

au registre foncier (RO 43 II 458), contre l'autorisation donnée à un actionnaire de consulter les livres de la société (RO 53 II 75), contre une ordonnance de séquestre (RO 38 II 372) ou contre des mesures conservatoires dans les procès relatifs au droit d'auteur (RO 69 II 125). A cet égard, la révision de 1943 n'a rien changé (RO 74 II 178).

Conformément à l'idée directrice de cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a jugé, sous l'empire tant de la nouvelle que de l'ancienne OJ, que, de caractère essentiellement provisoire, les décisions relatives aux mesures protectrices de l'union conjugale ne sont pas non plus sujettes au recours en réforme. Ces mesures ne sont en effet appelées à subsister qu'aussi longtemps que persiste la situation exceptionnelle à laquelle elles doivent parer (RO 43 II 275 ; 68 II 246 ; 72 II 57). Il en est de même de la déchéance dont l'épouse est frappée en vertu de l'art. 164 CC. Normalement, l'union conjugale doit, pour les besoins courants du ménage, pouvoir être représentée par chacun des deux conjoints (art. 163 al. 1 CC). Sans doute le mari a-t-il la faculté de retirer ses pouvoirs à l'épouse qui en abuse. Mais il en résulte une situation anormale, contraire au régime estimé conforme à la nature de l'union conjugale. Aussi l'art. 165 CC permet-il de le rétablir, à la demande de la femme, dès que sa déchéance se révèle injustifiée. Le retrait de ses pouvoirs constitue donc bien une suspension en principe momentanée du régime ordinaire. Il s'apparente aux mesures protectrices de l'union conjugale, puisque, tout en dégageant la responsabilité du mari, il met fin à un état de choses qui risque de nuire au ménage. De même, la révocation de la déchéance, lorsqu'elle est possible, ne répond pas seulement à l'intérêt de l'épouse ; elle est surtout utile à l'union conjugale. C'est pourquoi des auteurs soutiennent qu'elle peut être prononcée en vertu de l'art. 169 CC (EGGER, rem. 2 ad art. 165 ; BRAUNSCHWEIG, Die Schlüsselgewalt nach schweiz. Recht, p. 64/65 et les références).

Il est vrai que, à la différence du retrait des pouvoirs, la réintégration de l'épouse est destinée à durer. Mais la déci-

sion qui l'ordonne ne s'oppose pas, si les circonstances se modifient, à ce que le mari retire derechef les pouvoirs de sa femme. Or, une décision dont les effets dépendent de l'attitude d'une partie, à qui il est loisible de la rendre inopérante, n'a en réalité qu'une valeur provisoire. C'est sans doute ce qui explique que, lors de la révision de l'organisation judiciaire nécessitée par l'entrée en vigueur du code civil, personne n'ait repris la suggestion de JAEGER — qu'il a du reste lui-même abandonnée — d'ouvrir une voie de recours au Tribunal fédéral contre les décisions fondées sur l'art. 165 CC (ZSR 29 p. 514).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral,

Déclare le recours irrecevable.

52. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Oktober 1951 i. S. Affolter, Christen & Cie. A.-G. gegen Therma Fabrik für elektrische Heizung A.-G.

Revision, Art. 137 lit. b OG.

Keine neue erhebliche Tatsache ist die in einem späteren Urteil ausgesprochene Nichtigerklärung des Patentes, wegen dessen Verletzung der Revisionskläger durch den mit dem Revisionsbegehren angefochtenen Entscheid verurteilt worden ist.

Revision, art. 137 litt. b OJ.

Fait nouveau important : La partie condamnée pour atteinte à un brevet ne peut pas requérir la révision du jugement en invoquant le fait que, dans un procès subséquent, la nullité du brevet a été prononcée.

Revisione, art. 137 lett. b OG.

Fatto nuovo rilevante : La parte condannata per violazione d'un brevetto non può chiedere la revisione della sentenza invocando che, in un processo successivo, è stato pronunciato l'annullamento del brevetto.

