

contrat ne revêt pas le médecin d'une parcelle du pouvoir public et ne le place dans aucun rapport de subordination. Le demandeur n'est pas soumis à des chefs hiérarchiques qui seraient en droit de le contraindre, par voie disciplinaire, à s'acquitter des devoirs de sa charge. Il n'a pas davantage « une obligation générale de fidélité et d'obéissance » envers les trois communes. Dans le cadre du contrat, il pratique l'art médical librement et sous sa propre responsabilité, sans obéir à des ordres de service, et ses actes n'engagent point la responsabilité de la corporation de droit public qui a conclu le contrat avec lui, comme ce serait le cas s'il était fonctionnaire.

Le demandeur a simplement pris l'engagement contractuel de se tenir à la disposition de la population des trois communes, en qualité de médecin et de pharmacien, et de respecter, dans ses rapports avec ses clients, un certain tarif. Il ne s'est même pas obligé à visiter et à soigner gratuitement certaines personnes, par exemple les indigents, ni à exercer un contrôle médical, sur les écoles et les prisons, par exemple. Tout autre est la position du médecin placé par l'Etat à la tête d'un service ou d'un établissement médical public (un hôpital cantonal, par ex.: cf. RO 44 II, p. 54 et suiv.; 48 II, p. 418; 49 I, p. 544; cf. aussi sur les éléments caractéristiques d'une charge de fonctionnaire RO 12, p. 709).

Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours.

### 25. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Februar 1928

#### i. S. Fleischhandel A.-G. gegen Fleischwaren A.-G.

**Firmenrecht.** Deutliche Unterscheidbarkeit der Firmen von Aktiengesellschaften (OR 873): verneint hinsichtlich der Firmen « Fleischhandel A.-G. » und « Fleischwaren A.-G. »

A. — Die Firma Carl Walder betrieb in Zürich zwei Metzgereigeschäfte, die sie am 25. Oktober 1923 an

die gleichen Tages gegründete Walder A.-G. verkaufte. Laut Handelsregistereintrag konnte diese auch « andere Metzgereien, Wurstereien erwerben, Vieh- und Fleischhandel betreiben, Filialen errichten, sich an Unternehmungen gleicher oder verwandter Branchen beteiligen oder mit solchen fusionieren ».

Die ausserordentliche Generalversammlung vom 11. November 1926 beschloss die Umwandlung der Firma Walder A.-G. in « Fleischwaren A.-G. » und die Verlegung des Geschäftssitzes von Zürich nach Wallisellen. Als Gesellschaftszweck wurde im Handelsregister angegeben: « der Betrieb der Fleisch-, Wurstwaren- und Konservenfabrik Wallisellen », mit dem Zusatz, dass die Gesellschaft auch « Metzgereien und Wurstereien erwerben, Vieh- und Fleischhandel betreiben, Filialen errichten, sich an Unternehmungen gleicher oder verwandter Branchen beteiligen, oder mit solchen fusionieren, sowie sich in andern Artikeln der Nahrungsmittelbranche betätigen könne ».

B. — Am 27. Juli 1927 wurde die « Fleischhandel A.-G. » mit Sitz in Zürich gegründet, deren Zweck im « Betriebe einer Schlächtereier und im Handel mit Fleisch und Fleischwaren » besteht, die sich aber ausdrücklich vorbehalten hat, ihr Geschäft auch auf andere « verwandte Geschäftszweige auszudehnen und sich an anderen Unternehmungen der Fleischbranche, Viehhandel und Import zu beteiligen ». Mitglieder des Verwaltungsrates sind: Josef Guldemann, Kaufmann, und Traugott Conrad, Viehhändler, beide in Brugg. Letzterer ist zugleich Aktionär der Fleischwaren A.-G.; ersterer war eine Zeitlang deren Handlungsbevollmächtigter. Als Angestellter der Firma C. Kraft & C<sup>ie</sup> in Brugg (deren Teilhaber C. Kraft Hauptaktionär der Fleischwaren A.-G. ist, und schon der Walder A.-G. war) wurde Guldemann von seiner Dienstherrin, angeblich im Herbst 1925, beauftragt, sich in Zürich bei der Walder A.-G. zu betätigen und hernach in Wallisellen bei der Fleisch-

waren A.-G. Er befand sich daselbst, als ihm C. Kraft & C<sup>ie</sup> am 31. Mai 1927 das Anstellungsverhältnis auf den 31. August 1927 kündigten.

