

simple raison de commerce sans caractère distinctif spécial. L'élément caractéristique principal reste constitué par le fanion et l'effet de cette image est tel que l'acheteur qui voudra s'assurer de l'origine de la marchandise s'enquerra moins du nom du fabricant ou du vendeur que du signe dont elle est munie (cf. RO 21 p. 1058 et 39 II p. 357). A cet égard, l'adjonction du mot « sports », loin d'empêcher la confusion entre les deux maisons, est plutôt de nature à en augmenter le risque (cf. DUNANT § 195 p. 320).

Peu importe également le fait que les parties exploitent leur commerce dans deux villes différentes, c'est-à-dire le demandeur à Berne et les recourants à Genève. Non seulement la protection de la loi fédérale s'étend à tout le territoire suisse, mais il est établi en l'espèce par les documents produits que la maison du demandeur est connue dans tous les milieux sportifs, de sorte que la confusion des deux marques peut se faire aussi bien à Genève qu'à Berne. Peu importe aussi qu'il s'agisse de marques servant à distinguer deux commerces plutôt que deux fabriques, car la protection légale est la même dans les deux cas.

Il y a lieu de relever enfin deux circonstances qui justifient une certaine rigueur dans l'appréciation de l'imitation, c'est d'une part le fait que les deux marques sont apposées sur des marchandises de même genre (cf. RO 52 II p. 166) et, d'autre part, le fait que les recourants, avant de faire le choix de leur marque, connaissaient bien celle du demandeur, puisque l'un d'eux s'est rendu souvent dans son atelier.

## VI. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

### POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. Nr. 76. — Voir n° 76.

Vergl. III. Teil Nr. 50 und 51. — Voir III<sup>e</sup> partie  
N° 50 et 51.

## I. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 82. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Dezember 1936 i. S. Menge gegen Schonlau.

Auflösung des Güterstandes der Güterverbindung durch Tod; Ermittlung des Vorschlages (Art. 214 ZGB):

Wie sind Gesellschaftsschulden eines Ehegatten zu berücksichtigen? (Erw. 1.)

Für vom Ehemann eingebrachtes verkauftes Gut erhält dieser regelmässig einfach den (Mehr- oder Minder-) Erlös. (Erw. 2.)

A. — Die Parteien sind die Erben der am 21. April 1927 verstorbenen Frau Menge, die Kläger als ihre Nachkommen aus erster, geschiedener Ehe mit Louis Schonlau, der Beklagte als deren Ehemann zweiter, am 6. Februar 1917 geschlossenen, kinderlos gebliebenen Ehe, die unter dem Güterstand der Güterverbindung des schweizerischen ZGB stand.

Beim Abschluss dieser Ehe war der Beklagte Eigentümer einer Zellulosefabrik und weiterer Grundstücke in Zell im badischen Wiesental. Am 18. Februar 1922 verkaufte er diesen Grundbesitz für 18,000,000 Papiermark, wovon 500,000 bei der Auflassung und der Rest nach 5 Jahren zu bezahlen waren, sowie 250,000 in 20 vierteljährlichen Raten zahlbare Schweizerfranken. Die ausstehenden 17,500,000 Papiermark wurden später auf 200,000 Reichsmark aufgewertet. In der güterrechtlichen Auseinandersetzung beansprucht der Beklagte, dass ihm für den verkauften Grundbesitz in Zell dessen Wert zur Zeit der Eheschliessung vergütet werde, den er schliesslich noch auf 550,000 Gold-

mark = Fr. 685,000.— beziffert, während der erzielte Erlös nur ausmacht :

500,000 Papiermark zu Fr. 2.50 = . .	Fr. 12,500.—
+ 200,000 Reichsmark zu Fr. 123.50 = »	247,000.—
+	» 250,000.—
	<hr/> Fr. 509,500.—

wovon, was vor Bundesgericht nicht mehr bestritten ist, für eine Investition in Abzug kommen . . . . .

