

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 Zivilprozessrechtes gegenüber der Souveränität des Bundes auf dem Gebiete des Privatrechtes.
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,

noch während der folgenden 3 Monate, mit deren Ablauf gemäss § 96 dieses Gesetzes « der Anspruch » bei Unterlassung der erneuten Anhängigmachung des Rechtsstreites « endgültig verwirkt ist ».

Am 18. Mai 1927, also nach Verfluss der sechsmonatlichen Frist, verlangte Gentili neuerdings Vermittlung, aber nur noch gegen Sinoni, mit dem — abgeänderten — Begehren um Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer Schadenersatzsumme von 177 Fr. 15 Cts. und einer Genugtuungssumme nach richterlichem Ermessen. Gestützt auf den ihm erteilten Leitschein meldete er den Prozess beim Zivilgericht des Kantons Glarus an. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. September 1927 warf der Beklagte die Vorfrage auf: « Ist nicht der Beklagte auf Grund von § 156 ZPO vom einlässlichen Benehmen vollständig zu entbinden, indem der Kläger innert der Frist, welche § 96 ZPO feststellt, die Klage nicht neuerdings anhängig gemacht hat? »

Der Kläger machte dieser Einrede gegenüber u. a. geltend, dass nach schweiz. Obligationenrecht sein Anspruch im Zeitpunkte des zweiten Vermittlungsvorstandes noch nicht verjährt gewesen sei. An dieser Tatsache könne § 96 ZPO nichts ändern.

B. — Mit Entscheid vom 28. September 1927 wies das Zivilgericht des Kantons Glarus die Uneinlässlichkeitseinrede ab. Es äusserte « die grössten Bedenken », in Missachtung der Verjährungsfrist des Art. 60 OR eine Verwirkung des klägerischen Anspruches gemäss § 96 ZPO anzunehmen. Entscheidend stellte es darauf ab, dass es sich beim zweiten Leitschein nicht um das gleiche Rechtsbegehren wie im ersten handle.

C. — Auf Rekurs des Sinoni hin hat das Obergericht des Kantons Glarus diesen Entscheid am 22. November 1927 aufgehoben und das Zivilgericht angewiesen, « bei nochmaliger Beurteilung des von Sinoni erhobenen Uneinlässlichkeitsbegehrens die Vorschriften des § 96 ZPO genau zu beobachten. »

D. — Gegen diesen Entscheid hat der Kläger Gentili beim Bundesgericht zivilrechtliche Beschwerde im Sinne von Art. 87 Ziff. 1 OG erhoben mit dem Antrag auf Aufhebung desselben und Abweisung der Uneinlässlichkeitseinrede, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Zur Begründung macht er im wesentlichen geltend: Der kantonale Gesetzgeber sei nicht befugt, die einjährige Verjährungsfrist des Art. 60 OR — innert welcher hier die Klage unbestrittenermassen eingeleitet worden sei — durch § 96 ZPO auf « zweimal 3 Monate » abzukürzen. Bei Dahinfallen einer angehobenen Klage nach § 96 ZPO müsse es dem Kläger freistehen, während der einjährigen Verjährungsfrist erneut zu klagen. Der Beklagte werde dadurch in seinen Interessen nicht geschädigt, er brauche vor Vermittleramt ein zweites Mal nicht zu erscheinen. Wohl aber werde der Kläger in seinen Rechten verkürzt. Darum trete nach andern kantonalen Prozessordnungen (Bern und Zürich) im gleichen Falle eine Anspruchsverwirkung nicht ein, sondern es bleibe dem Kläger das Recht gewahrt, innerhalb der Verjährungsfrist eine neue Klage anzuheben. In einem Prozessgesetz könne höchstens eine Klageverwirkung festgelegt werden, nicht aber eine Anspruchsverwirkung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Es fragt sich, ob ein Entscheid in einer Zivilsache im Sinne von Art. 87 Ziff. 1 OG vorliege. Zwar dreht sich der Streit in erster Linie um die prozessrechtliche Frage der Verwirkung des Klagerechtes. Allein nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind auch Entscheide über dem Prozessrecht angehörende Streitfragen als solche in Zivilsachen anzusehen, wenn das ihnen zugrundeliegende materielle Streitverhältnis zivilrechtlicher Natur ist (vgl. BGE 41 II 762 ff.; 45 I 326; 46 II 335; 48 I 233). Das ist hier der Fall, indem eine Schadenersatz- und Genugtuungsforde-

rang aus unerlaubter Handlung eingeklagt wird. Es verschlägt für die Zulässigkeit der zivilrechtlichen Beschwerde auch nichts, ob der behauptete Verstoss in der Anwendung kantonalen Zivilrechtes statt des eidgenössischen bestehen soll, oder ob das kantonale öffentliche Recht zu Unrecht an Stelle des eidgenössischen Zivilrechtes angewendet wurde, wie das hier geltend gemacht wird (vgl. BGE 43 II 126 ff.; 51 I 279; 52 II 415 f.).

