

zu § 4, SELIGSOHN, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnung, 3. Auflage, Anm. 27 und 28 zu § 4).

Die Prozessakten enthalten nun keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Organa S. A. die eingetragenen Zeichen tatsächlich verwendet hat. Sie hat sich auf die Vervollkommnung des Verfahrens beschränkt, ohne die Präparate und die Marken in Verkehr zu bringen. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Sperrfrist des Art. 10 MSchG haben somit bei der Löschung der für die Organa S. A. eingetragenen Marken gefehlt, und es stand jedermann die Möglichkeit einer neuen Eintragung der gleichen Marken offen.

b) Aber auch angenommen, die Organa S. A. habe die Marken vor der Löschung tatsächlich in Verkehr gebracht gehabt, war jedenfalls der Kläger gleichwohl an die Sperrfrist des Art. 10 nicht gebunden.

Nach allgemeiner neuerer Lehre kann der Inhaber der Marke bei Löschung auf die Anwendung der Sperrfrist verzichten, sei es zu Gunsten bestimmter oder beliebiger Dritter, sodass diesen die neue Eintragung von Anfang an freisteht (vgl. insbesondere HAGENS und PINZGER-HEINEMANN a.d.a.O.). Vorbehalten bleibt nur der Schutz des getäuschten Käufers gemäss Art. 27 MSchG; seiner Klage kann der Verzicht des bisherigen Markeninhabers nicht entgegengehalten werden.

Die Organa S. A. hat einen solchen Verzicht am 27. Juli 1936 gegenüber dem Kläger ausgesprochen. Auch bei der Annahme, dass sie durch den Gebrauch materielle Markenrechte erworben habe, wären demnach die neuen Eintragungen zu Gunsten des Klägers nicht nach Art. 10 MSchG anfechtbar.

## VIII. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

### POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. Nr. 45 und 46 und III. Teil Nr. 36.

Voir nos 45 et 46 et III<sup>e</sup> partie n<sup>o</sup> 36.

## I. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

54. Extrait de l'arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile  
du 3 novembre 1938 dans la cause Tensi contre Tensi.

Demande en séparation de corps formée par un époux de nationalité italienne. Exception de litispendance tirée du fait qu'une même action introduite par l'autre époux était déjà pendante en Italie. Arrêt de dessaisissement. Recours de droit civil. Art. 87 OJF; Convention italo-suisse du 3 janvier 1933. Ne tombe pas sous le coup des dispositions de l'art. 87 OJF l'arrêt par lequel un tribunal, sans contester sa compétence, refuse cependant de se prononcer sur une action en séparation de corps introduite par un époux étranger, par le motif qu'une même action a été antérieurement introduite par l'autre époux devant un tribunal de son pays d'origine.

#### Résumé des faits :

Dame Tensi, d'origine suisse mais Italienne par son mariage, a obtenu du Président du Tribunal de la Singine l'autorisation de se créer un domicile séparé. Le 18 novembre 1936, elle a ouvert, devant le Tribunal du lieu où elle avait fait élection de domicile, une action en séparation de corps. Le mari a opposé à la demande l'exception de litispendance tirée du fait qu'il avait lui-même introduit une même action le 25 août précédent devant le Tribunal de Milan. Dame Tensi a combattu cette exception en soutenant que son mari avait également transféré son domicile en Suisse et que de ce fait les tribunaux italiens étaient incompétents.

Le Tribunal de première instance, admettant que le mari qui était également domicilié en Suisse n'avait ouvert action en Italie que pour mettre sa femme en état d'infériorité, sachant en effet qu'une ouverture

d'action était imminente en Suisse, s'est déclaré régulièrement saisi.

Par arrêt du 14 septembre 1938, le Tribunal cantonal vaudois, réformant cette décision, a jugé que le Tribunal de première instance aurait dû admettre l'exception de litispendance et se dessaisir de l'affaire.

Dame Tensi a formé contre cet arrêt un recours de droit civil en invoquant les dispositions sous chiffres 1, 2 et 3 de l'art. 87 OJF.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

*Extrait des motifs :*

A l'appui de son recours de droit civil, la recourante invoque la violation de l'art. 87 OJF.

Le cas prévu au chiffre premier de cette disposition n'est évidemment pas réalisé en l'espèce.

En ce qui concerne le cas prévu au chiffre 2, il ne l'est pas davantage. C'est à tort que la recourante se plaint que le Tribunal cantonal ait méconnu les dispositions des art. 7 h et 7 i de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour. Ces dispositions sont étrangères au litige. La Cour cantonale n'avait aucunement à rechercher si dame Tensi, en sa qualité d'étrangère, était recevable à ouvrir action en Suisse. Ce point n'était pas contesté. Ce qu'on lui a objecté, c'est qu'une action ayant le même objet était déjà pendante devant un tribunal italien, également compétent. Mais dès l'instant où l'on admet que l'action pouvait être portée aussi bien devant la juridiction italienne que devant le tribunal suisse, — et effectivement la compétence des tribunaux italiens ne saurait être sérieusement contestée au regard des dispositions de la Convention — il est évident que le litige ne dépendait plus que du mérite de l'exception de litispendance, point sur lequel le Tribunal fédéral n'a pas à se prononcer. C'est en vain qu'on voudrait argumenter à ce propos de la décision rendue par le Tribunal fédéral dans la cause Dupré (RO 64 II

p. 71). En effet, si le Tribunal fédéral a alors abordé la question de litispendance, c'est uniquement parce que la question de compétence, de la solution de laquelle dépendait la solution de la première, était elle-même en discussion. Or il n'en est pas de même en l'espèce. Comme on l'a déjà relevé, l'arrêt attaqué ne s'est pas refusé à reconnaître la compétence de la juridiction suisse ; il s'est borné à dire que cette juridiction ne pouvait être valablement saisie puisque la même action était déjà pendante devant un tribunal italien. Une telle décision ne comporte aucune violation de la loi sur les rapports de droit civil.

Quant au cas visé au chiffre 3 de l'art. 87, il ne saurait être invoqué non plus. Aucune règle de for du droit fédéral n'a été violée en l'espèce.

**55. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. November 1938**

i. S. Zeller

**gegen Bezirksrat und Vormundschaftsbehörde Zürich.**

Kantonaler Instanzenzug in Vormundschaftssachen:

Die Beschränkung des kantonalen Instanzenzuges auf die in Art. 361 ZGB zulässig erklärte Zahl von zwei Instanzen der Aufsichtsbehörde gilt nur für die kraft eidgenössischen Rechtes den vormundschaftlichen Behörden übertragenen Obliegenheiten.

ZGB Art. 361 u. z. B. Art. 283, 284 im Unterschied zu Art. 285, 287, 288.

Der Beschwerdeführer Albert Zeller stellte bei den Zürcher Behörden das Gesuch, es sei die ihm entzogene elterliche Gewalt über seine drei Kinder wieder herzustellen. Auf Antrag der Vormundschaftsbehörde wies der Bezirksrat dieses Gesuch ab, ebenso mit Verfügung vom 1. Oktober 1938 die Justizdirektion des Kantons Zürich, an die Zeller rekurrennte. Gegen diese Verfügung hat Zeller die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht erhoben.