

## 92. Urteil vom 22. Dezember 1905 in Sachen

Fischer, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Spengler, Bekl. u. Ber.-Bekl.

**Bürgschaft.** — Verminderung von Sicherheiten, Art. 508 OR. Wann ist ein Wechsel «Sicherheit» im Sinne dieser Bestimmung? Art. 811 OR; 182, 187 SchKG. Wann erfolgt eine «Verminderung» oder ein «Preisgeben» einer Sicherheit? Die Prolongation von Wechseln stellt nicht ohne weiteres eine solche dar. Art. 502, 503, 509; 802, 803 OR. Verjährung des Wechselrechts? Art. 804 OR. — Rückweisung an Vorinstanz zur Entscheidung nicht behandelter Einwendungen gegen die Gültigkeit der Bürgschaft, Art. 82 OG.

A. Durch Urteil vom 30. August 1905 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfrage: Sind die Beklagten pflichtig, die von Heinrich Spengler-Custer für Jakob Egloff und August Wyler in Tägerwilen zu Gunsten des Klägers eingegangene Bürgschaft für ein Darlehen von 15,000 Fr. nebst Zins à 5 % d. d. 15. Februar 1905, als für sie verbindlich anzuerkennen und demzufolge auch den Regreß auf sie für den in dem Konkurs des Hauptschuldners ungedeckt bleibenden Betrag anzuerkennen?

erkannt:

Es sei die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Es sei die Klage gegen Witwe Fanny Spengler gutzuheissen.

2. Sei die Klage gegen Lydia Spengler, z. B. noch minderjährige Tochter des verstorbenen H. Spengler-Custer, nur zur Zeit abzuweisen, eventuell sei dieses Begehren gegen Lydia Spengler an das kantonale Gericht zur Entscheidung zurückzuweisen.

3. Eventuell sei unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur Aktenvervollständigung und neuer Entscheidung lediglich in dem Sinne an das kantonale Gericht zurückzuweisen, daß Berufungsbeklagte ihre Behauptungen zu beweisen haben,

der Bürge Spengler sei bei Eingehung der Bürgschaft vom 19. Mai 1903 nicht zurechnungsfähig gewesen, eventuell liege eine Fälschung in der Bürgschaftsurkunde vor.

C. In der heutigen Verhandlung haben der Vertreter des Klägers Gutheißung und der Vertreter der Beklagten Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die vorliegende Klage stützt sich auf einen vom verstorbenen Ehemann und Vater der Beklagten unterm 19. Mai 1903 unterzeichneten Bürgschaftsschein mit folgendem Wortlaut: „Der Unterzeichnete verpflichtet sich hiemit als Bürge für das von Jakob Egloff und Aug. Wyler in Tägerwilen bei Alb. Fischer in Horn erhobene Darlehen im Betrage von 15,000 Fr. (fünfzehntausend Franken).“ Daß der Kläger dem Jakob Egloff und dem August Wyler das im Bürgschaftsschein erwähnte Darlehen von 15,000 Fr. wirklich gegeben hatte, ist unbestritten, ebenso daß ihm hierfür am 15. und 16. Februar 1903 zwei an seine Ordre lautende Wechsel im Betrage von 5000 und 10,000 Fr. per 15. und 16. Mai 1903 von Egloff als Aussteller und von Wyler als Acceptanten unterzeichnet worden waren, ferner daß diese Wechsel unmittelbar vor oder nach Verfall durch zwei neue, auf den 15. bzw. 16. August ausgestellte, im übrigen aber genau gleich lautende Wechsel ersetzt worden waren. In der Folge wurden die Wechsel alle drei Monate in gleicher Weise erneuert, bis im Jahre 1905 der Konkurs über Egloff und Wyler ausbrach. Spengler war inzwischen (am 16. Juli 1903) gestorben. Weder von ihm noch von den Beklagten war der Kläger jemals zur Eintreibung jenes Guthabens aufgefordert worden.

Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen, ohne ausdrücklich festzustellen, inwieweit die Beklagten und insbesondere die Tochter Lydia Spengler für Schulden des verstorbenen Heinrich Spengler haften. Die I. Instanz hatte aus Gründen des kantonalen Rechts erklärt, die Klage sei gegenüber der Beklagten Lydia Spengler nur „formell“ abzuweisen. Indessen hatte auch das erstinstanzliche Dispositiv gelautet: „Sei die Klage abgewiesen.“

2. Von der Behauptung, die Beklagte Lydia Spengler sei für Schulden ihres Vaters nicht haftbar, abgesehen, ist seitens der

Beklagten vor allem die vorinstanzlich gutgeheißene Einrede erhoben worden, der Kläger habe durch Nichtgeltendmachung bezw. einfache Prolongation der vom einen Hauptschuldner an seine, des Klägers, Ordre, ausgestellten und vom andern Hauptschuldner acceptierten Wechsel vorhandene Sicherheiten im Sinne von Art. 508 OR vermindert und dadurch bewirkt, daß gegen die Hauptschuldner Egloff und Wyler nicht zu einer Zeit vorgegangen worden sei, wo dieselben noch vermöglich gewesen seien und volle Zahlung geleistet hätten; mit der daherigen Schadenersatzforderung werde die Klagforderung kompensiert.

