

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.

Freilich kann, wer dem EHG unterworfen ist, nicht gestützt auf das OR zu weitergehenden, durch das EHG nicht angeordneten Schadenersatzleistungen verurteilt werden. Allein dass auch das Personal der Eisenbahnunternehmung dem gemeinen Obligationenrecht entrückt sei, hätte zur Voraussetzung, dass die Haftung für Schaden aus Tötung und Körperverletzung beim Bau oder Betrieb einer Eisenbahn abschliessend durch das EHG geordnet werde, was aber eben gerade dargetan werden müsste. Hiefür ergibt sich nichts aus dem mit dem Erlass des EHG, schon des früheren von 1875, verfolgten Zwecke, der darin zu sehen ist, dass der Geschädigte, ohne das Verschulden irgend eines Angestellten der Eisenbahnunternehmung nachweisen zu müssen, die als zahlungsfähiger vorausgesetzte Unternehmung selbst auf Ersatz des Schadens belangen könne. Nirgends lässt sich ersehen, dass sich das frühere oder das gegenwärtige EHG ausserdem zum Zwecke gesetzt hätte, das Eisenbahnpersonal von dem Risiko zu entlasten, das darin besteht, dass es für beim Eisenbahnbetriebe begangene unerlaubte Handlungen von den Geschädigten auf Schadenersatz belangt werde, und es ausschliesslich der Belangung durch die Eisenbahnunternehmung auf dem Wege des Rückgriffes auszusetzen. Zwar sind die Eisenbahngestellten ständig der Gefahr ausgesetzt, durch blosse Unachtsamkeit Schaden in einer Höhe anzurichten, der in keinem Verhältnis zu ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit steht. Allein auch bei Anwendung des gemeinen Obligationenrechtes auf sie werden Art. 44 Abs. 2 und besonders schon Art. 43 Abs. 1 OR den Gerichten erlauben, der Ersatzpflicht erträgliche Grenzen zu ziehen, namentlich in den Fällen, wo der fehlbare Eisenbahnangestellte Nachsicht verdient, zu denen der vorliegende freilich nicht gehört. Dazu kommt die Möglichkeit der Ablösung der Schadenersatzpflicht des belangten Personals durch die Eisenbahnunternehmung, insofern und insoweit diese die Entlastung ihres Personals als angebracht erachtet. Sobald aber der Fall der Zahlungs-

unfähigkeit einer haftpflichtigen Eisenbahnunternehmung ins Auge gefasst wird, so erhellt, dass es zu weit ginge, den durch unerlaubte Handlung eines Eisenbahnangestellten im Betriebe der Eisenbahn körperlich Geschädigten auf die ausschliessliche Haftung der Eisenbahnunternehmung zu verweisen. Auf dem bereits angedeuteten Wege kann denn auch zugunsten des Eisenbahnpersonals der Pilligkeit Rechnung getragen werden, ohne dass geradezu ein Ausnahmerecht für dasselbe geschaffen werden müsste, kraft dessen im Gegensatz zum allgemeinen Obligationenrecht nicht zum Ersatz verpflichtet würde, wer einem andern widerrechtlich und schuldhaft Schaden zufügt, sobald dies im Betrieb einer Eisenbahnunternehmung geschieht — wenigstens nicht dem Geschädigten selbst, sondern nur der zur Wiedergutmachung verpflichteten Eisenbahnunternehmung, die aber bei ihrer Entschliessung über das Mass des Rückgriffes fremden Einflüssen sich kaum wird entziehen können. Dass ausschliesslich die Eisenbahnunternehmung dem dritten Geschädigten hafte, darf namentlich nicht aus dem bereits angeführten Art. 18 EHG hergeleitet werden, wonach « der Eisenbahnunternehmung der Rückgriff vorbehalten bleibt gegenüber Personen, die durch ihr Verschulden einen Unfall verursacht haben, aus welchem Schadenersatzansprüche geltend gemacht wurden », mit der Begründung, der Rückgriff hätte als selbstverständliche Folge der direkten Haftung nicht ausgesprochen werden müssen, wenn deren Bestand wirklich vorausgesetzt werden dürfte. Eine solche Betrachtungsweise ist schon deswegen nicht zulässig, weil jene Vorschrift den Rückgriff nicht nur gegen das Eisenbahnpersonal vorbehält, sondern auch gegen irgendwelche ausserhalb des Eisenbahnbetriebes stehende Dritte, von denen nie in Zweifel gezogen werden könnte, dass sie den Geschädigten direkt haften. Zudem war die Frage des Rückgriffes bei der Haftung mehrerer Personen aus verschiedenen Rechtsgründen für denselben Schaden vor der Aufnahme des Art. 51 in das revOR noch nicht