A. — Im Rechtsstreit der Therma A.-G. gegen die Affolter, Christen & Cie. A.-G. betreffend Patentverletzung stellte das Bundesgericht mit Urteil vom 23. November 1948 fest, dass die Beklagte das klägerische Patent Nr. 186 791 verletzt habe, verbot ihr die weitere Verletzung

desselben und wies die Sache zur Beurteilung der Schadenersatzbegehren der Klägerin an das Appellationsgericht von Basel-Stadt zurück; die Widerklage der Beklagten auf Nichtigerklärung des klägerischen Patentes wurde abgewiesen, die Klägerin zur Publikation des Urteils in verschiedenen Zeitungen ermächtigt und die Kosten des Berufungsverfahrens der Beklagten auferlegt.

In dem gleichzeitig beim Handelsgericht Zürich hängigen Prozess der Therma A.-G. gegen den Verband Schweiz. Elektro-Installationsfirmen wegen Verletzung des gleichen Patentes wurde mit Urteil vom 11. März 1950 die Widerklage auf Nichtigerklärung des klägerischen Patentes geschützt und demgemäss die Patentverletzungsklage abgewiesen. Das Bundesgericht wies die Berufung der Therma A.-G. mit Urteil vom 27. Februar 1951 ab und bestätigte den angefochtenen Entscheid.

B. — Am 25. Mai 1951 reichte die Affolter, Christen & Cie. A.-G. gestützt auf Art. 137 lit. b OG das Gesuch um Revision des Urteils des Bundesgerichts vom 23. November 1948 ein mit dem Antrag, die Patentverletzungsklage der Klägerin sei mit Rücksicht auf die nachträglich festgestellte Nichtigkeit des angeblich verletzten Patentes abzuweisen, die im Urteil vom 23. November 1948 an die vermeintliche Patentverletzung geknüpften Folgen seien rückgängig zu machen und die Revisionsbeklagte zum Ersatz des der Revisionsklägerin erwachsenen Schadens zu verpflichten.

Die Revisionsbeklagte beantragt Abweisung des Revisionsgesuches.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Gemäss Art. 137 lit. b OG ist die Revision eines bundesgerichtlichen Urteils zulässig, wenn der Gesuchsteller nachträglich neue erhebliche Tatsachen erfährt, die er im früheren Verfahren nicht beibringen konnte. Darunter sind Tatsachen zu verstehen, die bereits vor dem zu revidierenden Urteil bestanden. Nachher eingetretene Tatsachen

rechtfertigen allenfalls eine neue Klage, nämlich wenn sie einen neuen materiellen Anspruch begründen, aber nicht die Revision des früheren Urteils. Das Urteil des Bundesgerichts vom 27. Februar 1951 ist schon aus diesem Grunde keine neue Tatsache im Sinne der angerufenen Gesetzesbestimmung. Die Gesuchstellerin erblickt denn auch die neue Tatsache weniger im Urteilspruch als solchem, als vielmehr darin, dass dieser das Patent rückwirkend, also auf einen vor dem zu revidierenden Urteil liegenden Zeitpunkt zurück, vernichte. Kraft der rückwirkenden Vernichtung des Patentes habe schon im Zeitpunkt des ersten Urteils gar kein Patent mehr bestanden. Allein die Nichtigerklärung durch den Richter bedeutet nicht eine Rechtsgestaltung im Sinne einer Zerstörung des Patentes, sondern sie stellt lediglich die von Anfang an bestehende Nichtigkeit des Patentes fest. Darum kann die Nichtigkeit gegenüber der Patentverletzungsklage auch bloss einredeweise geltend gemacht werden und ist sie im Strafprozess wegen Patentverletzung vom Richter sogar von Amtes wegen zu prüfen. Mit dieser Ordnung ist die Zuerkennung rechtsgestaltender Kraft an die richterliche Nichtigerklärung unvereinbar. Deren Besonderheit liegt einzig darin, dass sie nicht bloss unter den Parteien, sondern jedem Dritten gegenüber wirkt. Das ist aber nicht die Folge richterlicher Rechtsänderung, sondern davon, dass an die richterliche Feststellung die Löschung im Patentregister geknüpft ist (BGE 33 II 633). In BGE 59 I 99, auf den sich das Revisionsgesuch beruft, hat das Bundesgericht allerdings die Patenterteilung als rechtsgestaltenden Akt der Staatsgewalt bezeichnet. Aber damit soll nur gesagt werden, dass das Patent nicht vorher entsteht, nicht auch, dass es durch diesen Akt selbst dann entsteht, wenn in Wirklichkeit die Voraussetzungen für die Patenterteilung nicht vorliegen. Auch in dem vom Gesuchsteller weiter angerufenen BGE 75 II 170 ist nicht die Rede von einer konstitutiven Wirkung der Patenterteilung, sondern es wird lediglich im Zusammenhang mit der Beurteilung der

