

Klage; eventuell sei der Beklagten nur zu verbieten, ihre Firma in gleicher Aufmachung zu führen, wie die Klägerin.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Es fragt sich vorliegend lediglich, ob sich die Firma der Beklagten im Sinne von Art. 873 OR von derjenigen der Klägerin deutlich unterscheidet. Bei Prüfung dieser Frage ist davon auszugehen, dass bei Aktiengesellschaften für die Firmenwahl ein grösserer Spielraum besteht, als etwa bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften und daher in Hinsicht auf die Unterscheidbarkeit auch ein strengerer Masstab angelegt werden darf (BGE 38 II 645). Abzustellen ist darauf, ob die Unterscheidung bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt und nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles deutlich erkennbar sei. Dabei sind zwar im allgemeinen die zu vergleichenden Firmen als Ganzes ins Auge zu fassen, sodass eine genügende Unterscheidbarkeit auch dann vorliegen kann, wenn einzelne Bestandteile der Gesamtbezeichnungen übereinstimmen, sofern nur der Gesamteindruck bei beiden ein deutlich unterschiedener bleibt. Allein das entscheidende Gewicht ist doch auf diejenigen Firmenbestandteile zu legen, welche für die Verwendung der Firmen im Verkehr von massgebender Bedeutung sind, d. h. von den beteiligten Verkehrskreisen als charakteristische Merkmale derselben aufgefasst werden (vgl. BGE 36 II 70 ; 37 II 539 ; 38 II 644 ; 43 II 45 f.). In dieser Beziehung stellt nun das Handelsgericht auf Grund der Ausführungen seiner sachverständigen Mitglieder verbindlich fest, dass Versicherungsgesellschaften im Verkehr allgemein mit Abkürzungen, bezw. Stichwörtern bezeichnet zu werden pflegen, und dass speziell das Wort « Allgemeine », das die Klägerin auf allen ihren Drucksachen in Grossfettdruck über die übrigen in Kleindruck beigefügten Firmenbestandteile setzt, « die im Verkehr gebräuchliche und massgebende Abkürzung

der klägerischen Gesellschaft ist. » Kommt aber diesem Ausdruck nach der Verkehrsauffassung die Bedeutung eines die Gesamtbezeichnung individualisierenden Stichwortes zu, so kann der von der Beklagten beigefügte Zusatz « Neue » nicht als wesentliches Unterscheidungsmerkmal in Betracht fallen, und zwar auch dann nicht, wenn die in Nachahmung der äussern Aufmachung der klägerischen Firma erfolgte besondere Hervorhebung « Neue Allgemeine » unterbleibt. Dieser Zusatz ist gegenstandslos geeignet, im Verkehr eine falsche Deutung über die geschäftlichen Verhältnisse insofern hervorzurufen, als er, wie die Vorinstanz zutreffend betont, die irrtümliche Vorstellung erwecken kann, die « Neue Allgemeine » sei an Stelle der « Allgemeinen » getreten. Andererseits wird die gesetzlich verlangte deutliche Unterscheidung auch nicht durch die angesichts der vorangestellten Worte zurücktretende besondere Anführung des Geschäftszweiges der « Rückversicherung » und durch die verschiedene Sitzangabe bewirkt, durch letztere umso weniger, als in Zürich eine Zweigniederlassung der Klägerin besteht. Gemäss verbindlicher Feststellung im angefochtenen Urteil sind denn auch bereits Verwechslungen vorgekommen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 30. September 1926 bestätigt.

**9. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Februar 1927**

i. S. L. gegen E.

B ü r g s c h a f t. Anfechtung wegen Grundlagenirrtums (OR 24<sup>4</sup>), Verhältnis desselben zum Irrtum im Beweggrund. Nichtigkeit eines zum Zweck der Begünstigung einzelner Gläubiger gewährten Darlehens und einer hiefür übernommenen Bürgschaft ? (OR 20.)

A. — Ferdinand L., der Bruder des Klägers Fritz L., betrieb an der Brunngasse in Zürich ein Antiquitäten-

geschäft, verbunden mit einem Schuhhandel. Er schuldete dem Schuhhändler Fritz E. in Langnau 6000 Fr., und musste im Herbst 1924 dem Sohn desselben, Paul E., eröffnen, dass er diese Schuld nicht zahlen könne, und dass auch ein Nachlassvertrag, um den er sich bemüht habe, nicht zustandekomme.

