que, ensuite de ce défut de livraison, elle les a perdus ; il y a ainsi deux éléments distincts de préjudice ; d'une part, manque à gagner sur des contrats conclus, d'autre part, perte de clientèle pour l'avenir.

En ce qui concerne le premier de ces deux éléments de dommage, on doit observer que la réclamation de la défenderesse ne saurait coexister avec celle qui a été admise ci-dessus. Il est bien évident en effet que la Société Girod, qui a déjà obtenu l'équivalent du bénéfice intégral qu'elle aurait réalisé au cours du jour sur les 363 tonnes non livrées ne peut pas exiger en outre une indemnité représentant le bénéfice qu'elle aurait fait sur les affaires conclues avec tels clients déterminés. D'ailleurs elle n'a donné aucune indication précise ni sur l'époque à laquelle ces marchés devaient être exécutés, ni sur les prix de vente convenus ; de telle sorte que le tribunal ignore si c'est le défaut de livraison de la demanderesse à la fin de 1907 qui a empêché l'exécution des marchés et quels gains la défenderesse aurait retirés de ces ventes. Ce premier élément de dommage ne peut donc être pris en considération.

On ne peut pas davantage tenir compte de la prétendue perte de clientèle. Il est vrai que l'agent de la Société Girod en Allemagne a déclaré que par suite du défaut de livraison imputable à la demanderesse la société défenderesse avait perdu définitivement plusieurs acheteurs. Mais il a ajouté qu'elle les avait perdus en 1906 et en 1907, et la demanderesse ne pourrait dans tous les cas être rendue responsable que de la perte de clientèle amenée par elle à la fin de 1907 puisque c'est à ce moment seulement que la défenderesse l'a mise en demeure d'exécuter le solde du marché. Or on ignore totalement si à cette époque la Société Girod a perdu des clients. De plus il est essentiel de remarquer que la défenderesse s'était engagée à livrer sa production au syndicat, qu'elle devait lui fournir un minimum de 3000 tonnes et qu'en 1907 elle est demeurée de 1800 tonnes au dessous du contingent ainsi fixé. A supposer que la demanderesse eût exécuté complètement son contrat, la société défenderesse se serait donc tout de même trouvée dans l'impossibilité de

remplir ses engagements envers le syndicat et à bien plus forte raison envers ses autres acheteurs. Dans ces conditions la preuve de la relation de cause à effet entre la faute de la demanderesse et la perte de clientèle de la défenderesse fait défaut.

Il résulte de ce qui précède que l'indemnité supplémentaire de 10 000 fr. allouée par l'instance cantonale n'est pas justifiée. La compensation doit donc s'établir entre la créance de 32 135 fr. 80 — dont le montant n'est pas contesté — et l'indemnité de 17 595 fr. 35 due par la demanderesse. La défenderesse reste ainsi débitrice pour solde de 14 540 fr. 45.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours principal de la société demanderesse est partiellement admis et le jugement du Tribunal cantonal de Neuchâtel est réformé en ce sens que la défenderesse est déclarée débitrice pour solde de 14 540 fr. 45 avec intérêts à 5 % dès le 28 novembre 1907.

Le recours par voie de jonction de la défenderesse est écarté.

---

21. Urteil vom 30. März 1912 in Sachen La Roche-Joselin, Kl., Widerbekl. u. Ber.-Kl., gegen Spar- und Leihkasse in Bern, Bekl., Widerkl. u. Ber.-Bekl.

*Der **Bürgschaftsvertrag** beurteilt sich, auch wenn die verbürgte Hauptschuld dem kantonalen Recht untersteht, nach eidg. Recht. — Bedeutung einer **Bürgschaft, die von einem Dritten gemeinsam mit dem Gläubiger der verbürgten Forderung eingegangen** worden ist.*

Das Bundesgericht hat

auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Laut Hypothekarobligation vom 31. Januar 1903 hatte Paul Ruf-Martin in Basel an A. Schmidt-Bomblin aus Kaufvertrag um das in den Gemarkungen Basel und Allschwil ge-

legene Gut „Bohrerhof" eine Forderung von 275,000 Fr., zu deren Sicherung die verkauften Liegenschaften im II. Rang, mit 875,000 Fr. Vorgang, verpfändet waren. Die Forderung sollte titelgemäß halbjährlich — je am 16. Februar und 16. August, erstmals am 16. August 1903 — mit 4¼ % per Jahr verzinst und vom 1. April 1905 an in monatlichen Raten von 5000 Fr. abbezahlt werden.

