

être appliqués. (Voir *Motifs du projet de Code civil allemand*, IV, p. 5.)

7° Les exceptions dilatoires opposées par le recourant en cours d'instance, lesquelles ont fait l'objet de l'arrêt de la Cour cantonale du 18 Mai 1887, et que le sieur A. a déclaré continuer à invoquer devant le Tribunal fédéral, sont, pour autant qu'elles peuvent toucher à la compétence du Tribunal fédéral, les suivantes :

a) Exception tirée de la prescription selon l'art. 69 C. O.

b) Exception fondée sur la minorité du défendeur lors de la conclusion de la promesse de mariage, le sieur A. n'ayant alors pas encore atteint 24 ans.

c) Exception tirée de ce que les publications du mariage n'ont eu lieu qu'à Berne, contrairement aux prescriptions de la loi fédérale sur l'état civil.

d) Exception de prescription fondée sur l'art. 36, § 2 de la loi précitée, statuant que la publication cesse d'être valable, si dans le délai de six mois elle n'a pas été suivie de la célébration du mariage.

Ces exceptions sont toutefois inadmissibles. En effet :

Ad a. — Cette exception n'a été formulée que pour le cas où l'action de demoiselle H. apparaîtrait comme une *actio ex delicto*; elle tombe donc, après la solution négative donnée à cette question dans les considérants qui précèdent.

Ad b. — La question de savoir si le contrat de fiançailles peut avoir les conséquences des art. 48 et suivants du code civil bernois si les fiancés n'ont pas encore atteint 24 ans, mais sont âgés seulement des 20 ans révolus exigés à l'article 27 de la loi fédérale du 24 Décembre 1874 pour contracter mariage, appelle l'interprétation d'une loi cantonale et échappe à la compétence du Tribunal de céans.

Ad c et d. — Il en est de même des questions de savoir si une seule publication était suffisante au regard de l'art. 48 précité et si la déchéance, soit prescription de la publication statuée à l'art. 36 al. 2, de la loi fédérale de 1874, doit avoir pour effet d'entraîner la prescription de l'action en dommages-intérêts du prédit art. 48.

8° L'incompétence du Tribunal fédéral devant être re-

connue en conformité de l'art. 76 C. O. déjà cité, il n'y a plus lieu de rechercher si cette incompétence résulterait également de l'art. 882 du même code, ni d'entrer en matière sur ce qui a trait aux art. 50 et suivants C. O., lesquels, ainsi qu'il a déjà été dit, n'ont été invoqués que subsidiairement. Aussi l'arrêt dont est recours est-il fondé en première ligne sur l'art. 48 code civil bernois, sans que les art. 50 et suivants C. O., aussi invoqués, aient exercé une influence décisive sur cette sentence.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière pour cause d'incompétence, sur le recours formé par l'avocat A.

66. Urtheil vom 22. Juni 1889 in Sachen Angehörn gegen Leih- und Sparkasse Bischofszell.

A. Durch Urtheil vom 6. Mai 1889 hat das Bezirksgericht Bischofszell über die Rechtsfragen :

1. Ist die klägerische Forderung von 12,753 Fr. 5 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 24. Oktober 1888 rechtlich begründet ?
2. Ist die widerklägerische Forderung von 8494 Fr. 58 Cts. nebst betreffenden Zinsen gerichtlich zu schützen ? zu Recht erkannt :

1. Es sei die erste Rechtsfrage bejahend, die zweite verneinend entschieden.

2. Zahle die Widerklägerschaft : Gerichtsgeld 20 Fr. ; Präsidialien 2 Fr. 75 Cts. ; Zeugencitation 70 Cts. ; Zeugenentschädigung 5 Fr. 55 Cts. ; Weibelgebühr 4 Fr. 10 Cts., zusammen 33 Fr. 10 Cts. und habe sie die Klägerschaft an die Kosten mit 190 Fr. zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagten und Widerkläger, mit Zustimmung der Gegenpartei unter Umgehung der zweiten kantonalen Instanz, die Weiterziehung an das Bundes-

gericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt, das Bundesgericht wolle erkennen:

Es sei die Leihkasse Bischofszell den Appellanten für das Preisgeben der ersten Rechte auf das Vermögen des Gall Josef Gefer in Engenspühl von Gesetzeswegen im Sinne der diesfalls vor den kantonalen Gerichten gestellten Einreden respektive im Sinne der Widerklagebegründung verantwortlich zu erklären, unter Kostenfolge.

