

Entscheid der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 21. November 1930 i. S. Simpère c. Lanzrein und Bern, BGE 58 II S. 54).

Anders verhält es sich nun aber mit dem weiteren Umstand, dass die Beklagten in gänzlich wahl- und planloser Weise Geschäfte über sehr grosse Quantitäten von Getreide, Baumwolle, Zucker, Kakao, Kupfer und Blei abschlossen, also über Waren, die mit ihrem üblichen Geschäftsbetrieb auch nicht den entferntesten Zusammenhang aufwiesen und bezüglich deren ihnen jede Sachkenntnis abging: Mangelnde Sachkenntnis und mangelnder Zusammenhang mit der sonstigen Geschäftstätigkeit sind vom Bundesgericht seit jeher als gewichtige Hinweise auf den Spielcharakter eines Geschäftes betrachtet worden (BGE 29 II S. 646, 31 II S. 66; S. 616). Auch im vorliegenden Fall ergibt sich aus diesen Umständen zusammen mit den oben genannten Momenten, die damit in einem wesentlich andern Lichte erscheinen, dass auf Seiten der Beklagten eine Absicht auf eine effektive Erfüllung der Geschäfte nie bestand. Diese Einstellung der Beklagten konnte der Klägerin, bezw. dem für sie handelnden Färber, nicht verborgen bleiben, und wenn sie trotzdem mit den Beklagten Geschäfte abschloss, so gab sie damit eindeutig zu erkennen, dass sie mit dem Ausschluss der effektiven Lieferung einverstanden war, und erhob ihn damit stillschweigend zum Vertragsinhalt.

Unter diesen Umständen muss die Spieleinrede der Beklagten geschützt werden. Hieran vermag nichts zu ändern, dass das Vorgehen der Beklagten, einerseits die Gewinne aus den günstig verlaufenen Operationen einzustecken, andererseits aber die Bezahlung der Verluste aus den missglückten Spekulationen zu verweigern, vom Standpunkte der geschäftlichen Anständigkeit und kaufmännischen Ehre betrachtet, zu missbilligen ist. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt jedoch, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, in der Erhebung der Spieleinrede nicht, da diese vom Gesetz nun einmal zugelassen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird geschützt, das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 18./19. Oktober 1934 wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

**27. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 4. Juni 1935**

i. S. Franz Cerncio's Erben gegen Franz Cerncio.

Klage aus Firmenrecht (OR Art. 876).

Bei mangelnder Unterscheidbarkeit zweier Firmen hat diejenige zu weichen, deren Interessen nach den gesamten Umständen als weniger schutzwürdig erscheinen.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger und die Teilhaber der beklagten Kollektivgesellschaft sind Geschwister. Ihr Vater, Franz Cerncio, hatte seit 1894 in Brunnen ein Steinbruch- und Baugeschäft betrieben; später übernahm er dazu noch den Betrieb des Hotels Villa Schiller in Brunnen. Bei seinem Tode im Jahre 1922 war sein Geschäft unter der folgenden Firma im Handelsregister eingetragen: « Franz Cerncio, Unternehmer, Steinbrüche und Hartschottwerke, Brunnen, Betrieb des Hotels Villa Schiller ».

Nach dem Tode des Vaters liess sich der Kläger, der bis dahin im väterlichen Geschäft tätig gewesen war, für seine Erbansprüche von seinen Geschwistern, dem Bruder Hugo und vier Schwestern, abfinden. In der Folge pachtete er Steinbrüche in Beckenried und eröffnete ein eigenes Geschäft mit Sitz in Brunnen. Dieses wurde am 22. November 1922 unter der Firma « Franz Cerncio, Steinbrüche » im Handelsregister eingetragen; als Sitz der Firma wurde Brunnen angegeben, und als Geschäftsnatur Steinbrüche. Am 16. Juni 1923 liess er diesen Eintrag ändern in « Franz Cerncio »; die Geschäftsnatur wurde bezeichnet mit: « Steinbrüche, Hartsteinwerke, Unternehmung », und als Sitz wie zuvor Brunnen angegeben.

