

Umstände, für die die Bahnunternehmung einzustehen hat, veranlasst worden sein sollten. Das letztere trifft jedoch im vorliegenden Falle nicht zu, da die Klägerin festgestelltermassen aus freien Stücken, ohne besondern Anlass gehandelt hat, ein Verhalten, das besonders im Hinblick auf das hohe Alter der Klägerin als grobe Fahrlässigkeit bezeichnet werden muss. Die Einrede des Selbstverschuldens ist daher begründet und die Klage infolgedessen abzuweisen.

## VI. MARKENSCHUTZ

### PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

#### 85. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Dezember 1927

##### i. S. Künzle gegen Nahrungsmittelwerke A.-G. Olten.

Namenschutz und Markenrecht. ZGB Art. 29 und MSchG Art. 27<sup>1</sup>.

1. Der in seinem Namensrecht durch unbefugte Führung seines Namens in einer Marke Verletzte hat das Recht, markenrechtlich (vor dem für Markenrechtsstreitigkeiten zuständigen Gericht) auf Nichtigerklärung der Marke samt Folgen zu klagen (Erw. 3—5).

2. Ein Urteil, das die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation des auf Nichtigerklärung einer Marke Klagenden gutheisst, ist ein Haupturteil i. S. von Art. 58 OG (Erw. 2)

A. — Der Kläger Künzle hat mit Vertrag vom 25. Juli 1914 den Nahrungsmittelwerken Steffen & Wilhelm A.-G. in Olten (an deren Stelle nachher die beklagte A.-G. getreten ist) « für unbegrenzte Zeit und Gebiete das alleinige Recht » eingeräumt, unter Verwendung seines Namens einen « Gesundheits-Kaffee-Ersatz » in den Handel zu bringen. Die Hauptbestandteile des Produktes wurden in diesem Vertrag festgesetzt, und das fertige, ausprobierte Produkt war dem Pfarrer Künzle zur Begutachtung und Beurteilung einzusenden; dabei war bestimmt:

« Es versteht sich, dass den Nahrungsmittelwerken Steffen & Wilhelm A.-G. auch das alleinige Recht zusteht, unter dem Namen von Pfarrer Künzle die Bestandteile obgenannten Kaffeesatzes einzeln in den Handel zu bringen. »

Mit Vereinbarung vom 15. Juni 1925 wurde dieser Vertrag in verschiedenen Punkten ergänzt; daraus ist hervorzuheben:

§ 1. Pfarrer Künzle hat den Nahrungsmittelwerken Steffen & Wilhelm A.-G. für unbegrenzte Zeit und Gebiete das alleinige Recht erteilt, unter Verwendung seines Namens folgende Artikel zu fabrizieren und in den Handel zu bringen: . . .

In § 2 ist die Zusammensetzung der Produkte geordnet und u. a. bemerkt: es müssen Namens- und Markenbezeichnungen vom Kläger genehmigt sein, ehe sie in den Handel gebracht oder gesetzlich geschützt werden.

In § 3 räumt der Kläger der Beklagten das Recht ein, gegen jeden Namensmissbrauch einzuschreiten.

Laut § 4 zahlt die Beklagte dem Kläger für die hier vorgesehenen 3 Artikel vorderhand 600 Fr. jährlich, und liefert ihm von den, unter seinem Namen erstellten Artikeln soviel unentgeltlich, als er für seinen Haushalt benötigt, oder je nach Rendite auch zu Wohltätigkeitszwecken; dann wird bestimmt:

« Steffen & Wilhelm steht das Recht zu, Herrn Pfarrer Künzle's Namen beim eidg. und internationalen Amt für geistiges Eigentum schützen zu lassen. »

Am 24. Mai 1917 gab der Kläger die Erklärung ab, dass er gegen die Eintragung seines Namenszuges beim eidg. und internationalen Amt für geistiges Eigentum zu Gunsten der Nahrungsmittelwerke A.-G. nichts einzuwenden habe, wenn der Markenschutz beschränkt werde auf die im Vertrag vom 15. Juni 1915 vorgesehenen Artikel und das bezügliche Reklamematerial aller drei Artikel.

