

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Auf die zivilrechtliche Beschwerde wird nicht eingetreten. Die Sache wird an die staatsrechtliche Abteilung gewiesen.

67. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. November 1930

i. S. Textor A.-G. gegen Jakob Rohner A.-G.

Revisionsgesuch gegen ein Urteil des Bundesgerichtes als zivilrechtliche Berufungsinstanz.

Nichteintreten wegen *Verspätung*; Fristenlauf gemäss BZP Art. 192 Ziff. 2 und 193. (Erw. 1.)

Materielle Beurteilung: Ein rechtlicher oder tatsächlicher Widerspruch zwischen zwei Urteilen des Bundesgerichtes ist kein Revisionsgrund.

BZP Art. 192 Ziff. 2: Die neuen Beweismittel müssen sich auf Tatsachen beziehen, die schon im ersten Prozess behauptet worden sind. (Erw. 2.)

A. — In der Berufungssache der Textor A.-G. St. Gallen als Beklagte und Widerklägerin gegen die Jakob Rohner A.-G. Rebstein als Klägerin und Widerbeklagte hat das Bundesgericht am 29. Januar 1930 das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 27. Juni/21. November 1928 bestätigt. Die Jakob Rohner A.-G. hatte geltend gemacht, die Textor A.-G. habe verschiedene ihrer Stickeremuster, darunter das Muster Nr. 43885, nachgemacht oder nachgeahmt und sie sei deshalb zu verurteilen, die Muster zu entfernen die Warenbestände zu übergeben und der Klägerin Schadenersatz zu bezahlen. Die Textor A.-G. hatte mit der Widerklage verlangt, dass die klägerischen Muster nichtig erklärt werden (Art. 12 Ziff. 1 MMG), da sie zur Zeit der Hinterlegung in den beteiligten Verkehrskreisen bereits bekannt gewesen seien. Das Handelsgericht hatte die Widerklage abgewiesen und die Hauptklage grundsätzlich geschützt.

Das Bundesgericht hat bei Beurteilung der Widerklage im Prinzip daran festgehalten, dass die Neuheit eines Musters zerstört werde, wenn es im *Inland* vor der Hinterlegung bekannt geworden sei (vgl. BGE 54 II S. 58). Es hat dann aber die Frage aufgeworfen, « ob nicht ausnahmsweise doch auf die ausländischen Verhältnisse abzustellen sei, wenn es sich um ein Muster einer einheimischen Exportfirma handelt, das überhaupt nur im Ausland abgesetzt wird » (BGE 56 II S. 77). Ein solches Muster schein hier vorzuliegen. Die Frage konnte jedoch offen gelassen werden, da die Beklagte ihre Nichtigkeitsklage ausschliesslich mit der Behauptung gestützt hatte, das Muster Nr. 43,885 sei einmal vor der Hinterlegung an eine Agenturfirma der Klägerin veräussert worden. « Auch wenn nämlich ausnahmsweise die Verhältnisse in *Marokko* zu berücksichtigen wären, weil sich nur dort die beteiligten Verkehrskreise befinden, könnte man im vorliegenden Fall doch nicht davon sprechen, dass das Muster Nr. 43,885 unter dem dortigen Publikum und den beteiligten Verkehrskreisen bekannt gewesen sei. Zum Bekanntsein genügt nicht, dass ein Muster ein einziges Mal bestellt wird, zumal von einem Agenten des Verkäufers, der in dieser Hinsicht als Vertrauensmann des Verkäufers zu gelten hat. Das Erfordernis des Muster-schutzes, dass die Hinterlegung vor dem Verkauf stattzufinden hat, ist nicht so aufzufassen, dass in allen Fällen auch ein einmaliges Zeigen schon ein Bekanntsein begründet, denn es liegt nahe, dass ein Verkäufer sich vor der Hinterlegung überzeugen will, ob das Muster den mutmasslichen Abnehmern gefallen wird. »

B. — Am 6. Mai 1930 hatte das Bundesgericht die Berufungssache der Jakob Rohner A.-G. gegen die Firma Bühler & C^{ie} in Lutzenberg zu beurteilen (Auszug des Urteils in BGE 56 II S. 235). Es handelte sich wieder um einen Musterschutzprozess, in dem die Jakob Rohner A.-G. mit der Hauptklage Schadenersatz wegen Nachahmung ihrer Muster, u. a. auch des Musters Nr. 43,885,

geltend machte, während Bühler & C^{ie} einredeweise Zerstörung der Neuheit der Muster zur Zeit der Hinterlegung behaupteten. Das Obergericht des Kantons Appenzell A.-Rh. hatte die Einrede der Beklagten geschützt und die Klage der Jakob Rohner A.-G. abgewiesen. Das Bundesgericht hat auch dieses Urteil bestätigt.