Im Zusammenhang mit der Abfindung des Klägers im Jahre 1922 gründeten die Geschwister desselben eine Kollektivgesellschaft, die das väterliche Geschäft mit Aktiven und Passiven übernahm und ebenfalls am 22. November 1922 im Handelsregister eingetragen wurde unter der Firma « Franz Cerncic's Erben, Steinbruch Brunnen »; als Geschäftsnatur wurde genannt: « Bauunternehmung, Steinbruch und Hartschotterwerke Brunnen, Hotel Villa Schiller », und als Sitz Ingenbohl.

Zwischen den beiden Firmen traten zahlreiche Verwechslungen ein; Korrespondenzen, Aufforderungen zu Offertstellungen, Zahlungen, Mahnungen, die die eine Firma angingen, gelangten an die andere.

Franz Cerncic klagte deshalb gegen die Beklagte auf Änderung ihrer Firma, damit keine Verwechslung mehr möglich sei. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise vom Kläger die Unterlassung der weiteren Führung seiner Firma, sowie Schadenersatz.

Das Kantonsgericht Schwyz setzte die folgenden Firma-bezeichnungen fest:

Für den Kläger: « Franz Cerncic, in Brunnen, Unternehmung, Steinbrüche und Hartschotterwerke in Beckenried ».

Für die Beklagte: « Hugo Cerncic & C^{ie}, Steinbruch, Brunnen, Bauunternehmung, Steinbruch und Hartschotterwerke Brunnen, Hotel Villa Schiller ». Im übrigen wies es Klage und Widerklage ab.

Das Bundesgericht hat die Berufung der Beklagten, mit der diese die Abweisung der Klage und die Gutheissung ihres Widerklagebegehrens auf Schadenersatz beantragt hatte, abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. — Streitig ist zwischen den Parteien das Recht der Beklagten zur weiteren Führung der Firma « Franz Cerncic's Erben, Steinbruch Brunnen ».

Bei der Entscheidung hierüber ist in erster Linie zu prüfen, ob sich die Firma der Beklagten genügend deutlich von derjenigen des Klägers unterscheidet, sodass keine Verwechslungsfahr besteht und so der im Firmenrecht geltende allgemeine Grundsatz der Ausschliesslichkeit der Firma (Art. 876 Abs. 1 OR) gewahrt ist. Dabei sind zunächst die zu vergleichenden Firmen als Ganzes zu betrachten, und bei Verschiedenheit des Gesamteindruckes ist trotz Übereinstimmung einzelner Bestandteile eine ausreichende Unterscheidbarkeit anzunehmen; immerhin ist das entscheidende Gewicht auf diejenigen Bestandteile zu legen, die von den beteiligten Verkehrskreisen als charakteristisch empfunden werden (BGE 59 II S. 157 f.; 53 II S. 34 und dort zitierte frühere Entscheide).

Überprüft man nun den vorliegenden Fall nach diesen Gesichtspunkten, so ist mit der Vorinstanz die erforderliche Unterscheidbarkeit zu verneinen. Der den beiden Firmen gemeinsame Personennamen « Franz Cerncic » steht derart im Vordergrund, dass die in der Firma der Beklagten weiter enthaltenen Zusätze « Erben » und « Steinbruch Brunnen » den Gesamteindruck nicht mehr wesentlich zu beeinflussen vermögen, insbesondere wenn man dazu noch berücksichtigt, dass beide Firmen sich mit dem gleichen Geschäftszweig befassen und sich der Sitz des Klägers in Brunnen befindet, welche Ortsbezeichnung in der Firma der Beklagten ebenfalls erscheint. Die zahlreichen Verwechslungen, die nach den Akten schon vorgekommen sind, haben ihren Grund daher nicht etwa bloss in einer hinter der im Verkehr allgemein üblichen Sorgfalt zurückbleibenden Unachtsamkeit der Kundschaft oder der Postorgane, sondern sind eben schlüssige Hinweise auf eine tatsächlich vorhandene mangelnde Unterscheidbarkeit.

3. — Können somit die beiden Firmen nicht nebeneinander bestehen, so fragt sich weiter, welche von beiden zu weichen habe, weil sie ihre Firma unbefugt führe, bezw. ob der Entscheid der Vorinstanz, dass dies bei der Beklag-

ten der Fall sei und sie daher ihre Firma abändern müsse, richtig sei.

