

sämtlichen in diesen Artikeln übernommenen Verpflichtungen der Beklagten die Gegenleistung für die Überlieferung einer patentfähigen Erfindung bilden, so kann nicht zweifelhaft sein, daß mit der Feststellung der Nichterlangbarkeit des Patentes auch die in casu streitige Verpflichtung der Beklagten aus dem Grunde dahinfällt, weil der Kläger keine patentfähige Erfindung der Beklagten behündigt, also die ihm obliegende Leistung nicht gemacht hat, bezw. nicht zu gewähren in der Lage ist. Die Beklagte hat ausdrücklich behauptet und bezüglich Deutschland auch nachgewiesen, daß das Patent in den in Aussicht genommenen Patentländern nicht zu erlangen, bezw. für Deutschland von der zuständigen Behörde definitiv verweigert worden sei, und der Kläger hat die diesfälligen Behauptungen der Beklagten nicht bestritten, sondern stillschweigend anerkannt, so daß die Patentunfähigkeit der Erfindung prozessualisch feststeht.

4. Bei der Annahme, daß der Kläger zur Behündigung einer patentfähigen Erfindung verpflichtet gewesen sei, muß übrigens die Klage auch aus dem von der Vorinstanz angeführten Grunde abgewiesen werden. Die Vorinstanz stellt thatsächlich fest, daß das Rechtsgeschäft dem Zwecke habe dienen sollen, ein Patent für eine Ware zu erlangen, die man nicht fabriziere, unter dessen Schutz man aber verbotene Ware fabrizieren könne. Diese Feststellung ist nicht nur nicht aktenwidrig, sondern nach den aktenmäßigen Thatfachen des Prozesses vollauf zutreffend. Nun ist zwar richtig, daß die Ware, welche die Beklagte nach dem Vertrage fabrizieren sollte, im Inlande, in der Schweiz, nicht verboten, vielmehr der Beklagten völlig erlaubt ist, hier Kreosot und Gujacol-Karbonat nach dem von Handenschen Verfahren zu fabrizieren. Allein der Zweck des Rechtsgeschäfts war gerade, die nach diesem Verfahren erstellten Fabrikate in denjenigen Ländern in Verkehr zu bringen, in welchen das von Handensche Verfahren patentiert, und daher der Patentinhaber allein berechtigt ist, den Gegenstand der Erfindung herzustellen und zu verkaufen, und nun ist der Vorinstanz darin beizutreten, daß auch ein solcher Verstoß gegen fremde, im Inlande nicht geltende Gesetze angesichts der mit Treu und Glauben im Widerspruch stehenden Mittel zum Verstoß gegen die gute Sitte werde.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 10. Januar 1898 in allen Teilen bestätigt.

22. Urteil vom 5. März 1898

in Sachen Steiger gegen Geschwister Kilchenmann.

*Bürgschaft. — Nachbürgschaft für cedierte Forderung;  
Verhältniss zur Gewährleistungspflicht des Cedenten.*

A. Mit Urteil vom 8. Oktober 1897 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Der Beklagte, Jakob Steiger, ist mit seinen Beweisbeschwerden abgewiesen.

2. Über das erste Klagsbegehren ist nicht zu urteilen.

3. Der Beklagte ist mit seiner fristlichen Einrede abgewiesen.

4. Den Klägern, Geschwister Kilchenmann, ist das sub Ziff. 2 litt. b gestellte Klagsbegehren, soweit noch streitig, zugesprochen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Er stellt vor Bundesgericht die Anträge:

1. Die Klage sei, soweit sie den Beklagten betreffe, zur Zeit abzuweisen.

2. Eventuell sei die Klage abzuweisen.

3. Weiter eventuell sei sie insoweit abzuweisen, als mit derselben gegenüber dem Beklagten mehr als 55 % des im Nachlassverfahren des letztern geltend gemachten Betrages von 12,460 Fr. 85 Cts., nebst allfälligem Verzugszins, verlangt werde.

4. Ganz eventuell sei die Klage abzuweisen insoweit sie auf mehr gehe als auf 55 % von dem im Konkurs der Mathilde Keller-Burkhardt in Verlust geratenen Betrage in Kapital und Zinsen, nebst allfälligen Verzugszinsen.

Der Beklagte erneuert ferner sein vor der Vorinstanz gestelltes

Begehren auf Abänderung des Beweisentscheides, dahingehend, es sei über die in Art. 39 und 42 der Klagebeantwortung zum Beweise verstellten Thatsachen Beweis abzunehmen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Beklagten die schriftlich gestellten Berufungsanträge, in der Meinung, daß bei Gutheißung des Beweisergänzungsantrages die Akten an die Vorinstanz zurückzuweisen seien. Der Vertreter der Kläger trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urtheils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die heutigen Kläger, Geschwister Kilchenmann in Willadingen, hatten dem Notar Th. Hug in Burgdorf im Jahre 1892 12,000 Fr. zur Anlegung übergeben. Hug verwendete diese Summe zur Einlösung eines Kreditbrieves von 10,000 Fr. zu Gunsten der Eidg. Bank und einer Obligation von 2000 Fr. zu Gunsten eines J. J. Fischer-Schluep auf Wilhelm Keller-Burkhardt, Handelsmann in Burgdorf. Für beide Forderungen hatte sich die Ehefrau des Schuldners als Bürge und Selbstzahlerin verpflichtet. Hug trat die Forderungen, die ihm seinerseits von den bisherigen Gläubigern ohne Gewähr abgetreten wurden, am 15. November 1892 mit Gewähr an die Kläger ab. Durch Bürgschaftsverpflichtung vom 22. November 1892 verpflichteten sich sodann neben vier andern Personen sowohl Notar Hug, als der heutige Beklagte, Jakob Steiger, Handelsmann in Burgdorf, für diese beiden Forderungen den Klägern gegenüber als Nachbürgen der Ehefrau Keller. Die betreffende Bürgschaftsverpflichtung hat folgenden Wortlaut, aus welchem zugleich die übrigen relevanten Thatsachen ersichtlich sind: „W. Keller-Burkhardt, Handelsmann in Burgdorf, schuldet den Geschwistern . . . Kilchenmann . . . a. laut Kreditbrief vom 16. Hornung 1884 10,000 Fr. und b. laut Obligation vom 28. März 1888 2000 Fr., verzinslich seit 15. November 1892 an à 4 0/0, nach 3 Monat à 4 1/2 0/0 und wenn zwei Zinse zusammen in Ausstand kommen sollten, à 5 0/0. Dafür haftet bereits nach solothurnischem Zivilgesetzbuch (Art. 1341) und bern. Zivilgesetzbuch (Art. 4) die Ehefrau des Schuldners . . . als Bürge und Selbstzahlerin. Gemäß Art. 497 D.-R. treten nun den genannten Ver-

