

BBLP
MEYER LUSTENBERGER
Postfach
CH-8029 Zürich

Standort: G63

Klassifikation: 86

Schweizerische Mitteilungen über
Gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

*

Revue Suisse de la
Propriété industrielle
et du Droit d'Auteur

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<i>Rapport sur l'activité du Groupe Suisse de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété industrielle</i>	
G. de Montmollin	3
<i>Das belgische Versicherungspatent</i>	
E. Büchi	16
<i>Revision de l'Arrangement de Madrid (marques)</i>	
J. G. Engi	26
<i>Zum Wettbewerbsrecht der Gleichnamigen</i>	
F. von Steiger	34
<i>La Ligue Internationale contre la Concurrence déloyale</i>	
E. Martin-Achard	50
<i>Anspruch des Urhebers auf Entgelt für den privaten Werkgenuß</i>	
Alois Troller	53
<i>Les enregistrements radiophoniques en droit suisse</i>	
G. Straschnov	60
<i>Zur Frage der Fortdauer des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes post mortem auctoris</i>	
Theodor Moll	71
<i>Schweizerische Rechtsprechung</i>	
Otto Irminger	84
<i>Literatur</i>	
Otto Irminger	98
<i>Buchbesprechungen</i>	100

Schweizerische Mitteilungen über
Gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

*

Revue Suisse de la
Propriété industrielle
et du Droit d'Auteur

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<i>Quelques remarques concernant la brevetabilité des produits chimiques</i>	
Guillaume de Montmollin	107
<i>Der Patentschutz für chemische Erfindungen</i>	
Georges Gansser	117
<i>Ein schwedisch-schweizerischer Patentprozeß</i>	
CIBA Aktiengesellschaft, Patentabteilung	130
<i>Diskussionsbeitrag zum Problem der Markenübertragung</i>	
Alfred Amsler	133
<i>Über die Schutzwirkung der internationalen Markenregistrierung</i>	
Walter Winter	144
<i>Aus der Praxis des Amtes für geistiges Eigentum.</i>	152
<i>Prioritätsbelege für Markenmeldungen in der Schweiz</i>	
E. Blum & Co.	158
<i>Schutz der Mittel zur Kennzeichnung geistiger und gewerblicher Erzeugnisse</i>	
Rudolf Blum	159
<i>Verwendung wissenschaftlicher Publikationen über pharmazeutische Präparate durch Nachahmer dieser Präparate</i>	
Adolf Streuli	167
<i>Gesetzesübersicht</i>	
CIBA Aktiengesellschaft, Patentabteilung	178
<i>A propos de la révision de la Loi Fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques du 7 décembre 1922</i>	
Adolf Streuli	183
<i>Prix Triennal de la Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs .</i>	200
<i>Schweizerische Rechtsprechung</i>	
Otto Irminger	202
<i>Literatur</i>	217
<i>Zeitschriftenschau</i>	219

Rapport sur l'activité du Groupe Suisse de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété industrielle

Rapport présenté à l'Assemblée générale du 3 avril 1951 par

G. de MONTMOLLIN,

Président du Groupe Suisse

Messieurs,

Ce n'est pas sans une certaine crainte que j'entame la lecture du présent rapport. En effet, notre Groupe a vécu, durant ce dernier exercice, d'une vie intense. Or ce rapport n'est pas seulement destiné à vous-mêmes, qui avez sans doute présent à la mémoire tout ce qui s'est passé en 1950, mais aussi à nos après-venants. Il semble donc désirable qu'il ne contienne pas trop de lacunes et qu'il donne encore, dans quelques années, une idée de notre activité.

Comme de coutume nous commencerons par évoquer le souvenir de ceux qui nous ont quittés. Nous avons à déplorer le décès de Messieurs Gustav Schoenberg et Hans Oppikofer.

Monsieur Schoenberg, D^r en droit et Ingénieur-Conseil de renom, fut des nôtres dès la fondation du Groupe Suisse. Il était assidu à nos réunions, où ses interventions étaient fréquentes et toujours écoutées. Son départ est une grande perte pour notre Groupe. Monsieur Oppikofer, D^r en droit et Professeur à l'université de Zurich, n'était, lui, que depuis quelques années membre de notre société. Si je ne me rappelle pas l'avoir vu à nos réunions, je sais néanmoins qu'il s'intéressait vivement à nos problèmes et à nos discussions et que parfois, par la voix de certains de nos membres, nous avons entendu l'écho de ses opinions.

Nous présentons nos bien sincères condoléances aux familles des défunts et nous nous inclinons avec respect sur leurs tombes.

Effectif de la Société

Les efforts de Monsieur Heberlein continuent à porter leurs fruits. Notre Société, qui au 31 décembre 1949 comptait 176 membres en a, au 31 décembre 1950, 196. Notons ici que nous comptons 70 membres individuels et 120 membres collectifs. Monsieur Heberlein vous donnera tout à l'heure des renseignements plus circonstanciés à ce sujet.

Situation financière

L'optimisme que j'avais manifesté lors de notre dernière assemblée générale n'a pas été contredit par les faits. Si les dépenses sont encore très élevées, cela provient de nos travaux qui ne sauraient s'effectuer sans débours divers. Je laisse ici aussi la parole à Monsieur Heberlein qui vous donnera toutes les précisions désirables. Qu'il me soit permis de le remercier d'ores et déjà pour tous les soins qu'il apporte à ses fonctions.

Comité

Au cours de l'année 1950 votre comité s'est réuni 3 fois. Le 8 mars, à Lausanne, nous avons eu une première séance, consacrée avant tout à la préparation de l'assemblée générale du jour suivant. C'est en comité élargi que nous nous sommes réunis le 18 août à Neuchâtel pour nous entendre sur les mesures à prendre ensuite de l'accueil fait par la commission du Conseil National au projet de la loi sur les brevets d'invention. Enfin l'objet principal de notre quatrième séance du 20 novembre à Zurich a été la préparation de la séance de travail du 21 novembre, où nous avons des résolutions importantes à prendre, tant au sujet du projet de la loi sur les brevets d'invention qu'à celui du Tribunal des Brevets.

Assemblée générale et séances de travail

Notre assemblée générale a eu lieu à Lausanne, le 9 mars. Au cours de la partie administrative de cette assemblée, nous avons entendu un rapport très complet de M. Winter sur la transformation de notre bulletin en revue. La partie scientifique de la réunion a été consacrée d'une part aux propositions de réformes à apporter à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques de fabrique et d'autre part à la préparation du Congrès de Paris. Cette dernière question a été reprise dans une séance à laquelle les participants au Congrès ont été invités. Je reviendrai dans le chapitre suivant sur les résultats de cette réunion, qui a eu lieu le 11 mai, à Zurich, au Rüden. Au sujet de la revision de l'Arrangement de Madrid, nous avons eu le

plaisir d'entendre un exposé aussi intéressant que détaillé de la bouche de M. Magnin, Vice-Directeur du Bureau International et promoteur de la révision. Nous reviendrons, au cours de la seconde partie de la séance d'aujourd'hui, sur différentes questions relatives à la dite révision.

Notre séance du 21 novembre a été consacrée à deux questions qui nous tiennent particulièrement à cœur, celle de l'examen préalable et celle du Tribunal des Brevets. Les résultats auxquels nous sommes arrivés dans cette séance sont relatés dans les chapitres de ce rapport où je parlerai de la révision de la loi sur les brevets et du Tribunal des Brevets. Je puis donc, pour gagner du temps, les passer maintenant sous silence, je relèverai seulement que l'intérêt suscité par les questions discutées a été mis en évidence par le nombre des participants, 76, la plus forte participation à une séance depuis la fondation de notre Groupe.

Congrès de Paris

Ce congrès, magistralement organisé, a été, à tout point de vue, une réussite magnifique, et nous ne saurions assez remercier nos amis français de la peine et du soin qu'ils ont mis à l'organiser. Sans nul doute, il laissera dans la mémoire de tous les participants un souvenir aussi impressionnant que lumineux.

Des 42 nations que comprend l'Union de Paris, 31 étaient représentées. Notons parmi celles-ci l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, le Brésil, le Canada, l'Irlande, Israël, la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Turquie et la Yougoslavie.

La Suisse y était représentée par 48 membres de notre groupe, soit plus du quart de notre effectif.

Le programme des délibérations du Congrès, élaboré avec le plus grand soin par le Comité Exécutif ou, pour dire les choses telles qu'elles se sont réellement passées, par le Rapporteur Général et le secrétaire général, MM. Fernand Jacq et Blum, demandait aux participants de se prononcer sur 42 — de fait 46 — questions, certaines questions ayant été dédoublées.

L'étude de ces questions, ou plus exactement de celles où le Groupe Suisse avait une solution à proposer, avait été faite très sérieusement, en 1949 au cours de 2 séances du comité, de l'assemblée générale et d'une séance de travail, et durant l'exercice qui nous occupe actuellement, au cours de l'assemblée générale et finalement de la séance spéciale, tenue à Zurich le 11 mai, séance à laquelle les participants au Congrès avaient été invités. A cette séance les décisions prises lors des séances précédentes — le cas échéant après étude des rapports émanant d'autres groupes —

furent revues, confirmées et les porte-parole désignés pour toutes les questions où nous pensions devoir intervenir.

C'est donc bien préparé que notre Groupe prit part aux délibérations de Paris et nous eûmes, en règle générale, la grande satisfaction de voir adoptées par le Congrès les conclusions auxquelles nous nous étions ralliés.

Il en était notamment ainsi pour les questions:

- 31: Subdivision de la demande au cours de la procédure avec sauvegarde du ou des droits de priorité.
- 8 et 33: Suppression de la déchéance faute d'exploitation et son remplacement par la licence obligatoire.
- 36: Divulgateion.
- 13, 15 et 35bis: Suppression des questions 13 et 15 et quant à la question 35bis, suppression de la nécessité d'un enregistrement de base au pays d'origine pour le dépôt d'une marque.
- 35: Cession libre des marques, dont le principe est accepté.
- 9 et 40: On reconnaît aux « Sociétés Holding » le droit de posséder des marques qu'elles peuvent licencier aux sociétés qu'elles contrôlent.
- 34: Protection des armoiries publiques. Le vœu du Groupe Suisse est enfin réalisé.
- 35ter et 40: Doit-il ou non être apporté des modifications à l'arrangement de Madrid en vue de faciliter l'augmentation du nombre des pays adhérents (35ter); concordance entre la convention de Paris et les diverses unions restreintes (40).

Le Comité exécutif examinera ces questions (35ter et 40) au vu des rapports qui seront présentés par les groupes nationaux.

Au sujet de la divulgation, je voudrais donner quelques explications. La question 36 était: «Doit-on accorder à l'inventeur un droit de priorité en cas de divulgation de l'objet de l'invention avant le dépôt du brevet?». Le Congrès a répondu négativement à cette question. Or, à Berlin, le Congrès s'était déclaré en principe favorable à l'octroi à l'inventeur du droit de divulguer son invention 6 mois avant le dépôt de la première demande (à condition toutefois que cette réforme soit incorporée dans le texte de l'Union); en même temps il s'était déclaré d'accord de conférer une priorité à la divulgation. A Prague le Congrès a confirmé la première décision, qui, dans l'esprit de ses défenseurs, était subordonnée à l'octroi de la priorité. Mais au même Congrès de Prague l'octroi de la priorité a été refusé. Il en est résulté une certaine confusion,

car la décision de Prague relative à la priorité remettait en fait le principe de la divulgation en question. Les débats de La Haye n'ont pas réussi à éclaircir la situation. Une discussion, qui eut lieu au sein du Comité exécutif à Londres en 1948, n'y apporta pas plus de clarté, de sorte que Monsieur Blum, en sa qualité de Secrétaire Général, proposa, comme meilleure solution, de reprendre la discussion de toute la question lors du Congrès de Paris, ceci sans tenir compte des décisions de Berlin et de Prague, ni de la discussion de La Haye. Tous les participants, heureux de gagner du temps, approuvèrent la proposition de Monsieur Blum, sans se rendre compte que celle-ci pouvait avoir, comme conséquence possible, le bouleversement de toutes les décisions précédentes. Ceci est la raison pour laquelle le rapport de MM. Blum père et fils, rapport qui a fait sensation au Congrès, conduisait non seulement à dénier à la divulgation un droit de priorité, mais à revenir sur la décision de Berlin. C'est aussi pourquoi la décision de Paris a soulevé quelques protestations dans le camp des partisans du principe de la divulgation. La conséquence de cette décision sera la reprise, par le Comité Exécutif, de la question de la divulgation proprement dite.

Au sujet des autres questions qui nous intéressent spécialement, nous Suisses, je voudrais signaler comme bien caractéristique l'escarmouche très vive à laquelle la question 38 (loi type sur la protection des dessins et modèles dans les divers pays) a donné lieu. Les points de vue exprimés étaient si différents que le Congrès a chargé le Comité Exécutif de décider si cette question devait être remise à l'ordre du jour d'un prochain Congrès, ou non.

Les résultats du Congrès sont d'ailleurs excellemment résumés dans un article du N^o de juin 1950 de la Propriété Industrielle (N^o 6), dont l'étude peut être, à tout point de vue, chaudement recommandée.

Le programme du prochain Congrès, prévu pour Pentecôte 1952, en Autriche, n'est pas encore arrêté; il le sera par le Comité Exécutif qui siègera dans quelques semaines à Copenhague. Dès que nous serons en sa possession, nous nous mettrons à l'ouvrage pour nous préparer comme pour le Congrès précédent.

Je ne terminerai pas ce chapitre sans remercier encore une fois en votre nom tous ceux d'entre nous qui, par des rapports et des interventions, ont contribué aux résultats obtenus par le Congrès et tout spécialement encore une fois nos amis de France du grand effort qu'ils ont fourni pour arriver à cette merveilleuse réussite.

Revision de la loi sur les brevets d'invention

Le 25 avril 1950, le message du Conseil Fédéral concernant la revision de la loi sur les brevets d'invention, accompagné du projet définitif du texte révisé, a paru. Ce document a naturellement retenu toute l'attention des milieux intéressés et, d'une façon générale, reçu un accueil favorable. On a en particulier loué la clarté de l'exposé et la manière dont le pour et le contre de diverses questions étaient exposés. Comme toujours, on a aussi entendu certaines critiques, en particulier en ce qui concerne le tribunal des brevets. L'industrie trouvait traité par trop négativement le postulat de l'amélioration de notre jurisprudence en matière de brevets, laquelle, de l'avis unanime, laisse à désirer. Si notre Groupe avait, précédemment, refusé de lier la question d'une Cour fédérale des brevets à celle de la revision, il avait cependant toujours proclamé la nécessité de traiter les deux questions en même temps, et de son côté le «Vorort» avait demandé au Département de Justice et de Police:

« Que le Tribunal Fédéral reçût la compétence de revoir les questions de droit et de fait dans les contestations concernant les brevets

«et

« Qu'on examinât la possibilité de créer, au Tribunal Fédéral, pour ces contestations, une cour spéciale composée de juges ordinaires et de juges techniciens.

On s'attendait donc à la nomination d'une Commission d'experts et l'on fut quelque peu étonné en lisant les conclusions du message, dont la dernière phrase «Il convient de laisser aux milieux intéressés le soin d'entreprendre à cette fin (c.à.d. les changements à apporter dans l'organisation du Tribunal Fédéral) les démarches nécessaires», pouvait faire croire à un enterrement. Vous savez tous qu'il n'en a heureusement point été ainsi, je reviendrai sur cette question dans le chapitre suivant.

Un autre point du message et du texte du projet me semble réclamer quelques commentaires. C'est l'Article 1, 1er alinéa, conditions générales requises pour l'obtention du brevet:

«Les brevets d'invention sont délivrés pour les inventions nouvelles utilisables industriellement.»

Le texte finalement proposé par les experts avait la teneur suivante:

«Les brevets d'invention sont délivrés pour les inventions nouvelles utilisables industriellement, quelle qu'en soit l'importance, qui enrichissent la technique et ne constituent pas de simples tours de main.»

Ce texte voulait donc accorder la protection à toutes les inventions, pourvu qu'elles présentassent un mérite inventif, quelque faible que fût ce dernier, et englober ainsi les modèles d'utilité dans le domaine protégé par la nouvelle loi.

Or, la question d'une loi sur les modèles d'utilité avait été discutée très sérieusement dans une séance de votre Comité le 2 décembre 1949, Comité élargi par la présence de différents spécialistes de cette question. On en était arrivé à la conclusion que tant que le texte définitif du projet de la loi sur les brevets d'invention et celui du message — en particulier ce qui sera dit concernant les «petites inventions» — n'auraient point paru, il serait prématuré de proposer une nouvelle loi (Rappelons ici que par «petites inventions» on entend les inventions qui, quelle que soit la grandeur de l'objet à laquelle elles se rapportent, qu'il s'agisse d'un grand four électrique ou d'un minuscule calibre d'horlogerie, ne présentent pas de réel caractère inventif. Une «petite invention» peut cependant connaître un grand succès de vente).

Or, maintenant, la situation est claire. Le message dit pertinemment que si le texte proposé par les experts n'a pas été retenu, c'est parce que les «petites inventions» ne doivent pas jouir de la protection accordée par la loi sur les brevets d'invention (comme c'est par exemple le cas en France). D'autre part, dans la conférence d'experts dont je parlerai dans le chapitre suivant (Tribunal des brevets), le représentant du Tribunal Fédéral, Monsieur le Juge Fédéral Stauffer, a expressément déclaré que le Tribunal Fédéral n'accordera pas la protection aux «petites inventions». Ce point de vue semble d'ailleurs compréhensible et la protection de 18 ans accordée aux brevets peut paraître exagérée pour des inventions dont le niveau est comparable à celui de simples tours de main.

Il me semble donc que le moment est déjà venu de reprendre la question de la protection des modèles d'utilité et de décider si nous voulons une loi nouvelle dans le sens du projet élaboré par M. Herrmann, ou si nous voulons proposer un remaniement de la loi actuelle sur les dessins et modèles industriels de façon que ceux-ci jouissent de la protection lorsque, à côté de la nouveauté, ils présenteront soit un caractère esthétique, soit un progrès technique quelconque.

Quant à l'accueil fait par la Commission du Conseil National au projet de loi, vous le connaissez.

La Commission a été vivement frappée par les dépenses et l'augmentation de la bureaucratie fédérale qu'entraînera l'introduction de l'exa-

men préalable. Elle a en conséquence remis l'examen du projet de loi et demandé au Département Fédéral de Justice et Police de lui confirmer la nécessité de l'examen préalable en Suisse.

Je ne saurais revenir ici sur les démarches, conférences, séances etc. que la décision de la Commission a provoquées. La chose a été prise en main d'une part par le «Vorort» et d'autre part par votre Comité, qui a tenu à ce sujet une séance le 18 août à Neuchâtel, séance à laquelle assistaient, à côté de M. le Conseiller aux Etats Speiser et de M. le Conseiller National Tell Perrin, le Directeur du Bureau Fédéral de la Propriété Industrielle, M. Morf, et les membres de notre Groupe, membres de la commission de rédaction de notre revue.

En résumé les questions suivantes étaient posées aux cercles intéressés et à l'industrie:

- 1^o Etant données la réouverture de l'Office des Brevets Allemand à Munich et la reprise, apparemment imminente, de l'examen préalable, l'introduction de celui-ci en Suisse répond-il encore à un besoin réel?
- 2^o Si l'on répond par l'affirmative à la question 1^o, n'est-il pas possible de trouver une solution moins onéreuse que l'examen préalable et propre à rendre les mêmes services?

Au vu des réponses données à ces questions, le Département Fédéral de Justice et Police rédigera un message complémentaire destiné aux Chambres Fédérales.

A la question 1^o ont répondu d'emblée affirmativement: l'industrie textile, l'industrie horlogère, les ingénieurs-conseils que l'on doit regarder comme les représentant des «petits inventeurs» c'est-à-dire des inventeurs isolés. L'industrie des machines et l'industrie chimique ont également répondu oui, mais après avoir auparavant soigneusement étudié la question 2^o, à laquelle chacune a présenté une solution. Mais ces solutions, à l'étude, s'avèrent toutes deux ne pas répondre au but visé.

L'industrie des machines avait proposé une procédure d'opposition, plus exactement une procédure de préavis. Les demandes de brevet sont examinées, puis publiées avec faculté, pour le public, de faire opposition. Cependant, si l'examen ou la procédure d'opposition prouvent qu'il n'y a pas invention brevetable, le bureau a seulement le droit de conseiller au demandeur de retirer sa demande, il n'a pas le droit de refuser la délivrance, mais le brevet sera imprimé avec le préavis négatif du bureau¹. Cette procédure ne répond pas à un des buts principaux de l'examen préalable: éviter que le développement de l'industrie soit entravé par une

¹ Pour de plus amples détails voir notre circulaire du 2. 10. 1950.

foule de brevets de valeur douteuse; l'octroi de brevets reconnus sans valeur est, au surplus, difficilement conciliable avec le principe de la présomption de la validité d'un brevet.

L'industrie chimique avait proposé une procédure d'examen facultatif, inspirée d'un article paru dans le numéro de juillet 1950 de la *Propriété Industrielle* et dû à la plume de Monsieur Dunan. Le demandeur a la faculté, au moment du dépôt de sa demande, de demander l'examen. Lorsque la demande est publiée, les intéressés peuvent, si la demande a déjà subi l'examen préalable, faire opposition, ou, si la demande n'a pas subi l'examen préalable, soit le demander soit faire opposition¹. Il serait permis d'espérer qu'un système semblable réduirait notablement le nombre des demandes à examiner; cependant, il n'est pas possible de se rendre compte de l'importance de l'économie qui pourrait être ainsi réalisée. Cette économie ne sera d'ailleurs pas immédiate, car l'industrie textile, qui, pour les raisons que l'on sait, est particulièrement intéressée à l'examen préalable et qui sera la première à jouir de cette innovation, a déclaré qu'elle réclamerait l'examen pour toutes les demandes de brevets, au moment de leur publication. On s'est aussi rendu compte que l'examen facultatif posait certains problèmes dont les solutions ne paraissent pas toutes simples.

Aussi, dans sa séance de travail du 21 novembre, le Groupe Suisse a-t-il voté, à une très forte majorité, une résolution qui a été rendue publique par un communiqué à la Presse dont le préambule et le passage relatif à la question de l'examen préalable avaient la teneur suivante:

« *Le Groupe Suisse de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (A. I. P. P. I.)* s'est réuni à Zurich le 21 novembre 1950. « L'assemblée, très nombreuse, a examiné diverses questions importantes « posées par la révision de la loi sur les brevets d'invention, dont les « chambres fédérales ont actuellement à s'occuper.

« *Introduction de l'examen préalable.*

« Après avoir étudié, sur l'invitation du Bureau Fédéral de la Propriété « Intellectuelle, différentes propositions de simplification de la procédure « d'examen des brevets, l'assemblée a décidé à une très forte majorité de « recommander l'introduction de l'examen préalable, tel que le propose « le Conseil Fédéral. Elle est en effet convaincue que seul un examen « complet, introduit par étapes, c'est-à-dire industrie après industrie — « afin d'en faciliter l'application — est à même de donner satisfaction,

¹ Pour de plus amples détails voir notre circulaire du 2. 10. 1950.

«non seulement aux inventeurs, mais aussi à la collectivité tout entière, «qui a un intérêt primordial à ce que les brevets délivrés le soient en «connaissance de cause.»

La résolution a reçu pleine et entière confirmation quand, le 5 décembre, sous les auspices du «Vorort», une commission de coordination s'est réunie à Zurich. Je reviendrai brièvement sur cette séance dans le chapitre suivant, consacré au Tribunal des Brevets.

Comme je l'ai déjà dit, la parole est maintenant au Département de Justice et Police pour son rapport complémentaire.

Tribunal des Brevets

Au début du chapitre précédent j'avais signalé notre crainte que les conclusions du Département de Justice et Police, relatives au Tribunal des Brevets fissent prévoir un ajournement indéfini de cette question. Heureusement il n'en a pas été ainsi.

Au début de l'automne, le Département de Justice et Police procédait à la nomination d'une commission d'experts ayant pour tâche d'examiner:

- a) si la réglementation actuelle est insuffisante et, si oui,
- b) quelles mesures peuvent être prises pour y remédier efficacement.

La plupart des membres de votre Comité faisaient partie de cette Commission. Monsieur Blum y représentaient le Groupe Suisse, Monsieur Bolla y assistait à titre personnel, Messieurs Heberlein, Hummler, Pointet et votre serviteur y participaient en tant que représentants de l'industrie textile, de l'industrie des machines, du «Vorort» et de l'industrie chimique.

Au moment de la nomination de cette Commission, la situation se présentait ainsi: Le tribunal de première instance en matière de brevets était en pratique définitivement écarté, vu les problèmes d'ordre constitutionnel qu'il soulevait. L'unanimité régnait quant au postulat émanant de notre séance de travail du 15 mars 1949 à Lucerne et formulé par le «Vorort»:

Qu'en matière de brevet tout litige soit porté devant une cour spéciale, composée de juges ordinaires et de juges techniciens, et que cette cour ait la compétence de revoir toute question de fait et de droit.

Par contre, une certaine incertitude régnait sur les points suivants:

a) Les juges techniciens de la nouvelle cour doivent-ils avoir voix délibérative ou simplement consultative?

b) Quel accueil réserver au postulat de l'industrie des machines: compléter l'organisation du Bureau Fédéral de la Propriété Industrielle

par la création d'une instance spéciale, chargée d'examiner les demandes en nullité de brevets?

Dans la séance de travail du 21 novembre 1950 ces questions furent reprises et soumises à un nouvel examen approfondi avec le résultat suivant:

Confirmation de l'unanimité touchant la cour spéciale formée de juges ordinaires et de juges techniciens, et les compétences de celle-ci relatives à l'examen des questions de fait et de droit.

La question de savoir si les juges techniciens doivent avoir voix consultative ou délibérative fut renvoyée. Quant au postulat de l'introduction d'une instance en nullité, il ne fut pas accepté à l'unanimité, mais à une forte majorité: le tiers des votants se prononça négativement, soit pour des raisons de principe, soit parce qu'ils ne pouvaient pas encore réaliser toutes les conséquences d'une pareille institution.

Le communiqué à la Presse auquel j'ai fait allusion il y a un instant résumait la question du Tribunal des brevets comme suit:

« En ce qui concerne l'organisation judiciaire en matière de brevets «d'invention, l'assemblée, à une très grande majorité, recommande que «la compétence soit donnée au Tribunal Fédéral de revoir non seulement «les questions de droit, mais aussi celles de fait et qu'en outre une cour «spéciale soit créée, au Tribunal Fédéral, formée de juges ordinaires et «de juges techniciens.

« Le Groupe Suisse de L'A.I.P.P.I. reste convaincu que la solution «idéale serait celle de la création d'un tribunal unique de première instance «pour toutes les contestations en matière de brevets. Si cette solution «devait se heurter à des obstacles d'ordre constitutionnel, il recommande «alors, dans sa majorité, qu'une instance administrative ayant à juger les «actions en nullité soit au moins créée auprès du Bureau Fédéral de la «Propriété Intellectuelle.»

La commission d'experts siégea à Berne le jour qui suivit celui de notre séance de travail, soit le 22 novembre, sous la présidence de M. le Conseiller Fédéral de Steiger. Le Département de Justice et Police était en outre représenté par M. Alexander, le Bureau Fédéral par M. Morf et le Tribunal Fédéral par M. Juge Fédéral Stauffer. Notons encore la présence de représentants des Tribunaux cantonaux et de la science juridique. Au cours de cette séance M. Bolla a déposé les propositions suivantes:

1⁰ L'article 67 O.J. est modifié en ce sens que dans les procès en matière de brevets d'invention:

- a) Le Tribunal Fédéral n'est pas lié par les constatations de fait qui reposent sur l'application de normes d'expérience technique.
 - b) Il peut avoir recours à un ou plusieurs experts, sans restriction aucune; il doit y avoir recours dès que des connaissances techniques sont nécessaires pour le jugement de l'affaire.
 - c) Les experts siègent avec le Tribunal Fédéral, à titre consultatif.
- 2^o L'O.J. (Art. 41) est modifié en ce sens que si les parties sont d'accord, toute affaire en matière de brevets d'invention peut être portée devant le Tribunal Fédéral, comme première et dernière juridiction, indépendamment de la valeur litigieuse.

Personnellement j'ai retenu l'impression suivante de cette séance:

Le postulat du Groupe Suisse relatif à l'élargissement des compétences du Tribunal Fédéral et l'adjonction de juges techniciens reçut un accueil favorable.

Le «Vorort» et l'industrie des machines firent quelques réserves quant à la restriction des compétences du Tribunal Fédéral concernant la possibilité de revoir toutes les questions de fait; par ailleurs d'autres experts appuyèrent vivement l'adjonction de juges experts avec voix consultative.

Très intéressantes furent en particulier les explications données par M. le Juge Fédéral Stauffer concernant les difficultés que causent aux Juges Fédéraux les restrictions que leur impose la loi actuelle, parfaitement insuffisante, et qui sont la cause des critiques, malheureusement pas injustifiées, d'aujourd'hui.

Il n'en fut pas de même pour le postulat relatif à l'institution de l'instance en nullité. Si le Vorort et l'industrie restèrent sur leurs positions, ce postulat fut attaqué très vivement par divers orateurs, par M. Bolla pour des raisons de principe, par M. Matter qui y voyait un Tribunal de première instance camouflé et par d'autres experts qui redoutaient des conséquences encore mal discernables.

En résumé, le combat pour la réorganisation du Tribunal Fédéral se livrera avant tout devant les Chambres, celui de l'instance en nullité au sein de la Commission d'experts.

Le procès verbal de cette séance est aux mains du Département de Justice et Police. Celui-ci en tirera des conclusions qui seront reprises dans une nouvelle séance de la Commission d'experts qui se réunira vraisemblablement au printemps de cette année. Le dernier acte de nos délibérations relatives à l'examen préalable et au Tribunal des Brevets a été la séance de coordination du «Vorort» du 5 décembre, au cours de laquelle on est arrivé à la conclusion que la limitation du domaine des

constatations de fait proposée à la Commission d'experts n'était pas indiquée, vu l'enchevêtrement habituel, en matière de litiges relatifs aux inventions brevetées, non seulement des questions de droit et de fait, mais encore, dans ces dernières, des questions techniques et financières, comme la contrefaçon et les dommages-intérêts.

Modèles d'Utilité

Cette question n'a pas été traitée au cours de l'année 1950 dans notre groupe. Je me réfère cependant aux commentaires de ce rapport qui concernent l'article 1 du projet de révision de la loi sur les brevets, commentaires démontrant que la question est arrivée à un point où notre groupe devrait en reprendre l'étude.

Revue Suisse de la Propriété industrielle et du Droit d'Auteur

Comme je l'ai dit au début du chapitre intitulé: Assemblée générale et séances de travail, Monsieur Winter nous a fait le 9 mars un très intéressant exposé sur notre publication, l'actuelle Revue Suisse de la Propriété industrielle et du Droit d'Auteur. Il vous dira tout-à-l'heure lui-même ses expériences et ce qu'il attend de vous. S'il est évident que la considération dont jouit notre groupe est en bonne partie dépendante du niveau de notre publication, il est également évident que notre commission de rédaction et son président ne sauraient seuls suffire à la tâche. Ils ont besoin non seulement de l'appui moral, mais avant tout de l'appui effectif des membres du Groupe. Pour le moment je me borne à remercier d'ores et déjà notre Commission de rédaction et son président pour le remarquable travail qu'ils ont fourni et je forme le vœu que vos remerciements revêtent la forme concrète de nombreuses publications. C'est certainement à ces remerciements-là que notre commission de rédaction et son président seront le plus sensibles.

Divers

L'année précédente, je terminais mon rapport en signalant que des pourparlers avaient été amorcés avec l'Allemagne pour la reconnaissance réciproque de certains délais de priorité. Les pourparlers ont abouti, l'accord mis sur pied a été signé et il ne reste plus aux Gouvernements allemand et suisse qu'à le ratifier.

Conclusion

Messieurs, tirer des conclusions de cet exposé me semble superflu, sur le plan national comme sur le plan international nous avons combattu le bon combat.

Das belgische Verbesserungs-Patent

E. BÜCHI

Wattwil

I. Problemstellung

Gemäß dem Art. 1 des belgischen Patentgesetzes vom 24. Mai 1854 sind in Belgien drei Arten von Patenten möglich, nämlich: Erfindungs-, Verbesserungs- und Einführungspatente. Erfindungspatente werden für unabhängige Erfindungen erteilt, während Verbesserungspatente (*brevets de perfectionnement*) gemäß Art. 15 des Gesetzes für Weiterentwicklungen von in Belgien bereits patentierten Erfindungen erteilt werden. Ein Verbesserungspatent erlischt gleichzeitig mit dem Erfindungspatent, auf welches es sich bezieht. Ist der Inhaber des Verbesserungspatentes nicht mit dem Inhaber des ältern Patentes identisch, so kann er ohne dessen Einwilligung die ursprüngliche Erfindung nicht ausüben und umgekehrt. Einführungspatente werden gemäß Art. 14 des Gesetzes erteilt für Erfindungen, die bereits im Auslande patentiert waren, wobei jedoch die Dauer eines solchen Einführungspatentes die maximale Dauer des korrespondierenden Auslandpatentes nicht übersteigen darf.

Während die Bestimmungen betreffend die Erfindungs- und Einführungspatente im wesentlichen denjenigen der Patentgesetze anderer Länder entsprechen, nimmt das Verbesserungspatent gemäß dem belgischen Patentgesetz eine eigentümliche Mittelstellung zwischen Zusatzpatenten und Abhängigkeitspatenten, wie sie die Patentgesetze anderer Länder kennen, ein. Es dürfte sich deshalb lohnen, die Gesetzesbestimmungen bezüglich des belgischen Verbesserungspatentes, sowie deren Interpretation durch die belgische Rechtsprechung etwas näher zu betrachten.

II. Zusatzpatente und Abhängigkeitspatente gemäß den Patentgesetzen anderer Länder

Zunächst dürfte es nützlich sein, die Verhältnisse bezüglich der Zusatzpatente und Abhängigkeitspatente in andern Ländern etwas zu betrachten, um das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen zu erleichtern.

Die Patentgesetze der meisten Industriestaaten geben bekanntlich einem Erfinder die Möglichkeit, sogenannte Zusatzpatente anzumelden für Verbesserungen von durch diesen früher patentierten oder zum Patent angemeldeten Erfindungen, wobei die Jahrestaxen für die Hauptpatente gleichzeitig für die Zusatzpatente gelten. Die Dauer solcher Zusatzpatente endigt mit der Dauer der Hauptpatente, auf die sie sich beziehen. Keine Zusatzpatente sind in den USA und Kanada, sowie in verschiedenen mittel- und südamerikanischen Ländern erhältlich, in den den beiden erstgenannten Ländern offensichtlich aus dem Grunde nicht, weil in diesen Ländern keine Jahrestaxen erhoben werden. Einer der Hauptgründe für die Einführung der Zusatzpatente dürfte in der Absicht des Gesetzgebers bestanden haben, die Erfinder zur Veröffentlichung von Weiterentwicklungen von früher patentierten Erfindungen zu veranlassen, indem ihnen die Möglichkeit zur Erwirkung eines Patentschutzes für diese Weiterentwicklungen zu relativ geringen Kosten geboten wird.

Wird die Verbesserung einer patentierten Erfindung von einem andern als dem Inhaber des Hauptpatentes gemacht, so kann diese Verbesserung nur durch ein selbständiges Patent geschützt werden, das in diesem Falle aber als sogenanntes Abhängigkeitspatent bezeichnet werden muß. Für die Benützung der Verbesserungserfindung bedarf es, solange das Grundpatent noch zu Recht besteht, der Genehmigung des Inhabers des letztern. In Frankreich ist diese Bestimmung zum Beispiel Gegenstand eines besonderen Artikels des Patentgesetzes (Art. 19).

