

instanz dem Protokoll eine andere Bedeutung beilegt, als die Klägerin ihm beigemessen wissen will. Zudem hat ja die Vorinstanz nicht einzig auf dieses Aktenstück abgestellt, sondern hervorgehoben, dass es an sich zur Annahme eines Abkommens jenes Inhalts nicht genügen würde, wenn nicht andere Faktoren die Annahme unterstützen würden. Sie weist namentlich darauf hin, dass auch der Testamentsvollstrecker Ständerat H. das Abkommen als im Sinne der Zuteilung des Stimmrechts an die Söhne Stadlin zustandegekommen betrachte, sowie dass diese tatsächlich von 1916 bis 1922 das Stimmrecht bezüglich der Nutzniessungsaktien widerspruchlos ausgeübt haben. Ferner hebt die Vorinstanz hervor, dass die im Protokoll über die Verhandlung vom 15. Mai 1916 enthaltenen Bestimmungen laut der Zuschrift des Vertreters der Klägerin vom 7. Juli 1925 an Paul Stadlin von der Klägerin als zu Recht bestehend anerkannt werden, und dass sie die Vorteile, die ihr durch die Abmachung eingeräumt wurden (Nutzniessung an der Liegenschaft am Postplatz in Zug) und die als Gegenleistung für die Überlassung des Stimmrechts an die Söhne Stadlin angesehen werden können, tatsächlich ausgenutzt habe. Die Berücksichtigung dieser Verumständungen, die alle zu Gunsten der Annahme der Vorinstanz sprechen, lässt sich mit Grund nicht beanstanden, und es ist in Bezug auf die Anfechtung der Auslegung der Zuschrift von Dr. R. vom 7. Juli 1925 festzustellen, dass die Vorinstanz keineswegs erklärt hat, dieser Brief enthalte eine «Anerkennung der erfolgten Stimmrechtsabgabe», sondern ihm nur — mit Recht — entnommen hat, dass die Rechtsbeständigkeit des Protokolls vom 15. Mai 1916 bis auf die Frage der Regelung des Stimmrechts klägerischerseits ausdrücklich anerkannt sei.

5. — Da somit der Beweis einer Parteivereinbarung des Inhalts, dass das Stimmrecht für die Nutzniessungsaktien, soweit diese im Eigentum der Söhne Stadlin

stehen, nicht von der Klägerin, sondern von ihren Söhnen ausgeübt wird, als erbracht anzusehen ist, und die Beklagte diese Abmachung förmlich anerkennt, ja sich selbst im Prozess darauf beruft, entfällt die Notwendigkeit einer neuerlichen Prüfung der im Prozesse zwischen der Klägerin und ihren Töchtern beurteilten Frage, wem das Stimmrecht für Aktien, die mit einer Nutzniessung belastet sind, von Rechts wegen zukommen würde, und es ist in Übereinstimmung mit den kantonalen Instanzen die Klage als unbegründet abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 29. Juli 1926 bestätigt.

**7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Januar 1927
i. S. Negenborn gegen Saupé.**

R e g r e s s v e r h ä l t n i s z w i s c h e n S o l i d a r b ü r g e n :

Art. 110, Ziff. 1 OR : Findet auf den Dritteigentümer der Pfandsache, der sich für die nämliche Schuld, für welche das Pfand haftet, auch als Solidarbürge verpflichtet hat, keine Anwendung.

Art. 497 Abs. 2 OR : Für die Rückgriffsberechtigung unter Solidarbürgen sind die allgemeinen Bestimmungen über die Solidarität massgebend (Art. 148 f. OR). Der gesetzliche Forderungsübergang nach Art. 149 OR findet nur in dem Masse statt, als dem zahlenden Solidarschuldner ein Erstattungsanspruch gegen die Mitschuldner zusteht. Beweislastverteilung. — Der Ausschluss des Rückgriffsrechts kann sich aus den besondern, für das Zusammenwirken der Parteien massgebenden Umständen, speziell aus der Interessenlage und dem Zweck des Verpflichtungsgeschäftes ergeben.

