erfolgter Rechnungsstellung zu bezahlen. Der Vermieter verpflichtet sich, vorzugsweise Bier von guter Qualität und richtigem Gebräu zu liefern, und Bier, welches diesen Anforderungen nicht entspricht, je nach Prüfung und Befund zurückzunehmen.“ In Ziff. 8 ist dem Vermieter für den Fall, als der Mieter sich in der Bezahlung der Bierrechnungen säumig erweisen sollte, das Recht eingeräumt, das Vertragsverhältnis jederzeit auf einen Monat zu kündigen. Am 14. Januar 1898 wurde über Linder der Konkurs eröffnet. Durch Vereinbarung mit der Konkurs-

verwaltung war das Mietverhältnis auf den 13. gleichen Monats aufgelöst worden; auf Grundlage eines jährlichen Mietzinses von 2000 Fr. würde die rückständige Mietzinsforderung des Beklagten, wie er selbst anerkennt, 628 Fr. 65 Cts. betragen haben; er machte jedoch eine solche im Betrage von 3230 Fr. 26 Cts. geltend und beanspruchte für dieselbe ein Retentionsrecht an den Illaten, indem er sich auf den Standpunkt stellte, der Mietzins betrage in That und Wahrheit nicht bloß 2000 Fr., sondern er stecke zum Teil auch in dem im Vertrage vom 7. September 1896 vereinbarten Bierpreise. Der in Bern im Verkehr zwischen Brauereien und Wirten übliche Litterpreis sei nicht mehr als 25 Cts.; dieser Einheitspreis liege auch dem Vertrage zwischen dem Beklagten und Linder zu Grunde, was über die 25 Cts. hinausgehe, sei nicht mehr Kaufpreis des Bieres, sondern Zuschlag zum jährlichen Mietzins. Die Konkursverwaltung schloß sich dieser Auffassung an und kollozierte die Mietzinsforderung des Beklagten, in dem geltend gemachten Betrage von 3230 Fr. 26 Cts. im Range der Pfandgläubiger, mit der Bemerkung, der Aussprecher besitze das Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, welche sich in den vermieteten Räumen befinden. Die Klägerin bestritt jedoch diese Kollokation, soweit es sich dabei um einen 628 Fr. 65 Cts. übersteigenden Betrag handelte, weil nur die im Vertrage stipulierte jährliche Leistung von 2000 Fr. als Mietzins zu betrachten sei. Die Vorinstanz hat das Rechtsbegehren der Klägerin abgewiesen, von der Annahme ausgehend, es könne keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß in dem dem Linder berechneten Preise von 30 à 35 Cts. per Liter ein Zuschlag zu dem festen Mietzinsse von 2000 Fr. inbegriffen gewesen sei, und zwar insoweit er die Differenz zwischen jenem Ansätze und dem normalen Bierpreise von 25 Cts. per Liter betreffe. Diese Annahme wird damit begründet, es sei von den Zeugen Zurflüh und Knecht übereinstimmend bezeugt worden, daß dem Linder anlässlich des Vertragschlusses, bei welchem sie zugegen gewesen seien, bemerkt worden sei, das Bier werde ihm zu 25 Cts. per Liter angerechnet, die Differenz zwischen 25 und 30 bzw. 35 Cts. habe als Zuschlag zum festen Mietzinsse von 2000 Fr. zu gelten, und daß Linder damit einverstanden gewesen sei. Wenn

