

zuwenden (so § 53 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches). Danach hat aber der Beklagte Widmer in Notwehr gehandelt, da er den unzweifelhaft rechtswidrigen Angriff der Hüsler und der Brunner von Bühmann abwenden wollte. Fraglich könnte nur sein, ob er sich nicht eine Überschreitung der Notwehr habe zu schulden kommen lassen, indem eine maßvollere Verteidigung auch genügt hätte. Bei Bejahung dieser Frage wäre grundsätzlich seine Schadenersatzpflicht wieder hergestellt. Allein diese Frage kann unentschieden gelassen werden, da dem Kläger Brunner trotzdem deshalb nichts zuzusprechen wäre, weil ihm, als Mitangreifer, jedenfalls ein größeres Verschulden zur Last fällt, als dem Beklagten Widmer, so daß in Anwendung der dem Richter in Art. 51 Abs. 2 O.-R. eingeräumten Befugnis der Verlezer von der Ersatzpflicht unter allen Umständen zu entbinden wäre.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### 5. Urteil vom 4. Februar 1899

in Sachen Wirth gegen Bischofberger und Konforten.

*Bürgschaft. Aufhebung durch Uebereinkunft. Art. 140 O.-R.?*

A. Durch Urteil vom 17. November 1898 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt:

1. Die Klage ist in dem Sinne geschützt,

a. daß die von den beiden Beklagten am 17. Januar 1895 übernommene Solidar- und Selbstzahlerbürgschaft (für den Betrag von ursprünglich 15,000 Fr.) jetzt noch für 13,000 Fr. plus Zinsen (Art. 499 Abs. 3 O.-R.) fortbesteht;

b. daß die beiden Beklagten jedoch aus diesem Betrag jeweilen nur für die fälligen Termine samt Zinsen einzustehen, bezw. solche zu bezahlen haben.

2. Mit den weiter gehenden Begehren ist der Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Wirth rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrage: es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils zu erkennen: daß die streitige Solidar- und Selbstzahlerbürgschaft vom 17. Januar 1895 ihm gegenüber nicht zu Recht bestehe.

C. Der Beklagte Fager teilt mit Eingabe vom 2. Februar 1899 mit, daß er davon Umgang nehme, an der Verhandlung vor Bundesgericht teilzunehmen, nachdem der Kläger Bischofberger den von ihm in seiner ersten Prozeßeingabe und in der Prozeßverhandlung vor Kantonsgericht eingenommenen Rechtsstandpunkt, wonach er im unerwarteten Falle der Entlassung des Mitbürgen Wirth aus der Bürgschaft nur für die Hälfte zu haften hätte, mit schriftlicher Erklärung vom 2. Februar 1899 anerkannt habe.

D. In der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter des Beklagten Wirth, es sei die Berufung gutzuheißen. Der Anwalt des Klägers trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 12./17. Januar 1895 kaufte Metzger Josef Gut in St. Gallen von Metzger Joh. Otto Wegelin daselbst die Liegenschaft zum „goldenen Köpfe“ in St. Gallen um den Preis von 89,000 Fr. Unter den auf der Liegenschaft haftenden und vom Käufer zu übernehmenden Forderungen befand sich als letzte ein Terminbrief von 15,000 Fr. zu Gunsten des heutigen Klägers Bischofberger, verzinslich zu  $4\frac{1}{2}\%$ , Zinsfall Jakobi; an diesen Titel waren je auf Jakobi jährlich 1000 Fr. abzubezahlen, das erste Mal Jakobi 1896. Nach Ziffer 5 der „Kauf- und Zahlungsbedingungen“ hatte Gut für diesen Titel „eigene Bürgen zu stellen und den Verkäufer und seine bisherigen Bürgen davon zu entlasten.“ In Ausführung dieser Bestimmung verbürgten sich die beiden heutigen Beklagten Wirth und Fager mit Bürgschein vom 17. Januar 1895 dem Kläger als Bürgen und Selbstzahler für den Termintitel von 15,000 Fr. Gut zahlte die zwei ersten Abzahlungsraten, befand sich jedoch bald in finanziellen Schwierigkeiten. Infolgedessen kündigte Wirth mit „Amtsanzeige“ vom 30. Januar 1896 dem Kläger die Bürgschaft „im Betrage von 10,000 Fr. gemäß O.-R. auf 6 Wochen à dato.“ Tags darauf