Die kantonale Instanz hatte in diesem Prozess über die Neuheit der streitigen Muster ausgeführt: « Das Obergericht muss daher als erwiesen annehmen, dass in der Zeit vom Oktober 1926 bis zum 22. Januar 1927 nicht nur die Muster der klägerischen Dessins Nr. 43,885, 43,887, 43888 im ganzen, weiten, der französischen Oberhoheit unterstehenden Handelsgebiet Nord- und Mittelafrikas Verbreitung gefunden haben, sondern dass ganz umfangreiche Warensendungen auf Grund effektiver Bestellungen nach diesem Gebiet stattgefunden haben. Diese Warensendungen liessen sich nach der übereinstimmenden Feststellung der Fachleute im Gerichte nicht bewerkstelligen, ohne dass durch die Fabrikation und den Versand dieser Waren auch im Inland so viele Angehörige der beteiligten Verkehrskreise diese Muster schon vor dem 22. Januar 1927 gekannt haben müssen, dass sie nicht mehr als neu gelten konnten... » Das Bundesgericht hat in diesen Ausführungen tatsächliche Feststellungen erblickt, aber die Frage offen gelassen, ob es daran gebunden sei, oder ob sie nicht vielmehr aktenwidrig seien. Jedenfalls hatte die Beklagte in diesem zweiten Prozess im Gegensatz zur Textor A.-G. im ersten Fall geltend gemacht, dass die Muster vor der Hinterlegung nicht nur nach Marokko gesandt worden waren und dass von dort eine Bestellung eingetroffen war, sondern dass sie auch in Senegal anfangs Januar 1927 « zur Auslieferung kamen », sodass ein Vertreter der Beklagten, Chacra, am 15. Januar 1927, eine Woche vor der Hinterlegung, für die Beklagte bereits die erste Bestellung auf der Nachahmung aufnehmen konnte. Das Bundesgericht hat im Fall Bühler die im Prozess Textor A.-G. aufgeworfene Frage bejaht, ob bei

ausschliesslichen Exportmustern eine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip zu machen sei (BGE 56 II S. 235) und es hat denn über den damals zutreffenden Tatbestand ausgeführt: « Im vorliegenden Fall hat die Klägerin ausdrücklich zugegeben, die drei fraglichen Muster seien ausschliesslich für den Verkauf im nördlichen Teil Afrikas bestimmt gewesen. Der gekennzeichnete Ausnahmefall liegt also vor, und es fragt sich nur noch, ob die drei typischen Exportmuster der Klägerin zur Zeit der Hinterlegung unter den beteiligten Verkehrskreisen des afrikanischen Absatzgebietes bereits bekannt gewesen seien. Auch daran kann kein Zweifel bestehen, nachdem im vorliegenden Fall im Gegensatz zur Sache Textor A.-G. gegen die Klägerin feststeht, dass nicht nur ein einmaliger Verkauf durch einen Vertrauensmann der Klägerin erfolgt ist, sondern dass die Muster verschiedenen, den beteiligten Verkehrskreisen angehörigen Kunden an verschiedenen Orten eröffnet worden sind. » Das Urteil im Prozess Rohner A.-G. gegen Bühler & C^{ie} ist den Parteien am 24. Mai 1930 zugestellt worden.

C. — In einer Eingabe vom 29. September 1930 hat der Vertreter der Textor A.-G., der nicht etwa auch die Firma Bühler & C^{ie} vertreten hatte, beim Bundesgericht das Begehren um Revision des Urteils vom 29. Januar 1930 i. S. Textor A.-G. gegen Jakob Rohner A.-G. und den Antrag gestellt, « die im angefochtenen Entscheid geschützte Summe sei um die Beträge von 5406 Fr. und 1869 Fr. 20 Cts. zu reduzieren, unter entsprechender Abänderung des rechtlichen und ausserrechtlichen Kostenanspruches für das frühere Prozessverfahren und unter Kostenüberbindung für das Revisionsverfahren auf die Revisionsbeklagte. »