Dagegen trägt der Anwalt der Klägerin und Rekursbeklagten auf Abweisung der Berufung unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte Angehrn hatte sich, neben verschiedenen Mitbürgern, bei der Klägerin für einen der Firma Gefer und Angehrn in Hägenschwyl eröffneten Kontokorrentkredit bis zum Betrage von 16,000 Fr. nebst Zins und Kosten als Solidarbürge und Selbstzahler verpflichtet. Die Theilhaber der Firma Gefer und Angehrn wurden zahlungsflüchtig und es wurde über die Firma der Konkurs eröffnet. Die Klägerin leitete hierauf am 8./11. Oktober 1886 gegen einen der Mitbürgern Gall Josef Gefer in Engenspühl (St. Gallen) den Rechtstrieb für die verbürgte Summe nebst Zins und Kosten ein; der Belangte erhob zwar Rechtsvorschlag, weil seine Unterschrift auf dem Bürgschein gefälscht sei; die Klägerin erlangte indeß nichtsdestoweniger Rechtsöffnung, beziehungsweise Schätzung auf Recht hin, und damit vorläufige Schätzungsrechte, die indeß bis zur Entscheidung über die Rechtheit der Unterschrift nicht realisiert werden konnten. Im Laufe des Jahres 1887 stellte sich durch einen gegen die Inhaber der Firma Gefer und Angehrn geführten Strafprozeß heraus, daß von letztern zwar verschiedene Wechselunterschriften des Gall Josef Gefer (aus welchen dieser von der Klägerin ebenfalls belangt worden war) gefälscht worden seien, daß dagegen dessen Unterschrift auf dem Kreditbürgschein ächt war. Die Klägerin hätte daher nunmehr den früher angehobenen Rechtstrieb fortsetzen können. Statt dessen hob sie aus Versehen einen neuen Rechtstrieb an, was zur Folge hatte, daß sie ihrer früher erworbenen ersten Schätzungsrechte auf das Vermögen des Gall Josef Gefer verlustig ging und die Toggenburgerbank mit einer später geltend gemachten Forderung an die erste Stelle einrückte. Hierauf gestützt erhob der Beklagte J. W. Angehrn (dessen Verpflichtung sein

Sohn, der Mitbeklagte A. Angehrn, beigetreten war), als er von der Leih- und Sparkasse Bischofszell aus der von ihm für die Firma Gefer und Angehrn eingegangenen Bürgschaft auf Bezahlung von 12,753 Fr. 5 Cts. belangt wurde, neben andern, hier nicht mehr in Betracht fallenden Einreden, die Einwendung, die Klägerin sei ihm für das Preisgeben der ersten Rechte auf das Vermögen des Mitbürgern Gall Josef Gefer verantwortlich; er behauptete, es sei dadurch ein Schaden von 8494 Fr. 50 Cts. entstanden, da die Klägerin, wenn sie ihre ersten Rechte nicht preisgegeben hätte, bis zu diesem Betrage aus dem Vermögen des Gall Josef Gefer befriedigt worden wäre.

2. In rechtlicher Beziehung erscheint die Beschwerde der Beklagten als unbegründet, und ist die vorinstanzliche Entscheidung ohne weiters zu bestätigen. Es ist zwar richtig, daß insofern der Gläubiger dem Bürgen für Verminderung anderweitiger Sicherheiten der verbürgten Schuld wirklich verantwortlich ist, dies nicht nur für freiwillig (vertraglich) bestellte, sondern auch für im Wege des Rechtstriebes erlangte Sicherheiten gilt. Allein wenn nun Art. 508 D.-R. den Gläubiger dafür verantwortlich erklärt, daß er nicht zum Nachtheile des Bürgen die bei der Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangten anderweitigen Sicherheiten vermindere, so ist damit doch in völlig unzweideutiger und unmißverständlicher Weise ausgesprochen, daß der Gläubiger für erst nach Eingehung der Bürgschaft erworbene Sicherheiten nur dann verantwortlich sei, wenn er sie vom Hauptschuldner, nicht aber, wenn er sie von einem Dritten, insbesondere einem Mitbürgen, erlangt hat. Die von den Beklagten vertretene Auslegung, das Gesetz fordere nicht, daß nachträglich erlangte Sicherheiten vom Hauptschuldner persönlich müssen erlangt sein, sondern habe alle entweder vom Hauptschuldner selbst oder an seiner Stelle von einem Mitverpflichteten erlangten Sicherheiten im Auge, ist gewiß durchaus unzulässig, weil weder mit dem Wortlaute noch mit Sinn und Geiste des Gesetzes vereinbar; ja, sie verkehrt den Sinn des Gesetzes geradezu in sein Gegenteil. Art. 508 D.-R. löst die gesetzgeberisch verschieden beantwortete und mancherorts bestrittene Frage, ob und inwieweit der Gläubiger dem Bürgen für Preisgabe von Sicherheiten, insbesondere von nachträglich, nach Eingehung der Bürgschaft er-

