

loi fédérale sur la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer, du 6 mars 1920, et de l'ordonnance d'application du 12 août 1921 qui, d'une part, admettraient des pauses d'aussi courte durée et, d'autre part, donneraient au personnel le droit de quitter son poste pendant ces pauses.

Il est évident que les CFF ne sauraient invoquer ces dispositions pour justifier l'organisation d'un service qui ne présenterait pas les garanties indispensables. Mais il suffit de se reporter à ces dispositions et notamment à l'art. 4 de la loi pour se rendre compte que, comme cela est d'ailleurs naturel, le droit de l'employé de disposer librement de son temps pendant une pause est limité par les nécessités du service. Il va de soi dès lors qu'un employé ne peut s'éloigner de son poste que dans la mesure où il peut être assuré de pouvoir s'y retrouver au moment où la pause a pris fin. C'est bien ainsi du reste que la garde-barrière comprenait ses obligations. D'après ses déclarations dans l'enquête pénale elle avait même pour instruction de se trouver de toute façon à son poste dix minutes avant le passage de chaque train. Dans ces conditions il ne saurait être question d'incriminer l'organisation de ce service. Il n'en serait autrement que si l'on devait considérer comme indispensable que la garde du passage à niveau de Bôle fût assurée sans interruption par la garde-barrière ou à son défaut par une remplaçante pendant les heures de trafic, ce que la recourante n'a pas allégué. Aucune faute ne peut par conséquent être retenue à la charge des organes des CFF.

4. — La règle de l'art. 51 al. 2 CO n'est pas absolue, il est vrai ; le juge a la possibilité d'y déroger lorsque les circonstances le justifient. Il ne doit toutefois user de cette faculté qu'avec une grande circonspection et là seulement où la stricte application de cette disposition conduirait à des résultats tout à fait inévitables. Elle a été admise avant tout pour tenir compte des cas dans lesquels le concours des responsabilités donne lieu à des

situation complexes. Or, en l'espèce, au regard de la classification qu'a établie l'art. 51 al. 2, la situation est très simple et très nette.

On pourrait aussi concevoir qu'en raison de la nature et des conditions du contrat la limitation du droit de recours qui résulte de l'art. 51 al. 2 pour celui qui répond du dommage en vertu d'un contrat soit inéquitablement onéreuse. Mais tel n'est pas le cas en général du contrat d'assurance, que l'on a eu tout spécialement en vue quand on a adopté la règle de l'art. 51 al. 2 CO (RO 45 II 650). A cet égard, il va bien sans dire, comme la partie intimée le relève dans sa réponse, que l'assureur, s'il voulait tenir compte, dans le calcul des risques et des primes, de l'avantage représenté pour lui par l'action récursoire de l'art. 72 LCA, devait en même temps prendre en considération le fait que la portée de cette disposition se trouve actuellement limitée par l'art. 51 al. 2 CO.

D'autre part, étant donné la réglementation adoptée à l'art. 51 al. 2 CO on ne saurait évidemment voir dans la gravité de la faute commise par la garde-barrière un motif de déroger à la règle. Du moment qu'on ne peut relever aucune faute concomitante des organes des CFF, cette gravité serait plutôt une raison de plus de ne pas y déroger.

## V. MARKENSCHUTZ

### PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

53. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Dezember 1950 i. S. Laboratoires Sauter S. A. gegen Sanitingesellschaft Bugmann & Cie.

*Markenschutz, Verwirkung des Klagerrechts des Inhabers der verletzten Marke, Voraussetzungen.*

*Protection des marques, péremption du droit d'action du titulaire de la marque lésée, conditions.*

*Protezione delle marche, perenzione dell'azione del titolare della marca lesa, condizioni.*

Die Sanitin-Gesellschaft Bugmann & Cie. liess 1939 die Marke « Sanitin » für ein Desinfektionsmittel eintragen. Die Laboratoires Sauter S.A., seit 1910 Inhaberin der Marke « Salitine » für pharmazeutische Produkte, ersuchte Bugmann & Cie. 1939/40 wiederholt erfolglos um Löschung ihrer Marke.