auch diese Zeugen, als Angestellte des Beklagten nicht auf volle Glaubwürdigkeit Anspruch erheben können, so finden ihre Aussagen doch einen starken Rückhalt in dem von den Experten abgegebenen Gutachten, wonach ein zwischen einem Bierbrauer als Vermieter und einem Wirte als Mieter berechneter Preis von 30 Cts. oder mehr per Liter nicht ausschließlich als Kaufpreis für das Bier betrachtet werden könne, sondern eine Quote desselben als Mietzins angesehen werden müsse. Der eigentliche ortsübliche Bierpreis betrage 24—25 Cts. per Liter, eventuell sogar noch weniger. Nach diesem Gutachten würde sich mithin ein Bierpreis von 30—35 Cts. als ein ganz exorbitanter darstellen, und es dürfe doch vernünftigerweise nicht angenommen werden, daß dem Linder das Bier so teuer habe geliefert werden wollen, daß er dabei nicht hätte bestehen können, und zwar um so weniger, als der feste Mietzins von 2000 Fr. ein ungewöhnlich bescheidener genannt werden müsse, indem die Experten finden, für eine Wirtschaftsbefitzung wie der Biergarten wäre ein jährlicher Mietzins von 7000 Fr. nicht zu hoch gegriffen. Es erscheine vielmehr ganz naheliegend, daß es sich in der That einfach um die Einkleidung eines nach dem Bierkonsum sich richtenden Zuschlages zum festen Mietzins in die Form der Berechnung eines erhöhten Bierpreises gehandelt habe. Auch der Vorgänger Linders habe laut seiner Aussage es als selbstverständlich angesehen, daß die in seinem Mietvertrag stipulierten Ansätze von ursprünglich 30 bis 35 Cts. per Liter nicht ausschließlich als Kaufpreis für das Bier zu betrachten seien, sondern einen Zuschlag zum festen Mietzins bilden sollten. Endlich gehe aus den Aussagen des Notars Buchmüller hervor, daß der Abschluß eines neuen Mietvertrages mit Linder um einen festen Mietzins von 7000 Fr. in Aussicht genommen worden sei, wobei demselben dann das Bier zum üblichen Preise von 25 Cts. per Liter geliefert worden wäre, und der jetzige Wirt bezahle einen festen Mietzins von 5000 Fr., wobei der Beklagte einen Teil der Räumlichkeiten für sich behalten habe.

2. Wie aus Ziffer 6 des zwischen dem Beklagten und Linder abgeschlossenen Vertrages hervorgeht, erschöpfte sich der Zweck, den der Beklagte durch die Überlassung seiner Befitzung zum

Biergarten an Linder verfolgt hat, nicht in der Erlangung einer, dem Benutzungswerte dieser Befitzung entsprechenden Vergütung, sondern geschah jene Leistung des Beklagten zugleich zur Förderung seiner Interessen als Gewerbetreibender, indem er sich dadurch gleichzeitig einen ständigen Abnehmer für seine Brauerei verschaffte. Das Rechtsverhältnis, in welches der Beklagte um dieses Zweckes willen zu Linder trat, haben die Parteien in dem genannten Vertrag in der Weise geordnet, daß der Beklagte einerseits dem Linder den Gebrauch der Liegenschaft (und zwar, wie als stillschweigend vorausgesetzt angenommen werden muß, zum Wirtschaftsbetriebe) gegen Entrichtung einer Vergütung auf eine gewisse Zeit überließ, und andererseits Linder sich verpflichtete, alles Bier, dessen er zur Betreibung der Wirtschaft bedurfte, vom Beklagten, zu näher bezeichneten Preisen, zu beziehen. Diese Vereinbarung stellt sich als ein komplexes Rechtsgeschäft dar; sie enthält, soweit sie sich auf die Überlassung der Liegenschaft an Linder bezieht, einen Mietvertrag, und soweit sie die von Linder zu beziehenden Bierlieferungen betrifft, zugleich einen Kaufvertrag, bzw. einen Vorvertrag zu Kaufverträgen.

Während nun nach den Worten der Vertragsurkunde als Mietzins eine jährliche Summe von 2000 Fr., und als Gegenleistung für die Bierlieferungen ein Kaufpreis von 35—30 Cts. per Liter bezeichnet ist, besteht nach den Feststellungen der Vorinstanz kein Zweifel, und wird auch von der Klägerin zugegeben, daß wirtschaftlich betrachtet der Bierpreis zum Teil die Funktion eines Mietzinses hatte, indem der in dem Vertrag ausgesetzte Mietzins von 2000 Fr. gegenüber dem Wert der Mietsache unverhältnismäßig niedrig, und umgekehrt der Kaufpreis für das Bier im Verhältnis zu dem ortsüblichen Bierpreise außerordentlich hoch angelegt worden ist, beide Verträge also, für sich allein betrachtet, ein Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung aufweisen, so daß sich deren Zustandekommen in der That nur dadurch erklären läßt, daß jeder der beiden Kontrahenten den Ausgleich für den einen ihm ungünstigen Vertrag in dem Abschlusse des andern ihm günstigen erblickt habe. Die Vorinstanz zieht hieraus, in Übereinstimmung mit dem Beklagten und der Konkursverwaltung, den Schluß, daß auch rechtlich ein Teil des Kaufpreises als Mietzins zu betrach-