langten, verantwortlich sei; dabei macht er für erst nachträglich erlangte Sicherheiten, auf welche also der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft nicht rechnen konnte, im Gegensatz zu den bei Eingehung der Bürgschaft bereits vorhandenen, eine Unterscheidung zwischen solchen Sicherheiten, die vom Hauptschuldner und solchen, die von Dritten erlangt sind. Für Erhaltung der vom Hauptschuldner selbst, wenn auch erst nachträglich, erlangten Sicherheiten ist der Gläubiger verantwortlich, für anderweitig, insbesondere von Mitbürgen, nachträglich erhaltene Sicherheiten dagegen nicht; letzteres offenbar deshalb nicht, weil ja solche Sicherheiten in sehr verschiedenem Sinne können bestellt werden und nicht, wie die vom Hauptschuldner erlangten, gleichmäßig allen Mitverpflichteten zu gute kommen. Die von den Beklagten angerufenen Art. 504 und 507 oder gar Art. 168 Absatz 4 D.-R. kommen hier gar nicht in Frage. Eine Besserstellung der rechtlichen Lage eines Solidarschuldners zum Nachtheile eines andern im Sinne des Art. 168 cit. hat ja gar nicht stattgefunden, und die Art. 504 und 507 entscheiden nicht darüber, inwiefern der Gläubiger dem Bürgen dafür verantwortlich sei, daß gewisse Sicherheiten nicht mehr bestehen und daher auf den Bürgen nicht übergehen resp. demselben nicht abgetreten werden können; über die letztere hier einzig entscheidende Frage bestimmt ausschließlich Art. 508 D.-R. Inwiefern dem Beklagten eine Einrede zur Seite stände, wenn das Vorgehen des Gläubigers bei der Preisgabe der streitigen Sicherheit zum Zwecke gehabe hätte, die Beklagten zu eigenem Vortheile (zum Zwecke der Sicherung eigener unversicherter Forderungen an den erstbelangten Bürgen) zu benachtheiligen, kann für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben; denn in casu ist eine solche Absicht des Gläubigers gar nicht behauptet, sondern handelt es sich um ein bloßes Versehen desselben.

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 Bezirksgerichtes Bischofszell vom 6. Mai 1889 sein Bewenden.

67. Arrêt du 29 Juin 1889, dans la cause Ochsenbein
contre Petitpierre.

Par arrêt du 6 Mai 1889, la Cour de Justice civile de Genève a prononcé comme suit dans la cause pendante entre parties :

La Cour admet l'appel formé contre les jugements rendus par le Tribunal civil les 11 Décembre 1888 et 26 Février 1889, réforme ces jugements et, statuant à nouveau, vu les art. 50, 51, al. 1, 55 C. O., condamne Ochsenbein à payer, avec intérêts dès ce jour, la somme de deux mille francs à Petitpierre à titre de dommages-intérêts; le condamne en outre aux dépens de première instance et d'appel, et ordonne l'insertion du présent jugement dans trois journaux paraissant à Genève, au choix de Petitpierre et aux frais d'Ochsenbein.

Le recourant a conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral, — attendu qu'aucun acte illicite n'a été commis, que les actes commis, en les supposant illicites, n'ont pas porté une grave atteinte à la situation personnelle de Petitpierre, et que les juges cantonaux, pas plus que Petitpierre, ne justifient d'aucun préjudice et ne fixent pas les bases qui ont servi à l'évaluation de l'arrêt, — réformer le dit arrêt et débouter Petitpierre de ses conclusions, avec dépens.

Le sieur Petitpierre a conclu au maintien de l'arrêt attaqué.

Statuant et considérant :

En fait :

1° Le 13 Mars 1888, la fille Marie Leroux fut conduite chez la femme Destral, tenant une maison de tolérance à Genève. Cette fille était porteur de papiers qui paraissaient réguliers et qui constataient qu'elle était Française, âgée de 23 ans. Elle déclarait qu'elle avait déjà séjourné en France dans trois établissements de prostitution. Quatre ou cinq jours après son arrivée, elle se présenta au dispensaire pour