1949 reichte die Sauter S.A. gegen Bugmann & Cie. Klage auf Löschung der Marke und Schadenersatz ein.

Das Kantonsgericht Schwyz erklärte die von der Beklagten erhobenen Einreden der mangelnden Verwechslungsgefahr, der Verjährung und der Verwirkung des Klagerechts als unbegründet, wies aber die Klage ab, weil die Marken für gänzlich verschiedenartige Waren bestimmt seien.

Das Bundesgericht verneint die gänzliche Warenverschiedenheit, hebt das angefochtene Urteil auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück.

Zur Frage der Verwirkung des Klagerechts führt das Bundesgericht aus :

Die Vorinstanz bezeichnet die von der Beklagten erhobene Einrede der Verwirkung des Klagerechts als unbegründet. Dabei geht sie davon aus, dass der Zeicheninhaber sein Klagerecht unter allen Umständen erst mit der Verjährung seiner Ansprüche einbüsse. Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend. Das Klagerecht des Markeninhabers kann vielmehr, auch falls es noch nicht verjährt ist, verwirkt sein, wenn seine Ausübung ein Handeln gegen Treu und Glauben bedeuten würde (BGE 73 II 190 f.). Einen solchen Verstoss gegen die gute Treue will die Beklagte in der vorliegenden Klage deshalb erblicken, weil die Klägerin nach ihren Zuschriften von 1939/40 sie während eines Zeitraumes von vollen 9 Jahren in der Führung der Marke « Sanitin » in keiner Weise behinderte.

Dem Markeninhaber ein Handeln wider Treu und Glauben vorzuwerfen ist aber grundsätzlich nur befugt, wer sich

selber nicht auch den gleichen Vorwurf entgegenhalten lassen muss. Daraus folgt, dass im allgemeinen nur der gutgläubige Verletzer Verwirkung des Klagerechtes geltend machen kann (BGE 73 II 192). Gutgläubig war die Beklagte jedoch entgegen ihren Beteuerungen beim Gebrauch ihrer Marke « Sanitin » bestimmt nicht. Sie wurde schon kurz nach der Hinterlegung der Marke, in der allerersten Zeit ihrer Verwendung — ein Gebrauch vor der Hinterlegung ist nicht behauptet — von der Klägerin wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass ihre Marke mit dem älteren Zeichen « Salitine » unvereinbar sei. Die Beklagte beharrte aber auf dem offensichtlich unhaltbaren Standpunkt, eine Verwechslungsgefahr der beiden Marken bestehe nicht, und zeigte sich allen Bemühungen der Klägerin um eine gütliche Einigung völlig unzugänglich. Angesichts dieser Sachlage befand sich die Beklagte in jenem Zeitpunkt bei der weiteren Verwendung ihrer Marke ohne Zweifel im bösen Glauben. Das schliesst jedoch entgegen der Meinung der Klägerin die Verwirkung des Klagerechtes nicht unter allen Umständen aus. Es kann sich vielmehr im Laufe der Zeit eine Situation herausgebildet haben, bei der das Untätigbleiben des Inhabers der verletzten Marke den bösen Glauben des Verletzers aufwiegt. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Markeninhaber keine stichhaltigen Gründe für sein langes Zuwarten vorzubringen vermag. Auf Seiten des Verletzers sodann ist von Bedeutung, ob er während dieser Zeit durch den unangefochtenen Gebrauch seines an sich unzulässigen Zeichens einen wertvollen Besitzstand hat schaffen können, dessen er bei Guttheissung der Klage verlustig ginge. In einem solchen Falle hätte der Inhaber der verletzten Marke die Möglichkeit, sich die Frucht der Arbeit des Verletzers anzueignen, die im guten Ruf und der Bekanntheit der jüngeren Marke besteht und nur infolge des langen Zuwartens des Verletzten zur Entstehung gelangen konnte. Ein derartiges Verhalten wäre aber rechtsmissbräuchlich und daher des Rechtsschutzes nicht teilhaftig. Es fragt sich daher, ob im vorliegenden

Falle die 1939/40 vorhandene Bösgläubigkeit der Beklagten in Anbetracht des nachfolgenden Verhaltens der Klägerin im Sinne der vorstehenden Darlegungen überhaupt noch erheblich sei.

