

geordnet ist, während bei der Verpfändung, um das Besitzkonstitut auszuschliessen, ausdrücklich bestimmt worden ist (in Art. 884 Abs. 3 ZGB): « Das Pfandrecht ist nicht begründet, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält ». Insofern das Besitzkonstitut als untauglich für die (im übrigen formlose) Handschenkung bezeichnet wurde, weil es nicht geeignet sei, dem Schenker die Entäusserung genügend zum Bewusstsein zu bringen, um ihn vor unbedachten Schenkungen zu schützen, ist kein zureichender Unterschied gegenüber der Besitzeanweisung zu erkennen, ebenso nicht gegenüber einer rein formalen « Übergabe » im engeren Sinne und unmittelbar darauf folgenden Rückgabe auf Grund des besonderen Rechtsverhältnisses, kraft dessen der Schenker im Besitz der verschenkten Sache verbleiben soll. Es ist nicht einzusehen, wieso der Schenker eines weitergehenden als des in Art. 249 OR vorgesehenen Schutzes bedürfen sollte, ausser dass sein animus donandi klar und eindeutig zum Ausdruck zu kommen hat, womit gleichzeitig auch dessen Erben genügend geschützt werden, und ebenso, in Verbindung mit der paulianischen Anfechtungsklage, dessen Gläubiger, denen das Gesetz offenbar keinen weitergehenden Schutz gewähren wollte (auch nicht denjenigen aus Art. 188 ZGB; BGE 61 II 314). Das hier in Frage stehende Erfordernis würde insbesondere die Schenkungen unter den ja weitestgehend Mitbesitz ausübenden Ehegatten in einer allzusehr an das römischrechtliche Verbot erinnernden und mit dessen Unterdrückung kaum zu vereinbarenden Weise erschweren. Aus allen diesen Gründen kann an der bisherigen Rechtsprechung nicht festgehalten werden.

**75. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 7. Dezember 1937 i. S. Schweiz. Gesellschaft für
Aufführungsrechte (GEFA) gegen « Gefa » Genossenschaft
für Arbeitsbeschaffung.**

Firmenrecht, Schutz der Firma, Art. 876 aOR, 956 rev. OR. Zivilrechtliche Beschwerde, Art. 87 Ziff. 1 OG, zulässig auch wegen Verletzung eidgenössischen Zivilrechts durch kantonales öffentliches Recht. Ob das eidgenössische Recht, wenn es angewendet worden ist, richtig oder unrichtig ausgelegt worden sei, ist nicht zu prüfen.

Vorsorglicher Rechtsschutz im Firmenrecht ist im rev. OR im Gegensatz zum aOR nicht vorgesehen; das kantonale Prozessrecht bestimmt, ob ein solcher bestehe.

A. — Die Beschwerdeführerin ist ein Verein zu wirtschaftlichen Zwecken, der seit dem Jahre 1927 unter der Firma « Schweizerische Gesellschaft für Aufführungsrechte (GEFA) » im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist. Er bezweckt den Schutz, die Vertretung und die Verwertung der Aufführungsrechte der ihm angeschlossenen Autoren von musikalischen und literarischen Werken.

Die Beschwerdegegnerin ist eine Genossenschaft zum Zwecke der Bekämpfung der Wirtschaftskrise durch Arbeitsbeschaffung. Sie ist seit dem Jahre 1936 im Handelsregister eingetragen unter der Firma « Genossenschaft für Arbeitsbeschaffung Grenchen ». Für ihre Reklame bedient sie sich der im Handelsregister nicht eingetragenen Kurzbezeichnung « Gefa ». Um die Mittel für die Erreichung ihres Zweckes zu beschaffen, organisierte sie 2 Lotterien, die erste unter dem Kennwort « Gefa », deren Ziehung im Dezember 1936 stattfand, die zweite unter der Bezeichnung « Gefa 2 »

B. — Die Beschwerdeführerin erhob gestützt auf Art. 876 aOR Klage auf Unterlassung der weiteren Führung der Bezeichnung « Gefa » durch die Gegenpartei, sowie auf Bezahlung einer Genugtuungssumme von Fr. 1.—.

