

nach seiner Vereinbarung mit dem Schuldner, ein demjenigen des ursprünglichen Gläubigers bzw. nunmehr seiner Zessionare für ihre Restforderung vorgehendes Pfandrecht. Nun darf auch dem vorgehenden Pfandgläubiger das Recht zur Ablösung eines nachstehenden Pfandrechts im Sinne der Art. 126 Ziffer 2 OR unbedenklich zuerkannt werden. Denn während im gemeinen Recht die Frage, ob das jus offerendi auch dem vorgehenden gegenüber dem nachstehenden Pfandgläubiger zukomme, sehr bestritten war (vergl. Windscheid, Pandekten, 6. Aufl., § 233 b Anmerkung 14), und die umgearbeitete Departementsvorlage des schweizerischen OR, vom 19. Januar 1881, gleich dem Code Napoléon (Art. 1251 Ziffer 1), die Zulässigkeit der Subrogation ausdrücklich auf den Eintritt des nachstehenden in die Rechte des vorgehenden Pfandgläubigers beschränkt hatte, ist der endgültige Gesetzestext allgemein gehalten und verbietet demnach die fragliche Unterscheidung, verleiht also allen Pfandgläubigern in gleicher Weise das Subrogationsrecht.

Allein auch für diese zweite Zahlung gilt das oben mit Bezug auf die erste Ausgeführte, daß sie nämlich nach der Ansicht der Beteiligten, speziell des Klägers selbst, gar nicht den Übergang der bezahlten Forderung auf den Kläger sondern lediglich die Tilgung der Schuld bezweckte und daher diesen Rechtsübergang auch nicht bewirkt hat. Auch auf sie findet gemäß den vorstehenden Erwägungen weder die Ziffer 2, noch die Ziffer 3 des Art. 126 OR Anwendung.

10. — Nach dem Gesagten besteht die Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten aus der Schuldburkunde vom 28. November 1907 nur noch für die durch die beiden Zahlungen des Klägers nicht getilgte Restschuld von 15,000 Mk. zu Recht. Diese Schuld aber ist durch den Pfanderlös im Konkurse des Schuldners Meyer-Spörry vollständig gedeckt worden. Der vom Kläger geltend gemachte weitergehende Anspruch entbehrt somit der Begründung und ist in Abänderung des kantonalen Urteils abzuweisen; —

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird gutgeheißen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 20. Juni 1911 dahin abgeändert, daß die Klage abgewiesen wird.

77. Urteil vom 1. Dezember 1911 in Sachen **Zuckermühle Rapperswil A.-G.**, Kl. u. Ber.=Kl.,
gegen „**Weinmann & Kopp**, Zuckermühle“, Bekl. u. Ber.=Bekl.

Frage der genügenden Unterscheidbarkeit zweier Firmen (Art 868 u. 876 OR). Unerheblichkeit der Verfügung der Registerbehörde über die Zulassung einer Firma, gemäss Art. 21 u. 30 der Verordnung über das Handelsregister v. 6. Mai 1890, für die richterliche Beurteilung dieser Frage. — Das Recht des « ausschliesslichen » Gebrauchs der Firma im Sinne des Art. 876 OR besteht nicht hinsichtlich der Verwendung der sprachgebräuchlichen Geschäftsbezeichnungen, (hier « Zuckermühle ») als Firmenbestandteile; solche darf vielmehr jeder Inhaber eines Geschäfts der bezeichneten Art verwenden, sofern nur seine Firma als Ganzes dem Erfordernis der deutlichen Unterscheidung des Art. 868 OR genügt. Bejahung dieser Voraussetzung im hier gegebenen Falle; mangelnder Nachweis tatsächlich vorgekommener Verwechslungen. — Illoyale Konkurrenz (Art. 50 OR)? Zulässigkeit der Erhebung einer weiteren Klage auf Grund neuen, der Beurteilung vorliegend noch nicht unterstellten Tatsachenmaterials.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Die Klägerin ist seit dem Jahre 1906 als Aktiengesellschaft mit Sitz in Rapperswil, zum Betriebe einer Zuckermühle nebst Handel mit Zuckerprodukten, Drogen und Gewürzen, unter der Firma „Zuckermühle Rapperswil A.-G.“ im Handelsregister eingetragen.

