handnahme der Berufung kompetent ist, trotzdem es sich nicht um eine der drei im Patentgesetz ausdrücklich vorgesehenen Zivilklagen handelt.

3. Hiemit ist freilich die weitere Frage, ob neben den im Patentgesetze ausdrücklich vorgesehenen oder stillschweigend zugelassenen Klagen auch eine Feststellungsklage wie die vorliegende zulässig sei, oder ob die Zulässigkeit derselben — wie in Sachen Walder gegen Knecht diejenige der Patentabtretungsklage (vergl. das Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 1907 *) — verneint werden müsse, noch nicht entschieden. Indessen ergibt sich die Unzulässigkeit einer derartigen Feststellungsklage aus folgenden Erwägungen:

Das Patentgesetz gewährt demjenigen, der sich für den wahren Urheber einer von einem andern patentierten Erfindung hält und diesen andern an der Ausbeutung seines Patentes hindern will, das Mittel der Patentnichtigkeitsklage. Solange der wahre Erfinder mit dieser Klage nicht obgesiegt hat, besitzt der Patentnehmer das alleinige Recht auf Verwertung der Erfindung. Für den wahren Erfinder hätte somit die bloße Feststellung seiner Urheberschaft keinen unmittelbar praktischen Wert; sie könnte einen Wert für ihn nur insofern haben, als dadurch der Boden für eine von ihm anzustellende Patentnichtigkeitsklage geebnet würde. Dies würde aber voraussetzen, daß die Feststellungsklage in einem Zeitpunkte angestellt werden könnte, wo die Nichtigkeitsklage noch nicht zulässig ist, was allerdings dann der Fall wäre, wenn die Anstellung der Nichtigkeitsklage an die Voraussetzung eines bestimmten Zeitablaufs seit Erteilung des Patentes geknüpft wäre oder wenn für den wahren Erfinder die Möglichkeit bestünde, durch eine Feststellungsklage schon die Erteilung des Patentes an einen Nichterfinder zu verhindern. Ersteres trifft jedoch nicht zu, indem ja sogar ein provisorisches Patent nichtig erklärt werden kann (Simon, Gewerbl. Rechtsschutz, Anm. 28 zu Art. 10), und was letzteres betrifft, so ist eine solche Möglichkeit schon deshalb ausgeschlossen, weil nach Art. 16 des BG das Patentamt verpflichtet ist, ein nachgesuchtes Patent zu erteilen, sofern nur die formellen Requisite des Gesetzes erfüllt sind, also auch in Fällen,

* Oben Nr. 20 S. 163 ff. (*Anm. d. Red. f. Publ.*)

wo bereits durch Urteil festgestellt wäre, daß der Gesuchsteller nicht der wahre Erfinder ist.

Es besteht somit in der Tat kein Grund, neben der vom Gesetze geregelten Patentnichtigkeitsklage noch eine Klage auf bloße Feststellung der Nichturheberschaft des Beklagten bezw. der Urheberschaft des Klägers zuzulassen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 1. Februar 1907 im Dispositiv bestätigt.

VI. Fabrik- und Handelsmarken.
Marques de fabrique.

46. Urteil vom 8. Juni 1907
in Sachen **Geiger**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Steiger**, Kl. u. Ber.-Bekl.

Klage auf **Feststellung des Nichtbestehens eines Markenrechtes** *Aktivlegitimation. —* **Wortmarke** *bestehend aus dem* **Namen eines Dritten**. *Sachbezeichnung? Tat- und Rechtsfragen.*

A. Durch Urteil vom 19. März 1907 hat das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt in Gutheißung der Klage erkannt:

1. Es wird festgestellt, daß die von der Firma C. Geiger in Basel am 22. Februar 1898 sub Nr. 9901 und 9902 beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum und am 5. und 7. November 1904 unter Nr. 17,901 und 17,900 auf die Beklagten übertragenen Marken „Wybert" und „Wibertli" für pharmazeutische Präparate in Form von Tabletten, Pastillen, Cachou, Pillen und Paste, ungesetzlich sind und keinen Markenschutz genießen.

2. Die Beklagten werden verurteilt, diese Marken binnen 14 Tagen seit Rechtskraft des Urteils löschen zu lassen, widrigenfalls das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum angewiesen wirdt sie von Amteswegen zu löschen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit der sie ihren Antrag auf Abweisung der Klage wieder aufnehmen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten diesen Berufungsantrag erneuert.