ten sei, indem angenommen werden müsse, die Parteien haben trotz der abweichenden Formulierung ihrer Vereinbarung übereinstimmend die Meinung gehabt, daß der stipulierte Bierpreis, soweit dessen Höhe nicht nach dem Wert des Kaufgegenstandes, sondern im Hinblick auf den Wert der Mietsache bemessen worden ist, als Entgelt für die Überlassung dieser letztern geschuldet sein solle. Allein die Thatsache, daß die im Vertrage als Mietzins bezeichnete Vergütung zu niedrig, der Kaufpreis für das Bier dagegen zu hoch bemessen war, und nach der Berechnung der Kontrahenten der Vorteil aus dem Kaufvertrag den Ausfall aus der Miete decken sollte und umgekehrt, schließt keineswegs aus, daß die Kontrahenten Miete und Kauf nicht doch so haben regeln wollen, wie dies in der Vertragsurkunde ausgedrückt ist, also ihr übereinstimmender Vertragswille nicht doch eben dahin gegangen sei, daß Linder für die Überlassung der Mietsache lediglich einen Mietzins von 2000 Fr. schulde und dagegen für das gelieferte Bier einen Kaufpreis gemäß den im Vertrage enthaltenen Ansätzen zu bezahlen habe. Um die Annahme zu rechtfertigen, daß sich hinter dem in der Vertragsurkunde unzweideutig kundgegebenen Vertragswillen eine Vereinbarung andern Inhalts berge, müßte ersichtlich sein, daß die Parteien entweder besondere Gründe gehabt haben, den Vertrag in der Schrift anders zu fassen, als wie er unter ihnen gelten sollte, oder daß sie unabsichtlich, aus Versehen, übereinstimmend etwas anderes erklärt haben, als was sie wirklich wollten. Nun ist nicht behauptet worden, und erscheint nach der Sachlage durchaus ausgeschlossen, daß die Fassung des Vertrages etwa auf einem Erklärungsirrtum beruhe. Ebenso ist aber auch nicht ersichtlich, wodurch die Parteien davon hätten abgehalten sein sollen, die Bestimmungen über Mietzins und Kaufpreis im Vertrage gerade so zu treffen, wie es ihren übereinstimmenden Intentionen entsprach. Wenn ihnen daran lag, den Mietzins nicht in einer zum vornherein bestimmt fixierten Summe festzusetzen, sondern dessen Höhe von dem zu erwartenden Umsatz an Bier abhängig zu machen, so hinderte sie nichts, zu bestimmen, daß der Mieter über die fixe Summe von 2000 Fr. hinaus von jedem ausgehenden oder auch von jedem vom Beklagten bezogenen Einheitsmaße einen bestimmten Betrag dem Beklagten als

weiteres Entgelt für die Miete zu leisten habe. Damit wäre die Mehrleistung, welche der Mieter über die vereinbarte fixe Summe hinaus auf sich genommen hätte, unzweideutig als Vergütung für die Überlassung der Mietsache gekennzeichnet, und die Annahme, daß es sich dabei um eine Gegenleistung für das gelieferte Bier handle, ausgeschlossen gewesen. So lautet nun aber die Vereinbarung der Parteien, wie sie sich aus dem Vertrage vom 7. September 1896 ergibt, nicht; dieser Vertrag läßt nicht erkennen, daß ein Teil des stipulierten Einheitspreises von dem wirklichen Kaufpreise auszusondern und als Zuschlag zum Mietzins zu bezahlen sei, so daß also aus dem Vertrage nicht erhellt, daß die Parteien den Kaufpreis anders haben bestimmen wollen, als nach dem vollen Betrag der ausgesetzten Einheitspreise. Es kann auch nicht gesagt werden, daß die Differenz zwischen dem stipulierten und dem ortsüblichen Bierpreise deshalb als Mietzins aufzufassen sei, weil es den Kontrahenten dabei überhaupt um nichts anderes zu thun gewesen sei, als um einen Zuschlag zu dem fixen Mietzins, und sie geglaubt hätten, es komme auf dasselbe hinaus, ob sie einen solchen Zuschlag besonders festsetzen oder einfach den Einheitspreis für das Bier erhöhen. Denn wegen der Verschiedenheit der rechtlichen Wirkungen, die sich an die eine oder an die andere Regelung knüpfen, war es durchaus nicht gleichgültig, in welcher Weise die Kontrahenten sich vereinbarten; dieselben konnten also ganz wohl ein Interesse daran haben, von einem Zuschlag zum Mietzins in Form einer nach dem Bierumsatz zu berechnenden Abgabe abzusehen, und statt dessen einen höhern Kaufpreis zu vereinbaren, so daß, wenn sie den letztern Weg wählten, davon auszugehen ist, sie haben das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gerade so und nicht anders normieren wollen. Die Zeugenaussagen, auf welche die Vorinstanz zur Unterstützung ihrer abweichenden Ansicht abstellt, beweisen für dieselbe nichts; denn es kann denselben mit Sicherheit nicht mehr entnommen werden, als daß die Parteien die Differenz zwischen 25 und 30 bzw. 35 Rp. eben wirtschaftlich als Zuschlag zum Mietzins betrachtet haben, worüber gar kein Streit herrscht. Fehlt demnach ein hinreichender Grund für die Annahme, daß der Vertrag vom 7. September 1896, so wie er schriftlich abgefaßt worden ist, dem

wirklichen Parteiwillen nicht entsprechen, so qualifiziert sich die Forderung des Beklagten, soweit sie den auf dem jährlichen Mietzins von 2000 Fr. rückständigen Betrag von 628 Fr. 65 Cts. übersteigt, als Forderung aus Kauf, und ist daher das Begehren der Klägerin, daß das vom Beklagten beanspruchte Retentionsrecht lediglich für jenen Betrag geschützt, und der Kollokationsplan im Sinne der Klage abgeändert werde, gutzuheißen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird als begründet erklärt, und in Abänderung des Urteils des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 24. Februar 1899 die Klage gutgeheißen.

46. Arrêt du 13 mai 1899, dans la cause Gaiffe  
contre Thiévent.

Action en dommages-intérêts pour séquestre injustifié, art. 273 LP.; reconnaissance de la part du débiteur du bien fondé du séquestre ?

A. — Par acte notarié Charmillot, à Saignelégier, le 16 juin 1893, Georges Gaiffe, industriel à Besançon, et Paul Thiévent, industriel, alors au Noirmont, actuellement maître d'hôtel à Genève, ont passé une convention pour la création et l'exploitation d'une fabrique de chaussures au Noirmont, devant former une succursale de la maison principale déjà existante à Besançon sous la direction de Gaiffe. Aux termes de cette convention, Gaiffe s'adjoignait P. Thiévent en qualité de directeur intéressé de la succursale du Noirmont. La durée des fonctions de Thiévent était fixée à six ans. En outre, Thiévent apportait dans l'entreprise, comme garantie morale de sa gestion et à titre de prêt, une somme de 10 000 fr. dont le remboursement était prévu comme suit : « A l'expiration du contrat, ou dans le cas de décès de M. Thiévent avant cette époque, les apports et prêts d'icelui,

de même que les intérêts et tous les fonds lui revenant dans l'entreprise, seront remboursés en trois termes de six mois en six mois après l'expiration du contrat ou le décès. » Enfin, toutes les contestations pouvant surgir entre parties devaient être tranchées souverainement et sans appel par des arbitres.

Au bout de quelque temps, Gaiffe décida de transporter sa succursale du Noirmont à Carouge. Thiévent ayant, après divers pourparlers, refusé de se rendre dans cette dernière localité, les parties tombèrent d'accord de résilier la convention du 16 juin 1893. Cette résiliation donna lieu à plusieurs différends dont la solution fut remise à l'arbitrage de MM. Urbain Charmillot et Jean Bouchat, les deux notaires à Saignelégier. Ceux-ci, dans un jugement du 28 novembre 1894, décidèrent en résumé ce qui suit : « 1. Les arbitres décident que M. Thiévent doit être considéré comme directeur de l'usine du Noirmont jusqu'au moment où elle sera transplantée à Carouge. — 2. Les arbitres fixent la date de la résiliation de la convention du 16 juin 1893 à partir du moment où l'usine du Noirmont aura cessé d'exister. — 3. Le remboursement de l'apport de M. Thiévent s'effectuera dans les termes et délais fixés par la convention du 16 juin 1893. Le premier versement sera effectué six mois après la suppression de l'usine du Noirmont. — 4. Georges Gaiffe est tenu de fournir à Paul Thiévent le gage qu'il s'est réservé sur le matériel et l'agencement de l'usine du Noirmont, à moins toutefois que Gaiffe ne préfère rembourser comptant à Thiévent une somme de 5000 fr. que déclare accepter Thiévent. — 5. Pendant tout le temps que Thiévent aura des capitaux engagés dans les usines de Nunningen et de Carouge, il aura le droit de vérifier la comptabilité, afin de s'assurer de la répartition équitable des bénéfices. Ces bénéfices lui seront payés de suite après la confection de chaque inventaire, conformément aux propositions à lui faites par la lettre de Gaiffe du 28 septembre 1894. — 6. L'inventaire définitif du matériel et des marchandises de l'usine du Noirmont sera établi au moment de la suppression de cette usine, en pre-