Am 26. Februar hatte die Beklagte eine Marke

Nr. 36,616 eintragen lassen; der Auszug aus dem Markenregister bezeichnet als « Markenabbildung »: « Pfarrer Künzles Virgo complet », — und am 26. Februar 1917 eine Marke Nr. 39,735, wobei als Gegenstand der « Markenabbildung » genannt ist: « Namenszug von Joh. Künzle, Pfr. »

B. — Im Mai 1926 sah sich der Kläger veranlasst, der Beklagten durch Advokat Dr. Conradin in Chur sein Missfallen über deren Geschäftsgebarung, speziell über die illoyale Art, wie sie die Reklame betreibe, auszudrücken, und stellte ihr ein Ultimatum bis zum 1. Juni 1926, um die verschiedenen, von ihm gerügten Ungehörigkeiten abzustellen, widrigenfalls er vom Vertrag zurücktreten würde, was er dann mit Notifikation vom 9. Juni 1926 tat. Am 17. Juni erklärte er ausserdem « im Sinne des Art. 146 OR die Kündigung des Vertrages auf Ende Dezember 1926 für den Fall, dass irgendwelche Gerichtsstanz den mit Notifikation des Herrn Dr. Conradin vom 9. Juni 1926 erklärten Rücktritt aus wichtigen Gründen nicht schützen sollte ».

C. — Am 12. Juli 1926 erhob der Kläger beim Richteramt Olten-Gösgen Klage mit folgenden Rechtsbegehren:

I. a) Es sei gerichtlich zu erkennen, dass der am 9. Juni 1926 seitens des Klägers erklärte Rücktritt vom Vertrag vom 15. Juni 1915 und von der Erklärung vom 24. Mai 1917 zu Recht bestehe,

eventuell:

b) Die Beklagte habe die seitens des Klägers am 17. Juni 1926 erfolgte Kündigung des im Rechtsbegehren I erwähnten Rechtsverhältnisses auf Ende 1926 als rechtswirksam anzuerkennen.

II. Der Beklagten sei der Gebrauch des Namens des Pfarrers Joh. Künzle im Zusammenhang mit ihrem Fabrikations- und Handelsunternehmen verboten.

III—VII. (Weitere, hier nicht in Betracht kommende Begehren).

Mit Verfügung vom 19. Juli 1926 verbot der Gerichts-

präsident von Olten-Gösgen der Beklagten, in den Inseraten künftig die mit dem Namenszug « Künzle » versehenen Produkte in irgend welcher Form als heilbringend oder gesundheitserhaltend zu bezeichnen.

Während der Hängigkeit dieses Prozesses erhob der Kläger eine neue Klage, die er am 12. Oktober 1926 beim Obergericht des Kantons Solothurn direkt einreichte, und mit welcher er bei dieser Instanz die Klagebegehren erhob:

1. Die von der Beklagten am 26. Februar 1915 unter Nr. 36,616 deponierte Marke « Pfarrer Künzle's Virgo complet » sei nichtig zu erklären und zu löschen.

Eventuell:

2. Der Beklagten sei verboten, die in Rechtsbegehren 1 erwähnte Marke weiterhin auf ihren Produkten zu verwenden, oder Produkte anderer Provenienz damit zu versehen.

3. Die von der Beklagten am 26. Februar 1917 unter Nr. 39,735 deponierte Marke « Namenszug von Joh. Künzle, Pfr. » sei nichtig zu erklären und zu löschen.

Eventuell:

4. Der Beklagten sei verboten, die in Rechtsbegehren 3 erwähnte Marke weiterhin auf ihren Produkten zu verwenden oder Produkte anderer Provenienz damit zu versehen.