Nun ist es allerdings richtig, daß Wechselrechte sich unter Umständen als Sicherheiten bezw. Beweismittel im Sinne von Art. 508 OR qualifizieren können, z. B. wenn der Gläubiger außer einem vom Hauptschuldner unterzeichneten Wechsel keine Schuldburkunde besitzt oder wenn ihm der Wechsel dank auf demselben befindlichen andern Unterschriften Regreßrechte gegen Personen gewährt, gegen welche er sonst keine Forderung besitzen würde. Dagegen ist, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, bei Fehlen dieser Voraussetzungen ein Wechsel nicht schon deshalb als Sicherheit im Sinne von Art. 508 OR zu betrachten, weil nach Art. 811 der Wechselschuldner sich nur solcher Einreden bedienen kann, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen; denn wenn der Wechselschuldner mit dem Hauptschuldner identisch ist, so wird er durch diese Bestimmung in seinen Einreden nicht beschränkt, sondern er kann dem Gläubiger, trotzdem dieser aus dem Wechsel klagt, alle diejenigen Einreden entgegensetzen, welche ihm auch sonst zugestanden hätten. Freilich ist nun derjenige Schuldner, welcher der Wechselbetreibung unterliegt, nach Art. 182 SchRG bei Begründung des Rechtsvorschlages in dem Gebrauch seiner Einreden beschränkt; allein diese Beschränkung hört auf, sobald es zum Rückforderungsprozesse im Sinne von Art. 187 eod. kommt. Die Existenz eines vom Hauptschuldner unterzeichneten Wechsels hat also auch in den Fällen, wo der Hauptschuldner der Wechselbetreibung unterliegt, für den Gläubiger wesentlich nur den, übrigens noch in andern Momenten, so namentlich in der Abkürzung der Fristen, zu Tage tretenden Vorteil einer

rascheren Exekution, und die Preisgabe eines solchen Wechsels kommt daher, wenn der Gläubiger noch im Besitze einer gewöhnlichen Schuldburkunde ist, im Effekte einer einfachen Stundung gleich. Eine solche aber befreit den Bürgen nicht ohne weiteres, sondern nur wenn die Voraussetzungen des Art. 502 bezw. 503 OR erfüllt sind. Es ist daher zum mindesten sehr fraglich, ob ein Wechsel schon mit Rücksicht auf die Tatsache, daß der Wechselschuldner im Handelsregister eingetragen ist, eine Sicherheit im Sinne von Art. 508 OR darstelle.

3. Im vorliegenden Falle erscheint es zunächst als ausgeschlossen, daß die Wechsel, um welche es sich handelt, aus dem Grunde als Sicherheiten im Sinne von Art. 508 OR zu betrachten seien, weil dieselben dem Gläubiger Regreßrechte gegen Personen gewährt hätten, gegen welche ihm sonst keine Forderung zugestanden hätte. Denn aus den beiden Wechseln hafteten dem Kläger, welcher Remittent war, lediglich der Acceptant und der Aussteller, und diese Personen waren gerade die Hauptschuldner, d. h. sie hafteten dem Kläger auch abgesehen von dem Umstande, daß sie die Wechsel unterzeichnet hatten. — Fraglich ist es dagegen, ob der Kläger außer den Wechseln noch eine gewöhnliche Schuldburkunde besessen habe und ob daher die Wechsel nicht mit Rücksicht auf das Fehlen einer solchen Schuldburkunde Sicherheiten oder doch Beweismittel im Sinne von Art. 508 darstellten: in dieser Beziehung sind weder den Feststellungen der Vorinstanz noch den Akten genügende Anhaltspunkte zu entnehmen. — Ob Wyler und Egloff zur Zeit, als sie die Wechsel unterzeichneten, im Handelsregister eingetragen waren und daher der Wechselbetreibung unterlagen, war zwar von der Vorinstanz „ununtersucht“ gelassen worden, ist nun aber insofern aufgeklärt, als der Vertreter der Beklagten heute zugegeben hat, daß die Eintragung erst im Jahre 1905 und zwar zwangsweise stattgefunden hat. Indessen wäre, wie bereits angedeutet (vergl. hievor Erw. 2 i. f.), auch auf die gegenteilige Tatsache wohl kaum ein entscheidendes Gewicht zu legen gewesen.