III. Der Art. 15 des belgischen Patentgesetzes und dessen Entstehung

Die Bestimmungen über die Verbesserungspatente sind in erster Linie im Art. 15 des belgischen Patentgesetzes enthalten. Dieser Artikel lautet wie folgt:

«En cas de modification à l'objet de la découverte, il pourra être obtenu un brevet de perfectionnement qui prendra fin en même temps que le brevet primitif.

Toutefois si le possesseur du nouveau brevet n'est pas le breveté principal, il ne pourra, sans le consentement de ce dernier, se servir de la découverte primitive et réciproquement le breveté principal ne pourra exploiter le perfectionnement sans le consentement du possesseur du nouveau brevet.»

Aus dem Absatz 2 dieses Artikels folgt, daß Verbesserungspatente nicht nur dem Inhaber des Hauptpatentes, auf welche sie sich beziehen, erteilt werden, sondern auch jedem Dritten. Dadurch unterscheidet sich das belgische Verbesserungspatent grundsätzlich vom Zusatzpatent anderer Länder, welches nur dem Inhaber des Hauptpatentes erteilt wird. Während für Verbesserungspatente, die Dritten erteilt werden, Jahressteuern zu entrichten sind, ist dies bei Verbesserungspatenten, die vom Inhaber des Hauptpatentes herausgenommen werden, gemäß Art. 3 des belgischen Patentgesetzes nicht der Fall; der zweite Satz dieses Art. 3 lautet nämlich:

«Il ne sera point exigé de taxe pour les brevets de perfectionnement lorsqu'ils auront été délivrés au titulaire du brevet principal.»

Gemäß Absatz 2 von Art. 15 des belgischen Patentgesetzes muß dem belgischen Verbesserungspatent mehr der Charakter eines Abhängigkeitspatentes zugemessen werden, das ohne Bewilligung des Inhabers des Grundpatentes nicht ausgeübt werden darf. Während jedoch in keinem europäischen Lande die Existenz eines Abhängigkeitspatentes mit derjenigen des Grundpatentes verknüpft ist, so ist dies beim belgischen Verbesserungspatent der Fall, weil es, wie dies Absatz 1 von Art. 15 aussagt, gleichzeitig mit dem Hauptpatent erlischt, genau wie ein Zusatzpatent.

Um verständlich zu machen, woher die eigentümliche Mittelstellung zwischen Zusatzpatent und Abhängigkeitspatent herrührt, wie sie das belgische Verbesserungspatent gemäß dem Art. 15 einnimmt, sei kurz einiges über die Entstehung dieses Artikels gesagt.

Bis zum Jahre 1854 wurde in Belgien der Patentschutz durch das alte holländische Gesetz vom 27. Januar 1817, sowie durch den diesbezüglichen königlichen Erlaß vom 26. März 1817 geregelt. Im letztern waren die wesentlichen Bestimmungen betreffend die Verbesserungserfindung in den Artikeln 8 und 10 enthalten, welche wie folgt lauteten:

Article 8: Tout propriétaire d'un brevet qui, par de nouvelles découvertes, aura perfectionné celle pour laquelle il est déjà breveté, pourra obtenir, soit pour la durée du premier brevet

seulement, soit pour des termes fixés par l'article 3* un nouveau brevet pour l'exercice de ces nouveaux moyens.

Article 10: Si quelque personne annonce un moyen de perfection pour une invention déjà breveté, elle pourra obtenir un brevet, pour l'exercice privatif du dit moyen de perfection sans qu'il lui soit permis, sous aucun prétexte, d'exécuter ou de faire exécuter l'invention principale, aussi longtemps que le brevet délivré pour cette invention ne sera pas expiré et réciproquement sans que l'inventeur puisse faire exécuter par lui-même le nouveau moyen de perfection.

Wie ersichtlich, ist hierbei noch streng unterschieden zwischen einem dem Inhaber des Patentés für eine frühere Erfindung zu erteilenden Verbesserungspatent (Art. 8) und einem Patent, das einem Erfinder für eine Verbesserung einer früher durch eine Drittperson patentierten Erfindung erteilt wird (Art. 10). Diese Bestimmungen entsprechen ungefähr der Regelung, wie sie heute in den meisten wichtigen Industrieländern besteht, wo zwischen Zusatzpatenten und Abhängigkeitspatenten unterschieden wird.

In dem den belgischen Kammern vorgelegten Entwurf zum Patentgesetz von 1854 waren dann die Bestimmungen betr. Verbesserungserfindungen im Art. 6 enthalten, der wie folgt lautet:

«Les brevets d'invention ou d'importation pourront en cas d'addition à l'objet de la découverte, donner lieu à des brevets de perfectionnement qui prendront fin en même temps que ceux-ci. Ces brevets conféreront les mêmes droits que ceux qui sont énumérés à l'article 9 ou à l'article 5 suivant qu'ils seront d'invention ou d'importation.»

Der erste Satz dieses Artikels entspricht dem 1. Teil des Art. 8 des Erlasses von 1817, der aussagt, daß der Erfinder eines früheren Patentés für eine Weiterentwicklung ein Verbesserungspatent erhalten könne, enthält aber insofern eine Neuerung, als einerseits das Recht zur Entnahme von Verbesserungspatenten auf Drittpersonen ausgedehnt ist, und andererseits das Verbesserungspatent, gleichgültig ob es durch den ursprünglichen Erfinder oder eine Drittperson herausgenommen wird, gleichzeitig mit dem früheren Patent erlischt. Im Erlaß von 1817 war, wie erwähnt, der Patentschutz für Verbesserungserfindungen von Drittpersonen durch den besonderen Art. 10 geregelt. Was für Gründe zur obigen Formulierung des Art. 6 den Anlaß gaben, ist nicht feststellbar; jedenfalls wurde

* Dieser Art. 3 bezieht sich auf die Patentdauer und Taxentrichtung.

aber der erste Satz dieses Art. nach einigen Umformungen zum 1. Absatz von Art. 15 des Gesetzes von 1854.

Bei den heutigen Gesetzesbestimmungen bezüglich des belgischen Verbesserungspatentes ist noch eine weitere Änderung gegenüber der ursprünglichen Regelung durch das alte Gesetz von 1817 zu beachten, die in bezug auf die Praxis der Rechtsprechung von großer Bedeutung ist. Es betrifft dies die Frage, ob die Entnahme von Verbesserungspatenten für Weiterentwicklungen fakultativ oder obligatorisch ist. Der Art. 8 des Erlasses zum Gesetz von 1817 ließ dem Anmelder noch eindeutig die freie Wahl, ob er für eine Weiterentwicklung einer früher in Belgien patentierten Erfindung ein Erfindungspatent oder ein Verbesserungspatent anmelden wollte. Aus dem Absatz 1 von Art. 15 des Gesetzes von 1854 scheint eine solche freie Wahl ebenfalls ableitbar zu sein, denn dieser Absatz 1 beginnt ja wie folgt: «En cas de modification à l'objet de la découverte, il *pourra* être obtenu un brevet de perfectionnement...». Es darf jedoch hierbei nicht auf den Art. 15 allein abgestellt werden, sondern es muß auch der Art. 1 des Gesetzes von 1854 berücksichtigt werden, der wie folgt lautet:

«Il sera accordé des droits exclusifs et temporaires sous le nom de Brevet d'invention, de perfectionnement ou d'importation pour toute découverte ou tout perfectionnement susceptible d'être exploité comme objet d'industrie ou de commerce.»

In diesem Artikel ist das Verbum «pouvoir» nicht mehr enthalten und es herrscht nun die Auffassung, bei der kombinierten Anwendung der Artikel 1 und 15 ergebe sich, daß es dem Anmelder nicht frei gestellt sei, ein Erfindungs- oder ein Verbesserungspatent für seine Erfindung anzumelden. Das bedeutet also, daß falls seine Erfindung eine Weiterentwicklung einer in Belgien unter Patentschutz stehenden Erfindung betrifft, er dafür ein Verbesserungspatent anmelden muß, und falls seine Erfindung nicht in einer solchen Verbesserung besteht, er nur ein Erfindungspatent wählen kann.

Es ist natürlich klar, daß in den Fällen kein Verbesserungspatent anzumelden ist, wo das ursprüngliche Patent im Zeitpunkt der Anmeldung bereits erloschen ist und damit zum Stand der Technik gehört. In diesem Falle ist für die Verbesserung ein unabhängiges Erfindungspatent anzumelden. Ebenso ist kein Verbesserungspatent anzumelden, wenn das ursprüngliche Patent nur im Auslande erteilt wurde und somit in Belgien ebenfalls zum Stand der Technik gehört. Wenn das ursprüngliche Patent nichtig erklärt wird, dann wird es als nie existierend be-

trachtet und das Verbesserungspatent kann dann nachträglich in ein Erfindungspatent umgewandelt werden.

IV. Die praktischen Auswirkungen des Art. 15

Wie im vorangegangenen Abschnitt festgestellt wurde, ergibt sich nach der herrschenden Auffassung aus der gemeinsamen Anwendung der Art. 1 und 15 des Gesetzes von 1854, daß ein Anmelder für eine Verbesserung einer in Belgien patentierten Erfindung ein Verbesserungspatent herausnehmen muß und dieser Standpunkt wird auch von der Rechtsprechung eingenommen. Wählt der Anmelder für die Verbesserung oder Weiterentwicklung kein Verbesserungspatent, so wird in einem Streitfalle sein Patent doch nur mit den für Verbesserungspatente geltenden Einschränkungen bewertet, das heißt falls das Hauptpatent inzwischen erloschen ist, so wird auch das gegenüber diesem als Verbesserungspatent zu betrachtende Patent als im gleichen Zeitpunkt erloschen betrachtet. Die Feststellung, ob ein belgisches Patent als Erfindungspatent oder Verbesserungspatent zu betrachten ist, steht nach der herrschenden Praxis allein den Gerichten zu und beurteilt sich unabhängig von der administrativen Qualifikation des Patentbesitzers.

Diese Praxis ist nun allerdings nicht ganz unbedenklich und hat für den Patentnehmer in Belgien oft schwerwiegende Konsequenzen. Zunächst sei festgestellt, daß derjenige, der in Belgien für eine Erfindung ein Patent anmeldet, aber bisher in diesem Lande kein Patent für einen gleichartigen Gegenstand herausgenommen hat, gegenüber welchem die neue Erfindung als Verbesserung bewertet werden müßte, nicht mit Sicherheit wissen kann, ob nicht früher einem Dritten ein solches Patent erteilt wurde. Auch wenn er bei einer genauen Recherche der einschlägigen Klassen der belgischen Patentliteratur kein früheres Patent findet, gegenüber welchem seine Erfindung eine Verbesserung darstellt, so ist er nie sicher, ob sich nicht ein solches in einer andern Patentklasse befindet, in der es normalerweise nicht erwartet werden kann, und eventuell von einem Dritten gefunden und in einem allfälligen Prozeß verwendet wird.

Aber auch falls ein Anmelder ein einen ähnlichen Gegenstand wie seine Erfindung betreffendes älteres belgisches Patent auffindet, so besteht immer noch die Schwierigkeit, festzustellen, ob nun seine Erfindung tatsächlich eine Verbesserung der ältern Erfindung im Sinne des Gesetzes darstellt, das heißt ob das sogenannte «*lien de perfectionnement*» besteht. Nach der herrschenden Rechtsprechung genügt es nicht,

daß eine Abhängigkeit der jüngern Erfindung von der ältern erkannt wird, sondern, das «*lien de perfectionnement*» besteht nur dann, wenn beiden Erfindungen dieselbe «*idée-mère*» zu Grunde liegt. Als «*idée-mère*» ist dabei der Erfindungsbegriff zu betrachten, wie er sich aus den anzuwendenden Maßnahmen bzw. Mitteln ergibt; zwei Erfindungen, die nur den gleichen Zweck haben, besitzen dagegen nicht die gleiche «*idée-mère*». In diesem Sinne hat zum Beispiel im Jahre 1948 das Tribunal de première instance von Brüssel in der Angelegenheit «*Vitos*»¹ die Frage des Bestehens eines «*lien de perfectionnement*» behandelt.

Es kann nun auch vorkommen, daß nur eine bestimmte Ausführungsform eines jüngern Patentes dieselbe «*idée-mère*» hat wie ein älteres Patent, während dies für den übrigen Gegenstand des jüngern Patentes nicht zutrifft. In diesem Falle ist das jüngere Patent zum Teil als Erfindungspatent und zum andern Teil als Verbesserungspatent zu betrachten. Der als Verbesserungspatent geltende Teil des jüngern Patentes erlischt damit natürlich gleichzeitig mit dem ältern Patent, während der als Erfindungspatent geltende Teil des jüngern Patentes weiterbesteht und bis zum Ablauf der 20jährigen Patentdauer aufrechterhalten werden kann.

Sehr schwerwiegende Konsequenzen hat auch die aus dem Absatz 1 des Art. 15 abzuleitende Tatsache, daß, wenn das Grundpatent mangels Taxzahlung erlischt, gleichzeitig auch das zugehörige Verbesserungspatent verfällt. Wird nämlich ein belgisches Patent in einem Streitfalle als ein Verbesserungspatent eines ältern Patentes irgend eines Dritten taxiert und hat dieser Dritte sein Patent mangels Interesse daran inzwischen fallen gelassen, so wird auch das Verbesserungspatent als in diesem Zeitpunkt erloschen betrachtet. Die Tatsache, daß der Inhaber des Verbesserungspatentes die Taxen für dasselbe regelmäßig bezahlt hat, ändert daran nichts. In diesem Sinne hat zum Beispiel das Tribunal de première instance von Brüssel im Jahre 1943 in der Angelegenheit *Fr. Lechène* gegen *J. Hanssens*² geurteilt. Gegen diesen Standpunkt der belgischen Rechtsprechung sind allerdings schon Vorstöße unternommen worden, indem die berechtigte Forderung gestellt wurde, daß in einem solchen Falle der Inhaber des Verbesserungspatentes die Möglichkeit haben soll, sein Patent in ein Erfindungspatent umzuwandeln.

Abschließend soll noch kurz etwas über die Auswirkungen von Gesetz und Praxis bezüglich der Verbesserungspatente bei von ausländischen Patentnehmern unter Beanspruchung der Unionspriorität in Belgien herausgenommenen Patenten gesagt werden. Der Standpunkt der Rechtsprechung in dieser Frage ist zum Beispiel dem im Jahre 1948 durch das Tribunal de première instance von Brüssel gefällten Entscheid in der

bereits genannten Angelegenheit «Vitos»¹ zu entnehmen. Ein Erfinder hatte zunächst für eine Erfindung ein französisches Patent herausgenommen und zwei Jahre später meldete er in Frankreich ein weiteres Patent für eine Verbesserung seiner ersten Erfindung an. Hierauf nahm er in Belgien für seine erste Erfindung ein Einführungspatent heraus (da ja die Prioritätsfrist bereits abgelaufen war), während er seine zweite Erfindung unter Beanspruchung der Unionspriorität in diesem Lande zum Patente anmeldete. Kurze Zeit später ließ er das belgische Einführungspatent mangels Interesse verfallen. Das belgische Gericht stellte sich nun auf den Standpunkt, daß das jüngere belgische Patent als Verbesserungspatent gegenüber dem belgischen Einführungspatent zu betrachten sei und daß es deshalb gleichzeitig mit dem letztern erloschen sei.

Trotzdem gemäß Art. 4c des Pariser-Unionsvertrages (PUV) einer Erfindung keine innerhalb des Prioritätsjahres angemeldeten Patente entgegenstehen können, so wurde im vorliegenden Falle doch die Ungültigerklärung des für die jüngere Erfindung erteilten belgischen Patentbesitzes durch das innerhalb des Prioritätsjahres der jüngern Erfindung in Belgien eingereichte Einführungspatent bewirkt. Das Gericht hat hervorgehoben, daß der Verfall des belgischen Einführungspatentes nur deshalb gleichzeitig das Erlöschen des belgischen Patentbesitzes für die jüngere Erfindung nach sich gezogen habe, weil das Einführungspatent vom gleichen Anmelder wie das jüngere Patent herausgenommen worden sei. Wäre das Einführungspatent einem Dritten erteilt worden, so hätte es nach Ansicht des Gerichtes in Anwendung des Art. 4c PUV auf den Bestand des jüngern Unionspatentes keinen Einfluß gehabt. Das Gericht war also der Auffassung, daß der Art. 4c PUV zwar auf im Prioritätsjahr eines Unionspatentes entstandene Patentrechte Dritter zur Anwendung gelange, daß dies aber bei derartigen Patenten, die auf den Namen des Inhabers des Unionspatentes selbst lauten, nicht der Fall sei. Diese Auffassung ist nicht ganz einleuchtend und wurde auch seinerzeit von belgischer Seite kritisiert³.

V. Schlußfolgerungen

Aus dem Vorangehenden dürfte deutlich hervorgehen, daß die Gesetzesbestimmungen bezüglich des belgischen Verbesserungspatentes und vor allem deren Interpretierung durch die Rechtsprechung für den Patentnehmer in Belgien sehr unangenehme Folgen haben können. Es hat darin auch in den letzten Jahrzehnten nicht an Stimmen gefehlt, die sich gegen diese Bestimmungen und deren Auslegung gewendet haben.

Vor allem wird die Auffassung der Rechtsprechung, daß die Anwendung des Art. 15 obligatorisch sei, das heißt daß für Verbesserungen von früher in Belgien patentierten Erfindungen Verbesserungspatente gewählt werden müßten, stark angefochten. Es sei in diesem Zusammenhange nur zum Beispiel der Aufsatz von G. Vander Haeghen, «Protection des perfectionnements en Belgique»⁴ genannt. Der Autor hat unter anderm die Vorbereitungsarbeiten des Gesetzes von 1854 genau verfolgt und festgestellt, daß es seinerzeit nicht in der Absicht des Gesetzgeber lag, die ursprünglichen Bestimmungen bezüglich Verbesserungspatente, wie sie im alten holländischen Gesetz von 1817 festgehalten waren, zu ändern.

1928 hat ferner die Association Belge pour la protection de la propriété industrielle auf den Vorschlag von G. Vander Haeghen in einer Resolution unter anderm den Wunsch ausgesprochen, der Art. 15 des Gesetzes von 1854 sei in dem Sinne zu ändern, daß der Erfinder einer Verbesserung die freie Wahl haben soll, hiefür entweder ein unabhängiges Erfindungspatent oder ein Verbesserungspatent anzumelden. Eine weitere Forderung der sachverständigen belgischen Kreise geht, wie erwähnt, dahin, der Inhaber eines Verbesserungspatentes solle die Möglichkeit haben, dasselbe bei vorzeitigem Verfall des Grundpatentes in ein Erfindungspatent umzuwandeln.

Abschließend darf wohl nicht nur im Interesse der belgischen Patentnehmer, sondern auch in demjenigen des Auslandes der Wunsch geäußert werden, daß den Bestrebungen der interessierten Kreise in Belgien, den Art. 15 des belgischen Patentgesetzes im obigen Sinne zu ändern, ein baldiger Erfolg gewährt sein möge.

Résumé

D'après l'art. 15 de la loi belge sur les brevets datant de 1854 on accorde des brevets de perfectionnement pour les modifications d'inventions déjà brevetées en Belgique. Le brevet de perfectionnement tombe avec le brevet principal. Si le propriétaire du brevet de perfectionnement n'est pas aussi celui du brevet principal, il ne peut exploiter l'invention principale sans l'accord du propriétaire de cette dernière et inversement.

Suivant l'interprétation actuelle des textes légaux, un inventeur est forcé de prendre un brevet de perfectionnement pour toute modification d'une invention brevetée en Belgique. S'il ne le fait pas, son brevet sera soumis, en cas de litige, aux restrictions imposées aux brevets de perfectionnement. Il appartient aux tribunaux de juger si un brevet belge doit être considéré comme brevet de perfectionnement, sans qu'ils soient liés

par la qualification administrative du brevet. Il n'y a lien de perfectionnement par rapport à un brevet plus ancien que si les deux inventions découlent de la même idée-mère; une simple dépendance du brevet plus récent à l'égard du brevet antérieur ne suffit pas.

Si le brevet principal est déclaré caduc, le brevet de perfectionnement peut être transformé en brevet principal. Dans le cas en revanche où le brevet principal tombe par suite du défaut de paiement des annuités, une transformation n'est pas possible. Certains milieux belges demandent que l'art. 15 de la loi sur les brevets soit modifié, en ce sens que l'inventeur ait le libre choix de requérir pour son invention un brevet de perfectionnement, ou non, et qu'en cas de déchéance d'un brevet principal par suite de non-paiement des annuités un brevet de perfectionnement puisse être transformé en brevet principal.

Literaturverzeichnis

- ¹ Revue de droit intellectuel N° 6/7, 1948, Seite 157 ff.
 - ² Revue de droit intellectuel N° 6—12, 1943, Seite 121 ff.
 - ³ A. Vander Haeghen: Une ancienne brèche rouverte dans les bénéfices de priorité établi par la Convention d'Union. Revue de droit intellectuel N° 6/7, 1948, Seite 141 ff.
 - ⁴ Revue pratique du droit industriel, 1913.
-

Revision de l'Arrangement de Madrid (marques)

*Quelques remarques à propos du projet de revision paru dans
«La Propriété Industrielle» de février 1950*

J. G. ENGI

Bâle

L'Arrangement de Madrid date, comme on le sait, de l'année 1891. Les pays qui y ont souscrit forment une union restreinte dans le cadre de la Convention d'Union de Paris, et comme cette dernière, il a été révisé plus d'une fois durant les 60 ans de son existence. Cependant, ces revisions ayant toujours été faites avec la plus grande retenue, cet Arrangement, qui vise une notable simplification de l'enregistrement des marques de fabrique, devient toujours moins conforme aux exigences de l'heure actuelle. C'est la raison pour laquelle de divers côtés des voix se sont fait entendre, réclamant une modernisation de cet Arrangement. Dans le numéro de février 1950 de «La Propriété Industrielle» paraissait un article intitulé «Propositions provisoires de revision». Son auteur, M. Charles Magnin, sous-directeur du Bureau International, s'était inspiré du principe «Ce qui vaut la peine d'être fait, vaut la peine d'être bien fait», et a mis sur pied un projet que l'on peut à juste titre qualifier non pas de simple revision, mais de réforme de cet Arrangement de Madrid. Lors de l'Assemblée générale du Groupe Suisse du 11 mai 1950 à Lausanne, M. Magnin a commenté, d'une façon approfondie, les réformes qu'il proposait. Il terminait son exposé en reconnaissant que l'étude de son projet exigeait un gros effort, et il émettait l'espoir que cet effort demandé aux cercles intéressés n'ait pas pour conséquence l'abandon de la revision dans l'indifférence générale. L'accueil fait par l'assemblée et les applaudissements qui accompagnèrent la fin de l'exposé de M. Magnin montrent que, dans notre Groupe, les propositions de M. Magnin susci-

tèrent un vif intérêt. Quelques semaines plus tard, le Congrès de Paris confiait au Comité exécutif la tâche d'étudier les propositions de M. Magnin au vu des rapports présentés par les groupes nationaux, ce qui impliquera, pour le Groupe Suisse, l'obligation d'envoyer en temps utile un ou plusieurs rapports pour la réunion du Comité Exécutif qui aura lieu à Pentecôte 1951 à Copenhague.

Ayant eu moi-même à m'occuper de ce projet de réforme en ma qualité de représentant de la Suisse dans la commission compétente de la Chambre de Commerce Internationale et le thème principal de la prochaine assemblée générale du Groupe Suisse étant précisément l'Arrangement de Madrid, le Comité m'a demandé, pour faciliter la discussion, d'exposer ici mon point de vue personnel qui, d'ailleurs, correspond assez exactement au point de vue de la plus grande partie de l'industrie chimique suisse.

Le projet de M. Magnin vise avant tout à apporter à cet Arrangement les améliorations que la situation d'aujourd'hui exige et dont on peut espérer qu'elles amèneront un plus grand nombre de pays à adhérer au dit Arrangement. Le Bureau International voit, en effet, dans la dénonciation de l'Arrangement par différents pays, comme celle par le Brésil, le Mexique, etc., un symptôme alarmant, indiquant la nécessité de cette revision.

En second lieu, M. Magnin préconise, dans la mesure du possible, la concordance de la Convention de Paris avec l'Arrangement de Madrid. Ce postulat a ensuite été repris et précisé par le Congrès de Paris, lequel a émis le vœu que les modifications apportées à l'Arrangement de Madrid établissent une concordance parfaite avec la Convention de Paris.

On se trouve donc de fait en face de deux postulats.

Logiquement il semble normal que l'Arrangement de Madrid, en tant qu'institution subordonnée à la Convention de Paris, soit en « parfaite concordance » avec celle-ci. D'autre part on doit se poser la question de savoir si les modifications que la « concordance parfaite » exige sont compatibles avec celles qui semblent susceptibles d'amener de nouveaux pays à adhérer à l'Arrangement de Madrid.

Il semble indiqué d'étudier ce problème à la lumière de la raison d'être de l'AIPPI: la protection internationale de la propriété industrielle et les moyens prévus pour arriver à cette protection. Or, parmi ces moyens le développement des conventions internationales est expressément mentionné.

Au cas où quelque incompatibilité se révélerait entre les deux postulats, la préférence serait donc à donner au premier: modification de

l'Arrangement de Madrid en vue de l'augmentation du nombre des pays adhérents. Car cet Arrangement présente incontestablement de grands avantages sur la Convention d'Union et son amenuisement par le départ successif de ses adhérents risque à la longue d'amener sa disparition, ce qui serait contraire au but que nous devons poursuivre. L'adhésion de nouveaux membres doit naturellement être efficace et effective et non illusoire comme on pourrait le craindre pour les Etats-Unis d'Amérique. En particulier, il y aura lieu d'obtenir de ce pays l'assurance que les marques internationales seront enregistrées au Registre Principal et que, d'une manière générale, elles jouiront de la même protection que les marques nationales.

Quelle que soit cependant la réponse que l'on donnera à ces questions, les suggestions de M. Magnin restent d'un très grand intérêt, et c'est pourquoi, dans ce qui va suivre, j'exposerai brièvement les réflexions que les 14 points de l'article de « La Propriété Industrielle » me suggèrent :

I. — Etablissement de contacts directs entre le Bureau de Berne et les déposants

Il faut s'attendre à voir le déposant suisse approuver cette suggestion. Que ce changement apporte aux déposants étrangers un avantage appréciable, spécialement à ceux dont la langue française n'est pas la langue nationale, cela semble à première vue douteux. Jusqu'à présent il était très pratique pour les déposants étrangers d'avoir à leur disposition l'administration de leur pays d'origine, c'était alors cette administration qui portait la responsabilité de la correspondance avec le Bureau de Berne. Ce serait donc à mon avis une erreur de se figurer que cette disposition engagera de nouveaux pays à se rallier à l'Arrangement de Madrid à moins qu'au minimum deux ou trois autres langues soient admises comme langues officielles à côté du français.

Eventuellement, on pourrait envisager de laisser le choix au déposant de s'adresser soit directement au Bureau International soit par l'intermédiaire de l'Office National.

II. — Un premier pas vers l'indépendance des marques internationales

L'indépendance d'une marque internationale de la marque du pays d'origine semble être une disposition répondant aux besoins d'aujourd'hui. Ainsi il est illogique que, en vertu du texte actuellement en vigueur,

un enregistrement international devienne caduc du simple fait que, pour une raison limitée au pays d'origine, l'enregistrement dans ce pays ait été abandonné. Par ailleurs il faut reconnaître que dans certains cas il peut y avoir un réel avantage, en cas de litige, à faire radier un enregistrement international dans tous les pays de l'Union restreinte par la simple radiation dans le pays d'origine.

III. — Extension des attributions du Bureau de Berne

Il semble douteux que le Bureau de Berne réussisse à convaincre toutes les administrations nationales que leur travail peut être simplifié par cette mesure. Ce sera peut-être le cas pour certains pays à examen peu approfondi; quant aux pays à examen très strict, ils se verront probablement dans l'obligation de communiquer à Berne des dossiers volumineux, d'où surcharge de travail. Qu'advient-il par exemple en cas de différence d'appréciation entre le pays à examen et Berne? L'extension des attributions du Bureau de Berne risque de ne conduire qu'à un alourdissement de l'appareil administratif sans que, pour cela, le travail soit effectué plus rationnellement.

IV. — Limitation territoriale des enregistrements internationaux

L'approbation de cette mesure a été expressément recommandée par M. le directeur Mentha au cours de son exposé introductif lors du Congrès de Paris. L'avantage qu'elle procurera — éviter l'encombrement des registres des pays contractants — est évident. Cependant, les taxes prévues me semblent être plus prohibitives qu'attrayantes. D'après le schéma proposé, les frais d'enregistrement d'une seule marque dans 18 pays, et ceci pour une seule classe, s'élèveront à fr. 1020.— pour une période de 20 ans, tandis qu'aujourd'hui le même enregistrement, pour une série de classes et pour tous les pays, revient à fr. 160.—. Actuellement, ces débours sont encore réduits lorsque plusieurs enregistrements sont demandés en une fois. Si l'on veut recevoir l'approbation d'un bon nombre de pays, il sera nécessaire de réduire considérablement les taxes, par exemple à fr. 75.— émolument de base plus fr. 10.— par pays où l'enregistrement sera demandé.

Quant à la proposition de publier une édition des «*Marques Internationales*» par pays contractant, on peut sérieusement se poser la question de savoir si elle est vraiment souhaitable. Les travaux d'impression seront très notablement compliqués. En outre de nombreuses entre-

prises d'envergure internationale devront s'abonner à la majeure partie des éditions nationales et les lire toutes. Il serait peut-être préférable d'indiquer, pour chaque marque, les pays d'enregistrement, par exemple en se servant d'un code d'abréviations.

V. — Enregistrement par classe

Cette proposition semble pouvoir être soutenue.

VI. — Réduction de la durée de validité des enregistrements internationaux

Cette mesure semble également indiquée, sous réserve toutefois que les émoluments des taxes soient réduits (voir remarques concernant IV).

VII. — Renouvellements

Le renouvellement tous les dix ans, et ceci pour tous les pays, a d'un côté un avantage administratif et de l'autre celui de diminuer l'encombrement des registres. Bien que le système anglais: première période de protection 7 ans, première période de renouvellement et suivantes 14 ans, ait aussi ses avantages, il me semble que l'on peut se rallier à la proposition de M. Magnin. (La proposition d'une protection de dix ans pour une première période me semble suffisante, car durant ce temps le propriétaire de la marque saura s'il veut l'exploiter ou non.)

Toutefois, le renouvellement devrait prendre effet à la date d'expiration du premier enregistrement ou du renouvellement précédent, et non pas à la date de dépôt de la demande de renouvellement. Car il n'est guère logique de renouveler un enregistrement de marque pour un laps de temps pendant lequel la protection est encore valable en raison de l'enregistrement précédent. (Voir aussi notre remarque sous chiffre X, 1.)

Les réserves que j'ai faites sous chiffre IV subsistent naturellement.

VIII. — Effet de l'enregistrement international

Il me semble que l'on peut se rallier à la définition de l'effet donnée à l'article 6.

IX. — Simplification des transferts

Il est à prévoir que les propriétaires de marques qui possèdent dans de nombreux pays des sociétés affiliées seront en général en faveur de la

suggestion. La question se pose pourtant de savoir si, en facilitant le transfert de la manière proposée, on ne provoquera pas quelque confusion, lorsqu'un enregistrement international sera attribué dans un pays à un propriétaire et dans un autre pays à un autre propriétaire.

X. — Quelques réformes secondaires

1. Taxe d'ajournement:

La suggestion concernant l'article 7 (2) devrait être modifiée dans le sens qu'une taxe spéciale ne devrait pas être demandée pour l'ajournement du renouvellement de l'enregistrement dont la demande a été reçue par le Bureau de Berne avant la date de l'expiration de l'enregistrement. (Voir aussi notre remarque sous chiffre VII, deuxième alinéa.)

2. Délai de grâce:

La teneur proposée par l'article 7 (3) me semble justifiée.

3. Notification d'une décision de refus:

Si cette suggestion est adoptée, la notification d'une décision de refus peut être ajournée indéfiniment. Il semble que, en règle générale, une année devrait suffire pour l'examen. Les déposants ont le plus grand intérêt à connaître le plus tôt possible le sort de leur marque dans les différents pays.

4. La définition du pays d'origine me semble juste.

5. Augmentations de diverses taxes:

Il ne me semble pas que les augmentations proposées se justifient dans tous les cas.

6. Renvoi des clichés au déposant:

On ne peut que se déclarer d'accord avec cette suggestion.

XI. — Répartition des excédents

L'approbation de cette proposition a été également recommandée par M. Mentha lors de l'ouverture du Congrès de Paris. Cette nouvelle répartition est logique et équitable. Son application pourra rencontrer l'opposition des pays contractants encore peu développés industriellement et qui, de ce fait, risquent de toucher des parts de bénéfice plus faibles que par le passé. Les articles 8, chiffre 2 du projet de l'Arrange-

ment et 9 du projet du règlement d'exécution ne semblent pas tout à fait clairs quant à la répartition des taxes supplémentaires entre les différents pays.

XII. — Publication intégrale du statut des marques internationales - Développement du Service des Recherches d'Antériorité

Il semble à première vue indiqué de publier intégralement le statut des marques internationales dans «Les Marques Internationales». Cependant, je me demande si les avantages procurés par le développement du Service des Recherches d'Antériorité contre-balanceront le travail supplémentaire et les frais du Bureau de Berne. Comme les critères appliqués pour juger de la ressemblance de désignations et de marchandises diffèrent de pays à pays, les informations données par le Bureau de Berne risquent de n'avoir qu'une valeur limitée.

XIII. — Création d'un comité consultatif

Cette suggestion me paraît tout à fait heureuse.

XIV. — Dispositions transitoires

Il ne me semble pas qu'il y ait des commentaires à faire ici.

En résumé il me semble qu'il faut avant toute chose remercier et féliciter M. Magnin de sa courageuse initiative. Il faut s'attendre à ce que, lors des échanges de vue au cours de la prochaine assemblée générale du Groupe Suisse, l'opinion émise ici sur différents points ne sera pas partagée par l'unanimité de l'assemblée. Peut-être aussi qu'à cette date-là certaines des propositions provisoires de M. Magnin seront remplacées par celles d'un projet officiel élaboré par le Bureau International. Quoi qu'il en soit, il appartiendra au Groupe Suisse de prendre les décisions opportunes et je puis me déclarer heureux si, par ce bref exposé, les discussions de la prochaine Assemblée générale seront facilitées.

Zusammenfassung

Der von Herrn Ch. Magnin, Vice-Direktor des Bureau International, stammende Revisionsvorschlag, wie er in der «Propriété Industrielle» vom Februar 1950 veröffentlicht wurde, verfolgt den Zweck,

durch Verbesserungen des bestehenden Madrider Markenabkommens den Kreis der Mitgliedstaaten zu erweitern. Diese Ausdehnung soll nach unserer Ansicht jedoch nicht um jeden Preis erkauft werden; insbesondere sollten von neu beitretenden Staaten gewisse Garantien für den wirksamen Schutz internationaler Marken auf ihrem Gebiet verlangt werden. Als weiteres Ziel soll eine möglichst weitgehende Übereinstimmung zwischen Pariser Union und Madrider Abkommen angestrebt werden.

