

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 darauf, 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

(durch die Heerespolizei, die diese Vorfälle in Untersuchung zog) von deren Verfehlungen vernahm. Allein das spätere Verhalten des Klägers ist als Verzeihung zu betrachten. Er hob zwar sogleich Scheidungsklage an und hielt sie aufrecht. Aber er kam während des Verfahrens mehrmals mit der Beklagten zusammen und hatte mit ihr geschlechtlichen Verkehr. Anfänglich war es die in das Haus ihrer Eltern zurückgekehrte Beklagte, die den Kläger in seinem Zimmer aufsuchte und von seinem Scheidungsvorsatz abzubringen versuchte. Beim letzten Verkehr, in der Nacht vom 4. auf den 5. November 1942, ging aber der Kläger selbst zur Beklagten, übernachtete bei ihr und liess sich auch noch das Morgenessen in das Bett bringen. « Zum allermindesten dieser letzte Geschlechtsverkehr kann nach Treu und Glauben nicht anders denn als Verzeihung betrachtet werden; denn der vom Kläger vertretene Standpunkt, dass ihm bis zum Ausspruch der Scheidung ein Recht auf Geschlechtsverkehr mit der Beklagten zustehe, obwohl er selbst die Scheidung verlangt und hierdurch die Rückkehr der Beklagten in ihr Elternhaus veranlasst hatte, ist unmoralisch und kann nicht geschützt werden. »

Mit der vorliegenden Berufung hält der Kläger an den eingangs erwähnten Begehren fest.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Der Ehebruch der Beklagten ist nach den Feststellungen des Appellationshofes bewiesen. Als der Kläger davon erfuhr, wies er die Beklagte sogleich in das Haus ihrer Eltern und hob noch im gleichen Monat die Scheidungsklage an. Zu prüfen bleibt die Einwendung, er habe dem Ehebruch zugestimmt und ihn ausserdem verziehen und damit das Klagerecht verwirkt (Art. 137 Abs. 3 ZGB).

Für eine Zustimmung liegt nichts vor. Der Kläger hat weder die Beklagte selbst noch den dritten Zimmergenossen zu den ehebrecherischen Beziehungen angestiftet. Er hat diese auch in keiner Weise gebilligt. Die Duldung der eigenartigen, durch die engen Unterkunftsverhältnisse

bedingten Schlafgemeinschaft darf dem Kläger nicht dahin ausgelegt werden, dass er ehebrecherisches Verhalten der Beklagten in Kauf genommen habe. Die Pflicht zur ehelichen Treue blieb bestehen, und es war nicht ohne weiteres damit zu rechnen, dass die Beklagte sich dagegen vergehen werde. Entweder sah der Kläger gar keine Gefahr, oder er verliess sich auf die Treue der Frau. So oder so fehlt es an einer das Klagerecht ausschliessenden Zustimmung.

Entgegen der Auffassung des Appellationshofes kann aber auch nicht Verzeihung angenommen werden. Es ist weder zu einer eigentlichen Aussöhnung noch zu irgendwelcher Erklärung des Klägers gekommen, wonach er der Beklagten die Verfehlungen nachsehen wolle. Allerdings gibt es auch eine stillschweigende Verzeihung. Sie ist aus einem Verhalten des verletzten Ehegatten zu folgern, das eben einen Verzeihungswillen erkennen lässt. Davon kann aber nur die Rede sein, wenn er die ihm widerfahrere Kränkung verwunden hat, nicht schon dann, wenn er bloss gewisse Beziehungen mit dem andern Ehegatten unterhält, sei es auch in der Meinung, vielleicht lasse sich über die erlittene Unbill doch noch hinwegkommen. Solchenfalls ist die begangene Untreue noch nicht verziehen, eine Verzeihung steht nur in etwelcher Aussicht. Etwas weiteres ist hier nicht dargetan. Der Kläger hob das gemeinsame eheliche Leben auf und klagte auf Scheidung. Es kam nur zu gelegentlichem Beisammensein, allerdings mit Geschlechtsverkehr, doch ohne Aussprache über die Gestaltung der Zukunft, ohne Zusicherung eines Klagerückzuges, ohne Vereinbarung der Wiederaufnahme der häuslichen Gemeinschaft, überhaupt ohne unmittelbaren oder mittelbaren Ausdruck einer Verzeihung der von der Gattin begangenen Untreue. Die erwähnten Beziehungen liessen das Zerwürfnis in seinen wesentlichen Auswirkungen bestehen. Die Beklagte selbst war denn auch nicht der Ansicht, der Kläger habe ihr verziehen. Auch nach der Nacht vom 4. auf den 5. November 1942 hegte sie nach ihren Aussagen vor dem Appellationshof wie bisher nur die Hoffnung,