Der Vertreter des Klägers hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rechtsvorfahr der Beklagten, C. Geiger, Inhaber der „Goldenen Apotheke" in Basel, hat im Jahre 1898 beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum unter Nr. 9901 und 9902 die Wortmarken „Wybert" und „Wibertli" eintragen lassen für „pharmazeutische Präparate in Form von Tabletten, Pastillen, Cachou, Pillen und Paste"; die Marken sind am 5. und 7. November 1904 unter Nr. 17,900 und 17,901 auf die Beklagten übertragen worden. Die Beklagten bringen unter der Bezeichnung „Wybert-Tabletten" ein Hustenmittel in den Handel; sie behaupten, die „Goldene Apotheke in Basel" habe das Rezept im Jahre 1846 von Dr. Wybert erhalten. Sie verkaufen das Mittel in Blechdosen mit der Umschrift « Tablettes pectorales à la menthe du Dr. Wybert. Composées et fabriquées depuis l'an 1846 dans Pharmacie d'or à Bâle ». Auch andere Basler Apotheker, darunter der Kläger, bringen ein Hustenmittel unter der Bezeichnung „Wybert-Tabletten " und „Wibertli" in den Handel. Die Beklagten stellten nun anfangs des Jahres 1906 an den Kläger das Ansinnen, die Bezeichnung „Wybert" und „Wibertli" nicht mehr auf seinen Dosen und Schachteln zu gebrauchen, und sie erließen in der Folge in den Basler Zeitungen ein Inserat „über die Entstehungsgeschichte der Wybert-Tabletten", das eine Bescheinigung von Dr. Wybert enthielt, des Inhaltes, dieser habe im Jahre 1846 die Bestandteile eines von ihm erfundenen Hustenmittels dem damaligen Besitzer der „Goldenen Apotheke" in Basel mitgeteilt. Daraufhin hat der Kläger Feststellungsklage auf Nichtbestehen des Markenrechts der Beklagten an den Wortmarken „Wybert" und „Wibertli" erhoben, mit der Behauptung, es handle sich dabei um eine Sachbezeichnung, und das vorinstanzliche Urteil ist dieser Auffassung beigetreten.

2. Auch heute hat der Vertreter der Beklagten zur Begründung seines Antrages auf Abweisung der Klage in erster Linie die Aktivlegitimation des Klägers bestritten. Es genügt jedoch, demgegenüber auf das auch von der Vorinstanz zitierte Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 1904 in Sachen Bergmann & Cie. gegen Buchmann-Hauser, BGE **30** II S. 119 ff., speziell S. 122 f. Erw. 3, zu verweisen, wo eingehend ausgeführt ist, sowohl, daß eine negative Feststellungsklage auf Feststellung des Nichtbestehens einer eingetragenen Marke zulässig ist, als auch, daß zur Erhebung dieser Klage jeder, der ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Nichtexistenz der Marke besitzt, legitimiert ist: Dieses rechtliche Interesse kann nun dem Kläger offenbar nicht bestritten werden, da die Beklagten ihm gegenüber aus der Markeneintragung und dem angeblichen Markenrecht Verbietungs- und Untersagungsrechte herleiten.

3. Die angefochtenen Marken stellen sich äußerlich als Wortmarken dar. Sie sind als solche zulässig, wenn sie dienen zur Bezeichnung der Herkunft des Produktes, für das sie bestimmt sind, von einem bestimmten Produzenten, dem Markeninhaber; dagegen sind sie unzulässig und nicht markenfähig, wenn jede Beziehung zum Produzenten losgelöst ist und sie zur Bezeichnung der Beschaffenheit einer Ware geworden sind. Als Marke ist hier — bei Nr. 9901 bezw. 17,900 — verwendet der Name eines Dritten, des angeblichen Erfinders; die andere Marke stellt sich als Diminutivform des Namens dar. Es ist nun an sich nicht absolut unzulässig, den Namen eines Dritten in dieser Weise als Wortmarke zu verwenden: eine derartige Bezeichnung ist markenfähig, solange die Bezeichnung im Verkehr die Beziehung zum Produzenten bedeutet. Erst wenn jegliche Beziehung zum Produzenten erloschen ist und die Bezeichnung im Verkehr nur als Bezeichnung der Art, Beschaffenheit des Produktes erscheint, ist sie Gemeingut und daher unfähig, Marke zu sein. Eine derartige Bezeichnung findet sich namentlich häufig dort, wo das bezeichnete Produkt nur von einem bestimmten Produzenten hergestellt werden kann, sei es, daß die Herstellung durch ein Erfindungspatent geschützt ist, sei es, daß sie ein Fabrikationsgeheimnis bildet: hier ist im Verkehr die Beziehung des Produktes mit der Bezeichnung