» 15,000.—
<hr/> Fr. 494,500.—

(Differenz gegenüber Fr. 685,500.— = Fr. 190,500.—)

Am 17. Februar 1924 verband sich der Beklagte mit einem der Kläger zu einer Kollektivgesellschaft, kündigte sie jedoch schon auf Ende des gleichen Jahres. In dem im Jahre 1928 (nach inzwischen erfolgtem Tode seiner Ehefrau) durchgeführten Nachlassverfahren bezahlte der Beklagte zur Ablösung seiner (bestrittenen) Haftung gegenüber den Gläubigern eine Nachlassdividende von 50 Prozent und will hierfür aus eigenen Mitteln Fr. 150,000.— aufgewendet haben, mit denen er das eheliche Vermögen als Passivum belasten will, was jedoch die Kläger nur im Betrage von Fr. 73,546.60 gelten lassen (Differenz = Fr. 76,453.40).

B. — Mit der vorliegenden Klage, soweit vor Bundesgericht noch aufrechterhalten, verlangen die Kläger gerichtliche Feststellung, dass ihr Anteil am Vorschlag des ehelichen Vermögens der Ehegatten Menge-Dick je Fr. 11,885.63 beträgt nebst Zins seit 21. Mai 1927.

C. — Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat durch Urteil vom 11. September 1936 die Klage in diesem Umfang zugesprochen.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, es sei die Klage abzuweisen, soweit jedem Kläger ein Anteil am Vorschlag des ehelichen Vermögens Menge-Dick von mehr als Fr. 762.55 nebst Zins zugesprochen wird. (Die Differenz

von je Fr. 11,123.08, für welche auf Abweisung der Klage angetragen wird, macht 1/8 des Drittels der Summe der oben genannten Differenzen von Fr. 190,500.— + 76,453.40 = Fr. 266,953.40 aus).

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Das eheliche Vermögen, das infolge Todes eines unter dem Güterstand der Güterverbindung stehenden Ehegatten aufzulösen ist, besteht aus der Differenz zwischen den dem einen und andern Ehegatten gehörenden Vermögenswerten (ausgenommen die Bestandteile des Sondergutes der Ehefrau) und den Schulden des einen und andern Ehegatten (ausgenommen die blossen Sondergutschulden der Ehefrau) im Zeitpunkt des Todes. Ist ein Ehegatte an einer Gesellschaft beteiligt, so sind zu seinen persönlichen Schulden auch die in jenem Zeitpunkt bestehenden Gesellschaftsschulden zu zählen, für die er aufkommen muss. Dazu können freilich noch solche Gesellschaftsschulden kommen, deren Entstehung auch durch sofortige Aufgabe der Beteiligung nicht zu vermeiden wäre, gleichwie auch Schulden aus sonstigen Dauerschuldverhältnissen eines Ehegatten nicht unberücksichtigt gelassen werden dürfen, sofern sie nicht mehr abzuwenden sind. Die Bezahlung einer Nachlassdividende von 50 % durch den Beklagten hat nun aber zur Abfindung der in einem spätern Zeitpunkt bestehenden Gesellschaftsschulden gedient. Inwieweit diese, in dem oben angegebenen Sinne, schon zur Zeit des Todes seiner Ehefrau bestanden, hat der Beklagte nach der Entscheidung der Vorinstanz nicht für einen höhern als den von den Klägern zugestandenen Betrag von Fr. 147,097.29 nachweisen können, deren Abfindung Fr. 73,548.60 erforderte. Dies ist eine gemäss Art. 81 OG für das Bundesgericht verbindliche Beweiswürdigung, die in keiner Weise Bundesrecht verletzt, insbesondere nicht etwa eine Beweisregel, wonach der Beklagte infolge gewisser Beweisschwierigkeiten der Beweislast für seine Behauptung, aus welcher er Rechte

herleiten will, enthoben wäre ; denn eine eigentliche Umkehr der Beweislast kommt ohne gesetzliche Grundlage nicht in Frage.