Zu den Reformvorschlägen wird im einzelnen Stellung genommen: zur Förderung der direkten Verbindung zwischen Anmeldern und Bureau International erscheint die Einführung weiterer offizieller Sprachen neben dem Französischen unerlässlich zu sein; das Postulat der Unabhängigkeit der internationalen Marke von ihrer Heimateintragung wird unterstützt, ebenso der Vorschlag, die Eintragung einer internationalen Marke auf bestimmte Mitgliedstaaten beschränken zu können und die Schutzdauer auf 10 Jahre zu reduzieren. Die in Aussicht genommenen Gebühren müßten jedoch ermäßigt werden. Erneuerungen sollten vom Tage des Ablaufs der vorangehenden Schutzdauer und nicht vom Antragsdatum an laufen. Die Frist, innerhalb welcher die Mitgliedstaaten einen «Refus» bekanntzugeben haben, soll nicht länger als ein Jahr betragen. Die vorgeschlagene Verteilung des Betriebsüberschusses erscheint logisch zu sein.

Auf alle Fälle dürfte der Revisionsvorschlag des Herrn Magnin wesentlich beitragen zur Klärung der Frage, wie das Madrider Markenabkommen revidiert und seine Anziehungskraft auf neue Mitgliedstaaten ausgedehnt werden könnte.

Zum Wettbewerbsrecht der Gleichnamigen

F. VON STEIGER

Bern

I.

1. Angesichts der Oberflächlichkeit vieler Geschäftskunden ereignen sich oft Verwechslungen von Firmen, die einen Personennamen enthalten, häufig sogar dann, wenn die aus dem bloßen Familien- und Vornamen gebildete Einzelfirma noch mit einem Zusatz, selbst origineller Art, versehen wurde. Bruno von Büren bemerkt daher mit Recht in seinem Aufsatz «Über die Beschränkungen des Rechtes, den eigenen Namen zu gebrauchen» (Schweiz. Juristenzeitung, 44, Seite 65 ff.), daß, während die durch mehrfache Benutzung desselben Kennzeichens entstehenden Konflikte sonst durch die Anerkennung eines Prioritätsrechtes der Benützung gelöst werden, das heißt dadurch, daß der spätere Benutzer dem früheren zu weichen habe, im Falle von Gleichnamigkeit die Lösung nicht so einfach und so grundsätzlich gefunden werden kann. Denn dem Gewerbetreibenden kann wohl die Führung einer Phantasiebezeichnung verboten werden, nicht aber ohne weiteres die Führung seines Namens. An sich ist das Recht am eigenen Namen zeitlos.

Während nämlich bei Phantasiebezeichnungen der Grundsatz der Priorität uneingeschränkt Geltung besitzt und ohne Schwierigkeit angewendet werden kann, stellt sich bei Namenskollisionen die recht heikle Frage, ob überhaupt und wie weit das Prinzip der Priorität zu gelten habe. Im Falle Franz Cerncic's Erben gegen Franz Cerncic (BGE 61 II 121 ff.), wo allerdings die Priorität schon deswegen nicht in Betracht fiel, weil beide Firmen am selben Tage ins Handelsregister eingetragen worden waren, entschied das Bundesgericht zugunsten des Einzelfirmeninhabers und verpflichtete die Kollektivgesellschaft zu einer Änderung in Hugo Cerncic & Co., trotzdem diese seinerzeit das unter dem Namen

Franz Cernic geführte väterliche Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hatte, weil eine Änderung der Firma der Kollektivgesellschaft leichter möglich sei als der des Einzelkaufmannes, welcher eben die Firma von Gesetzes wegen aus seinem Familiennamen bilden müsse. Man könnte daher bei firmenrechtlichen Namenskollisionen zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Einzelfirma, auch wenn erstere die Priorität hat, unter Umständen doch zugunsten der Einzelfirma entscheiden.

2. Immerhin wird es auch da stets auf den konkreten Tatbestand ankommen. Mit Recht wurde daher sicherlich im Falle «Autogen Endreß A. G.» gegen Max Müller-Endreß (BGE 73 II 110) entschieden, daß die beklagte Einzelfirma auf die Führung des Frauennamens «Endreß» zu verzichten habe. Das Bundesgericht betonte, daß derjenige, der seinem Namen den Frauennamen beifüge, nicht das gleiche Maß von Schutz beanspruchen könne, wie wenn er selber Namensträger wäre; denn dieser hat mindestens theoretisch ein Recht auf seinen Namen, während jener sich nur auf eine Gepflogenheit zu berufen vermöge. Ähnlich hatte das Bundesgericht früher hinsichtlich eines Vornamens entschieden. Naphaly Levy wurde gezwungen, seine Firma in N. Levy abzuändern, da der Vorname «Naphtaly» zu Verwechslungen mit der Firma G. Naphaly Anlaß gegeben hatte (BGE 23 II 1748 ff.). Das Gericht ging davon aus, daß zwar niemandem die Führung seines Familiennamens verboten werden könne, die Verwendung des Vornamens dagegen — wohl weil er nicht obligatorischer Firmabestandteil ist — untersagt werden könne, wenn er, entgegen dem Zwecke des Institutes der Namengebung, anstatt zur Unterscheidung der einen Persönlichkeit von der andern zur Verwechslung zweier Gewerbetenossen benutzt werde.

3. Nicht ganz gleich, aber doch in gewissem Sinne ähnlich, lagen die Verhältnisse bei dem vom Reichsgericht am 12. Juni 1928 (siehe Hecht und Kümpfel, Der Wettbewerb, Berlin 1936, Seite 573) entschiedenen Fall. Die klagende Firma M. Kempinski & Co., für die der Name «Kempinski» als Warenzeichen eingetragen ist, und die auch in der Provinz vielfach Gaststätten und Verkaufsstellen unter diesem Namen führt, verklagte eine Firma «Paul Kempinski, Inhaber E. R.» auf Unterlassung der Namensführung «Kempinski». Der Name «Kempinski» sei für die Waren der Klägerin so allgemein bekannt, daß sie gemäß § 16 Ges. über den unlauteren Wettbewerb und auf Grund des ihr nach dem Warenzeichengesetz zustehenden Ausstattungsschutzes gegen die Beklagte vorgehen müsse, da im Publikum die Gefahr einer Verwechslung beider Unternehmen bestehe.

Die Firma der Beklagten war durch einen Paul Kempinski gegründet worden, der zunächst gemäß § 18 HGB das Geschäft unter seinem Namen geführt hatte. Die Bezeichnung wurde aber auch von den Nachfolgern jenes Paul Kempinski bis heute übernommen, obwohl ein gesetzlicher Zwang hierzu nicht vorlag.

Der Firma H. Kempinski & Co. stand die Priorität zu. Dagegen war die Firma der Beklagten an sich zulässig, hatte sie doch einfach von dem durch § 22 HGB gewährten Wahlrecht, das Geschäft unter der bisherigen Firma fortzuführen oder unter dem eigenen Namen zu betreiben, im Sinne der ersteren Eventualität Gebrauch gemacht. Das Gericht entschied jedoch, daß von dieser Möglichkeit, die bisherige Firma weiterzuführen, abgesehen werden müsse, wenn dadurch eine Verwechslungsgefahr entstehe. Eine solche sei aber nicht nur zu bejahen für den Fall, daß eine Firma den Namen einer anderen gebrauche, gerade wie er im Handelsregister eingetragen sei. Vielmehr genüge schon der Gebrauch eines Bestandteiles des Firmanamens, um eine Verwechslungsgefahr zu begründen, wenn dieser Bestandteil besonders hervortrete und einen schlagwortartigen Charakter habe. Die Beklagte war aber von Gesetzes wegen nicht verpflichtet, das Wort «Kempinski» in ihrer Firma zu verwenden.

II.

1. Wie verhält es sich nun in dieser Beziehung mit der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes? An sich bejaht unser oberster Gerichtshof das Vorhandensein einer Verwechslungsgefahr auch, wenn die Firmen als Ganzes sich unterscheiden, Übereinstimmung aber in einem typischen Bestandteil vorhanden ist. So wurde im Falle Napro AG. gegen Nago Nahrungsmittelwerke AG. (BGE 72 II 185) folgendes ausgeführt:

«Enthält eine Firma einen besonders auffälligen, in die Augen springenden Bestandteil, der von den beteiligten Verkehrskreisen als charakteristisch empfunden wird, so ist die genügende Unterscheidbarkeit unter Umständen selbst dort zu verneinen, wo die beiden Firmen nur in diesem hervorstechenden Bestandteil gleich oder ähnlich sind» (vgl. auch BGE 59 II 158; 53 II 32 ff. u. a.).

Allein bei Familiennamen hat das Bundesgericht wiederholt eine andere Haltung eingenommen. Im in diesem Zusammenhang wichtigsten Urteil vom 30. Mai 1944 (BGE 70 II 182 ff.) — die Firma Pernod S. A. bestritt der Aktiengesellschaft «Etablissement Abel Bresson et Félix Pernod réunis S. A.» das Recht, das Wort «Pernod» als Marke zu verwenden — erklärte das Bundesgericht, daß es in der Rechtslehre und

Rechtsprechung anerkannt sei, daß jede Person das Recht habe, ihren Namen im Handel und in der Industrie zu verwenden.

«Que si une marque verbale ou mixte contient le nom d'une personne et qu'il y ait conflit entre cette marque et le nom porté par un homonyme, le droit au nom est, en règle générale, plus fort que le droit à la marque, car il est inhérent à la personne même. L'ayant droit à la marque doit, partant, en tolérer l'usage.»

Das Bundesgericht weigerte sich daher, die Beklagten zur Entfernung des Namens «Pernod» aus ihrer Marke zu verpflichten und auferlegte ihnen bloß, in Nachachtung von Art. 1 MSchG, ihre ganze Firma und nicht den Namen «Pernod» allein als Marke zu gebrauchen.

Allerdings schützt das Bundesgericht den Rechtsmißbrauch nicht; wo es sich also um eine sogenannte Strohmanssfirma und demgemäß um unlauteren Wettbewerb handelt, kann der Gebrauch des Namens verboten werden (BGE 37 II 376). Im nicht veröffentlichten Urteil vom 25. November 1941, das auch den Fall Pernod betraf, heißt es:

«Le droit au nom ne comporte pas la faculté de fournir son nom à autrui afin de permettre à l'homonyme de créer dans l'esprit du public une confusion avec les produits d'un concurrent. Sans participation effective ou financière du titulaire d'un nom à une entreprise, nulle autorisation d'employer ce patronymique n'est juridiquement fondée et, étant abusive, elle ne mérite pas la protection de la loi.»

2. Soweit es sich indessen nicht um mala fides handelt, betont das Bundesgericht das Recht am Familiennamen und verpflichtet nur zur Verwendung von unterscheidenden Zusätzen.

«L'homonyme devra se soumettre aux restrictions que la bonne foi impose à cet usage et prendre toutes les mesures propres à diminuer le plus possible le risque de confusion; partant il n'utilisera son nom que sous une forme et avec des adjonctions qui le différencient nettement du nom de l'homonyme, protégé par une marque valable et au bénéfice de l'antériorité du dépôt et d'usage» (BGE 70 II 184).

Ähnliches wurde im leider nur teilweise veröffentlichten Urteil vom 11. Februar 1947 i.S. Aktiengesellschaft Hunziker & Cie. Zürich gegen G. Hunziker & Co., Ins AG. (BGE 73 II 119 ff.) ausgeführt:

«Das Monopol für den Familiennamen kann der Natur der Sache nach nur relativ sein und findet seine natürliche Grenze am Recht jedes Trägers des gleichen Namens, diesen geschäftlich zu verwenden. Ein absolutes Gebot, daß jeder in der nämlichen Branche Tätige den Namen Hunziker bei der Firmabildung schlechthin zu vermeiden habe, könnte daher auch aus der Verkehrsgeltung nicht abgeleitet werden. Sie gäbe

wie der Firmenschutz nur Anspruch darauf, daß der Träger des gleichen Namens bei dessen Verwendung in der Firma für eine unterscheidungskräftige Gestaltung als Ganzes zu sorgen hätte.»

Weiter unten auf Seite 18 des Urteils heißt es dann: «Mehr (das heißt die Aufnahme eines firmenrechtlich gebotenen Zusatzes in die Firma) kann die Klägerin auch unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechtes nicht verlangen, da der Beklagten der Gebrauch des Namens Hunziker in ihrer Firma nicht verwehrt werden kann. Nach Wettbewerbsrecht muß, gleich wie nach Firmenrecht, in solchen Fällen die Anordnung eines die Verwechslung hindernden Zusatzes genügen» (BGE 70 II 182 und dort erwähnte Entscheide).

3. Nach dieser Rechtsprechung, die übereinstimmt mit der älteren Praxis des Reichsgerichtes, ferner mit der französischen und italienischen Rechtsprechung und im wesentlichen auch mit der englischen Judikatur (vgl. den Aufsatz von Kirchberger, Das Wettbewerbsrecht der Gleichnamigen unter Berücksichtigung ausländischen Rechtes, publiziert in der Zeitschrift «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», 34. Jahrgang, Seite 1081 ff., Oktober 1929; vgl. ferner für die schweizerische Praxis außer dem bereits zitierten Aufsatz von Bruno von Büren die Arbeit von Prof. Charles Knapp «Le droit des personnes, la raison de commerce et la marque de fabrique», publiziert in der Zeitschrift «La Suisse horlogère, édition d'exportation», Nr. 1, März 1948), muß man wohl annehmen, daß zum Beispiel eine Firma Emil Hagestolz AG. nicht erfolgreich vorgehen könnte gegen die Firma Hansag Hans Hagestolz AG. Aber sie kann verlangen, daß ihre Konkurrentin alles unternimmt, um die Verwechslungsgefahr möglichst zu beseitigen. Insbesondere kann sie sich dagegen wehren, daß die Konkurrenzfirma in Katalogen, Telefonverzeichnissen und anderen Druckerzeugnissen unvollständig aufgeführt wird. Sie kann ferner beanspruchen, daß die Reisenden und anderen Vertreter des Geschäftes genau zum Ausdruck bringen, daß sie für die Hansag Hans Hagestolz AG. tätig sind.

III.

1. Soweit sind die Dinge klar. Kann eventuell dennoch mit Erfolg ein Begehren um Firmaänderung gestellt werden? Eine gewisse Hoffnung besteht insofern, als das Bundesgericht im Entscheide i.S. Autogen Endreß AG. gegen Max Müller-Endreß vom 20. Mai 1947 (BGE 73 II 110 ff.) die Türe für eine Änderung der Rechtsprechung offen gelassen hat. Auch hier fehlt die entscheidende Stelle in der Publikation in der amtlichen

Sammlung. Auf Seite 13 dieses Urteils heißt es: «Bei Interessenkonflikten, die sich zwischen einem Personennamen einerseits und einer Firmabezeichnung andererseits ergeben können, ist das Bundesgericht — (im Falle Pernod) — im Schutze des Personennamens sehr weit gegangen (vgl. BGE 70 II 182 ff.). *Ob die dort aufgestellten Grundsätze, die in der Literatur (Repertorio di giurisprudenza patria 1944, Seite 396 ff.) kritisiert worden sind, einer erneuten Prüfung standhalten würden, mag dahingestellt bleiben.* Auf jeden Fall kann derjenige, der seinem Namen den Frauennamen beifügt, nicht das gleiche Maß von Schutz beanspruchen, wie wenn er selber der Namensträger wäre; denn dieser hat mindestens theoretisch ein *Recht* auf seinen Namen, während jener sich nur auf eine *Gepflogenheit* zu berufen vermag, die zudem nur für eines von mehreren Sprachgebieten zutrifft.»

2. Die kritischen Bemerkungen im Repertorio di giurisprudenza patria, die offenbar unseren obersten Gerichtshof etwas beeindruckt haben, stammen vom Redaktor dieser Zeitschrift, Dr. Ferruccio Bolla, früheres Mitglied des Tessiner Kantonsgerichts, und erwähnen insbesondere den in der italienischen Rechtsprechung berühmt gewordenen Fall Borsalino c. Borsalino. Die ältere Firma, welche wie die jüngere Hüte fabriziert, Giuseppe Borsalino e fratello, hatte verlangt, daß der jüngeren Unternehmung, Giovanni Battista Borsalino fu Lazzaro, die Verwendung des Namens Borsalino untersagt werde. Indessen ohne Erfolg. Die Turiner Gerichte wiesen die Klage ab.

Aus den Bemerkungen von Dr. Bolla ist die Rechtsnatur der beiden Geschäfte nicht ganz ersichtlich. Allein da er sagt, daß bei der jüngeren Unternehmung der Name Borsalino verwendet worden sei mit Rücksicht darauf, daß einer der beiden Kommanditäre so hieß, so muß es sich wohl um eine Kommanditgesellschaft gehandelt haben und es muß nach italienischem Firmenrecht an sich möglich gewesen sein, diesen Namen des Kommanditärs zu verwenden, etwas, das nach schweizerischem Recht bekanntlich ausgeschlossen ist (Art. 947, Ab. 4, OR).

3. In der italienischen Literatur besteht offenbar Einverständnis darüber, daß es sich hier um einen Fehlentscheid handelt. Die Meinung geht dahin, «che la importanza, e quindi la funzione del nome patronimico debba subordinarsi a quella del nome commerciale». Bolla insbesondere bemerkt, daß der Name das Symbol der Individualität eines Menschen und seiner persönlichen Würde sei. Beim Handelsmann handle es sich dagegen um den Kredit und somit um ein Vermögensrecht, das, wenn damit die Produkte eines Fabrikanten bezeichnet werden, wegen der Vermeidung von Täuschungen und Verwechslungen auch von

öffentlichem Interesse sei. Es möge sein, daß in vielen Fällen eine genügende Unterscheidbarkeit für das Publikum erzielt werden könne durch die Beifügung von Zusätzen; daneben gebe es aber die Namen mit gesteigerter Verkehrsgeltung «i quali posseggiano una tale forza di individuazione che non esistono elementi idonei a differenziarle». Prof. Knapp bemerkte mit Recht zum Falle Borsalino: «Quels que soient les prénoms, les ‚borsalinos‘ de ‚Giuseppe‘ se confondront avec ceux de ‚Giovanni Battista‘ et vice-versa!»

4. Bolla bekämpft daher die im Falle Pernod vertretene Auffassung «Aller jusqu'à interdire à une personne s'appelant Gillette ou Suchard ou Pernod d'employer son nom dans sa raison et ses marques, c'est porter au droit de la personne une atteinte excessive et inutile» und verlangt in solchen Fällen ein jus prohibendi, wie es vom Turiner Appellationshof später i. S. Cinzano gegen S. A. Francesco Cinzano anerkannt worden sei, insbesondere dann, wenn es sich nicht um die Firma eines Einzelkaufmanns, sondern einer Aktiengesellschaft handelt, wo die Verwendung des Personennamens nicht obligatorisch ist.

IV.

1. In der Tat wirbt der Ruf eines im Verkehr bekannten Schlagwortes für jede Ware, die unter der gleichen Bezeichnung vertrieben wird. Darum darf man verlangen, daß jemand eine Bezeichnung, die durch Mühen und Kosten eines anderen in den Verkehr eingeführt worden ist, nicht zur Kennzeichnung seines Unternehmens und seiner Waren wählt. Denn man soll nicht die fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame für die eigene Leistung benutzen (vgl. auch F. von Steiger, Zur Frage des Schutzes von Marken mit erhöhter Verkehrsgeltung, November 1948 der «Mitteilungen der Schweizergruppe der Internationalen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz» und «Schweiz. Aktiengesellschaft» XX. Jahrgang, S. 192 ff., ferner das Urteil des bernischen Handelsgerichts i. S. Therma vom 2. Juli 1947, publiziert in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 84, S. 222 ff.). Es ist daher durchaus richtig, daß bei der Gründung eines neuen Geschäftes eventuell auch die Nichtaufnahme eines Personennamens in die Firma verlangt werden kann, soweit die Verwendung desselben in der Firma nicht von Gesetzes wegen nötig ist. «Vouloir, comme le demandent certains auteurs», bemerkt Prof. Knapp, «que le droit au nom s'arrête au point où l'usage devient «déloyal» nous apparaît grave. C'est dire que le second homonyme, par l'emploi de son propre nom, utilise, en vrai et malhonnêtement, le nom du premier homonyme. C'est jouer avec les mots!

Et pourtant, nous concédons volontiers, qu'in statu hodierno rerum, l'exclusion du second nom est, hélas, la moins mauvaise solution.»

2. Zu dieser Lösung ist auch das Reichsgericht in seiner jüngeren Praxis gelangt. Während es früher (vgl. Urteile im Fall Horch vom 3. März 1911, Markenschutz und Wettbewerb (MuW) X, S. 387, und Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1911, S. 175; i. S. Stiller vom 19. März 1911, MuW, XI, 479; RGZ 73, 370; i. S. Jasnatzi vom 22. November 1912, GRUR 1913, S. 65, und i. S. Hommel vom 10. Juli 1913, MuW 13, S. 67) mit dem schweiz. Bundesgericht übereinstimmend erklärte, daß die Benutzung des eigenen Namens als Firma oder die gesetzlich berechnigte Verwendung von Familiennamen zur Firmenbildung trotz der hierdurch entstehenden Verwechslungsfähigkeit mit dem Namen oder der Firma eines früheren Berechnigten nicht schlechthin verboten werden könne, hält der deutsche oberste Gerichtshof nun dafür, daß niemand seinen Namen in eine Firma aufnehmen darf, die dadurch zu Verwechslungen mit einer älteren geeignet wird, wenn die Firma auch auf andere Weise gebildet werden kann (vgl. Urteile i. S. Konstantinu vom 30. April 1924, MuW XXIII, S. 245, i. S. Malzmann, vom 24. Februar 1923, RGZ 110, S. 234, i. S. Arnheim vom 22. Mai 1925, RGZ 111, S. 67, i. S. Wagner, vom 6. Juli 1926, MuW XXVI, S. 42, GRUR 1926, S. 482, i. S. Stollwerck vom 22. Februar 1927, RGZ 116, S. 209, GRUR 1927, S. 307, und i. S. Weber vom 12. Juni 1928, MuW XXVII, S. 522, GRUR 1928, S. 657). Der mit einer schon bestehenden Firma verwechslungsfähige Name soll daher zur Firmenbildung nicht mehr verwendet werden dürfen, wenn er nicht firmenrechtlich dazu verwendet werden muß.

Es ist klar, daß, wenn das Bundesgericht bereit wäre, dieser neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts zu folgen, bei Gleichnamigen ein Begehren auf Firmaänderung erfolgreich sein könnte, immerhin nur soweit, als die Aufnahme des Personennamens in die Konkurrenzfirma nicht firmenrechtlich notwendig ist, wie dies namentlich der Fall ist bei der Einzelfirma, der Kommanditgesellschaft und der Kommanditaktiengesellschaft, wenn der einzige unbeschränkt haftende Gesellschafter den angefochtenen Personennamen führen würde.

In dieser Richtung bewegt sich der leider nicht veröffentlichte Entscheid vom 2. Dezember 1947 i. S. KresscoAG. vormals Kressmann & Co. gegen Eugen Kressmann, beide Hutfabrikanten in Bern.

Die Brüder Eugen und Friedrich Kressmann gründeten im Jahre 1910 die Firma «Gebrüder Kressmann» zum Zwecke der Mützenfabrikation. Im Jahre 1922 wurde das Unternehmen in eine Aktiengesellschaft

unter der Firma «Gebrüder Kressmann AG.» umgewandelt. 1925 schied Eugen Kressmann aus dem Betriebe aus und eröffnete unter der Firma «Eugen Kressmann» eine eigene Mützenfabrik. Die «Gebrüder Kressmann AG.» ging 1932 mit Aktiven und Passiven an die von Friedrich Kressmann gegründete Kommanditgesellschaft «Kressmann & Co.» über, die 1936 unter Mitwirkung von Ernst Meßmer in die heutige Firma «Kressco Aktiengesellschaft vormals Kressmann & Co.» (Kressco, société anonyme ci-devant Kressmann & Cie.) (Kressco, società anonima, già Kressmann & Co.) (Kressco Ltd., formerly Kressmann & Co.) umgewandelt wurde. Friedrich Kressmann war noch während einiger Zeit Aktionär dieser Firma; heute besitzt er keine Aktien derselben mehr. Einziger Verwaltungsrat ist Ernst Meßmer.

Zwischen den beiden Firmen «Eugen Kressmann» und «Kressco AG., vormals Kressmann & Co.», die sich beide mit Mützenfabrikation und dergleichen befassen und ihren Sitz im selben Quartier in Bern haben, kam es zu zahlreichen Verwechslungen. Eugen Kressmann erhob deshalb am 18. Juni 1946 gegen die Kressco AG., vormals Kressmann & Co. Klage mit dem Begehren, es sei der Beklagten die Verwendung der Bezeichnung «vormals Kressmann & Co.» und «Kressmann & Co.» in den verschiedenen Sprachen zu verbieten und dieser Firmabestandteil im Handelsregister zu löschen; eventuell sei der Beklagten die besondere Hervorhebung des Firmabestandteiles «Kressmann & Co.» zu verbieten und sie zu verpflichten, die ganze Firma stets vollständig zu gebrauchen und sie mit gleich großen Lettern zu schreiben.

Zur Begründung seiner Klage machte Eugen Kressmann geltend, die Beklagte begehe ihm gegenüber durch die Verwendung ihrer Firma unlauteren Wettbewerb.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie bestritt, daß die Führung ihrer firmenrechtlich zulässigen Firma an sich einen unlauteren Wettbewerb darstelle oder diese von ihr in unlauterer Weise gebraucht werde.

Das Handelsgericht Bern bejahte das Vorliegen eines unlauteren Wettbewerbes seitens der Beklagten und verbot ihr mit Urteil vom 9. Mai 1947, die Bezeichnung «vormals Kressmann & Co., ci-devant Kressmann & Cie., già Kressmann & Co., formerly Kressmann & Co.», sowie «Kressmann & Co.» und «Kressmann & Cie.» zu verwenden unter Androhung der Straffolgen des Art. 403 ZPO im Widerhandlungsfalle; ferner ordnete es die Löschung dieser Firmabestandteile im Handelsregister an.

Das Bundesgericht hat das Urteil des bernischen Handelsgerichts bestätigt. Zwar anerkennt es, daß die Beklagte firmenrechtlich befugt ist, sich als Rechtsnachfolgerin der Firma «Kressmann & Co.» auszugeben.

Es gibt ferner zu, daß sich die beiden Firmen genügend unterscheiden, stellt dann aber fest, daß ein unlauterer Wettbewerb auch im Gebrauch einer an sich zulässigen Firma liegen könne. Das sei dann der Fall, wenn dieser Gebrauch gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoße. Verwechslungen seien zwischen den beiden Unternehmen fortwährend vorgekommen, und zwar vor allem deshalb, weil die Beklagte den Firmenbestandteil «Kressmann & Co.» stark in den Vordergrund stellt. So bringt sie auf ihrem Geschäftspapier ihre Firmabezeichnung in der Weise an, daß unter dem in großer Phantasieschrift gedruckten Wort «Kressco» in gewöhnlichen Druckbuchstaben «Aktiengesellschaft, société anonyme, società anonima» steht, und darunter «vormals, ci-devant, già Kressmann & Co.», wobei die Worte «Kressmann & Co.» gegenüber dem andern in Druckschrift gehaltenen Text hervorgehoben, aber immerhin kleiner gedruckt sind als das Wort «Kressco». Diese Aufmachung hat zur Folge, daß dem Leser vor allem die Worte «Kressco» und «Kressmann & Co.» in die Augen springen und infolge der graphischen Gestaltung der Eindruck entsteht, die eigentliche Firmabezeichnung laute «Kressmann & Co.», während «Kressco» lediglich eine Marke oder eine schlagwortartige abgekürzte Firmenbezeichnung sei. Auch der von der Beklagten im Laufe des Prozesses herausgebrachte, etwas abgeänderte Briefkopf, bei dem der Firmabestandteil «Kressmann & Co.» in etwas kleinerer Druckschrift gehalten ist, vermag die Entstehung des oben erwähnten Mißverständnisses bei flüchtiger Betrachtung nicht zu verhindern. Denselben Eindruck erweckt sodann auch ein anderer Briefkopf der Beklagten, bei dem «Kressco» und «Kressmann & Co.» in gleich großen Druckbuchstaben auf dieselbe Linie gestellt sind und die Worte «AG.» und «vormals» in ganz kleiner Schrift zwischen den fettgedruckten Firmenbestandteilen darin stehen.

Ferner haben die Reisenden und Angestellten der Beklagten sich wiederholt als solche der «Firma Kressmann» ausgegeben und auf diese Weise Verwechslungen verursacht oder bestehende Mißverständnisse ausgenützt. Endlich hat die Beklagte im Telephonverzeichnis außer dem ihre volle Firmabezeichnung enthaltenden Haupteintrag als zusätzlichen Eintrag aufnehmen lassen «Kressmann & Co., siehe Kressco». Diese selbständige Verwendung des Firmabestandteils Kressmann & Co. ohne den das Nachfolgeverhältnis anzeigenden Zusatz war ebenfalls in hohem Maße geeignet, Verwechslungen herbeizuführen, worüber sich die Beklagte klar sein mußte.

Das Bundesgericht hat hier also in weitem Maße den Umstand berücksichtigt, daß die Aktiengesellschaft sich regelrecht bemüht hat, im Ge-

brauch den Nachfolgesatz, das heißt den eigentlichen Nebenbestandteil der Firma zur Hauptsache zu machen. Man wird ihm recht geben müssen, wenn es darin einen Mißbrauch erblickt und der Beklagten jeden weiteren Gebrauch des Zusatzes «vormals Kressmann & Co.» oder «Kressmann & Co.» allein verbietet. Es war dies offenbar der einzige Weg, um dem Kläger Schutz zu gewähren, wenn auch an sich die Beklagte berechtigt war, den Nachfolgesatz zu führen und der Kläger offenbar 10 Jahre lang die Firma nicht beanstandet hatte. Ob er dadurch nicht sein Recht zur Einsprache verwirkt hatte, hat das Bundesgericht nicht geprüft, vielleicht weil es zu sehr überzeugt war vom dolosen Vorgehen der Beklagten.

V.

Über einen ähnlichen Fall aus der englischen Rechtsprechung berichtet die Juli-Nummer 1949 der Zeitschrift «La propriété industrielle» (S. 117). Es heißt daselbst: «L'affaire Wright, Laymann and Umney Ltd. c. Wright (Urteil der Chancery Division, eine aus 6 Richtern bestehende erstinstanzliche Abteilung des High Court of Justice in London, vom 14. Mai 1948) fournit un exemple intéressant de l'ensemble de circonstances, où celui qui utilise son propre nom peut être l'objet d'une action en concurrence déloyale. Le défendeur s'appelle W. F. T. Wright. Il avait entrepris, de 1934 à 1943, de vendre des préparations de toilette sous ce nom. En 1943, il adopta la raison sociale «Wright's Chemical Co.» et se mit à vendre, entre autres, sous cette firme un produit dénommé Wrights Baby Powder. Les demandeurs, fabricants bien connus de préparations de toilette, ont toujours exercé leur industrie sous le nom de Wrights.

La Chancery Division a prononcé que le défendeur n'avait pas le droit d'apposer les noms Wright ou Wrights sur les récipients des préparations de toilette qu'il vend. En revanche, les demandeurs ne pouvaient pas l'empêcher d'exercer son commerce sous un nom contenant Wright ou Wrights. C'est là une application du principe général suivant, posé par la Cour d'appel, le 23 juillet 1900, dans l'affaire Valentine Meat Juice Co. c. Valentine Extract Co. Ltd.: «Si le produit qu'une personne vend est devenu connu sur le marché comme étant fabriqué par autrui, il ne peut pas le vendre purement et simplement sous le nom en cause, alors même qu'il s'agirait de son nom patronymique, sans induire les acheteurs en erreur.» Donc, si nul ne peut être empêché d'utiliser son propre nom, il ne doit pas le faire «purement et simplement», dans certains cas, de manière à donner l'impression que ses produits sont ceux d'un tiers.»

Grundsätzlich gilt also auch hier, daß der Gebrauch des Namens an sich nicht verboten werden kann, dies aber im Fall von Gleichnamigkeit in einer Form geschehen muß, die Verwechslungen möglichst ausschließt. Allerdings ist dies vielleicht eine Forderung, die nicht immer mit Erfolg wird durchgesetzt werden können. .

2. Zum Schluß noch ein Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 30. Juli 1948, das der Zeitschrift «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht» 50. Jahrgang, S. 307 ff. entnommen ist. Handelte es sich beim englischen Urteil um die Verwendung des Namens als Marke, um Verwechslungen mit einem Konkurrenzprodukt zu ermöglichen, bzw. um von dessen Ruhm und Ansehen zu profitieren, so entstand hier der Konflikt wegen einer Telegrammadresse. Einer Einzelfirma, nennen wir sie August Born*, stand eine Kollektivgesellschaft Paul Max Born & Co. gegenüber. Die Einzelfirma war am 1. November 1946, die Kollektivgesellschaft am 1. Februar 1947 im Handelsregister eingetragen worden. Beide Unternehmen befassen sich mit der Herstellung von Textilien, Kunstleder und verwandter Erzeugnisse. Jedes derselben umfaßt Betriebe in mehreren Städten, zum Teil in derselben Stadt Wuppertal. Die Einzelfirma verwendet als Telegrammadresse Born-Werke Wuppertal. Auf den Briefbogen ist diese hervorgehoben, der Name Born in roter Schrift.

Das Gericht hat anerkannt, daß sich die beiden Firmen genügend unterscheiden, auch wenn beide den Familiennamen Born enthalten. Der Konflikt entsteht hier wegen der Telegrammanschrift. Über diese führt das Gericht folgendes aus:

«Der Telegrammanschrift kommt wegen der Art und Weise, wie sie in geschäftlichem Verkehr benutzt wird, eine Bedeutung zu, die weit über ihre ursprüngliche Funktion als postalische Anschrift im Telegrammverkehr hinausgeht. Sie findet — schon aus Gründen der Kostenersparnis — eine immer weitere Verbreitung. Der Kaufmann pflegt sie regelmäßig auf seinen Briefbogen und sonstigen Geschäftspapieren anzubringen. Dadurch gelangt sie zur Kenntnis aller Personen, die mit ihm in geschäftlichem Verkehr stehen. Bekannte Telegrammadressen können auf diese Art und Weise zu einem Schlagwort werden, das die Firma ersetzen und daher zu einer besonderen Kennzeichnung des Geschäftes werden kann. Infolge dieser Bedeutung wird die Telegrammanschrift daher in der Rechtslehre rückhaltlos als ,besondere Bezeichnung des

* Im publizierten Text des Urteils steht nur die Abkürzung B. Wir haben des bessern Verständnisses wegen statt B. den Namen «Born» eingesetzt. Er ist aber willkürlich gewählt.

gewerblichen Unternehmens' im Sinne von § 16 UWG anerkannt (so das RG in JW 1921 S. 1541; 1924 S. 1371; 1927 S. 653; HRR 1933 Nr. 1130; RGZ Band 102 S. 90). Die Telegrammanschrift genießt den Schutz des § 16 UWG und, soweit sie den bürgerlichen Namen — wenn auch in abgekürzter Form — wiedergibt, daneben den allgemeinen Namensschutz des § 12 BGB. Dieser Schutz wirkt sich in der Regel (so auch der Gegenstand der oben angeführten Entscheidungen) dahin aus, daß bei einem Zusammenstoß mehrerer verwechselbarer Bezeichnungen die prioritätsjüngere Anschrift der prioritätsälteren Anschrift weichen muß.»