bindlichkeiten des Schuldners solidarisch mit demselben sowohl, wie unter sich, für Kapital, Zinse und Folgen als Nachbürgen bei die hienach Unterzeichneten, mit der Verpflichtung, den Gläubigern alles dasjenige zu ersetzen und zu vergüten, was beim Schuldner oder dessen Ehefrau, als Vorbürgin unerhältlich wäre. . . .“ Am 6. März 1894 wurde über Keller-Burkhardt der Konkurs eröffnet; in demselben wurden von den Klägern die beiden Forderungen nebst Zins und Prozeßkosten eingereicht im Gesamtbetrage von 12,711 Fr. 50 Cts.; sie wurden nicht bestritten, kamen aber gänzlich zu Verlust. Ebenso blieb ihre in dem am 7. Mai 1894 eröffneten Konkurse der Frau Keller eingegebene Forderung von nunmehr 12,871 Fr. 45 gänzlich ungedeckt. Auf die gegen sämtliche „Nachbürgen“ für den zu Verlust gekommenen Betrag nebst Kosten erhobene Betreibung erfolgte theils Rechtsvorschlag, wie von Seite Hugs und des heutigen Beklagten, theils blieb die Betreibung erfolglos. Der Beklagte hatte inzwischen mit seinen Kurrent-Gläubigern einen am 20. März 1894 gerichtlich genehmigten Nachlaßvertrag abgeschlossen, wonach er ihnen 55 0/0 ihrer Forderungen zu zahlen hatte. Mit Klage vom 28./29. Februar 1896 stellten nun die Kläger gegen Hug und den heutigen Beklagten Steiger die Rechtsbegehren: „1. Die beiden Beklagten seien gegenüber den Klägern grundsätzlich solidarisch haftbar zu erklären für die durch Zahlungsbefehl vom 25. Juni 1895 geforderten, aber bestrittenen 12,000 Fr. nebst Zins und Folgen, unter Kostenfolge. 2. Es seien daher schuldig, den Klägern zu bezahlen: a. Der Beklagte Th. Hug den vollen Betrag der bestrittenen Forderung der 12,000 Fr. nebst Zins davon seit 16. November 1892 à 5 0/0 und Folgen, unter Kostenfolge. b. Der Beklagte Jakob Steiger 55 0/0 der sub a eingeklagten Forderung von 12,000 Fr., nebst entsprechendem Anteil Zins und Folgen, unter Kostenfolge.“ Die Forderung setzt sich zusammen aus: 1. 10,000 Fr. Kapital nebst Zins hievon zu 5 0/0 seit 16. November 1892; 2. 2000 Fr. und Zins hievon zu 5 0/0 seit 16. November 1892; 3. den gegenüber den Eheleuten Keller-Burkhardt ergangenen Betreibungs- und Eingabekosten im Betrage von 160 Fr. 50 Cts. nebst Zins hievon zu 5 0/0 seit 25. Juni 1895. Auf den Zuspruch der letztern haben die Kläger indessen

im Laufe des Prozesses verzichtet. Der Beklagte Steiger, dem gestattet wurde, sich selbständig zu verteidigen, stellte vor den kantonalen Instanzen die aus Fakt. B ersichtlichen Anträge. Die Begründung derselben, sowie des in Fakt. A mitgetheilten vorinstanzlichen Urtheils, ist den nachfolgenden Erwägungen zu entnehmen.

2. Der Beklagte begründet seinen Hauptantrag auf Abweisung der Klage zur Zeit in erster Linie damit, nach dem Inhalte der Bürgschaftsverpflichtung vom 22. November 1892 könne er, als Nachbürge, erst belangt werden, wenn sowohl der Hauptschuldner als der Vorbürge (Frau Keller) fruchtlos ausgeklagt worden seien; diese Voraussetzung treffe nun nicht zu, denn (der Ehefrau Keller sei von deren am 9. Januar 1894 verstorbenen Mutter ein Erbe angefallen und dieses Erbe, das auf den Ehemann Keller übergegangen sei, müsse von den Klägern liquidiert werden, bevor sie auf die Nachbürgen greifen. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob die der Bürgschaftserklärung vom Beklagten gegebene Auslegung die richtige sei und nicht vielmehr mit der Vorinstanz angenommen werden müsse, die Nachbürgen haben sich solidarisch mit dem Hauptschuldner und den Vorbürgern verpflichtet; denn auch wenn die Auslegung des Beklagten zu Grunde gelegt wird, sind die Voraussetzungen des Anspruches gegen ihn gegeben. Sein Einwand nämlich, Hauptschuldner und Vorbürge haben zur Zeit der Konkursöffnung noch Vermögen, das nicht liquidiert worden sei, besessen, hält nicht Stich. Unbestrittene Thatsache ist, daß über Hauptschuldner und Vorbürgern der Konkurs eröffnet worden ist; diese Thatsache aber genügt, wie die Konkursöffnung über den Hauptschuldner zur Belangung des einfachen Bürgen (vgl. Hafner, Comment. z. Obligationenrecht, 2. Aufl., Art. 493 Anm. 5; Schneider u. Fick, Comment. z. Obligationenrecht, große Ausgabe, Art. 493, Anm. 3), zur Klagbarkeit des Anspruches gegen den Nachbürgen (vgl. Hafner a. a. O. Anm. 3 b).