Aus dem Urteil vom 6. Mai 1930 im Prozesse Bühler & C^{ie} ergebe sich klar, dass für das Muster Nr. 43,885 der Ausnahmefall der Neuheitszerstörung durch Bekanntsein im Ausland vor der Hinterlegung zutreffe. Das müsse auch für den Fall der Textor A.-G. gelten, denn es sei

ja dasselbe Muster. Die im Prozess Bühler «erhobenen Tatsachen und Beweismittel» seien der Textor A.-G. zur Zeit ihrer Prozessführung gegen die Jakob Rohner A.-G. nicht bekannt gewesen und hätten ihr nicht bekannt sein können. «Von der kritischen Tatsache» habe die Textor A.-G. erstmals Kenntnis erhalten, als der bundesgerichtliche Entscheid i. S. Bühler & C^{te} in der «Praxis» des Bundesgerichtes veröffentlicht worden sei, am 9. Juli 1930. Der Vertreter der Textor A.-G. habe daraufhin sofort die Belege geprüft. Die Frist des Art. 192 Ziff. 2 und 193 BZP sei daher innegehalten worden. Werde das Muster Nr. 43,885 im Revisionsverfahren als zur Zeit der Hinterlegung nicht mehr neu erklärt, so sei der Schadenersatz entsprechend herabzusetzen, zu dem die Revisionsklägerin seinerzeit verpflichtet worden sei.

D. — Die Revisionsbeklagte, Jakob Rohner A.-G., hat beantragt, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventuell sei es abzuweisen. Das Urteil i. S. Bühler & C^{te} stamme vom 6. Mai 1930 und sei im Mai «publiziert» worden; auf die Bekanntgabe in der Praxis könne nicht abgestellt werden. Sodann mache die Revisionsklägerin neue Tatsachen geltend, nicht die Auffindung neuer Beweismittel. Ausserdem wäre die Beibringung der Beweismittel im Prozess nicht unmöglich gewesen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Als Revisionsgrund hat die Revisionsklägerin einzig Art. 192 Ziff. 2 BZP angerufen, wonach die Revision zuzulassen ist, wenn der Impetrant entschiedene Beweismittel auffindet, deren Beibringung ihm im frühern Verfahren unmöglich gewesen war. Es ist somit zu untersuchen, ob die für die Stellung des Revisionsgesuches durch Art. 193 BZP vorgeschriebene Frist von drei Monaten seit Entdeckung dieses Revisionsgrundes im vorliegenden Falle durch die Revisionsklägerin innegehalten worden ist. Vorläufig vorausgesetzt, dass der angerufene Revisions-

grund zutrefte, ist also zuerst zu prüfen, wenn er entdeckt worden ist.

Die Revisionsklägerin nimmt zu Unrecht an, die Entdeckung der angeblichen neuen Beweismittel habe stattgefunden und die Frist habe zu laufen begonnen an dem Tage, an dem ihr damaliger Anwalt mehr oder weniger zufällig, durch die Lektüre der «Praxis des Bundesgerichtes», Kenntnis von dem Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Rohner A.-G. gegen Bühler & C^{te} erhalten habe. Wenn auch in den Fällen, in denen der behauptete Revisionsgrund in einem spätern bundesgerichtlichen Urteil enthalten sein soll, auf den später liegenden, zufälligen Zeitpunkt der tatsächlichen Entdeckung durch den Gesuchsteller abzustellen wäre, würde die Frist des Art. 193 BZP ihren durch den Gesetzgeber gewollten Charakter als Notfrist (vgl. WEISS, Berufung S. 346; BÄRISWYL, Das Rechtsmittel der Revision nach dem schweizerischen Zivilprozessrecht S. 70), praktisch betrachtet, einbüßen. Massgebend ist der Tag, an dem der Revisionsgrund, objektiv genommen, entdeckt worden ist, an dem sich also gezeigt hat, dass für eine schon im ersten Prozess behauptete Tatsache bisher unbekannte Beweismittel, insbesondere Zeugen und Urkunden, existieren. Das ist der Zeitpunkt der Fällung des bundesgerichtlichen Urteils, wenn der Revisionsgrund darin enthalten sein soll, in casu also der 6. Mai 1930, spätestens jedoch der Tag der Mitteilung des motivierten Entscheides an die Parteien, im vorliegenden Fall also der 24. Mai 1930. Die Gesuchstellerin hat daher die Frist des Art. 193 BZP von drei Monaten bei Einreichung ihres mit dem 29. September 1930 datierten Revisionsgesuches nicht beachtet, gleichgültig, ob der Zeitpunkt der Fällung des Erkenntnisses i. S. Bühler & C^{te} oder der der Zustellung als entscheidend erklärt wird. Die Gesuchstellerin kann sich für eine Erstreckung der Notfrist auch nicht darauf berufen, dass sie im zweiten Prozess gar nicht Partei gewesen sei und vor Empfang der gedruckten Urteils-