Beanstandet wird dann, daß die Telegrammanschrift der Klägerin mit der Firma der Beklagten verwechslungsfähig sei. Das Gericht bemerkt dazu:

«Der Klägerin kann der Gebrauch des Familiennamens Born als Kennzeichnungsmittel im Geschäftsverkehr nicht verwehrt werden. Bei mehreren Trägern eines gleichen Familiennamens darf dieser Name nach der Regel von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nur in einer Gestaltung gebraucht werden, die die Verwechslungsgefahr soweit wie irgendmöglich beseitigt. Ein Rest von Verwechslungsmöglichkeit wird in diesen Fällen bleiben und muß als unvermeidbar hingenommen werden. Unterläßt ein Namensträger das in dieser Hinsicht Erforderliche und Zumutbare, so wird sein Namensgebrauch aus einem befugten zu einem unbefugten (Baumbach, Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. XXVII 5 D XXXVII 1 C). Der unbefugte Gebrauch des eigenen Namens stellt eine Verletzung des § 16 UWG dar (vgl. Rosenthal, Unlauterer Wettbewerb § 16 Anm. 2 und 24).

Diese Grundsätze haben die Parteien bei der Gestaltung ihrer Firmenbezeichnung beachtet. Die gleichen Grundsätze müssen aber auch im Verhältnis von Telegrammanschrift des einen zur Firmenbezeichnung des anderen Unternehmens gelten. Daß insofern eine Verwechslungsgefahr besteht, ist nicht zu bestreiten, zumal, wie bereits hervorgehoben, beide Firmen am gleichen Ort ihren Sitz haben und in der gleichen Branche tätig sind. Die von der Klägerin gewählte Telegrammanschrift könnte ebensogut als Kennzeichnung der Beklagten dienen. Es könnte jemand, der sich die Telegrammanschrift eingepägt hat, von ihr Gebrauch machen, wenn er als Adressaten die Beklagte und nicht die Klägerin im Auge hat. Dadurch wird die Gefahr von Fehlleitungen begründet. Diese Gefahr wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Telegrammanschrift auf Briefbogen usw. im Zusammenhang mit der Firma der Klägerin erwähnt wird. Der Möglichkeit einer Irreführung

wird durch die Hinzufügung des Wortes ‚Werke‘ besonderer Vorschub geleistet. Es ist anzuerkennen, daß der Klägerin mit Rücksicht auf den Umfang ihres Unternehmens und die Tatsache, daß sie mehrere Betriebsstätten unterhält, die Verwendung der Pluralform ‚Werke‘ nicht als trügerische Reklame im Sinne der §§ 3, 13 UWG zugerechnet werden kann (RG JW 1937, S. 2983). Die Verwendung des Wortes ‚Werke‘ in Verbindung mit dem Familiennamen Born, dessen sich beide Parteien als Kennzeichnungsmittel bedienen, erhöht jedoch die Verwechslungsgefahr, da der Eindruck erweckt wird, als ob die Klägerin sämtliche Born-Betriebe, auch die zum Unternehmen der Beklagten gehörigen, in sich vereinigt. Um Verwechslungen mit dem Unternehmen der Beklagten vorzubeugen, muß die Klägerin im Interesse des redlichen Verkehrs nicht nur ihrer Firmenbezeichnung, sondern auch ihren anderen geschäftlichen Kennzeichnungsmitteln (darunter auch der Telegrammanschrift) eine Gestaltung geben, die ohne ihr Recht zur Verwendung, des Familiennamens Born auszuschließen, einer Verwechslung mit der Firma der Beklagten soweit wie irgendetmöglich vorbeugt. An einer solchen Gebrauchsgestaltung fehlt es hier in Ansehung der Telegrammanschrift der Klägerin. Ihr — trotz Abmachung fortgesetzter — Gebrauch in der gewählten Form ist nach allem als unbefugt zu bezeichnen.»

Endlich erklärt das Gericht, daß sich hier keine Partei auf die Priorität in der Verwendung des Namens Born berufen könne.

«An sich ist das Recht am eigenen Namen zeitlos. Der Prioritätsgrundsatz könnte in Ansehung der Verwendung von Familiennamen allerdings dann Platz greifen, wenn dieser bestimmte Verkehrsgeltung erlangt hat und besondere Kennzeichnungskraft besitzt. Die Priorität bestimmt sich aber anerkanntermaßen nach dem Zeitpunkt der tatsächlichen Ingebrauchnahme der Bezeichnung. Auf den Zeitpunkt der registerlichen Eintragung kommt es nicht an. Hier sind beide Parteien Trennstücke eines ursprünglichen einheitlichen Betriebes. Sie haben um die gleiche Zeit ihr Eigendasein begründet und ihre selbständige geschäftliche Tätigkeit aufgenommen. Die Tatsache, daß die Firma der Beklagten 2 Monate früher als die Firma der Klägerin im Handelsregister eingetragen wurde, wirkt sich in Ansehung des Rechts zur Benutzung des Namens im geschäftlichen Verkehr weder zugunsten noch zu Lasten einer der Parteien aus. Hinsichtlich der Verwendung des Wortes ‚Born‘ als besonderes Kennzeichnungsmittel haben die Parteien gleiche Rechte und daher aufeinander Rücksicht zu nehmen (vgl. Callmann, Unlauterer Wettbewerb, § 16, Anm. 111). Die beklagte Firma könnte die beanstandete Telegrammanschrift ebensogut führen, wie sie die Klägerin

führt. Unter diesen Umständen vermag nur eine unterschiedliche Gebrauchsgestaltung einer Verwechslungsgefahr und Irreführung vorzubeugen. Die Klägerin kann zum Beispiel ihren vollen Firmennamen ‚August Born‘ oder eine daraus gebildete Abkürzung als Telegrammanschrift führen, sofern sie nicht überhaupt ein Fantasiewort wählt.»

3. Es lag mir daran, durch meine Ausführungen etwas Einblick zu geben in die Probleme, die sich im Wettbewerbsrecht bei den Gleichnamigen stellen. Eine allgemeine Lösung wird nicht gegeben werden können, solange für eine Reihe von Firmen die Verwendung des Namens gesetzlich vorgeschrieben und nicht das System der freien Firmenwahl gestattet ist. Aber selbst wo dies der Fall ist, wie in England, zögert man, jemandem den Gebrauch seines Namens zu verbieten. Also wird man wohl in gewissem Sinn wenigstens in Kauf nehmen müssen, daß es Personen gibt, die den gleichen Namen tragen, und daß der eigene Name nicht nur leiden kann durch das Unrecht, das man ihm selbst zufügt, sondern auch durch die Taten von andern. Wiederum profitiert zum Teil ein zweiter gleichnamiger Wettbewerber notwendigerweise von dem guten Namen, den ein anderer geschaffen hat. Aber auch hier heißt es nach Treu und Glauben handeln.

Nachschrift

Dieser Aufsatz war bereits geschrieben, als mir das sehr interessante Urteil des Landgerichts Kiel vom 4. August 1950 i. S. Persil-Werke Henkel & Cie. gegen Sneewitt-Vertrieb K. Persiel & Comp. (vgl. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Februar 1951, Seite 84) zur Kenntnis gelangte. Die Leser dieser Zeitschrift seien auf dieses sehr sorgfältig motivierte Urteil aufmerksam gemacht. Auch hier wird der Standpunkt vertreten, daß die Streitfrage, inwieweit ein Wettbewerber gegenüber einer älteren Warenzeicheneintragung zur Benutzung des eigenen Namens zwecks Kennzeichnung seiner Waren und Bildung seiner Firma berechtigt ist, nur durch eine billige Interessenabwägung gelöst werden könne.

Résumé

Il arrive facilement au public de confondre telle entreprise avec une autre, simplement parce que le même nom de famille se trouve inclus dans leur raison de commerce. Faut-il, dès lors, empêcher absolument une personne d'utiliser son propre nom à des fins commerciales parce qu'un homonyme en fait déjà le même usage?

Le Tribunal fédéral a jugé que deux raisons sociales ne se distinguent pas suffisamment l'une de l'autre s'il s'en dégage un mot caractéristique qui leur est commun, alors même que, considérées dans leur ensemble, elles seraient sensiblement différentes. Toutefois, il a estimé que cette règle générale devait souffrir une exception lorsque l'élément commun aux deux raisons est un nom de famille (arrêts Pernod et Hunziker). En pareil cas, il suffira que l'homonyme se soumette aux restrictions que la bonne foi impose à l'usage, légitime en soi, de son nom, et prenne toutes les mesures propres à diminuer le plus possible le risque de confusion. Il n'utilisera donc son nom que sous une forme et avec des adjonctions qui le différencient nettement de son concurrent.

Cette jurisprudence a été critiquée à juste titre. Quelquefois, en effet, un nom de famille a acquis, par l'usage commercial qui en est fait, une force distinctive si exceptionnelle (Gillette, Suchard, Pernod) qu'il devient impossible à un homonyme, quelles que soient les adjonctions apportées à son nom pour former sa raison de commerce, d'empêcher tout risque de confusion dans l'esprit de tiers non avertis. Il n'est pas équitable qu'il puisse ainsi profiter en quelque sorte de la renommée d'autrui et il conviendrait d'interdire l'emploi d'un nom de personne déjà utilisé à des fins commerciales dans tous les cas où l'usage de ce nom n'est pas prescrit par la loi (par exemple, en Suisse, par l'art. 945 al. 1er C.O. pour les raisons individuelles). C'est dans ce sens qu'a évolué la jurisprudence du Reichsgericht allemand. Il n'est pas exclu et il faut souhaiter que celle du Tribunal fédéral suive une évolution analogue.

Une solution complète du problème n'est d'ailleurs pas possible tant que certaines raisons doivent obligatoirement contenir un nom de famille. Mais il faut remarquer que même dans les pays tels que l'Angleterre où s'applique le principe de la liberté en matière de formation de raisons de commerce, la jurisprudence hésite à interdire à quelqu'un l'usage commercial de son propre nom. D'ailleurs, le véritable critère, dans ce domaine, nous est toujours fourni, en dernière analyse, par la notion de la bonne foi.

La Ligue Internationale contre la Concurrence déloyale

E. MARTIN-ACHARD

Genève

Le Congrès de la Ligue Internationale contre la Concurrence déloyale a siégé à Paris du 21 au 22 septembre dernier. Invité à y prendre part, nous avons eu le plaisir de rencontrer de nombreux délégués de France et d'Allemagne, industriels, commerçants, juristes, présidents et secrétaires de syndicats.

Le groupe allemand comprenait également des personnalités officielles du Gouvernement de Bonn. On notait encore la présence de délégués belges, hollandais et italiens, dont le Professeur Fré et Me Barbieri. C'est ce dernier qui présidait le congrès en l'absence du professeur Junckerstorff, appelé à l'Université de Saint Louis (U.S.A.).

La Ligue Internationale contre la Concurrence déloyale, créée en 1931, est constituée en groupes nationaux dont les plus importants sont les groupes français et allemand. Cette association a tenu de nombreux congrès à La Haye (1931), Bruxelles (1933), Vienne (1934), Prague (1935), Budapest (1936), Paris (1937), Londres (1938).

Par le moyen de son journal international, intitulé «La Concurrence déloyale», la Ligue a cherché à exercer une influence sur le développement du droit international en matière de droit concurrentiel.

A la suite du Congrès de Budapest, elle a proclamé les principes suivants:

- 1^o La concurrence est libre et doit rester libre.
- 2^o La concurrence doit porter sur la qualité de la prestation principale et non sur des avantages accessoires.
- 3^o La concurrence doit être loyale, elle doit s'inspirer des principes du commerçant honnête et respecter, avant tout, les us et coutumes en vigueur dans les rapports commerciaux. Elle doit être scrupuleusement de bonne foi.

4^o La concurrence doit être basée sur la vérité et exclure toute possibilité d'équivoque.

Trois commissions devaient siéger à Paris, soit la commission pour l'unification du droit international, celle du jury international et celle des spiritueux.

En fait, on traita, sans pouvoir les approfondir, toute une série de questions (vente au rabais, avec prime, vente à perte, liquidation, système de la boule de neige, etc.). Ces problèmes préoccupent visiblement les fabricants et les vendeurs qui s'efforcent, en mettant en évidence les principes qui sont à la base d'une concurrence loyale, d'empêcher les agissements d'adversaires malhonnêtes.

La question de la copie servile et celle de la protection des idées créatrices furent également évoquées. Certains ont émis le vœu qu'une protection soit accordée à tout inventeur en dehors et au delà de la protection prévue dans certaines conditions par les législations sur les brevets. L'idée elle-même devrait être protégée et non seulement sa réalisation technique.

On voit que les congressistes n'ont pas craint de s'attaquer à des problèmes dont certains sont d'une complexité redoutable. Pour l'instant, ces questions n'ont été examinées que de façon très sommaire. Elles seront étudiées à nouveau et d'une manière plus systématique, on peut l'espérer, au Congrès de Milan qui aura lieu au mois de mai de cette année.

La réunion de Paris aura cependant eu l'avantage de permettre à de nombreuses personnes s'intéressant aux problèmes de la concurrence déloyale, de se rencontrer. Ce contact est utile, non seulement parce qu'il rapproche des personnalités de nationalités différentes, mais également parce qu'il donne la possibilité aux juristes de connaître les difficultés dans lesquelles se débattent de nombreux industriels et commerçants ensuite de la concurrence malhonnête qui leur est souvent faite.

Au cours de ces réunions, nous avons insisté pour que la Ligue Internationale se mette en rapport avec la Chambre de Commerce Internationale et avec l'A. I. P. P. I. Il faut tout faire pour éviter un éparpillement de forces et la multiplication de réunions et congrès auxquels des hommes occupés ne peuvent que difficilement participer. Il nous semble que les efforts qu'entreprennent la C. C. I. et l'A. I. P. P. I. pour lutter contre les abus de la concurrence, devraient être unis à ceux que fait la Ligue Internationale.

On peut se demander si, en Suisse, il est nécessaire de reconstituer un groupe de la Ligue Internationale et s'il ne serait pas préférable de con-

fier cette tâche aux membres suisses de l'A. I. P. P. I. On éviterait ainsi une dispersion de forces qui, encore une fois, serait particulièrement regrettable. Il ne faut cependant pas oublier que l'A. I. P. P. I. s'occupe essentiellement des marques, brevets et dessins et modèles, laissant en général au second plan les questions de concurrence déloyale.

Or, il y a dans ce domaine du droit toute une série de problèmes d'une importance pratique certaine, qu'il conviendrait que les cercles intéressés de Suisse étudient sans tarder.

La solution ne pourrait-elle pas être trouvée dans la constitution au sein de notre Groupe Suisse de l'A. I. P. P. I. d'une *commission de la concurrence déloyale* qui pourrait, éventuellement, constituer le Groupe suisse de la Ligue Internationale?

Nous avons estimé devoir attirer l'attention de nos lecteurs sur l'existence ou plus exactement sur la reconstitution de la Ligue Internationale contre la Concurrence déloyale. Il est nécessaire que notre pays participe à ses travaux. Nous serions particulièrement heureux qu'il puisse le faire en étroite collaboration avec le Groupe suisse de l'A. I. P. P. I.

Anspruch des Urhebers auf Entgelt für den privaten Werkgenuß

ALOIS TROLLER

Luzern

I.

Das Immaterialgüterrecht hatte die bis vor kurzem allgemein anerkannte Regel geschaffen, daß nur für die zu gewerbliche Verwertung geistiger Leistungen eine Entschädigung zu bezahlen ist, nicht aber für den privaten Gebrauch. Ein beliebtes Lehrbeispiel dieses Grundsatzes ist der patentierte Kleiderhalter, den ein Anwalt nachbauen und für seine Wohnung, nicht aber für sein Büro benutzen darf.

Im Patent- und Musterrecht wird am Grundsatz des freien privaten Gebrauches noch nicht gerüttelt. Weder die Erfinder noch die Schöpfer von Mustern und Modellen glaubten ihren Anspruch auf das angemessene Entgelt für ihre geistige Leistung durch den unentgeltlichen privaten Gebrauch ungerecht geschmälert. In ihrem Bezirk wurde diese Interessenlage durch die vervollkommnete Technik nicht verändert. Auch die bildenden Künstler blieben davon unberührt. Merkwürdigerweise haben die technischen Fortschritte diejenigen Werke betroffen, bei denen wegen ihrer, der völligen Materialisation unzugänglichen Eigenart, ein geistiger oder technischer Weg vom physisch festgelegten Werk zu seiner Aufnahme durch den Werkgenießenden begangen werden muß. Sie sind mit physischen Mitteln nie völlig fest zu bannen, da sowohl die Worte, als auch die Notenzeichen, oder sogar die akustischen Wiedergabemittel dem Sinn nur einen Bruchteil des Werkes vermitteln, den der Aufnehmende geistig behalten und in Verbindung mit den weitem Eindrücken zum gesamten Werk zusammenfügen muß. Die physische Unfähigkeit der unmittelbaren sinnlichen totalen Werkaufnahme ist durch den Zeitablauf bedingt. Sogar schon einzelne Takte oder gar ganze

Phrasen sind nur geistig, nicht aber physisch als Einheit zu erkennen. Weil diese Werke mit rein technischen, ästhetisch indifferenten Mitteln notiert und mitgeteilt werden können, sind sie besonders geeignet, apparativ festgehalten zu werden. Dabei ist in der Regel zwischen die Mitteilungsförm des Urhebers und die Wiedergabe des Werkes durch Apparaturen die Tätigkeit eines oder mehrerer Werkvermittler geschaltet: Herausgeber, ausübende Künstler, Plattenfabrikanten. Auf diese Folgen der technischen Entwicklung für die Autoren und die Werkvermittler hat Baum «Über die Wiedergabe zum privaten Gebrauch nach Art. 22 des Schweiz. Urheberrechtsgesetzes» hingewiesen. Er hat ohne weitere Analyse der Interessenlage aus dem spontanen Gefühl heraus, daß dem Urheber Unrecht geschieht, gefordert, der freie private Gebrauch der mechanischen Aufnahmegeräte soll eingeschränkt werden. Die Association Suisse pour la Protection du droit d'Auteur hat an zwei Sitzungen erwogen, ob, wie weit und auf welche Weise dieses Postulat in der Schweiz zu verwirklichen sei. Die eifrigen Wechselreden leiteten zur urheberrechtlichen Grundlage zurück, die man schon längst ausreichend und für alle Zeiten beantwortet glaubte, — und die nun doch erneut zu erwägen ist: Für was und von wem kann der Urheber den Lohn seiner künstlerischen Leistungen verlangen?

Man hat sich zu überlegen, ob die bisherige Befreiung des privaten Gebrauches von der Abgabe an den Urheber als Ausnahme, somit als gesetzlicher Einbruch in sein Herrschaftsgebiet betrachtet wurde, oder ob man zu diesem System gelangte, weil man den Urheber gar nicht mit denjenigen in Zusammenhang brachte, die das Werk ideell genießen (den Werkkonsumenten), sondern nur mit denjenigen, die daraus einen finanziellen Nutzen ziehen. Erst wenn diese gesetzgeberische Grundtendenz herausgeschält ist, kann man mit fundierter Überzeugung für oder gegen den Anspruch des Autors auf den Einbezug der privaten technischen Wiedergaben in den Herrschaftsbereich seines Urhebervermögensrechtes plädieren.

II.

Jeder Mensch, auch das primitivste Individuum hat Sehnsucht nach ästhetischem Genuß. Dieses Bedürfnis ist seit den Uranfängen der Menschheit durch Bildwerke an den Wänden und kunstvolle Geräte bewiesen. Das Kunstverlangen ist elementarer und zwingender als dasjenige nach technischem Komfort. In welcher Form sich das Hinzu-drängen zur Kunst äußert, ist hier bedeutungslos; ob die klassische Mu-

sik, die Ländlerkapelle, das Drama oder der Schwank der dauernden Anlage, der Bildung oder dem augenblicklichen Bedürfnis des Empfangenden genügen, ändert nichts an der Tatsache, daß die Kunst in ihren Höhen und Tiefen, in vollendeter Qualität und primitivsten Äußerungen von uns mehr oft begehrt wird als die andern Genüsse.

Der Künstler, der unsern Kunst hunger stillt, ist wirtschaftlich gesprochen der Produzent; wir sind die Konsumenten. Wir erhalten von ihm ein Gut, das wir begehren und das wir uns nicht selber beschaffen können. Wir erwarten von ihm, daß er sich ganz der Aufgabe widmet, die Kunstwerke hervorzubringen — oder wir sind zum mindesten gerne bereit, die Früchte seiner ausschließlich künstlerischen Tätigkeit zu genießen. Er ist darauf angewiesen, daß wir als Kunstkonsumenten ihm die materielle Existenz ermöglichen. Wir können vom Künstler ebenso wenig wie von den Produzenten anderer Güter erwarten, daß er uns beschenkt, daß er unsere Bedürfnisse, nur weil sie ideeller Art sind, gratis befriedigt. Die künstlerische Leistung als Angebot und unser Konsumverlangen stehen im wirtschaftlichen Austauschverhältnis.

Diese Lage ist überall dort klar, wo der Künstler eine geistige Leistung direkt an einen Konsumenten abgibt (Verkauf eines Bildes) oder sie vielen gegenüber persönlich erbringt (Eigenkonzert). Das Bild wird hingegen sogleich verschwommen, wenn der Künstler den unmittelbaren Kontakt zum Werkkonsumenten nicht aufnehmen kann, sondern auf Werkvermittler angewiesen ist. Dieser Tatbestand beschäftigt im allgemeinen das Urheberrecht.

III.

Alle Kunstwerke sind ihrem innern Gehalte nach geeignet, auf Grund ihres immateriellen Wesens beliebig oft und in unbeschränkt vielen Arten wiedergegeben oder aufgeführt zu werden; — dabei kann die Wiedergabequalität leiden, was vor allem bei denjenigen Werken zutrifft, bei denen, losgelöst von ihrer geistigen Werkart, die ästhetische Eigenschaft des Wiedergabemittels vom Urheber einmalig gestaltet ist (zum Beispiel Bilder, Plastiken). Die Schrift- und Tonwerke hingegen sind durch ihr Wesen prädestiniert, unabhängig vom Urheber aufgeführt und vervielfältigt zu werden; ja, er ist geradezu auf die künstlerische, technische und kaufmännische Werkvermittlung anderer angewiesen. Für die Werkvermittler hat die Leistung des Urhebers, soweit sie in dieser Eigenschaft tätig sind, eine ganz andere Bedeutung als für uns. Sie finden in ihr eine Gelegenheit, um selber künstlerisch zu gestalten und zugleich oder nur aus ihr wirtschaftlichen Nutzen zu ziehen.

So ist der Urheber in den materiellen Güterumlauf eingeschaltet; seine ideelle Leistung wird zur Handelsware, die vom Vermittler wegen ihres Geldwertes begehrt ist.

Dieser Tatbestand ist die Grundlage der urheberrechtlichen Entwicklung. Man wollte vermeiden, daß Dritte sich an der Leistung des Urhebers bereichern, ohne ihn am Gewinn zu beteiligen. Dabei wurden die Tatbestände mit der entwickelten Wiedergabe- und Vervielfältigungstechnik immer zahlreicher und variiertes. An die direkte Beziehung des Urhebers zum Konsumenten dachte man nicht und mußte man auch nicht denken, weil der Konsument das Werk vom Vermittler beziehen und ihm den entsprechenden Anteil abzugeben hat, an dem der Autor durch den Werkvermittler ebenfalls beteiligt ist. Die Leistung, die der Werkvermittler dem Autor zu erbringen hat, schließt also beides in sich: Die Entschädigung für seine Gewinnchancen und das Entgelt für den künstlerischen Genuß des Werkkonsumenten — Urheber und Werkvermittler teilen sich in das letztere, das vom Werkvermittler beim Konsumenten eingezogen wird. Ausgeprägter mag die unmittelbare Beziehung des Autors zum Publikum beim Radio hervortreten, wo hauptsächlich die staatlichen oder halbstaatlichen Gesellschaften mehr als Kulturträger, als treuhänderische Mittler zwischen Künstler und Volk, zu betrachten sind und nicht als rein gewerbliche Unternehmen. Wenn man bei dieser Sachlage bis anhin daran festhielt, daß nur die gewerbliche Wiedergabe und Aufführung zur Entschädigung verpflichten soll, so fiel dieser Entscheid umso leichter, weil der Werkkonsument ganz beschränkte und mühsame Möglichkeiten hatte, sich den gebührenfreien Werkgenuß zu verschaffen; das konnte er, wenn er das Werk dauernd bei sich haben und es sich nicht nur ausleihen wollte, nur durch eigenhändiges Abschreiben tun. Dadurch wurden die Einnahmen der Autoren aus ihren Leistungen praktisch gar nicht geschmälert. Der Werkgenuß, der durch die eigene Aufführung des Werkes erzielt wird, ist mit dem Erwerb des gedruckten Notenexemplares oder dem Kauf der Schallplatte beglichen, so daß die Freigabe des privaten Gebrauches in diesem Fall geradezu den Sinn hat, eine doppelte Leistung zu verhindern. Man kann von der Konsumtion des Urheberrechtes sprechen, das mit der Bezahlung des Werkexemplares abgegolten ist, sowie das rechtmäßig erstellte Werkexemplar oder Objekt einer Erfindung nach dem ersten Verkaufe durch den Berechtigten vom vermögensmäßigen Urheberrechts- bzw. Patentrechtsschutz frei wird.

Bis jetzt war also die Autorenvergütung dem System der Werkvermittlung angepaßt. Der Werkgenuß war nur in wenigen Ausnahmefällen

unentgeltlich und mußte mit viel Mühe verschafft werden. Eine Korrektur an diesem Vergütungssystem, aber immer noch in seinem Rahmen, schuf das dänische Urheberrecht, indem es die gewerbsmäßigen Buchausleiher verpflichtete, auch von den Leihgebühren eine Abgabe an den Autor zu entrichten. Das war notwendig, weil in Dänemark wegen des sehr umfangreichen Buchausleihens der Buchverkauf sehr beschränkt ist.

Man kann aus dem bisherigen Rechtszustand nicht folgern, daß der Gesetzgeber den Urheber nur am geldmäßigen Nutzen, den der Werkvermittler erzielt, beteiligen wollte, daß er ihm aber keinen Anspruch aus der ideellen Leistung selber zuerkennen wollte. Wie wir sehen, war die Vergütung durch den Werkvermittler der einfachste Weg, wobei dieses Entgelt die Leistung des Werkkonsumenten mitumfaßte. Der Gesetzgeber hatte überhaupt keine Gelegenheit, sich wegen dieser Frage Gedanken zu machen. Die neuen technischen, akustischen und optischen Wiedergabegeräte haben nun die Interessenlage völlig verändert.

IV.

1. *Die Tonaufnahmegeräte.* Urheberrechtlich relevant ist die Aufnahme von Ton- und Sprachwerken; — letztere werden vorläufig weit weniger festgehalten als die erstern.

Der Übertragende kann drei Wege wählen:

- a) Aufnahmen mittels Schallplatten.
- b) Aufnahme am Radio.
- c) Aufnahme von Konzerten.

Die dritte Möglichkeit ist praktisch sehr eingeschränkt und kann außer Betracht bleiben.

a) *Plattenaufnahmen:* In einer Schallplatte sind meistens drei selbständige künstlerische und wirtschaftliche Komponenten vereinigt: Die Leistung des Urhebers, diejenige des ausübenden Künstlers und diejenige des Schallplattenfabrikanten. Der Preis der Platte ist so berechnet, daß alle Beteiligten das richtige Entgelt erhalten; — der Benutzer bezahlt den Preis als Gegenwert für das Vergnügen und somit für die künstlerische Tat, für die Mühe und die finanziellen Mittel, die aufgewendet wurden, um es zu verschaffen. Die Kalkulation ist auch auf die Lebensdauer der Platte abgestimmt. Wenn die Platte mit einem Tonaufnahmegerät abgenommen wird, ist die Relation des Preises zur Lebensdauer gestört. Allen Beteiligten entgeht der Gewinn aus weitem Plattenaufnahmen. Das mag noch nicht so schwerwiegend sein, wenn der Platteneigentümer

mit seinen eigenen Platten die Aufnahme macht. Meistens aber werden Platten von einem Freunde geliehen, oder es gelingt sogar, Auswahlsendungen zu erhalten. In diesem Fall verschafft sich der Private den Werkgenuß ohne jegliche Entschädigung; er befriedigt sein Kunstverlangen als Zaungast, indem er die Gabe des Autors sich aneignet, ihm jedoch die Gegenleistung verweigert, die uns als Selbstverständlichkeit erscheint.

b) *Aufnahme am Radio*: Die Vergütungen an die Urheber und ausübenden Künstler sind bei Radioaufführungen unter der Voraussetzung bestimmt, daß das Werk aufgeführt, aber nicht dauernd festgehalten wird. Wenn die Sendungen mit privaten Aufnahmegeräten fixiert werden, trifft diese Voraussetzung nicht mehr zu. Auch in diesem Falle verschafft sich der Private Werkexemplare und damit den fortgesetzten Kunstgenuß, ohne das übliche Entgelt zu leisten. Im Gegensatz zur Aufnahme von Schallplatten ist oft keine direkte Schädigung der an der Radiosendung Beteiligten zu erkennen. Der Aufnehmende bezahlt seine Radiogebühren trotzdem weiter. Weder das aufgenommene Werk noch die Leistung der ausübenden Künstler werden vielleicht auf Schallplatten festgehalten. Da aber auch der eifrigste Musikfreund einen Sättigungsgrad seiner Aufnahmefähigkeit und -willigkeit erreicht, wird dadurch doch sein Ankauf anderer Platten vermindert, so daß zwar nicht die Künstler, die am Radio spielten, sondern die Künstler im allgemeinen geschädigt sind. Da zudem in der Regel nur gute Wiedergaben bedeutender Werke derart abgenommen werden, sehr oft sogar von Schallplattenaufführungen im Studio, muß man auch in diesem Falle ein Zuwiderhandeln gegen die Interessen der Autoren feststellen, was dem allgemein gültigen Prinzip von Leistung und Gegenleistung widerspricht.

2. *Mikrofilme*. Diese Wiedergabetechnik ist in der Schweiz noch wenig verbreitet; sie wird aber im Ausland schon recht eifrig angewendet. Man muß damit rechnen, daß sie sich auch bei uns immer mehr durchsetzt, weil die Raumersparnis in Fachbüchereien immer dringlicher wird. Wissenschaftliche Werke, deren Umsatz im allgemeinen ohnehin beschränkt ist, eignen sich ganz besonders für die Mikrofilme; sie sind zudem durch die Bibliotheken leicht zu verschaffen.

Die entschädigungsfreie Wiedergabe wissenschaftlicher Werke durch Mikrofilme betrifft übrigens nur urheberrechtlich den privaten Gebrauch, weil nicht der urheberrechtliche Handelswert, nämlich die schöne Form genutzt wird; hingegen wird der Inhalt, der allerdings gemeinfrei ist, sehr oft für gewerbliche Zwecke angewendet, weil die mit Mikrofilm aufgenommenen Werke dem Unternehmen dienen. Wenn auch dieser Verwendungszweck urheberrechtlich nicht direkt interessiert, so ist er doch in-

direkt um so mehr zu beachten, weil die Wissenschaftler darauf angewiesen sind, daß die Fachleute ihre Werke kaufen.

3. *Folgerungen:* Man kann daher nicht bezweifeln, daß bei all den angeführten Fällen dem Urheber ein Anspruch für die private Benutzung durch akustische oder optische technische Wiedergabe seiner Werke zu privaten Zwecken zukommen soll. Nachdem diese Erkenntnis feststeht, obliegt es dem Gesetzgeber, den richtigen Weg zu finden. Er hat sich dabei zu überlegen, ob er grundsätzlich den Privaten als leistungspflichtig erklären soll, wobei in Kauf zu nehmen wäre, daß wegen der mangelnden Kontrollmöglichkeit oft nichts bezahlt würde, oder ob die Wiedergabegeräte beim Verkauf mit einem Sonderzuschlag zu belasten sind, was aber zur Folge hätte, daß auch diejenigen die Leistung erbringen müßten, welche gar nicht beabsichtigen, urheberrechtlich geschützte Werke privat wiederzugeben.

Les enregistrements radiophoniques en droit suisse

par G. STRASCHNOV

Genève

I.

Par le terme «enregistrements radiophoniques», nous désignons tous les enregistrements, quel que soit leur support matériel et quelle que soit la période d'utilisation envisagée au moment de leur confection, qui sont réalisés par un organisme de radiodiffusion, pour un usage exclusivement radiophonique.

L'intérêt que portent les sociétés émettrices à ces instruments se justifie aisément. Ils permettent de procéder à l'émission à un moment où les artistes exécutants ne sont pas disponibles; l'utilisation des studios peut être, grâce à ces enregistrements, plus judicieusement répartie; le contrôle préalable de l'émission devient chose facile, de même que le «montage», la juxtaposition de plusieurs éléments en un seul programme continu; la mobilité des instruments mécaniques ouvre la voie aux échanges entre les organismes de radiodiffusion. En somme, par la possibilité qu'ils offrent de réaliser une émission dont la qualité artistique est d'avance assurée, de répéter cette même émission et de la voir effectuée par d'autres stations que celle d'origine, les enregistrements radiophoniques deviennent un moyen très efficace de propagation culturelle et une nouvelle source de revenu pour l'auteur dont l'œuvre a plus de chances d'être radiodiffusée fréquemment.

II.

Il est cependant un problème qui projette des ombres sur cette «image d'Epinal» des enregistrements radiophoniques. S'agissant d'une reproduction de l'œuvre par des instruments mécaniques, l'organisme

de radiodiffusion désireux de réaliser de tels instruments ne doit-il pas, au préalable, solliciter l'autorisation du titulaire du droit mécanique et acquitter la rémunération y afférente? L'on serait tenté de dire qu'il en est ainsi dans tous les pays unionistes, à l'exception de l'Italie et de Monaco dont la législation, prise sous l'empire de la Convention de Berne révisée à Rome, permet dans certaines conditions la libre confection des enregistrements radiophoniques¹. Parmi les pays non membres de l'Union de Berne, seul le Mexique a affranchi ces instruments du consentement préalable et de la redevance subséquente².

Les organismes de radiodiffusion estiment que la fixation de l'œuvre aux seules fins radiophoniques, sans aucune intention de vente ou d'autre mise en circulation publique, ne constitue pas une «reproduction» au sens juridique du mot mais plutôt un simple moyen technique de l'émission, dont la réalisation est implicitement couverte par l'autorisation de radiodiffuser³. Cette façon de voir est désormais, dans une certaine mesure, interdite par une disposition spéciale de l'art. 11bis al. 3 de la Convention de Berne révisée à Bruxelles. Au demeurant, elle a été adoptée par la Cour d'appel de Vienne⁴ ainsi que, avec certaines restrictions, par le Tribunal d'arrondissement d'Amsterdam⁵.

Les éditeurs de musique font évidemment valoir, à travers le BIEM et ses sociétés nationales, une thèse différente. Cessionnaires des droits mécaniques des compositeurs qui leur confient l'édition de leurs œuvres, ils assimilent l'enregistrement radiophonique à une reproduction protégée et entendent liciter sa confection moyennant le paiement d'une rémunération. Ils estiment, d'autre part, qu'un enregistrement radiophonique, s'il est confectionné à partir d'un matériel de musique loué, se substitue à ce matériel et les prive d'éventuelles locations ultérieures.

Les deux thèses en présence, si opposées soient-elles l'une à l'autre, ne sont cependant pas inconciliables lorsqu'on n'envisage pas l'ensemble des enregistrements radiophoniques mais les différents types qui les constituent. S'il est vrai que les éditeurs ou les auteurs s'estiment lésés lorsqu'un enregistrement radiophonique a un caractère permanent, per-

¹ Italie: art. 5 de la loi du 22 avril 1941 et art. 5 du règlement d'exécution du 18 mai 1942; Monaco: art. 3 de l'ordonnance N° 3778, du 27 novembre 1948, modifiée par l'ordonnance N° 80 du 28 septembre 1949.

² Art. 64 de la loi fédérale du 31 décembre 1947.

³ Cf. proposition, avec exposé des motifs, de la Principauté de Monaco à la Conférence de Bruxelles.

⁴ Arrêt du 17 novembre 1949; la Cour Suprême n'a cependant pas confirmé cette opinion de la Cour d'appel.