Aus dem gesagten ergibt sich, daß die Frage, ob die beiden Wechsel Sicherheiten bezw. Beweismittel im Sinne von Art. 508 OR darstellten, auf Grund der gegenwärtigen Aktenlage nicht

beantwortet werden kann; denn es steht nicht fest, ob der Kläger außer den beiden Wechseln noch eine gewöhnliche Schuldburkunde besessen habe. Einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zum Zweck der Ergänzung der Akten in dieser Richtung bedarf es inbessen nicht; denn, wie sich aus dem folgenden ergeben wird, erscheint die aus Art. 508 OR hergeleitete Einrede der Beklagten schon deshalb als unbegründet, weil jedenfalls keine Verminderung oder Preisgabe der in den Wechseln möglicherweise zu erblickenden Sicherheiten oder Beweismittel stattgefunden hat. Wie nämlich beide Parteien übereinstimmend erklären, und auch die Vorinstanz als feststehend zu betrachten scheint, sind die beiden Wechsel, in welchen die Beklagten Sicherheiten erblicken, vom Kläger bis zum Ausbruch des Konkurses über Egloff und Wyler prolongiert worden, d. h. es wurden die Wechsel jeweilen bei Verfall durch zwei neue, vom Datum der Ausstellung und des Verfalltages abgesehen, genau gleich lautende Dreimonatswechsel ersetzt. In einer solchen Prolongation kann aber unter den gegebenen Umständen — angenommen selbst, die Wechsel stellten Sicherheiten oder Beweismittel im Sinne von Art. 508 dar — weder ein Preisgeben, noch auch nur eine Verminderung vorhandener Sicherheiten oder ein Aufgeben von Beweismitteln erblickt werden; denn die rechtliche Situation der Schuldner, wie auch des Gläubigers, war nach jeder Prolongation genau dieselbe wie vorher, mit dem einzigen Unterschiede, daß die Fälligkeit der Schuld um drei Monate hinausgeschoben war. Es ist also gerade so zu halten, als ob jeweilen nur ein Prolongationsvermerk im Sinne der Art. 802 und 803 OR auf die Wechsel gesetzt worden wäre. Für die bloße Hinausschiebung der Fälligkeit aber ist, wie bereits angedeutet, der Gläubiger dem Bürgen grundsätzlich nicht verantwortlich, sondern der Bürge hat, wenn er findet, der Gläubiger gehe nicht rasch genug vor, nur die ihm in den Art. 502 bzw. 503 und 509 gegebenen Rechte (vergl. Amtl. Samml. d. hg. G., Bd. XIII, S. 312, Bd. XXVI, 2, S. 252), wobei es sich im vorliegenden Falle, da die Bürgschaft, wie die Bürgschaftsurkunde zeigt, an sich unbefristet war, lediglich um die dem Bürgen gemäß Art. 503 und 509 zustehenden Rechte handeln konnte. Demnach hatte der Ehemann und Vater der Be-

klagen, wenn er die Folgen einer Prolongation von sich abwenden wollte, den Kläger zu raschem Vorgehen im Sinne von Art. 503 aufzufordern oder ihm Zahlung im Sinne von Art. 509 anzubieten. Da beides von ihm bzw. seinen Rechtsnachfolgern unterlassen worden ist, können letztere den Kläger für den allfällig aus der Prolongation der Wechsel entstandenen Schaden nicht verantwortlich machen und ist somit auch nicht zu untersuchen, ob ein solcher Schaden entstanden sei, d. h. ob es richtig sei, daß Egloff und Wyler, wie die Beklagten behaupten, im Jahre 1903 noch „sehr vermöglich“ waren und daß sie ihre Schuld anstandslos beglichen hätten, wenn der Kläger energisch vorgegangen wäre.

4. Was den von den Beklagten gerügten Umstand betrifft, daß der Kläger, wie sie behaupten — eine bezügliche Feststellung der Vorinstanz ist nicht vorhanden — es jeweilen unterlassen habe, die Wechsel am Verfalltage zur Zahlung präsentieren sowie mangels Zahlung protestieren zu lassen, so konnten dem Kläger und unmittelbar dem Bürgen aus einer solchen Unterlassung im vorliegenden Falle jedenfalls keinerlei Nachteile erwachsen; denn einen Regreß gegen Indossanten konnte der Kläger als Remittent so wie so nicht erwerben, und eines Regresses gegen den Aussteller, auf dessen Nichterwerb die Vorinstanz großes Gewicht legt, bedurfte er aus dem Grunde nicht, weil der Aussteller Egloff sich ja durch Ausstellung neuer Wechsel von neuem und in gleicher Weise wie bisher verpflichtete.