A. — Im Sommer 1921 geriet die Firma F. Neef-Hungerbühler A.-G., Konfitüren- und Konservenfabrik in Steinebrunn (Kt. Thurgau) in eine unhaltbare Finanzlage. Den mit grösseren Kapitalien als Aktionäre und

Gläubiger Beteiligten, Hans Schärer und Dr. A. Gmür, gelang es, einen Lebensmittel-Fachmann (Gattiker-Tanner) und einen Kapitalisten in der Person des Beklagten Negenborn für das notleidende Unternehmen zu interessieren. Mit diesen schlossen sie sich zu einem Konsortium Hans Schärer zusammen, zu dem Zwecke, eine neue Aktiengesellschaft zu errichten. Am 10. November 1911 erfolgte dann die Gründung der Konservenfabrik Steinebrunn A.-G. Auf Grund eines Vertrages vom 3. Januar 1922 erwarb der Beklagte sämtliche Aktien der neuen Gesellschaft. Er blieb in der Folge alleiniger oder doch Hauptaktionär der A.-G. bis zu deren Auflösung.

Auf 1. Januar 1923 stellte die Verwaltung, der Negenborn und Dr. Gmür angehörten, den Kläger als kaufmännischen Direktor an. Saupé richtete ein Verkaufsbureau in Bern ein und übernahm dessen Leitung. Am 4. Januar 1923 reichte er namens der A.-G. bei der Schweizerischen Volksbank in Bern ein Gesuch ein um Gewährung eines Kredites von 70,000 Fr. gegen Bürgschaftsverpflichtungen des Beklagten und des Dr. Gmür, sowie Verpfändung von Aktien der Weidmann A.-G. und eines Schuldbriefes. Die Bank bezeichnete die Sicherheiten als ungenügend. Auf das Angebot hin, zwei weitere Bürgen in der Person des Klägers und eines Dr. Erdrich in Bern zu stellen und die faustpfändlichen Sicherheiten zu vermehren, bewilligte sie dann durch Vertrag vom 7. März 1923 der Konservenfabrik Steinebrunn A.-G. einen Kredit von 50,000 Fr. Negenborn, Dr. Gmür, Saupé und Dr. Erdrich verpflichteten sich als Solidarbürgen. Als « neben der Bürgschaft haftende Sicherheiten » (vorgedruckte Überschrift) werden im Vertrage aufgeführt :

« 1. Forderung von 50,000 Fr. auf... W. Negenborn... Grundpfand : Eine Besetzung zur Giegenegg, Jona... amtliche Schatzung 104,365 Fr., Vorgang 50,000 Fr.

2. 50,000 Fr. Oblig., 5%, der Mettler-Müller A.-G. in Rorschach.

3. Forderung von 35,000 Fr. a. die Presspan- und Isolationsmaterialien-Werke für Elektrotechnik, vorm. H. Weidmann A.-G. in Rapperswil (sog. I. Weidmann Obligo).

Anschliessend ist vermerkt : « Sämtliche Pfänder sind eingesetzt vom Bürgen W. Negenborn. »

Dieser Kredit wurde vollständig in Anspruch genommen. Den Saldo zugunsten der Bank von 52,446 Fr. 75 Cts. (Kapital und Zinsen) bezahlte Negenborn, u. a. durch Verrechnung der am 31. August 1923 fällig gewordenen Forderung von 35,000 Fr. aus dem verpfändeten Weidmann Obligo. Durch Erklärung vom 31. Juli 1924 trat ihm die Bank « alle gläubigerischen Rechte ohne Gewähr » ab.

Im April 1923 bewarb sich die Konservenfabrik Steinebrunn A.-G. um einen neuen Bankkredit. Am 30. April 1923 übergab der Beklagte der Schweizerischen Volksbank in Bern als Pfandsicherheit für aus künftiger Kreditgewährung erwachsende Forderungen ein am 31. Dezember 1923 fälliges Obligo von 35,000 Fr. auf die Presspan- und Isolationsmaterialien-Werke für Elektrotechnik, vorm. H. Weidmann A.-G. in Rapperswil (sog. II. Weidmann Obligo). Als die Bank ausserdem Bürgschaftsverpflichtungen verlangte, stellten der Beklagte und Dr. Gmür namens der A.-G. einen letztmals auf den 2. Januar 1924 erneuerten Eigenwechsel von 35,000 Fr. aus, auf dem sich Negenborn und Saupé als Wechselbürgen verpflichteten. Diese Wechselschuld wurde am 31. Dezember 1923 in der Weise getilgt, dass der an diesem Tage vom Schuldner des verpfändeten Obligos ausbezahlte Betrag von 35,000 Fr. mit Einwilligung des Verpfänders Negenborn der Bank überwiesen wurde. Letztere händigte dem Beklagten den quittierten Wechsel aus und bescheinigte ihm am 2. März 1926 auf der Pfandverschreibungsurkunde den Übergang der Gläubigerrechte auf ihn.