⁵ Ordonnance du juge des référés, du 18 septembre 1950.

mettant une fois pour toutes d'éliminer la partition et assumant *mutatis mutandis* la fonction d'un disque du commerce, ce point de vue est certainement difficile à défendre lorsqu'il s'agit d'enregistrements précaires, non durables, destinés à quelques émissions seulement et détruits ou rendus inutilisables après cet usage limité⁶. Cela est d'autant plus vrai que les éditeurs eux-mêmes acceptent que le prix payé pour une location d'un matériel de musique couvre, en dehors de l'émission originale, deux émissions subséquentes réalisées à partir de ce matériel. La Conférence de Bruxelles, faisant œuvre de conciliation, a introduit à l'art. 11 bis de la Convention une disposition qui est précisément destinée à faciliter la tâche des radiodiffuseurs sans léser les intérêts raisonnables des auteurs et de leurs ayants droit. Il sera encore, dans la suite, question de cette disposition; bornons-nous à rappeler ici qu'elle vise les « enregistrements éphémères » que le législateur national a reçu le pouvoir de libérer de l'autorisation du titulaire des droits mécaniques et du paiement d'une rémunération.

L'instrument de Bruxelles une fois ratifié, chaque législateur unioniste aura à se demander s'il répond à l'équité telle qu'il la conçoit de fixer un régime spécial pour les enregistrements radiophoniques de nature éphémère. Telle sera aussi la préoccupation du législateur suisse, au moment où il envisagera la ratification de la Convention révisée en 1948. Devra-t-il user de la réserve prévue à l'art. 11 bis al. 3 et faire une place à part aux enregistrements éphémères? C'est la question à laquelle nous nous proposons de répondre.

III.

Il convient tout d'abord d'examiner si la loi en vigueur ne contient pas des dispositions permettant dès à présent la réalisation des enregistrements radiophoniques dans des conditions acceptables pour l'organisme de radiodiffusion. A cet égard, il y a lieu de prendre en considération d'une part l'art. 22, d'autre part les art. 17 à 20 de la loi sur le droit d'auteur.

1^o L'art. 22 dispose que la reproduction d'une œuvre est licite lorsqu'elle est destinée exclusivement à l'usage personnel et privé de celui qui y procède. Il ressort de l'art. 42 ch. 3, ainsi que du Message du Con-

⁶ « L'interesse legittimo dell'autore d'autorizzare specialmente la registrazione risorge per contro non appena la registrazione fatta in vista della radiodiffusione è destinata a riempire funzioni analoghe a quelle dei soliti apparecchi meccanici. » (Bolla, *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. III, p. 203.)

seil fédéral (p. 60) que l'art. 22 n'est pas applicable lorsque la reproduction est utilisée pour une exécution publique. Le Conseil fédéral ayant, dans le message concernant la Convention de Berne révisée à Rome, assimilé la radiodiffusion à une exécution publique, il n'est pas douteux qu'un enregistrement radiophonique ne peut, sauf s'il est destiné exclusivement à un usage interne, être considéré comme une reproduction faite pour l'usage privé de l'organisme de radiodiffusion. Les textes s'opposent formellement à l'adoption en Suisse d'un des considérants de l'ordonnance précitée du Tribunal d'arrondissement d'Amsterdam, selon lequel un enregistrement radiophonique tomberait, dans certaines conditions, sous le coup de l'art. 17 de la loi néerlandaise sur le droit d'auteur, article qui est analogue à l'art. 22 de la loi suisse.

2^o Les art. 17 à 20 permettent à toute personne possédant un établissement industriel en Suisse de requérir, contre paiement d'une indemnité équitable, l'autorisation d'enregistrer une œuvre musicale si l'auteur a déjà donné une autorisation de ce genre et si des instruments auxquels l'œuvre a été une première fois adaptée sont mis sur le marché ou si l'œuvre a été éditée d'une autre manière. Cette licence obligatoire s'applique également au texte qui accompagne l'œuvre musicale et dont l'adaptation à des instruments de reproduction mécaniques a été autorisée par l'auteur. En principe, le répertoire ouvert ainsi à l'exercice de la licence est vaste, puisque la première autorisation peut consister en le simple transfert des droits mécaniques à un éditeur ou à une société d'auteurs (BIEM).

La question qui se pose à l'égard de ces dispositions est double: celle de savoir si un organisme de radiodiffusion peut les invoquer et celle de savoir si, dans l'affirmative, elles apportent des avantages réels à l'exploitation radiophonique.

a) Le problème «préjudiciel» est le suivant: un organisme de radiodiffusion ayant ses studios en Suisse, peut-il prétendre qu'il y possède un «établissement industriel» («eine gewerbliche Niederlassung»)? Le message (p. 59) est assez explicite en l'occurrence lorsqu'il dit que «le preneur de licence doit avoir un établissement industriel en Suisse, c'est-à-dire qu'il doit fabriquer dans le pays des organes pour instruments mécaniques». Il est évident qu'un organisme de radiodiffusion, qui a en Suisse ses studios avec cabines d'enregistrement, magnétophones, etc., fabrique dans ce pays des organes (bandes, fils, disques) pour instruments mécaniques. Certes, au moment de la promulgation de la loi, le législateur n'avait en vue que l'industrie des boîtes à musique et l'industrie phonographique. Mais l'art. 1 al. 2 du CCS permettra au juge

d'étendre à l'organisme de radiodiffusion le bénéfice des art. 17 et suivants de la loi sur le droit d'auteur, sans trahir leur esprit qui est celui d'empêcher la création des monopoles, qu'il s'agisse de monopoles industriels ou de monopoles d'auteurs. Or, point n'est besoin de démontrer que le BIEM est le détenteur d'un monopole de fait dont l'exploitation inconsidérée peut mettre en péril la vie d'un organisme de radiodiffusion si la loi ne lui donne pas les moyens de défense. Les art. 17 et suivants constituent précisément, avec l'art. 2 al. 2 du CCS, de tels moyens, ce d'autant plus que la loi fédérale concernant la perception de droits d'auteurs (du 25 septembre 1940) n'est pas applicable aux droits mécaniques et ne peut pas être invoquée à l'encontre du titulaire de ces droits.

b) Si donc, en principe, un organisme de radiodiffusion peut recourir à la licence obligatoire prévue aux art. 17 à 20, encore faut-il que l'application *in concreto* de ces dispositions s'adapte aux besoins d'un tel organisme. Il nous semble qu'il n'en est pas ainsi et cela pour les raisons suivantes:

aa) Bien que la loi ne l'énonce pas explicitement, il faut admettre avec Iklé⁷ que l'autorisation d'enregistrer, amiable ou judiciaire, doit être obtenue préalablement à la confection de l'instrument. La radiodiffusion, qui est une énorme consommatrice d'œuvres de l'esprit, peut difficilement s'accommoder d'un système où chaque enregistrement radiophonique doit être licité individuellement et au préalable, soit par le ou les titulaires du droit mécanique, soit par le Tribunal. Si l'on pense qu'en 1948, 9695 différentes œuvres protégées ont été radiodiffusées en Suisse, en direct ou en différé, et que 16 497 œuvres protégées ont été émises à partir d'un instrument mécanique servant à plus d'une seule émission (disques du commerce, enregistrements radiophoniques utilisés au moins deux fois)⁸, il n'est pas exagéré d'admettre que pour cette seule année, l'organisme de radiodiffusion aurait dû recourir quelque 5 à 6000 fois à la procédure prévue aux art. 17 et suivants. Il est évident que de telle manière, il serait plus que malaisé de composer un programme radiophonique, constamment renouvelé et très souvent improvisé.

bb) Les art. 17 et suivants ne prévoient la licence obligatoire que pour les œuvres musicales, avec ou sans texte. Une telle restriction peut ne pas gêner un fabricant de disques mais, pour la radiodiffusion, elle rend très problématique l'utilité des dites dispositions. En effet, les œuvres

⁷ Dr. Gertrud Iklé, *Urheberrechtliche Befugnisse an Werken der Tonkunst und technische Entwicklung*, p. 99.

⁸ Dr. Adolf Streuli dans *Le droit et l'art*, p. 51.

littéraires et dramatiques sont souvent enregistrées avant l'émission. Or, en ce qui concerne ces œuvres, le droit exclusif de l'auteur devra toujours être respecté dans toute son étendue (art. 12 ch. 1 et art. 13 ch. 2), et même l'art. 66, concernant uniquement les œuvres musicales, n'apporte pas d'atténuation à cette règle.

cc) Les dispositions des art. 17 et suivants restreignant l'exercice absolu du droit d'auteur, elles sont de droit étroit et doivent être interprétées *strictissime*. Il ne semble donc pas permis d'étendre leur application à des enregistrements autres que purement sonores, ce qui signifie que l'organisme de radiodiffusion ne pourrait pas les invoquer lorsqu'il s'agit d'enregistrements audio-visuels destinés à la télévision. Cette déduction peut s'appuyer sur l'arrêt du Tribunal fédéral, du 12 décembre 1933⁹, qui a estimé que le film sonore *lato sensu* n'était pas soumis aux art. 17 et suivants. Une décision analogue a été prise, le 5 avril 1933, par le *Reichsgericht*, au regard de l'art. 22 de la loi allemande sur le droit d'auteur¹⁰. Il est cependant certain que, compte tenu de l'introduction sans cesse s'étendant de la télévision, les organismes exploitant cette technique devront pouvoir, eux aussi, bénéficier des facilités juridiques rendant l'exploitation possible.

dd) Les art. 17 et suivants disposent que celui qui veut enregistrer une œuvre musicale, avec ou sans texte, dont les auteurs ont déjà autorisé l'enregistrement, doit requérir l'autorisation soit du compositeur ou de ses héritiers, soit de la personne à laquelle le droit mécanique a été transféré «sans restriction». L'art. 20 ajoute qu'en cas de désaccord, le Tribunal décidera.

Supposons que l'organisme de radiodiffusion, après que ses négociations habituelles avec le BIEM eurent échoué, ait recours à la procédure prévue aux art. 17 et suivants. Il devra alors d'abord rechercher si le BIEM est bien la tierce personne à laquelle le droit de reproduction mécanique a été transféré «sans restriction», personne qu'il faut éventuellement assigner conformément à l'art. 20. Il arrivera probablement à la constatation que ce n'est pas le cas. Il résulte, en effet, d'une consultation donnée au BIEM par le professeur Escarra, et diffusée par les soins du BIEM, que les mandats de ce dernier ont une durée soit de cinq ans, soit de dix ans, et qu'ils se renouvellent par tacite reconduction. Etant donné cette limitation dans le temps, on ne peut considérer le BIEM comme titulaire «sans restriction» du droit mécanique et il faut

⁹ *Droit d'auteur*, 1934, p. 80.

¹⁰ *Droit d'auteur*, 1933, p. 124.

en conclure qu'il ne pourra assumer le rôle de défendeur dans un litige intenté selon l'art. 20. En ce qui concerne l'éditeur, la réponse est moins affirmative. Souvent, mais pas toujours, l'éditeur se fait céder une fois pour toutes le droit mécanique. Mais comme le demandeur ne sera pas à même de connaître *in concreto* la teneur du contrat d'édition, il sera obligé de saisir de sa requête, et ensuite éventuellement d'assigner, à la fois le compositeur (ou ses héritiers) et l'éditeur, quitte à ce que l'action dirigée contre l'un ou l'autre soit jugée irrecevable. Ce procédé, lent et compliqué, peut fonctionner lorsqu'il s'agit d'un enregistrement isolé, entrepris par un fabricant de disques, mais non s'il s'agit de l'organisme de radiodiffusion qui doit faire face à un énorme besoin d'œuvres protégées.

ee) Enfin, et nous touchons ici le fond même du problème, les enregistrements réalisés conformément aux art. 17 et suivants donnent toujours lieu à une rémunération. Or, comme nous avons vu plus haut, les organismes de radiodiffusion estiment avec raison qu'au moins les enregistrements non durables devraient être affranchis de la rémunération «mécanique» parce que, loin de léser l'auteur, ils multiplient les chances qu'il a de voir radiodiffusée son œuvre et de percevoir ainsi plus souvent la rémunération relative à l'émission.

3^o Nous devons conclure que si l'art. 22 est totalement inapplicable en matière d'enregistrements radiophoniques destinés à l'émission, les art. 17 et suivants ne mettent à la disposition d'une société émettrice qu'un mécanisme très peu adapté à ses besoins vitaux. La licence obligatoire, telle qu'elle est construite dans ces articles, peut, à la rigueur, faciliter la confection des enregistrements durables préparés longtemps à l'avance, mais certainement pas celle des enregistrements courants, réalisés quotidiennement dans les studios de la radiodiffusion. Si, à un moment donné, le recours à ce mécanisme peut être utile comme moyen de défense contre des prétentions exagérées, il n'est pas susceptible de fournir une solution permanente et satisfaisante. Or, le législateur moderne, dont le précurseur a eu soin, en 1883 comme en 1922, de protéger l'industrie phonographique *lato sensu*, restera-t-il insensible aux nécessités encore plus légitimes de la radiodiffusion? L'attitude de la délégation suisse à la Conférence de Bruxelles indique qu'il n'en est pas ainsi, et c'est ce fait qui nous autorise à examiner la question de savoir de quelle manière la loi fédérale devrait être aménagée pour constituer un équitable compromis entre les intérêts en présence.

IV.

A la Conférence de Bruxelles chargée de la revision de la Convention de Berne, la Suisse avait au départ soutenu, pour l'art. 11bis al. 3, le texte suivant :

«3^o Sauf stipulation contraire, une autorisation accordée conformément à l'alinéa 1er n'implique pas l'autorisation d'enregistrer, au moyen d'instruments portant fixation des sons ou des images, l'œuvre radiodiffusée. Cette dernière autorisation n'est pas nécessaire pour les enregistrements effectués par un organisme de radiodiffusion et destinés exclusivement à leur radiodiffusion ultérieure.»

Certains pays (Hongrie, Monaco, Pays-Bas, Pologne, Tchécoslovaquie) ont adhéré au texte helvétique. La Suisse cependant a, par la suite, restreint la portée de sa proposition en lui substituant la proposition suivante :

«L'autorisation accordée conformément à l'alinéa premier implique pour l'organisme qui l'a obtenue le droit d'enregistrer l'œuvre au moyen d'instruments portant fixation des sons ou des images, si, pour des raisons techniques ou d'horaire, la radiodiffusion de l'œuvre doit être différée; dans ce cas ledit instrument, après avoir servi à la diffusion de l'œuvre dans le cadre d'un programme unique, doit être détruit ou rendu impropre à tout usage.»

Nous reproduisons ces deux textes dans le seul but de montrer que le gouvernement fédéral a été manifestement en faveur d'un règlement particulier en matière d'enregistrements radiophoniques. Sa délégation a, au surplus, signé l'instrument de Bruxelles dont l'art. 11bis, al 3. renferme une disposition relative aux enregistrements radiophoniques de caractère éphémère, disposition qui est un moyen terme entre la première et la seconde proposition suisse puisque, sans affranchir de l'exercice du droit mécanique tous les enregistrements radiophoniques *jure conventionis*, elle permet au législateur national d'en libérer les enregistrements «éphémères» qui ne sont pas nécessairement destinés à une seule émission différée «dans le cadre d'un programme unique».

Nous devons renoncer ici à une analyse approfondie de la portée du nouvel art. 11bis al. 3 de la Convention, ce d'autant qu'une telle analyse fait l'objet d'une étude paraissant actuellement dans *Il Diritto di Autore*. Nous nous contenterons de l'examen du seul terme «éphémère», terme que M. Bolla a spirituellement qualifié de «métaphore dont le législateur a en général horreur».

Les débats qui se sont déroulés à la Conférence de Bruxelles, fournissent une première approximation quant au sens à donner à la notion en question: «enregistrement éphémère» ne signifie pas «émission dif-

férée», la portée du premier terme étant plus large que celle du second¹¹. Étant donné, d'autre part, que l'idée d'enregistrement éphémère n'englobe certainement pas celle d'enregistrement durable, il est permis de dire que l'art. 11 bis al. 3 de la Convention vise les enregistrements qui se situent à mi-chemin entre ceux destinés à une émission différée et ceux, tirés de matrices ou de dispositifs similaires, etc. présentant un caractère de longévité.

La Convention s'étant contentée de créer la notion sans en expliciter le sens, c'est au législateur national qu'appartient de définir ce qu'est un «enregistrement éphémère». Il n'a cependant pas l'obligation de le faire et peut, tout en fixant pour ce type d'enregistrement un régime spécial, s'abstenir de le définir. Dans ce cas, cette tâche délicate incombera au juge, appelé à trancher un différend entre l'organisme de radiodiffusion et le titulaire du droit de reproduction.

A notre avis, la loi nationale peut, en principe, définir l'enregistrement éphémère selon trois différents critères :

- soit en fixant un nombre restreint d'utilisations admises; un projet de loi autrichien prévoyait, il y a quelque temps, la franchise des enregistrements radiophoniques destinés à une seule émission, quel que fût le délai dans lequel celle-ci aurait eu lieu après la confection de l'enregistrement¹²;
- soit en fixant un laps de temps durant lequel un enregistrement radiophonique peut être utilisé, le nombre des utilisations étant ou non précisé; nous croyons savoir qu'un pays unioniste étudie actuellement un projet de loi selon lequel l'enregistrement éphémère serait celui qui, confectionné par les moyens de l'organisme de radiodiffusion et réservé aux émissions de celui-ci, pourrait être utilisé pendant n mois après confection¹³;

¹¹ Dans le même sens *Bulletin du Droit d'auteur* de l'UNESCO, vol. I, N° 2, p. 23.

¹² A notre avis, une telle définition aurait été trop rigide et ne pourrait guère satisfaire les besoins de la radiodiffusion locale. Nous nous demandons si elle n'était pas en partie due au fait que dans la traduction qui a été établie en Autriche de la Convention révisée à Bruxelles, le terme «enregistrement éphémère» se trouve traduit par «sehr vergängliche Schallaufnahmen» (Dr. Kurt Frieberger, *Die Brüsseler Neufassung des Berner Übereinkommens*, p. 22). Outre que cette traduction limite improprement la portée de l'art. 11 bis al. 3 de la Convention aux seuls enregistrements sonores, elle introduit l'adverbe «très» («sehr») qui limite sensiblement le sens de la disposition.

¹³ La Principauté de Monaco a combiné les deux critères mentionnés ci-dessus puisque l'art. 3 de l'ordonnance N° 3778 modifiée n'admet qu'une utilisation par fréquence ou direction d'antenne, dans les 6 mois qui suivent la réalisation de l'enregistre-

— soit en définissant les enregistrements éphémères par rapport à la matière de leur support, c'est-à-dire en les assimilant à ceux qui, de par la nature de la matière utilisée, sont périssables à bref délai. Nous pensons cependant que ce critère n'offre guère de garanties suffisantes aux auteurs puisque des matériaux, jugés aujourd'hui périssables, peuvent acquérir une longévité considérable grâce aux progrès techniques.

Quelle que soit la définition que la loi nationale donnera de l'enregistrement éphémère, tout usage de celui-ci effectué soit en sus du nombre des utilisations autorisées, soit à l'expiration du délai prévu, constituera un acte illicite, sauf stipulation contractuelle contraire entre l'organisme réalisateur et le titulaire du droit de reproduction sur l'œuvre fixée d'une manière éphémère. Il en serait de même au cas où l'organisme émetteur tenterait de contourner la loi en réalisant de nouveaux enregistrements à l'aide de ceux effectués en franchise.

Il va de soi que les enregistrements éphémères ne pourront pas, sauf le cas prévu par la Convention, être conservés et devront être, après le dernier usage autorisé ou le laps de temps fixé par la loi, détruits ou rendus impropres à l'usage¹⁴. La destruction pourra, nous semble-t-il, être évitée si un accord intervient à temps entre l'organisme de radiodiffusion et le titulaire du droit de reproduction, accord qui transformerait alors l'enregistrement éphémère en un enregistrement radiophonique non privilégié.

V.

L'insertion dans la loi suisse sur le droit d'auteur d'un article déterminant le régime des enregistrements éphémères aurait l'avantage de régler un différend depuis longtemps vif entre organismes de radiodiffusion et les titulaires du droit de reproduction mécanique. Cet article devrait, pour ne pas rester « lettre morte », laisser à la société émettrice le temps nécessaire à l'exploitation de ses enregistrements, sans cependant mesurer ce temps d'une manière si libérale que les intérêts de l'auteur s'en trouvent lésés. Il devrait, conformément à l'art. 11 bis al. 3 de la Convention, évincer du privilège les enregistrements qui ne seraient pas confectionnés

ment, étant au surplus entendu que toutes les utilisations admises doivent avoir lieu dans les 24 heures. Il convient cependant de noter que Monaco n'a pas ratifié l'instrument de Bruxelles et que le législateur a pris soin de préciser dans l'exposé des motifs que le dit art. 3 ne doit pas être interprété comme rédigé en application de l'art. 11 bis al. 3 de la Convention révisée à Bruxelles (voir à cet égard notre ouvrage *Nouveaux aspects du droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, p. 86 et suiv.).

¹⁴ Cf. Bolla, *op. cit.*, p. 205.

par la société émettrice, par ses propres moyens, ou qui ne seraient pas destinés aux seules émissions de celle-ci. Il pourrait aller jusqu'à limiter le bénéfice du privilège aux enregistrements des sociétés émettrices nationales.

Zusammenfassung

Der juristische Charakter von Aufnahmen für die Eigenbenützung des Radio, von denen die Rundfunkgesellschaften immer mehr Gebrauch machen, ist gegenwärtig der Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen zwischen diesen Gesellschaften und bestimmten Vereinigungen von Urhebern und Herausgebern. Die Brüsseler Konferenz versuchte in lobenswerter Weise die widerstreitenden Interessen auszugleichen und zwischen ihnen das Gleichgewicht herzustellen, indem sie in Art. 11bis der Konvention die Möglichkeit einer besondern Regelung zugunsten der Aufnahmen, die als ephemere bezeichnet werden, vorsieht, also derjenigen Aufnahmen des Radio, die nur einem vorübergehenden und bestimmten Zwecken dienenden Gebrauch gewidmet sind. Hat nun der schweizerische Gesetzgeber ein Interesse daran, von der ihm gewährten Befugnis Gebrauch zu machen, wenn sein Land den neuen Konventionstext ratifiziert hat? Der Verfasser des vorstehenden Artikels bejaht dies, nachdem er de lege lata dargestellt hat, daß selbst die ephemeren Aufnahmen in der Schweiz nicht in einer Art und Weise durchgeführt werden können, die den Bedürfnissen des schweizerischen Rundfunks entspricht, da sich dieser nicht auf Artikel 22 des URG berufen und nur ausnahmsweise die Zwangslizenz, die in den Artikeln 17 und 20 betreffend die mechanische Wiedergabe vorgesehen ist, geltend machen könnte. Die Thesen, die die schweizerische Delegation an der Brüsseler Konferenz verteidigt hat, lassen darauf schließen, daß die Schweiz bei der Einführung ihres neuen Gesetzes besondere Bestimmungen in bezug auf die ephemeren Aufnahmen vorsehen wird. Es ist also notwendig die Tragweite des Begriffes, um den diskutiert wird und der im Konventionstext nicht umschrieben ist, festzulegen; deshalb bemüht sich der Verfasser des Artikels die Kriterien herauszufinden, auf die sich das schweizerische Gesetz bei der Definierung der ephemeren Aufnahmen stützen könnte, ohne den Boden des Geistes und der Buchstaben der Brüsseler Konferenz zu verlassen.

Zur Frage der Fortdauer des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes post mortem auctoris*

THEODOR MOLL

Basel

Mit der Brüsseler Revisionskonferenz hat ein neuer Gedanke Eingang in die Berner Übereinkunft gefunden, der Gedanke, das *droit moral* des Urhebers nach dessen Tode weiterdauern zu lassen¹.

Die *Vorschläge der Belgischen Regierung und des Berner Bureau zur Brüsseler Konferenz*² sahen in einem Zusatz zu Abs. 2 des seit Rom bestehenden Art. 6bis der Berner Übereinkunft vor, die Verbandsländer zu ermächtigen, die Bedingungen für die Ausübung des *droit moral* nach dem Tode des Urhebers und nach Ablauf der Schutzfrist des Urheberrechts festzusetzen. In einem neuen Abs. 3 sollten die Verbandsländer verpflichtet werden, ein «*droit au respect*» für alle gemeinfreien Werke, insbesondere aber für «*chefs-d'œuvre consacrés par l'admiration générale*», anzuerkennen, unabhängig welcher Epoche diese angehören und welches ihr Ursprungsland sei. Bearbeitungen sollten nur erlaubt sein, soweit die Werke dadurch nicht in einer ihrer Schönheit oder dem *droit moral* des Urhebers oder dessen Ruf abträglichen Art und Weise entstellt oder in ihrem geistigen Gehalt verfälscht würden.

* Inhaltlich und redaktionell unwesentlich abgeänderter Wortlaut eines Referats, gehalten anlässlich der Arbeitssitzung der ASPDA vom 14. Juni 1950.

¹ Bereits die *Römer Konferenz* gab auf Vorschlag der italienischen Delegation dem Wunsche Ausdruck, «*que les Pays de l'Union envisagent la possibilité d'introduire dans les législations respectives, qui ne contiendraient pas de dispositions à cet égard, des règles propres à empêcher qu'après la mort de l'auteur son œuvre ne soit déformée, mutilée ou autrement modifiée au préjudice de la renommée de l'auteur et des intérêts de la littérature, de la science et des arts*». (Actes de Rome, p. 349, *Vœu I.*)

² Documents préliminaires, 1er fascicule, 2e édition, revue; Janvier 1947, p. 25–27.

Von diesen Vorschlägen der Belgischen Regierung und des Berner Bureau, die einige Verbandsländer mit zum Teil bloß redaktionellen Änderungen zu den ihren gemacht hatten³, fand nur wenig Aufnahme in die revidierte Übereinkunft. Einzig in *Abs. 2 des Art. 6bis der Brüsseler Konvention* wird neu bestimmt, daß, soweit die nationale Gesetzgebung der Verbandsländer es gestatte, das im ersten Absatz dem Urheber gewährte *droit moral* nach seinem Tode mindestens bis zum Ablauf der Schutzfrist weiter bestehen und durch diejenigen Personen und Institutionen ausgeübt werden soll, die die betreffende Gesetzgebung hierzu ermächtigt. Eine Verpflichtung für die Verbandsländer, das *droit moral* nach dem Tode des Urhebers weiterdauern zu lassen, ist nicht statuiert worden. Vielmehr ist der nationale Gesetzgeber nach wie vor völlig frei, die Weiterexistenz des Urheberpersönlichkeitsrechts anzuerkennen oder zu verneinen. In dieser Hinsicht hat sich am bisher geltenden Konventionsrecht nichts geändert.

Wenn somit eine zwingende Notwendigkeit, sich mit dem Problem zu befassen, für den schweizerischen Gesetzgeber auch nicht besteht, so scheint mir doch, daß die Juristen eines verbandszugehörigen Landes verpflichtet sind, sich mit dem durch die Aufnahme in Art. 6bis der Brüsseler Konvention konkretisierten neuen Rechtsgedanken auseinanderzusetzen, und zwar um so mehr, als diese Idee in den umliegenden Staaten zum Teil schon weitgehend Fuß gefaßt hat, ja sogar bereits gesetzlich verankert worden ist⁴. So soll denn mit den folgenden Ausführungen versucht werden, zum Postulat eines den Tod des Urhebers überdauernden *droit moral* vom *Standpunkt der schweizerischen Rechtsordnung*⁵ aus Stellung zu nehmen.

³ Vgl. die Vernehmlassungen Dänemarks, Finnlands, Frankreichs, Norwegens, Österreichs, Schwedens, der Tschechoslowakei und Ungarns in Documents préliminaires, 3e fascicule, 2e édition, corrigée; Mars 1948, p. 16/18; Supplément I: p. 10/11; Supplément II: p. 11 und Supplément III: p. 8/9.

⁴ Vgl. etwa §§ 19–21 und 23 ÖURG; dazu Lißbauer, Die österreichischen Urheberrechtsgesetze, Wien, 1936, S. 224, sowie Art. 20 und 23 ItalURG; dazu Giannini, Diritto d'autore, Firenze, 1943, S. 43.

⁵ Mit Recht hat Hoffmann in seinem Kommentar zur Römer Fassung der Berner Übereinkunft (Berlin, 1935) betont, daß der Begriff des Urheberpersönlichkeitsrechts eindeutig für alle Verbandsländer nicht festgestellt werden könne, da er wesentlich durch die Anschauungen über Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht bedingt sei (S. 102). Die zur Diskussion stehende Frage muß deshalb für jede einzelne nationale Rechtsordnung der Verbandsländer gesondert geprüft werden. Die Stellungnahme dazu kann von Land zu Land verschieden ausfallen.

I.

Unsere Rechtsordnung gewährt dem Urheber eines Werkes der Literatur und Kunst zum Schutze seiner Interessen am Werk, die einerseits ideell-persönlicher, nicht geldwerter, andererseits finanzieller Art sind, bekanntlich *zwei ihrer Ausgestaltung nach verschiedene Arten subjektiver Rechte:*

Den *wirtschaftlichen Interessen* trägt das Bundesgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922 Rechnung, das den Urheber mit einer Reihe von Verwertungsbefugnissen, den sogenannten Werknutzungsrechten, ausstattet, die angesichts ihrer in Art. 9, Abs. 1 des Gesetzes ausdrücklich normierten Übertragbarkeit und Vererblichkeit als echte Vermögensrechte zu betrachten sind. Mit ihnen haben wir uns in diesem Zusammenhang nicht weiter zu befassen.

Für den Schutz der *persönlichen Interessen* des Urhebers verweist das Urheberrechtsgesetz in seinem Art. 44 auf den allgemeinen Persönlichkeitsschutz, der seine Quelle in Art. 28 des Zivilgesetzbuches hat. Der Skizzierung dieses aus Art. 28 ZGB fließenden Urheberpersönlichkeitsrechtes oder *droit moral*, wie es in der internationalen Diskussion bezeichnet wird, möge der folgende Überblick dienen. Er soll uns eine feste theoretisch-systematische Grundlage für die Beantwortung der Fragen verschaffen, ob sich *de lege ferenda* die Ausgestaltung des Urheberpersönlichkeitsrechtes als ein den Tod seines Trägers überdauerndes Recht — in Abänderung der geltenden Rechtsordnung — als notwendig erweist und, falls dies bejaht werden müßte, ob eine solche Ausgestaltung mit dem Wesen unseres geltenden *droit moral* überhaupt in Einklang zu bringen wäre.

II.

Das Werk der Literatur und Kunst ist eine menschliche Schöpfung, bei der in einzigartiger Weise die Persönlichkeit ihres Urhebers Ausdruck und Verkörperung findet, verdankt sie doch ihre Entstehung begriffsnötig einer höchstpersönlichen Tätigkeit ihres Schöpfers. Ja, die besondere Charakteristik des urheberrechtlich geschützten Geisteswerkes liegt gerade in dessen individuellem Cachet, das ihm von der Urheberpersönlichkeit aufgeprägt worden ist. Schon längst ist deshalb erkannt worden, daß das Werk der Literatur und Kunst als Äußerung der Persönlichkeit des Urhebers Werte enthält, in bezug auf welche unter der Herrschaft von Art. 28 ZGB Persönlichkeitsrechte⁶ entstehen können.

⁶ *Persönlichkeitsrechte im engern Sinne* (der Art. 27–29 ZGB), die unmittelbar den Schutz des Individuums, seiner körperlichen und geistigen Werte zum Inhalt haben

Der *Schutz der persönlichen Interessen des Urhebers in bezug auf das von ihm geschaffene Werk* läßt sich denn auch für unsere Rechtsordnung ohne Schwierigkeiten aus Art. 28 ZGB herleiten, der die Persönlichkeit selbst schützt im Hinblick auf ihre Güter. Art. 28 ZGB ist eine Blankettnorm in dem Sinne, als keine speziellen Persönlichkeitsrechte mit besonderen Verletzungstatbeständen normiert werden wie etwa ein Recht am eigenen Bild, ein Recht an Briefen und anderen vertraulichen Aufzeichnungen oder das *droit moral* des Urhebers, sondern einfach gesagt wird, daß wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt werde, auf Beseitigung der Störung⁷ klagen könne, und es im übrigen Theorie und Praxis überlassen bleibt, die unantastbare persönliche Sphäre abzustecken und die als Äußerungen der Persönlichkeit schutzwürdigen Güter zu bestimmen⁸. Die aus dieser Blankettnorm sich ergebenden subjektiven Rechte, die die Gesamtheit der Individualgüter des Menschen schützen, soweit diese rechtlich erfaßbar und rechtlichem Schutz zugänglich sind, enthalten auch ein Recht, das — ich zitiere Melliger⁹ — «auf den besondern Komplex ‚persönlicher Verhältnisse‘ Bezug hat, der sich an die Urheberqualität knüpft». Gegen diese Feststellung, die besagt, daß der Richter auf Grund von Art. 28 ZGB die Möglichkeit besitzt, den Urheber gegen jede unbefugte Verletzung seiner ideell-persönlichen Interessen am Werk zu schützen, ist logisch nichts einzuwenden.

III.

Der *Inhalt des Urheberpersönlichkeitsrechts* läßt sich schlagwortartig kurz folgendermaßen skizzieren: Über die persönlichen Güter, die das Werk verkörpert, soll nach allgemeiner Auffassung nur der Urheber verfügen dürfen und kein anderer. Das *droit moral* gewährt ihm deshalb, wie gemeinhin angenommen wird, *Schutz in dreifacher Hinsicht*. Einmal ist der Urheber kraft des ihm auf Grund von Art. 28 ZGB zukommenden *droit*

(Bürgi in ZSR 1947, nF Bd. 66, S. 4) und von den *Persönlichkeitsrechten im weitesten Sinne* zu unterscheiden sind, von denen überall dort gesprochen werden kann, wo das Individuum subjektive Rechte besitzt und ausübt, und zu denen alle obligatorischen oder dinglichen Rechte sowie diejenigen des Personen-, Familien- und Erbrechts gehören (S. 3).

⁷ Zur ausdrücklich vorgesehenen Klage auf Beseitigung der Störung gesellen sich — von Doktrin und Praxis zugelassen — Feststellungsklage und Unterlassungsklage (vgl. Kommentar Egger Nr. 72, 76 und 81 zu Art. 28 ZGB).

⁸ Bürgi a.a.O. S. 7.

⁹ Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten, Bern 1929, S. 91/92.

moral davor geschützt, daß seine Werke — unter Verletzung seiner Geheimsphäre — gegen seinen Willen an die Öffentlichkeit gezerrt werden oder — was ebenfalls unter den Schutz des persönlichen Gutes, das die private Geheimsphäre darstellt, subsumiert werden kann — daß sein Name bei anonymen oder pseudonymen Werken, wo er aus schutzwürdigen persönlichen Gründen mit seinem bürgerlichen Namen nicht genannt sein will, der Öffentlichkeit unerlaubterweise bekannt gegeben wird. Ebenso gilt der Satz, daß sich der Urheber jeder Einwirkung auf sein Werk widersetzen kann, die seiner Ehre, seinem Ruf oder Ansehen abträglich ist oder einem Eingriff in die durch seine Persönlichkeit bedingte künstlerische Eigenart seines Werkes gleichkommt. Er hat überdies einen Anspruch darauf, daß bei jeglicher Wiedergabe seiner Werke eine Unterdrückung der Urheberschaft, die seine enge Beziehung zum Werk brüsk durchbrechen würde, unterbleibt. Allgemein ist deshalb anerkannt das Recht des Urhebers, bei jeder Werkwiedergabe die Nennung seines Namens zu fordern und sich gegen die Nennung eines andern Namens als Urheber seines Werkes zu wehren.

