

qu'il a pour conséquence de forcer l'assuré à tenir toujours prêt le montant de la prime pour pouvoir payer au moment de la présentation de la quittance à l'encaissement, et que cela est contraire à l'idée même qui a fait instituer le délai de grâce : la raison d'être de ce délai c'est justement que l'assuré n'est pas censé pouvoir se rappeler pendant plusieurs années le jour de l'échéance, de manière à tenir les fonds prêts pour ce jour-là. Cette objection ne paraît pas décisive; en effet le délai de grâce ne se trouve pas abrégé et, à ce point de vue là, l'assuré ne risque donc pas plus de voir l'effet de la police suspendu, lorsque la prime, par l'usage, est devenue quérable que lorsqu'elle est restée portable. Au surplus même si, pour tenir compte de cette objection, on exige que l'assureur qui a pris l'habitude de rappeler l'échéance à l'assuré continue à l'avenir à donner cet avertissement (v. EHRENBERG, p. 506), il faut remarquer que c'est bien ce que, en l'espèce, la Compagnie a fait par sa lettre du 27 décembre 1905. Par cette lettre la Compagnie rappelait à Durel la date de l'échéance; on ne peut donc pas dire que la présentation de la quittance à l'encaissement le 3 janvier l'ait pris au dépourvu. Tout au plus pourrait-on songer à ne faire partir le délai de grâce que du jour où cet avertissement a été donné (27 décembre); même dans ce cas il se trouvait expiré lorsque la mort de Durel est survenue.

6. — Il résulte de ce qui précède que l'usage invoqué par la recourante et qui aurait dérogé aux règles de la police n'a pas pu avoir pour effet de reporter au 3 janvier 1906 le point de départ du délai de grâce. Dès lors il n'est pas nécessaire de rechercher si vraiment cet usage s'était introduit, si, en particulier, la preuve en résulte des lettres de la Compagnie du 5 décembre 1903 et du 1^{er} décembre 1904, et si cet usage n'a pas été valablement révoqué par la lettre du 27 décembre 1905. Il est également superflu de rechercher si la clause de l'art. 8 qui interdit à l'assuré de se prévaloir d'un usage contraire aux règles de la police est licite ou si elle doit, au contraire, être tenue pour nulle parce qu'elle impliquerait une *protestatio facto contraria* (v. sur ce point

REGELSBERGER, *Pandekten*, 1 p. 504; EHRENBERG p. 507; *Journal des Assurances* 1886 p. 164; en sens opposé RG 22 p. 56 et LE FORT, *op. cit.*, p. 88 qui déclare cette clause licite).

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et le jugement de la Cour de Justice civile du canton de Genève est confirmé purement et simplement.

11. *Urteil vom 26. Februar 1909 in Sachen Sedlmayr, Kl. u. Ver.=Kl., gegen Riby-Widmer, Befl. u. Ver.=Befl.*

Unbefugter Firmengebrauch: Art. 876 Abs. 2 OR? — Illoyale Konkurrenz: Art. 50 ff. OR? Anspruchsverjährung (Art. 69 OR)? — « Franziskanerbier » und Wirtschaft « Zum Franziskaner ».

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Prozeßlage :

A. — Durch Urteil vom 2. Oktober 1908 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

- „1. Die Klage wird abgewiesen.
- „2. Die Staatsgebühr wird auf 300 Fr. festgesetzt; die übrigen „Kosten betragen: (folgt Spezifikation).
- „3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
- „4. Derselbe hat den Beklagten mit 120 Fr. prozessualisch zu „entschädigen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt und folgende Abänderungsanträge gestellt:

1. Die Klage sei gutzuheißen und demgemäß der Beklagte zu verpflichten, in seiner Firmabezeichnung die Worte „Zum Franziskaner“ wegzulassen, die Schilder und andere Gegenstände mit den Worten „zum Franziskaner“ zu entfernen und sich überhaupt des Gebrauchs des Wortes „Franziskaner“ in seinem Geschäftsbetriebe zu enthalten.