Am 18. Juni 1924 wurde über die Konservenfabrik

Steinebrunn A.-G. der Konkurs eröffnet. Da der Beklagte aus der Konkursmasse keine volle Deckung erwarten konnte, setzte er im Oktober 1924 gegen Saupé folgende Regressforderungen in Betreibung:

1. 13,111 Fr. 70 Cts. nebst 6% Zins seit 1. August 1924, d. h. $\frac{1}{4}$ der beglichenen Schuld von 52,446 Fr. 75 Cts. aus dem Krediteröffnungsvertrag vom 7. März 1923 und

2. 17,500 Fr. nebst 6% Zins seit 4. Januar 1924, d. h. $\frac{1}{2}$ der durch Ueberweisung der 35,000 Fr. getilgten Wechselschuld.

Der Betriebene erhob Rechtsvorschlag. Durch Entscheidung des Appellationshofes des Kantons Bern vom 17./26. Februar 1925 wurde Negenborn für beide Beträge provisorische Rechtsöffnung erteilt.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt Saupé Aberkennung beider Forderungen, indem er im wesentlichen ausführte: Kraft einer ausdrücklichen und aus den Umständen zu schliessenden Vereinbarung hätten sämtliche Bürgen Anspruch auf Tilgung der Hauptschuld aus dem Werte der vom Beklagten eingesetzten Pfänder. Da diese ihrem Werte nach unbestrittenermassen den Gesamtforderungsbetrag der Bank aus beiden Kreditgeschäften deckten, entfalle ein Rückgriffsanspruch des Beklagten gegen den Kläger. Abgesehen hievon gelange man auch auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen zu dem Ergebnis, dass der den Gläubiger befriedigende Drittverpfänder auf den Bürgen insoweit nicht zurückgreifen könne, als die Hauptschuld durch den Wert der Pfänder gedeckt ist.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

C. — Mit Urteil vom 14. Juli 1926 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Aberkennungsklage geschützt.

D. — Hiegegen richtet sich die Berufung des Beklagten mit dem Begehren um Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Dem Kläger ist darin beizupflichten, dass Art. 110, Ziff. 1 OR, wonach ein Dritter, der eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache, an der ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht, einlöst, von Gesetzes wegen im Umfange der Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte eintritt, vorliegend keine Anwendung findet. Denn als Dritter im Sinne dieser Vorschrift ist nur eine Person zu betrachten, die nicht in irgendeiner Eigenschaft in die Obligation verstrickt ist (BECKER, N. 2 zu Art. 110 OR; ROSSEL, Manuel du droit féd. des oblig. S.164; HAFNER, N. 2 zu Art. 126 aOR; BGE 37 II 526). An dieser Voraussetzung gebricht es aber hier, da der Beklagte mit der Pfandbestellung zugleich auch eine Solidarbürgschaftsverpflichtung eingegangen und dadurch akzessorischer Solidarschuldner geworden ist (vgl. HAFNER, N. 1 zu Art. 164 aOR). Ein Regressrecht aus Subrogation steht ihm daher — auch soweit es sich um die Wechselbürgschaft handelt (Art. 809 OR) — nur nach Massgabe der besonderen Bestimmungen des Bürgschaftsrechtes zu. Gemäss Art. 505, Abs. 1 OR gehen auf den Bürgen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte über. Nach Abs. 3 ebenda bleiben indessen die besonderen Ansprüche und Einreden aus dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis vorbehalten. In dem für die hier streitige Frage des Ausgleichungsverhältnisses unter Solidarbürgen massgebenden Art. 497, Abs. 2 OR fehlt ein solcher Vorbehalt. Doch gilt auch hier nichts Abweichendes, indem diese Bestimmung angesichts des zwischen den Bürgen und dem Gläubiger gegenüber bestehenden Solidaritätsverhältnisses lediglich einen speziellen Anwendungsfall des das Regressverhältnis unter Solidarschuldnern ordnenden Art. 148 OR bildet, so dass für die Rückgriffsberechtigung des