2. — Art. 64 BV statuiert die Befugnis des Bundes zur Gesetzgebung im gesamten Gebiete des Zivilrechtes. Es gilt daher in dieser Hinsicht der Satz: Bundesrecht bricht kantonales Recht. Die Kantone sind nicht mehr befugt, zivilrechtliche Normen aufzustellen, es sei denn kraft eines ausdrücklichen Vorbehaltes des Bundesrechtes (vgl. BGE 43 I 64 f.). Dagegen bestimmt der Schlussatz des cit. Art., dass die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung, wie bis anhin, den Kantonen verbleiben. Und im gleichen Sinne stellt Art. 6 ZGB zugunsten der Kantone die allgemeine Garantie auf, dass sie in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt werden. Die Kantone sind hiernach auf dem Gebiete des Zivilprozessrechtes und der Gerichtsorganisation heute noch grundsätzlich souverän. Immerhin sind im Bundeszivilrecht, insbesondere im ZGB, eine ganze Reihe von prozessualen Bestimmungen enthalten, die nach der allgemeinen Regel dem kantonalen Rechte vorgehen, obschon dabei ein gewisser Widerspruch mit Art. 6 ZGB nicht in Abrede zu stellen ist. Soweit aber das Bundesrecht nicht selber Prozessnormen aufstellt, liegt die Gesetzgebungskompetenz immer noch auf Seite der Kantone.

Selbstredend dürfen andererseits die kantonalen Prozessbestimmungen dem Bundesrecht nicht widersprechen. Dafür hat vorab der kantonale Gesetzgeber zu sorgen. Handelt es sich jedoch um bereits bestehende Gesetze, so hat der mit der Anwendung des Bundeszivilrechtes betraute Richter — und zwar der kantonale wie der

eidgenössische — das Recht und die Pflicht, bei Kollisionen im Einzelfalle die beiden Rechtsgebiete abzugrenzen. Die Ansicht der Vorinstanz, dass der kantonale Richter in einem solchen Falle, unbekümmert um den behaupteten Widerspruch zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, das letztere anzuwenden und die Lösung des Konfliktes dem Bundesgericht zu überlassen habe, muss als unzutreffend zurückgewiesen werden (vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht S. 422). Der Grundsatz des Art. 51 SchlT z. ZGB, wonach mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes die zivilrechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben sind, gilt auch für die öffentlichrechtlichen, insbesondere die Prozessvorschriften der Kantone, soweit sie mit den Vorschriften des Bundeszivilrechtes nicht übereinstimmen (vgl. BGE 32 I 658; 43 I 64 f.).

3. — Soweit die Vorinstanz vorab annimmt, dass die mit den beiden Leitscheinen vom 29. Oktober 1926 und 25. Mai 1927 zur Vermittlung gebrachten Rechtsbegehren als identisch zu betrachten seien, entzieht sich der angefochtene Entscheid, weil auf der Anwendung kantonalen Prozessrechtes beruhend, der Nachprüfung des Bundesgerichts.

Was aber den behaupteten Widerspruch zwischen der Vorschrift des § 96 der glarn. ZPO und den Verjährungsbestimmungen des schweizerischen OR anbetrifft, so bestimmt zunächst § 95 ZPO, dass der Leitschein, abgesehen vom beschleunigten Verfahren in Betreibungs- und Konkursstreitigkeiten, 3 Monate in Kraft bleibe, und § 96 fügt bei: Wenn der Kläger den erwirkten Leitschein innerhalb dieser Frist zur Anwendung nicht benütze, so verliere er dadurch seinen Anspruch zwar nicht, müsse aber, sofern ihm nicht ein anderer gerichtlicher Termin gestellt sei, solchen spätestens innerhalb 3 Monaten nach Ablauf jener Frist neuerdings anhängig machen und den bezüglichen Rechtsstreit durchführen. « Unterlässt er dies, so ist der Anspruch