Im Herbst 1910 gründeten ein bisheriger Angestellter der Klägerin, Hans Kopp, und ein Arthur Weinmann zusammen eine Kollektivgesellschaft, ebenfalls zum Zwecke des Betriebes einer Zuckermühle in Rapperswil, und meldeten als Gesellschaftsfirma zur Eintragung in's Handelsregister an: „Weinmann & Kopp, Zuckermühle Rapperswil“. Der Handelsregisterführer verweigerte die Eintragung dieser Firma, mit dem Bemerkten, der Zusatz: „Zuckermühle Rapperswil“ sei unzulässig wegen der bereits eingetragenen Firma der Klägerin. Hierauf änderte die Kollektivgesellschaft ihre Anmeldung ab in: „Weinmann & Kopp, Zucker-

mühle". Auch diese Firma wurde vom Handelsregisterführer auf Einspruch der Klägerin nicht zugelassen, und die aargauische Justizdirektion schützte diesen Entscheid, der Bundesrat aber erklärte den von den Firmateilhabern hiegegen ergriffenen Rekurs durch Beschluß vom 10. Februar 1911 für begründet und lud die aargauische Justizdirektion ein, die Eintragung der Firma „Weinmann & Kopp, Zuckermühle" in Rapperswil durch das Handelsregisterbureau anzuordnen. Er ging dabei von der Auffassung aus, die Registerbehörden hätten gemäß der Verordnung über das Handelsregister vom 6. Mai 1890 (Art. 21 und 30) nur rein formell zu prüfen, ob sich eine neu angemeldete Firma mit einer bereits eingetragenen Firma an demselben Orte decke, während Firmenrechtsstreitigkeiten im übrigen durch die Gerichte zu entscheiden seien; die beiden hier in Frage stehenden Firmen aber seien in formeller Beziehung sehr deutlich von einander unterschieden, da ihnen nur das Wort „Zuckermühle", mit dem ihre Geschäftsnatur bezeichnet werde, gemeinsam sei.

Auf diesen Entscheid hin hat die Klägerin unverzüglich, mit Klage vom 14. Februar 1911, den vorliegenden Prozeß eingeleitet, in dem sie unter Berufung auf das gesetzliche Firmenrecht und auf die Art. 50 ff. OR (illoyale Konkurrenz) die Begehren gestellt hat:

1. Es sei zu erkennen, daß die beklagte Kollektivgesellschaft „Weinmann & Kopp" in Rapperswil nicht berechtigt sei, ihrer Namensfirma die Zusätze „Zuckermühle Rapperswil", „Zuckermühle in Rapperswil" oder auch nur „Zuckermühle" beizufügen und sich solcher Zusätze im Verkehr zu bedienen.

2. Das Gericht wolle die Löschung des Zusatzes „Zuckermühle" der im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragenen Firma „Weinmann & Kopp" anordnen.

3. Die Klägerin sei zu berechtigen, das Urteil je einmal auf Kosten der Beklagten im Schweiz. Handelsamtsblatt und im Amtsblatt des Kantons Aargau zu publizieren.

Die Beklagte hat diese Begehren im vollen Umfange bestritten.

B. — Durch Urteil vom 20. April 1911 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau die Klage abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtsgültig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Abänderungs-

begehren, die Klage sei im Sinne der erwähnten Rechtsbegehren gutzuheßen.

Mit der Berufungserklärung hat sie zum Beweise für tatsächlich seit Erlaß des handelsgerichtlichen Urteils vorgekommene Verwechslungen der beiden Firmen neuere Korrespondenzen vorgelegt; diese Aktenstücke sind jedoch durch Verfügung des Abteilungspräsidenten auf Grund des Art. 80 OG aus dem Rechte gewiesen worden.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin den schriftlich gestellten Berufungsantrag erneuert und beigelegt, eventuell sei die Klage nur „angebrachtmaßen" (als versüßt) abzuweisen und der Klägerin das Recht zu wahren, den Nachweis ihrer Schädigung durch Verwechslungen der beiden Firmen in einem neuen Verfahren zu erbringen. Der Vertreter der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des handelsgerichtlichen Urteils angetragen; —

in Erwägung:

1. — Soweit sich die Klägerin zur Begründung ihrer Begehren auf das Firmenrecht beruft, fallen die Art. 868 und 876 OR in Betracht. Danach muß die Firma der Beklagten, um rechtlich bestehen zu können, sich von der älteren Firma der Klägerin, die dieser „zu ausschließlichem Gebrauche" zusteht, „deutlich unterscheiden". Nun ist der Frage, ob dies zutrefte, nicht schon dadurch präjudiziert, daß der Bundesrat die Firma der Beklagten zur Eintragung zugelassen hat; denn Art. 30 der Verordnung über das Handelsregister, in der die Kompetenzen der Registerbehörden geregelt sind, behält den Entscheid über die Rechtsbeständigkeit einer Firma gegenüber dem Einspruche eines älteren Firmeneinhabers aus Art. 876 OR ausdrücklich den Gerichten vor. Dagegen muß, bei unmittelbarer Prüfung des Falles, die Aufsehung der streitigen Firma wegen nicht genügender Unterscheidbarkeit von derjenigen der Klägerin mit dem kantonalen Richter als unbegründet bezeichnet werden. Die Firma der Klägerin, die lediglich aus der sprachgebräuchlichen Bezeichnung der Natur ihres Geschäftsbetriebs („Zuckermühle") in Verbindung mit dem Orte des Geschäftssitzes und der Angabe ihrer Organisation als Aktiengesellschaft besteht, entspricht allerdings den gesetzlichen Vorschriften über die Firmen-

