

missbräuchliche Namenbenützung zu Verwechslungen Anlass gebe, ist nicht erforderlich; es genügt begrifflich die Tatsache des widerrechtlichen Eingriffes in dieses Persönlichkeitsrecht. Die Untersagung des Gebrauches dieser Bezeichnung rechtfertigt sich umso mehr, als die allgemeine Tendenz der gegenwärtigen Gesetzgebung und Rechtsprechung dahin geht, im Gebiete des wirtschaftlichen Wettbewerbes auf möglichst wirksame Weise den Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr und den Schutz der Persönlichkeit zur Geltung zu bringen.

5. — Soweit sich der Kläger darauf beruft, die Beklagte mache sich durch den Gebrauch von, den Originalflaschen täuschend nachgeahmten Flaschen des unlauteren Wettbewerbes schuldig, scheidet dieser Standpunkt daran, dass die Vial-Flaschen keine irgendwie originelle, charakteristische Form haben. Infolgedessen vermochten sie auch nicht die Bedeutung eines besondern Kennzeichens für den darin befindlichen Wein zu erlangen, und insofern ein Individualrecht des Klägers auf die ausschliessliche Verwendung derselben zu begründen.

Dass endlich die Preisunterbietung durch Verkauf des echten Vin de Vial zu 6 Fr. 50 Cts. statt 7 Fr. die Flasche seitens der Beklagten keinen Akt illoyaler Konkurrenz darstellt, hat der Vertreter des Klägers heute selbst anerkannt.

6. — (Publikation.)

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Haupt- und Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 14. Februar 1924 wird bestätigt.

## VI. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

33. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Mai 1924

i. S. Karl Hürlimann's Söhne in Liq. gegen Gottfried & Josef Hürlimann.

Art. 58 OG: Ein Entscheid, der die Prozesslegitimation des Liquidators einer Kollektivgesellschaft verneint, ist kein Haupturteil.

A. — Die Brüder Leopold Hürlimann in Mailand, Gottfried und Josef Hürlimann in Luzern bildeten eine Kollektivgesellschaft unter der Firma Karl Hürlimann's Söhne, — Käsefabrikation, Handel en gros und Export, — mit Hauptsitz in Küssnacht.

Am 18. März 1920 schlossen sie miteinander eine « Vereinbarung » ab, aus welcher folgende Bestimmungen hervorzuheben sind :

« I. Die Kollektivgesellschaft Karl Hürlimann's Söhne wird auf 1. Januar 1920 aufgelöst und tritt in Liquidation.

II. Die förmliche Ernennung der Liquidatoren im Sinne von Art. 580 OR erfolgt heute noch nicht. Die Gesellschaft wird nach aussen in bisheriger Weise vertreten. Die Rechte und Pflichten unter den Gesellschaftern werden wie folgt fixiert :

III. Als vorläufigen Liquidatoren bestellen sie den Rechtsagenten Alois Häfliger in Luzern.

IV. Dem Liquidatoren Häfliger wird speziell der Auftrag erteilt, möglichst bald die Vermögenslage der Gesellschaft genau festzustellen. Zu diesem Zwecke und zur Feststellung des Verhältnisses unter den Gesellschaftern ist er berechtigt und bevollmächtigt, wenn

nötig die Bücher und Bilanzen durch einen Fachmann oder Treuhandgesellschaft prüfen, und sich ein Gutachten erstatten zu lassen.

V. Können nicht alle Liquidationshandlungen, oder kann nicht die völlige Liquidation der Gesellschaft und die Verteilung des Gesellschaftsvermögens auf Grund dieses Vertrages durchgeführt werden, so sind im Sinne von Art. 580 ff. OR Liquidatoren zu bestellen, in folgender Weise :

a) Der einte Liquidator wird heute schon ernannt in der Person des Rechtsagenten A. Häfliger.

b) Einen zweiten oder dritten Liquidatoren haben die Gesellschafter Josef und Gottfried Hürlimann zu bezeichnen, und zwar innert acht Tagen nachdem die Tatsache festgestellt wurde, dass die Bestellung gesetzlicher Liquidatoren zu erfolgen habe. Würde innert dieser Frist die Wahl dieses Liquidators nicht vorgenommen, so hätte auf Begehren eines Gesellschafters der Amtsgerichtspräsident von Luzern diesen Liquidatoren zu bestellen.

