

erheblichen Fortschritt; denn vorher war es nie gelungen, der Forderung der Wissenschaft nach einem möglichst niedrigen Stollen zu entsprechen. Allein nachdem einmal Gleitschutzdorne aus Hartmetall verwendet wurden, war es nur noch Sache des handwerklichen Könnens, einen möglichst niedrigen Stollen herzustellen, wie überhaupt die für die Wirkweise dieses Dornes günstigste Konstruktion herauszufinden. Eine schöpferische Idee, die es vom Hauptpatent unterscheidet, enthält das Zusatzpatent nicht.

*Demgemäss erkennt das Bundesgericht:*

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit sie sich gegen die Nichtigerklärung des Zusatzpatentes Nr. 192,072 richtet.

2. Im übrigen wird die Berufung gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Bern vom 15. Juni 1942 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

## VII. MARKENSCHUTZ

### PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

32. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. März 1943

i. S. Fofag Forsanosefabrik H. Schuberth gegen Merz & Co.

*Nichtigkeit einer Marke wegen Verstosses gegen die guten Sitten, Art. 3, Abs. 4 MSchG.*

Eine Marke, die zu Täuschungen des Durchschnittskäufers Anlass geben kann, verstösst gegen die guten Sitten.

Bei der Beurteilung der Täuschungsgefahr ist ausschliesslich auf die Marke selbst abzustellen.

Die Frage der Täuschungsgefahr ist vom Bundesgericht frei zu überprüfen, da sie auf Grund eines Erfahrungssatzes zu entscheiden ist, der einem Rechtssatz gleichsteht.

Nichtigkeit der Marke « Patentex » für einen nicht patentierten Artikel.

*Nullité d'une marque contraire aux bonnes mœurs, art. 3 al. 4 LM.*  
La marque qui risque d'induire en erreur l'acheteur moyen est contraire aux bonnes mœurs.

Le risque d'erreur doit s'apprécier exclusivement au regard de la marque.

Le Tribunal fédéral revoit librement cette question dont la solution résulte d'un critère d'expérience équivalent à un critère de droit. Nullité de la marque « Patentex » prise pour un produit non breveté.

*Nullità d'una marca contraria ai buoni costumi, art. 3 cp. 4 della LM.*  
La marca, che può indurre in errore il compratore medio, è contraria ai buoni costumi.

Nel valutare il pericolo di errore si deve tenere esclusivamente conto della marca stessa.

Il Tribunale federale deve sindacare liberamente la questione del pericolo di errore, poichè la soluzione di essa dipende da un criterio di esperienza che equivale ad un criterio di diritto. Nullità della marca « Patentex » adoperata per un prodotto non brevettato.

3. — Nach Art. 3 Abs. 4 MSchG dürfen Zeichen, die gegen die guten Sitten verstossen, nicht in eine Marke aufgenommen werden. Darunter fallen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts namentlich auch Zeichen, die geeignet sind, das kaufende Publikum zu täuschen (BGE 68 I 203, 66 I 191, 194 und dort erwähnte Entscheidung). Die von der Beklagten für ihr Empfängnisverhütungsmittel verwendete Marke « Patentex » ist daher unzulässig, wenn sie gemäss der Behauptung der Klägerin den Eindruck erweckt, die damit versehene Ware sei durch ein Patent geschützt, da ein solches nicht besteht. Dabei genügt die blosser Möglichkeit einer Täuschung. Des Nachweises, dass tatsächlich schon Käufer der behaupteten Täuschungsgefahr zum Opfer gefallen sind, bedarf es dagegen nicht, sowenig wie dies in Bezug auf die Frage der Verwechselbarkeit zweier Marken notwendig ist (BGE 63 II 287). Noch weniger braucht eine Schädigung nachgewiesen zu sein, wie sich zwangsläufig daraus ergibt, dass schon die blosser Täuschungsgefahr ausreicht. Aber auch der Nachweis einer Schädigungsgefahr, also der Wahrscheinlichkeit einer Schädigung, ist nicht erforderlich. Dies deshalb, weil der Verstoss gegen die guten Sitten in der Irreführung des Verkehrs an sich zu erblicken ist, die mit dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben im Widerspruch steht und daher keinen Anspruch auf rechtlichen Schutz erheben kann (BGE 56 I 49).