forderte der Kläger den Gut durch Rechtsbot auf, binnen 6 Wochen einen annehmbaren Ersatzbürgen zu stellen, da Wirth die Bürgschaft „auf diesen Termin gemäß D.-R.“ gekündigt habe. Am 20. Juni 1898 wurde über Gut der Konkurs eröffnet; der Kläger wurde darin mit seiner Forderung von 13,520 Fr. (wovon 520 Fr. Zinse) kolloziert; er wahrte sich dabei alle seine Rechte gegen die Bürgen, und teilte ihnen dies mit. Der Beklagte Wirth bestritt mit Zuschrift vom 6. Juli 1898, noch haftbar zu sein, da er entlassen worden sei; der Beklagte Fager teilte dem Kläger mit Brief vom 3. August gl. Jahres mit, er habe erst kürzlich erfahren, Wirth habe seine Bürgschaft gekündet und der Kläger diese Kündigung angenommen; wenn dies richtig sein sollte, müsse er, Fager, jede Haftbarkeit für einen auf jenen Titel sich ergebenden Ausfall ablehnen und dem Kläger die Wahrung seiner Interessen überlassen. Der Kläger antwortete am 6. August 1898, er halte sich in erster Linie an Fager; zudem bestreite er, die, übrigens unstatthafte, Kündigung des Wirth angenommen zu haben. Gegen einen Zahlungsbefehl vom 11. September 1898 für 13,520 Fr. schlug Fager Recht vor, worauf der Kläger gegen ihn Klage auf Anerkennung der Bürgschaft und Bezahlung des Betrages derselben erhob; diese Klage dehnte er in der Folge auch auf den Beklagten Wirth aus. Zu bemerken ist, daß über die Liegenschaft zum „goldenen Korb“ vor der Klageanhebung eine erste Steigerung stattgefunden hatte, die aber ein ungenügendes Resultat ergab.

2. Der Beklagte Wirth — der einzig als Berufungskläger erscheint — begründet seinen Antrag auf Abweisung der Klage damit, der Kläger habe die — an sich unzulässige — Kündigung vom 30. Januar 1896 angenommen und ihn damit aus der Bürgschaft entlassen; er behauptet somit, die Bürgschaft sei, soweit sie ihn betreffe, durch Übereinkunft (Art. 140 D.-R.) aufgehoben worden. Bei Prüfung dieses Standpunktes ist zunächst klar — was auch der Beklagte selber zugiebt, — daß dem schweizerischen Obligationenrecht, in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht (vgl. auch deutsches B.-G.-B., § 776 f.), eine einseitige Kündigung der Bürgschaft durch den Bürgen unbekannt ist, wie dies denn auch ihrem Wesen als Vertrag entspricht.

Dagegen kann sie allerdings, unter Wahrung der Rechte allfälliger Mitbürgen, durch Übereinkunft zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger, aufgehoben werden, und gerade eine solche Aufhebung behauptet der Beklagte; diese Übereinkunft will er folgern zunächst aus der Thatsache des Stillschweigens des Klägers auf die Anzeige der Kündigung der Bürgschaft, und sodann aus dem Inhalte des Rechtsbotes an den Hauptschuldner Gut. Allein jenes Stillschweigen kann an sich durchaus nicht als Zustimmung zu der Kündigung, als Annahme derselben, angesehen werden; dies schon deshalb nicht, weil die Kündigung, wie gesagt, gesetzlich unzulässig war und daher keine rechtliche Wirkung haben konnte, und ein Stillschweigen auf derartige rechtlich völlig irrelevante Anzeigen nicht als Zustimmung zu denselben angesehen werden kann, da eine Rechtspflicht, sie zu beantworten, nicht besteht (vgl. Regelsberger, Pandekten, I, S. 505). Dazu kommt, daß es sich bei der Entlassung des Beklagten aus der Bürgschaft für den Kläger nicht um den Erwerb eines Rechtes handelte, sondern um die Aufgabe eines schon bestehenden; hiezu wäre aber ein Verzicht notwendig gewesen, und ein solcher darf nach bekanntem Rechtsgrundsatz nicht vermutet werden. Gegen die Annahme eines Verzichtes spricht nun entscheidend der Umstand, daß der Bürgschein nach wie vor in Händen des Klägers blieb, ohne daß dem Beklagten Wirth eine schriftliche Erklärung, er sei entlassen, zugestellt wurde. Zwar konnte der Bürgschein als solcher dem Beklagten Wirth nicht wohl zurückgegeben werden, da auf demselben auch der Beklagte Fager als Bürge gezeichnet hatte und dieser jedenfalls noch weiter haftete; allein die Parteien hätten sicherlich, wenn der Beklagte Wirth wirklich entlassen worden wäre, zur Sicherung der Rechtsbeziehungen darüber eine Urkunde ausgestellt. Überdies wäre eine Entlassung des Beklagten Wirth ohne Mitteilung an den Mitbürgen Fager wohl kaum erfolgt, so daß der Umstand, daß diesem keine Mitteilung gemacht wurde, wiederum gegen die Annahme der Entlassung spricht. Würde übrigens das Stillschweigen des Klägers an sich als Annahme der Kündigung zu betrachten sein, was, wie gezeigt, nicht der Fall ist, so könnte doch die Klage gegenüber dem Beklagten Wirth noch nicht ohne weiteres abgewiesen werden, viel-