bildung dieser Gesellschaften (Art. 873) und fällt daher an sich unter die Schutzbestimmung des Art. 876 Nr. Allein es geht aus Erwägungen allgemein rechtlicher Natur schlechterdings nicht an, die Verwendung einer solchen Geschäftsbezeichnung — im Gegensatz zu einem bloßen Phantasiennamen, wie z. B. dem Worte „Globus“ im Falle **US 36 II Nr. 6 S. 38 ff.** — einem einzelnen Geschäftsinhaber als ausschließliches Individualrecht vorzubehalten. Vielmehr muß zur Wahrung der objektiven Rechtsgleichheit die natürliche Geschäftsbezeichnung als sprachliches Gemeingut, nach Analogie der Freizeichen im Markenrecht, grundsätzlich allen Inhabern von Geschäften der bezeichneten Art zur Verfügung stehen, und das dem Firmenberechtigten in Art. 876 verliehene Recht auf den „ausschließlichen“ Firmengebrauch kann mit Bezug auf solche natürlichen Geschäftsbezeichnungen als Firmenbestandteile nur die Befugnis verleihen, zu verlangen, daß dieselbe Bezeichnung in der später eingetragenen Firma eines gleichartigen Geschäftes in anderem Zusammenhange, insbesondere mit einem unterscheidenden Zusatz, verwendet werde, um die Möglichkeit von Verwechslungen der beiden Geschäfte auszuschließen. Diese Auffassung hat das Bundesgericht übrigens schon in den Fällen: Basler Droschkenanstalt Gebr. Sattelen gegen Allgemeine Droschkenanstalt Gebr. Keller (**US 23 Nr. 239 S. 1810 ff.**, spez. Erw. 4 S. 1816), Schweiz. Gasglühlichtaktiengesellschaft Zürich gegen Hauser-Gasser (**US 26 II Nr. 52 S. 380 ff.**, spez. Erw. 3 S. 384) und Schweiz. Uniformenfabrik gegen Speyer Behm & Cie. (**US 28 II Nr. 59 S. 463 ff.** spez. Erw. 4 S. 471/472) zum Ausdruck gebracht, allerdings bei Erörterung des Anspruchs aus illoyaler Konkurrenz, der jedoch in dieser Hinsicht auf der gleichen Voraussetzung beruht, wie der in Rede stehende Anspruch aus Firmenrecht nach der neueren Auslegung dieses letzteren. Der Auffassung entspricht ferner direkt das von der Klägerin angerufene neuere Präjudiz i. S. Portlandzementfabrik Liesberg A.-G. gegen Zement- u. Kalkwerke Liesberg: Gebr. Gressly, Marx & Cie. (**US 36 II Nr. 11 S. 68 ff.**), indem dort die Verwendung der als charakteristisches und wesentliches Merkmal der älteren Personenfirma anerkannten Geschäftsbezeichnung, nebst Angabe des Geschäftssitzes, der jüngeren Sachfirma nicht schlechthin verboten,

sondern für den Fall, daß sie den beiden Worten einen (näher bezeichneten) unterscheidenden Zusatz beifüge, ausdrücklich gestattet wurde (a. a. O. Erw. 2 S. 71). Demnach stellt sich die entscheidende Frage hier so, ob die Verwendung der Geschäftsbezeichnung „Zuckermühle“ im Zusammenhang mit den Personennamen Weinmann & Kopp in der Firma der Beklagten sich vom Gebrauch jenes Wortes in der Firma „Zuckermühle Mupperswil“ der Klägerin genügend unterscheide. Diese Frage aber ist a priori zu bejahen. Das Wort „Zuckermühle“ bildet den Hauptbestandteil der Sachfirma der Klägerin, während es in der Personenfirma der Beklagten lediglich als an sich nebensächlicher Anhang zu den, für die Firma gesetzlich allein notwendigen Personennamen ihrer beiden Teilhaber erscheint. Nun hat freilich das Bundesgericht im erwähnten Falle der Zementfabriken in Liesberg ausgeführt, daß auch ein solch akzessorischer, gesetzlich bloß fakultativer Bestandteil einer Personenfirma als für deren Unterscheidung von andern Firmen wesentliches Merkmal aufzufassen sei, sofern ihm nach der tatsächlichen Verwendung der Firma im Geschäftsverkehr maßgebende Bedeutung zukomme. Hievon kann jedoch vorliegend — im Gegensatz zu jenem früheren Falle — offenbar nicht die Rede sein, da ja die Firma der Beklagten im Zeitpunkte der Einleitung dieses Prozesses überhaupt erst eingeführt und in den Geschäftsverkehr gebracht wurde. Unter diesen Umständen könnte die Möglichkeit einer Verwechslung der beiden Firmen nur als gegeben angenommen werden, wenn tatsächlich vorgekommene Verwechslungsfälle in erheblicher Zahl durch die Akten ausgewiesen würden. Dies ist jedoch nach der allein in Betracht fallenden Aktienlage vor der kantonalen Instanz nicht der Fall, vielmehr spricht die unbestritten gebliebene Behauptung der Beklagten, daß nach Weisung der Postverwaltung Sendungen mit der bloßen Adresse: „Zuckermühle“ in Mupperswil stets der Klägerin zugestellt würden, dafür daß jedenfalls Verwechslungen zu Ungunsten dieser letzteren nicht zu befürchten sind.