2. — Dem Beklagten ist zuzugeben, dass die Präjudizien über die güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Ehescheidung keine grundsätzliche Richtschnur für die vorliegend streitige güterrechtliche Auseinandersetzung abzugeben vermögen. Während gemäss Art. 154 ZGB bei der Scheidung das eheliche Vermögen « unabhängig von dem Güterstand der Ehegatten » in das Eigengut des Mannes und das Eigengut der Frau zerfällt, ist für die vorliegend streitige güterrechtliche Auseinandersetzung umgekehrt gerade und ausschliesslich der Güterstand massgebend. Allein im Ergebnis macht dies für die vorliegend einzig streitige Frage keinen Unterschied aus, was seinen Grund darin hat, dass die Güterverbindung das Eigengut des Mannes und der Frau nur bezüglich Verwaltung und Nutzung verbindet, dagegen bezüglich des Eigentums getrennt lässt — soweit nicht, sei es von Gesetzes wegen gemäss Art. 201 Abs. 3 ZGB, sei es ehevertraglich gemäss Art. 199 ZGB, Gütereinheit geschaffen wird, worauf jedoch im vorliegenden Falle nichts ankommt, ebensowenig wie auf die für Ersatzanschaffungen geltenden Normen, weil keine solchen dargetan sind.

Nach der für die Auflösung der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten massgebenden Vorschrift des Art. 214 ZGB ist Vorschlag, der zu einem Drittel der Ehefrau oder ihren Nachkommen gehört, was sich « nach Ausscheidung des Mannes- und Frauengutes » ergibt. Während die Vorinstanz anstelle der vom Beklagten bei der Eheschliessung eingebrachten Liegenschaften in Zell den aus deren Verkauf erzielten Erlös als Mannesgut ausgeschieden hat, verlangt der Beklagte, es sei vom ehelichen Vermögen soviel als Mannesgut auszuschneiden, als dem Wert jener Liegenschaften zur Zeit der Eheschliessung entspricht. Allein dies liesse sich mit den Grundgedanken des Güterstandes der Güterverbindung nicht vereinbaren.

Wenn nach Art. 195 ZGB regelmässig (d. h. abgesehen von den in den erwähnten Art. 199 und 201 Abs. 3 ZGB anders geordneten Tatbeständen) als eingebrachtes Gut der Ehefrau deren Eigentum bleibt, was ihr vom ehelichen Vermögen zur Zeit der Eheschliessung gehört oder während der Ehe unentgeltlich anfällt, so kann die Ausscheidung solchen eingebrachten Frauengutes schlechterdings nicht anders erfolgen als durch blosses Ausscheiden aus dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrecht. Ist es mehr wert als beim Einbringen, so kommt der Mehrwert der Ehefrau als der jederzeitigen Eigentümerin zugute. Ist es weniger wert, so hat die Ehefrau als Eigentümerin den Minderwert an sich zu tragen, es wäre denn, dass sie gemäss Art. 201 Abs. 1 in Verbindung mit 752 ZGB den Ehemann als Nutzungsverwalter aus Verschulden am Minderwert für diesen persönlich verantwortlich machen könnte.

Soll sich nach der Ausscheidung des Mannes- und Frauengutes ein Vorschlag ergeben können, so kann unter dem auszuschneidenden Mannesgut (regelmässig, d. h. abgesehen von den erwähnten Ausnahmen) nur das vom Ehemann eingebrachte Vermögen verstanden sein, nicht etwa darüber hinaus alles eheliche Vermögen, das nicht Frauengut ist und woran der Ehemann gemäss Art. 195 Abs. 2 ZGB ebenfalls Eigentum hat. Es wäre aber unerfindlich, wieso für die Ausscheidung dieses eingebrachten Mannesgutes etwas anderes gelten könnte, als was eben über die Ausscheidung des eingebrachten Frauengutes ausgeführt worden ist (abgesehen davon, dass der Ehemann als Selbstverwalter seines eingebrachten Gutes natürlich nur sich selbst für dessen Minderwert verantwortlich sein kann, insbesondere für den Mindererlös aus einem Verkauf von ihm eingebrachter Vermögensstücke, dessen Abschluss ja einzig von seiner eigenen Entschliessung abhängt). Sobald man den Fall ins Auge fasst, dass noch vorhandenes eingebrachtes Mannes- und Frauengut vom gleichen wertvermindernden Zufall betroffen worden ist, leuchtet ohne