4. — Bei der Beurteilung der Frage der Täuschungsgefahr ist sodann, wie auch die Vorinstanz zutreffend

annimmt, ausschliesslich auf die Marke selbst abzustellen. Die sonstige Aufmachung der Ware dagegen ist nicht in Betracht zu ziehen, und noch weniger die dafür gemachte Reklame. Es ist daher unter dem Gesichtspunkt des Markenrechtes, auf welches allein sich die Klage stützt, ohne Bedeutung, ob gemäss der Behauptung der Klägerin der Text, der auf der Rückseite der Tube des empfängnisverhütenden Präparats « Patentex » angebracht ist, oder bestimmte Wendungen des beigegebenen Prospektes den Eindruck erwecken können, dass für das Präparat ein Patent bestehe. Eine darauf zurückzuführende Täuschungsgefahr könnte vielmehr, wie dies in Bezug auf die Frage der durch Reklame oder Ausstattung bewirkten Verwechselbarkeit zweier Produkte entschieden worden ist, lediglich unter dem Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbes geltend gemacht werden (BGE 61 II 385, 63 II 286).

5. — Ob die Marke « Patentex » für sich allein betrachtet Anlass zu der unzutreffenden Annahme geben könne, es bestehe ein Patentschutz für den damit versehenen Artikel, ist nach Massgabe der Unterscheidungskraft und der Aufmerksamkeit der Durchschnittskäufer zu entscheiden (BGE 63 I 94, 56 I 472), als welche für das in Frage stehende Präparat insbesondere Frauen, und zwar solche aus allen Ständen, in Betracht kommen. Dies verkennt auch die Vorinstanz nicht; dagegen verneint sie die Gefahr der Täuschung des Durchschnittskäufers auf Grund einer Anzahl durch die Beklagte eingereichter Bescheinigungen von Grossisten und namentlich Apothekern, wonach diese bei der Kundschaft noch nie auf die Auffassung gestossen sind, dass die streitige Marke als Hinweis auf einen bestehenden Erfindungsschutz zu verstehen sei.

An diese Schlussfolgerung der Vorinstanz ist das Bundesgericht jedoch nicht gebunden. Zwar gehören nach der Rechtsprechung auch psychische Zustände und Vorgänge in das Gebiet des Tatsächlichen (BGE 66 II 32, 60 II 330, 53 II 435), weshalb Feststellungen des Sach-

richters darüber, ob in einem konkreten Falle jemand getäuscht worden sei oder nicht, der Nachprüfung durch das Bundesgericht entzogen sind. Bei der Frage der Täuschungsgefahr handelt es sich aber nicht um die Feststellung eines konkreten psychischen Vorganges, sondern vielmehr um die Entscheidung darüber, ob nach der Erfahrung des Lebens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen sei, dass der in Frage stehende psychische Vorgang der Täuschung des Käufers jeweils eintreten werde. Die Entscheidung ist also unter Zuhilfenahme eines Erfahrungssatzes zu treffen, d. h. auf Grund eines hypothetischen Urteils, welches aus den in andern Fällen gemachten Erfahrungen gewonnen, die Natur einer Regel für die Zukunft beansprucht (vgl. POLLAK, Österreichisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. I/II S. 475). Nun sind Erfahrungssätze allerdings keine Rechtssätze; denn während diese Befehle enthalten, stellen jene Werturteile dar. Andererseits können die Erfahrungssätze aber auch nicht schlechthin den gewöhnlichen Tatsachen gleichgestellt werden, da sie im Gegensatz zu diesen sich nicht auf den Tatbestand des zu beurteilenden Falles beschränken, sondern eine über diesen hinausreichende allgemeine Bedeutung besitzen. Insofern sind sie den Rechtssätzen verwandt. Wie diese haben sie die Natur von Normen, die als Masstab für die Beurteilung der im Prozess festgestellten Tatsachen dienen. Der Begriff Erfahrungssatz, der sich im Gesetz nicht findet, steht somit zwischen Rechtssatz und Tatsache. Da aber die Erfahrungssätze die Funktion von Normen für die rechtliche Beurteilung der im Prozess festgestellten Tatsachen haben, also gleich den Rechtssätzen eine Entscheidungsquelle darstellen, sind sie berufsrechtlich den Rechtssätzen gleichzustellen (so auch für das deutsche Zivilprozessrecht: STEIN, Kommentar zur ZPO 14. Aufl. I. S. 808; ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 3. Aufl. S. 496; RGZ 99 S. 71; für das österreichische Zivilprozessrecht: POLLAK, a. a. O. S. 475 f.). Wollte man anders entscheiden, so ergäbe sich das stossende Resultat, dass

je nach der Anwendung eines und desselben Erfahrungssatzes durch diese oder jene letzte kantonale Instanz das Bundesgericht einmal in diesem und das andere Mal im entgegengesetzten Sinne gebunden wäre, was einander widersprechende bundesgerichtliche Urteile zur Folge hätte; dies muss aber vermieden werden.