2. — Nach dem bisher Gesagten ist die Verwendung der streitigen Firma der Beklagten auch aus dem Gesichtspunkte des Verbotes illoyaler Konkurrenz, auf das die Klägerin ferner noch abstellt, nicht zu beanstanden. Wögen auch die Verhältnisse, unter

denen die Gründung der Beklagten erfolgte, die Vermutung nahe legen, es möchte die von ihr getroffene Firmenwahl der Absicht illoyaler Konkurrenzierung des Geschäftes der Klägerin entsprungen sein, so liegen doch eben, wie bereits ausgeführt, für die Annahme daß diese allfällige Absicht bisher zur Verwirklichung gelangt sei, keine genügenden Anhaltspunkte vor. Insbesondere ist nicht erstellt, daß die Beklagte ihre Firma im Geschäftsverkehr nicht der Eintragung und gesetzlichen Bedeutung gemäß, sondern etwa unter besonderer Hervorhebung des sachlichen Bestandteils „Zuckermühle“, gegenüber den Namen der beiden Geschäftsinhaber, verwende und so die an sich, bei loyalem Firmengebrauch, nicht bestehende Möglichkeit der Verwechslung ihres Geschäfts mit demjenigen der Klägerin absichtlich herbeiführe.

3. — Auf Grund der vorstehenden Ausführungen ist die Klage schlechthin abzuweisen. Ihre Abweisung bloß „angebrachtermaßen“, im Sinne des heutigen Eventualantrages der Klägerin, hätte keinen Zweck, da es der Klägerin ohnehin, auch ohne besonderen Vorbehalt im heutigen Urteil, unbenommen ist, gestützt auf neues Tatsachenmaterial, das ihr für den gegenwärtigen Prozeß noch nicht zur Verfügung stand, die Firma der Beklagten neuerdings anzufechten; —

erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird abgewiesen und damit das Urteil des aargauischen Handelsgerichts vom 20. April 1911 in allen Teilen bestätigt.

78. Urteil vom 15. Dezember 1911 in Sachen Gräter,
Kl. u. Ber.-Kl., gegen Jugg, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Art. 50 OR: Verbot der illoyalen Konkurrenz. Anspruch auf Schutz der Geschäftsbezeichnung « Restauration zum Bahnhof » als Streitgegenstand, der seiner Natur nach keiner vermögensrechtlichen Schätzung unterliegt (Art. 61 OG). — Passivlegitimation des das Konkurrenzgeschäft unter der angefochtenen Bezeichnung « Hotel zum Bahnhof » betreibenden Pächters als solchen. Unerheblichkeit der Aufgabe des Pachtverhältnisses nach erfolgter Litiskontestation: Frage des kant. Prozessrechts. — Bedeutung des Hotelnamens als Bezeichnung nicht des Hauses, sondern des Geschäfts (Bestandteil des « fonds de commerce »). — Rückweisung der Streitsache gemäss Art. 82 Abs. 2 OG.

A. — Durch Urteil vom 2. September 1911 hat das Obergericht des Kantons Thurgau in vorliegender Streitsache erkannt: „Die Klage wird abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.

2. Die Rechtsfrage: „Ist dem Beklagten die Führung eines Gasthauses mit der Bezeichnung „Hotel Bahnhof“ zu untersagen?“ sei zu bejahen.

3. Die klägerische Forderung von 200 Fr. pro Monat, vom 19. August 1910 bis zur Aufgabe des Wirtschaftsbetriebes durch den Beklagten, sei voll, eventuell nach richterlichem Ermessen, zu schätzen.

4. Eventualiter sei die Streitsache zur materiellen Behandlung an die erste Instanz zurückzuweisen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers die gestellten Berufungsanträge erneuert. Der Vertreter des Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Im April 1910 wurde das „Hotel du Lac“ in Arbon, das damals dem später in Konkurs gefallenen J. Sontag gehörte, behördlich geschlossen, weil sich die Eheleute Sontag in ihrem