VI. Wenn der provisorisch ernannte Liquidator A. Häfliger die Überzeugung hat, dass die Bestellung gesetzlicher Liquidatoren notwendig ist, oder ein Kollektivgesellschaftler die Bestellung solcher Liquidatoren begehrt, so ist ihre Wahl gemäss Ziffer V vornen vorzunehmen. »

Am 5. August 1920 teilte die Firma Karl Hürlimann's Söhne dem Handelsregisteramt Schwyz unter Einsendung der « Vereinbarung » mit, dass sie in Liquidation getreten sei, mit dem Bemerkten: « Es wäre uns sehr angenehm, wenn die Publikation in so einfachem als möglichen Sinne erfolgen könnte, und möchten wir Sie höfl. ersuchen, uns den Entwurf zur Publikation zuzusenden. » Am folgenden Tage stellte ihr das Handelsregisterbureau den Entwurf für die Anmeldung im Handelsregister zu, mit dem Ersuchen, dieselbe von sämtlichen Gesellschaftern unterzeichnen zu lassen ;

es bemerkte dazu : « Sollten nachträglich noch andere Liquidatoren bestellt werden, wie es in Ihrem Vertrage vorgesehen ist, so hätte eine diesbezügliche Ergänzung zu geschehen. » Der Entwurf lautete : « 6. August 1920 : Die Kollektivgesellschaft unter der Firma « Karl Hürlimann's Söhne » .... hat sich aufgelöst ; die Liquidation wird unter der Firma Karl Hürlimann's Söhne in Liq. durch den Liquidatoren Alois Häfliger, Rechtsagent, Luzern, besorgt. » Diese Anmeldung, mit den amtlich beglaubigten Unterschriften der drei Gesellschafter versehen, reichte die Kollektivgesellschaft am 13. August 1920 dem Handelsregisterbureau Schwyz ein. Die Eintragung ins Handelsregister erfolgte am 14. August 1920.

B. — Am 3. Januar 1923 reichte Fürsprech Dr. Schaller in Luzern, unter Vorlegung einer vom Liquidator A. Häfliger namens der Firma Karl Hürlimann's Söhne in Liq. auf ihn ausgestellten Prozessvollmacht, beim Amtsgericht Luzern-Stadt die vorliegende Klage gegen Gottfried und Josef Hürlimann ein, mit dem Rechtsbegehren : « Die Beklagten seien solidarisch gehalten, an die Klägerin zu bezahlen :

1. 145,199 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 1919 ;

2. 121,559 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 1919,

gegen Überlassung der deutschen Pfandbriefe im Betrage von 140,000 Mark, laut Klageziffer III, sowie der Forderung der Klägerin an Josef Hürlimann, Oberstaufen. »

Zur Begründung machte er geltend : die Beklagten hätten die Geschäfte sowohl für den Hauptsitz in Küssnacht, als für die Zweigniederlassung in Luzern geleitet ; bei diesem Geschäftsbetriebe seien u. a. zwei bedeutende Verluste eingetreten durch eine Devisenspekulation (Verlust 145,199 Fr.) und eine unbefugte Kreditgewährung (Verlust 121,559 Fr.), für welche die Beklagten haftbar seien, da ihnen dabei ein schweres Verschulden zur

Last falle. Die Kollektivgesellschaft sei im August 1920 in Liquidation getreten, und als Liquidator sei Häfliger ernannt worden.

C. — Der Beklagte Gottfried Hürlimann stellte die Anträge:

1. Er habe sich auf die Klage nicht einzulassen, vielmehr sei dieselbe « aus den Rechten » zu weisen.

2. Eventuell habe sich das Gericht als inkompetent zu erklären.

3. Eventuell sei die Klage materiell als unbegründet abzuweisen.

Er bestritt in erster Linie dem Liquidator Häfliger die Legitimation zum Prozess. Die Eintragung im Handelsregister widerspreche der Vereinbarung vom 18. März 1920. Eventuell wäre sie nur Dritten gegenüber wirksam. Häfliger sei aber kein Dritter. Unter den Parteien gebe es überhaupt keine Rechtskraft des Handelsregisters. Der Entwurf des Handelsregisterbureaus Schwyz sei von den Kollektivgesellschaftern in der Meinung unterzeichnet worden, dass der Liquidationsvertrag nach wie vor gelte. Danach sei Häfliger nur als « vorläufiger » Liquidator bestellt worden zur Feststellung der Vermögenslage der Gesellschaft, keinesfalls aber als Liquidator im Sinne von Art. 582 OR. Es fehle deshalb auch dem klägerischen Anwalt eine gültige Prozessvollmacht (Art. 56 ZPO).