Aus demselben Grunde kann schließlich auch von einer infolge Nichtgeltendmachung der Wechsel eingetretenen Verjährung im Sinne der Art. 804 f. OR im vorliegenden Falle keine Rede sein.

5. Seitens der Parteien, wie auch seitens der Vorinstanzen, ist noch der Umstand betont worden, daß Spengler die Bürgschaft nur in der Voraussetzung eingegangen sei, der zwischen dem Kläger und den Hauptschuldnern abgeschlossene „contractus cambii mit der damit verbundenen Wechselstrenge“ werde „sein Risiko als Bürgen entsprechend reduzieren“. Allein abgesehen davon, daß über die Auffassung, welche Spengler von den Wechseln haben mochte, den Akten nichts zuverlässiges zu entnehmen ist, würde auf diese subjektive Auffassung, wenn sie bekannt wäre, gar nichts

ankommen: Nicht darum handelt es sich, ob Spengler die Wechsel als Sicherheiten bezw. Beweismittel im Sinne von Art. 508 OR betrachtete, sondern höchstens darum, ob sie dies waren, sowie darum, ob eine Preisgabe bezw. Verminderung allfällig in den Wechseln zu erblickender Beweismittel oder Sicherheiten stattgefunden habe. Da letzteres, wie ausgeführt wurde, nicht der Fall ist, so erscheint die auf Art. 508 OR gegründete Einrede auch dann als unbegründet, wenn der verstorbene Ehemann und Vater der Beklagten die Wechsel als Sicherheiten bezw. Beweismittel betrachtet haben sollte und es richtig wäre, daß er in der Prolongation derselben eine Preisgabe von Beweismitteln bezw. eine Verminderung von Sicherheiten erblickt haben würde.

6. Die Abweisung der auf Art. 508 OR gegründeten Einrede der Beklagten hat zur Folge, daß es noch einer Untersuchung darüber bedarf, ob die Bürgschaft, aus welcher geklagt wird, wirklich gültig bezw. in dem Umfange eingegangen worden sei, wie der Kläger behauptet. Da nun die Beklagten die Einrede der Unzurechnungsfähigkeit ihres Rechtsvorgängers erhoben sowie die Richtigkeit der Bürgschaftsurkunde bestritten und diesbezüglich „alle Beweise“ anerbieten haben, der Prozeß aber nach diesen beiden Richtungen hin nicht instruiert worden ist und das Bundesgericht auch nicht in der Lage ist, die fehlenden Feststellungen selber vorzunehmen, so ist die Sache nach Art. 82 OG zur Ergänzung der Akten in diesem Sinne und zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Dabei erübrigt nur noch, zu bemerken, daß eine Abweisung der Klage aus Gründen des eidgenössischen Rechts zwar nur insoweit möglich bleibt, als die Einrede der Unzurechnungsfähigkeit oder diejenige der Fälschung sich als begründet herausstellen sollte, daß aber die Frage, ob und inwieweit die Beklagten und insbesondere die Beklagte Lydia Spengler für Schulden des verstorbenen Heinrich Spengler haften, bezw. ob und inwieweit die Klage aus Gründen des Familien-, Vormundschafts- oder Erbrechts zur Zeit oder definitiv, „zur Zeit oder später“, wie sich die Vorinstanz ausdrückt; „formell oder materiell“, wie sich die erste Instanz ausdrückt, abgewiesen werden könne oder

müsse, durch den Entscheid des Bundesgerichtes selbstverständlich nicht präjudiziert wird.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne begründet erklärt, daß das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 30. August 1905 aufgehoben und die Sache zur Aktenervollständigung und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

Vergl. auch Nr. 112.

## V. Fabrik- und Handelsmarken. Marques de fabrique.

93. *Arrêt du 6 octobre 1905, dans la cause Müller & C<sup>ie</sup>, dem. princ., défend. reconv., rec., contre Blanc, déf. princ., dem. reconv., int.*

Ressemblance ou dissemblance de deux **marques verbales** (« Dido » et « Lilo ») destinées à être appliquées sur des montres, etc. — Attributions du Tribunal fédéral; libre appréciation de la question de la confusion, bien qu'une partie de l'arrêt cantonal, ordonnant la radiation de l'une des marques « Lilo » ait acquit force de chose jugée. Art. 81, al. 2 OJF; art. 6, 24 litt. a; 32 loi féd. sur les marques de fabrique, etc.

A. — Le 20 mars 1896, Louis Müller & C<sup>ie</sup>, fabricants d'horlogerie, à Bienne, ont fait enregistrer, au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, à Berne, sous N<sup>o</sup> 8209, une marque de fabrique destinée à être appliquée sur des montres, des parties de montres ou leurs emballages, et consistant dans le mot : DIDO, écrit en majuscules romaines pleines.