Am 23. November 1903 stellten die Hypothekargläubiger Ruf und der Kläger Dr. Alfred La Roche-Iselin, der unbeschränkt haftende Teilhaber der Bankfirma La Roche Sohn & Cie. in Basel, am Fuße der Obligation folgende Bürgschaftsverpflichtung aus: „Wir, die unterzeichneten Paul Ruf-Martin, in Allschwil „und Basel, und Dr. Alfred La Roche-Iselin, von und in Basel, „leisten hiemit für das vorverschriebene Kapital nebst Zinsen und „Kosten Bürgschaft als solidarische Bürgen und Selbstzahler, soli„darisch unter sich und mit dem Hauptschuldner, und versprechen „als solche alles zu tun und zu leisten, was nach den Bestim„mungen des schweizerischen Obligationenrechtes von uns verlangt „werden kann."

Hierauf, laut Akt vom 5. Dezember 1903, verpfändete Ruf die Obligation bei der beklagten Spar- und Leihkasse Bern, und zwar als Sicherheit für ein ihm von der Kasse gegen Eigenwechsel gewährtes Darlehen von 250,000 Fr., sowie für andere Forderungen, welche die Kasse schon jetzt oder in Zukunft an ihn zu stellen haben möchte. Jener Eigenwechsel Rufs für die 250,000 Fr. war gemäß dem Verlangen der Beklagten an die Ordre des Bankhauses La Roche Sohn & Cie. ausgestellt und von diesem an die Beklagte indossiert worden; in der Folge wurde er nach mehrfacher Prolongation am 19. September 1908 von der Firma La Roche Sohn & Cie. eingelöst.

Inzwischen war, da der Hypothekarschuldner Schmidt-Bomblin seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkam, das Gut „Bohrerhof" auf Veranlassung des Hypothekargläubigers ersten Ranges betreibungsamtlich verwertet worden. Der Erlös reichte nicht einmal zur vollen Deckung der ersten Hypothek, und Ruf erhielt am 25. September 1908 für seine Hypothekarforderung II. Ranges im Kapitalbetrage von 275,000 Fr. nebst 31,682 Fr. 95 Cts. mitversicherten rückständigen Zinsen, Wert 2. Mai 1908, einen Pfandausfallschein.

Mit Erklärung vom 20. April 1910, betitelt „Abtretung", anerkannte Paul Ruf-Martin, der Beklagten über den von der Firma La Roche Sohn & Cie. bezahlten Wechselbetrag hinaus noch eine Kreditsumme von 34,825 Fr. nebst Zins seit 31. Dezember 1909 und Kosten schuldig zu sein, und stellte ihr anschließend folgende Abtretung aus:

„Zum Zwecke der Realisierung meiner Schuld an die Spar„& Leihkasse in Bern trete ich dieser letzteren anmit von meinem „Guthaben an die Eheleute Schmidt-Bomblin, basierend auf Hy„pothekarobligation vom 31. Januar 1903, einen Kapitalbetrag „von 25,000 Fr. nebst beziehendem Zins und allen Nebenrechten, „speziell auch der darin vorgemerkten Bürgschaft von Dr. Alfred „La Roche-Iselin, an Zahlungsstatt zum gesetzlichen Eigentum „ab."

Gestützt auf diese Abtretung und die darin erwähnte Bürgschaftsverpflichtung vom 23. November 1903 forderte hierauf die Beklagte vom Kläger Bezahlung des Kapitalbetrages von 25,000 Fr. nebst den 15 verfallenen Semesterzinsen hievon, für die Zeit vom 16. Februar 1903 bis 16. August 1910, à 4¼ %, mit je 531 Fr. 25 Cts., und leitete am 29. November 1910 für die beiden Forderungsposten gegen ihn Betreibung ein. Der Kläger erhob zunächst Rechtsvorschlag für den gesamten Betrag, bezahlte jedoch am 7. Dezember 1910 die halbe Kapitalforderung mit 12,500 Fr. und die Zinsen von dieser Hälfte für die letzten fünf Jahre, d. h. vom 16. August 1905 bis zum 16. August 1910, mit 2656 Fr. 25 Cts. Die Beklagte aber verlangte für den Rest ihrer Forderung Rechtsöffnung und erwirkte diese durch Entscheid des Basler Dreiergerichts vom 13. März 1911 teilweise, nämlich für folgende Beträge:

1. 164 Fr. 45 Cts. als Zins à 4¼ % der vom Kläger am 7. Dezember 1910 bezahlten 12,500 Fr. für die Zeit vom 16. August bis 7. Dezember 1910.

2. 2651 Fr. 25 Cts. als Zins à 4¼ % des gleichen Kapitals für die Zeit vom 16. Februar 1903 bis 16. August 1905.