Paul E. anerbote sich hierauf, um den Konkurs zu vermeiden, beim Beklagten, Notar E. in Langnau, anzufragen, ob dieser dem Ferdinand L. ein Darlehen gewähren würde.

Am 12. Dezember 1924 kamen Ferdinand L. und Paul E. zum Kläger (dem ersterer auch zirka 7000 Fr. schuldete), und teilten ihm unter Vorlegung einer Aufstellung mit, Ferdinand L. könne mit dem vom Beklagten zu gewährenden Darlehen von 16,000 Fr. seine Gläubiger mit 30% abfinden.

Am 12. bzw. 14. Dezember 1924 gab der Beklagte das Darlehen im Betrage von 16,000 Fr., und als Solidarbürgen unterzeichneten den Schuldschein Fritz L. und ein Joseph N.

Der Beklagte erhielt vom Hauptschuldner Ferdinand L. einen Verteilungsplan zur Auszahlung der 16,000 Fr.; in demselben war der Name des Klägers nicht enthalten, wohl aber derjenige von Vater E., mit 6000 Fr. Gemäss dieser Liste wurden die Auszahlungen vom Beklagten vollzogen, so dass also Fritz E. mit dem vollen Betrag seiner Forderung befriedigt wurde.

Am 4. März 1925 wurde über Ferdinand L. der Konkurs verhängt: in diesem kam der Kläger mit seiner Forderung gänzlich zu Verlust, und auch das Darlehen des Beklagten blieb ungedeckt.

B. — Am 20. März 1925 erhob der Kläger bei der Bezirksanwaltschaft Zürich Strafklage gegen Ferdinand L. und Paul E. wegen Betruges. Er beschuldigte sie, ihn zur Eingehung der Bürgschaft dadurch verleitet zu haben, dass sie ihm erklärten, die Zustimmung sämtlicher Gläubiger zu einem Nachlassvertrag mit einer

Dividende von 30% sei vorhanden, und daher sei auch die Auszahlung von 30% an die Forderung des Klägers gesichert. Die Staatsanwaltschaft sistierte jedoch die Untersuchung, weil ein sicherer Nachweis dafür, dass man den Kläger bezüglich der beabsichtigten Verwendung der 16,000 Fr. getäuscht habe, nicht erbracht sei.

C. — Mit Zahlungsbefehl vom 16. März 1925 hat der Beklagte den Kläger für den Betrag von 16,000 Fr. aus der Bürgschaft betrieben; der Kläger hat das Begehren um provisorische Rechtsöffnung anerkannt, dagegen die vorliegende Aberkennungsklage eingeleitet, mit dem Rechtsbegehren, die Forderung des Beklagten von 16,000 Fr., nebst 6% Zinsen seit 12. Dezember 1924, sei abzuerkennen.

Zur Begründung machte der Kläger geltend: Die Bürgschaft sei nach Art. 28 OR, eventuell nach Art. 24 Ziff. 4 OR aufechtbar. Denn Paul E. habe gewusst, dass er nur unter der Voraussetzung die Bürgschaft übernommen habe, dass ein Nachlassvertrag zustande komme. Er habe sich nicht damit einverstanden erklärt, dass E. voll ausbezahlt werde. Dass Vater und Sohn E. von dieser « Bedingung » gewusst haben, ergebe sich aus den Strafakten, und der Beklagte habe seinerseits vom Sachverhalt Kenntnis gehabt. Eventuell liege ein wesentlicher Irrtum beim Kläger darin, dass kein Nachlassvertrag zustande gekommen, sondern Ferdinand L. in Konkurs gefallen sei. Endlich sei die Bürgschaft deswegen ungültig, weil ein Darlehen, das dem Schuldner zu dem Zwecke gewährt werde, die Gläubiger ungleichmässig in einem aussergerichtlichen Nachlassvertrag zu befriedigen, unsittlich sei und die Bürgschaft als Akzessorium zu dem ungültigen Darlehen mit diesem stehe oder falle.