sammlung keine Kenntnis habe erhalten können, denn ganz abgesehen davon, dass keine Unmöglichkeit früheren Erfahrens bestand, hat sie ausdrücklich zugegeben, von dem Urteil i. S. Rohner A.-G. gegen Bühler & C^{ie} schon etwa einen Monat vor Ablauf der Notfrist durch die « Praxis » vernommen zu haben. Auf das Revisionsgesuch kann daher wegen Verspätung nicht eingetreten werden.

2. — Das Gesuch wäre aber auch materiell unbegründet. Es besteht allerdings zwischen den beiden Urteilen des Bundesgerichtes ein tatsächlicher und ein rechtlicher Widerspruch. Im ersten Entscheid i. S. Textor A.-G. gegen Jakob Rohner A.-G. wurde ausgeführt, das Muster Nr. 43,885 sei vor Erlangung des Musterschutzes nur einmal an einen Agenten der Klägerin verkauft worden, während im zweiten Prozess gegen Bühler & C^{ie} angenommen wurde, es sei vor der Hinterlegung nicht nur in Marokko einmal verkauft worden, sondern in Senegal ganz allgemein « zur Auslieferung gelangt »; im ersten Fall wurde in rechtlicher Beziehung die Neuheit des Musters als zur Zeit der Deposition erhalten, im zweiten Entscheid als zerstört bezeichnet. Es ist vom Bundesgericht jedoch von jeher erkannt worden und geht aus Art. 192 BZP ohne weiteres hervor, dass ein Widerspruch zweier Urteile über dieselbe Rechtsfrage keinen Revisionsgrund darstellt (vgl. BGE 30 II S. 180 ff.; Revue der Gerichtspraxis XXII Nr. 68; WEISS, Berufung S. 343). Aber auch wegen eines tatsächlichen Widerspruchs zweier Urteile des Bundesgerichtes kann die Revision des frühern nicht zugelassen werden. Es kann täglich vorkommen, dass ein kantonales Gericht Beweise über dieselbe Tatsache anders würdigt, als es sie früher gewürdigt hat oder als eine andere letzte kantonale Instanz entschieden hat, oder dass es abweichende tatsächliche Feststellungen macht; das Bundesgericht als Berufungsinstanz ist gemäss Art. 81 OG auch an Feststellungen über tatsächliche Verhältnisse gebunden, wenn sie sich widersprechen, sofern sie nur nicht aktenwidrig sind. Gerade im vorliegenden Falle

wird die Möglichkeit solcher Widersprüche deutlich erhellt: Wenn das Bundesgericht im Prozesse Rohner A.-G. gegen Bühler & C^{ie} sämtliche tatsächlichen Feststellungen des appenzell-ausserrhodischen Obergerichtes als rechtserheblich hätte übernehmen müssen und wenn es die Rüge der Aktenwidrigkeit nicht hätte schützen können, wäre es sogar dazu gelangt, die Neuheit des Musters Nr. 43,885 als auch im Inland zerstört zu betrachten, während in dem vom st. gallischen Handelsgericht beurteilten Falle Textor A.-G. gegen Jakob Rohner A.-G. auf Grund des dort festgestellten Tatbestandes keine Rede davon sein konnte. Die von der Gesuchstellerin als eigentümlich bezeichnete Tatsache, dass das Bundesgericht innert der kurzen Frist eines Vierteljahres dasselbe Muster bald als neu, bald als nicht neu bezeichnet hat, erklärt sich also ohne weiteres aus der Stellung des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz mit beschränkter Überprüfungszuständigkeit.