2. Die Kosten beider Instanzen seien dem Beklagten aufzulegen.

3. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Kläger für beide Instanzen prozessualisch angemessen zu entschädigen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers die schriftlich gestellten Berufungsanträge wiederholt und eventuell auf vorgängige Rückweisung der Streitsache zur Abnahme der vor Handelsgericht angebotenen Beweise angetragen.

Der Vertreter des Beklagten hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des handelsgerichtlichen Urteils, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, beantragt; —

in Erwägung:

1. — Im Jahre 1887 eröffnete ein A. Baumann in dem hiezu erworbenen Hause, Niederdorfstraße Nr. 1 in Zürich, das bis dazumal „Zum roten Kamel“ geheissen haben soll, eine Bierwirtschaft unter dem Namen „Zum Franziskaner“. Die Wirtschaft ging im Jahre 1898 mit diesem Namen aus zweiter Hand in den Besitz des Beklagten über, welcher sie seither — mit der Geschäftseintragung im Handelsregister: „A. Riby-Widmer, Restaurant zum Franziskaner“ — ununterbrochen betreibt. Seit ihrer Eröffnung wurde darin stets das Bier aus der Brauerei des Klägers Sedlmayr, „Zum Franziskanerkeller (Leistbräu) München“, ausgedient, bis der Beklagte anfangs 1907 den Bezug dieses Bieres aufgab und dafür den Ausschank des Münchner Hackerbräus einführte. Am 25. März 1907 liess der Kläger beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum in Bern die Wortmarke „Franziskaner“ (Nr. 21,866) eintragen für Bier und eine größere Anzahl im Brauerei- und Wirtschaftsbetriebe verwendeter Stoffe und Produkte. In der Folge beanstandete er die Benützung der Bezeichnung „Franziskaner“ seitens des Beklagten und erhob im Juli 1908 beim zürcherischen Handelsgericht die vorliegende Klage mit dem aus Fakt. B oben ersichtlichen Rechtsbegehren.

2. — Der Kläger vertritt zur Begründung dieses Begehrens, welches auf die Feststellung gerichtet ist, daß der Beklagte verpflichtet sei, jeden Gebrauch des Wortes „Franziskaner“ in seinem Geschäftsbetriebe zu unterlassen, den Standpunkt, die Wirtschaft des Beklagten habe, wie sich ihr Begründer Baumann seinerzeit vollkommen bewußt gewesen sei, die Bezeichnung „Zum Franziskaner“