C. — Am 8. September 1927 hob die Fleischwaren A.-G. gestützt auf Art. 873, eventuell Art. 48 OR, beim zürcherischen Handelsgericht gegen die Fleischhandel A.-G. Klage an, mit dem Rechtsbegehren, diese habe « ihren Namen derart zu ändern, dass er sich von demjenigen der Klägerin deutlich unterscheide und zu keinen Verwechslungen mehr Anlass geben könne, und es sei der Handelsregistereintrag « Fleischhandel A.-G. » somit zu löschen ».

D. — Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

E. — Mit Urteil vom 18. Oktober 1927 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage auf Grund von Art. 873 OR gutgeheissen, demgemäss die eingetragene Firma « Fleischhandel A.-G. » als unstatthaft erklärt und die Beklagte verpflichtet, sie zu löschen.

F. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, eventuell auf Rückweisung der Akten an die Vorinstanz zur Abnahme der anerbotenen Beweise.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — (Frage, ob tatsächlich Verwechslungen zwischen beiden Firmen stattgefunden haben.)

2. — Das Bundesgericht hat wiederholt ausgesprochen, dass bei Geschäftsfirmen die Unterscheidungsmerkmale nicht so augenfällig zu sein brauchen, wie bei Warenzeichen (BGE 17 650; 40 II 125). Andererseits aber besteht bei Aktiengesellschaften für die Firmawahl ein grösserer Spielraum als bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, und es darf infolgedessen für jene in Hinsicht auf die Unterscheidbarkeit ein strengerer Masstab angelegt werden als für diese (BGE 38 II 645; 53 II 34).

Nun lässt sich nicht in Abrede stellen, dass durch die in Frage stehenden zwei Geschäftsfirmen, die sich beide aus einem einzigen Wort (« Fleischwaren » und « Fleischhandel ») mit dem gemeinschaftlichen Zusatz A.-G. zusammensetzen, die nämliche oder doch eine durchaus ähnliche Vorstellung — Handel mit Fleisch oder Fleischwaren — geweckt wird; der Unterschied besteht lediglich darin, dass der Ausdruck Fleischhandel den Geschäftsbetrieb selbst, der Ausdruck Fleischwaren dagegen die Ware bezeichnet, die Gegenstand desselben bildet. Es ist also der Vorinstanz beizustimmen, dass soweit eine Verschiedenheit im Namen besteht, diese dem Sinne nach als recht unwesentlich erscheint, und dass überdies die Verschiedenheit auch dem Klange nach eine sehr geringe ist und sich dem Gedächtnis nicht gut einprägt. Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, dass die Firma der Beklagten sich von derjenigen der Klägerin deutlich unterscheide.

3. — Die Argumente, welche die Beklagte demgegenüber vorgebracht hat, sind nicht stichhaltig.

a) Selbst wenn es zutreffen sollte, dass Zweckbestimmung und Kundenkreis beider Firmen verschiedene wären, indem die Klägerin als Wurst- und Konservenfabrik die Hotels und Delikatessengeschäfte zu Kunden und die Metzger zu Konkurrenten habe, die Beklagte dagegen als Schlächtereier nur frisches Fleisch an die Metzger verkaufe, so wäre damit für die Entscheidung der Streitfrage nichts gewonnen; denn die Vorschrift des Art. 873 OR gilt nicht nur im Verhältnis zu Konkurrenzfirmen: der Schutz der Firma der Aktiengesellschaft beschränkt sich keineswegs auf den Geschäftszweig, dem die Gesellschaft angehört (vgl. BGE 38 II 645). Im übrigen deckt sich der statutarische Zweck der Beklagten grossenteils mit demjenigen der Klägerin, und es gehören offenbar auch Metzger zum Kundenkreis der letzteren, da erfahrungsgemäss nicht alle Metzger ihre Würste und Fleischkonserven selber herstellen.