3. In zweiter Linie nimmt der Beklagte den Standpunkt ein, es könne aus seiner Nachbürgschaft nicht gegen ihn geklagt werden, bevor die Klage gegen Hug als gewährspflichtigen Cedenten der verbürgten Forderung durchgeführt sei. Der Vorinstanz ist nun vor allem darin beizustimmen, daß das Gewährleistungs-

versprechen des Cedenten nicht als Bürgschaft, sondern als selbständige Verpflichtung aufzufassen ist, wie dies das Bundesgericht in seinem Urtheile vom 13. Februar 1898 in Sachen Frei-Wahlgi gegen Kräzer \*) des nähern ausgeführt hat. Der vom Beklagten aufgestellte Satz sodann, der Bürge einer mit Gewährleistung cedierten Forderung könne erst dann belangt werden, wenn der Cedent erfolglos ausgeklagt worden sei, ist in dieser Allgemeinheit entschieden unrichtig; bezieht sich doch die Gewährleistung in der Regel auf die ganze Forderung mit allen ihren Sicherheiten, wie denn auch in casu der Cedent Hug gerade auch für die Zahlungsfähigkeit der Vorbürgin Frau Keller zugestandenermaßen gewährleistet hat; regelmäßig wird dann, wenn die Bürgschaft vor der Cession eingegangen wurde, der Bürge vor dem Cedenten belangt werden müssen. In casu ist nun allerdings die Bürgschaft des Beklagten erst nach der Cession erfolgt; allein wie so daraus ein Recht des Bürgen, die Einrede der Vorausklage des Cedenten zu erheben, abgeleitet werden könnte, ist unerfindlich. Dagegen könnte der Standpunkt des Beklagten allerdings dann als richtig erscheinen, wenn spezielle Vereinbarungen in dem von ihm behaupteten Sinne getroffen worden wären. Dies behauptet nun der Beklagte gerade. Allein zunächst ist, wie die Vorinstanz mit Recht bemerkt, in der Verteidigung mit keinem Worte angedeutet, daß der Beklagte von den behaupteten Vorgängen irgendwelche Kenntniß gehabt habe; und sodann könnte einer solchen Vereinbarung gegenüber dem Wortlaute der Bürgschaftsverpflichtung eine Bedeutung nicht beigemessen werden. Endlich erschiene eine solche Vereinbarung in casu geradezu als widersinnig angesichts des Umstandes, daß der Cedent Hug selber mit dem Beklagten zusammen sich als Nachbürge verpflichtet hat. Aus diesen Gründen sind denn auch die heute wiederholten Beweisangebote des Beklagten als durchaus unerheblich zu bezeichnen.

4. Hat sich der Beklagte sonach auf die Klage zur Zeit einzulassen, so ist dieselbe auch gutzuheißen, da der Beklagte materiell lediglich die zur Begründung seiner nichteinlässlichen Antwort vorgebrachten Einreden erneuert. Über den Umfang der Ver-

\*) Siehe oben No 16.

pflichtung des Beklagten aber kann alsdann nach dem klaren Wortlaute seiner Bürgschaftsverpflichtung kein Zweifel bestehen und es ist daher das vorinstanzliche Urteil, welches diesen Umfang in richtiger Weise festgesetzt hat, zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 8. Oktober 1897 in allen Teilen bestätigt.