Wirkungen eines Lizenzvertrages über ein nichtiges Patent darauf abgestellt, dass das erteilte Patent tatsächlich doch gewisse Wirkungen entfaltet habe. Wenn im deutschen Recht, auf das das Revisionsgesuch Bezug nimmt, die Frage der konstitutiven oder deklarativen Wirkung der Patentnichtigkeitsklärung überhaupt kontrovers sein kann, so hat das seinen Grund darin, dass dort die Nichtigkeitsklärung nur durch Klage beim Sondergericht (Patentamt) betrieben, die Nichtigkeit von den ordentlichen Gerichten nicht bloss einredeweise geltend gemacht und vom Strafrichter nur auf Grund des Urteils des Sondergerichtes berücksichtigt werden kann (vgl. DPatG § 37 Abs. 4; KISCH, Handbuch des deutschen Patentrechts, § 51 I).

Was die Gesuchstellerin rückwirkende Patentvernichtung nennt, ist also nicht die Herbeiführung einer Tatsache, sondern höchstens die Feststellung einer bereits bestehenden Tatsache. Richtig ausgedrückt ist übrigens die deklarative Nichtigkeitsklärung nicht Feststellung einer Tatsache, sondern eines Rechtsverhältnisses, d.h. Lösung einer Rechtsfrage. Dass ein späteres Urteil eine Rechtsfrage anders löst als ein früheres, ist aber kein Revisionsgrund (BGE 56 II 394). Selbst wenn übrigens die von Anfang an bestehende Nichtigkeit des Patentes als Tatsache anzusprechen wäre, so fehlte es an der weiteren Revisionsvoraussetzung, dass sie im früheren Verfahren nicht beigebracht werden konnte. Mit ihrer Widerklage hatte sie die Gesuchstellerin ja geltend gemacht, war aber damit nicht durchgedrungen, weil sie dem Vorbringen zu ihrer Begründung nicht die vom kantonalen Prozessrecht geforderte Sorgfalt hatte angedeihen lassen.

Das Revisionsgesuch führt deutsche Literaturmeinungen an, welche die Nichtigkeitsklärung des Patentes als neue Tatsache im Sinne des § 399 Ziff. 5 DStPO und als Einspruchgrund im Sinne von § 767 DZPO gegen die Zwangsvollstreckung eines wegen Patentverletzung verurteilenden Erkenntnisses bzw. als Titel für die Rückforderung bereits bezahlter urteilsmässiger Entschädigung wegen unge-

rechtfertigter Bereicherung behandeln. Diese Betrachtungsweise lässt sich verstehen unter dem Gesichtspunkte rückwirkend rechtsgestaltender Nichtigkeitsklärung, wie die oben erwähnte Unmöglichkeit, im deutschen Patentverletzungsprozess die Nichtigkeit einredeweise geltend zu machen, sie nahe legt; angesichts dieser Unmöglichkeit dürfte übrigens diese Einstellung selbst für denjenigen unabweisbar sein, der die Nichtigkeitsklärung als deklarative ansähe, zumal — was den Bereicherungsanspruch anbelangt — im deutschen Prozessrecht solche Einbrüche in die Rechtskraft eines Urteils der herrschenden Meinung keine Bedenken bereiten (vgl. STEIN, dZPO, 17. Aufl. § 322 VIII/4). Für das schweizerische Recht sind diese Lehrmeinungen jedoch in Anbetracht der abweichenden Ordnung der prozessualen Geltendmachung der Nichtigkeit bedeutungslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Auf das Revisionsgesuch wird nicht eingetreten.