Das Bundesgericht ist demnach zur Überprüfung des Inhaltes von Erfahrungssätzen befugt, soweit es sich dabei um Erkenntnisse handelt, die durch die allgemeine Lebenserfahrung vermittelt werden, und nicht etwa um ausgesprochene Fachfragen, zu deren Entscheidung spezielle Fachkenntnisse erforderlich sind. Letzteres ist hinsichtlich der hier zu entscheidenden Frage der Täuschungsgefahr einer Marke jedoch nicht der Fall. Das Bundesgericht hat sich denn auch bisher immer, wenn auch ohne eine nähere Begründung dafür zu geben, auf diesen Boden gestellt, indem es die Verwechselbarkeit von Marken frei überprüft hat (vgl. z. B. BGE 61 II 57: Verwechselbarkeit zweier Marken verneint auf Grund des Erfahrungssatzes, dass bei grösseren Anschaffungen der Käufer mehr Aufmerksamkeit aufwendet als beim Kauf von Artikeln des täglichen Gebrauchs; BGE 63 II 284, 58 II 457: Verwechselbarkeit bejaht auf Grund des Erfahrungssatzes, dass beim Kauf von Artikeln des täglichen Gebrauchs die Aufmerksamkeit gering ist).

6. — Nach der Lebenserfahrung kann nun aber kein Zweifel darüber bestehen, dass die Bezeichnung eines Artikels mit einer Wortverbindung, in der das Wort « Patent » enthalten ist, beim Durchschnittskäufer fast zwangsläufig zu einer Ideenverbindung mit dem Begriff des Erfindungspatentes führen wird; dies um so mehr, als nach dem Sprachgebrauch das Erfindungspatent zumeist nur als Patent bezeichnet zu werden pflegt. Von da bis zur Vermutung, dass der betreffende Artikel Patentschutz genieße, ist nur noch ein kleiner Schritt; einer besonderen Überlegung, die vom Durchschnittskäufer nicht zu erwarten wäre, bedarf es hiezu nicht. Dass das Wort « patent » daneben auch als Eigenschaftswort zur

Bezeichnung der Vorzüglichkeit verwendet wird, wie z. B. in den Wendungen « patenter Kerl », « patente Idee », « patente Lösung eines Problems » und dergleichen, verschlägt nichts. Auf Grund der Erfahrungstatsache, dass auf patentierten Gebrauchsgegenständen häufig Aufschriften wie « Schweizer Patent », « in zahlreichen Staaten patentamtlich geschützt », « USA Pat. », « patented » usw. angebracht sind, liegt für das Publikum, wenn ein Gebrauchsgegenstand in Frage steht, die Ideenverbindung mit dem gewerblichen Rechtsschutz näher als diejenige mit der blossen Eigenschaftsbezeichnung.

Die Richtigkeit der im Vorstehenden vertretenen Ansicht wird nicht widerlegt dadurch, dass nach den durch die Beklagte vorgelegten Bescheinigungen einer Anzahl von Detailverkäufern diesen bisher noch nie eine solche irrtümliche Auffassung der Kundschaft bekannt geworden ist. Denn abgesehen davon, dass die erwähnten Bescheinigungen nur die Erfahrungen einer kleinen Zahl aller in Betracht fallenden Wiederverkäufer erfassen, ist es keineswegs ausgeschlossen, dass auch bei den Kunden der Aussteller der Bescheinigungen eine solche Täuschung doch bestanden hat und lediglich den Verkäufern nicht zur Kenntnis gekommen ist.

Die Vorinstanz hat die Täuschungsgefahr unter anderem auch verneint mit der Begründung, es gehe nicht an, das Wortzeichen « Patentex » in seine beiden Bestandteile « Patent » und « ex » zu zerlegen und dann die Endung « ex » einfach unbeachtet zu lassen; die Marke müsse vielmehr als Ganzes betrachtet werden, und als solches stelle sie eine Phantasiebezeichnung dar, bei der eine Täuschungsgefahr nicht bestehe.