23. Urteil vom 18. März 1898 in Sachen  
L. Durand, Huguenin & Cie. gegen d'Andiran-Köchlin.

*Kollektivgesellschaft. — Anspruch des einen Gesellschafters gegen den andern auf Participation am Verluste eines Geschäftsjahres. Vertragswillen; That- oder Rechtsfrage?*

A. Durch Urteil vom 24. Januar 1898 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt, unter Auferlegung der ordentlichen und außerordentlichen Kosten an die Kläger, das erstinstanzliche Urteil bestätigt, welches lautet:

Der Beklagte wird bei seiner Anerkennung von 897 Fr. 80 Cts. behaftet, und zur Zahlung von weiteren 36,279 Fr. 77 Cts. samt Zins zu 5 % hievon seit 31. Dezember 1894 und ab 897 Fr. 80 Cts. seit 31. Oktober 1896 an die Kläger verurteilt.

B. Gegen das Urteil des Appellationsgerichts haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, und den Antrag gestellt, es sei der Beklagte zur Zahlung seines Anteils am Verluste des Geschäftsjahres 1895 mit 41,719 Fr. 64 Cts., val. 31. Dezember 1895, samt Zins seit 31. Dezember 1895, zu verfallen; die Mehrforderung der Kläger sei durch Zahlung des Beklagten getilgt.

C. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Berufungskläger seinen schriftlich gestellten Abänderungsantrag, mit der Bemerkung, die Gegenpartei habe ihren Anteil

am Verlust vom Jahre 1894 und das für dieses Jahr infolge einer unrichtigen Abrechnung zu viel bezogene samt Zinsen seit der zweitinstanzlichen Verhandlung an die Kläger bezahlt. Der Anwalt des Berufungsbeklagten beantragt Verwerfung des gegnerischen Berufungsantrages und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte d'Andiran war am 7. Juli 1888 als Anteilhaber in die von seinen beiden Schwägern, Louis Durand und Eduard Huguenin, gebildete Kollektivgesellschaft eingetreten, welche sich in Basel, Hünningen und St. Fous mit der Herstellung chemischer Produkte beschäftigte. Laut dem Gesellschaftsvertrag war der Beklagte zu  $\frac{1}{3}$  an Gewinn und Verlust beteiligt. Im September 1895 führte eine kurze briefliche Auseinandersetzung den Austritt des Beklagten herbei, welche er mit Huguenin aus Anlaß der kurz zuvor ohne sein Einverständnis erfolgten Entlassung eines Direktors gepflogen hatte. In einem am 23. September 1895 an Huguenin gerichteten Schreiben beschwerte sich der Beklagte über diese Entlassung, und kam dann darauf zu sprechen, daß Durand überall erklärt habe, der Beklagte habe in St. Fous nichts zu schaffen, übrigens werde er ihm, wenn er wolle, sein bescheidenes Guthaben in der Firma L. Durand, Huguenin & Cie. zurückerstatten. Hieran knüpfte der Beklagte die Bemerkung: « Eh bien, je viens vous dire franchement: mettez-vous d'accord, désintéressez-moi et je tournerai les talons. » In seinem Antwortschreiben vom 26. September 1895 erwiderte Huguenin hierauf u. A.: « ... il n'est pas » possible que tu ignores réellement les griefs que t'impute » Durand, et par conséquent vous ne pouvez plus vous en » tendre et demeurer associés. Je viens donc te remercier » de la décision que tu as prise en nous offrant de te retirer » et te dire que Durand et moi acceptons ton offre de » retraite. Il vaut mieux, en effet, comme tu le dis toi-même, » ne pas se faire mauvais visage et mauvais sang et tout » en regrettant sincèrement que notre union n'ait pu avoir » une plus longue durée, je pense que tu as pris le parti le » plus sage et le plus judicieux en décidant ta retraite. » Voici, d'accord avec Durand, les conditions pécuniaires