eines Dritten, auch wenn die Bezeichnung eine Ware bezeichnet, zum Produzenten lebendig. Dagegen verschwindet diese Beziehung, wenn auch andere Produzenten das gleiche Produkt herzustellen in der Lage sind; und sie ist nie entstanden, wenn von Anfang an die Beziehung zum Produzenten losgelöst und die Bezeichnung als reine Sachbezeichnung verwendet war. Es mag nun dahingestellt sein, in welcher Weise die Bezeichnung „Wybert" ursprünglich von den Beklagten bezw. ihren Rechtsvorgängern verwendet worden ist. Vieles in den Akten spricht dafür, daß sie von Anfang an als reine Sachbezeichnung dienen sollte; so die Bezeichnung „Wybert-Tabletten", ferner die Aufschriften „hergestellt nach dem Rezepte von Dr. Wybert". Da ein Verfahrensschutz zur Zeit der ersten Herstellung des Mittels, wie auch noch zur Zeit der Eintragung der Marken, nicht bestand, konnte mit dem Hinweis auf die Herstellung nach dem Rezepte Dr. Wyberts wohl kaum eine genügende Beziehung zum Produzenten geschaffen werden. Des weitern fällt in Betracht, daß die Beklagten selber nicht behauptet haben, Dr. Wybert habe ihnen das Recht an seinem Namen übertragen; eine solche Übertragung wäre übrigens nicht ohne weiteres zulässig, sondern nur in Verbindung mit einer Beteiligung am Geschäft; daß aber eine solche Beziehung zwischen den Rechtsvorgängern der Beklagten und Dr. Wybert — der nach Feststellung der Vorinstanz lange vor 1898 gestorben ist — je bestanden habe, ist eine tatsächliche Behauptung, die erst heute aufgestellt worden und daher gemäß Art. 80 OG nicht zu hören ist. Verhalte es sich indessen hiemit: mit der ursprünglichen Beziehung der Verwendung des Namens „Wybert" zu dem Geschäfte der Beklagten, wie immer, so muß die Klage unter allen Umständen aus dem Grunde geschützt werden, weil die Bezeichnung „Wybert" Sachbezeichnung und damit — markenunfähiges — Gemeingut geworden ist. Denn die Vorinstanz stellt, offenbar auf Grund ihrer Kenntnis der örtlichen Verhältnisse, fest, daß im Publikum jede Erinnerung an eine Beziehung zwischen der Bezeichnung „Wybert" und dem Geschäfte der Beklagten erloschen ist und längst vor der Eintragung erloschen war. Das ist eine Feststellung eines tatsächlichen Verhältnisses, an welche das Bundesgericht gemäß Art. 81 OG gebunden ist. Es ist denn auch

festgestellt, daß speziell die Bezeichnung „Wibertli" ursprünglich vom Publikum eingeführt worden ist; dieses aber hat damit offenbar eine Ware, losgelöst von jeder Beziehung zum Produzenten, bezeichnen wollen. Der Rechtsschluß der Vorinstanz aus ihren tatsächlichen Feststellungen: daß „Wybert" in Verbindung mit „Tabletten" 2c. und „Wibertli" eine Sachbezeichnung geworden sei, ist danach durchaus zutreffend. Ebenso muß dies, der Natur des Markenrechtes nach, wie die Vorinstanz richtig ausführt, für das ganze Gebiet der Eintragung, also für die ganze Schweiz, Gültigkeit haben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 19. März 1907 in allen Teilen bestätigt.

VII. Schuldbetreibung und Konkurs.
Poursuites pour dettes et faillite.

47. Urteil vom 4. Mai 1907 in Sachen Kanton Zürich und Gemeinde Seebach, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Bölsterli, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Anfechtung eines **Liegenschaftenkaufes** *wegen* **Simulation**; *Inkompetenz des Bundesgerichts, Art. 56 OG. — Anfechtung wegen* **Pfändungsbetruges, Art. 50 ff. OR**; *eidgenössisches und kantonales Recht. —* **Anfechtungsklage ausser Konkurs**; **Legitimation, Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.** *Das Erfordernis des Verlustscheins kann nicht durch das Vorhandensein « besonderer Umstände » ersetzt werden. (Nichtvollstreckbarkeit ausserkantonaler Steuerforderungen.)*

A. Durch Urteil vom 15. September 1906 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Rechtsfrage: