

Eine Bezeichnung aber, die nach ihrer begrifflichen Bedeutung in Beziehung auf eine bestimmte Ware dergestalt einen offensichtlichen, für jedermann verständlichen Hinweis auf deren Zweckbestimmung enthält, kann als Marke nicht geschützt werden, auch wenn sie vom Zeicheninhaber in diesem Zusammenhange neu im Verkehr eingeführt worden ist. Ebenso versschlägt es nichts, dass sie, wie das Handelsgericht auf Grund der von seinen sachverständigen Mitgliedern gemachten Erhebungen feststellt, während ihrer langjährigen Benutzung in den beteiligten Verkehrskreisen tatsächlich die Anerkennung als Kennwort für Hustenbonbons der Beklagten erlangt hat. Dieser Umstand, der allenfalls aus dem Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbes von Bedeutung sein könnte, vermag den Mangel der Schutzfähigkeit nicht zu beheben. Denn als deskriptives und damit Gemeingut bildendes Zeichen kann der Ausdruck « Rachenputzer » von einem Gewerbetreibenden nicht zu seinem besonderen Gebrauche monopolisiert werden; vielmehr bleibt er der markenrechtlichen Aneignung schlechthin entzogen (vgl. BGE 52 II 306; DUNANT, Marques de fabrique et de commerce S. 128).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 6. Juni 1928 aufgehoben und die von den Beklagten am 24. September 1910 unter Nr. 28,134 beim eidg. Amt für geistiges Eigentum hinterlegte Marke « Rachenputzer » als ungültig erklärt.

I. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

78. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. Dezember 1928

i. S. Hug und Schatzmann gegen Schatzmann.

Anfechtung der Ehelicherklärung. Art. 262 ZGB.

Die Einhaltung der Klagfrist ist eine Voraussetzung des Klagerrechtes; sie muss daher vom Kläger behauptet werden, jedenfalls muss sie beim Fehlen einer solchen Behauptung aus den Akten hervorgehen.

Art. 262 ZGB schreibt vor, dass der die Ehelicherklärung eines Kindes Anfechtende seine Klage binnen drei Monaten, nachdem jene ihm bekannt geworden ist, einzuleiten hat. Es handelt sich hier um eine Verwirkungsfrist, deren Nichteinhaltung den Verlust des Klagerrechtes zur Folge hat und die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Da die Einhaltung der Frist eine Voraussetzung des Anspruchs ist, muss sie vom Kläger behauptet werden; jedenfalls muss sie beim Fehlen einer solchen Behauptung aus den Akten hervorgehen. Im vorliegenden Fall fehlt es nun nicht nur an Ausführungen des Klägers darüber, wann er Kenntnis von der Ehelicherklärung erlangt habe; die Akten enthalten auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass dies innert drei Monaten vor Klaganhebung, d. h. erst nach dem 22. August 1926 der Fall gewesen sei. Im Gegenteil. Zwar wurde der Entscheid über die Ehelicherklärung seinerzeit dem Kläger nicht von Amtes wegen zugestellt, jene Akten enthalten wenigstens keinen derartigen Ausweis. Allein mit Rücksicht auf die grosse Bedeu-

tung, die der Entscheid für die beiden Beklagten gegenüber dem Kläger hatte, darf vermutet werden, dass die Beklagte Hug seinerzeit nicht zögerte, ihn dem Kläger mitzuteilen. Es muss dies umso eher angenommen werden, als die Beklagte in jener Zeit beim Kläger gewohnt hat: Der Kläger liess in seiner Replik selbst ausführen, die Beklagte sei im Mai 1926 von ihm weggezogen. Es erscheint als ganz unwahrscheinlich, dass die Parteien während längerer Zeit miteinander in täglichem Verkehr standen, ohne dass dabei die Ehelicherklärung je zur Sprache kam. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Kläger spätestens im Mai 1926 Kenntnis von der Ehelicherklärung erhielt. Die am 22. November 1926 eingereichte Klage erweist sich daher als verspätet.

**79. Extrait de l'arrêt de la II^e Section civile
du 5 octobre 1928 dans la cause Gassner contre Andrist.**

Art. 177 al. 3 CC. Intercession de la femme.

L'art. 177 al. 3 CC vise tous les engagements pris par la femme envers des tiers dans l'intérêt de son mari, quand bien même ces engagements ne se caractérisent point en la forme comme des actes d'intercession. — Lorsque l'acte ne se présente pas en lui-même comme une intercession, il incombe à la femme qui excipe de l'art. 177 al. 3 de prouver que le tiers contractant a su ou dû savoir que le contrat était conclu dans l'intérêt du mari uniquement. — Seul l'intérêt juridique entre en considération, à l'exclusion de tous autres avantages matériels ou moraux. — S'agissant d'un emprunt contracté solidairement par la femme et le mari, il faut rechercher quel a été l'emploi des fonds empruntés, et si le tiers contractant a connu cet emploi (consid. 1).

La circonstance que l'emprunt a été contracté solidairement par la femme et le mari n'est nullement décisive (consid. 2).

Résumé des faits :

Les époux Gassner étaient locataires, à Anières, d'une villa. Comme le propriétaire de cette villa manifestait l'intention de la vendre, Gassner se proposa de l'acheter

parce que sa femme, de santé délicate, désirait continuer à vivre à la campagne. En conséquence, il conclut avec le propriétaire un pacte d'emption (ou de préemption), aux termes duquel il pouvait acquérir l'immeuble dans un délai de deux ans et s'obligeait, s'il ne l'achetait pas, à payer une dédite de 5000 fr.

A l'expiration de ce délai, Gassner chercha à se procurer les fonds nécessaires à l'achat et trouva, par l'intermédiaire de M^e Meyer de Stadelhofen, un prêteur à court terme qui les lui avança. Il put acquérir la villa; mais il ne fut pas en mesure de rembourser le prêt à l'échéance.

Les époux Andrist intervinrent alors, à la demande des époux Gassner, ou de sieur Gassner, et se déclarèrent disposés à avancer les sommes nécessaires pour le remboursement du prêt.

En date du 1^{er} juillet 1920, les époux Andrist passèrent avec les époux Gassner une « convention » qui stipulait entre autres :

« M. et M^{me} Victor Gassner reconnaissent conjointement et solidairement avoir reçu de M. et M^{me} William Andrist la somme de 28 000 fr., somme reconnue et légitimement due conjointement et solidairement entre eux au prêteur. »

» M. et M^{me} Victor Gassner s'engagent conjointement et solidairement à rendre et à rembourser M. et M^{me} William Andrist de la somme de 28 000 fr. dans un délai de trois ans maximum, moyennant versements trimestriels de 1500 fr. . . .

En date du 4 juillet 1922, Gassner a été déclaré en faillite. Andrist fut colloqué pour une somme de 32 065 fr. 65; il ne reçut aucun dividende.

Le 15 décembre, les époux Andrist firent notifier à dame Gassner un commandement de payer pour le montant de 26 000 fr., solde du prêt consenti le 1^{er} juillet 1920. La Cour de Justice civile prononça, le 12 mars 1923, la main-levée de l'opposition formée par dame Gassner.