Gleichzeitig stellte sie das Begehren, es sei der Gegenpartei durch eine einstweilige Verfügung gemäss § 250 der solothurnischen ZPO die Führung der Bezeichnung « Gefa » sofort zu untersagen.

C. — Das Obergericht Solothurn wies dieses Begehren um Erlass einer einstweiligen Verfügung mit Entscheid vom 12. Juli 1937 ab mit der Begründung, dass die Bestimmungen von § 250 soloth. ZPO über den Erlass einstweiliger Verfügungen zum Schutze des Besitzes oder des Gebrauches des Eigentums oder der Ausübung einer Dienstbarkeit nicht anwendbar seien auf das Recht an der Firma. Dazu wird ergänzend bemerkt, dass auch die materiellen Voraussetzungen zum Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verneinen seien, weil es an einem erheblichen Interesse der Gesuchstellerin fehle und anderseits der für die Gegenpartei erwachsende beträchtliche Schaden bei einer allfälligen Abweisung der Unterlassungsklage kaum wieder gutgemacht werden könnte.

D. — Gegen den Entscheid des Obergerichtes hat die « GEFA » Zürich eine zivilrechtlich Beschwerde wegen Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechtes (Art. 87 Ziffer 1 OG) eingereicht....

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Art. 87 Ziffer 1 OG bestimmt, dass letztinstanzliche, der Berufung nicht unterliegende kantonale Entscheide in Zivilsachen wegen Anwendung kantonalen oder ausländischen statt eidgenössischen Rechtes mit der zivilrechtlichen Beschwerde angefochten werden können.

Gegen den angefochtenen Entscheid des solothurnischen Obergerichtes kann nun kein kantonales Rechtsmittel mehr ergriffen werden. Der Entscheid ist ferner kein Haupturteil, das abschliessend über einen materiellrechtlichen Anspruch entscheidet, und kann somit nicht auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden. Sodann handelt es sich um einen Entscheid in einer Zivilsache, nämlich um einen Entscheid in

einem Streit über den im Obligationenrecht geregelten Firmenschutz. Da die Beschwerdeführerin behauptet, die Vorinstanz habe die dem Bundeszivilrecht angehörenden Bestimmungen über den Firmenschutz dadurch verletzt, dass sie ausschliesslich auf die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts über den Besitzerschutz abgestellt habe, so ist auch die letzte Voraussetzung von Art. 87 Ziff. 1 OG erfüllt, dass die Anwendung kantonalen an Stelle des eidgenössischen Rechtes in Frage steht. Dass das kantonale Recht, dessen Anwendung gegen Bundeszivilrecht verstossen soll, nicht Zivilrecht ist, sondern Prozessrecht, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes unerheblich. Mit der zivilrechtlichen Beschwerde nach Art. 87 Ziff. 1 OG kann die Verletzung von Bundeszivilrecht durch kantonalrechtliche Bestimmungen jeder Natur gerügt werden (BGE 60 II S. 487)....

2. — Wie das Anwendungsgebiet von § 250 der solothurnischen ZPO abzugrenzen sei, ist als Frage des kantonalen Prozessrechtes der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen. Gemäss dem Entscheid des Obergerichtes ist deshalb davon auszugehen, dass das in § 250 vorgesehene Verfahren auf den Besitzerschutz beschränkt sei.

Die Beschwerdeführerin behauptet nun aber, dass das Bundesrecht in Art. 956 des rev. OR — nach diesem ist nämlich gemäss den Grundsätzen des intertemporalen Rechtes die Streitige Frage zu beurteilen, wie die Beschwerdeführerin selber ebenfalls annimmt — die Möglichkeit einer vorsorglichen Verfügung zum Schutze des Firmenrechtes vorsehe. Diese Auffassung ist jedoch irrtümlich. Art. 956 bestimmt lediglich, dass der Inhaber einer Firma neben der Klage auf Ersatz des Schadens infolge unbefugten Gebrauches seiner Firma durch einen Dritten auch die Klage auf Unterlassung weiterer Störung erheben könne. Von einer bundesrechtlichen Vorschrift, durch welche die Kantone verpflichtet wären, die Erwirkung einstweiliger Verfügungen im Sinne eines vorsorglichen