Eventuell erhob er gegenüber der Firma Karl Hürlimann's Söhne in Liq. die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation, unter Berufung darauf, es handle sich um einen Streit zwischen den Gesellschaftern, indem die Beklagten mit der Klage für in ihrer Eigenschaft als Kollektivgesellschafter vorgenommene Handlungen verantwortlich gemacht würden. In einem solchen Falle sei aber nach Art. 538 Abs. 2 OR nur der geschädigte Gesellschafter (Leopold Hürlimann) und nicht die Gesellschaft zur Klage berechtigt.

Weiter eventuell stellte er sich auf den Standpunkt,

das Gericht sei zur Beurteilung dieses Streites unter den Gesellschaftern nicht kompetent; dieser gehöre vielmehr vor ein Schiedsgericht. Er stütze sich hiefür auf Art. 19 des Gesellschaftsvertrages vom 1. Januar 1903, der bestimmt: « Über alle eventuellen Streitigkeiten haben sich die Gesellschafter einem Schiedsgericht zu unterziehen und zu fügen, und nicht auf gerichtlichem Wege zu prozessieren. »

D. — Der Beklagte Josef Hürlimann beantragte « Abweisung der Klage in allen Teilen ». Er bestritt dem Liquidator Häfliger die Vertretungsbefugnis und Aktivlegitimation zu diesem Prozess.

E. — Durch Urteil vom 27. April 1923 hat das Amtsgericht Luzern-Stadt erkannt: « Die Klage ist mangels Prozesslegitimation des provisorischen Liquidators A. Häfliger abgewiesen. » Die Begründung lässt sich dahin zusammenfassen: In der Vereinbarung vom 18. März 1920 sei Häfliger bloss als provisorischer Liquidator bestellt worden. Hieran sei durch den Handelsregistereintrag vom August 1920 nichts geändert worden, da ihm nur deklaratorische Wirkung zukomme. Die Vereinbarung sei vielmehr weiter in Kraft geblieben und für die Befugnisse des Häfliger den Gesellschaftern gegenüber massgebend. Als bloss provisorischer Liquidator besitze dieser aber mangels einer dahingehenden Vertragsbestimmung keine Vollmacht zur Führung von Prozessen für die Klägerin; er habe daher auch keine Prozessvollmacht ausstellen können, und es sei deshalb die Klage wegen fehlender Legitimation abzuweisen.

Das Obergericht des Kantons Luzern hat diesen Entscheid mit Urteil vom 14. September 1923 von Amtes wegen kassiert und die Sache zur Entscheidung im Sinne der Motive an das Amtsgericht zurückgewiesen. Es erblickte eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darin, dass die erste Instanz die Inkompetenzrede des Erstbeklagten, über die « allem andern voran hätte erkannt werden müssen », nicht behandelt,

und über die Einrede der mangelnden Legitimation des Liquidators Häfliger zum Prozesse ein Endurteil, und nicht nach § 127 ZPO einen Zwischenentscheid gefällt habe.

F. — Mit Urteil vom 31. Oktober 1923 erklärte sich hierauf das Amtsgericht zur Behandlung der Legitimationseinrede kompetent, von der Erwägung ausgehend, dass, da in dem nunmehr zu erlassenden Vorentscheid nicht auf die Sache selbst, den Streit aus dem Gesellschaftsverhältnis, einzutreten, sondern lediglich die Legitimationsfrage, also nur ein prozessuales Verhältnis zu beurteilen sei, für die Anwendung der Schiedsgerichtsklausel kein Raum bleibe. Unter Berufung auf die Erwägungen im frühern Entscheid vom 27. April 1923, nach welchen die von beiden Beklagten erhobene Einrede der mangelnden Prozesslegitimation des Häfliger geschützt werden müsse, erkannte es: « Die Beklagten haben sich mangels Prozesslegitimation des Liquidators A. Häfliger auf die Klage nicht einzulassen. »

Hiegegen rekurrierte die Klägerin an das Obergericht mit dem Antrag, der Entscheid sei aufzuheben, und die Beklagten seien zur Einlassung auf die Klage zu verhalten.

G. — Mit Urteil vom 8. Februar 1924 hat das Obergericht des Kantons Luzern den Rekurs als unbegründet abgewiesen.

H. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Begehren um Aufhebung desselben und Rückweisung der Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz, bezw. das Amtsgericht Luzern-Stadt. Vorsorglich wird auch Gutheissung der Klage beantragt.

In der Berufungserklärung wird bemerkt, der Entscheid werde angefochten, weil er dem Liquidator der Gesellschaft verunmögliche, deren Forderungen gegen zwei Kollektivgesellschaftler gerichtlich feststellen zu

lassen. Er sei insoweit ein Haupturteil im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 58 OG ist die Berufung an das Bundesgericht nur gegen in der letzten kantonalen Instanz erlassene Haupturteile, d. h. gegen solche Urteile zulässig, die über die im Prozess geltend gemachten materiellen Ansprüche definitiv entscheiden, mit der Folge, dass gegenüber der Geltendmachung der gleichen Ansprüche in einem neuen Prozess die Einrede der abgeurteilten Sache begründet erschiene (vgl. Weiss, Berufung S. 34; AS 43 II 550; 47 II 108). Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. Der angefochtene Entscheid lässt die materielle Streitsache intakt und beschränkt sich auf die Feststellung, dass die namens der Kollektivgesellschaft Karl Hürlimann's Söhne in Liq. angehobene Klage von einer Person eingereicht worden sei, die nicht befugt gewesen sei, als Vertreter der Klägerin prozessualisch zu handeln, und dass deshalb dieser Klageerhebung die prozessuale Wirkung nicht zukommen könne, eine gerichtliche Entscheidung der gestellten Streitfrage auszulösen, weshalb die Beklagten auch nicht verpflichtet seien, sich auf die Klage einzulassen. Die Vorinstanz hat es also gerade im Hinblick auf das Fehlen der prozessualen Voraussetzungen für ein Eintreten auf die Sache selbst abgelehnt, eine materielle Entscheidung über den angehobenen Rechtsstreit zu treffen.

Diesem ausschliesslich auf die Prozessvoraussetzungen sich beschränkenden Inhalt der angefochtenen Entscheidung entspricht es denn auch, dass die kantonalen Instanzen es für überflüssig erachtet haben, in Bezug auf die Sache selbst zu der vom Erstbeklagten unter Berufung auf Ziffer 19 des Gesellschaftsvertrages (Schiedsgerichtsklausel) erhobenen Einrede der Inkompetenz Stellung zu nehmen. Diese Einrede hinderte sie natürlich nicht, vorerst zu

prüfen, ob nicht auch noch andere Prozessvoraussetzungen fehlen, indem, wenn auch nur eine dieser Voraussetzungen mangelt, die materielle Behandlung der Streitsache ausgeschlossen ist. Dem Berufungsantrag der Klägerin könnte daher bei Aufhebung des angefochtenen Urteils unter keinen Umständen in der Weise stattgegeben werden, dass die kantonalen Instanzen angewiesen würden, ohne weiteres auf die materielle Behandlung des Streitverhältnisses einzutreten, sondern eine solche Rückweisung wäre überhaupt nur unter dem Vorbehalt zulässig, dass sie sich hiezu kompetent erklären.

2. — Nun hat freilich das Bundesgericht wiederholt die Berufung auch gegen solche Entscheidungen als zulässig erklärt, die nicht über die Hauptsache, — den materiellen Anspruch, — sondern über prozessuale Fragen ergehen, also nicht eigentliche Haupturteile sind, aber in ihrer Wirkung tatsächlich solchen gleichkommen, insofern, als in der Verneinung der notwendigen Prozessvoraussetzung *in concreto* zugleich auch eine Verneinung des materiellen Anspruchs liegt, mit dem Entscheid über die Prozesseinrede also implizite auch über den materiellen Anspruch endgültig entschieden ist, so z. B., wenn auf Nichteintreten mit der Begründung erkannt wird, dass der klägerischen Partei die Parteifähigkeit fehle. Es ist in dieser Beziehung insbesondere auf die von der Berufungsklägerin angeführten Entscheidungen in AS 25 II 902, 31 II 169, 49 III 196 zu verweisen, sowie auf WEISS, Berufung S. 40 ff.

Die Klägerin behauptet nun, ein solcher, auf den Bestand und die Gestaltung des materiellen Streitverhältnisses mittelbar einwirkender Entscheid liege auch hier vor; denn, wenn dem im Handelsregister eingetragenen Liquidator die Befugnis abgesprochen werde, einen Anspruch der Kollektivgesellschaft zur gerichtlichen Beurteilung zu bringen, sei überhaupt niemand mehr da, der zur Geltendmachung desselben berechtigt wäre.