5. Die mit den in Rechtsbegehren 1 und 3 umschriebenen Marken versehenen Packungen für Waren (Kaffeeersatz, Nähr cacao, Kräutersirup etc.) seien zu vernichten, oder derart zu verändern, dass die fraglichen Marken daraus verschwinden.

Weiter eventuell:

6. Der Beklagten sei verboten, ab 1. Januar 1927 die in Rechtsbegehren 1 und 3 erwähnten Marken weiter zu verwenden.

7. Das Urteil sei im Dispositiv in 20 verschiedenen Zeitungen und Zeitschriften der Schweiz nach Antrag der Klägerschaft auf Kosten der Beklagten zu publizieren.

Diese zweite Klage begründet der Kläger folgendermassen :

1. Neben dem (in der ersten Klage erwähnten) Rechtsanspruch gehe auch ein markenrechtlicher Anspruch, welcher mit der zweiten Klage verfolgt werde. Die Beklagte habe gestützt auf den Vertrag vom 15. Juni 1915 den Namen und sogar den Namenszug des Klägers, ohne Begrüssung des Klägers, als Handelsmarke deponiert.

Nachdem der Kläger am 9. Juni 1926 von den mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten getroffenen Vereinbarungen zurückgetreten sei, sei den beiden Marken-deponierungen (und insbesondere derjenigen von Nr. 39,735) das Fundament entzogen worden. Diese Marken seien wegen Wegfalls der Voraussetzungen zur Depositionierung als nichtig zu erklären und zu löschen. Eventuell seien die beiden Eventualbegehren 2 und 4 zu schützen und der Beklagten zu verbieten, die beiden Marken weiterhin auf ihren Produkten oder auf solchen anderweitiger Provenienz anzubringen und damit den Eindruck zu erwecken, diese Produkte würden durch den Namen des Klägers gedeckt.

2. Der Kläger habe am 7. Juli 1926 durch seinen Anwalt (und dessen Personal) in Solothurn Pakete der Produkte der Beklagten « Sykos » und Virgo » kaufen lassen und mit dem Einkaufspersonel festgestellt, dass darauf der « Name » Künzle », sowohl als solcher, als auch als Namenszug aufgedruckt war. Die Beklagte habe darnach Art. 24 litt. c MSchG übertreten. Dem Kläger — als dem getäuschten Käufer — entstehen daraus die Klage-rechte, welche ihn zur Stellung der obigen Rechtsbegehren berechtigen. Seine Legitimation könne also auch von dieser Seite her nicht bestritten werden (Art. 27 Ziff. 1 MSchG).

D. — Die Beklagte stellte die Rechtsbegehren :

Es sei auf die Klage nicht einzutreten, eventuell nicht auf die Rechtsbegehren 2, 4 und 6, und :

sie habe sich auf die Klage nicht einzulassen, eventuell nicht auf die Rechtsbegehren 2, 4 und 6.

Sie erhob folgende Einreden :

1. der mangelnden Prozessvollmacht ; denn der Kläger habe für diesen Prozess eine Prozessvollmacht nicht ausgestellt ;

2. der Inkompetenz des angerufenen Gerichts ; denn der Kläger sei nicht Inhaber der von ihm beanstandeten Marken, und auch nicht als Käufer getäuscht worden ;

3. der mangelnden Aktivlegitimation des Klägers, mit Begründung wie zu 2 ;

4. der mangelnden Passivlegitimation der Beklagten, mit Begründung wie zu 2 ;

5. der Rechtshängigkeit. Was der Kläger in diesem zweiten Prozess verlange, sei bereits im Rechtsbegehren II des ersten Prozesses eingeschlossen ; auch die Begründung dieser Rechtsbegehren sei die nämliche.