Rechtsschutzes zu ermöglichen, ist dagegen nicht die Rede; Art. 956 enthält auch keinen Vorbehalt zu Gunsten der Bundesgesetzgebung zum Erlass weiterer, den Schutz des Firmenrechts bezweckender Bestimmungen, wie er in aOR Art. 876 noch enthalten war, und dementsprechend fehlt denn auch in Art. 32 der Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 die Ermächtigung an den Richter zum Erlass vorsorglicher Verfügungen, die Art. 30 der HRegV von 1890 ausgesprochen hatte. Ob ein einstweiliger Rechtsschutz möglich sei, wird mangels einer bundesrechtlichen Regelung gleich wie bei der Unterlassungsklage aus Art. 28 ZGB — Schutz des Persönlichkeitsrechtes — ausschliesslich vom kantonalen Prozessrecht bestimmt (vgl. EGGER, Anm. 75 zu Art. 28 ZGB; GERMANN, Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung, S. 28, S. 157). Trifft somit die Behauptung der Beschwerdeführerin nicht zu, dass die Vorinstanz durch die Verneinung der Möglichkeit eines vorsorglichen Rechtsschutzes Bundeszivilrecht verletzt habe, so ist die Beschwerde abzuweisen.

3. — Selbst wenn aber die Streitfrage nach den Vorschriften des alten Rechtes, das bei Erlass des amtsgerichtlichen Urteils noch Geltung hatte, zu entscheiden wäre, so würde dadurch am Endergebnis nichts geändert. Zwar räumte, wie bereits ausgeführt worden ist, Art. 30 der HRegV von 1890 auf Grund der in Art. 876 aOR enthaltenen Ermächtigung dem Richter die Befugnis zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ein, was nach dem Grundsatz des Vorranges des eidgenössischen Rechtes die Kantone verpflichtete, in ihrer Prozessgesetzgebung ein Verfahren zur Erwirkung einer solchen vorsorglichen Verfügung vorzusehen. Die Abweisung des Begehrens der Beschwerdeführerin mit der Begründung, das kantonale Prozessrecht kenne einen derartigen einstweiligen Rechtsschutz nicht, hätte daher nach altem Recht an sich eine Verletzung des Bundeszivilrechtes bedeutet. Die Beschwerde hätte jedoch gleichwohl abgewiesen werden müssen,

weil es die Vorinstanz nicht bei der Abweisung aus formellen Gründen hat bewenden lassen, sondern darüber hinaus das Begehren als materiell unbegründet bezeichnet hat. Sie hat also in Wirklichkeit das eidgenössische Recht, auf das sich die Beschwerdeführerin beruft, angewendet, womit der auf Art. 87 Ziff. 1 OG gestützten Beschwerde der Boden entzogen wäre. Denn ob die Vorinstanz die in Frage stehende Bestimmung des Bundesrechts richtig oder unrichtig ausgelegt habe, kann das Bundesgericht im Rahmen der zivilrechtlichen Beschwerde nicht überprüfen (GIESKER-ZELLER, Die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht, S. 109)....

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

76. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1937 i. S. Ackermann gegen Wiesmann.

- I. Kauf, Mängel der Kaufsache.
Schadenersatzansprüche, die nicht in Verbindung mit Wandelung, sondern mit blosser Minderung oder für sich allein geltend gemacht werden.
1. Art. 208 Abs. 2 OR ist nicht analog anwendbar. Erw. 2.
 2. Zur Anwendung kommen Art. 97 ff, aber mit folgenden Einschränkungen:
 - a. Es gelten die Verjährungsfristen der Art. 210 u. 219 Abs. 3.
 - b. Es besteht die Prüfungs- u. Rügepflicht nach Art. 201. Erw. 3 a u. c.
- II. Mängelrüge, Art. 201. Auch ein äusserlich sichtbarer Mangel kann ein geheimer sein, nämlich dann, wenn er für den Käufer als Laien nicht erkennbar ist. Erw. 3 d.

A. — Am 19. November 1930 verkaufte der Beklagte dem Kläger seine Arztpraxis und sein Haus in Kleindietwil (Bern). Der Kläger wohnte seit Kaufsantritt in diesem Haus.

Am frühen Morgen des 25. Juni 1935 explodierte der elektrische Boiler im Badezimmer. Die Explosion war