Dieser Standpunkt ist unrichtig. Die Vorinstanz hat keineswegs ausgesprochen, dass die in Liquidation getretene Kollektivgesellschaft Karl Hürlimann's Söhne nicht berechtigt sei, durch von ihr, eventuell gemäss Art. 580 Abs. 2 OR vom Gericht zu bestellende Liquidatoren einen ihr zustehenden Anspruch, wie den hier streitigen, gegen einzelne Gesellschafter, sei es gerichtlich oder aussergerichtlich geltend zu machen. Ebenso wenig hat sie mit der Feststellung, dass dem Liquidator Häfliger zur Anhebung der Klage die nötige Vertretungsbefugnis gefehlt habe, die Frage präjudiziert, ob es nicht der Klägerin möglich sei, ihre Vertretung nach Ernennung des Häfliger zum Liquidator im Sinne von Art. 580 OR durch die vorgesehenen weiteren Liquidatoren als Kollektivvertretung zu gestalten. Alle diese Fragen bleiben nach dem angefochtenen Entscheid offen. Die Vorinstanz hat einzig über die Frage entschieden, welche Stellung der Person des Häfliger in Bezug auf die Vertretung der Kollektivgesellschaft in Liq. eingeräumt worden sei, und welchen Inhalt die ihm erteilte Vollmacht habe. Sie geht dabei davon aus, nach aussen sei Häfliger durch die Handelsregistereintragung allerdings ermächtigt worden, die Gesellschaft gemäss Art. 582 Abs. 1 OR zu vertreten; im Verhältnis der Gesellschaft zu den Gesellschaftern selbst aber habe es bei der Beschränkung der Vertretungsbefugnis, wie sie bei seiner Bestellung am 18. März 1920 festgesetzt worden war, sein Bewenden.

Hieraus erhellt klar, dass der angefochtene Entscheid weder die Frage, ob und in welchem Umfange der eingeklagte Anspruch bestehe, noch die andere, ob er in der Person der Kollektivgesellschaft in Liquidation bestehe, und von ihr wirksam geltend gemacht werden könne, präjudiziert. Er wahrt vielmehr bloss den Gesellschaftern das Recht, die Geschäftsführung und Vertretung so zu ordnen, wie sie es unter sich am 18. März 1920 abgemacht haben.

3. — Wird danach aber der materiellrechtliche Bestand des geltend gemachten Anspruchs durch die angefochtene Entscheidung nicht berührt, so kann ihr auch nicht der Charakter eines Haupturteils im Sinne der von der Klägerin angezogenen bundesgerichtlichen Urteile zukommen, und es erweist sich deshalb die Berufung als unzulässig.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

## VII. VERSICHERUNGSVERTRAG

### CONTRAT D'ASSURANCE

Siehe Nr. 18. — Voir n° 18.

## I. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Mai 1924

i. S. Sch. gegen Amtsvormundschaft des Bezirks Laufenburg und Regierungsrat des Kantons Aargau.

Art. 99 ZGB. Die vormundschaftliche Einwilligung zur Eheschliessung eines Entmündigten darf nur aus Gründen verweigert werden, die sich aus der vormundschaftlichen Fürsorge für den Mündel ergeben.

A. — E. Sch. von Laufenburg, geboren 1889, von Beruf Schlosser, hat erstmals im Jahre 1912 geheiratet. Aus dieser im Februar 1918 durch den Tod der Frau aufgelösten Ehe sind drei Kinder vorhanden, für welche die Heimatgemeinde aufkommt. Im Januar 1918 verurteilte das Kantonsgericht Schaffhausen Sch. wegen versuchten Raubes im Komplott zu  $1\frac{3}{4}$  Jahren Zuchthaus und Ehrverlust auf die Dauer von 4 Jahren. Durch Urteil des Bezirksgerichts Laufenburg vom 30. Juni 1921, obergerichtlich bestätigt am 7. Oktober gleichen Jahres, wurde er gemäss Art. 370 ZGB wegen lasterhaften Lebenswandels entmündigt und ihm die elterliche Gewalt über seine Kinder entzogen. Die Entmündigung erfolgte hauptsächlich auf Grund der Feststellung, dass er im Jahre 1917 seine Frau im Stich gelassen, seither mit der nachmals geschiedenen M. J. zusammengelebt, zwei aussereheliche Kinder mit ihr gezeugt und inzwischen wenig oder nichts für seine Familie getan hatte, sodass diese von der Gemeinde mit namhaften Beträgen unterstützt werden musste. Im November 1921 wurde Sch. durch das Bezirksgericht Laufenburg wegen Vernachlässigung der Elternpflichten und wegen eines Ver-