D. — Das Obergericht Zürich hat unterm 19. November 1926 erklärt: « Die Klage wird, soweit sie nicht anerkannt ist, abgewiesen und daher dem Beklagten für den Betrag von 14,593 Fr. 55 Cts. definitive Rechtsöffnung erteilt. »

E. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Aufhebung und auf Gutheissung der Klage in vollem Umfange.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Der Berufungskläger wendet sich in erster Linie gegen die Feststellung der Vorinstanz, er habe vor ihr die Behauptung, dass er durch absichtliche Täuschung zur Eingehung der Bürgschaft verleitet worden sei, fallen gelassen, und er weist demgegenüber auf das Verhandlungsprotokoll hin, wornach er in der Tat nur erklärt hat, er lasse den Standpunkt fallen, dass « der Beklagte Kenntnis davon gehabt habe, oder hätte haben müssen, dass Ferdinand L. gegenüber dem Kläger betrügerisch gehandelt habe. » Allein diese Berichtigung vermag dem Kläger nicht zu helfen; denn mit der genannten Zugabe fällt eben nach Art. 28 Abs. II OR die Voraussetzung dahin, unter welcher der Kläger die Bürgschaft dem Beklagten gegenüber aus dem Gesichtspunkt der absichtlichen Täuschung anfechten kann. Es ist deshalb, wie die Vorinstanz richtig ausgesprochen hat, auf die Anfechtung der Bürgschaft wegen Täuschung nicht mehr einzutreten.

2. — Dagegen hält der Berufungskläger daran fest, dass die Bürgschaft wegen Vorhandenseins eines « Grundlagenirrtums » im Sinne von Art. 24 Ziff. 4 OR für ihn unverbindlich sei.

a) Dieser Irrtum steht zwischen dem in den Ziffern 1-3 des Art. 24 OR behandelten, von jeher als wesentlich anerkannten sog. Erklärungsirrtum und dem in Abs. II *ibid.* als unwesentlich bezeichneten Irrtum im Beweggrunde; er ist seiner Natur nach ein besonders qualifizierter Irrtum im Motiv, der um seiner speziellen Eigenschaften willen ausnahmsweise so behandelt werden soll, als wäre er ein wesentlicher. Mit dieser im Interesse der Billigkeit getroffenen Abweichung von der strengen

juristischen Logik hat der Gesetzgeber die Gefahr geschaffen, dass in der Praxis der Regel, dass der Irrtum im Motiv zur Anfechtung bestehender Verträge nicht genüge, Abbruch geschehe; es ist darum bei Anwendung der Ziff. 4 behutsam vorzugehen und jeweilen genau zu untersuchen, ob der angerufene Irrtum nicht eben doch seinem wahren Wesen nach ein gewöhnlicher Irrtum im Beweggrunde sei. Nach dem Sinne von Art. 24<sup>4</sup> OR unterscheidet sich der Grundlagenirrtum, wie das Bundesgericht mehrfach ausgesprochen hat (vgl. spez. BGE 43 II 780 f.; 47 II 89 ff.; 48 II 238 ff., 380 f.; 49 II 493 ff.), und auch die Doktrin (OSER, Komm., Anm. VII 3 a zu OR 24; VON TUHR, OR I 257 ff.) übereinstimmend hervorhebt, von dem gewöhnlichen Irrtum im Motive dadurch, dass es bei ihm nicht lediglich auf die subjektive Vorstellung des Irrenden ankommt, sondern daneben auf ein objektives Moment, nämlich darauf, ob diese Vorstellung sich bezogen habe auf einen Sachverhalt, der bei objektiver Betrachtung, vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus, als *condicio sine qua non* für den Abschluss eines solchen Vertrages bezeichnet werden kann.