Dabei ist nun aber ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß diese Dreiteilung nicht etwa ermöglicht, den Inhalt des Urheberpersönlichkeitsrechtes aus Art. 28 ZGB erschöpfend darzustellen. Eine abschließende Aufzählung von urheberpersönlichkeitsrechtlichen Tatbeständen oder Befugnissen ließe sich bei der Vielfalt der durch Art. 28 ZGB umfassend geschützten persönlichen Verhältnisse überhaupt nicht verwirklichen. Im Vergleich zu einem allgemeinen Persönlichkeitsschutz, wie ihn die schweizerische Rechtsordnung kennt, vermag deshalb eine kasuistische Aufzählung persönlichkeitsrechtlicher Befugnisse des Urhebers oder von Tatbeständen, gegen die er einschreiten kann, nach Art der Berner Übereinkunft oder der deutschen, österreichischen und italienischen Regelung stets nur einen unvollständigen, lückenhaften Schutz des Urhebers in seinen persönlichen Verhältnissen zu bewirken.

IV.

Die *rechtliche Natur* teilt das Urheberpersönlichkeitsrecht mit den allgemeinen Persönlichkeitsrechten. Der Schutz des Urhebers in seinen persönlichen Verhältnissen mit bezug auf das von ihm geschaffene Werk der Literatur und Kunst beruht — wie ausgeführt worden ist — auf Art. 28 ZGB¹⁰. Das Urheberpersönlichkeitsrecht muß deshalb logischer-

¹⁰ Es ist nicht korrekt, wie dies bisweilen geschieht, bei dem aus Art. 13 in Verbindung mit Art. 12, Ziff. 1 URG fließenden Recht des Urhebers zur Bearbeitung seiner

weise alle diejenigen rechtlichen Eigenschaften aufweisen, die sich aus dem Wesen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ergeben, von dem es ein Teilrecht ist. Als Teilrechte des allgemeinen Rechts auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit handelt es sich bei den Befugnissen des Urhebers aus Art. 28 ZGB um absolute, ausschließliche subjektive Rechte, die dazu bestimmt sind, unmittelbar und ausschließlich die Person des Urhebers bzw. seine persönlichen, nichtfinanziellen Interessen in bezug auf die von ihm geschaffenen Geisteswerke zu schützen. Als solche entstehen und enden sie mit der Urheberpersönlichkeit, deren Schutz sie bezwecken, und sind mit ihr untrennbar verbunden, also unveräußerlich (unübertragbar), unvererblich, unpfändbar und unverzichtbar, soweit durch einen solchen Verzicht die Schranken der allgemeinen Ordnung und Sittlichkeit durchbrochen würden. Es sind sogenannte *höchstpersönliche Rechte*, Rechte, die unmittelbar auf den Schutz persönlicher, das heißt mit der betreffenden Persönlichkeit unlösbar verknüpfter ideeller Interessen ihres Trägers gerichtet und deshalb folgerichtig als innegotiable Rechte ausgestaltet sind¹¹. Aus dieser für das schweizerische Recht geltenden Definition läßt sich der bekannte Satz ableiten, wonach der Urheber, selbst wenn er sämtliche Werknutzungsrechte (die in ihrer Gesamtheit das durch das URG gewährte UR ausmachen) veräußert hat, Träger seines *droit moral* bleibt, das dann mit seinem Tode untergeht, weil ihm infolge Wegfalls von Subjekt und Objekt der Boden entzogen ist.

Die Bezeichnung des Urheberpersönlichkeitsrechts als höchstpersönliches Recht, das einzig und allein dazu bestimmt und dementsprechend ausgestaltet ist, die persönlichen Interessen des Urhebers zu wahren, bedeutet nun keineswegs, daß durch die Ausübung des *droit moral* durch seinen Träger in concreto nur gerade persönliche Interessen wahrgenommen und persönliche Güter geschützt werden können. So wird zum Beispiel der Autor, der auf Grund von Art. 28 ZGB erzwungen, daß die Wiedergabe seiner Werke durch die Verwerter nur unter Nennung seines Namens oder seines Pseudonyms erfolgt, sich damit auch die erwartete Reklamewirkung wieder verschaffen, mittelbar also auch einen *ökonomischen Nutzen* aus der Geltendmachung seines *droit moral* ziehen. Mit der

Werke («veränderte Wiedergabe») oder beim Recht zur Erstveröffentlichung des Art. 12, Ziff. 4, die gemäß Art. 9, Abs. 1 des Gesetzes beide übertragbar und vererblich sind, von «Urheberpersönlichkeitsrechten» zu sprechen. Ein negotiabel ausgestaltetes Recht wird nicht schon deshalb, weil damit unter Umständen auch rein ideell-persönliche Interessen wahrgenommen werden können, zum Persönlichkeitsrecht.

¹¹ Kommentar Egger Nr. 48 ff. zu Art. 28 ZGB. Mellinger a.a.O. S. 21 ff.

Klage auf Unterlassung von Werkverschandelungen wird andererseits auch den *Interessen der Allgemeinheit* an der Erhaltung von Kunstgütern Rechnung getragen. Daß nun mit der Ausübung des aus Art. 28 fließenden *droit moral* durch den Urheber unter Umständen bedeutende wirtschaftliche Interessen des Urhebers oder ideelle Interessen kultureller Art der Allgemeinheit wahrgenommen werden, hindert indessen nicht, dieses Recht als *reines Persönlichkeitsrecht* zu bezeichnen, denn für die juristische Qualifikation subjektiver Privatrechte kommt es — wie Mel-linger¹² in seiner ausgezeichneten Dissertation überzeugend dargetan hat — nicht auf die verschiedenen Arten von Interessen an, welchen das Recht dienen *kann*, sondern ausschließlich auf die Art von Interesse, durch dessen Eigenart sich der Gesetzgeber in der Ausgestaltung eines Rechtes entscheidend hat leiten lassen und auf dessen unmittelbaren Schutz das betreffende Recht gerichtet und zugeschnitten ist. Dieses Interesse ist beim *droit moral* das auf den Schutz ideell-persönlicher, nicht geldwerter Güter gerichtete, sogenannte persönliche Interesse. Das Urheberpersönlichkeitsrecht aus Art. 28 ZGB soll unmittelbar dem Schutz des Urhebers in seinen sich auf sein Werkschaffen beziehenden persönlichen Verhältnissen dienen. Aus dieser Zielsetzung ergab sich für den Gesetzgeber in gerader Linie die Unübertragbarkeit des *droit moral* und die Bindung seiner Dauer an die Lebensdauer seines Trägers. Die enge und unlösbare Verbundenheit der unmittelbar zu schützenden persönlichen Interessen und Güter mit ihrem Subjekt, dem Urheber, bildet den Grund dafür, daß zur Bildung eines *innegotiablen* Rechts geschritten werden konnte, das mit seinem Träger und dessen persönlichen Interessen zu existieren aufhört, einer Rechtsnachfolge von Todeswegen somit nicht zugänglich ist.

V.

Richten wir nun den Blick auf das *Werk der Literatur und Kunst*. Dieses kann *auch nach dem Tode seines Urhebers Gegenstand von Verletzungen persönlicher Interessen* zum Beispiel in Form von Verschandelungen sein. Dabei wird jedoch nicht mehr der — verstorbene — Urheber in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, denn er hat ja als Rechtssubjekt zu existieren aufgehört¹³. Hingegen kommen als Träger verletzungsfähiger

¹² S. 3 ff.

¹³ Andere Rechtsordnungen geben dem fiktiven Willen verstorbener Personen den Vorrang vor dem Schutz persönlicher Interessen Hinterbliebener. Vgl. etwa ItalURG Art. 93, Abs. 4 und Art. 96, Abs. 2; ÖURG § 77, Abs. 1 und 3 und § 78, Abs. 1; Deut-

persönlicher Interessen etwa hinterbliebene Angehörige oder nahe Bekannte des Urhebers in Betracht. So sind Fälle denkbar, wo durch eine Wiedergabe oder Zurschaustellung eines Werkes dieses entstellt oder verfälscht wird und dadurch mit dem verstorbenen Urheber besonders verbundene Personen in ihrem *Pietätsgefühl*¹⁴ verletzt werden. Solche Personen können ebenfalls aus Art. 28 ZGB gegen den Verletzer vorgehen. Wohlverstanden handelt es sich bei diesen Persönlichkeitsrechten hinterbliebener Angehöriger und naher Bekannter nicht etwa um eine Rechtsnachfolge. Es wird nicht das *droit moral* des verstorbenen Urhebers von Todeswegen übertragen, sondern es entsteht ein neues Recht in der Person des in seinen eigenen persönlichen Verhältnissen verletzten Hinterbliebenen. Dieser klagt aus eigenem Recht, dem sogenannten *droit des proches*¹⁵. Er muß, um mit seiner Klage durchdringen zu können, eine Verletzung in seinen eigenen persönlichen Verhältnissen, eine Verletzung seiner eigenen persönlichen Interessen dartun.

VI.

Es ist eine Erfahrungstatsache, daß für jedes Werk der Literatur und Kunst früher oder später der Moment eintritt, wo nach dem Tode des Urhebers und der erwähnten Angehörigen keine Rechtssubjekte mit eigenen höchstpersönlichen Interessen an der Integrität des Werkes, an dessen Geheimhaltung oder Urheberschaft mehr existieren. Jetzt ist das Werk auch in bezug auf seine Integrität gemeinfrei geworden. Nach geltendem schweizerischem Recht ist es aus persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten niemandem mehr verwehrt, solche Werke der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (man denke an Fälle der *editio princeps posthumer Werke*), sie ohne Nennung des Urhebers wiederzugeben oder sie sogar zu verschandeln.

Nun aber melden sich Interessen, von denen in vorherigem Zusammenhang auch schon kurz die Rede war und die als *rein ideelle Interessen der Allgemeinheit an kulturellen Dingen* oder *höhere Interessen der Kultur und Wissenschaft* bezeichnet werden können. Diese kulturellen Interessen der Allgemeinheit gehen — soweit sie für unsere Diskussion von Bedeutung sind — in zwei Richtungen: auf *Kenntnisnahme* der Geisteswerke und auf

scher Akademie-Entwurf § 61, Abs. 1 und § 62, Abs. 2; betr. das Recht am eigenen Bild und an Briefen und ähnlichen vertraulichen Schriftstücken.

¹⁴ Kommentar Egger N. 49 zu Art. 28 ZGB. BGE 70 II 130 f.

¹⁵ Kommentar Egger N. 49 zu Art. 28 ZGB.

deren *Erhaltung*. Einerseits sollen der Maler seine Gemälde, der Komponist seine Musik, der Dichter seine Dramen der Allgemeinheit zugänglich machen. Andererseits hat diese ein eminentes Interesse daran, daß ihr das vorhandene Kulturgut durch Zerstörungen oder Verschandelungen von Kunstwerken nicht entzogen wird. Wie wir bereits gesehen haben, können die Kulturinteressen der Allgemeinheit bisweilen zu Lebzeiten des Urhebers indirekt bei Ausübung des *droit moral* durch den Urheber wirksam wahrgenommen werden. Ebenso wird ihnen das Persönlichkeitsrecht, über das hinterbliebene Angehörige oder mit dem Urheber nahe verbundene Personen in bezug auf hinterlassene Geisteswerke verfügen können, unter Umständen Schutz gewähren, «unter Umständen», weil, wie gerade zu zeigen sein wird, es sich nicht bei allen Arten dieser Interessen gleich verhält. So wird allerdings der Urheber, der sich gegen eine Verschandelung seines Werkes zur Wehr setzt, die öffentliche Meinung auf seiner Seite haben. Hingegen wird es nicht unmittelbar im Interesse der Allgemeinheit liegen, wenn die Veröffentlichung eines Werkes von an sich hohem künstlerischem Wert aus persönlichen Gründen, die beim Urheber selbst oder dessen hinterbliebenen Angehörigen bestehen können, zu unterbleiben hat. In beiden Beispielen wird durch die Ausübung des Persönlichkeitsrechts gemäß dessen primärer Bestimmung das persönliche Interesse der Privatperson wahrgenommen, die kulturellen Interessen der Allgemeinheit jedoch nur dort, wo sie mit den persönlichen Interessen des Urhebers oder dessen Angehörigen parallel verlaufen. Soweit die Interessen der Allgemeinheit sich mit den persönlichen Interessen, die Art. 28 ZGB schützt, nicht decken oder zu ihnen sogar in Widerspruch stehen, brauchen wir uns hier nicht weiter mit ihnen zu befassen. Hingegen ist es unerlässlich, mit Nachdruck darauf hinzuweisen, daß diejenigen kulturellen Interessen, die mit den persönlichen Interessen des Urhebers oder hinterbliebener Angehöriger gleichgerichtet sind, nun ihrerseits, wenn der bereits geschilderte Zustand eintritt und in bezug auf die hinterlassenen Geisteswerke mangels eines Rechtssubjektes mit persönlichen Interessen keine Persönlichkeitsrechte mehr bestehen, nicht mehr wahrgenommen werden. So kann der Verbalhornung eines Geisteswerkes *de lege lata* nicht mehr entgegengetreten werden, wenn der Urheber nicht mehr lebt und an seiner Stelle keine andern Rechtssubjekte vorhanden sind, deren persönliche Güter durch die Werkverschandelung verletzt würden.

Ausschließlich den Schutz dieser kulturellen Interessen der Allgemeinheit aber haben nun die Befürworter eines den Tod des Urhebers überdauernden Urheberpersönlichkeitsrechts im Auge. Das geht aus ihren Ausführungen und For-

mulierungen eindeutig hervor¹⁶. Daß dabei aber an das *droit moral* des Urhebers angeknüpft und dessen Weiterdauern p. m. a. postuliert wird, hat seine Ursache wohl zur Hauptsache¹⁷ darin, daß es auf den ersten Blick ganz naheliegend und bequem erscheint, von der Gleichheit der — aus verschiedenen Gesichtspunkten (was aber geflissentlich übersehen wird) — zu verhindernden Tatbeständen ausgehend, sich dieselben rechtlichen Möglichkeiten, über die der Urheber zeitlebens zur Wahrung seiner höchstpersönlichen Interessen verfügt, zunutze zu machen und zu erklären, das *droit moral* des Urhebers gehe mit dessen Tod nicht unter, sondern bestehe weiter. Die Vererblichkeit¹⁸ des Urheberpersönlichkeitsrechts wird normiert. Personen werden als Rechtsnachfolger des Urhebers bezeichnet, die zur Ausübung des Rechts wiederum derart wenig geeignet erscheinen, daß im gleichen Atemzug nach einer für ein wirksames Eingreifen Gewähr bietenden staatlichen oder zumindest unter staatlicher Aufsicht stehenden Instanz gerufen werden muß, der die Ausübung des fortdauernden *droit moral* obliegen soll, falls die Rechtsnachfolger des Urhebers ihren «Pflichten» nicht nachkommen. Man klebt an den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Tatbeständen und übersieht oder vergißt darüber, daß es ja grundsätzlich um den Schutz eines vom persönlichen Interesse privater Rechtssubjekte gänzlich verschiedenen Interesses der Allgemeinheit geht, dessen Wahrung bestimmt nicht in das Belieben Privater, sondern in die Macht obrigkeitlicher Stellen oder kraft Delegation mit obrigkeitlichen Befugnissen ausgestatteter Institution des kulturellen Lebens gestellt gehört. Auf der andern Seite wird, unter dem Eindruck urheberrechtlicher Vorstellungen, die Frage einer zeitlichen Beschränkung des weiterdauernden *droit moral* erwogen und ernsthaft darüber meditiert, ob die «Schutzdauer» derjenigen des Urheberrechts entsprechen oder darüber hinausgehen soll. Vollständig außer Acht gelassen wird, daß das zu schützende Interesse in bezug auf den Anknüpfungsgegenstand, das Werk des verstorbenen

¹⁶ Es sei hier nur auf die in Anm. 1–4 zit. Literatur und Materialien verwiesen.

¹⁷ Weitere Ursachen bilden die mangelhafte Erfassung des Wesens der Persönlichkeitsrechte und eines richtig verstandenen Persönlichkeitsschutzes in denjenigen Ländern, die, wie etwa Deutschland, einen allgemeinen Persönlichkeitsschutz auf Grund einer Generalklausel nicht kennen; dann aber auch — wie Melliger a. a. O. S. 139 ff. ausführt — die mangelhafte Scheidung der persönlichen Urheberinteressen von den Kulturinteressen der Allgemeinheit.

¹⁸ Auf die Konstruktionen eines sog. subjektlosen Rechts oder einer nach dem Tode des Urhebers weiterbestehenden Rechtsfähigkeit des Urhebers hinsichtlich des *droit moral* soll hier nicht näher eingegangen werden. Die letztere scheidet schon an der Bestimmung von Art. 31, Abs. 1 ZGB. Vgl. dazu Melliger a. a. O. S. 136.

Urhebers, zeitlos ist und eine zeitliche Beschränkung des Schutzes, die mit seinem Wesen unvereinbar ist, nicht erträgt. Ebenso sieht an den wahren Bedürfnissen der Interessen der Allgemeinheit vorbei der Vorschlag der dänischen Regierung¹⁹, den Schutz des den Tod des Urhebers überdauernden *droit moral* verbandsfremden Werken nicht zukommen zu lassen; als ob diese nicht auch zum Bestand schützenswerter Kulturgüter gehören könnten.

VII.

Das Studium der den Gedanken eines p.m.a. weiterdauernden Urheberpersönlichkeitsrechts propagierenden Publikationen läßt eine vollständige *Verwischung der Gesichtspunkte* erkennen. Anstatt sich über Art und Charakter des zu schützenden Rechtsgutes einmal volle Klarheit zu verschaffen und dann den vorteilhaftesten zum Ziele führenden Weg einzuschlagen, wird für die beabsichtigte gesetzgeberische Lösung eine Form des neuzuschaffenden Rechts (das p.m.a. weiterdauernde *droit moral*) vorgeschlagen, die dem zu ordnenden Stoff (dem im öffentlichen Interesse gelegenen Schutz wertvoller Kunstwerke verstorbener Urheber vor Verschandelungen usw.) in keiner Weise gerecht wird. Die mangelnde Eignung des weiterdauernden *droit moral* zur Lösung der gestellten Aufgabe wird allein schon dadurch offensichtlich, daß die größten Schwierigkeiten bei der Suche nach einem geeigneten Rechtsträger auftauchen. Das sollte doch eigentlich genügen, um darzutun, daß wir uns hier nicht mehr in privatrechtlichen Sphären bewegen, daß vielmehr der Schutz von Werken der Literatur und Kunst verstorbener Urheber vor Verschandelungen usw. aus dem Wesen der Sache heraus ja geradezu nach einer öffentlich-rechtlichen Regelung hindrängt².

Dazu kommt, daß sich das in Form eines den Tod des Urhebers überdauernden *droit moral* gekleidete Postulat im Hinblick auf die Systematik unserer geltenden Rechtsordnung undurchführbar erweist. Der Gesetzgeber hat die Fragen, die er zu beantworten wünscht, zu ordnen. Er hat eine bestimmte Ordnung, ein System, das heißt eine für den richtigen Aufbau des Rechts wegleitende Anordnung zu beobachten, die die logische Geschlossenheit, die Widerspruch- und Lückenlosigkeit des Inhalts verbürgen soll, eine Forderung, die *vor* jeder Gesetzesarbeit besteht und

¹⁹ Doc. préliminaires, 3e fascicule, 2e édition, corrigée, Mars 1948, p. 16.

²⁰ Die Frage, ob überhaupt ein Bedürfnis nach rechtlichem Schutz dieser kulturellen Interessen der Allgemeinheit besteht, wird wohl die auseinanderstrebendsten Antworten finden. Sie soll in diesem Zusammenhang nicht angeschnitten werden.

sich deshalb an den Gesetzgeber wendet²¹. Das System unseres geltenden allgemeinen Persönlichkeitsschutzes, unter den *de lege lata* auch das *droit moral* des Urhebers subsumiert werden muß, macht es dem Gesetzgeber unmöglich, dieses höchstpersönliche Recht nach Ableben des Urhebers und Wegfall seines Trägers zum Zwecke des Schutzes öffentlicher Interessen einfach weiterdauern zu lassen, seine Ausübung beliebig zu bestimmenden Dritten zu übertragen und es überdies in seinem rechtlichen Gehalt derart zu verändern, daß zu seiner Geltendmachung der Nachweis eines persönlichen Interesses nicht mehr gefordert wird.

VIII.

In Beantwortung der eingangs gestellten Fragen kann somit gesagt werden, daß für eine Fortdauer unseres auf Art. 28 ZGB basierenden Urheberpersönlichkeitsrechts *p. m. a.* im Sinne eines zeitlichen Ausbaues des Schutzes des Urhebers und dessen hinterbliebener Angehöriger in ihren persönlichen Verhältnissen kein Bedürfnis besteht²². Den persönlichen Interessen dieser Rechtssubjekte wird *de lege lata* in jedem Zeitpunkt ihres Vorhandenseins vollauf Rechnung getragen.

Die Ausgestaltung des *droit moral* als den Tod seines originären Trägers überdauerndes Recht ist aber nicht nur vollkommen unnötig, sie wäre auch mit dem System des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes nicht vereinbar. Verbotsnormen, die es gewissen Personen, staatlichen Behörden oder staatlicher Aufsicht unterstellten Instanzen zur Pflicht machen würden, gegen Tatbestände wie Werkverschandelungen usw. nach Ableben des Urhebers einzuschreiten, ohne daß diese Tatbestände eine Verletzung höchstpersönlicher Güter irgendwelcher Rechtssubjekte zur Folge haben müßten, könnten deshalb, obschon sie zwar in bezug auf ein bestimmtes Geisteswerk zum gleichen praktischen Erfolg führen würden wie das *droit moral* des verstorbenen Urhebers des betreffenden Werkes, nach schweizerischer Auffassung kein *droit moral* sein. Sie müßten von der Doktrin wohl als der Domäne des öffentlichen Rechts zugehörig betrachtet werden. Zum privatrechtlichen Urheberschutz hätten sie keine näheren Beziehungen.

²¹ Burckhardt, *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936, S. 110/111.

²² So schon Melliger *a. a. O.* S. 135 ff.

Résumé

Selon l'article 6bis, alinéa 2 de la Convention de Berne révisée à Bruxelles le droit moral de l'auteur prévu à l'alinéa 1^{er} est maintenu après la mort de l'auteur — dans la mesure où la législation nationale des pays de l'Union le permet — au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercé par les personnes ou institutions auxquelles cette législation donne qualité.

En droit suisse le droit moral de l'auteur, basé sur l'article 28 du Code civil et destiné à sauvegarder les intérêts personnels de l'auteur à l'égard de son œuvre, est inaliénable et intransmissible aux héritiers. La mort de l'auteur supprime le titulaire de ce droit et en même temps le seul objet de la protection de l'article 28 du Code civil, c'est-à-dire l'intérêt personnel. L'idée de l'étendue du droit moral après la mort de l'auteur est donc incompatible avec le système du droit personnel en vigueur. De lege lata il n'y a pas moyen d'accorder aux héritiers l'exercice du droit moral de l'auteur. Nous ne pouvons leur reconnaître que le droit de recourir à la protection de l'article 28 du Code civil dans le cas où ils subissent une atteinte illicite dans leurs propres intérêts personnels.

Or, il y a un certain intérêt pour la collectivité à statuer des règles propres à empêcher qu'après la mort de l'auteur et de ses proches son œuvre ne soit déformée, mutilée, ou modifiée d'une manière défavorable. Pourtant, une telle protection de l'œuvre après la mort de l'auteur, établie uniquement dans l'intérêt de la collectivité, ne relève plus du droit privé. Il ne s'agit pas de sauvegarder des intérêts personnels de l'auteur ou de ses proches qui n'existent plus, mais de protéger exclusivement l'intérêt public à la conservation de chefs-d'œuvre consacrés par l'admiration générale, protection que se rattache au domaine du droit public.

Schweizerische Rechtsprechung

OTTO IRMINGER

Zürich

Patentrecht

PatG Art. 1; OR Art. 343; BGes. über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (BtG) Art. 1

Vergütungen für Erfindungen der Beamten; Begriff der Erfindung. *BGE 76 I 380 f.*; Urteil der staatsrechtlichen Abteilung vom 6. Oktober 1950 i. S. Ganz gegen Schweiz. Eidgenossenschaft.

Nach Art. 16 BtG gehören Erfindungen, die ein Beamter bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit oder im Zusammenhang mit ihr macht, unter näher umschriebenen Voraussetzungen dem Bund. Ist die Erfindung von erheblicher wirtschaftlicher oder militärischer Bedeutung, so hat der Beamte Anspruch auf eine angemessene besondere Vergütung.

Erfindungen im Sinne dieser Bestimmungen sind die nämlichen, wie diejenigen nach Art. 343 OR (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 18. Juli 1924 für das BtG, Bundesblatt 1942 III und Separatdruck S. 88). Der Begriff der Erfindung in Art. 343 OR ist aber so zu verstehen, wie er im Bundesgesetz vom 21. Juni 1907 (PatG) umschrieben ist (Oser-Schönenberger, Komm. N. 2 zu Art. 343 OR). Es muß sich also um eine patentierbare Erfindung im Sinne von Art. 1 PatG handeln. Bestritten ist, ob Art. 343 OR auch auf die Erfindungen im Sinne des PatG (Art. 1) anzuwenden ist, die nach Art. 2 von der Patentierung ausgeschlossen sind (vgl. hierüber Oser-Schönenberger a. a. O. N. 3 und Zitate). Doch kann auf sich beruhen bleiben, wie es sich damit verhält, da hier keine der in Art. 2 PatG aufgeführten Voraussetzungen zutreffen würde.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Erfindung dann vor, wenn auf Grund einer eigenartigen «schöpferischen» Idee durch neue originelle Kombination von Naturkräften ein technischer Nutzeffekt und damit ein technischer Fortschritt erzielt wird (BGE 63 II 271 und dortige Zitate). Keine Erfindungen sind Konstruktionen, die nicht auf einer solchen Idee beruhen, sondern lediglich das Erzeugnis technischer Geschicklichkeit sind, vor allem technische Fortbildungen, die schon dem gutausgebildeten Fachmann möglich wären (BGE 63 II 276, 69 II 200). Von den Erfindungen zu unterscheiden sind sodann die Entdeckungen, die bereits Vorhandenes enthüllen (BGE 43 II 523).

PatG. Art. 49

Umfang der Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz. — Obligationenrechtliche Klagen, für deren Entscheid eine Vorfrage aus dem Patentrecht präjudiziell ist, fallen nicht in die Zuständigkeit des Spezialgerichtes für Patentstreitigkeiten nach Art. 49 PatG.

BIZR 49 (1950), Nr. 201, S. 373 f.; Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 18. Oktober 1949.

Wie in BGE 74 II 187 ff. entschieden wurde, sind der Anwendung des Art. 49 PatG die feststehenden Regeln der Prozeßrechtslehre zu Grunde zu legen, welche für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit allgemein maßgebend sind, und weiter wurde daran erinnert, daß nach einem unverrückbaren Grundsatz des Prozeßrechts die Natur des Rechtsstreites sich nach der Klage bestimme. Unter Klage ist aber nach dem gleichfalls elementaren Begriff des Prozeßrechts die Geltendmachung des Anspruchs zu verstehen, über den mit Rechtskraftwirkung geurteilt werden soll. Nun ergibt sich dieser allerdings häufig aus den Rechtsbegehren allein nicht eindeutig; dann ist die Begründung zur Auslegung heranzuziehen. In diesem Sinne wird davon gesprochen, daß der Gegenstand der Klage dem Rechtsbegehren in Verbindung mit der Begründung zu entnehmen sei; niemals aber kann der Begründung gegenüber dem Rechtsbegehren der Vorrang zukommen.

Gegenstand der vorliegenden Klage im genannten Sinne ist die Feststellung der Unverbindlichkeit des Kaufvertrages aus obligationenrechtlichen Gründen und die Verurteilung des Beklagten zur Rückzahlung des empfangenen Kaufpreises, wofür ebenfalls das Obligationenrecht entscheidend ist. Die Frage der Nichtigkeit des Patentbesitzes,

auf das sich der Kaufvertrag bezieht, ist lediglich Vorfrage für die Entscheidung der genannten Streitpunkte. Nach der Vorfrage aber bestimmt sich bekanntlich, wie in BGE 74 II 189 ebenfalls bereits erwähnt wurde, die Zuständigkeit sowenig wie nach der Einrede. Es gibt Gesetzgebungen, welche die Beurteilung der Vorfragen und Einreden aus dem Zuständigkeitsgebiet einer andern Behörde dieser zur Beurteilung zuweisen, unter Einstellung des Prozesses. Wo keine solche Sondervorschrift besteht, gilt als Regel, daß der Richter der Hauptsache auch über die Vorfrage oder Einrede aus andern Zuständigkeitsgebieten entscheidet (vgl. BGE 63 II 52), jedoch lediglich in den Motiven, so daß diese Entscheidung der Rechtskraftwirkung nicht teilhaftig ist. Die Zuständigkeit für die Entscheidung der Hauptfrage aber dem Richter zuzuweisen, der bei selbständiger Geltendmachung der Vorfrage oder Einrede zuständig wäre, ist in keiner Gesetzgebung vorgesehen und auch sachlich keineswegs gerechtfertigt.

Dem kantonalen Gesetzgeber bleibt zwar unbenommen, solche Fälle, und speziell die Kaufklagen um ein Patent, dem Handelsgericht auch beim Fehlen der sonst für dessen Zuständigkeit geltenden Voraussetzungen (Handelsregistereintrag, Streitwert) zuzuweisen, statt sie den ordentlichen Gerichten zu unterstellen, wenn die von der Vorinstanz angeführten Gründe rascher und billiger Entscheidung des Prozesses und sicherer Lösung der patentrechtlichen Frage ein in den kantonalen Gerichtsverhältnissen begründetes Anliegen darstellt. Unter dem Gesichtspunkte des Bundesrechts, insbesondere von Art. 49 PatG, fällt dagegen eine solche Lösung nicht in Betracht.

Markenrecht

MSchG Art. 6 und 24 Lit. a

Nachmachung oder Nachahmung einer Marke, Rechtsfolgen hieraus.

BGE 76 II 172 ff.; Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Juni 1950 i. S. Clemence frères et Cie. gegen Fabrique Solvil des montres Paul Dietisheim S.A.

Die Marke, die eine Nachmachung oder eine das Publikum irreführende Nachahmung einer andern Marke darstellt, ist absolut nichtig. Diese Nichtigkeit kann von jedermann geltendgemacht wer-

den, insbesondere von einem Produzenten oder Händler, dessen eigene Marke durch den Inhaber der rechtswidrigen Marke angefochten oder der wegen Verletzung der letzteren belangt wird (BGE 30 II 584, 53 II 504 und 73 II 190).

Gegen diese Rechtsprechung ist eingewendet worden (Matter, Komm. zum MSchG, zu Art. 6, S. 98, N. 5), diese Lösung stehe in Widerspruch mit dem Grundgedanken des MSchG, das nicht ein Polizeigesetz sein wolle, sondern den Interessenten die Wahrung ihrer Rechte bewußt überlasse. Das trifft an sich zu, insbesondere in dem Sinne, daß die aus dem Markenrecht erwachsenden Klagen nicht den Charakter von sogen. Popularklagen haben. Gleichwohl sind die Vorschriften des Markenschutzgesetzes, einschließlich diejenige des Art. 6, nicht lediglich im Interesse der Fabrikanten und Handeltreibenden erlassen worden, welche aus Marken Vorteile ziehen, sondern auch im Interesse des kaufenden Publikums, das im Besonderen gegen täuschende Marken geschützt werden soll. Daß dies zutrifft, ergibt sich aus Art. 27, Ziffer 1 MSchG, der die Zivil- und Strafklage auch dem getäuschten Käufer gibt; hiebei ist unter diesem Gesichtspunkt ohne Bedeutung, daß die Zivilklage des getäuschten Käufers nur auf Schadenersatz gerichtet sein kann (vgl. BGE 73 II 190 f.).

Man kann im Hinblick auf Art. 27 Ziff. 1 MSchG anerkennen, daß einzig der Markenberechtigte die Initiative ergreifen kann, die Löschung einer rechtswidrigen Marke, welche seine eigene Marke verletzt, zu verlangen. Aber daraus folgt keineswegs, daß ein anderer Fabrikant oder Handeltreibender, dessen Marke durch den Inhaber der verletzenden Marke angegriffen wird, oder der wegen Usurpation dieser Marke ins Recht gefaßt wird, nicht seinerseits die Nichtigkeit der Marke durch Einrede oder auch durch Klage geltendmachen kann (vgl. BGE 30 II 584 ff.). Wenn er dies tut, stützt er sich nicht auf das Recht eines Dritten, sondern macht zu seiner Verteidigung das öffentliche Interesse daran geltend, daß eine unerlaubte Marke keinen Schutz genieße, und zwar unabhängig von der Frage, ob seine eigene Marke nichtig sei. Es wäre tatsächlich stoßend, wenn ein Fabrikant oder Handeltreibender, der selbst die Marke eines Konkurrenten nachgemacht oder nachgeahmt hat, den Schutz seiner rechtswidrigen Marke gegen einen anderen Nachmacher oder Nachahmer erlangen könnte, der ihm gegenüber nichts anderes macht, als was er selbst gegenüber dem älteren Markenberechtigten gemacht hat.

Da im Zeitpunkt der ersten Verwendung der Marke «Jora» schon die Marken «Cora», «Hora», «Jura» und «Nora» eingetragen und

in Gebrauch waren, und da «Jora» mit diesen vier älteren Marken ebenso verwechslungsfähig ist, wie «Zora» mit «Jora», kann die Marke «Jora» auch gegenüber der jüngeren Marke «Zora» keinen Schutz beanspruchen. Und da die Marke «Jora» der Klägerin aus den angegebenen Gründen absolut nichtig ist, ist die Klägerin nicht legitimiert, gegen die Beklagte Ansprüche aus Markenrecht geltendzumachen.

Art. 14 Ziff. 2 MSchG; Art. 6 lit. B Ziff. 3 Pariser Verbandsübereinkunft

Handelsmarke «Big Ben» für wasserdichte Kleidungsstücke holländischer Herkunft. Verweigerung des Schutzes in der Schweiz wegen Täuschungsgefahr und daheriger Sittenwidrigkeit.

BGE 76 I 168 ff.; Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Februar 1950 i. S. Hollandia Kattenburg N. V. gegen Eidg. Amt für geistiges Eigentum.

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin einer am 5. November 1935 unter Nr. 68833 in Holland und am 20. November 1948 unter Nr. 139348 international registrierten Wort/Bild-Marke, welche über dem Text «Big Ben» in figürlicher Teildarstellung den Glockenturm des Londoner Parlamentsgebäudes zeigt und für «Vêtements imperméables» bestimmt ist. Am 4. Oktober 1949 lehnte das Eidg. Amt für geistiges Eigentum die Eintragung dieses Zeichens im schweizerischen Markenregister ab mit der Begründung, es sei sittenwidrig, weil es einen Hinweis auf England enthalte und damit geeignet sei, beim Publikum irrige Vorstellungen über die Herkunft der Waren herbeizuführen.

Sowohl nach Art. 6 lit. B Ziff. 3 PVU, wie nach Art. 14 Ziff. 2 MSchG darf die Eintragung von Marken, welche gegen die guten Sitten verstoßen, verweigert werden. Als sittenwidrig gelten gemäß der zitierten Vorschrift aus der PVU und ständiger Praxis u. a. täuschende Warenzeichen. Zu prüfen ist also, ob die umstrittene Marke irreführend wirkt, und zwar auf den Durchschnittskäufer in der Schweiz. Dabei genügt es für die Rückweisung, wenn Täuschungsgefahr nur für eines der verschiedenen schweizerischen Sprachgebiete bejaht werden muß. Daß die internationale Marke der Beschwerdeführerin in Holland schon seit 1935 besteht, ist belanglos. In der Schweiz wurde sie bisher nicht gebraucht, sondern jetzt erst neu hinterlegt. Und über ihre Zulässigkeit unter dem hier maßgebenden Gesichtspunkt befindet jedes der PVU beigetretene Land selbständig.