E. — In der Verhandlung vom 6. Juli 1927 hat die Beklagte die Einrede der mangelnden Prozessvollmacht fallen gelassen. Durch Urteil vom 6. Juli 1927 hat das Obergericht auch die Einreden der mangelnden Kompetenz und der mangelnden Passivlegitimation abgewiesen, dagegen bezüglich der übrigen Einreden erkannt :

« Die Einreden der Aktivlegitimation bezüglich der Rechtsbegehren 1, 3 und 5 der Klage und der Rechtshängigkeit bezüglich der Rechtsbegehren 2, 4 und 6 der Klage sind begründet erklärt, und es braucht sich die Beklagte und Einredeklägerin auf die Klage nicht einzulassen. »

F. — Gegen dieses Urteil vom 6. Juli 1927, welches ihm am 12. Oktober 1927 gemäss Art. 63 Ziff. 4 OG eröffnet worden ist, hat der Kläger :

a) am 26. Juli 1927 ein Revisionsbegehren beim solothurnischen Obergericht eingereicht. (Das Obergericht hat dasselbe am 9. September 1927 abgewiesen, indem es erkannte, die vom Kläger geltend gemachten Revisionsgründe seien als unerheblich erklärt) ;

b) am 27. Oktober die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen :

1. Die sämtlichen Einredebegehren, also auch die-

jenigen der mangelnden Aktivlegitimation bezüglich der Rechtsbegehren 1, 3 und 5 der Klage und der Rechtsabhängigkeit bezüglich der Rechtsbegehren 2, 4 und 6 seien abzuweisen, und

2. Die Sache sei an die Vorinstanz zur « Abwandlung in der Hauptsache » zurückzuweisen.

G. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers die Berufungsanträge erneuert; der Vertreter der Beklagten hat beantragt, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, soweit mit derselben die Abweisung der Einrede der Rechtsabhängigkeit und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Beurteilung der Klagebegehren 2, 4 und 6 verlangt werde, und es sei im übrigen die Berufung als unbegründet abzuweisen.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 29 MSchG haben die Kantone zur Behandlung der nach diesem Gesetz zu entscheidenden zivilrechtlichen Streitigkeiten eine einzige Instanz zu bezeichnen. Da der Kanton Solothurn die Beurteilung dieser Streitigkeiten dem Obergericht übertragen hat, ist die Vorinstanz ausschliesslich kompetent für die mit der vorliegenden Klage erhobenen Rechtsansprüche, wenn und soweit dieselben nach dem MSchG zu beurteilen sind. Insoweit dies zutrifft, konnte die Vorinstanz deren Behandlung in ihrer Eigenschaft als einzige kantonale Instanz offenbar nicht wegen anderweitiger Litispendenz ablehnen: in einem solchen Falle stünde der *exceptio litis pendentis* die *replicatio* entgegen, dass die erfolgte Erhebung der Klage vor einem anderen Richter wegen Unzuständigkeit desselben unbeachtlich sei.

2. — Nun hat die Vorinstanz selber die Einrede der Litispendenz abgewiesen bezüglich der Rechtsbegehren 1, 3 und 5 (d. h. der gegen die beiden Marken erhobenen Nichtigkeitsklagen, und des Begehrens um Vernichtung der mit den Marken versehenen Packungen). Sie hat

damit implizite angenommen, diese Rechtsbegehren gehören grundsätzlich vor ihr Forum, und sie hat die Einlassungspflicht der Beklagten bezüglich derselben nur aus dem anderen Grund verneint, weil der Kläger zu deren Erhebung nicht aktiv legitimiert sei.

