

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

nun der Antrag der Beklagten auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides genau genommen auf materielle Klageabweisung geht, so muss der Beklagten gleichwohl das Recht zugestanden werden, auch im Berufungsverfahren zu ihrer Verteidigung die Einrede der Verwirkung des Klagerechtes zu erheben. Denn aus formellen Gründen verlangen zu wollen, dass die Beklagte, um den Antrag auf Nichtanhandnahme der Klage stellen zu können, ihrerseits die Berufung gegen das auf materielle Klageabweisung lautende Urteil hätte ergreifen müssen, ginge zu weit: Zu einem solchen Vorgehen hatte die Beklagte gar keine Veranlassung, da ihr mit der materiellen Klageabweisung ebenso sehr gedient war, wie mit der Nichtanhandnahme der Klage. Auf die Verspätungseinrede ist daher einzutreten.

2. — Die Beklagte begründet die Verspätungseinrede im wesentlichen damit, dass die Bestimmung von § 126 Abs. 3 der zürcherischen ZPO, — wonach der Richter bei Einreichung einer den Formvorschriften von § 126 Abs. 1 ZPO nicht genügenden Klageschrift dem Kläger eine kurze Frist zur Verbesserung der Mängel anzusetzen hat — im Bereich der Aberkennungsklage bundesrechtswidrig sei; denn der Schuldner dürfe nicht entgegen dem vom Bundesrecht erstrebten Ziel der Raschheit der Betreibung deren Fortgang beliebig hemmen können. Auf die ursprüngliche, einer schriftlichen Begründung entbehrende Klage aber habe das Gericht wegen Nichterfüllung der Formvorschrift von § 126 Abs. 1 ZPO nicht eintreten dürfen.

Diese Argumentation der Beklagten ist jedoch nicht stichhaltig. Art. 83 SchKG stellt lediglich eine Frist für die Anhebung der Aberkennungsklage auf und verweist im übrigen diese ausdrücklich auf den Weg des ordentlichen Prozesses. Dabei ist allerdings für die Frage, wann die Klage angehoben sei, nach der feststehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht das kantonale Prozessrecht massgebend, sondern der Begriff der Klageanhebung ist in einheitlicher Weise aus dem Bundesrecht zu gewinnen,

und zwar gilt als solche die erste Handlung, die den Prozess einleitet oder ihn in gesetzlich gültiger Form vorbereitet, mit der also der richterliche Schutz erstmals in bestimmter Form angerufen wird (JÄGER, Kommentar zu Art. 83 SchKG Anm. 8. S. 218; BGE 58 II S. 385 und dort erwähnte frühere Entscheide). In welcher Form diese Anrufung des Richters zu erfolgen hat, bestimmt jedoch das kantonale Recht, und ebenso liegt es in dessen Befugnis, welche prozessuale Tragweite es der Nichterfüllung der von ihm aufgestellten Formvorschriften beilegen will. Wenn das kantonale Recht diese Formvorschriften als blosse Ordnungsvorschriften behandeln will — und dies ist hier nach der verbindlichen Auslegung durch die Vorinstanz der Fall —, indem es trotz deren Nichterfüllung die Klageschrift als gültige Rechtsvorkehr betrachtet und erst beim Unterbleiben der nachträglichen Behebung des Mangels innert bestimmter Frist prozessrechtliche Sanktionen eintreten lässt, so ist dagegen vom Standpunkt des Bundesrechtes nichts einzuwenden.

3. — Die Beklagte glaubt sich zu Unrecht für ihren Standpunkt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung berufen zu können. In dem von ihr in erster Linie erwähnten Entscheid in Band 38 I S. 664 ff. wurde die Fortsetzung einer Betreibung als zulässig erklärt, nachdem die rechtzeitig angehobene Aberkennungsklage wegen Nichtleistung der Prozesskostensicherheit « einstweilen zurückgewiesen » worden war, obwohl nach dem anwendbaren bernischen Prozessrecht der Prozess damit formell nicht beendet wurde, sondern nur ruhte und bei nachträglicher Kautionsleistung wieder hätte aufleben und weitergeführt werden können (LEUCH, Kommentar zur bernischen ZPO, Anm. 3 zu Art. 76). Diese Annahme des latenten Weiterbestehens des Prozessrechtsverhältnisses trotz Beendigung der Streitfähigkeit (LEUCH, Anm. 2 zu Art. 76 ZPO) war es somit, deren Berücksichtigung für die Aberkennungsklage als unzulässig bezeichnet wurde, und zwar deshalb, weil es sonst ein Aberkennungskläger in der Hand gehabt hätte,