«Big Ben» ist keine Phantasiebezeichnung, sondern der Name der großen Glocke im Turm des Londoner Parlamentsgebäudes und die in England allgemein übliche Benennung für diesen Turm selber. Das weiß jeder Schweizer, der England besucht hat. Angesichts der heutigen Verbreitung des Radios ist zudem als sicher anzunehmen, daß auch einem großen Teil der Schweizer, die nie in England waren, «Big Ben» zum geläufigen Begriff geworden ist. Denn der besonders während des Krieges häufig abgehörte englische Rundfunk pflegt die genaue Zeit und ebenso das Signal für die Beendigung einzelner Sendungen durch den Glockenschlag des «Big Ben» zu vermitteln. Entsprechend lauten die Ansagen des Radiosprechers, während in den gedruckten Programmen nach englischen und schweizerischen Belegen hinter dem jeweiligen Zeitvermerk einfach «Big Ben» zu lesen steht. Bezeichnend, zumindest für das beim deutschschweizerischen Publikum vorausgesetzte Wissen um Eigenart und Standort des «Big Ben», ist ein von der «Schweizer Illustrierten Zeitung» unter dem Titel: «Wie heißt die Stadt?» im Jahre 1948 veranstalteter Wettbewerb, bei dem als charakteristisch für London ein Bild des Parlamentsturmes veröffentlicht war. Im erläuternden Text ist allerdings nicht ausdrücklich von «Big Ben» die Rede, wohl aber von dem «berühmten Turm mit dem noch viel berühmteren Glockenspiel, das immer wieder im Radio zu hören ist...» Und letzteres eben geschieht unter dem Programmkennwort «Big Ben». Im übrigen ist der Uhr- und Glockenturm des Londoner Parlamentsgebäudes in belehrenden Abhandlungen, in Werbeschriften, in Reiseführern, Prospekten, Kriegs- und Reiseberichten so unzählige Male abgebildet worden, daß er, gleich dem Eiffelturm für Paris, füglich als allbekanntes Wahrzeichen der britischen Hauptstadt betrachtet werden kann.

Geographische und ethnographische Bilder oder Begriffe deuten, wie die Rechtsprechung wiederholt erkannt hat, bei markenmäßiger Benützung auf eine bestimmte Herkunft der Produkte. Mit Rücksicht darauf wurden wegen unwahren Inhaltes beispielsweise abgelehnt: die Marke «Kremlin» für nicht russische Maschinöle (BGE 56 I 471); die Marke «Yanki», weil auf Amerikaweisend, für deutsche Putzmittel (nicht publiziertes Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Februar 1942); die Marke «5th Avenue», weil auf New Yorkweisend, für belgische Parfümerien (BGE 72 I 238). Die nämliche Stellung drängt sich im vorliegenden Falle auf. Nach dem Gesagten unterliegt es keinem Zweifel, daß die Marke «Big Ben», zumal in Verbindung mit dem bekannten Bild des so benannten Londoner Parlamentsturmes,

bei sehr vielen schweizerischen Käufern den Eindruck erweckt, die Waren seien englischer Herkunft, während sie in Wirklichkeit aus Holland stammen. Der falsche Rückschluß liegt um so näher, als England beim schweizerischen Publikum gerade für «Vêtements imperméables» einen besonderen Ruf genießt. Somit wirkt in der Schweiz die streitige Wort/Bild-Marke täuschend und sie ist, weil gegen die guten Sitten verstoßend, nicht eintragbar.

Daß noch in jüngster Zeit vom Amt zahlreiche Marken mit englischem Text zugelassen wurden, darunter eine Marke «Westminster» für schweizerische Uhren, kann daran nichts ändern. Das Amt vertritt keineswegs die Auffassung, schon die bloße Verwendung englischer Ausdrücke zur Markenbildung berge einen Hinweis auf englische Herkunft der Ware und sei daher schlechthin unzulässig. Entscheidend ist vielmehr, daß die Marke der Beschwerdeführerin in Wort und Bild auf ein bekanntes, für die englische Hauptstadt typisches Bauwerk Bezug nimmt. Was die zum Vergleich herangezogene Marke «Westminster» betrifft, so handelt es sich bei der im Jahre 1948 ergangenen Veröffentlichung lediglich um die Erneuerung eines alten, in der Schweiz eingeführten Zeichens. Ob dessen erstmalige Eintragung nach heute herrschenden Anschauungen bewilligt oder durchgesetzt werden könnte, mag offen bleiben. Jedenfalls unterscheidet es sich von der Marke der Beschwerdeführerin insofern, als ihm eigens die Angabe «produit suisse» beigefügt ist, was eine Vermutung über englische Herkunft des Markenproduktes ausschließt.

* * *

Wegen des Problem-Zusammenhanges, wie auch weil es für schweizerische Interessen wesentlich ist, weisen wir nachstehend ausnahmsweise auch auf ein ausländisches Urteil hin, auf das uns freundlicherweise Herr Fürsprecher F. von Steiger, Vorsteher des Eidg. Amtes für das Handelsregister, aufmerksam gemacht hat:

Es handelt sich um ein Urteil des Tribunal de Commerce de Saint-Nicolas, Belgien, vom 11. Juli 1950 i. S. Association Suisse des Fabricants de Bonneterie und Handschin & Ronus AG. gegen S.P.R.L. Janssens Breigoederen, publiziert im belgischen «Journal des Tribunaux», Jahrg. 65, No. 3866 vom 15. Oktober 1950, S. 543 ff.

Die beklagte belgische Gesellschaft hatte am 24. März 1948 in Belgien die Wortmarke «Tricotsuisse» in gewöhnlicher Druckschrift ohne jede unterscheidende Eigenart für ihre Fabrikationsprodukte (Tri-

cotagen) hinterlegt und auf Grund dieser belgischen Registrierung die gleiche Marke international in Bern am 14. Oktober 1949 eingetragen erhalten. Der klägerische Verband und die klägerische Firma Hand-schin & Ronus AG., hatten auf Löschung der Marke, Untersagung ihres weiteren Gebrauches, auf Feststellung unlauteren Wettbewerbes und auf Schadenersatz geklagt. Das Gericht hat die belgische und die internationale Markeneintragung «Tricot-suisse» der Beklagten nichtig erklärt, hat die Begehung unlauteren Wettbewerbes durch die Beklagten festgestellt, der Beklagten den weiteren Gebrauch dieser Marke untersagt und zum Schadensausgleich die Urteilspublikation zugesprochen.

Das belgische Urteil stützt sich im wesentlichen auf folgende Grundsätze und Erwägungen (Formulierung in der Zusammenfassung des «Journal des Tribunaux»):

I. — Une association professionnelle, jouissant de la personnalité civile, constituée conformément à la législation suisse de droit civil est légalement capable d'ester en justice en Belgique également.

Lorsque la dite association a pour but et objet social de promouvoir en général les intérêts de l'industrie suisse de la bonneterie, et de les défendre où besoin en est, est recevable son intervention dans une action qui vise à réprimer une prétendue atteinte continue aux droits collectifs des fabricants suisses de bonneterie, faire édicter des mesures adéquates à faire cesser cette situation abusive et à prendre des sanctions pour réparer le préjudice matériel et moral causé par les agissements incriminés à la communauté d'intérêts de l'industrie suisse de la bonneterie.

II. — Quant à la demande en annulation de la marque «Tricot-suisse» à cet égard on peut admettre au besoin que la dénomination Tricot-suisse, formée par l'accouplement de deux mots du langage ordinaire, n'est pas à tel point banale et manquant d'originalité qu'elle ne pourrait faire l'objet d'un dépôt; que cependant cette marque est incontestablement de nature à tromper le public sur la provenance des tricots vendus sous cette dénomination; qu'il en résulte que le dépôt de cette marque doit être déclaré nul et de nul effet.

III. — Quant à la concurrence déloyale le dépôt d'une marque Tricot-suisse ayant eu pour but de faire croire dorénavant au public que les produits mis sur le marché étaient de provenance suisse et de tirer un avantage pécuniaire et moral de la bonne renommée dont

jouit la bonneterie suisse est constitutif de concurrence déloyale. On objecterait en vain que sur tous les fabricats figure outre la dénomination Tricotsuisse, l'indication «Made in Belgium» lorsque cette dernière indication imprimée en petits caractères n'attire pas l'attention de l'acheteur moyen.

Unlauterer Wettbewerb

ZGB Art. 28; OR Art. 41

Begriff und Wesen des Boykotts.

BGE 76 II 281 ff.; Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Oktober 1950 i. S. Schweiz. Großhandelsverband der sanitären Branche gegen Edwin Jud AG.

Tatbestand:

Der Großhandelsverband (Verein nach Art. 60 ff. ZGB) bezweckt die Wahrung der Berufs- und Standesinteressen seiner Mitglieder und die Bekämpfung ungesunder Konkurrenzauswüchse. Als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes sehen die Statuten vor: den Abschluß von Verträgen aller Art mit Produzenten und Konsumenten, die Aufstellung einheitlicher Kaufpreise, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, gemeinsames Vorgehen gegen Konkurrenten und Dritte, welche die Kreise des Verbandes stören, Sperrmaßnahmen usw. Zur Verfolgung seines Zweckes hat der Verband mit verschiedenen schweizerischen Fabriken Abkommen getroffen, durch die er seinen Mitgliedern das Alleinvertretungsrecht für die von den betreffenden Unternehmen hergestellten sanitären Apparate sicherte. Ferner hat er mit dem Schweiz. Spenglermeister- und Installateurverband (SSIV) einen Vertrag abgeschlossen, wonach die Mitglieder des SSIV verpflichtet sind, nur die von Mitgliedern des Großhandelsverbandes gelieferten hauptsächlichsten sanitären Apparate zu installieren.

Im Dezember 1946 gründete Edwin Jud, der vorher ca. 7 Jahre Verkaufsreisender bei einem dem Großhandelsverband angehörenden Unternehmen gewesen war, zusammen mit 2 weiteren Interessenten die Edwin Jud AG. in Winterthur zum Zwecke des Handels mit sanitären Apparaten. Die Gesellschaft brachte dem Großhandel ihre Gründung zur Kenntnis, erklärte ihre Bereitschaft zur Einhaltung der vom Verband aufgestellten Richtlinien, Verkaufs- und Lieferungsbedingungen

und ersuchte um Aufnahme in den Verband. Dieses Gesuch wurde jedoch am 30. Januar 1947 abschlägig beschieden. In der Zwischenzeit hatte der SSIV an seine Mitglieder ein Rundschreiben gerichtet, in welchem ihnen die Verpflichtungen aus dem Vertrag mit dem Großhandelsverband in Erinnerung gerufen und im Anschluß daran festgestellt wurde, daß die kürzlich in Winterthur eröffnete Firma Jud AG. dem Großhandelsverband nicht angehöre. — Die Edwin Jud AG. erblickte im Verhalten des Großhandelsverbandes einen unzulässigen Boykott und erhob Klage auf Einstellung desselben und auf Schadenersatz.

Das Handelsgericht Zürich verneinte mit Urteil vom 15. April 1948 das Vorliegen eines Boykottes, erklärte aber das Verhalten des beklagten Verbandes gegenüber der Klägerin als gegen die guten Sitten verstößend, weil er ihr unter Versagung des Beitritts zum Verband grundlos lebenswichtige Leistungen verweigert habe, und befahl deshalb dem beklagten Verband, die vertraglichen Bindungen zu lösen, gemäß welchen einerseits die drei hauptsächlichsten schweizerischen Lieferanten der Klägerin keine Ware liefern und andererseits der SSIV und dessen Mitglieder der Klägerin keine Ware abnehmen dürfen. Überdies sprach das Gericht einen Schadenersatzbetrag zu.

Die Berufung des beklagten Verbandes gegen dieses Urteil wurde vom Bundesgericht grundsätzlich abgewiesen, unter leichter Herabsetzung der zugesprochenen Schadenersatzansprüche.

Begriff des Boykotts (sogen. Verdrängungsboykott).

Daß für das Vorliegen eines Boykotts eine Verrufserklärung nötig sei, trifft nicht zu. Das Wesen des Boykotts besteht in der organisierten Meidung eines Gewerbetreibenden, mit dem Zwecke, ihn zu einem bestimmten aktiven oder passiven Verhalten zu veranlassen oder ihn für ein solches zu maßregeln. Eine solche organisierte Meidung der Klägerin ist hier aber unzweifelhaft gegeben, indem durch die vertraglichen Bindungen zwischen dem Beklagten und den Lieferanten einerseits und dem SSIV andererseits die Klägerin als Nichtmitglied des Beklagten von der Belieferung mit bestimmten Artikeln und der Absatzmöglichkeit aller Sanitärapparate ausgeschlossen wird; dadurch soll die Klägerin zu einem bestimmten Verhalten, nämlich zur Einstellung der Tätigkeit auf dem Gebiete des Sanitär-Großhandels, veranlaßt werden. Damit charakterisiert sich die Sperre, welche durch die vom Beklagten geschaffene Kartellorganisation im Zusammenhang mit der Aufnahmeverweigerung gegenüber der Klägerin bewirkt wird,

als ein auf die Ausschaltung eines Konkurrenzunternehmens der Mitglieder des beklagten Verbandes gerichteter Verdrängungsboykott. Ob mit der Sperre ein bestehendes Konkurrenzunternehmen lahmgelegt oder die Einrichtung eines neuen verhindert werden soll, macht keinen Unterschied aus. Zweck und Wirkung der Maßnahme sind in beiden Fällen dieselben, nämlich die Verdrängung eines Gewerbetreibenden aus einem bestimmten Wirtschaftsgebiet. Das Verhältnis der im Widerstreit liegenden Interessen, nämlich das Interesse des Verdrängten an der Betätigung im betreffenden Berufszweig einerseits und das Interesse des Urhebers oder Nutznießers der Sperre an seiner Fernhaltung andererseits, kann allerdings verschieden sein, je nachdem ob es sich bei dem betroffenen Betrieb um ein schon bestehendes Unternehmen oder eine Neugründung handelt. Das ist aber erst für die Frage der Zulässigkeit des Boykotts von Belang, nicht dagegen für die Entscheidung darüber, ob ein Boykott vorliegt. Ebenso ist unerheblich, daß die Kartellorganisation nicht gerade im Hinblick auf die Klägerin geschaffen worden ist, sondern schon lange vor deren Gründung bestand und sich ganz allgemein gegen jeden Außenseiter richtet. Maßgebend ist allein, daß die Handhabung der bestehenden Ordnung zur Meidung der Klägerin mit den dadurch bewirkten, oben dargelegten Folgen führt. Einer besonderen Verrufserklärung bedarf es nicht notwendigerweise. Sie ist überflüssig, wenn die organisierte Meidung durch ein bereits bestehendes Vertragssystem und durch die darauf beruhenden gegenseitigen Verpflichtungen der Beteiligten automatisch ausgelöst wird, ohne daß noch ein besonderes Tätigwerden der Kartellorgane gegenüber dem Außenseiter hinzutreten muß. Überdies liegt eine Verrufserklärung hier vor. Wenn nämlich im Rundschreiben des SSIV vom 8. Januar 1947 an seine Mitglieder auf die vertragliche Pflicht, nur von Angehörigen des beklagten Verbandes gelieferte Apparate zu installieren, hingewiesen und gleichzeitig festgestellt wird, daß die Klägerin dem genannten Verbands nicht angehöre, so kann dies doch nicht anders denn als Aufforderung verstanden werden, die Installation von Sanitärapparaten, die bei der Klägerin bezogen worden sind, zu verweigern. Daß diese Verrufserklärung nicht unmittelbar vom Beklagten ausging, ist belanglos. Entscheidend ist, daß sie auf Grund der unter maßgebender Mitwirkung des Beklagten geschaffenen Kartellbindung erfolgte.

Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Boykotts, der zur wirtschaftlichen Vernichtung des Boykottierten führt.

Der Boykott, den die Aufnahmeverweigerung des Beklagten im Zusammenspiel mit der bestehenden Kartellorganisation bewirkt, führt gemäß den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz der Klägerin. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist ein Boykott, der für den davon Betroffenen derart einschneidende Wirkungen zeitigt, nur zulässig, wenn schutzwürdige Interessen des Urhebers der Sperre die Fernhaltung der Boykottierten von dem in Frage stehenden Wirtschaftsgebiet rechtfertigen und erheischen. Und zwar müssen diese Interessen derart gewichtig sein, daß ihnen bei objektiver Betrachtung der Vorrang vor dem Interesse des Boykottierten an der Betätigung auf dem betreffenden Wirtschaftsgebiet zuerkannt werden muß. Dagegen ist ein Boykott solchen Ausmaßes unzulässig, wenn die Abwägung der widerstreitenden Interessen ergibt, daß zur Wahrung der vom Urheber des Boykotts verfolgten rechtmäßigen Bestrebungen die Fernhaltung des Boykottierten nicht notwendig ist oder daß die Vernichtung der Existenz des letzteren in keinem vernünftigen Verhältnis steht zu den Vorteilen, die sich mit dieser Maßnahme für die gesamte Branche oder die Volkswirtschaft im allgemeinen erzielen lassen. Ein solch übermäßiger Eingriff verstößt gegen die guten Sitten und bedeutet darum eine vor Art. 28 ZGB nicht mehr haltbare Verletzung des Rechts der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Boykottierten (vgl. hiezu BGE 73 II 76, 69 II 82, 62 II 280 und dort erwähnte Entscheide).

Solche Rechtfertigungsgründe, welche den Boykott zum erlaubten Boykott machen würden, liegen aber hier nicht vor. Das überragende Interesse der Gesamtheit an einer vernünftigen und zweckmäßigen Organisation des Gewerbes vermöchte zwar die wirtschaftliche Vernichtung eines Außenseiters zu rechtfertigen, der sich aus eigensüchtigen Erwägungen einer von den übrigen Beteiligten anerkannten und sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen haltenden Ordnung nicht fügen will, sondern zum Beispiel durch Preisschleuderei, Unterbietung und dergleichen eine vernünftige Marktorganisation gefährdet und so die Existenz der übrigen Unternehmungen dieses Erwerbszweiges bedroht. Auf die Klägerin treffen aber diese Voraussetzungen für einen zulässigen Vernichtungsboykott nicht zu. Sie will die Bestrebungen des Beklagten zur Gesunderhaltung des Gewerbes nicht durchkreuzen. Sie hat sich gegenteils mit ihrem Aufnahmegesuch ausdrücklich bereit erklärt, die vom Verband vorgeschriebenen Preise und Lieferungsbedingungen zu beobachten. Die Durchsetzung der vom Beklagten angestrebten Marktorganisation erheischt somit die Fernhal-

tung der Klägerin nicht, so daß der darauf gerichtete Boykott als unstatthaft betrachtet werden muß.

Der Beklagte macht geltend, die Klägerin biete in persönlicher und sachlicher Hinsicht keine Gewähr für die einwandfreie Führung eines Großhandelsunternehmens. Wären diese Bedenken begründet, so erschiene die Fernhaltung der Klägerin allerdings als berechtigt. Denn dann müßte damit gerechnet werden, daß die Klägerin die abgegebenen Versprechungen auf Beachtung der Verbandsvorschriften nicht einhalten werde oder unter dem Druck ihrer ungünstigen wirtschaftlichen Lage auf die Dauer nicht einzuhalten vermöge. Nach verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz entbehren die vom Beklagten in dieser Beziehung aufgestellten Behauptungen jedoch der Grundlage.

Der Beklagte hat sich zur Rechtfertigung der gegen die Klägerin getroffenen Sperre u. a. darauf berufen, daß diese wegen der bestehenden Warenknappheit zur Sicherung der Existenz der ihm angeschlossenen Großhandelsunternehmungen notwendig gewesen sei. Es ist nicht von vornherein auszuschließen, daß Erwägungen dieser Art die Fernhaltung neuer Konkurrenzbetriebe zu rechtfertigen vermöchten. Nach Art. 31 bis BV ist der Bund befugt, zur Erhaltung wichtiger, in ihrer Existenzgrundlage gefährdeter Wirtschaftszweige die grundsätzlich gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit zu beschränken, indem er zum Beispiel die Eröffnung neuer Betriebe untersagt oder von bestimmten Bedingungen abhängig macht. Mit Rücksicht darauf ließe sich vielleicht die Auffassung vertreten, daß es auch zulässig sein müsse, derartige Beschränkungen zum Schutze eines Gewerbebezuges oder Berufes durch privatrechtliche Organisation herbeizuführen und so den Eintritt eines Zustandes zu verhindern, der ein staatliches Eingreifen notwendig machen würde. Dabei müßte allerdings streng darauf geachtet werden, daß die Voraussetzungen für eine solche Einengung der freien Konkurrenz wirklich erfüllt wären und daß nicht unter mißbräuchlicher Ausnützung einer tatsächlichen Monopolstellung durch Schaffung eines geschlossenen Kreises von Nutznießern der wirtschaftliche Wettbewerb überhaupt ausgeschaltet würde. Eine Rechtfertigung des Boykotts der Klägerin aus derartigen Gründen scheidet indessen hier aus. Denn nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz gingen die kriegsbedingten Lieferungsschwierigkeiten im Jahre 1947 bereits zurück, und die noch bestehende Warenknappheit hatte ihren Grund ebensowohl in der äußerst regen Bautätigkeit. Unter diesen Umständen hat es die Vorinstanz daher mit Recht abgelehnt, in der Eröffnung eines weiteren Unternehmens eine

Gefährdung der Existenz der bestehenden Betriebe zu erblicken, da die Schaffung geradezu unhaltbarer Zustände, die sich zum Beispiel aus dem Auftreten einer ganzen Anzahl neuer Betriebe ergäbe, nicht zu erwarten war.

Nach den vorstehenden Ausführungen ist somit der gegen die Klägerin gerichtete Boykott wegen der unnötigen und daher nicht gerechtfertigten Schwere seiner Auswirkungen auf die wirtschaftliche Existenz der Klägerin unzulässig. Hieran vermag nichts zu ändern, daß im übrigen weder die vom Beklagten angewandten Mittel, noch der mit der Kartellorganisation unmittelbar verfolgte Zweck der Aufrechterhaltung gesunder Wirtschaftsverhältnisse im Sanitärgrößhandel für sich allein betrachtet rechtswidrig oder unsittlich sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes genügt es, wenn auch nur ein einziger der in Betracht kommenden Unzulässigkeitsgründe — Unerlaubtheit der Mittel oder des Zweckes oder Übermaß des Eingriffes in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen — verwirklicht ist (BGE 73 II 76 und dort erwähnte Entscheide). Da die Klägerin durch die vom Beklagten hervorgerufene Sperre in ihren persönlichen Verhältnissen, nämlich in ihrem wirtschaftlichen Persönlichkeitsrecht, in unbefugter Weise verletzt wird, hat sie gemäß Art. 28 Abs. 1 ZGB Anspruch auf Beseitigung der Störung, also auf Aufhebung des gegen sie gerichteten Boykotts.

Literatur

Gewerblicher Rechtsschutz

- Benkard, Georg*: Der gegenwärtige Stand des Patent- und Gebrauchsmuster-Rechts. 2. Aufl. Tübingen 1950. Verlag J.C.B. Mohr.
- Benkard, Dr. Georg*: Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltsgesetz. Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 4. München und Berlin 1951, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Das Fernseh-Funk-Archiv*. Internationale Zeitschrift für Rundfunk und Fernsehen in Wissenschaft und Praxis. Herausgeber: Dr. Heinz G. Pridat-Guzatis. Stuttgart. (Monatlich ein Heft.)
- Gutzwiller, Prof. Max*: Die Ergebnisse der 44. Konferenz der International Law Association in Kopenhagen (u. a. betr. Handelsmarken und betr. Handelsgerichtsbarkeit). In Schweiz. Juristen-Zeitung, Bd. 47 (1951) S. 65 ff.
- Olivier, Etienne, docteur en droit*: L'examen préalable des brevets d'invention. Thèse. Lausanne 1950. Payot & Cie.
- The Patents Act, 1949*, with a commentary by the Chartered Institute of Patent Agents. London 1950. Sweet & Maxwell Ltd.
- Röttger, Martin und Krieger, Albrecht*: Die deutschen Auslandswarenzeichen und das Markenrecht im Ausland. Berlin, Köln, Detmold 1950. Carl Heymans Verlag K.G.
- Tetzner, Dr. Heinrich*: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Köln 1950. Verlag Dr. Otto Schmidt K.G.
- Velasco, Manuel Diaz*: La Situacion actual de las Marcas Alemanas en Espana. Separatabdruck aus «Revista de Derecho Privado». 1951, S. 1 bis 29. Madrid. Graficas Gonzalez.

Zeunert, Gerhard, dipl. ing., Regierungsrat und Mitglied im ehemaligen Reichspatentamt, jetzt im deutschen Patentamt: Das Patenterteilungs-Verfahren — Leitfaden durch die neuere und neueste Gesetzgebung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes. Düsseldorf 1950. Deutscher Ingenieur-Verlag GmbH.

Buchbesprechungen

The Patents Act 1949 with a Commentary by The chartered Institute of Patent Agents. Sweet & Maxwell, London (1950), 309 S. (+ 18 S. Register).

Das vom britischen Patentanwaltsverbande herausgegebene Werk enthält zunächst den vollständigen Wortlaut des neuen britischen Patentgesetzes, sowie der 1949/50 in Kraft getretenen Nebengesetze, insbesondere die Ausführungsbestimmungen zum PG, die Bestimmungen für das Verfahren vor dem Patents Appeal Tribunal und vor dem Supreme Court; ferner findet man Bestimmungen über das Patentanwaltswesen, Listen noch in Kraft stehender Gesetze und Verordnungen, sowie über Taxen und Gebühren, eine Sammlung der in Patentsachen zu verwendenden Vordrucke und schließlich ein ausführliches Schlagwortregister. Das Vorwort hat Sir R. R. Swan, der Vorsitzende der amtlichen Kommission zur Vorbereitung des neuen Gesetzes, geschrieben und eine kurze allgemeine Einleitung stellt in gedrängter Form die Vorgeschichte der Revision des Gesetzes und dessen wichtigsten Neuerungen dar.

Wenn nun auch das Buch einige Informationen enthalten mag, die nur der Praktiker in England selbst braucht, so scheint mir das Werk in seinen Hauptteilen von hohem Werte auch für den Fachmann, der sich vom Auslande her mit britischem Patentrechte zu befassen hat. Es können nämlich darin nicht nur die ein Problem beherrschenden gesetzlichen Vorschriften leicht nachgeschlagen werden, sondern das Werk ist vor allem deswegen von besonderem Interesse, weil jedem Artikel des Patentgesetzes ein kurzer, meist nur wenige Zeilen langer Kommentar beigefügt ist, der natürlich nur Aller-Wesentlichstes enthält (sehr wenig Judikatur!) und in erster Linie die Verbindung zum bisherigen Gesetze herstellt. So gibt der Kurzkomentar über das Britische Patentrecht eine gute «erste Orientierung» und wird daher jedem, der mit solchen Problemen in Berührung kommt, nützliche Dienste leisten. *Winter*

Recht und Kunst; Schrift anlässlich des 25jährigen Bestehens der Schweizerischen Gesellschaft der Urheber und Verleger, GEFA. Atlantis-Verlag AG, Zürich. 59 S.

25 Jahre Geschichte des schweizerischen Urheberrechts sind in diesem Bändchen festgehalten, 25 Jahre oft stürmischer, immer mutiger und stets nach dem Recht ausgeglichener Entwicklung.

Wer diese, man möchte sagen, Pionierzeit, miterlebt hat, wird sich rückblickend der Mühen freuen, sowie die Gipfelrast die Strapazen des Aufstieges verklärt. Wir

andern aber, die abseits standen, lassen uns gern in der schönen, gewählten und lehrreichen Form berichten, wie das die einleitenden Aufsätze tun:

Das Vorwort von Robert Oboussier; die Adresse M. René Jouglets; die Begrüßungsansprache von Direktor Dr. Hans Morf; und die Worte des gefeierten Präsidenten C. Vogler; die Ansprache des geschäftsführenden Vorstandsmitgliedes A. Streuli über Recht und Kunst.

Die Kämpfe, die im Interesse der Urheber geliefert wurden, und die noch bevorstehen, erwähnt Streuli im Aufsatz «Schweizerischer Tonkünstlerverein und Urheberrecht», der zugleich über den Erfolg der bisherigen Bestrebungen des STV, der GEFA und der SUIA Auskunft gibt und abschließend in instruktiven Tabellen den ungemein fördernden Einfluß der Tätigkeit der GEFA und vor allem der SUIA auf die Auszahlungen an die Urheber und Verleger darlegt. Freude über das Erreichte, Kritik an unserer schweizerischen Haltung und auch an dem oft etwas zu spröden Gehaben unserer obersten Behörden, sowie die Hinweise auf die notwendigen aller-nächsten und wünschenswerten fernern Ziele, all dies fundiert durch die gründlichste Kenntnis des Urheberrechts und des Vertrautseins mit den internationalen Aspekten charakterisiert diesen Aufsatz. Diese Festgabe sollte ihren Platz aber nicht neben andern Zeugen gehobener Stimmung finden, die man nur zur Freude in die Hand nimmt, sondern als Berater griffbereit bei den Arbeitsgeräten des Urheberrechtlers stehen.

Troller

Bodenhausen, G. H. C.: Problèmes Actuels du Droit International de la Propriété Industrielle Littéraire et Artistique. Académie de Droit International. (Extrait du recueil des cours.) Librairie de Recueil Sirey, Paris (1949), 86 S.

Bodenhausen stellt in der Einleitung die Sozialisierungstendenzen einerseits und die extremen Schutzbewegungen andererseits im Gebiet des Immaterialgüterrechts einander gegenüber. Er gibt zugleich einen Überblick über die Staatsverträge europäischen und amerikanischen Ursprungs.

Der Gegensatz der Interessen des Erfinders und derjenigen der Allgemeinheit ist im zweiten Kapitel, das sich mit dem Ausübungszwang der patentierten Erfindungen beschäftigt, hervorgehoben. Besondere Aufschlüsse vermitteln die Darlegungen über das amerikanische Recht, das den fehlenden Ausübungszwang durch das Antitrustgesetz ersetzt — Projekte werden vom Autor als zu weitgehend und mit dem Pariser Unionsvertrag wohl kaum vereinbar bezeichnet; die Hinweise auf die amerikanische Literatur sind sehr umfassend.

Zu den Randgebieten des Bereiches, in dem die geistige technisch verwertbare Leistung rechtlich faßbar und beherrschbar bleibt, führt das dritte Kapitel: Die Bekanntgabe der Erfindung durch den Erfinder vor der Anmeldung; Schutz der wissenschaftlichen Leistung; die Patentierung von Pflanzenzuchtverfahren.

Zum Markenrecht leitet das vierte Kapitel hin, das die fesselnden Themen des Benutzungszwanges, der Verteidigung allgemein bekannter Marken gegen Benützung für andere Warengattungen, der Markenlizenzen und der leeren Übertragung skizziert.

Zum Schluß werden schließlich neue Tendenzen und Bemühungen im Urheberrecht: der Schutz des ausübenden Künstlers, des Radio und der Schallplattenfabrikanten gegen die unentgeltliche Benutzung ihrer Leistungen besprochen.

Diese vielen noch ungelösten und teilweise auch kaum zu bewältigenden Aufgaben sind auf 81 Seiten meisterlich charakterisiert, nach ihren Extremen durchschritten und in ihrem vollen Bereich überblickt. Das schmale Heft gibt mehr als manche dicke Wälzer.

Troller

Boutet, Marcel, und Plaisant, Robert: Le Régime International du Droit d'Auteur, La Convention de Berne, révisée à Bruxelles, Préface de M. B. Mentha, Extrait du juris-classeur civil annexes. Librairie de la Cour de Cassation, Paris (1950), 53 S.

Derjenige, der das Vorwort im allgemeinen nicht liest, wird hier eine Ausnahme machen — unterläßt er das, so bringt er sich um das Vergnügen, Hinweise auf die Literatur, das Verdienst Frankreichs an der Berner Union und einige Hauptprobleme der Brüsseler Fassung in der sachlichen und eleganten Sprache Menthas entgegen zu nehmen, der die beiden Autoren zum Erfolge ihres Bemühens beglückwünscht: «Qu'il me soit simplement permis, en terminant, de remercier et de féliciter les auteurs de leur bel effort, où se conjuguent le mieux du monde l'expérience diplomatique de M. Boutet (je rappelle qu'il présida magistralement la commission de rédaction de la Conférence de Bruxelles) et la science professorale qui brille en M. Robert Plaisant.»

Das Werk ist systematisch und nicht in Kommentarform aufgebaut. Es hält die Mitte zwischen einer wissenschaftlichen kritischen und einer vor allem auf die Anwendung in der Praxis bedachten Arbeit. Ganz besonders sind Grundsätze aus internationalem Privat- und Prozeßrecht betont, denen die urheberrechtlichen Autoren sonst eher aus dem Wege gehen. Das Territorialitätsprinzip wird als eine der Grundlagen der Union bezeichnet: Die Unabhängigkeit der Rechte in sämtlichen Unionsländern, die der Autor durch die Schaffung der Werke in einem Unionsland erreicht, ist mit folgenden zutreffenden Sätzen charakterisiert: «Ces droits naissent simultanément dans chacun de ces Etats et y produisent leurs effets indépendamment, souvent ils resteront purement virtuels et ne seront pas invoqués.» (Note 49.)

Die Begründung dieses Phänomens, die auf dem unkörperlichen Charakter des Rechts, auf seinem rein ideellen Objekt, das nur geistig und intellektuell ist und daher den Gesetzen der Materie nicht unterworfen ist, beruht, vermag jedoch nicht zu überzeugen. Diese Eigenschaften hätten die Anwendung des Personalstatuts, das zum Beispiel in der Konvention von Montevideo enthalten ist, keineswegs ausgeschlossen. Das Territorialitätsprinzip ist nicht wegen des Autors und dem Wesen seines Werkes, sondern wegen dessen Bedeutung für die Allgemeinheit die richtige Regel. Wenn auch ein Staat gewillt ist, dem fremden Urheber den Schutz gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen zu gewähren, so will er den letzteren doch nicht zumuten, das fremde Recht zu kennen und sich zuerst noch zu vergewissern, welches die Nation des Urhebers ist und welches Recht daher überhaupt zur Anwendung zu gelangen habe. Zu weit geht die Behauptung (Note 47), daß das Territorialitätsprinzip vor allem durch die neue französische Jurisprudenz anerkannt ist. Batiffol, auf den sich die Autoren berufen (Tr. élém. dr. int., Paris, 1949, n. 530), und Niboyet (Dr. int. P.F. 1949, Seite 448, insbesondere für das Patentrecht) betonen im Gegenteil, daß man vom Territorialitätsprinzip eher abrücke. Die Meinung dieser beiden Spezialisten des I. P. R. kann hier nicht behandelt werden; sie sind wohl durch gewisse Hinweise der Berner Union (Schutzdauer, Schutz des Kunstgewerbes) vom Grundprinzip abgelenkt

worden, das ohne Zweifel die Territorialität ist; auch die amerikanischen Rechte (mit Ausnahme des Vertrages von Montevideo, für dessen Abänderung das argentinische Projekt (1939/40) ebenfalls das Territorialitätsprinzip vorsah), wenden das letztere an und beziehen nur die Schutzdauer auf das nationale Recht des Autors oder auf dasjenige des Landes der ersten Publikation zurück.