Nach der heutigen Aktenlage hat die Klägerin seit dem Februar 1940 bis zum Frühjahr 1949 gegen die Beklagte nichts mehr vorgekehrt. Die Behauptung der Klägerin in ihrer Eingabe an die Vorinstanz vom 29. September 1949, sie habe die Beklagte in Jahre 1943 neuerdings verwarnt, ist nicht erwiesen, da die Vorinstanz darüber kein Beweisverfahren durchgeführt hat. Dieses Untätigbleiben der Klägerin rechtfertigt jedoch entgegen der Meinung der Beklagten für sich allein noch nicht ohne weiteres den Schluss auf ein stillschweigendes Einverständnis der Klägerin, da diese in der Korrespondenz von 1939/40 bestimmt und eindeutig gegen die Zulässigkeit der Marke der Beklagten Stellung genommen hatte. Doch lässt sich angesichts der langen Zeitspanne, während der die Klägerin untätig blieb, eine Verwirkung ihres Klagerechts nur verneinen, wenn sie ihr Verhalten mit stichhaltigen Gründen zu rechtfertigen vermag. In dieser Hinsicht macht sie geltend, sie sei lediglich wegen ausserordentlicher anderweitiger Beanspruchung während der Kriegszeit nicht schon 1940 gegen die Beklagte vorgegangen. Diese Entschuldigung ist jedoch unzulänglich; denn die Klägerin hatte ja die Sache damals bereits einem Patentanwalt übergeben, der den an sich nicht komplizierten Prozess ohne wesentlichen Arbeitsaufwand der Klägerin durch einen Anwalt hätte einleiten lassen können. Zudem wartete die Klägerin nach Kriegsende noch volle 4 Jahre weiter zu, und für diese Zeitspanne fällt die Entschuldigung der kriegsbedingten Arbeitsüberlastung zum vornherein ausser Betracht.

Was die Klägerin in Wirklichkeit veranlasste, mit der Klageerhebung so lange zuzuwarten, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Aber gerade die wahren Beweggründe für ihr Verhalten können für die Entscheidung der Frage nach

dem Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs den Ausschlag geben. So ist von wesentlicher Bedeutung, in welchem Umfang die Beklagte ihre Marke « Sanitin » seit 1940 gebraucht hat, welche Reklametätigkeit sie dafür entfaltete, sowie ob der Umsatz der mit dieser Marke versehenen Ware zunächst während längerer Zeit nur gering war, und dann namentlich in der letzten Zeit vor der Klageerhebung stark anstieg, oder ob die Beklagte schon nach kurzem Gebrauch des Zeichens erhebliche Umsätze zu erzielen vermochte. Ferner ist von Belang, ob das « Sanitin » der Beklagten schon ab 1940 mit den Erzeugnissen der Klägerin in Konkurrenz trat oder ob dies erst später der Fall war. Bedeutsam sind alle diese Verhältnisse deshalb, weil die Klägerin keinen Anlass zum Einschreiten hatte, wenn sie nach der Sachlage annehmen durfte, ein ernstlicher Schaden drohe ihr aus dem Bestehen der verletzenden Marke wegen der Geringfügigkeit des Geschäftsbetriebes der Beklagten nicht. Ueber keine dieser Fragen, nicht einmal über die behauptete Verwarnung von 1943, hat die Vorinstanz Beweis erhoben, da sie auf Grund ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung über die Voraussetzungen der Klageverwirkung hiezu keine Veranlassung hatte. Ohne Abklärung all dieser Punkte fehlen aber die tatbeständlichen Unterlagen zur Beurteilung der Stichhaltigkeit der Verwirkungseinrede.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Vervollständigung des Tatbestandes nach der angegebenen Richtung, soweit dies nach den Vorschriften des kantonalen Prozessrechts noch angängig ist (Art. 66 OG).

---

## VI. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

Vgl. Nr. 50. — Voir n° 50.

---