sie könne den Kläger noch umstimmen, und es werde wieder gut werden. Sie war keineswegs der Meinung, dieses Ziel sei schon erreicht; und nachher musste sie vollends einsehen, dass ihr Bemühen unnütz war und der Kläger ihr nichts mehr nachfragte. Unter diesen Umständen ist nicht nur keine Verzeihung dargetan, sondern die Aufrechterhaltung der Scheidungsklage kann auch nicht als rechtsmissbräuchlich gelten. Der Appellationshof sieht einen Widerspruch in der Klageführung und dem Verlangen nach geschlechtlichen Beziehungen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Scheidungsklage vor Art. 2 ZGB standzuhalten vermöchte, wenn der Kläger gegenüber einer Weigerung der Beklagten einen Anspruch auf weiteren Geschlechtsverkehr mit ihr geltend gemacht hätte. In Wirklichkeit war die Beklagte zu solchem Verkehr von vornherein bereit, in der Nacht vom 4. auf den 5. November 1942 ebenso wie früher, als sie selbst den Kläger aufgesucht hatte. Es kam im Laufe jener Nacht zum Beischlaf ohne jede Auseinandersetzung darüber, ob der Kläger noch Anspruch darauf habe, oder ob die wegen der hängigen Scheidungsklage zum Getrenntleben berechnete Beklagte (Art. 170 Abs. 2 ZGB) den Umgang verweigern dürfte. Bei dieser Sachlage kann dem Kläger nicht vorgehalten werden, er habe der Beklagten besondere Zumutungen gestellt, mit denen sich die Aufrechterhaltung der Scheidungsklage ungeachtet des Fehlens einer Verzeihung allenfalls aus dem allgemeinen Gesichtspunkt eines Rechtsmissbrauchs nicht vertragen möchte.

.....  
*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 30. April 1943 aufgehoben und die am 8. Februar 1940 geschlossene Ehe der Parteien in Anwendung von Art. 137 ZGB geschieden wird.

.....

### 34. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. Juni 1943 i. S. Weber gegen Blaser geschiedene Weber.

*Ehescheidung.* Die güterrechtliche Auseinandersetzung ist wenn möglich im Scheidungsprozesse selbst vorzunehmen. Die Parteien können einen dem Scheidungsurteil vorausgehenden Tag der Abrechnung annehmen. Wie weit kommt kantonales Prozessrecht zur Anwendung? Art. 154 ZGB.

*Berufungsverfahren.* Erledigt das Bundesgericht die Streitigkeit teilweise durch Endurteil, teilweise durch Rückweisung an die kantonale Instanz, so hat diese nur über die zurückgewiesenen Punkte neu zu urteilen. Ob in diesem Rahmen neue Behauptungen und Beweismittel zulässig sind, entscheidet sich nach kantonalem Recht. Art. 82 und 84 OG.

*Divorce.* Le règlement des intérêts civils doit si possible intervenir pendant le procès en divorce. Les parties peuvent choisir comme date du règlement de compte une date antérieure au jugement de divorce. Dans quelle mesure faut-il tenir compte du droit cantonal de procédure? Art. 154 CC.

*Procédure de recours.* Lorsque le Tribunal fédéral liquide l'affaire en partie seulement, en renvoyant pour le surplus la cause à la juridiction cantonale, celle-ci n'a à se prononcer que sur les points réservés. La question de savoir si, sur ces points-là, les parties peuvent alléguer de nouveaux faits ou invoquer de nouvelles preuves dépend du droit cantonal (art. 82 et 84 OJ).

*Divorzio.* La liquidazione dei rapporti patrimoniali deve essere fatta, se possibile, nel corso del processo di divorzio. Le parti possono scegliere come data per questa liquidazione un giorno anteriore alla sentenza di divorzio. In quale misura devesi tener conto delle norme di procedura cantonale? Art. 154 CC.

*Procedura di ricorso.* Se il Tribunale federale decide la vertenza solo in parte e rimanda pel rimanente la causa alla giurisdizione cantonale, questa deve pronunciarsi soltanto sui punti lasciati indecisi. La questione se su questi punti le parti possono allegare fatti nuovi o invocare nuove prove dipende dal diritto cantonale. Art. 82 e 84 OGF.

*Aus den Erwägungen:*

1. — Das Obergericht hatte nur diejenigen Streitpunkte neu zu beurteilen, die das Bundesgericht im frühern Berufungsverfahren (Entscheidung vom 22. Januar 1942) nicht selbst endgültig beurteilt, sondern eben zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen hatte. Nun betraf die Rückweisung nur die von Dispositiv 7 des früheren obergerichtlichen Urteils vom 14. Oktober 1941 getroffene güterrechtliche Auseinandersetzung, und auch sie nur teilweise, indem das Bundesgericht die Ersatz-