Gegenüber diesem Rechtsöffnungsentscheid hat Dr. La Roche, nachdem er schon vor dessen Erlaß noch die unter Ziffer 1 erwähnte Zinsrestanz bezahlt hatte, mit Bezug auf die beiden Beträge die Aberkennungsklage angestrengt. Die beklagte Spar- und Leihkasse hat die Klage bestritten und widerklageweise das Begehren gestellt, der Kläger sei zu verurteilen, ihr noch folgende Beträge zu bezahlen:

a) 12,500 Fr. Kapital;

b) 5312 Fr. 50 Cts. rückständige Zinsen zu 4¼ %, nämlich von 25,000 Fr. für die Zeit vom 16. Februar 1903 bis 16. August 1905 und von 12,000 Fr. für die Zeit vom 16. August 1905 bis 16. August 1910;

c) den Zins zu 4¼ % von 12,500 Fr. seit 16. August 1910.

B. — Durch Urteil vom 2. Januar 1912 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in dieser Streitsache erkannt:

„1. Die Beklagte und Widerklägerin wird bei ihrer Anerken-„nung behaftet, daß sie für den Posten von 164 Fr. 45 Cts. „befriedigt ist.

„2. Es wird die Forderung von 2651 Fr. 25 Cts., für „welche der Beklagten in Betreibung Nr. 92,050 gegen den Klä-„ger die provisorische Rechtsöffnung bewilligt worden ist, aber-„kannt.

„3. Der Kläger wird widerklagsweise zur Zahlung von „12,500 Fr. nebst 4¼ % Zins hievon seit dem 16. August „1905 an die Beklagte und Widerklägerin verurteilt. Die Mehr-„forderung der Widerklägerin wird abgewiesen."

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Abänderungsantrage, die Widerklage sei — gemäß dem Entscheide der ersten Instanz — gänzlich abzuweisen.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers den schriftlich gestellten Berufungsantrag wiederholt; der Vertreter der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des appellationsgerichtlichen Urteils angetragen; —

in Erwägung:

1. — Die heute einzig noch streitige Widerklageforderung in dem von der Vorinstanz zugesprochenen Betrage von 12,500 Fr. mit 4¼ % Zinsen seit dem 16. August 1905 stützt sich auf die Bürgschaftsverpflichtung des Widerbeklagten vom 23. November 1903 für die Hypothekarschuld von 275,000 Fr., nebst Zinsen, aus dem Liegenschaftskaufvertrage Ruf / Schmidt-Bomblin. Obschon demnach die Hauptschuld dem kantonalen Rechte untersteht, beurteilt sich doch die Haftung des Widerbeklagten als Bürgen nach eidgenössischem Recht, da dieses den Bürgschaftsvertrag in allen Beziehungen regelt. Allerdings ist die Wirksamkeit der Bürgschaftsverpflichtung abhängig vom Bestande der Hauptschuld. Allein hierüber herrscht vorliegend kein Streit; Gegenstand des Prozesses bildet vielmehr lediglich die Frage, ob der Widerbeklagte für die ganze der Widerklägerin unbestrittenermaßen zustehende Forderungsquote von 25,000 Fr. des Hypothekartitels Ruf vom 31. Januar 1903, nebst dem heute noch aufrecht erhaltenen Zinsanspruch, oder nur für die bereits bezahlte Hälfte dieser Forderung als Bürge hafte. Dabei gründet der Widerbeklagte seine Bestreitung der Vollhaftung auf sein Verhältnis zum Mitbürgen Ruf, dem ursprünglichen gleichzeitigen Titelgläubiger, auf dessen Abtretung vom 20. April 1910 das hier in Betracht fallende partielle Gläubigerrecht der Widerklägerin beruht. Dieses Verhältnis aber ist vollständig, mit Einschluß jener Forderungsabtretung, vom eidgenössischen Recht beherrscht. Der Abtretungsakt vom 20. April 1910 fällt nämlich nicht unter die Bestimmung des Art. 198 aOR, der für die Abtretung grundversicherter Forderungen das kantonale Recht vorbehält; denn die im Hypothekartitel vom 31. Januar 1903 verurkundete Forderung war inzwischen, zufolge der Verwertung ihres Grundpfandes mit der Ausstellung des Pfandausfallscheines vom 25. September 1908, zu einer rein persönlichen Forderung des Titelgläubigers geworden, für deren Abtretung fortan das eidgenössische Recht Regel machte. Die Kompetenz des Berufungsrichters zur Beurteilung der noch pendenten Streitfrage ist daher gegeben.

2. — Der Widerbeklagte argumentiert zur Begründung seines Standpunktes dahin: Die Widerklägerin, die als Zessionarin des

ursprünglichen Titelgläubigers Ruf auftrete, könne nicht mehr Rechte geltend machen, als Ruf sie besessen habe; diesem letzteren als seinem Mitbürgen gegenüber aber wäre er zur Bezahlung nur der Hälfte des gemeinsam verbürgten Forderungsbetrages verpflichtet und hafte folglich auch der Widerklägerin nicht in weitergehendem Maße.