weiteres ein, dass sich hieraus für Mann und Frau nicht gänzlich verschiedene Rechtsfolgen ergeben dürfen. Dem den Ehemann derart allfällig treffenden Nachteil aus Wertverminderung der seinerzeit von ihm eingebrachten Vermögensstücke entspricht als Gegenstück der Vorteil aus Wertvermehrung anderer solcher Vermögensstücke, von dem ja auch der Beklagte zu profitieren nicht ausgeschlossen hat. Dem Ehemann kann nicht zugestanden werden, jenem Nachteil dadurch auszuweichen, dass er die von ihm eingebrachten Vermögensstücke, welche weniger wert geworden sind, vor seinem oder seiner Ehefrau Tod verkaufe und sich deren Wert zur Zeit des Einbringens aus dem ehelichen Vermögen ersetzen lasse, anstatt sie in natura und vom Minderwert betroffen zurückzunehmen. Vielmehr kann dann die Ausscheidung des Mannesgutes nur in der Vergütung bzw. Anrechnung des der eingetretenen Wertverminderung entsprechenden kleineren Kaufpreises bestehen. Das Vorhandensein eines Vorschlages, an dem die Ehefrau oder deren Nachkommen Anteil nehmen können, kann somit nicht unter allen Umständen zur Voraussetzung haben, dass das vom Ehemann eingebrachte und ihm vorab wieder zuzuschneidende Vermögen (mindestens) ebensogross sei wie bei der Eheschliessung bzw. beim spätern Einbringen, nämlich insbesondere dann nicht, wenn sein eingebrachtes Vermögen bloss infolge Minderwertes kleiner geworden ist, sei es dass der Minderwert seinen Ausdruck finde in der gegenwärtigen Bewertung von noch vorhandenen oder zu deren Ersatz angeschafften eingebrachten Vermögensstücken oder in einem durch Verkauf während der Ehe erzielten Mindererlös, beides in Vergleichung mit der Bewertung für die Zeit der Eheschliessung oder des spätern Einbringens. Ebenso kann sich, als Gegenstück, ein (zum grösseren Teil dem Ehemann verbleibender) Vorschlag ergeben, wenn das eingebrachte Frauengut infolge Minderwertes kleiner geworden ist (sofern mindestens der es verwaltende und nutzende Ehemann nachweist, dass dieser Schaden ohne

sein Verschulden eingetreten ist). Es wäre dem Grundgedanken der Beteiligung der Ehefrau und ihrer Nachkommen am Vorschlag zuwider, wenn der Mann in solchen Fällen zunächst aus dem während der Ehe neu erworbenen und zusammengehaltenen Vermögen Ersatz für den Minderwert beanspruchen könnte, während es die Frau nicht kann (ausser bei Verschulden des Ehemannes). Nicht einmal durch Inventar und Schätzung gemäss Art. 197/8 ZGB hätte sich die vom Beklagten gewünschte Rechtsfolge der Veräusserung seines Grundbesitzes in Zell erzielen lassen; denn auch für diesen Fall bestimmt Art. 198 Abs. 2 ZGB, dass, wenn Gegenstände in guten Treuen während der Ehe unter dem Schätzungswert veräussert worden sind, der Erlös an die Stelle der Schätzungssumme tritt — wodurch ebenfalls bestätigt wird, dass im allgemeinen gegenüber einem erzielten Mindererlös nichts auf den (ja regelmässig nur durch Schätzung zu ermittelnden) Wert zur Zeit des Einbringens ankommt.