Hieraus erhellt vorerst, dass das angefochtene Urteil in Bezug auf die Rechtsbegehren 1, 3 und 5 ein wirkliches Haupturteil im Sinne von Art. 58 OG ist; denn es wird damit ausgesprochen, dass dem Kläger das von ihm geltend gemachte Recht nicht zusteht, die Nichtigkeitsklärung und Löschung der Marken der Beklagten zu verlangen, und ebenso nicht das Recht, ein Begehren auf Vernichtung bezw. Veränderung der Packungen zu stellen, welche mit diesen Marken versehen sind. Es liegt also in diesen Punkten eine Entscheidung vor, welche den mit der Klage erhobenen Anspruch in seiner Existenz ergreift, womit die Voraussetzung des Art. 58 OG erfüllt ist. Diese Entscheidung ist eine letztinstanzliche; sie beruht ferner unbestreitbar auf der Anwendung eidg. Rechts; denn sie stützt sich darauf, dass die in Art. 27 Ziff. 1 des MSchG genannten Voraussetzungen für die Geltendmachung solcher Rechtsbegehren nicht vorhanden seien. Das Bundesgericht ist deshalb auch in Ansehung der Art. 56 und 57 OG kompetent, und es ist demgemäss auf die Überprüfung der Frage einzutreten, ob die gedachte Begründung der Vorinstanz auf einer Verletzung des Bundesrechtes beruhe, d. h. ob es richtig sei, dass dem Kläger die Geltendmachung der drei genannten Rechtsbegehren im Wege der kraft Markenschutzgesetzes gewährten Zivilklage deshalb verwehrt sei, weil er nicht getäuschter Käufer, und auch nicht Inhaber der Marken sei.

3. — Hierbei ist der Vorinstanz zunächst darin beizustimmen, dass der Kläger seine Legitimation zur Klage nicht daraus herleiten kann, dass er getäuschter Käufer sei. Wohl hat er Waren, die mit den angefochtenen Marken versehen waren, gekauft bezw. kaufen lassen, aber es

kann nach den Umständen, unter welchen dieser Kauf stattfand, im Ernste nicht davon die Rede sein, dass er wegen dieser Marken über die Provenienz der Waren in einen Irrtum versetzt worden sei.

Ebenso muss ohne weiteres zugegeben werden, dass der Kläger nicht Inhaber der streitigen Marken ist; denn er hat sie für sich weder eintragen lassen, noch je für sich selber als Herkunftsbezeichnung verwendet. Dagegen berühren diese Marken immerhin seine Privatrechtssphäre insofern, als sie seinen bürgerlichen Namen enthalten, und es fragt sich deshalb weiterhin, ob nicht dieser Umstand der Qualifikation als Inhaber der Marken im Sinne des Art. 27 Ziff. 1 MSchG gleichzustellen sei, d. h. ob nicht, so gut wie der Inhaber der Marke, auch der Inhaber des in der Marke enthaltenen bürgerlichen Namens als berechtigt angesehen werden müsse, auf Nichtigerklärung der von ihm als ungesetzlich bezeichneten Marken zu klagen?

4. — Dass demjenigen, welcher behauptet, sein bürgerlicher Name sei widerrechtlich in die fremde Marke aufgenommen worden, ein Klagerecht gegen den diese Marke Führenden auf Abstellung des Eingriffes zustehen muss, ist selbstverständlich, und wird auch von der Vorinstanz ausdrücklich anerkannt. Nur hält sie dafür, dieser Schutz sei kein spezifisch markenrechtlicher, indem die Norm, auf der er beruhe, nicht im Markenschutzgesetz, sondern in Art. 29 ZGB niedergelegt sei: weil der Kläger nicht einen gegnerischen Angriff auf eine ihm selber zustehende Marke, sondern nur einen solchen auf sein Namensrecht behaupten könne, so stehe ihm auch nur derjenige Rechtsschutz zu, welcher aus der Norm, welche dieses Namensrecht regelt, abgeleitet werden könne.