gesetzlich geregelt, weshalb dessen ausdrückliche Anordnung im EHG erwünscht erscheinen mochte. Umgekehrt darf man sich am Fehlen einer Bestimmung über den Rückgriff gegen die Eisenbahnunternehmung nicht stossen: Es wird kaum vorkommen, dass die Bahnunternehmung nicht mindestens gleichzeitig mit dem schuldhaften Angestellten oder Dritten belangt wird, wobei sie sich dann der Zahlung nicht entziehen kann, bevor der Angestellte oder Dritte ausgetrieben wird, weshalb es erklärlich ist, wenn dieser Fall nicht ins Auge gefasst wurde. Zudem wird es eines Vorbehaltes des Rückgriffes zugunsten des Angestellten oder Dritten gar nicht bedürfen, wenn deren Verurteilung nach dem früher Ausgeführten von vornherein richtigerweise auf den Betrag beschränkt wird, der in letzter Linie auf ihnen haften bleiben soll. Heute, nach Erlass des revOR, erlaubt übrigens dessen Art. 51, dem schuldhaften Dritten oder Angestellten den Rückgriff gegen die Eisenbahnunternehmung in dem Umfange einzuräumen, als es nach richterlichem Ermessen gerechtfertigt ist; denn der es scheinbar ausschliessende Art. 51. Abs. 2 OR will nur eine « Regel » aufstellen, von der aber Ausnahmen gemacht werden können.

3. — Schadenersatz ist dem Kläger von der Vorinstanz wegen der durch seine Entstellung herbeigeführten Beschränkung in der Berufswahl und Beeinträchtigung im Konkurrenzkampf zugesprochen worden. Dies erscheint grundsätzlich gerechtfertigt, sowohl gegenüber der Bahnunternehmung gemäss Art. 3 EHG, wonach bei einer Entstellung, durch welche das Fortkommen des Verletzten erschwert wird, was mit der Vorinstanz als möglich ja wahrscheinlich anzunehmen ist, dafür eine Entschädigung zugesprochen werden kann, als auch gegenüber Schiesser gemäss Art. 46 OR, wonach auch die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens zu berücksichtigen ist bei Beurteilung der Frage, ob Entschädigung für die Nachteile teilweiser Arbeitsunfähigkeit beansprucht wer-

den könne, m. a. W. die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens genügt für die Annahme teilweiser Arbeitsunfähigkeit (vgl. in diesem Sinne einlässlich Art. 53 Abs. 2 aOR, auf dessen Änderung es bei der Revision des OR keineswegs abgesehen war). Dass die unter diesem Gesichtspunkt ausgesetzten 1500 Fr. mitsamt dem Zins, den sie tragen werden, bis sich der Nachteil ökonomisch bemerkbar machen wird, offenbar übersetzt seien, lässt sich nicht sagen, und nur in diesem Falle wäre ein zureichender Grund für die Abänderung dieses Ermessensentscheides der Vorinstanz gegeben.

4. — Unter dem gleichen Gesichtspunkt ist die auf 3500 Fr. bemessene Genugtuungssumme ohne weiteres zu bestätigen. Zutreffend hat die Vorinstanz angenommen, dass zunächst das schwere Verschulden des Schiesser, sodann die körperlichen Schmerzen beim kleinen Kinde nicht weniger als beim Erwachsenen, und endlich die vorauszu sehenden, durch die Entstellung bedingten Minderwertigkeitsgefühle Genugtuung erheischen.