endgültig verwirkt. » Da nach Art. 60 OR der Anspruch auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung in einem Jahre verjährt und der Geschädigte hier seit seiner Verletzung am 23. Mai 1926 Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen hatte, so war im Zeitpunkte der zweiten Ladung zum Sühneversuch vom 18. Mai 1927 die Verjährungsfrist — ganz abgesehen von der allfälligen Unterbrechung durch die Ladung zum ersten Vermittlungsversuch — noch nicht abgelaufen. Wenn dieser Widerspruch einfach nach der allgemeinen Kollisionsnorm: « Bundesrecht bricht kantonales Recht » sich erledigen würde, so wäre die Lösung zugunsten der Verjährungsbestimmungen des Bundesrechts gegeben. Allein diese Lösung würde nach dem oben Ausgeführten der verfassungsmässigen Abgrenzung der Gebiete des eidgenössischen und des kantonalen Rechtes nicht gerecht. Auszugehen ist vielmehr von der Unterscheidung zwischen dem materiellen Anspruch einerseits, dessen Entstehung und Untergang sich nach dem Privatrechte bestimmt, und dem um dieses « Anspruches » willen, zu seinem Schutze und zu seiner Verwirklichung verliehenen prozessualen Klageanspruch oder Klagerecht andererseits, d. h. der Möglichkeit zur Verfolgung des Anspruches durch selbständige Klage (vgl. HELLWIG, Anspruch und Klagerecht S. 8, 127 ff.).

Die Verjährungsbestimmungen des OR regeln das Erlöschen des materiellen Anspruches infolge Zeitablaufs, d. h. Nichtgeltendmachung binnen einer bestimmten Frist. In dieser Beziehung ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes eine absolute, die jede Einmischung der Kantone, sei es durch zivil- oder prozessrechtliche Bestimmungen, ausschliesst. Dagegen ist es grundsätzlich Sache des kantonalen Prozessrechtes, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen eine Partei Anspruch auf richterliche Beurteilung eines Rechtsverhältnisses hat, d. h. den gerichtlichen Schutz für ein Privatrecht durch ein Urteil bestimmten Inhalts verlangen kann (vgl. BGE 45 II 462 f.). Die gerichtliche

Feststellung und Durchsetzung dieses Klagerechtes ist daher, soweit nicht die Gerichtsinstanzen des Bundes zuständig sind, heute noch an die Formen und Fristen des kantonalen Prozessverfahrens gebunden. Ist der Klageanspruch beim Richter einmal anhängig gemacht — wie dies hier zutrifft, indem der Prozessbeginn gemäss § 43 der glarn. ZPO in das Vermittlungsverfahren verlegt ist — so muss der Kläger das Verfahren nach den Regeln und Formen des kantonalen Prozesses fortsetzen: Versäumt er eine peremptorische Frist im Prozesse, deren Nichteinhaltung den Verlust des Klagerechtes nach sich zieht, so hat er seinen Klageanspruch verwirkt, ohne Rücksicht auf den Ablauf oder Nichtablauf der Verjährungsfrist für den eingeklagten materiellen Anspruch. Dieser selbst erlischt zwar nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist, wohl aber ist dem Kläger der Weg zur gerichtlichen Verfolgung desselben mittelst einer selbständigen Klage verschlossen. Dagegen bleibt ihm das Recht gewahrt, seinen Anspruch allfällig verteidigungsweise durch Erhebung der Verrechnungseinrede oder einer Widerklage geltend zu machen oder unter Umständen bei Wegzug des Schuldners in einen andern Kanton durch neue Klage binnen der Verjährungsfrist zu verfolgen, zumal der kantonale Gesetzgeber nur über den Anspruch auf Rechtsschutz durch die Gerichte des eigenen Kantons Vorschriften zu erlassen befugt ist (vgl. BGE 47 I 81 f. und 309 ff.).

Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, dass § 96 der glarn. ZPO, der von der Verwirkung des « Anspruches » schlechthin spreche, den materiellen Anspruch selbst als verwirkt erkläre, was eine unzulässige Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist bedeute. Indessen ist vernünftigerweise anzunehmen, dass, wenn in einem Zivilprozessgesetz von « Anspruch » die Rede ist, darunter in erster Linie der prozessuale Klageanspruch verstanden werden muss. Sodann aber beschränken die §§ 95 und 96 der glarn. ZPO keineswegs die Frist für die Geltendmachung eines Anspruchs,

sondern sie regeln die Fristen für das Verfahren nach Anhängigmachung des Rechtsstreites und die Wirkungen der Nichtprosequierung einer bereits angehobenen Klage. Denn nach § 43 leg. cit. ist der Rechtsstreit als anhängig zu betrachten, « sobald die Vermittlungsvorladung angelegt ist ». Die Streithängigkeit war daher im vorliegenden Falle mit der Vorladung zum ersten Vermittlungsvorstand vom 29. Oktober 1926 eingetreten. Mit diesem Zeitpunkt hatte also das Prozessverfahren begonnen und unterstand der Klageanspruch dessen Regeln und Fristbestimmungen.

Ob die Versäumung einer peremptorischen Frist im Prozesse als Verzicht auf den Klageanspruch auszulegen ist, wie die Vorinstanz annimmt, mag dahingestellt bleiben. Entscheidend ist die Tatsache, dass die Kantone nach der gegenwärtigen Abgrenzung ihrer Gesetzgebungskompetenzen gegenüber dem Bunde befugt sind, solche Fristen, deren Nichteinhaltung den Verlust des Klageanspruches zur Folge hat, in ihren Prozessordnungen festzusetzen. Und zwar ist das Anwendungsgebiet dieser Fristen ein ausgedehntes (Rechtsmittelfristen, gerichtliche Termine, Kostenversicherungsaufgabe, Aufforderung zur Klage etc.). In allen diesen Fällen hat die Versäumnis der gesetzlichen oder richterlichen Präklusivfrist in der Regel den Verlust des pendenten Klageanspruches zur Folge, ganz unabhängig von den Verjährungsnormen des materiellen Rechtes. In diesem Sinne hat denn auch das Bundesgericht in einem analogen Falle entschieden, wo eine Klage wegen Nichtanhängigmachung binnen drei Monaten seit dem Vermittlungsvorstand gemäss § 45 der nidwaldn. ZPO vom kantonalen Gericht als verwirkt erklärt worden war (vgl. BGE 18 S. 4), sowie wiederholt hinsichtlich der Verwirkung des prozessualen Klagerechtes infolge unbenutzten Ablaufs einer Provokationsfrist (BGE 24 II 656 f.; 47 I 81 f.; 310; vgl. ferner HAFNER, Note 2 zu Art. 146 a OR; HELLWIG, System des deutschen Zivilprozessrechts, I. T. S. 298).

4. — Wenn die Zivilprozessordnungen der Kantone Bern und Zürich, auf die der Beschwerdeführer hinweist, eine « Anspruchsverwirkung » im Stadium des Sühneverfahrens, d. h. durch Nichtgeltendmachung des Leit- oder Weisungsscheines binnen bestimmter Frist, nicht kennen, so hängt dies mit der abweichenden Regelung der Streithängigkeit zusammen. In den genannten Kantonen ist es allerdings zulässig, auch nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Leitscheines unter gewissen Voraussetzungen neuerdings einen Sühneversuch zu veranlassen (§ 155 der bern. ZPO und § 120 der zürch. ZPO), allein nach diesen beiden Prozessgesetzen tritt die Streithängigkeit erst nach dem Vermittlungsversuch ein (in Bern durch Einreichung der Klageschrift beim zuständigen Richter oder durch Gesuch um Ladung des Beklagten vor denselben, § 160 und 294 ZPO; in Zürich durch Einreichung der Weisung beim Gericht, § 121 ZPO). Die Litiskontestation steht daher einer beliebigen Wiederholung des Sühneversuches nicht im Wege wie nach dem glarn. Zivilprozessrecht, da der eigentliche Prozess erst nach dem Vermittlungsversuch einsetzt. Uebrigens gibt es auch andere Kantone, die, wie Glarus, die Litiskontestation mit dem Aussöhnungsversuch verbinden und im Falle der nicht rechtzeitigen Einlegung der Weisung beim Gericht den Klageanspruch als verwirkt erklären, so z. B. Thurgau : §§ 80 u. 85 der bürgerlichen Prozessordnung; St. Gallen : Art. 132 des Gesetzes betreffend die Zivilrechtspflege.

Dass durch solche Verschiedenheiten des kantonalen Prozessrechtes auch im Verhältnis zum Bundeszivilrecht abweichende Lösungen sich ergeben können, die im Interesse der Rechtseinheit zu bedauern sind, ist zuzugeben, indessen, solange die Kantone das Zivilprozessverfahren selbständig ordnen, nicht zu vermeiden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.