Hiezu ist zu bemerken: Der in Art. 29 ZGB geregelte Namensschutz geht dahin, dass der Namensträger gegen denjenigen, welcher sich seinen Namen anmasset, auf Unterlassung dieser Anmassung klagen kann (und even-

tuell daneben auf Schadenersatz). Die in Art. 27 Ziff. 1 MSchG vorgesehene markenrechtliche Zivilklage dagegen macht geltend, dass die Marke des Beklagten den von diesem prätendierten Anspruch auf gerichtlichen Schutz nicht habe (Art. 4 MSchG) und darnach nichtig sei. Während also die aus Art. 29 ZGB hergeleitete Klage — abgesehen von allfälligem Schadenersatz — rein defensiver Natur ist (eine Art *actio negatoria*), hat die Markenrechtsklage durchaus offensiven Charakter; sie beschränkt sich nicht auf die Abwehr des vom Beklagten angemassenen Unrechts, sondern sie besteht ihrerseits in einem Angriff, indem sie das gegnerische Recht zum Ziel nimmt, und unmittelbar auf Vernichtung der angefochtenen Marke gerichtet ist. M. a. W.: im Namensschutzprozess nach Art. 29 ZGB wird über den Bestand und die Wirksamkeit des bedrohten klägerischen Rechts gestritten, bei der Markenschutzklage dagegen geht der Kampf um den Bestand des vom Beklagten prätendierten Rechts.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht in dem Prozessverfahren: während der Namensschutz auf dem Weg des gewöhnlichen Zivilprozesses verfolgt wird, also bei der ordentlichen ersten Instanz, gehört die Markenschutzklage gemäss Art. 29 MSchG vor das hierfür speziell vorgeschriebene Forum.

Die Vorinstanz scheint diese erheblichen Unterschiede zwischen den beiden genannten Rechtsgebilden zu verkennen, wenn sie ausführt: nachdem der Kläger sein bezügliches Recht mit Rechtsbegehren II des vor Amtsgericht anhängig gemachten Aufhebungsprozesses geltend gemacht habe, so erscheine dieses Recht damit ohne weiteres als konsumiert, und es bleibe für dasselbe kein Raum mehr zur nochmaligen Geltendmachung im Markenrechtsprozess. Diese Erwägung der Vorinstanz unterstellt, dass im gegenwärtigen Prozess eben nur der (defensive) Schutz des Namensrechts des Klägers zur Entscheidung stehe, während es doch hier, nach den Rechtsbegehren 1 u. 3 (und mittelbar auch 5),

deutlich genug um ein Weiteres geht, nämlich um den Rechtsbestand des Markenrechts der Beklagten. Mit der im ersten Prozess angestregten Verbotsklage kann der Kläger nicht alles das erreichen, wozu ihm die im zweiten Prozess angehobene Markenschutzklage den Weg eröffnet.

Es ist fernerhin zu bedenken, welche widerspruchsvolle rechtliche Situation sich ergäbe, wenn es bei der im ersten Prozess angehobenen (Verbots-) Klage sein Bewenden haben müsste, und in Gutheissung derselben erkannt würde, die Beklagte sei nicht berechtigt, fernerhin den Namen des Klägers in ihren Marken zu führen. Damit wäre implizite ausgesprochen, dass die beklagten Marken rechtswidrig gebildet seien (und zwar nicht bloss relativ, d. h. im Hinblick auf die besondere Rechtssphäre des Klägers, sondern absolut, d. h. im Hinblick auf das Publikum), indem sie mit diesem Inhalt fälschlich auf den Kläger (oder von ihm zur Führung Berechtigte) hinweisen, also dezeptiv wirken würden. In dieser Eigenschaft könnten die Marken, weil ungesetzlich, überhaupt nicht mehr bestehen. Es würde somit durch Gutheissung des Begehrens II im ersten Prozess ausgesprochen, dass die Beklagte die unter den Nrn. 36,616 und 39,735 eingetragenen Marken nicht mehr führen dürfe; daraus würde folgen, dass ein rechtlicher Grund, sie im Markenregister weiter stehen zu lassen, nicht mehr bestehe, und mithin das eidg. Amt für geistiges Eigentum nach der Vorschrift des Art. 34 MSchG die Löschung vornehmen müsste. Hiemit stünde dann aber andererseits das mit der heutigen Berufung angefochtene Urteil der Vorinstanz in offenbarem Widerspruch; denn es weist die Nichtigkeits- und Löschungsklage materiell ab, und steht auf dem Standpunkt, es könne der Beklagten höchstens verboten werden, den Namen des Klägers in ihren Marken zu verwenden, aber die Marken selbst müssen unantastbar bleiben.

