

il a été distraité ou bien sa glace avant était couverte d'une buée. Dans l'un et l'autre cas, son imprudence est indiscutable. Lorsqu'un conducteur roule de nuit à 100 km. à l'heure, son attention doit être tendue jusqu'à l'extrême portée de ses phares, puisque c'est aussi à 100 km. à l'heure ou davantage que se rapprochera l'objet mobile ou immobile qui surgira dans la lumière. Les phares du demandeur étaient excellents ; ils éclairaient très bien à 200 mètres. Or la machine de Trossi se trouvait à 150 m. environ du chemin privé de Nid Fleuri lorsque l'avant de la voiture d'André en sortait. Si donc le demandeur avait prêté toute son attention à la route ou si la glace n'avait pas été embuée, il aurait eu le temps de manœuvrer de manière à éviter la collision ou du moins d'être exempt de faute. Il aurait pu ramener sa vitesse à une allure normale et manifester assez tôt par le klaxon sa volonté d'exercer le droit de priorité. Que si, néanmoins, André avait alors essayé de forcer le passage, toute la faute serait retombée sur lui.

Les deux parties sont donc en faute.

8. — La faute concomitante du défendeur fait réduire l'indemnité en vertu de l'article 44 CO pour la partie du dommage subi par la société cédante et en vertu des articles 38 et 37 al. 3 LA pour le dommage subi par le demandeur personnellement.

Peu importe que le procès soit conduit par la S. A. Garage et ateliers du Kursaal ou par le cessionnaire Trossi ; le défendeur peut naturellement opposer à ce dernier les exceptions et objections qu'il a contre lui personnellement (art. 169 CO).

La faute du défendeur apparaît sensiblement moins grave que celle du demandeur. Circuler à la vitesse de 100 km. à l'heure sans voir ou sans regarder à plus d'une trentaine de mètres devant soi constitue une faute des plus lourdes. Un partage des responsabilités à raison de 2/3 à la charge du demandeur et de 1/3 à la charge du défendeur tient compte équitablement des circonstances.

9. — (Détermination des dommages-intérêts.)

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet partiellement le recours et réforme le jugement de la Cour civile vaudoise dans ce sens que le défendeur est condamné à payer au demandeur 829 fr. 45 avec intérêt à 5 % dès le 17 novembre 1935.

VII. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

53. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Juni 1938 i. S. Ketal A.-G. gegen Spinner.

Markenrecht. — Wiedereintragung einer gelöschten Marke, Art. 10 MSchG. Bedeutung der Sperrfrist. Die Sperrfrist greift nur Platz, wenn der frühere Inhaber der Marke durch Gebrauch ein materielles Markenrecht erworben hat. Verzicht auf die Sperrfrist zu Gunsten bestimmter oder beliebiger Dritter.

A. — Der Kläger will ein Verfahren zur Verflüssigung von Kampfer erfunden haben, das er der Organa S. A. zur Verfügung stellte. Diese hinterlegte am 15. November 1935 beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum u. a. folgende Fabrik- und Handelsmarken für medizinische, pharmazeutische, chemische und kosmetische Präparate : Ketosol (Nr. 87,083), Ketchin (Nr. 87,084) und Spiroketon (Nr. 87,086).

Durch Vertrag vom 4. Oktober 1935 verzichtete die Organa S. A. zu Gunsten des Klägers auf alle Ansprüche an seinem Verfahren sowie auf die von ihr hinterlegten Marken.

Der Kläger liess am 7. Oktober 1936 beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum die Marken Ketosol (Nr. 89,614), Ketchin (Nr. 89,615) und Spiroketon Nr. 89,616 für medizinische Präparate auf seinen Namen eintragen.

Die Beklagte, die sich ebenfalls mit der Herstellung und dem Vertrieb chemisch-pharmazeutischer Präparate be-

fasst, hinterlegte am 23. April 1937 für ihre Produkte u. a. die Marken : Ketol (Nr. 90,400), Ketachin (Nr. 90,401) und Spiroketal (Nr. 90,402).