nur annehmen dürfen, weil darin des Klägers „Franziskaner Bier“ ausgedient worden sei, und mit dessen Aufgabe und Ersetzung durch ein anderes Bier habe der Beklagte die Berechtigung zur Weiterführung jener Bezeichnung ganz selbstverständlich verloren. Dabei hat der Kläger sich ursprünglich einerseits auf Art. 876 Abs. 2 OR, und anderseits auf das aus den Art. 50 ff. OR abgeleitete Verbot der illoyalen Konkurrenz berufen. Er hat jedoch das erstere Argument heute nicht mehr geltend gemacht — offenbar mit Recht; denn der dem Namen des Beklagten im Handelsregister eintrag beigefügte Zusatz „Restaurant zum Franziskaner“, bildet, wie die Vorinstanz richtig einwendet, überhaupt keinen Bestandteil der Firma des Beklagten und kann schon deswegen aus dem Gesichtspunkte des unbefugten Firmengebrauchs im Sinne des Art. 876 Abs. 2 OR nicht angefochten werden (vergl. US 20 Nr. 142 Erw. 3 S. 904). Weiterer Erörterung bedarf somit nur die Frage der illoyalen Konkurrenz. Mit Bezug auf diesen Klagetitel sind die Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht ebenfalls gegeben, indem auch das hiefür (im Gegensatz zur Klage aus Art. 876 OR) in Betracht fallende und nicht ohne weiteres klarstehende Erfordernis des gesetzlichen Berufungsstreitwertes erfüllt ist, da der Kläger sein Interesse an dem eingeklagten Anspruche in der Klageschrift unbeanstandet auf „mindestens 5000 Fr.“ bewertet hat. Der Klage aus Art. 50 ff. OR hält der Beklagte zu Unrecht die Einrede der Verjährung entgegen, abgeleitet aus der Tatsache, daß die Klageerhebung nicht innert Jahresfrist (Art. 69 OR) seit Beginn der angeblich widerrechtlicher Weiterführung des Wirtschaftsnamens „Zum Franziskaner“ erfolgt sei. Denn bei diesem als widerrechtlich angefochtenen Tatbestande handelt es sich nicht um ein mit seinem Eintritt abgeschlossenes Ereignis, sondern vielmehr um einen immer noch fortdauernden Zustand, welchem gegenüber das Anfechtungsrecht sich stets erneuert. Dagegen muß die Klage wegen illoyaler Konkurrenz mit der Vorinstanz als sachlich unbegründet abgewiesen werden. Die ihr zu Grunde liegende Argumentation des Klägers geht wesentlich dahin: Durch die streitige Bezeichnung der Wirtschaft des Beklagten werde beim Publikum die nun nicht mehr zutreffende Annahme erweckt, jener schenke das Bier der Brauerei des Klägers „Zum Franziskanerkeller“ aus,

das der Kläger unter dem Namen „Franziskanerbier“, entsprechend seiner eingetragenen Wortmarke „Franziskaner“, überall, namentlich auch in Zürich, gut eingeführt habe. Der Beklagte beute also den guten Ruf dieses „Franziskanerbiers“ durch Täuschung des Publikums für ein anderes Fabrikat aus. Überdies verunmögliche die Verwendung der Wirtschaftsbezeichnung „Zum Franziskaner“ seitens des Beklagten dem Kläger, seinerseits unter dieser, seinem Bier zustehenden Bezeichnung in Zürich eine Wirtschaft zu eröffnen. Dieser Argumentation in ihrem ersten Teile ist die Vorinstanz mit der Ausführung entgegengetreten, die Möglichkeit der behaupteten Täuschung des Publikums bestehe nicht: In Zürich verbinde durchaus nicht jedermann mit dem Worte „Franziskaner“ ohne weiteres die Vorstellung eines ganz bestimmten Bieres, nämlich desjenigen aus der Brauerei des Klägers, und es könne daher die Lokalbezeichnung „Zum Franziskaner“ in dieser Stadt keineswegs allgemein (wie anders nach dem vom Kläger in einem gleichartigen Prozesse erwirkten und hier vorgelegten Urteile des Landgerichts Bonn, vom April 1907, in der dortigen Gegend) zu dem Schlusse verleiten, daß in dem Lokal das spezielle „Franziskanerbier“ ausgeschenkt werde. Zudem würde, wer etwa doch in dieser Annahme und mit dem besondern Wunsche, nicht überhaupt „Münchnerbier“, sondern gerade das Bier des Klägers zu konsumieren, die Wirtschaft des Beklagten betreten sollte, durch die darin vorschriftsgemäß angebrachten Bezeichnungen des wirklich ausgeschenkten Biers in genügender Weise aufgeklärt. Diese Erwägung des kantonalen Gerichts ist in keiner Hinsicht zu beanstanden. Es handelt sich dabei um eine auf wesentlich tatsächlicher Grundlage beruhende Schlussfolgerung, die in dieser tatsächlichen Beziehung — insbesondere was die Feststellung über die Auffassung des Zürcher Publikums von der Wirtschaftsbezeichnung „Zum Franziskaner“ betrifft —, weil aus persönlicher Lebenserfahrung und Kenntnis der Gerichtsmitglieder geschöpft, ohne irgendwie gegen den positiven Inhalt der Akten zu verstossen, für die Berufungsinstanz verbindlich ist und im übrigen, in ihrer Schlüssigkeit, ohne weiteres einleuchtet. Bei dieser Sachlage nun erscheint der Umstand, daß der Name „Zum Franziskaner“ für die Wirtschaft des Beklagten seinerzeit, bei ihrer Gründung, allerdings