5. — Diese ebenso unbefriedigende, wie unerfreuliche

Konsequenz, welcher die Parteien im Falle der Bestätigung des angefochtenen Urteils ausgesetzt wären, ist die natürliche Folge des Umstandes, dass die Vorinstanz von einer irrtümlichen Auffassung über das Wesen der Marken ausgegangen ist: ihr Urteil beruht auf der Möglichkeit einer bloss relativen Rechtswidrigkeit der Marke in den Fällen, wo dieselbe nicht die Marke oder Firma eines Andern, besser Berechtigten enthält, sondern nur dessen bürgerlichen Namen, während es als ein im Markenrecht längst anerkannter und gefestigter Rechtsatz bezeichnet werden darf, dass ein solcher Tatbestand die absolute Nichtigkeit der Marke nach sich zieht. So hat KOHLER schon im « Recht des Markenschutzes » (1884) auf S. 161 ausgeführt, jede gegen das Recht eines Dritten verstossende Marke entbehre des rechtlichen Schutzes. Und zwar sei die Nichtigkeit eine absolute, weil gar keine Gründe für einen relativen Schutz einer solchen Marke sprechen, keine entschuldigenden Momente eine einstweilige Geltung solcher Marken postulieren, und in vielen Fällen seien solche Marken zudem dezeptiv, in andern Fällen tragen sie auch die Gefahr der Täuschung in sich. Dann wird ausgeführt, dass z. B. derjenige, in dessen Kunstwerks- oder Musterrecht durch eine fremde Marke eingegriffen wird, verlangen könne, dass die Marke im Markenregister gelöscht werde, und fortgefahren (S. 162): Ebenso könne aber auch die Marke einen Eingriff in das Namen- oder Firmenrecht eines Andern enthalten, in das bürgerliche wie in das handelsrechtliche, was denn auch ausdrücklich das österreichische MG in § 6 sage, das deutsche (damalige, d. h. dasjenige von 1874) allerdings nicht; aber gleichwohl könne über die Geltung des Rechtsschutzes nicht der mindeste Zweifel sein, « da die Jurisprudenz ihn aus allgemeinen Prinzipien mit Notwendigkeit abstrahieren müsse ». Unter Berufung auf einen ähnlichen Ausspruch KOHLERS (loc. cit. S. 350) hat das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 30. März 1904 i. S.

Bergmann & C<sup>ie</sup> gegen Buchmann (BGE 30 II 122) die Aktivlegitimation zur Löschungsklage über den Rahmen der in Art. 27 MSchG enthaltenen Aufzählung hinaus ausgedehnt, und sie auch einem Dritten zuerkannt, welcher selber nicht Markeninhaber war, dagegen geltend machte, die Marke sei Freizeichen, stehe also im allgemeinen Gebrauch. Ebenso hat es denjenigen als zur Löschungsklage legitimiert bezeichnet, welcher selbst nicht Inhaber der Marke zu sein behauptete, sondern lediglich unter Berufung auf die Ähnlichkeit der angefochtenen Marke mit der eines Dritten geltend machte, jene sei dezeptiv (BGE 30 II 583 ff.).

