

Austritt angefangen hat, der Beklagten energisch und rücksichtslos Konkurrenz zu machen und ihr durch Preisunterbietung Kundschaft zu entziehen, wie das die in ganz kurzer Zeit ausgeführten vielen Lieferungen zeigen. Hierbei muß es ihm nach der ganzen Sachlage wesentlich darum zu tun gewesen sein, durch Aufbietung aller seiner Hilfsmittel das Kartell der Beklagten zu sprengen. Ob der nachweisbare Vermögensschaden (durch Entgang von Lieferungen usw.) die Höhe des Strafbetrages ganz oder annähernd erreiche, besitzt nur nebensächliche Bedeutung; denn das durch die Strafe geschützte Erfüllungsinteresse der Beklagten ist ein allgemeineres; es geht vor allem dahin, daß der Verband nicht durch Konkurrenzhandlungen in seinem innern Zusammenhange und seiner Aktionsfähigkeit nach außen bedroht werde. Würdigt man aber das Zuwiderhandeln des Klägers gegen das Verbot in diesem Sinne, so läßt sich seine Schwere nicht verkennen. Der Kläger kann auch nicht geltend machen, er habe sich in guten Treuen durch die Weigerung des Verwaltungsrates, den Vertrag zu genehmigen, in seinen Rechten verletzt halten dürfen. Das entschuldigt sein schroffes und feindseliges Verhalten gegenüber der Gesellschaft noch nicht, umsoweniger, als nach den Akten deren Organe sich zu einem Entgegenkommen bereit gezeigt hatten, der Kläger aber dadurch, daß er der Einladung zu der vorgeschlagenen Besprechung keine Folge leistete, eine gütliche Erledigung verunmöglichte. Daß, wie heute noch geltend gemacht wurde, infolge des über den Kläger erkannten Konkurses die Strafsumme nun tatsächlich auf Kosten der Gläubiger zu bezahlen ist, vermag das Recht der Beklagten auf eine der Vertragsverletzung entsprechende Bemessung der Strafe nicht zu beeinträchtigen. Nach alledem ist also das richterliche Ermäßigungsrecht, mit dessen Ausübung es nicht zu leicht genommen werden darf (US 21 S. 645; Oser, Kommentar, Art. 163 3a), hier nicht am Platze und ebensowenig kann zu einer Herabsetzung der Strafe unter das Maximum die Erwägung führen, daß der Strafbetrag vertraglich kein einheitlicher und fester ist, sondern sich innerhalb der Summen von 57,700 Fr. und 288,500 hält und einer besondern Bestimmung bedarf.

8. — Die Forderung von 22,000 Fr. wegen Verletzung der in § 3 des Vertrages aufgestellten Lieferungsspflicht ist heute

nicht mehr bestritten worden, soweit es sich lediglich um die Anwendung dieser Bestimmung auf den gegebenen anerkannten Tatbestand (Verweigerung der Ausführung von 22 Bestellungen) handelt. Soweit aber auch hier auf die Ungültigkeit des gesamten Vertragsverhältnisses oder die Berechtigung zum Vertragsrücktritte abgestellt wird, erlebzt sich dieser Streitpunkt durch die frühern Ausführungen (Erwägungen 3 und 4).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung und die Anschlußberufung werden abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. März 1913 wird in allen Teilen bestätigt.

46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juni 1913
in Sachen **Girsberger**, Bekl. u. Ber.-Kl.,
gegen **Gewerbekasse Bern A.-G.**, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Bürgerschaft. Einseitige Kündigung durch den Bürgen ausgeschlossen.
Mahnung zur Kündigung an den Hauptschuldner nach Art. 503
Abs. 2 aOR. Entlassung des Bürgen durch den Gläubiger verneint.*

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Mit Urteil vom 4. Februar 1913 hat die I. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern erkannt:

„Der Klägerin ist ihr Klagsbegehren zugesprochen im Betrage von 4920 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 18. Juli 1911 und 1 Fr. 50 Betreibungskosten; soweit weitergehend, ist die Klägerin damit abgewiesen.“

B. — Gegen dieses den Parteien am 7./8. April 1913 zugestellte Urteil hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten diesen Antrag erneuert und begründet. Der Vertreter der

Klägerin hat beantragt, es sei die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen; —

in Erwägung:

1. — Mit „Kreditbrief“ vom 28. Januar 1907 eröffnete die Klägerin der Kommanditgesellschaft Girzberger & Cie., Hemdenfabrik in Bern, einen Kredit bis auf 8000 Fr., hiefür verpflichteten sich laut dem nämlichen Akt der Beklagte und sein Bruder Paul Girzberger-Wolz als Solidarbürgen, „mit Verzichtleistung „auf die Bestimmungen der Art. 499 Abs. 3 und 510 OR und „303 SchRG, soweit solche dem Gläubiger Verpflichtungen auf- „erlegen“ und mit der Verpflichtung, allfällige Eingaben in ein „amtliches Güterverzeichnis, in einen Konkurs oder sonstige Liquidationen der Kreditschuldnerin selbst zu besorgen.“

Am 13. November 1908 verlangte die Klägerin vom Beklagten Bezahlung ihrer Auslagen zur Umwandlung des Geschäftes des Beklagten in eine Aktiengesellschaft, im Betrage von 200 Fr. In seiner Antwort vom 22. gleichen Monats ersuchte der Beklagte um Aufschluß, wie es sich mit dem Gerücht verhalte, die Klägerin habe die Bürgschaft gekündet, weil sie ihn nicht mehr für solvent halte. Die Klägerin verweigerte jede Auskunft bis nach Bezahlung der 200 Fr. und drohte dem Beklagten mit Publikation seines Namens unter den dubiosen Posten. Am 31. Januar 1909 sandte der Beklagte der Klägerin zwei Schecks über je 100 Fr. und bemerkte: „Was meine Bürgschaft gegenüber dem Hause Girzberger & Cie. anbelangt, nehme ich solche als erloschen an, da „Sie außer Stande waren, mir, wie Sie verpflichtet gewesen, „genaue Auskunft zu erteilen. Ich gebe Ihnen bis längstens am „1. Mai Zeit, mich vollständig zu entlassen.“ Die Klägerin erwiderte mit Brief vom 1. Februar 1909: „Sie haften so lange „solidarisch mit dem andern Bürgen für die ganze Kreditsumme „von 8000 Fr., bis Sie aus dem Haftverband entlassen werden. „Wir betrachten daher Ihre bez. Zuschrist als regelrechte Kündigung. Fraglicher Kredit soll auf 4000 Fr. reduziert werden, und „wenn eine uns zu diesem Behufe abgetretene Forderung Eingang „findet oder Ihre Bürgschaft ersetzt wird, wollen wir Sie benach- „richtigen, eventuell aus dem Haftverband entlassen.“