Diese Argumentation ist vom Appellationsgericht — im Gegensatz zur ersten Instanz, die ihr beigepflichtet hatte — mit Recht als unhaltbar zurückgewiesen worden. Bei Auslegung der vom Widerbeklagten mit Paul Ruf-Martin zusammen auf dem Hypothekartitel vom 31. Januar 1903 ausgestellten Bürgschaftsurkunde muß in der Tat davon ausgegangen werden, daß *Ruf* als damaliger Titelgläubiger seine eigene Bürgschaftsverpflichtung, gemäß dem Begriffe der Bürgschaft als der Verpflichtung *eines Dritten* gegenüber dem Gläubiger der verbürgten Forderung, überhaupt nur zu Gunsten eines zukünftigen anderweitigen Erwerbers der Titelforderung eingehen konnte. Hierüber aber war sich der Widerbeklagte als Bankier unzweifelhaft klar, und es kann deshalb auch *seine* Erklärung, sich solidarisch mit Ruf für die Titelforderung zu verbürgen, vernünftigerweise nur dahin verstanden werden, daß *er* sich ebenfalls im angegebenen Sinne Rufs verpflichten wollte. Übrigens ergibt sich aus den Umständen, die zur Ausstellung der Bürgschaftsurkunde geführt haben, ohne weiteres, daß die Verpflichtung des Widerbeklagten tatsächlich so gemeint war; denn es steht unbestritten fest, daß Ruf die Bürgschaft jenes nachsuchte und erhielt, um den verbürgten Hypothekartitel zur Geldbeschaffung verwenden zu können. In der Bürgschaftserklärung des Widerbeklagten ist demnach mit der Vorinstanz eine direkte Bürgschaftsverpflichtung zu Handen des zukünftigen Titelgläubigers zu erblicken, für den Fall, daß es Ruf gelingen sollte, den Titel zu veräußern. Eine solche Bürgschaftsleistung gegenüber einem persönlich noch nicht bestimmten Gläubiger muß als rechtlich zulässig erachtet werden (vergl. hierüber aus der deutschen Praxis: Entsch. d. RG **11** Nr. 52 S. 248 f.; **31** Nr. 58 S. 262 ff. spez. 266). Die Haftung des Widerbeklagten ist daher mit der teilweisen Forderungsabtretung Rufs an die Widerklägerin vom 20. April 1910 ohne weiteres — d. h. ohne

daß es einer „Abtretung" der Bürgschaft, wie Ruf sie gleichzeitig vorgenommen hat, überhaupt noch bedurft hätte — gegenüber der Widerklägerin als nunmehriger Gläubigerin wirksam geworden, und zwar geht sie, da es sich um eine Solidarbürgschaft nicht nur der beiden Mitbürgen unter sich, sondern auch mit dem Hauptschuldner handelt, unbestreitbar auf den ganzen Betrag der Hauptschuld; —

erkannt:

Die Berufung des Klägers und Widerbeklagten wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 2. Januar 1912, soweit angefochten, bestätigt.

---

22. Urteil vom 3. April 1912 in Sachen Kocher, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Schweiz. Kreditanstalt, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Inhaber und dem Bezogenen eines Checks untersteht, wenn diese beiden Personen in der Schweiz wohnen und der Check daselbst zahlbar ist, trotz ausländischem Ausstellungort des Checks, dem schweizerischen Recht. — Der Checkinhaber hat kein direktes eigenes Forderungsrecht gegenüber dem Bezogenen (Art. 834 Abs. 1 u. 836, in Verbindung mit Art. 742 aOR). Daher an sich Unzulässigkeit der Verrechnung einer Wechselforderung des Bezogenen an den Checkinhaber mit der Forderung aus dem Check (Art. 131 aOR). — Auftragsverhältnis zwischen dem Checkinhaber und dem die Einlösung des Checks nicht ablehnenden Bezogenen auf Grund der Weisung jenes betr. die Einlösung (Art. 392 u. 393 aOR). Haftung des Bezogenen wegen Nichtbeachtung dieser Weisung (Art. 395 Abs. 1 u. 396 aOR).

Das Bundesgericht hat,

auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Am 28. Dezember 1908 übersandte der Kläger Kocher, Uhrenfabrikant in Bévilard, der Basler Filiale der beklagten Schweizerischen Kreditanstalt einen auf diese letztere als Bezogene und an die Ordre des Klägers ausgestellten Check der Deutschen Bank in Berlin über 3011 Fr. 20 Cts., quittiert, mit dem Er-