mehr müßte zuerst der vom Kläger anerbundene Beweis dafür, daß der Beklagte Wirth innert der 6 Wochen nach der Kündigung sich mit dem Kläger dahin geeinigt habe, es verbleibe alles beim alten, abgenommen werden, da bei Richtigkeit dieser Behauptung die Kündigung und deren Annahme ohne jede rechtliche Wirkung wären. Was sodann das Rechtsbot an den Hauptschuldner Gut betrifft, so kann dahingestellt bleiben, ob es aus der rechtsirrtümlichen Auffassung des Klägers, die Kündigung sei gültig, geschlossen sei; jedenfalls stellt diese Anzeige an den Hauptschuldner nicht eine Willenserklärung an den Beklagten Wirth dar und war danach die Entlassung des letztern zudem an eine Bedingung geknüpft, die nicht eingetreten ist, so daß deshalb Wirth daraus für sich nichts herleiten kann.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 17. November 1898 in allen Teilen bestätigt.

6. Urteil vom 10. Februar 1899 in Sachen  
Aktiengesellschaft „Bibliograph. Art. Institut Zürich“  
gegen

Aktiengesellschaft „Art. Institut Drell Füssli.“

*Art 873 und 876 O.-R.: Deutliche Unterscheidbarkeit zweier  
Firmen von Aktiengesellschaften.*

A. Durch Urteil vom 14. Oktober 1898 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagten wird der Gebrauch der Bezeichnung „Art. Institut“ in ihrer Firma untersagt; dieselbe ist verpflichtet, diese Bezeichnung im Handelsregister löschen zu lassen und demgemäß ihre Firma zu ändern.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in

richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrage: Die Klage sei gänzlich abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter der Beklagten diesen Antrag.

Der Vertreter der Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin, Aktiengesellschaft „Art. Institut Drell Füssli“, wurde im Jahre 1890 in Zürich gegründet zum Zwecke der Übernahme und des Betriebes der graphisch-artistischen Anstalten und der Verlagsbuchhandlung der seit Ende des vorigen Jahrhunderts in Zürich bestehenden Handels- (Kollektiv-) Gesellschaft Drell Füssli & Cie. Die Eintragung in das Handelsregister Zürich erfolgte am 22. Oktober 1890. Im Jahre 1894 begann der Inhaber einer in Zürich bestehenden Verlagsbuchhandlung J. A. Preuß ebenfalls die Bezeichnung „Art. Institut“, „artistisches Institut“ für sein Geschäft und seine Publikationen zu gebrauchen, während er früher etwa seiner Firma die Worte „Art. Anstalt“ beigefügt hatte. Er gab jedoch vor Friedensrichteramte die Erklärung ab, sich dieser Worte nicht mehr zu bedienen, als die Klägerin wegen dieses Zusatzes Klage gegen ihn eingeleitet hatte. In der Folge bediente sich dann die Firma J. A. Preuß des Zusatzes „Art. Etablissement“, und änderte im Jahre 1897 ihre Firma ab in „J. A. Preuß, Art. Etablissement“; als Natur des Geschäftes wurde „Verlagsbuchhandlung und artistisches Etablissement“ angegeben. Im Juli 1898 erwarb dann die beklagte Aktiengesellschaft, deren Firma lautet: „Bibliograph. Art. Institut Zürich A.-G.“, das bisherige Etablissement J. A. Preuß; die genannte Firma wurde am 13. Juli 1898 in das Handelsregister Zürich eingetragen. Die Klägerin erblickte nun in der Verwendung der Worte „Art. Institut Zürich“ durch die Beklagte eine Verletzung ihres Firmenrechtes und erhob daher Klage mit dem Begehren, der Beklagten sei jeder geschäftliche Gebrauch dieser Worte, insbesondere in der Firma, gänzlich zu verbieten und es sei der diesbezügliche Eintrag im Handelsregister Zürich zu löschen. Zur Begründung der Klage führte sie im wesentlichen aus: Die Bezeichnung „Art. Institut“ sei von ihr zuerst im