höchst wahrscheinlich mit Rücksicht auf ihren Ausschank des vom Kläger gebrauten Biers gewählt worden ist, als unerheblich. Denn der Kläger behauptet nicht etwa, daß er sich damals gegenüber dieser Namensführung irgendwelche besondere Rechte gewahrt habe, und daß der Name nur unter Vorbehalt dieser besonderen Rechte dem Beklagten mit der Wirtschaft übertragen worden sei. Er stützt vielmehr seinen Anspruch, dem Beklagten die weitere Verwendung des Wirtschaftsnamens „Zum Franziskaner“ wegen der Aufgabe jenes Bierausschank zu verbieten, lediglich auf das ihm allgemein, jedermann gegenüber, zustehende Individualrecht des Schutzes gegen illoyale Konkurrenz. Von den Voraussetzungen einer Verletzung dieses Rechts nach Maßgabe der Art. 50 ff. OR fehlt aber nach dem Gesagten — da die Verwendung der streitigen Wirtschaftsbezeichnung seitens des Beklagten, wie festgestellt, keine Täuschung des Publikums im Sinne der Argumentation des Klägers bewirkt — schon das objektive Moment einer widerrechtlichen Handlung: der gegen Treu und Glauben im Verkehr verstossenden Benutzung eines fremden Konkurrenzmittels. Überdies trifft auch das zugehörige subjektive Erfordernis eines relevanten Verschuldens des Beklagten: hier der absichtlichen Täuschung des Publikums über die Herkunft des von ihm ausgeschenkten Biers, nicht zu. Von einer solchen Täuschungsabsicht kann nämlich angesichts der unbestrittenen Tatsache, daß der Beklagte das von ihm ausgeschenkte Bier überall vorschriftsgemäß mit seinem richtigen Namen bezeichnet und nicht etwa die eingetragene Wortmarke „Franziskaner“ des Klägers als täuschende Warenbezeichnung verwendet, schlechterdings nicht die Rede sein. Vielmehr erscheint danach die Behauptung des Beklagten, daß er den Wirtschaftsnamen „Zum Franziskaner“ lediglich als alteingeführte und dem Publikum bekannte Lokalbezeichnung beibehalten habe, als durchaus glaubwürdig. Der Kläger hat denn auch keinerlei Momente namhaft gemacht, aus denen zu schließen wäre, daß der Beklagte überhaupt ein Interesse daran gehabt hätte, eine auf das bisher ausgeschenkte Bier des Klägers hindeutende Bezeichnung nach der Aufgabe dieses Biers, an Stelle der richtigen Benennung des neuen Biers, beizubehalten. Er hat in dieser Hinsicht insbesondere nicht einmal behauptet, daß sein Bier dem vom Kläger nunmehr geführten Münchner „Sackerbräu“

überlegen, oder daß es wenigstens beim Zürcher Publikum beliebter sei, als dieses letztere. Soweit jedoch der Kläger dem Beklagten die fragliche Lokalbezeichnung auch als solche streitig machen will, indem er ferner noch vorbringt, daß ihm dadurch die Eröffnung einer gleichnamigen Wirtschaft in Zürich verunmöglicht werde, entbehrt sein Anspruch jeder rechtlichen Substanzierung und bedarf, jedenfalls aus dem Gesichtspunkte des eidgenössischen Rechts, keiner weiteren Erörterung.