B. — Im vorliegenden Prozess verlangt der Kläger Ungültigerklärung der Marken der Beklagten, die Beklagte vermittelt Widerklage Ungültigerklärung der Marken des Klägers.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat durch Urteil vom 5. Oktober 1937 die Marken der Beklagten Ketal, Ketachin und Spiroketal als ungültig erklärt und demgemäss ihre Löschung verfügt ; die Widerklage ist abgewiesen worden.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte beim Bundesgericht Berufung eingelegt mit den Anträgen, die Klage sei abzuweisen und die Widerklage sei gutzuheissen.

Das Bundesgericht hat die Berufung abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.

Aus den Erwägungen :

5. — Nach Art. 10 MSchG besteht für die Wiedereintragung einer gelöschten Marke eine Sperrfrist von fünf Jahren in dem Sinne, dass ein Dritter die gleiche Marke für gleichartige Erzeugnisse erst nach Ablauf dieser Frist hinterlegen kann. Dritter ist jede andere Person als der ursprüngliche Hinterleger oder dessen Rechtsnachfolger, wobei eine Rechtsnachfolge gemäss Art. 11 nur dann vorliegt, wenn die Marke mit dem Geschäft übertragen wird, dessen Erzeugnissen sie zur Unterscheidung dient. Die Bestimmung des Art. 10 will dem bisherigen Markeninhaber die Möglichkeit einräumen, die Marke innerhalb von fünf Jahren wieder eintragen zu lassen und damit Dritten die Aneignung solange zu verwehren. Daneben bezweckt die Bestimmung den Schutz allgemeiner Interessen, insofern, als das kaufende Publikum vor Täuschung bewahrt werden soll.

Die Organa S. A. hat die von ihr hinterlegten Marken am 1. August 1936 löschen lassen. Der Kläger hinterlegte seine Marken am 1. August 1936, die Beklagte die

ihrigen am 23. April 1937. Beidseitig erfolgte also die Hinterlegung vor Ablauf der fünfjährigen Sperrfrist des Art. 10 MSchG. Dabei sind die Marken des Klägers mit den von der Organa S. A. gelöschten völlig identisch, während sich die Marken der Beklagten zugegebenermassen von denjenigen des Klägers und damit auch von denjenigen der Organa S. A. jedenfalls nicht in rechtsgenügender Weise unterscheiden. Insoweit wäre also Art. 10 MSchG anwendbar und zwar auch gegenüber den Marken der Beklagten ; denn diese Bestimmung kann ihren Zweck nur erfüllen, wenn sie nicht bloss auf gleichlautende Marken, sondern auf alle Zeichen bezogen wird, die von den gelöschten nicht hinlänglich abweichen.

(Anschliessend wird die Frage geprüft, ob die Zulässigkeit der neuen Eintragungen nicht durch die Entscheidung der Verwaltungsbehörde präjudiziert sei. — Materiell erachtet das Bundesgericht sowohl die neuen Eintragungen des Klägers als diejenigen der Beklagten unter dem Gesichtspunkte von Art. 10 MSchG als zulässig, aus folgenden Gründen :)

a) Aus dem Grundsatz, wonach das Markenrecht durch den Gebrauch erworben wird und die Eintragung lediglich deklaratorische Bedeutung hat, ergibt sich die Folgerung, dass die Sperrfrist des Art. 10 nur dann Platz greift, wenn der Hinterleger bis zum Zeitpunkt der Löschung durch Gebrauch des Zeichens ein materielles Markenrecht erworben hat. War dies nicht der Fall, hat ein Geschäftsbetrieb überhaupt nicht bestanden oder war das eingetragene Zeichen nie in den Verkehr gelangt, so bestand nur ein Scheinrecht und lag gar kein Grund vor, andern Interessenten die Neueintragung der gelöschten Marken zu verweigern. Auch öffentliche Interessen erheischen in einem solchen Falle die Anwendung der Sperrfrist nicht, da das Zeichen seine Funktion als Herkunftsausweis nicht ausgeübt hat und infolgedessen die Gefahr einer Täuschung des Publikums ausgeschlossen ist (vgl. hiezu HAGENS, Warenzeichenrecht, Anm. 38 zu § 4, PINZGER-HEINEMANN, Das deutsche Warenzeichenrecht, Anm. 30 ff.

zu § 4, SELIGSOHN, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnung, 3. Auflage, Anm. 27 und 28 zu § 4).