Die Reduktion des Kredites auf 4000 Fr. erfolgte auf den

1. Januar 1910 durch Abtretung einer Forderung der Kreditschuldnerin an die Klägerin. Am 6. gleichen Monats antwortete die Klägerin dem Beklagten auf eine mündliche Anfrage, daß die Frage seiner Entlassung als Bürgen für den reduzierten Kredit dem Verwaltungsrat in seiner nächsten Sitzung unterbreitet werde. Am 17. Januar 1911 kündigte die Klägerin der Hauptschuldnerin den Kredit zur Rückzahlung auf den 28. Februar gleichen Jahres und am 9. Februar 1911 auch dem Beklagten gegenüber, ebenfalls auf 6 Wochen, im Saldobetrag von 4756 Fr. Der Beklagte antwortete am 10. Februar 1911: „Ich bestätige den Empfang „Ihres Chargebriefes von gestern und ersuche Sie höflich, mir „umgehend detaillierten Buchauszug zu übermitteln, damit ich meine „Rechte im amtlichen Güterverzeichnis wahren kann.“ Im Dezember 1910 war nämlich der unbeschränkt haftende Gesellschafter der Gesellschaft Girzberger & Cie. gestorben. Die Klägerin teilte dem Beklagten mit, daß sie die Eingabe in das amtliche Güterverzeichnis bereits besorgt habe. Am 19. April 1911 mahnte sie den Beklagten zur Rückzahlung des Kredites, da die Frist abgelaufen sei. Am 18. Juli 1911 fiel die Firma Girzberger & Cie. in Konkurs; auf diesen Tag schloß der Kredit laut Kontokorrentauszug mit 4920 Fr. ab. Dieser Saldo wurde im Konkurs eingegeben und auch vom Beklagten gefordert, jedoch ohne Erfolg. Gegen die von der Klägerin eingeleitete Betreibung erhob der Beklagte Rechtsvorschlag. Hierauf strengte die Klägerin die vorliegende Klage auf Bezahlung von 4920 Fr. nebst Zins zu 6 % seit 18. Juli 1911 und den Betreibungskosten durch den Beklagten an. Dieser beantragte Abweisung der Klage. Der Appellationshof des Kantons Bern schützte die Klage und ermäßigte lediglich den Zinsfuß auf 5 %.

2. — Die einzige von der Berufung aufgeworfene Frage ist die, ob die regelrecht zustande gekommene Bürgschaft erloschen sei. Der Beklagte behauptet, die Klägerin habe ihn aus der Bürgschaft rechtsgültig entlassen und er sei auch deshalb befreit, weil die Klägerin unterlassen habe, nach Art. 503 Abs. 2 aOR den Kredit aufzukündigen und die Forderung hernach auf dem Rechtsweg gegen die Hauptschuldnerin geltend zu machen, obschon die Klägerin die Verpflichtung übernommen hatte, in diesem Sinne vorzugehen.

Nach beiden Richtungen handelt es sich im wesentlichen um Auslegung des Parteiwillens, insbesondere der Zuschriften des Beklagten vom 31. Januar 1909 und der Klägerin vom 1. Februar 1909, sowie des Verhaltens des Beklagten gegenüber der am 9. Februar 1911 erfolgten Kündigung der Bürgschaft durch die Klägerin.

3. — Der Beklagte hat in jenem Brief vom 31. Januar 1909 geschrieben, er nehme die Bürgschaft als „erlöschen“ an; er hat ferner der Klägerin bis zum 1. Mai 1909 Frist gesetzt, um ihn „vollständig zu entlassen“. Daß in dieser Stellungnahme des Beklagten keine Mahnung zur Kündigung an die Hauptschuldnerin nach Art. 503 Abs. 2 aOM lag, kann einem Zweifel nicht unterliegen und bedarf weiterer Ausführungen nicht. Sodann ist feststehende Rechtsprechung, daß eine Bürgschaft vom Bürgen dem Gläubiger gegenüber nicht einseitig gekündigt werden kann. Art. 503 gewährt ein solches Kündigungsrecht nicht (vergl. BGE 20 S. 179 f.). Und auch aus den allgemeinen Grundsätzen über die Bürgschaft folgt es keineswegs, sondern es ergibt sich daraus das Gegenteil (BGE 25 II S. 32). Die Expertenkommission für die Revision des OM hat denn auch als notwendig befunden, für die Amts- und die Dienstbürgschaft ein derartiges Kündigungsrecht besonders zu gewähren. Vergl. Art. 1560 bis des Entwurfs der Expertenkommission, der als Art. 504 in das revidierte Gesetz aufgenommen wurde, ferner Huber, in Sten. Bull. 1910 S. 358. Also kommt dem Schreiben des Beklagten vom 31. Januar 1909 allein rechtliche Bedeutung nicht zu und es kann eine solche nur gewinnen durch das darauf folgende Verhalten der Klägerin.