Klägers auf die allgemeinen Vorschriften über die Solidarität abzustellen ist (vgl. OSER, N. 2 *b* und *d* zu Art. 497 OR; VON TUHR OR S. 698). Art. 148 nun aber regelt die Ausgleichungspflicht unter Solidarschuldern in der Weise, dass jeder, wenn sich aus ihrem Rechtsverhältnis zueinander nicht etwas anderes ergibt, einen gleichen Anteil an der Schuld zu tragen hat. Zum Zwecke der Erleichterung und Sicherung des Regresses ist in Art. 149 OR bestimmt, dass der rückgriffsberechtigte Solidarschuldner insoweit in die Rechtsstellung des Gläubigers eintritt, « als er diesen befriedigt hat ». Diese Fassung erweist sich insofern als ungenau, als der gesetzliche Forderungsübergang nicht schlechthin im Umfange der Befriedigung des Gläubigers stattfindet, sondern nur in dem Masse, als dem zahlenden Solidarschuldner ein Erstattungsanspruch gegen die Mitschuldner zusteht. Denn die Subrogation, die in erster Linie den Uebergang der Pfandrechte zu vermitteln bezweckt, soll dem den Gläubiger befriedigenden Solidarschuldner nicht mehr verschaffen, als ihm nach seinem Verhältnis zu den Mitschuldnern gebührt, was sich daraus ergibt, dass Art. 148 OR den letzteren die Einwendungen aus diesem innern Verhältnis ausdrücklich vorbehält (vgl. VON TUHR, a. a. O. S. 703, spez. auch N. 157; BECKER, N. 3 zu Art. 149 OR). Eine klare Regelung in diesem Sinne ist für das deutsche Recht in § 426 BGB getroffen.

Daraus folgt auch, dass das Regressverhältnis unter den Solidarschuldern der Einwirkung des Gläubigers gänzlich entzogen ist, eine Abtretung der Gläubigerrechte, wie sie hier erfolgt ist, mithin jeder Rechtswirksamkeit entbehrt (vgl. VON TUHR, a. a. O. S. 699). Der Beklagte hat sich denn auch auf die Abtretungserklärungen der Schweizerischen Volksbank mit Recht selber nicht berufen.

2. — Es kann sich darnach nur fragen, ob ihm ein Erstattungsanspruch nach Massgabe seines Verhältnisses zu den solidarischen Mitbürgen zustehe. Ange-

sichts der in Art. 148 OR aufgestellten Vermutung, dass in der Regel jeder Solidarschuldner einen gleichen Anteil an der Schuld übernehmen muss, hat der den Rückgriff geltend machende Schuldner lediglich die Tatsache der Zahlung darzutun, während es Sache des belangten Mitschuldners ist, zu beweisen, dass er nach dem innern Verhältnis von der Solidarschuld überhaupt nicht, oder doch nur zu einem geringeren, als dem gesetzlich vermuteten Anteil betroffen wird (vgl. OSER N. 2 *d* zu Art. 497 und N. 4 zu Art. 505 OR; VON TUHR a. a. O. S. 703). Diese Beweislastverteilung hat die Vorinstanz ihrem Entscheide stillschweigend zugrunde gelegt. Sie stellt zunächst fest, dass eine Vereinbarung in dem vom Kläger behaupteten Sinne, dass die Bürgen insoweit befreit sein sollten, als die Forderungen der Bank aus den beiden Kreditgeschäften durch den Wert der vom Beklagten eingesetzten Pfänder gedeckt waren, weder schriftlich, noch mündlich getroffen worden sei. Von der zutreffenden Erwägung ausgehend, dass es indessen einer ausdrücklichen Abrede hiefür nicht bedurfte, hat sie weiter auch geprüft, ob sich der Ausschluss des Rückgriffsrechtes nicht aus den besonderen, für das Zusammenwirken der Parteien massgebenden Umständen, speziell aus der Interessenslage und dem Zweck des Verpflichtungsgeschäftes ergebe. Auf Grund einer einlässlichen Würdigung der Verhältnisse nach dieser Richtung ist sie zum Schlusse gelangt, dass der Beklagte im Hinblick auf seine Stellung als Hauptaktionär des Unternehmens, dessen Finanzierung er in Wirklichkeit auch als seine eigene Angelegenheit betrachtet und betrieben, an der Kreditaufnahme ein Selbstschuldnerinteresse gehabt habe, der Kläger dagegen bloss das Interesse eines gut entlöhnten Angestellten am Gedeihen der A.-G., sodass seine rückgriffsweise Belangung gegen Treu und Glauben verstosse. Die im wesentlichen auf dem Gebiete der Tatsachenwürdigung sich bewegenden Ausführungen sind