Die Prozessakten enthalten nun keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Organa S. A. die eingetragenen Zeichen tatsächlich verwendet hat. Sie hat sich auf die Vervollkommnung des Verfahrens beschränkt, ohne die Präparate und die Marken in Verkehr zu bringen. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Sperrfrist des Art. 10 MSchG haben somit bei der Löschung der für die Organa S. A. eingetragenen Marken gefehlt, und es stand jedermann die Möglichkeit einer neuen Eintragung der gleichen Marken offen.

b) Aber auch angenommen, die Organa S. A. habe die Marken vor der Löschung tatsächlich in Verkehr gebracht gehabt, war jedenfalls der Kläger gleichwohl an die Sperrfrist des Art. 10 nicht gebunden.

Nach allgemeiner neuerer Lehre kann der Inhaber der Marke bei Löschung auf die Anwendung der Sperrfrist verzichten, sei es zu Gunsten bestimmter oder beliebiger Dritter, sodass diesen die neue Eintragung von Anfang an freisteht (vgl. insbesondere HAGENS und PINZGER-HEINEMANN a.d.a.O.). Vorbehalten bleibt nur der Schutz des getäuschten Käufers gemäss Art. 27 MSchG; seiner Klage kann der Verzicht des bisherigen Markeninhabers nicht entgegengehalten werden.

Die Organa S. A. hat einen solchen Verzicht am 27. Juli 1936 gegenüber dem Kläger ausgesprochen. Auch bei der Annahme, dass sie durch den Gebrauch materielle Markenrechte erworben habe, wären demnach die neuen Eintragungen zu Gunsten des Klägers nicht nach Art. 10 MSchG anfechtbar.

VIII. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. Nr. 45 und 46 und III. Teil Nr. 36.

Voir nos 45 et 46 et III^e partie n^o 36.

I. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

54. Extrait de l'arrêt de la II^e Section civile
du 3 novembre 1938 dans la cause Tensi contre Tensi.

Demande en séparation de corps formée par un époux de nationalité italienne. Exception de litispendance tirée du fait qu'une même action introduite par l'autre époux était déjà pendante en Italie. Arrêt de dessaisissement. Recours de droit civil. Art. 87 OJF; Convention italo-suisse du 3 janvier 1933. Ne tombe pas sous le coup des dispositions de l'art. 87 OJF l'arrêt par lequel un tribunal, sans contester sa compétence, refuse cependant de se prononcer sur une action en séparation de corps introduite par un époux étranger, par le motif qu'une même action a été antérieurement introduite par l'autre époux devant un tribunal de son pays d'origine.

Résumé des faits :

Dame Tensi, d'origine suisse mais Italienne par son mariage, a obtenu du Président du Tribunal de la Singine l'autorisation de se créer un domicile séparé. Le 18 novembre 1936, elle a ouvert, devant le Tribunal du lieu où elle avait fait élection de domicile, une action en séparation de corps. Le mari a opposé à la demande l'exception de litispendance tirée du fait qu'il avait lui-même introduit une même action le 25 août précédent devant le Tribunal de Milan. Dame Tensi a combattu cette exception en soutenant que son mari avait également transféré son domicile en Suisse et que de ce fait les tribunaux italiens étaient incompétents.

Le Tribunal de première instance, admettant que le mari qui était également domicilié en Suisse n'avait ouvert action en Italie que pour mettre sa femme en état d'infériorité, sachant en effet qu'une ouverture