Der von der Revisionsklägerin angerufene Revisionsgrund des Art. 192 Ziff. 2 BZP ist nur gegeben, wenn die neuen Beweismittel, die geltend gemacht werden, sich auf Tatsachen beziehen, die schon im ersten Prozess behauptet worden sind, die aber gerade wegen Unkenntnis dieser damals schon existierenden Beweismittel nicht bewiesen werden konnten. Art. 192 Ziff. 2 trifft dagegen nicht zu, wenn sich die neuen Beweismittel auch auf neue, im frühern Prozess nicht behauptete Tatsachen beziehen. Neue Tatsachen sind kein Revisionsgrund (BGE 40 II S. 429; WEISS, Berufung S. 343). Die Revisionsklägerin hat nun in ihrem Prozess gegen die Jakob Rohner A.-G. nie die Tatsachen behauptet, für welche die Firma Bühler & C^{ie} seinerzeit die Beweismittel angerufen hat, welche im zweiten Urteil verwendet und welche der Revisionsklägerin erst nachher bekannt wurden, sondern sie hatte sich auf die Darstellung beschränkt, dass das Muster 43,885 in Marokko verkauft worden sei, für welche neue Beweismittel nicht gefunden worden sind.

Das Gesuch hätte übrigens auch deshalb materiell abgewiesen werden müssen, weil die Revisionsklägerin in keiner Weise substantiiert hat, dass ihr die Beibringung der neuen Beweismittel im frühern Verfahren unmöglich gewesen sei. Was sie geltend macht, ist nur, dass sie tatsächlich keine Kenntnis davon hatte, nicht aber, dass sie keine Kenntnis haben konnte. Die Zulassung der Revision im Gesetz beruht auf Billigkeitserwägungen und ist an ganz bestimmte Voraussetzungen geknüpft; eine blosser Wiedererwägung ist nicht statthaft.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Auf das Gesuch um Revision wird nicht eingetreten.

VI. EISENBAHNHAFTPFLICHT

RESPONSABILITÉ CIVILE DES CHEMINS DE FER

68. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. November 1930 i. S. Elektrische Strassenbahn Wetzikon-Meilen A.-G. und Schiesser gegen Fischer.

Der durch Eisenbahnunfall Geschädigte kann neben der haftpflichtigen Eisenbahnunternehmung den fehlbaren Angestellten belangen, dessen Ersatzpflicht nach der Grösse seines Verschuldens zu bemessen ist, OR Art. 43 Abs. 1, 44 Abs. 2 (Erw. 2).

Schadenersatz und Genugtuung für Entstellung, Schmerzensgeldanspruch des kleinen Kindes, EHG Art. 3, OR Art. 46, 47 (Erw. 3 und 4).

Haben mehrere Personen unabhängig voneinander durch unerlaubte Handlungen denselben Schaden verschuldet, so wird die Ersatzpflicht der einen oder anderen deswegen nicht ermässigt (Erw. 5).

Der im Jahre 1924 geborene Kläger wurde am 19. Mai 1927 von einem Zuge der elektrischen Strassenbahn Wetzikon-Meilen im Dorfe Wetzikon von hinten her über-

fahren, weil der während der Fahrt mit dem Ordnen von Postsäcken beschäftigte Wagenführer Schiesser den zwischen den Schienen vorausgehenden Knaben nicht wahrgenommen hatte. Seither trägt der Kläger auf der linken Gesichtshälfte eine grosse und auffallende Narbe.

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger von beiden Beklagten mit Solidarhaft Bezahlung von 10,000 Fr.

Der Beklagte Schiesser erhob die Einrede des Mangels seiner Passivlegitimation mit der Begründung, er hafte dem Kläger nicht neben der Strassenbahngesellschaft, sondern diese hafte ausschliesslich.

Im Verlaufe des Prozesses bezahlte die Strassenbahngesellschaft die Arztkosten und anerkannte überdies 2000 Fr.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat am 28. Juni 1930 die beklagte Strassenbahngesellschaft verurteilt, an den Kläger ausser den bezahlten und anerkannten Beträgen weitere 3000 Fr. zu bezahlen, und den Beklagten Schiesser verurteilt, an den Kläger ausser dem bezahlten Betrag weitere 5000 Fr. zu bezahlen.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht eingereicht mit dem Hauptantrag auf Abweisung der Klage (soweit die beklagte Strassenbahngesellschaft sie nicht anerkannt hat) und eventuellen Anträgen auf Herabsetzung der Urteilssummen oder Rückweisung der Sache.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.....

2. — Für den Schaden, der aus der Körperverletzung entstanden ist, die dem Kläger aus fahrlässiger Führung des Strassenbahnzuges durch den Beklagten Schiesser zugefügt wurde, haftet gemäss Art. 1 EHG die beklagte Inhaberin der Strassenbahnunternehmung. Hieraus darf nicht zugunsten des Beklagten Schiesser gefolgert werden, dass er dem Kläger nicht hafte, sondern nur rückgriffsweise der Strassenbahnunternehmung gemäss Art. 18 EHG.