weder materiellrechtlich, noch aus dem Gesichtspunkte aktenwidriger Voraussetzungen zu beanstanden.

Die vom Vertreter des Klägers aufgeworfene, in der Doktrin umstrittene Frage nach der Gestaltung des Ausgleichungsverhältnisses zwischen dem Drittbesteller eines Pfandes, bzw. dem Dritteigentümer der haftenden Sache und dem einfachen Bürgen (vgl. hierüber von TUHR, Zeitschrift f. schw. Recht, n. F. Bd. 42 S. 116 ff.) kann hier unerörtert bleiben, da sich der Beklagte auch solidarisch für die pfandversicherten Forderungen verbürgt hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 14. Juli 1926 bestätigt.

8. Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Februar 1927

i. S. **Neue Allgemeine Versicherungs- und Rückversicherungs-A.-G. in Zürich gegen Allgemeine Versicherungs-Aktiengesellschaft in Bern.**

Art. 873 OR : Deutliche Unterscheidbarkeit zweier A.-G.-Firmen. Kriterien.

A. — Die Klägerin ist seit dem Jahre 1922 unter der Firma « Allgemeine Versicherungs-Aktiengesellschaft in Bern » im Handelsregister eingetragen. Gemäss § 2 der Statuten vom 11. Februar 1922 befasst sie sich mit Rückversicherungs- und Versicherungsgeschäften aller Art im In- und Ausland, unter Ausschluss des direkten Lebensversicherungsgeschäftes.

Die Beklagte wurde am 22. Februar 1922 gegründet und unter der Firma « Neue Allgemeine Versicherungs- und Rückversicherungs-A.-G. in Zürich » im Handelsregister eingetragen. Ihr Zweck ist der Betrieb : a) der

direkten Feuer- und Diebstahl- und anderer Versicherungen jeder Art, mit Ausnahme der Lebensversicherung ; b) jeder Art von Mit- und Rückversicherungen. Bereits während des Gründungsstadiums hatte sich die Klägerin brieflich an Dr. Nabholz, der als Direktor der zu errichtenden Gesellschaft in Aussicht genommen war, und an die einzelnen Mitglieder des Gründerkomitees mit dem Ersuchen gewandt, im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr eine andere Firma zu wählen. Sie wies namentlich darauf hin, dass ihre Gesellschaft unter der Abkürzung « Allgemeine » bekannt sei. Die Beifügung « Neue » bewirke keine genügende Unterscheidung, sondern erwecke gegenteils den Anschein, als handle es sich um eine Tochtergesellschaft.

B. — Als die Beklagte mit Schreiben vom 4. Mai 1926 auf ihrer Firma beharrte, reichte die Klägerin im Juli 1926 beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein mit den Begehren :

1. Es sei der Beklagten die Führung der Firma « Neue Allgemeine Versicherungs- und Rückversicherungs-A.-G. in Zürich » zu untersagen.

2. Es sei diese Firma auf Kosten der Beklagten im Handelsregister zu löschen und die Löschung in der Neuen Zürcher Zeitung, im Bund und in den Basler Nachrichten zu veröffentlichen, ebenfalls auf Kosten der Beklagten.

Rechtlich stützt sich die Klage auf Art. 873 OR, in Verbindung mit Art. 868 und 876 OR, sowie auf die Art. 28 ZGB und 48 OR.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem sie das Bestehen einer Verwechslungsgefahr bestritt.

C. — Mit Urteil vom 30. September 1926 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klagebegehren, mit Ausnahme desjenigen um Veröffentlichung der Löschung in den erwähnten Tageszeitungen, zugesprochen.

D. — Hiegegen richtet sich die Berufung der Beklagten mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der