Nun sagt die Klägerin in ihrer Antwort vom 1. Februar 1909:

1. der Beklagte hafte so lange, bis er aus dem Haftverband entlassen werde;

2. sie betrachte „daher“ die Zuschrift des Beklagten als „regelrechte Kündigung“;

3. der Kredit solle auf 4000 Fr. reduziert werden; wenn

a) eine zu diesem Behufe abgetretene Forderung „Eingang finde“ oder

b) die Bürgschaft des Beklagten ersetzt werde, werde sie den Beklagten benachrichtigen, „eventuell aus dem Haftverband entlassen“.

Dieses Schreiben läßt an Klarheit zu wünschen übrig. Immerhin ist die Auffassung zurückzuweisen, die Klägerin habe die Zuschrift des Beklagten vom 31. Januar als Aufforderung zum Vorgehen nach Art. 503 aOM betrachtet. Das müßte aus ihrer Antwort deutlich hervorgehen; denn es läge alsdann eine Verpflichtung der Klägerin vor, was nicht ohne weiteres als ihr Wille angenommen werden darf. Sonderbar ist im Schreiben der Klägerin vom 1. Februar 1909 insbesondere der Passus über die „regelrechte Kündigung“. Dürfte man allein auf diesen Passus abstellen, so könnte gesagt werden, die Klägerin habe im Schreiben des Beklagten eine Kündigung erblickt und diese angenommen; damit sei der Beklagte frei geworden. Denn es ist klar, daß vertraglich ein Kündigungsrecht des Bürgen vereinbart werden kann. Allein jener Argumentation widerspricht der ganze übrige Inhalt des Schreibens der Klägerin, der rechtlich als bedingtes Versprechen einer allfälligen Entlassung aufzufassen ist. Und zwar war die Entlassung an die Bedingung geknüpft, daß der Kredit auf 4000 Fr. ermäßigt oder die Bürgschaft des Beklagten ersetzt werde. Die erste Bedingung ist in der Folge eingetreten, nicht aber die zweite. Nun hatte sich aber die Klägerin auch für den Fall des Eintritts der einen oder der anderen Bedingung ihre Entschließung vorbehalten, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt. Sie war also zur Entlassung des Beklagten aus der Bürgschaft nicht verpflichtet.

4. — Dazu kommt als weiteres wichtiges Moment, daß der Beklagte selber, nachdem die erste Bedingung eingetreten war, nicht etwa Entlassung aus der Bürgschaft behauptet oder auch nur verlangt hat. Auf seine mündliche Anfrage bei der Klägerin, wie es mit seiner Entlassung stehe, erhielt er am 6. Januar 1910 den Bescheid, die Angelegenheit werde dem Verwaltungsrat unterbreitet werden. Er hat dagegen nicht protestiert, sondern noch ein Jahr zugewartet und die Kündigung der Hauptschuld eintreten lassen. Und als diese erfolgt war, hat er auch wieder nicht behauptet, die Bürgschaft sei erloschen, sondern gegenteils, gerade in Ausführung einer Bestimmung des Bürgscheines, die Mittel zum Vorgehen im amtlichen Güterverzeichnis verlangt. Welche Rechte er aber im Nachlaß des unbeschränkt haftenden Gesellschafters der Haupt-

264 A. Oberste Zivilgerichtsinanz. — I. Materiellrechtliche Entscheidungen.

schuldnerin zu wahren hatte, wenn nicht eben sein Rückgriffsrecht nach Art. 504 aOR, ist unerfindlich. Das führt zwingend zum Rückschluß auf seine Willensmeinung: der Beklagte hat sich in Wirklichkeit selber nicht als entlassen betrachtet. Zudem war es seine Sache, eine klare Rechtslage herbeizuführen. Wenn er dies unterlassen hat, so hat er die Folgen an sich zu tragen. Was der Vertreter des Beklagten heute weiter vorgebracht hat, ist unerheblich; soweit es sich um neue Anbringen handelt, sind sie zudem unzulässig; —

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 4. Februar 1913 bestätigt.

47. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juni 1913

in Sachen Wild, Kl. u. Ber.-Kl., gegen

Wiederkehr, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Zulässigkeit der Berufung nach Art. 61 OG bei Klagen auf Unterlassung des Gebrauchs einer Geschäftsbezeichnung. — Art. 876 OR. Worte in der Firmaeintragung, die zur Bezeichnung des Geschäfts, nicht des Geschäftsinhabers dienen, sind firmarechtlich nicht schützensbar. — Der Hotelinhaber kann kraft des Rechts auf seinen Gasthofschildd einem Dritten die Führung eines täuschend ähnlichen Schildes verbieten, auch wenn diesen kein Verschulden trifft (ob auf Grund von Art. 28 ZGB oder von Art. 48 OR bleibt unentschieden). — Die Geschäftsbezeichnung ist nur als ganzes geschützt, nicht einzelne Teile davon. Daher können zwei das gleiche Wort enthaltende Geschäftsbezeichnungen nebeneinander bestehen, sofern trotzdem keine Verwechslungsgefahr vorliegt. — Der Inhaber einer Geschäftsbezeichnung muss sich den Mitgebrauch durch einen andern gefallen lassen, wenn dadurch nach den Umständen seine wirtschaftlichen Interessen nicht beeinträchtigt werden. — Doppelbezeichnungen bei Hotelnamen z. B. « Hotel National und Terminus » sind zulässig. — « Hotel Terminus Bahnhof Stadelhofen » unterscheidet sich nach den Verhältnissen des Falles hinreichend von der früher gebrauchten Bezeichnung « Hotel National und Terminus ». Soweit aus dem gleichzeitigen Gebrauche beider Bezeichnungen Nachteile entstehen — z. B. hinsichtlich der Bestellung von Geschäftskor-

respondenzen durch die Post — muss sie der Inhaber der jüngeren Bezeichnung tragen. Richterliche Anordnung hierüber. — Frage, inwiefern auch ein Hotel, das nicht an einer Haupt- oder Endstation liegt, den Namen « Terminus » führen könne.

A. — Durch Urteil vom 19. Februar 1913 hat die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Streitsache erkannt: „1. Die Beklagte ist verpflichtet, dem Wort „Terminus“ in ihrer Geschäftsbezeichnung den Zusatz „Bahnhof Stadelhofen“ oder „Stadelhofen“ beizufügen.“ 2.—5. (Kostenpunkt und Urteilsmitteilung.)

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage in vollem Umfange gutzuheissen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diesen Antrag erneuert. Der Vertreter der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger, Georg Wild, ist Eigentümer eines am Hauptbahnhof in Zürich gelegenen Hotels ersten Ranges, das bis 1895 die Bezeichnung „Hotel National“ führte. Am 19. April dieses Jahres ließ der damalige Eigentümer als Firma in das Handelsregister eintragen: „A. Mislín, Grand Hotel National und Terminus, Zürich I, Bahnhofplatz 7“, welche Firmenbezeichnung nunmehr, entsprechend dem Wechsel des Geschäftsinhabers, zufolge Registereintragung vom 5. Oktober 1911 „G. Wild u. s. w.“ lautet. Nach vorinstanzlicher Feststellung ist das Hotel in Zürich allgemein unter dem Namen „National“ bekannt, der Zusatz „Terminus“ aber fast unbekannt oder mindestens ungebräuchlich. Auch verwendet der Kläger diesen Zusatz nicht ständig, sondern vielfach nur die ursprüngliche Bezeichnung „National“. So hat das Hotel mehrere Schilde, die nur diesen Namen enthalten und nur dieser wird nachts beleuchtet. Dagegen befindet sich auf dem Dachstock ein Schild mit dem Namen „Terminus“. Auch die Mütze des Portiers enthält nur das Wort „National“. Nach dem beigebrachten Material ist auch bisher dieses Wort allein in den Fremden-