Das in Konflikten dieser Art sonst entscheidende Moment der Priorität des Bestehens fällt hier, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, ausser Betracht, da die beiden Firmen am selben Tag im Handelsregister eingetragen worden sind. Unter diesen Umständen ist entscheidend darauf abzustellen, wessen Interessen als die schutzwürdigeren erscheinen. In dieser Hinsicht kann die Beklagte zu ihren Gunsten ins Feld führen, dass sie auf Grund der Übernahme des väterlichen Geschäftes mit Aktiven und Passiven ein grosses Interesse daran habe, dieses Nachfolgeverhältnis in ihrer Firma in Erscheinung treten zu lassen. Auf Seiten des Klägers dagegen fällt ins Gewicht, dass er als Einzelkaufmann von Gesetzes wegen dazu verpflichtet ist, seinen Familiennamen als Firma zu führen, und lediglich die Möglichkeit hat, seinen Vornamen, sowie gewisse Zusätze zur nähern Bezeichnung seiner Person oder des Geschäftes hinzuzufügen (Art. 867 OR). Mit Rücksicht auf die daraus sich ergebende Schwierigkeit für den Kläger, eine Firma zu finden, die mit derjenigen der Beklagten vereinbar ist, überwiegt sein Interesse dasjenige der Beklagten. Dies darf um so eher gesagt werden, als die Beklagte selber ja gar nicht behauptet, dass bei der Abfindung des Klägers durch seine Geschwister der Goodwill, die Kundschaft des väterlichen Geschäftes, das auf sie übergehen sollte, als besonderer Aktivposten in Anschlag gebracht und damit von ihr bezahlt worden sei, so dass der Kläger aus diesem Grunde nach Treu und Glauben verpflichtet wäre, ihr die Erwähnung des Nachfolgeverhältnisses in der von ihr gewählten Form zu gestatten.

28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Juni 1935 i. S. Besshard gegen Schweiz. Volksbank.

Der Beklagte, dessen Einrede der Klageverwirkung im kantonalen Verfahren abgewiesen wurde, der aber materiell obgesiegt hat, darf auf die Berufung des Klägers hin auch im Berufungsverfahren die Verwirkungseinrede wieder erheben (Erw. 1).

Aberkennungsklage, Art. 83 SchKG: Die Vorschrift des kantonalen Prozessrechts, dass zur Behebung formeller Mängel einer Klageschrift eine Nachfrist anzusetzen ist, steht mit den bundesrechtlichen Bestimmungen über die Aberkennungsklage nicht im Widerspruch (Erw. 2 u. 3).

Unzulässigkeit neuer tatsächlicher Behauptungen in der Berufungsbegründung: Art. 80 OG (Erw. 5).

Aus dem Tatbestand:

Ein vom Gläubiger belangter Bürge, dessen Rechtsvorschlag durch provisorische Rechtsöffnung beseitigt worden war, reichte Aberkennungsklage ein, wobei er jedoch nur das Rechtsbegehren stellte und für die schriftliche Begründung angemessene Frist erbat, die ihm gewährt und wiederholt erstreckt wurde. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage wegen Verspätung, sowie aus materiellen Gründen. Die kantonalen Gerichte verneinten die Stichhaltigkeit der Verspätungseinrede, wiesen aber die Aberkennungsklage materiell ab. Die vom Kläger hiegegen eingereichte Berufung wurde vom Bundesgericht abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1. — Wie schon vor den Vorinstanzen, so macht die Beklagte auch im Berufungsverfahren in erster Linie geltend, die Aberkennungsklage sei verspätet eingereicht worden. Träfe dieser Einwand zu, so wäre richtigerweise auf die Klage nicht einzutreten gewesen; denn wenn für die Anhebung einer Klage eine gesetzliche oder richterliche Frist vorgeschrieben ist, so zählt die Einhaltung derselben zu den Prozessvoraussetzungen, bei deren Fehlen eine Entscheidung in der Sache selbst nicht erfolgt. Obwohl