durch Nichtleistung der Prozesskaution die Fortsetzung der Betreibung nach Belieben zu hemmen und damit eine bedeutend vorteilhaftere Stellung erlangt hätte, als dies in andern Kantonen der Fall gewesen wäre, nach deren Prozessrecht die Nichtleistung der Prozesskaution die formelle Erledigung des Verfahrens durch Abschreibung des Prozesses nach sich zieht, wie dies gerade für das zürcherische Prozessrecht zutrifft (§ 126 Abs. 1 ZPO; STRÄULI, Kommentar zur zürcherischen ZPO, Anm. 3 zu § 238).

Im vorliegenden Fall handelt es sich aber nicht darum, wie sich die prozessuale Behandlung der Nichteinhaltung der Nachfrist des § 126 Abs. 3 ZPO auf die Aberkennungsklage auswirkt, sondern die Frage ist vielmehr die, ob schon die Ansetzung der Nachfrist als solche bundesrechtlich unzulässig sei. In dieser Hinsicht gestattet der erwähnte Entscheid in Band 38 I S. 664 ff. aber zweifellos keinerlei Rückschlüsse. Nichts deutet darauf hin, dass in jenem Falle schon die Fristansetzung zur Kautionsleistung bundesrechtlich als unstatthaft betrachtet worden wäre; bei Leistung der Kautionsfrist hätte vielmehr das Aberkennungsverfahren seinen Fortgang genommen, ohne dass die durch die Notwendigkeit der Fristansetzung bewirkte Verzögerung des Prozesses unter dem Gesichtspunkt des Bundesrechtes zum Eingreifen geführt hätte.

Ähnlich verhält es sich mit dem von der Beklagten weiter angeführten Entscheid in Band 49 III S. 68, in welchem die Vorschrift eines kantonalen Prozessrechtes, dass eine beim örtlich unzuständigen Richter eingereichte Klage als fristgerecht zu gelten habe, wenn sie innert einer bestimmten Nachfrist beim zuständigen Richter eingereicht werde, für die Aberkennungsklage als unzulässig bezeichnet wurde. Auch hier musste im Interesse der Regelung der Aberkennungsklage in einer für alle Kantone einheitlichen Weise in das kantonale Prozessrecht eingegriffen werden, um zu vermeiden, dass im einen Kanton die Einreichung der Klage beim unzuständigen Richter für die Einhaltung der Frist genüge, im andern dagegen nicht; mit dieser als

unstatthaft bezeichneten Fiktion der Rechtshängigkeit lässt sich aber der im vorliegenden Fall in Frage stehende Grundsatz, dass eine Klage trotz Nichtbefolgung einer Ordnungsvorschrift gültig eingereicht sei, nicht vergleichen.

Dem schliesslich noch angerufenen Entscheid in Band 53 III S. 68, nach welchem die Betreibungsferien auch bei der Berechnung der 10-tägigen Frist für die Anhebung der Aberkennungsklage zu berücksichtigen sind, ist für den vorliegenden Fall überhaupt nichts zu entnehmen.

4. —

5. — Die Aberkennungsklage, auf die nach dem Gesagten somit materiell einzutreten ist, stützt sich in erster Linie darauf, dass der Kläger bei Eingehung der Bürgschaft durch die Beklagte absichtlich getäuscht worden sei, eventuell, dass er sich damals in einem wesentlichen Irrtum befunden habe. Vor der Vorinstanz hat der Kläger diese Einrede in der folgenden Weise begründet: Der Hauptschuldner habe gemeint, es werde ihm der volle Kreditbetrag von 25,000 Fr. zur Verfügung gestellt; er habe deshalb dem Kläger nichts davon gesagt, dass sich der Kreditbetrag und die Bürgschaft zum Teil auf die schon bestehenden Verpflichtungen beziehe; bei Kenntnis der wahren Sachlage hätte der Kläger die Bürgschaft nicht übernommen. Mit Recht haben beide Vorinstanzen diese Behauptung abgelehnt, da doch im Kredit- und Bürgschaftsakt ausdrücklich erwähnt ist, dass der Kredit teilweise zur Ablösung bestehender Schulden Verwendung finden solle. In der Berufungsschrift gibt denn auch der Kläger eine andere Begründung für seine Einrede: Aus der Erklärung des Hauptschuldners, wenn er den Kredit erhalte, so könne er sein Geschäft unbelastet fortführen, habe er, der Kläger, geschlossen, dass der Konto-Korrent-Kredit, soweit er nicht zur Begründung neuer Forderungen dienen sollte, zur Tilgung der vor der Eingehung der Bürgschaft aufgelaufenen Hypothekarzinsen verwendet werde; er habe geglaubt, dass die Zinsen der vorgehenden Hypotheken bei Eingehung der Bürgschaft getilgt seien und dass deshalb