3. — Mit der vorstehenden Beurteilung dergegebenen Aktenlage erledigt sich implicite auch das Eventualbegehren des Berufungsklägers betreffend Aktenergänzung; —

erkannt:

Die Berufung des Klägers wird abgewiesen und damit das Urteil des zürcherischen Handelsgerichts vom 2. Oktober 1908 in allen Teilen bestätigt.

12. **Urteil vom 5. März 1909** in Sachen **Röthemann**,
Bekl. u. Ver.-Kl., gegen
Spar- und Leihkasse des Amtsbezirks Laufen,
Kl. u. Ver.-Bekl.

Kontokorrentverkehr: Die Uebergabe eines auf ihn indossierten Wechsels an den Kontokorrentgewährer ist im Zweifel als Leistung nicht an Zahlungsstatt, sondern nur zahlungshalber, aufzufassen. Haftung des Kontokorrentgewährers für die Behandlung eines solchen Wechsels. **Eigenentlicher Domizilwechsel**, spez. **Eigenwechsel:** Protesterhebung ist zur Erhaltung des wechselmässigen Anspruchs gegenüber dem Akzeptanten (Aussteller des Eigenwechsels) nicht erforderlich: Art. 743, in Verbindung mit Art. 764 und 765 (828) OR.

A. — Durch Urteil vom 28. November 1908 hat das Obergericht Solothurn über die Rechtsfragen:

„1. Ob der Beklagte pflichtig sei, an die Klägerin zu bezahlen den Betrag von 2585 Fr. 30 Cts. nebst Zins zu 6% seit 15. Januar 1908 und ob damit der Rechtsvorschlag auf J. B. Nr. 4053 des Betreibungsamtes Thierstein aufzuheben sei?“

„2. Eventuell, ob Beklagter an die Klägerin im Kontokorrentschulde den Betrag von 2525 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 4% seit 23. September 1907 und ob er pflichtig sei, sein Konto bei der Klägerin mit diesem Betrage belasten zu lassen?“

erkannt:

„1. Der wechselmäßige Regressanspruch der Klägerin gegen den Beklagten ist durch Verjährung erloschen.

„2. Dagegen schuldet der Beklagte der Klägerin in Kontokorrent den Betrag von 2525 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 4% seit 23. September 1907, und der Beklagte ist pflichtig, sein Konto bei der Klägerin mit diesem Betrage belasten zu lassen.

„3. Die Prozeßkosten erliegen auf dem Beklagten mit einer heutigen Vortragsgebühr von 25 Fr. Gesamtbetrag der klägerischen Kostennote 212 Fr. 20 Cts.

„4. Die Gerichtsgebühr, welche auf 25 Fr. festgesetzt wird, erliegt ebenfalls auf dem Beklagten.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung ans Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, es sei die Klage abzuweisen.

C. — Die Klägerin hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Am 19. September 1907 stellte E. Labhardt, Baumeister in Laufen, an die Ordre des Beklagten einen Eigenwechsel aus für den Betrag von 2558 Fr. 75 Cts., zahlbar am 15. Dezember 1907, Wert in Rechnung. Der Wechsel trägt den Vermerk: „Zahlbar bei der Spar- und Leihkasse Laufen.“ Der Beklagte indossierte den Wechsel an die Ordre der Klägerin, „Wert in Rechnung“, worauf die Klägerin ihm einen Konto-Korrent eröffnete und ihm darin, am 22. September 1907, den Wechselbetrag, abzüglich Diskont, nämlich 2525 Fr. 40 Cts., gutschrieb, während sie ihn gleichzeitig, d. h. am 22. und 23. September, mit einer erfolgten Barzahlung von 500 Fr. und einer Zahlung an die Forstkasse Pfirt von 2015 Fr. 50 Cts. belastete. Am 23. September bestätigte die Klägerin dem Beklagten diese geschäftlichen Vorgänge, wobei sie bemerkte, daß sie ihm den Wechsel des Labhardt „Eingang vorbehalten“ gutschrieben habe. Am 14. Dezember 1907