b) Das lässt sich von der Vorstellung, welche der Kläger als den (irrtümlichen) Beweggrund für seinen Vertragswillen bezeichnet, nicht sagen. Direkt widerlegt bzw. ausgeschlossen erschiene eine solche Annahme offenbar dann, wenn die Umstände, die den Kläger zu der Erwartung veranlassten, er und die Mitgläubiger des Ferdinand L. werden in gleicher Weise mit 30% ihrer Forderung abgefunden und es werde dem Hauptschuldner dadurch die Fortexistenz ermöglicht, für die Entschliessung des Klägers zur Übernahme der Bürgschaft nicht als ausschlaggebend betrachtet werden könnten. Indessen kann dieser Auffassung der Vorinstanz nicht beigetreten werden. Denn es ist ja wohl klar, dass die vom Kläger behauptete Zusicherung, Ferdinand L. werde mit dem Darlehen alle Gläubiger — also auch ihn — mit 30%

abfinden, geeignet war, ihn zur Eingehung der Bürgschaft zu veranlassen; das genügt zum Beweis des Kausalzusammenhangs und wird nicht widerlegt durch die weitere Erklärung des Klägers in der Strafuntersuchung, dass er den Bürgschaftsakt nicht unterzeichnet haben würde, wenn er das Warenlager des Ferdinand L. nicht auf 16,000 Fr. geschätzt hätte.

c) Allein wenn man auch davon ausgeht, dass für den Kläger die Zusicherung der Zahlung von 30% seiner Forderung massgebend gewesen sei, so kann man doch nicht dazu gelangen, in der dadurch bei ihm erzeugten Vorstellung eine, objektiv betrachtet, «notwendige Grundlage» des Bürgschaftsvertrages im Sinne des Art. 24<sup>4</sup> OR zu erblicken: bei objektiver Betrachtung musste es durchaus nicht als unverständlich erscheinen, dass der Kläger den Bürgschein unterzeichnete, auch wenn er dabei nicht von der Bedingung ausging, dass allen Gläubigern, und vor allem ihm selbst, 30% seiner Forderung unverkürzt werden ausbezahlt werden. Um eine solche Bedingung oder Voraussetzung des Klägers brauchte sich der Beklagte nur zu kümmern, wenn sie ihm bekannt war, oder nach Treu und Glauben hätte bekannt sein müssen, m. a. W. wenn ihm die Vorspiegelung, auf welche der Kläger baute, bekannt oder erkennbar gewesen wäre, der Beklagte also in bezug auf die behauptete absichtliche Täuschung als bösgläubiger Dritter im Sinne des Art. 28 Abs. II OR erschiene. Diese Voraussetzung fällt aber angesichts der oben erwähnten, vom Kläger in der obergerichtlichen Verhandlung abgegebenen Erklärung dahin, so dass die Irrtumseinrede abgewiesen werden muss.

3. — Ebenso erweist sich die auf Art. 20 OR in Verbindung mit Art. 314 SchKG gegründete Einwendung, der Darlehensvertrag sei nichtig, womit auch die Bürgschaft dahinfalle, als unstichhaltig. Die Frage, ob die Vorschrift des Art. 314 SchKG auf den vom Bruder des Klägers angestrebten Nachlassvertrag überhaupt An-

wendung finde, braucht nicht erörtert zu werden. Jedenfalls folgt aus dieser Vorschrift zunächst nur, dass die Versprechen des Schuldners, die er seinen Gläubigern gegenüber gegeben, und mit denen er ihnen mehr zugesichert hat, als was ihnen nach dem Nachlassvertrag gebührt, nichtig sind. Damit auch das Darlehen, das der Beklagte dem Bruder des Klägers gegeben hat, nichtig erklärt werden könnte, müsste vorliegen, dass dieses Darlehen zu dem Zwecke gegeben worden sei, eine gesetzwidrige Begünstigung einzelner Gläubiger herbeizuführen. Allein, wie bei Art. 66 OR (der hier nicht zutrifft, da es sich nicht um eine Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung handelt), ist auch bei der Anwendung des Art. 20 OR mit von TUHR (OR I 382) zu sagen, dass der Grundsatz, wornach dasjenige, was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben wurde, nicht zurückgefordert werden kann, nur auf solche Leistungen anzuwenden ist, welche zur Belohnung einer zugesagten oder in Aussicht gestellten verbotenen oder unsittlichen Handlung gemacht werden, nicht dagegen auf Zuwendungen, die nach der Verabredung der Parteien an den Leistenden zurückgegeben werden sollen. Im übrigen wäre der ersten Instanz darin beizustimmen, dass die Absicht des Beklagten, an der ungleichmässigen Befriedigung der Gläubiger des Ferdinand L. beizutragen, in keiner Weise dargetan ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. November 1926 bestätigt.