Die Vorinstanz wendet gegenüber der Bezugnahme auf diese Entscheidungen ein, im vorliegenden Falle handle es sich nicht um ein Freizeichen, und auch nicht um eine dezeptive Marke. Allein das Wesentliche ist hier, dass das Bundesgericht in beiden Entscheidungen zur Ablehnung der Aktivlegitimation notwendig hätte gelangen müssen, wenn es den Art. 27 MSchG nicht über dessen Aufzählung ausgedehnt, bzw. nicht den Standpunkt eingenommen hätte, die Aktivlegitimation zur Nichtigkeits- bzw. Löschungsklage sei nicht auf die hier genannten Personen beschränkt. Und sodann ist gegenüber der Bemerkung: « diese Ausnahme hebe den Art. 27 nicht auf » zu entgegnen, dass es sich nicht um eine Aufhebung, sondern um eine ausdehnende Auslegung desselben handelt, und es bei der Frage, wie weit die ausdehnende Interpretation gehen dürfe, darauf ankommt, ob sie auf Grund eines allgemeinen Prinzips erfolgt sei, welches letzteres auch noch andere analoge Fälle decke, oder nicht. Nun ist das Bundesgericht in jenen Entscheidungen von der bei KOHLER entwickelten grundlegenden Auffassung über die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Marke ausgegangen und hat die von ihm zur Anwendung gebrachten Entscheidungsnormen aus dem inneren Wesen des Markenrechtes entwickelt. Eine buchstäbliche Auslegung des Art. 27

MSchG dürfte sich vorliegend umso weniger rechtfertigen, als derselbe einfach aus dem Art. 20 I des alten MSchG von 1879 herübergenommen worden ist, ohne Rücksicht darauf, dass in dem neuen Gesetze die Vorschriften über die Fälle, in welchen die Eintragung der Marke zu verweigern sei, wesentlich geändert worden sind, und z. B. in den Art. 14 die Bestimmung aufgenommen wurde, die Eintragung sei abzulehnen, wenn die Marke eine «ersonnene, nachgeahmte oder nachgemachte Firma» trage. Es versteht sich wohl von selbst, dass dem berechtigten Inhaber der nachgeahmten oder nachgemachten Firma das Recht zustehen muss, sich der Eintragung zu widersetzen, wenn das Amt es nicht von sich aus tun würde, bzw. auf Löschung der unberechtigten Eintragung zu klagen. Nach der buchstäblichen Interpretation des Art. 27 MSchG könnte er das nicht, wenn er nicht zufällig gleichzeitig seine Firma auch als Marke verwendet. Darnach muss dem Kläger die Legitimation zur Anhebung einer markenrechtlichen Löschungsklage zugestanden werden trotz dem scheinbaren Widerspruch mit Art. 27 MSchG, und es ist infolgedessen die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen, mit der Anweisung, auf die materielle Beurteilung der Klagebegehren 1, 3 und 5, sowie 7 einzutreten.

6. — Was die eventuellen Klagebegehren 2, 4 und 6 anbelangt, so hat es bei der Entscheidung der Vorinstanz als einer rein prozessualen, sein Bewenden, dass die Einrede der Litispendenz in Ansehung derselben begründet, und die Beklagte daher nicht verpflichtet sei, sich darauf einzulassen. Diese eventuellen Begehren sind übrigens im Hinblick auf die Klagebegehren 1, 3 und 5 wertlos; denn entweder sind die Rechtsbegehren 1, 3 und 5 (die Nichtigkeitsklage) begründet, die Beklagte also nicht berechtigt, den Namen des Klägers in ihren Marken zu verwenden, — dann ist die Nichtigkeits- und Löschungsklage gutzuheissen, und der weiteren Verwendung dieses Namens sowieso ein Ende gemacht;

oder die Rechtsbegehren 1, 3 und 5 müssen abgewiesen werden, — dann ist damit auch implizite gesagt, dass die Beklagte zur Verwendung des Namens des Klägers in ihren Marken berechtigt sei.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 6. Juni 1927 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, mit der Anweisung, auf die materielle Beurteilung der Klagebegehren 1, 3 und 5, sowie 7 einzutreten.

In Bezug auf die eventuellen Klagebegehren 2, 4 und 6 hat es bei der Entscheidung der Vorinstanz sein Bewenden.

---

## VII. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

### POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. III. Teil Nr. 51 u. 52. — Voir III<sup>e</sup> partie, nos 51 et 52.