die zur Sicherstellung der verbürgten Forderung bestellte Grundpfandverschreibung vollwertig sei; hätte er die Höhe der bei Eingehung der Bürgschaft bereits aufgelaufenen Hypothekarzinsen gekannt und gewusst, dass diese nicht getilgt würden, so hätte er die Bürgschaftserklärung nicht abgegeben; dies sei sowohl dem Hauptschuldner, wie der Beklagten bekannt gewesen.

Diese Sachdarstellung findet sich weder in den Rechtschriften, noch in den Vorträgen des Klägers vor den Vorinstanzen, insbesondere nicht im Protokoll des Obergerichtes. Eine derart neue Begründung einer Einrede, in der neue tatsächliche Behauptungen enthalten sind, ist gemäss Art. 80 OG unzulässig. Ob die so begründete Einrede materiell begründet wäre, sei es unter dem Gesichtspunkt der Täuschung, sei es unter dem des wesentlichen Irrtums, braucht unter diesen Umständen nicht näher geprüft zu werden.

6. —

29. Extrait de l'arrêt de la I^{re} Section civile du 2 juillet 1935 dans la cause Bochet contre Castiglioni.

La victime d'un accident a, en principe, le devoir de diminuer dans la mesure du possible le dommage causé et par conséquent de se soumettre aux soins ordonnés par le médecin; elle n'a toutefois point l'obligation de suivre un traitement long et coûteux pour augmenter simplement les chances de guérison, à moins que le défendeur ne lui offre une avance de frais suffisante pour lui permettre de faire la cure dans des conditions matérielles et morales satisfaisantes.

Le 7 août 1931, vers 22 h. 30, Ch. Castiglioni suivait en side-car la route de Chancy, direction Onex-Petit-Lancy. De l'aveu même d'Emile Bochet, le side-car, muni de ses feux réglementaires, tenait strictement sa droite et marchait lentement.

E. Bochet suivait en auto Castiglioni. Il le dépassa à gauche, mais, reprenant trop tôt la droite de la route, heurta du bord droit de son pare-choc arrière le garde-

boue du side-car, qui fut projeté contre une haie bordant le talus droit de la route.

Ch. Castiglioni fut examiné par des experts. Ils admettent

a) que Castiglioni est atteint, depuis l'âge de 14 ans, d'une tuberculose osseuse de la jambe droite;

b) que la collision, au cours de laquelle il avait été contusionné à la hanche droite, a aggravé cette lésion tuberculeuse, l'accident étant pour 40 %, la maladie préexistante pour 60 % dans l'état du lésé;

c) qu'il serait nécessaire d'hospitaliser Castiglioni pendant plusieurs mois, en vue d'un traitement...

Castiglioni réclama, pour se soumettre à ce traitement, le payement de ses frais d'hôpital pendant 6 mois et une avance de 2000 fr. pour ses frais de ménage.

La Compagnie auprès de laquelle Bochet était assuré refusa.

Ch. Castiglioni assigna E. Bochet devant le Tribunal de I^{re} instance de Genève.

Par jugement du 16 mai 1933, le Tribunal a notamment :

a) admis la faute lourde exclusive du recourant, faute consistant à ne pas avoir pris la précaution élémentaire de dépasser suffisamment le side-car avant de reprendre la droite de la route, alors que le demandeur n'avait rien pu faire pour éviter l'accident, sa machine ayant été brusquement projetée dans la haie;

b) commis les docteurs Perrier, Montant et Zoppino aux fins de déterminer si l'état du demandeur s'était aggravé depuis la première expertise (11 juillet 1932) et dans quelle mesure une aggravation éventuelle pouvait résulter du fait que le demandeur ne s'était pas soumis au traitement préconisé par les premiers experts.

Par jugement au fond du 20 mars 1934, le Tribunal a condamné le défendeur à payer au demandeur la somme de 13 935 fr. 40 avec intérêts à 5 % dès le 20 mars 1934.

Les deux parties ont appelé à la Cour de Justice civile du Canton de Genève.