Zutreffend hat die Vorinstanz angenommen und ist in der heutigen Verhandlung nicht mehr bestritten worden, dass als auszuschneidender bzw. anzurechnender Verkaufserlös für den Grundbesitz in Zell (abgesehen von dem von vorneherein in Schweizerwährung stipulierten Teil von Fr. 250,000.—) nicht der damalige gar nicht realisierte oder ein späterer Kurswert der Kaufpreisforderung massgebend ist, die in einer damals in völligem Zerfall befindlichen Währung bestimmt, jedoch erst viel später fällig wurde, sondern der in Wirklichkeit eingegangene Erlös, also 200,000 Reichsmark zum Kurse von 123.50 = Fr. 247,000.—, wozu noch die erwähnten Fr. 250,000.— und die sofort bezahlten 500,000 Papiermark zu Fr. 2.50 = Fr. 12,500.— kommen, was insgesamt Fr. 509,500.— ausmacht, wovon unwidersprochenermassen für eine Investition aus ehelichem Vermögen Fr. 15,000.— abzuziehen sind, sodass zur Ausscheidung an den Beklagten nur Fr. 494,500.— übrigbleiben.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 11. September 1936 bestätigt.

## II. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

**83. Extrait de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 20 mai 1936 dans la cause Adout-Balizer et consorts contre Bloch et Wyser.**

*Contrat de courtage.*

Le courtier peut réclamer sa rémunération même s'il n'a pas participé jusqu'au bout aux tractations ou si un autre courtier a été mis en œuvre, pourvu que les pourparlers engagés par lui n'aient pas été définitivement rompus et qu'il existe un rapport psychologique entre son activité et la décision du tiers. Lorsqu'un second courtier a été commis parce que les efforts du premier n'ont pas abouti et que la conclusion du contrat est le résultat de leurs activités concurrentes et indépendantes, chacun d'eux a droit non au salaire entier, mais à une rémunération correspondante à la part qui lui revient dans l'aboutissement de l'affaire.

Les salaires de deux courtiers étant dus en vertu de deux contrats indépendants, le commettant ne peut se libérer en consignand la somme, sous prétexte qu'il y a incertitude sur la personne du créancier.

*Résumé des faits :*

A fin 1928, Balizer chargea Bloch de lui indiquer un acquéreur pour son immeuble sis à Bâle. Il exigeait tout d'abord un prix de 900 000 fr., mais dans la suite, il éleva ce chiffre à plusieurs reprises jusqu'à 1 500 000 fr. Il était convenu que le salaire du courtier serait fixé à 25 000 fr., plus 2 % du montant du prix de vente dépassant 1 million de francs. Bloch trouva deux amateurs, la Société générale

de consommation des deux Bâle et l'Union suisse de sociétés de consommation. Il sut amener ces deux sociétés à se concurrencer l'une l'autre et à formuler des offres de plus en plus élevées. Finalement, en décembre 1929-janvier 1930, ces deux sociétés offrirent respectivement un million et 1 075 000 fr. Balizer refusa cependant ces propositions, les estimant insuffisantes.

En décembre 1930, Balizer était entré en relations avec Wyser et s'était engagé à lui accorder une commission en cas de vente au comptant de l'immeuble pour un prix minimum de 1 500 000 fr. Cette commission était exigible lors du paiement du prix de vente. Wyser, dont les efforts furent grandement facilités par l'activité que Bloch avait déployée, put traiter avec la Société générale de consommation des deux Bâle pour le prix de 1 100 000 fr..

Wyser et Bloch réclamèrent le salaire convenu, Wyser par 16 500 fr., Bloch par 27 000 fr. Balizer consigna la somme de 16 500 fr. Balizer étant décédé sur ces entrefaites, Bloch et Wyser actionnèrent ses héritiers, les défendeurs au présent procès, qui ont conclu au rejet de la demande de Bloch et se déclarèrent d'accord de verser à Wyser les 16 500 fr. consignés. Le Tribunal de première instance de Genève a rejeté la demande de Bloch et admis celle de Wyser, les défendeurs étant condamnés à lui verser 16 500 fr. plus intérêts à 5 % dès le 15 novembre 1931. Statuant sur appel de Bloch et des défendeurs, la Cour de justice civile a admis la demande de Bloch à concurrence de 5000 fr. plus intérêts à 5 % dès le 28 janvier 1932 et confirmé pour le reste le jugement de première instance. C'est contre cet arrêt que Bloch et les défendeurs ont recouru au Tribunal fédéral.

*Motifs :*

...2. — Les actions des demandeurs sont toutes deux fondées sur un contrat de courtage. Selon l'art. 413 al. 1 CO, le courtier a droit à son salaire dès que l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la