5. — Ob den Eltern des Klägers eine Verletzung der Aufsichtspflicht zur Last zu legen sei, kann dahingestellt bleiben, da sie keinesfalls Anlass zur Herabsetzung der Urteilssumme geben könnte. Sie wäre als Mitverschulden Dritter anzusehen. Verschulden Dritter aber entlastet nach dem EHG die Eisenbahnunternehmung nur, wenn es einzige Unfallursache bildet. Aber auch nach OR tritt nicht deswegen eine Entlastung von der Haftung aus unerlaubter Handlung gegenüber dem Geschädigten ein, weil ein anderer ebenfalls aus unerlaubter Handlung für denselben Schaden haftet, mögen diese unerlaubten Handlungen auch nicht gemeinsam, sondern unabhängig von einander begangen worden sein. In einem solchen Falle der Haftung mehrerer Personen aus verschiedenen unerlaubten Handlungen rechtfertigt sich eine Entlastung des einen oder anderen Delinquenten oder beider gegenüber dem Geschädigten noch weniger als im Falle gleichzeitiger Haftung weiterer Personen aus anderen Rechtsgründen

(aus Vertrag oder Gesetzesvorschrift), wo sie durch Art. 51 OR implizite abgelehnt wird, ansonst ja für den gegenseitigen Rückgriff kein Raum wäre.

6. — Die Haftung beider Beklagter ist zwar nicht solidarisch, aber doch insofern von einander abhängig, als durch Zahlung von 5000 Fr. seitens des einen oder anderen Beklagten oder beider je zu einem Teile die Schuld des einen und des anderen erlischt. Dies ist auch im Urteilsdispositiv zum Ausdruck zu bringen, ansonst es den Schein erweckt, jeder Beklagte habe 5000 Fr. zu zahlen, und der Kläger erhalte von beiden zusammen also 10,000 Fr.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 28. Juni 1930 im Sinne der vorstehenden Erwägung 6 bestätigt.

VII. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

69. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile du 23 septembre 1930

dans la cause **Société des Etablissements Mousset et Coron, S. A.**
contre **Champagne Strub, Mathiss & C^{ie}.**

Ne sont pas « d'une nature totalement différente » deux marchandises qui ont entre elles une parenté suffisante pour que le public puisse raisonnablement admettre qu'elles proviennent du même fabricant (art. 6 al. 3 de la loi fédérale sur les marques de fabrique).

A. — La Société Champagne Strub, Mathiss & C^{ie}, demanderesse et intimée, est inscrite au registre du com-

merce de Bâle-Ville. Elle a pour objet la fabrication de vins mousseux au moyen de vins de champagne et le commerce de vins de champagne provenant de la Champagne. Elle a succédé à plusieurs autres sociétés (entre autres la société Blankenhorn & C^{ie}) également inscrites au registre du commerce de Bâle-Ville et ayant le même objet.

Soit la demanderesse, soit les sociétés auxquelles elle a succédé ont fait inscrire au Bureau de la propriété intellectuelle à Berne, les marques suivantes :

a) le 16 avril 1910, n° 27 385, « *Strub Sportsman Da Capo* », marque verbale pour vins naturels et mousseux (y compris les vins sans alcool), vins de fruit, bière, etc.

b) le 16 mars 1917, n° 39 681 (renouvellement du n° 8653), marque combinée qui figure une place publique au fond de laquelle s'élèvent des maisons et, sur la place, une charrette anglaise à deux chevaux attelés en tandem et conduite par un gentleman derrière lequel un groom est assis, dos à dos. Au-dessous du dessin, on lit, à droite, les mots : « Blankenhorn & C^{ie} Bâle » et, à gauche, un peu plus bas : « *Sportsman's demi-sec* ».

c) le 12 avril 1920, n° 46 579 (renouvellement du n° 12 002), « *Sport* », marque verbale pour bouteilles de vins de champagne remplies à Bâle.

d) le 5 juin 1928, n° 67 423, « *Sportsman* », marque verbale pour vins, vins mousseux, vins sans alcool, etc.

B. — De son côté, la Société anonyme des Etablissements Mousset et Coron, ayant son siège à Oullins (France) et une succursale à Carouge (canton de Genève), a fait inscrire au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, à Berne, le 5 mai 1923, sous le n° 54 082, une marque verbale « *Le Sportif* », pour tous vins apéritifs, soit apéritifs à base de vin et de quinquina.

C. — Mathiss & C^{ie} ont ouvert action à la Société des Etablissements Mousset et Coron, en concluant à la radiation de la marque « *Le Sportif* » n° 54 082.