b) Auch darauf kommt für den Schutz der Firma der Aktiengesellschaft nichts an, ob die Gesellschaft, deren Firma beanstandet wird, am gleichen Orte in der Schweiz ihren Sitz habe, wie diejenige, die als Klägerin auftritt, da ja der Schutz der Firma der Aktiengesellschaft für die ganze Schweiz gilt (vgl. Komm. FICK-BACHMANN, Anm. 4 zu OR 873). Es hätte sich höchstens, falls die Beklagte den Geschäftssitz in ihre Firma aufgenommen haben würde, fragen können, ob darin ein genügendes Unterscheidungsmerkmal zu erblicken sei.

c) Richtig ist, dass es sich bei den Firmen der Parteien nicht um Phantasienamen, sondern um Geschäftsbezeichnungen handelt. Allein wenn auch die natürliche Geschäftsbezeichnung als sprachliches Gemeingut, nach Analogie der Freizeichen im Markenrecht, grundsätzlich allen Inhabern von Geschäften der bezeichneten Art zur Verfügung steht, so folgt daraus nur, dass der Beklagten an sich nicht verwehrt werden kann, den von ihr betriebenen Handel in der Firma zu umschreiben und in dieselbe das Wort Fleischhandel oder einen ähnlichen Ausdruck aufzunehmen. Die Klägerin darf aber verlangen, dass die Beklagte die Bezeichnung Fleischhandel mit einem, die Verschiedenheit der Unternehmungen besser kennzeichnenden Zusatze verwende oder in anderem, die Möglichkeit von Verwechslungen der beiden Geschäfte ausschliessenden Zusammenhange (vgl. BGE 37 II 538).

d) Gänzlich unbehelflich ist der Einwand, dass die Klägerin vor der Liquidation stehe und deshalb offenbar kein Interesse mehr an der Führung ihrer Firma habe. Selbst wenn die Behauptung, dass die letzte Bilanz der Klägerin eine Verminderung des Grundkapitals um die Hälfte ergeben habe, den Tatsachen entsprechen sollte, so hätte das keineswegs für die Klägerin den Verlust des Anspruches auf Schutz ihrer Firma zur Folge.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 18. Oktober 1927 bestätigt.

**26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. März 1928**

i. S. Gentili gegen

**Sinoni und Obergericht des Kantons Glarus.**

Art. 87 Ziff. 1 OG: Zivilrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes. Eine kantonale Prozessgesetzbestimmung über Verwirkung des Klagerechtes bei nicht rechtzeitiger Fortsetzung des Prozesses nach Ausstellung des Leitscheines steht mit den Bestimmungen des OR über die Verjährung nicht im Widerspruch. Abgrenzung der Souveränität der Kantone auf dem Gebiete des Zivilprozessrechts gegenüber der Souveränität des Bundes auf dem Gebiete des Privatrechts. Art. 64 BV und 6 ZGB.

A. — Mit Urteil vom 15. Oktober 1926 bestrafte das Polizeigericht des Kantons Glarus den Beschwerdebeklagten Sinoni, sowie E. Schuler, wegen vorsätzlicher Körperverletzung, bezw. Misshandlung des Beschwerdeführers Gentili mit Geldbussen. Die Entschädigungsforderung des letztern wurde an den Zivilrichter verwiesen.

Laut Leitschein vom 29. Oktober 1926 setzte Gentili hierauf beim Vermittleramt Schwanden gegen Sinoni und Schuler das Begehren ans Recht: « Sind nicht die klägerischen Schadenersatzansprüche von 290 Fr. (die unmittelbaren Folgen einer Misshandlung durch die Beklagten) gerichtlich zu schützen, unter Kostenfolge für die Beklagten und unter Vorbehalt weiterer Rechte? » Eine Prozessanmeldung fand jedoch nicht statt, weder binnen der Frist von 3 Monaten, während welcher der Leitschein nach § 95 der glarn. ZPO in Kraft bleibt,