Hieran ist soviel richtig, dass die Marke als Ganzes, nach ihrem Gesamteindruck, zu würdigen ist. In der Marke « Patentex » überwiegt aber das Sachwort « Patent » gegenüber der Endung « ex » derart, dass der Gesamteindruck wesentlich durch den ersten Bestandteil bestimmt wird, im Gegensatz zu den von der Vorinstanz herangezogenen Beispielen « Complex », « Index » « Con-

nex », die alle nicht in zwei Teile zerfallen, von denen jeder für sich allein einen Sinn hat und bei denen daher nicht gesagt werden kann, dass der eine oder andere Teil für die Gesamtwirkung des Zeichens im Vordergrund stehe.

Die Nichtigerklärung der Marke wird auch nicht ausgeschlossen dadurch, dass sie weder bei der Anmeldung im Jahre 1911, noch bei ihrer Erneuerung im Jahre 1931 beanstandet worden ist vom eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum, das nach Art. 14 Ziffer 2 MSchG die Eintragung von Marken, die gegen die guten Sitten verstossen, zu verweigern hat. Das Gericht hat vielmehr die Frage der materiellen Zulässigkeit einer Marke frei zu überprüfen, ohne an die Auffassung des Amtes für geistiges Eigentum gebunden zu sein.

Auch der langjährige, unangefochtene Gebrauch der Marke vermag den ihr anhaftenden Mangel der Nichtigkeit nicht zu heilen. Die Durchsetzung im Verkehr, die es als gerechtfertigt erscheinen lässt, einem dem Gemeinut angehörenden Zeichen die Schutzfähigkeit zu gewähren, weil es im Laufe der Zeit die Kraft eines Hinweises auf die Ware eines bestimmten Produzenten oder Händlers erlangt hat (BGE 59 II 82, 160, 212), beseitigt die Täuschungsgefahr nicht, sondern verleiht ihr im Gegenteil noch vermehrte Bedeutung: Je grösser die Verbreitung der täuschenden Marke ist, desto grösser ist auch der Kreis der der Gefahr der Täuschung ausgesetzten Käufer.

Ist somit die Marke « Patentex » als täuschend anzusehen, so muss sie in Gutheissung der Berufung und Klage nichtig erklärt werden.

## VIII. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

### POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. Nr. 29. — Voir N° 29.

## I. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 33. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Juli 1943 i. S. F. gegen F.

Scheidungsklage wegen Ehebruchs. Einwendung der Zustimmung und der Verzeihung (Art. 137 Abs. 3 ZGB), sowie des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB).

Action en divorce fondée sur l'adultère. Exceptions du consentement à l'adultère et du pardon (art. 137 al. 3 CC), ainsi que de l'abus du droit (art. 2 CC).

Azione di divorzio per causa d'adulterio. Eccezione del consenso all'adulterio e del perdono (art. 137 cp. 3 CC), come pure dell'abuso di diritto.

Die Klage geht auf Scheidung der am 8. Februar 1940 geschlossenen Ehe wegen Ehebruchs der Beklagten... (Nebenfolgen). Der Appellationshof des Kantons Bern hat am 30. April 1943 die Scheidungsklage abgewiesen, aus folgenden Gründen: Die Beklagte hat mit dem beim Vater des Klägers arbeitenden polnischen Internierten Z. wiederholt Ehebruch begangen. Diese Beziehungen wurden durch das nahe Zusammenleben begünstigt. Wegen Platzmangels im betreffenden Hause, wo die Parteien ihr Schlafzimmer hatten, wurde nämlich dem Internierten das eine der zwei aneinanderstossenden Betten eingeräumt, während die jungen Eheleute das andere benutzten. Zudem brach der Kläger oft frühmorgens auf, um an die Arbeit zu gehen, so dass die Ehefrau allein neben dem Polen zurückblieb. Immerhin ist daraus, dass der Kläger diese Verhältnisse duldet, keine Zustimmung zum Ehebruch der Gattin zu folgern. Und dass er sie einmal beim Aufwachen in der Nacht neckte, « weil es gerade so aussah, als ob die beiden etwas miteinander gehabt hätten », war, wie er glaubwürdig erklärt, blosser Spass. Er hatte unbedingtes Zutrauen in die eheliche Treue der Gattin und war betroffen, als er