Die Autoren vertreten (n. 57), allerdings mit einiger vorsichtiger Zurückhaltung die Ansicht, daß Art. 4, Abs. 2 auch die Beachtung von Formvorschriften für die Übertragung der Urheberrechte ausschließe. Sie berufen sich unter anderem auf W. Hoffmann, Die Berner Übereinkunft (S. 92 und 93), der aber an jener Stelle gerade die gegenteilige Ansicht vertritt, sowie das unter anderem auch Baum (GRUR 1932) tut. Die BÜ läßt nur die Urheberrechte frei von Formalitäten entstehen, hindert aber nicht, daß die Übertragung an bestimmte Formen gebunden ist. Zur Diskussion reizt die kurze Bemerkung in Note 104, daß der volle Unionsschutz einem Werk, das von mehreren gemeinsam geschaffen wurde, dann gewährleistet wird, wenn nur einer der Urheber die Bedingungen der BÜ erfüllt. Wenn man auch vom Schutz der Werke spricht, so stehen die Rechte doch nur demjenigen zu, der die Bedingungen der BÜ erfüllt, also nur dem Verbandsurheber, wobei er dann gleichzeitig, indem er seine Befugnisse verteidigt, auch die Miturheber zu schützen vermag, ohne daß diese aus eigenem Recht vorgehen könnten. Ein Vorbehalt muß nach geltendem schweizerischem Recht zu Note 105 gemacht werden, wo gesagt ist, die BÜ habe nur den Schutz der Werke der Literatur und Kunst zum Gegenstand und nicht auch derjenigen der verwandten Gebiete, zum Beispiel der Rechte der ausübenden Künstler. In Note 50 wurde dargelegt, daß die Qualifikation nach den Rechten des Landes vorzunehmen sei, in dem der Schutz verlangt werde. Da nach geltendem schweizerischem Rechte die ausübenden Künstler für ihre künstlerischen Leistungen den Urheberrechtsschutz genießen, ist er auch den Verbandsangehörigen zu gewähren, da diese den schweizerischen Urhebern gleichgestellt sind. Daß die *lex loci delicti commissi* anzuwenden ist, wird feststehen, hingegen möchte man ein Fragezeichen zur vorbehaltlosen Anerkennung der ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichte desjenigen Landes, in dem die Urheberrechtsverletzung stattgefunden hat, setzen. Die deutsche Gerichtspraxis zum Beispiel läßt wichtige Ausnahmen zu, die auch nach andern Rechten möglich scheinen. Man möchte es doch wohl als sinnlos betrachten, daß zum Beispiel der Prozeß zwischen einem englischen Verleger, der in Verletzung des Urheberrechtes eines Deutschen dessen Werk in Australien drucken ließ, in diesem fernen Erdteil geführt werden muß, was für Kläger und Beklagten gleich unbequem ist. Die Kritik am Ausdruck «wissenschaftliche Werke» ist zu unterstützen; auch das schweizerische Gesetz würde ihn besser vermeiden, da nicht der wissenschaftliche Gehalt, sondern die ästhetische Mitteilungsform (Sprache oder Zeichnung) geschützt ist.

Diese wenigen Stellen, denen man nicht zum vornherein zustimmen mag, einige andere wären noch zuzufügen, zeigen, wie ausgeprägt juristisch dieses Werk ist, wie sehr es die schwierigsten und daher auch umstrittensten Probleme aufgreift, obgleich die 53 Seiten nicht Gelegenheit lassen, um sie völlig zu bewältigen. Die Autoren haben nicht ein Kompendium zusammengetragen, sondern in klarer Sprache, die jegliches Ableiten ins Nebensächliche meidet, nach eigenem Plan die gestellte Aufgabe gemeistert.

Troller

Quelques remarques concernant la brevetabilité des produits chimiques

GUILLAUME de MONTMOLLIN

Valangin (Neuchâtel)

Le comité exécutif de l'A.I.P.I., lors de sa réunion de Copenhague en mai 1951, sur l'initiative prise par le Groupe hollandais a décidé de porter à l'ordre du jour du Congrès de Vienne, prévu pour Pentecôte 1952, la question de la brevetabilité des produits chimiques.

Si cette question concerne certainement la brevetabilité des nouveaux produits chimiques, elle n'exclut apparemment pas l'étude de la brevetabilité des produits chimiques déjà connus, mais obtenus par de nouveaux procédés, le mot nouveau englobant toute amélioration susceptible de protection d'un procédé déjà connu. L'initiative du Groupe hollandais pose enfin le problème d'une protection équitable des inventions chimiques correspondant réellement à l'état actuel de nos connaissances en chimie.

C'est pourquoi, dans un premier chapitre I nous prendrons position sur la question de la brevetabilité des produits chimiques, puis, dans un second chapitre II, nous traiterons brièvement la question d'une protection des inventions chimiques conforme à la situation, telle qu'elle se présente aujourd'hui.

I

a) On peut résumer l'histoire de la protection des inventions chimiques par le rappel des deux systèmes bien connus.

Le plus ancien, appliqué entre autres en France et aux Etats-Unis d'Amérique, accorde la protection tant aux procédés de fabrication qu'aux «nouveaux»* produits.

* Nous mettons dès maintenant «nouveau» entre guillemets car, en réalité, dans la majorité des cas, il ne s'agit pas de produits qui méritent sans restriction ce qualificatif. (Voir chapitre II, 5e alinéa.)

Le plus récent, qui émane de l'Allemagne, a été conçu pour obvier à certaines conséquences fâcheuses de la protection des produits. Il refuse en principe la protection aux «nouveaux» produits qui sont le résultat direct de réactions chimiques et ne protège que les procédés (en accordant toutefois, règle générale, la protection aux produits résultant immédiatement du procédé protégé).

b) L'énoncé du principe refusant la protection aux nouveaux produits chimiques dit clairement que ceux-ci ne tombent sous cette disposition, que s'ils sont les produits directs de réactions chimiques. En conséquence un mélange, par exemple, de deux produits tombant chacun sous cette interdiction n'y tombe pas et peut être breveté, si ce mélange possède des qualités telles qu'il peut être taxé d'invention. Il s'agit ici d'un point acquis sur lequel nous ne revenons que pour mémoire.

c) Quant à la protection des «nouveaux» produits obtenus directement par des réactions chimiques, il existe au sein de l'Union, comme on vient de le rappeler sous lettre a deux systèmes. L'initiative hollandaise vise à aboutir à l'unification des législations. Ce postulat est conforme à la tâche que s'est imposée l'A.I.P.P.I. Une question se pose cependant: la réalisation de ce postulat à l'heure actuelle est-elle vraiment opportune?

Il convient tout d'abord de rappeler ce qui a incité l'Allemagne, lors de l'établissement de sa loi sur les brevets d'invention (en 1887), à instituer la non-brevetabilité des produits chimiques. C'est ce qui s'était passé en France, il y a bientôt un siècle: l'émigration d'une industrie, qui était en train de prendre un essor magnifique, au profit de la Suisse et surtout de l'Allemagne; ceci à la suite du monopole quasiment absolu accordé par les tribunaux aux détenteurs du fameux brevet de la fuchsine. Les milieux compétents sont aussi unanimes à voir dans la nouvelle disposition allemande une des raisons du développement vraiment extraordinaire que l'industrie chimique a pris dans ce pays. C'est aussi la raison pour laquelle nombre de pays de l'Europe, entre autres l'Autriche, la Hollande et la Suisse, lors de l'élaboration de leurs lois sur les brevets, ont adopté eux aussi, la disposition allemande.

Le moment est-il vraiment venu de demander à ces pays, en particulier à l'Allemagne, de retrancher de leur législation une disposition dont personne ne songe à contester les grands services qu'elle a rendus? Il nous semble que c'est avant tout aux représentants de l'Allemagne à se prononcer sur cette question.

Nous nous permettons cependant les remarques suivantes:

1. Si l'on veut protéger l'inventeur avec le plus de chances de succès possibles — et c'est entre autres à quoi l'A.I.P.P.I. veut arriver — la protection la plus efficace, lorsqu'il s'agit de «nouveaux» produits, est, sans contredit, la protection des produits eux-mêmes. Car la poursuite en contrefaçon, lorsqu'il s'agit de procédés, sera toujours notablement plus compliquée que lorsqu'il s'agit de «nouveaux» produits. La protection par le procédé encourage incontestablement le contrefacteur. Si donc la protection des «nouveaux» produits chimiques n'est pas contraire à l'intérêt général, ce mode de protection semble être celui qu'il faut soutenir.

2. Ce qui, il y a un demi-siècle, était considéré comme un dogme, la supériorité du système de la brevetabilité des procédés chimiques sur le système accordant la protection aux produits chimiques, ne l'est plus aujourd'hui. Il suffit de constater le développement de l'industrie chimique dans les Etats-Unis d'Amérique et le fait que l'Angleterre vient d'introduire définitivement dans sa législation la brevetabilité des «nouveaux» produits chimiques.

3. La chimie, depuis un demi-siècle, a fait de tels progrès dans les domaines les plus variés, qu'il est difficile de se représenter aujourd'hui un secteur de l'industrie chimique dans lequel un nouveau produit chimique ou une nouvelle classe de produits chimiques protégés par un brevet créerait un monopole paralysant toute industrie n'y participant pas.

4. Dans l'état actuel de la chimie, il semble que, mis à part le domaine des produits pharmaceutiques où l'on a, en général, à faire à des substances relativement compliquées, la protection des inventions chimiques par le seul procédé de fabrication est — abstraction faite de la poursuite en contrefaçon — sensiblement équivalente à la protection des «nouveaux» produits eux-mêmes, à condition, toutefois, que non seulement la protection du procédé englobe aussi celle du «nouveau produit» obtenu par le «nouveau» procédé, mais encore que la loi établisse en outre une présomption en faveur du breveté obligeant le contrefacteur de prouver que son produit, s'il est identique à celui obtenu par le procédé protégé, est cependant fabriqué par un procédé différent et indépendant de celui du brevet. (Renversement du fardeau de la preuve; de telles dispositions existent entre autres en Allemagne et en Suisse.) Il en est ainsi dans le cas des matières colorantes, des produits auxiliaires pour l'industrie textile, des produits artificiels polymères — comme les plastiques, dont on ignore en général la structure — des insecticides, etc.

Il résulte donc des points 2, 3 et 4, que les arguments qui, en son temps, ont été la cause du refus de la brevetabilité des «nouveaux»

produits chimiques, ont grandement perdu de leur actualité et que l'on peut, à bon droit, défendre le point de vue qu'aujourd'hui la brevetabilité des «nouveaux» produits chimiques n'est plus contraire à l'intérêt général.

5. Cependant il est indéniable que certains arguments militent encore avec force pour le système de la protection par le procédé. Nous venons de voir qu'abstraction faite de la poursuite en contrefaçon et du cas particulier des produits pharmaceutiques, la protection obtenue par la brevetabilité des «nouveaux» produits est sensiblement la même que celle obtenue par la protection des seuls procédés. Or, au point de vue international et dans l'intérêt réel de l'inventeur, un postulat de l'A.I.P.P.I. nous semble notablement plus important à réaliser que l'unification de la brevetabilité des inventions chimiques dans l'Union, c'est la suppression de l'obligation d'exploiter. Toute disposition de la Convention qui pourrait s'opposer à la réalisation de ce postulat devrait être évitée; il est à craindre que l'obligation de la protection des nouveaux produits chimiques devienne une des principales raisons que les adversaires de la suppression de l'obligation d'exploiter avanceront.

6. C'est en forgeant que l'on devient forgeron, et l'on sait que bien des inventions sont dues au fait que des chercheurs ont trouvé tout autre chose que ce qu'ils cherchaient. Si la brevetabilité des «nouveaux» produits chimiques ne semble plus aujourd'hui être un obstacle capital au développement de l'industrie chimique, leur non-brevetabilité reste une précieuse incitation à faire de nouvelles inventions, donc de nouveaux progrès.

d) Dans l'introduction du présent rapport, nous avons exprimé l'avis que la proposition hollandaise devait aussi comprendre la brevetabilité des produits chimiques déjà connus, mais obtenus par de nouveaux procédés. L'examen de ce cas nous semble justifié, car on sait que dans l'industrie chimique le perfectionnement des méthodes employées à la production de produits chimiques déjà connus est, d'une part, peut-être aussi important que la création de «nouveaux» produits et, d'autre part, nécessite tout autant d'efforts inventifs. Ces inventions méritent donc une protection aussi efficace que celles qui se rapportent à de «nouveaux» produits. Nous avons déjà vu que l'Allemagne et les pays qui ont suivi son exemple accordent, en règle générale, la protection aux «nouveaux» produits résultant des procédés protégés accompagnée du renversement du fardeau de la preuve. Cependant cette disposition s'arrête aux produits «nouveaux» et n'englobe pas les cas où le produit

résultant du « nouveau » procédé est en soi déjà connu. Or la présomption en faveur du breveté est une condition quasiment indispensable à l'efficacité de la protection en cas d'un procès concernant un brevet relatif à un procédé. Il semble donc raisonnable que, dans les litiges se rapportant à des procédés concernant des produits chimiques déjà connus, suivant les circonstances, le juge ait le pouvoir de décréter ici aussi, le renversement du fardeau de la preuve.

e) En conclusion de ce qui précède, nous renonçons, à l'heure qu'il est, à nous déclarer partisan ou adversaire de la brevetabilité des « nouveaux » produits chimiques.

En revanche nous sommes partisan d'une protection aussi efficace que possible des procédés ceci en particulier par la généralisation de la possibilité de décréter le renversement du fardeau de la preuve toutes les fois qu'une pareille mesure semblera raisonnable.

II

Le développement de la Chimie mentionné sous chiffre 3 de la section c du chapitre I pose la question de savoir si les brevets destinés à protéger les « nouveaux » produits chimiques ou les procédés par lesquels on obtient de telles substances, correspondent à l'invention et à une protection vraiment équitable.

Si l'on consulte, pour répondre à cette question, dans l'ouvrage bien connu de Friedländer « Fortschritte der Farbstoffindustrie und verwandter Industriezweige » — ouvrage qui expose les progrès de l'industrie chimique organique dans son ensemble — la collection des brevets allemands ou les brevets correspondants anglais, français ou des États-Unis d'Amérique, on constatera que, pour une notable partie de ces brevets, cette question ne se pose pas. Ce sont par exemple les brevets concernant des améliorations de procédés conduisant à des produits déjà connus, ou des brevets concernant ce qu'on est convenu d'appeler des procédés d'application — teinture ou impression de textiles, emploi de matières artificielles, etc. — dont le résultat ne peut guère être taxé de « produits chimiques ».

Lorsqu'il s'agit de produits *réellement nouveaux*, c'est-à-dire de produits dont l'état de nos connaissances, lors du dépôt du brevet, ne permettait pas de prévoir l'existence et dont la préparation exige la découverte de réactions originales, cette question ne se pose pas non plus.

Mais ces inventions-là sont vraiment rares, et l'on constatera que l'immense majorité des brevets relatifs à de « nouveaux » produits concerne des

cas où la réaction mise en œuvre, n'a, considérée d'un point de vue strictement chimique et théorique, rien d'original. Le «nouveau» produit devait nécessairement se former en vertu des lois bien connues de la chimie, et en particulier en vertu de la loi des équivalents, loi constamment appliquée, et le «nouveau» procédé n'est lui-même qu'une nouvelle — peut-être la dix-millième — vérification de la loi des équivalents. Il s'agit toujours de l'adaptation de réactions, en soi connues, à des corps dont on sait comment ils réagiront. Il résulte de cet état de choses les deux conséquences suivantes :

a) Les «nouveaux» procédés, qui sont l'objet de tous ces brevets et les «nouveaux» produits résultant de ces procédés ne méritent, de prime abord, cette épithète de «nouveau» que dans un sens restreint, dépouillé de toute notion de découverte ou d'invention. C'est pourquoi, dans cet article, nous avons, dès le début, mis le mot nouveau entre guillemets, toutes les fois qu'il était pris dans ce sens restrictif ou qu'il l'englobait.

b) Dans les pays à examen, comme l'Allemagne d'avant 1945 et les Etats-Unis d'Amérique, les brevets qui protègent ce genre d'inventions, qui sont basées sur ce qu'on appelle, en langage du métier, des procédés d'analogie, sont accordés non pas parce que l'inventeur a réalisé un «nouveau» produit ou un «nouveau» procédé, mais parce que le «nouveau» produit a des qualités nouvelles et inattendues, grâce auxquelles on peut réaliser de nouveaux progrès dans l'industrie ou les sciences qui appliquent la Chimie.

On peut donc prétendre à bon droit, que, dans les procédés d'analogie, l'essentiel de l'invention n'est pas dans la réalisation des «nouveaux» produits, mais se partage en divers facteurs, comme la découverte du problème à résoudre, les prévisions qui ont amené l'inventeur à synthétiser le ou les «nouveaux» produits, dont il a des raisons d'admettre qu'ils auront les propriétés voulues et, finalement, les progrès réalisés grâce aux nouveaux produits.

Les prévisions que l'on vient de signaler sont elles-mêmes le résultat d'un travail intellectuel inventif que seul le chimiste peut faire. Si le point de départ de ses raisonnements et déductions est une connaissance approfondie des applications qu'il veut améliorer ou renouveler, ce sont ses connaissances en chimie d'une part et un sens particulier de l'invention d'autre part qui lui montreront le chemin à suivre et l'empêcheront de s'égarer dans le maquis des innombrables possibilités qui résultent précisément de la loi des équivalents. C'est ainsi que ce ne sont ni les teinturiers qui inventent les «nouvelles» matières colorantes synthétiques, ni les médecins qui sont les auteurs de «nouveaux» produits chimiques à

propriétés curatives, mais des chimistes jouissant, à côté de la Chimie, des connaissances voulues dans les domaines où leurs inventions doivent s'appliquer.

Si donc la synthèse des «nouveaux» produits et les «nouveaux» produits eux-mêmes ne sont pas, dans le cas qui nous occupe, l'essentiel de ces inventions, ces inventions ressortent cependant incontestablement du domaine de la Chimie synthétique. Leur protection équitable pose toutefois un problème qui peut être illustré par le cas suivant :

Un inventeur a obtenu un brevet protégeant les esters x, y et z non pas parce que c'est une invention de faire agir les acides a, b et c sur les alcools d, e et f, puisque la chimie nous enseigne que par l'action des acides a, b et c sur les alcools d, e et f il se formera précisément les esters x, y et z, mais uniquement parce que son sens de l'invention — qui est loin d'être l'apanage de tout le monde — lui aura fait prévoir que les esters x, y et z ont quelque chance d'avoir des propriétés qui permettent de les employer dans la lutte contre certains parasites, et parce que l'examen des «nouveaux» produits a démontré que ses prévisions se sont réalisées. Est-il alors logique que, si un nouvel inventeur trouve que les mêmes esters x, y et z peuvent être employés avec succès dans la préparation de nouvelles matières colorantes, il soit gêné dans sa liberté d'action parce que le premier inventeur a prévu que ces esters sont propres à la lutte contre certains parasites? Nous n'hésitons pas à dire, pour notre part, qu'il s'agit d'une protection à la mauvaise place et, de ce fait, illogique et contraire à l'équité.

La question a été posée par la Ciba au «Deutsches Reichspatentamt» au cours d'oppositions faites par elle à des demandes de brevets allemands il y a une dizaine d'années¹. La guerre n'a pas permis d'élucider la question, mais elle a été étudiée depuis dans différents articles parus en Allemagne ces derniers temps².

Il nous semble qu'on ne peut résoudre cette question qu'en prenant le taureau par les cornes.

Puisque dans ce que l'on protège actuellement soit par des procédés d'analogie, soit par des produits résultant de tels procédés, l'essentiel de l'invention réside ailleurs que dans le «nouveau» procédé ou le «nouveau» produit, et que ce mode de protection a les graves inconvénients que l'on vient d'exposer, pourquoi ne pas déclarer résolument, si la

¹ Oppositions de la Ciba contre les demandes de brevets J 63991/12. q du 20.8.42 et J 64619/12. q également du 28.8.42.

² GRUR 51. Jg. (1949) S. 215, 51. Jg. (1949) S. 396, 52. Jg. (1950) S. 204. *Angewandte Chemie* 63. Jg. (1951) S. 137.

nouvelle application a un caractère industriel dans le sens de l'article I de la Convention, que ni les «nouveaux» procédés, ni les «nouveaux» produits ne sont susceptibles de protection, mais le résultat de l'invention réellement faite: procédé de teinture s'il s'agit de matières colorantes, procédé de lutte contre les parasites, s'il s'agit de «nouveaux» produits parasitocides, procédé pour la préparation d'objets de forme définie, s'il s'agit de matières plastiques destinées à la fabrication de tels objets, etc. Ces procédés seraient alors définis par l'emploi des «nouveaux» produits, définis eux-mêmes par leurs constitutions ou par leur mode de préparation. Le mode de préparation devra naturellement être aussi exactement décrit que précédemment. Ceci est nécessaire, d'une part, en vertu du principe que, dans le texte du brevet, l'invention doit être exposée de manière à pouvoir être exécutée par l'homme du métier et, d'autre part, pour bien souligner les liens entre les différentes parties de l'invention; l'activité créatrice du chimiste qui doit d'abord concevoir puis synthétiser le «nouveau» produit et le but de cette synthèse, l'application des «nouveaux» produits.

Un des inconvénients d'un pareil système serait la difficulté de la poursuite de la contrefaçon, les fabricants de produits chimiques étant notablement moins nombreux que ceux qui mettent en œuvre les applications industrielles. Pour obvier à cette difficulté, on pourrait envisager d'accorder provisoirement au breveté un monopole sur les «nouveaux» produits. Ce monopole n'est que provisoire, car il sera automatiquement restreint toutes les fois qu'un tiers aura trouvé une application réellement différente de celle qui est l'objet de l'invention brevetée, par exemple s'il a fait une nouvelle invention parallèle à celle qui aura donné naissance au premier brevet.

Pour éviter, dans la mesure du possible, des abus, le tiers sera tenu de communiquer son intention, avant la mise en œuvre commerciale de son invention, au détenteur du monopole provisoire, ceci soit par la publication d'un brevet ou d'une demande de brevet, soit par communication directe. Au cas où le premier inventeur estimerait que la communication n'est qu'un essai de légitimer une usurpation, il pourra porter immédiatement le cas devant les tribunaux.

Si le tiers a négligé de faire la communication au premier inventeur, cette circonstance sera jugée par les tribunaux comme aggravante.

Une deuxième objection que l'on pourrait faire au système proposé est qu'il semble, à première vue, uniquement applicable aux pays à examen, dans lesquels l'administration aura à trancher la question de savoir si les inventions dont on demande la protection, sont réellement nouvelles, ou sont des cas d'analogie. Cependant, les pays sans examen sont, en règle

générale, très larges quant à l'interprétation de l'unité d'invention; on obtient dans un même brevet la protection du procédé de fabrication, du «nouveau» produit et des nouvelles applications. Ce sera alors, le cas échéant, la tâche des tribunaux de décider où gît l'invention et ce qu'il conviendra d'accorder au breveté.

Cette réglementation n'est apparemment pas applicable aux produits pharmaceutiques, l'application de ces derniers n'appartenant plus aux domaines de l'industrie, mais à celui de la santé publique. Les inventions relatives aux produits pharmaceutiques sont cependant pour le moins aussi méritoires et dignes de protection que celles faites dans d'autres domaines, leur protection est nécessaire non seulement pour une juste rémunération de l'inventeur, mais surtout pour encourager la recherche, ce qui est certainement dans l'intérêt général. Mais cette protection ne peut se faire que par le système actuel, protection des «nouveaux» procédés et, si l'on désire une protection plus effective, étant donné la nature des inventions dans ce domaine (voir sous I, lettre c, chiffre 4) par la protection des «nouveaux» produits. Les monopoles accordés par cette protection ne devraient alors, eux aussi, n'être que provisoires et soumis, *mutatis mutandis*, aux mêmes restrictions que celles prévues dans les cas où les applications des «nouveaux» produits sont du domaine de l'industrie.

La solution préconisée se rapproche très sensiblement de la solution proposée en Allemagne dans certains des travaux cités plus haut, E. Kirchner, GRUR 51. Jg. (1949) S. 215; H. Dersin, Angewandte Chemie 63. Jg. (1951) S. 137 où l'on suggérait, pour les procédés d'analogie et les produits en résultant, la limitation du monopole conféré par le brevet aux applications en vertu desquelles ce dernier aurait été accordé (Angewandte Chemie, l. c. Zusammenfassung, No. 4, S. 140, «Das Analogieverfahren führt zu einem zweckgebundenen Patent mit einem beschränkten, auf den angegebenen Verwendungssektor gerichteten Schutzbereich»); dans le cas des produits pharmaceutiques, elle serait même pratiquement identique.

Nous voyons dans ces propositions les avantages suivants:

1. Le breveté reçoit le monopole auquel il a réellement droit sans empiéter sur ce qui ne lui appartient pas.
2. Abstraction faite des produits pharmaceutiques, la question de l'obligation d'exploiter perd son acuité puisque, règle générale, ce qui sera breveté dans les différents pays sera précisément ce qui y sera mis en œuvre.

3. Abstraction faite des produits pharmaceutiques, l'inventeur, dans la jouissance de son invention, profitera d'une sécurité comparable à celle dont il jouit actuellement dans les pays accordant la brevetabilité aux «nouveaux» produits.

Nous soumettons aux cercles intéressés ces quelques réflexions en espérant que les discussions auxquelles elles pourront donner lieu aideront à trouver une solution aux problèmes soulevés par la question posée par le Groupe hollandais.

Zusammenfassung

Die von der holländischen Gruppe aufgerollte Frage der Patentfähigkeit der chemischen Produkte wird von verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachtet.

Zur Frage, ob Verfahren- oder Stoffschutz zu empfehlen ist, wird die Ansicht geäußert, daß der wirksamste Schutz, insbesondere auf dem Gebiete der Pharmaceutika, der Stoffschutz ist; gleichzeitig wird festgestellt, daß der Stoffschutz, infolge der großen Entwicklung der Chemie, heute nicht mehr die schwerwiegenden Nachteile besitzt, die seinerzeit Deutschland veranlaßt haben, den Verfahrenschutz unter Ausschluß des Stoffschutzes einzuführen. Es kann aber nicht in Abrede gestellt werden, daß, abgesehen von dem bereits erwähnten Gebiete der Pharmaceutika, der Verfahrenschutz auch heute gewisse Vorteile bietet. Deshalb und insbesondere angesichts der historischen und wirtschaftlichen Bedeutung, die der Stoffschutz für Deutschland hatte, wird zunächst darauf verzichtet, Stellung zugunsten des einen oder andern Systems zu nehmen, und empfohlen, die Stellungnahme der Vertreter Deutschlands abzuwarten.

Im zweiten Teil des Aufsatzes wurde darauf hingewiesen, daß eine Entscheidung über die Frage Stoff- oder Verfahrenschutz keine Lösung des Problems eines gerechten Schutzes solcher chemischer Erfindungen bedeutet, bei welchen neue Produkte auf Grund von sogenannten Analogieverfahren synthetisiert werden. In solchen Fällen ist der Begriff der Neuheit der neuen Stoffe und besonders der neuen Verfahren mit gewissen Einschränkungen auszulegen, und der monopolistische Schutz solcher Stoffe und Verfahren kann zu flagranten Ungerechtigkeiten führen. Als Remedur wird ein «provisorischer Stoffschutz» zur Diskussion vorgeschlagen, der sich etwa wie das in der deutschen Literatur vorgeschlagene «zweckgebundene Patent mit einem beschränkten, auf den angegebenen Verwendungssektor gerichteten Schutzbereich» auswirken sollte.

Der Patentschutz für chemische Erfindungen

GEORGES GANSSER

Basel

In den meisten Ländern unterstehen chemische Erfindungen einer einschränkenden Ausnahmeregelung, die in der Schweiz aus geschichtlichen und wirtschaftlichen Gründen besonders ausgeprägt ist. Der gänzliche Mangel eines Patentschutzes bis 1888 und der Ausschluß der Patentfähigkeit chemischer Erfindungen durch das Modellerfordernis bis zum Jahre 1907 waren auf die Bestrebungen der einheimischen chemischen Industrie zurückzuführen, ihre Handlungsfreiheit im eigenen Lande zu bewahren. Unter dem Druck des Auslandes gewährte jedoch das Patentgesetz von 1907 auch chemischen Erfindungen den Patentschutz. Dieser Schutz war und ist heute noch enger als in den meisten andern Ländern, da er nur solche Erfindungspatente für die Herstellung neuer chemischer Stoffe zuläßt, die ein einziges Verfahren zum Gegenstand haben, welches unter Verwendung ganz bestimmter Ausgangsstoffe zu einem einzigen Endstoff führt. Die Beschränkung ist somit eine doppelte: einmal Ausschluß des chemischen Stoffschutzes, sodann Verbot der in der Chemie überall üblichen Serienpatente, d. h. Patente, welche Gruppen von Verbindungen umfassen. Die Forderung der chemischen Industrie, dem auf chemischem Wege hergestellten Stoff an sich den Patentschutz zu versagen, beruhte nicht zuletzt auf der Furcht vor den nachteiligen Wirkungen, die das Stoffpatent in Frankreich im Fuchsin-Fall gezeigt hatte, da es die Verwendung verbesserter Produktionsverfahren ausschloß, wodurch die Entwicklung der chemischen Industrie aufgehalten und ein Teil davon zur Auswanderung veranlaßt wurde. Die Begrenzung des Verfahrensschutzes auf die Herstellung eines einzigen Individuums der chemischen Serie war durch eine wohl übertriebene Furcht vor weitumfassenden Serienpatenten fremder Firmen motiviert.

In den letzten Jahrzehnten hat die schweizerische chemische Industrie ihre Leistungsfähigkeit derart gesteigert, daß sie nicht nur die Furcht vor hemmenden Patentmonopolen fremder Firmen aufgeben durfte, sondern daß der außerordentlich enge Verfahrensschutz ihr selbst zur lästigen Fessel wurde. Die Härte der gegenwärtigen Regelung kann auch durch die Möglichkeit von Zusatzpatenten nicht wirksam gemildert werden, so daß der Patentschutz für chemische Erfindungen zwangsläufig lückenhaft bleibt. Dem hat der im Frühjahr 1950 der Bundesversammlung unterbreitete Revisionsentwurf für ein neues Patentgesetz bis zu einem gewissen Grade Rechnung getragen. Er bestimmt, daß Erfindungen von Verfahren zur Herstellung chemischer Stoffe, bei welchen man die Ausgangsstoffe variieren und durch die nämliche chemische Reaktion oder Folge von chemischen Reaktionen eine Reihe von Endstoffen erhalten kann, mit einem einzigen Patent umfassend geschützt werden können. Dadurch wird die Schweiz in Übereinstimmung mit dem Ziel der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums eine Vereinheitlichung des Patentschutzes auch im internationalen Verhältnis fördern und die Ausnahmebehandlung chemischer Erfindungen mildern.

Angesichts gewisser Bestrebungen im Schoße der Internationalen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz dürfte es jedoch angebracht erscheinen, die Frage, ob überhaupt eine Ausnahmebehandlung chemischer Erfindungen gerechtfertigt ist, einer erneuten Nachprüfung zu unterziehen. Obwohl mit Zustimmung der einheimischen Industrie das Verbot des chemischen Stoffschutzes im Revisionsentwurf beibehalten wurde, kann auf lange Sicht diesem Problem von internationaler Tragweite nicht ausgewichen werden, sodaß eine Diskussion des pro und contra sicherlich nur nützlich sein dürfte. Es ist klar, daß dabei der heute in der Schweiz erzielte gesetzgeberische Kompromiß unangetastet bleiben muß, umsomehr als die Einführung des Stoffschutzes nur auf internationaler Ebene erfolgen sollte, was noch viel Zeit und Mühe kosten wird. Die Erörterungen müssen auch die besonders umstrittene Frage des Schutzes pharmazeutischer Erfindungen umfassen.

Welches sind nun die Gründe, die die oben erwähnte Ausnahmebehandlung der chemischen Erfindungen, verglichen mit den übrigen naturwissenschaftlich-technischen Erfindungen, rechtfertigen, und sind sie heute noch stichhaltig?

Gegen die Zulässigkeit von Stoffpatenten wurden vor allem im deutschen Schrifttum Gründe theoretischer Natur geltend gemacht, die zum Teil heute noch verfochten werden. So betonten Kohler und andere Autoren, daß chemische Stoffe in der Natur bereits vorhanden sind; werde

nun etwas erfunden, was die Natur bereits geschaffen habe, so liege keine Erfindung, sondern bloße Entdeckung vor. Das gelte auch für den Fall, daß ein chemischer Stoff bisher in der Natur nicht bekannt sei; denn sein Vorhandensein sei mindestens möglich. «Da der Natur somit keine neue Seite abgewonnen werde», liege keine Erfindung vor und der Ausschluß der Patentierung chemischer Stoffe entspreche dem Wesen des Patentrechtes.

Wie Isay zutreffend ausgeführt hat, ist diese Argumentierung verfehlt. Einmal müßte sie auch die Patentfähigkeit von Analogieverfahren, die im allgemeinen bis heute nicht bestritten wurde, ausschließen. Denn, wenn ein Herstellungsverfahren nicht erfinderisch ist, so müßte man auch der Auffindung eines neuen wertvollen Stoffes den Erfindungscharakter absprechen, weil damit «der Natur keine neue Seite abgewonnen wird» und eben überhaupt keine Erfindung mehr übrigbleibt. Davon abgesehen würde die These von Kohler auch für eine Reihe von mechanischen Erfindungen gelten, die in der Natur vorgebildet sind. Umgekehrt gibt es eine Anzahl chemischer Stoffe, die in der Natur gar nicht vorkommen können, weil deren Existenzbedingungen in der freien Natur nicht vorhanden sind. Der weitere Gedanke von Kohler geht dahin, daß — auch wenn eine chemische Kombination in der Natur nachweislich fehle — es sich weniger darum handle, die Verbindung zu schaffen, als die Hindernisse der Verbindung zu entfernen, da die chemischen Verbindungen auf einer naturgemäßen Disposition der Grundstoffe beruhen.

Wäre dieser Gedanke für das Patentverbot zwingend, so würde er höchstens gegen die Patentfähigkeit chemischer Verbindungen überhaupt sprechen, nicht aber erklären, weshalb zwar das Verfahren, jedoch nicht der Stoff patentfähig sein soll.

Von verschiedenen Autoren wird ferner hervorgehoben, daß neue chemische Vorgänge der direkten Betrachtung entzogen sind, daß die Ausgangsmaterialien meist verändert oder verbraucht werden und daß somit die chemische Erfindung nicht durch ein Modell dargestellt werden könne. Es ist nun nicht einzusehen, wieso diese Unterschiede gegenüber anderen Erfindungen den Ausschluß des Patentschutzes begründen sollen. Sofern eine erfinderische Tätigkeit bejaht werden muß, dürfte es keine Rolle spielen, ob diese äußerlich erkennbar ist oder nicht. Es ist auch nicht einzusehen, wieso die wertvollen Eigenschaften einer Erfindung wahrnehmbar sein müssen, um deren Patentfähigkeit zu begründen. Endlich ist trotz mangelnder Modelldarstellbarkeit die Abgrenzung eines neuen chemischen Stoffes durchaus möglich.

Wir glauben deshalb, daß es keine stichhaltigen Gründe theoretischer Natur gibt, die eine unterschiedliche Behandlung chemischer Patente rechtfertigen. Der Ausschluß des chemischen Stoffschutzes in vielen Ländern ist geschichtlich und wirtschaftspolitisch zu erklären, innerlich aber nicht berechtigt.

Gewichtiger sind Erwägungen praktischer Natur, die für das Verbot des Stoffschutzes herangezogen werden. Im Vordergrund steht dabei die Behauptung, der chemische Stoffschutz lähme die Erfindertätigkeit und behindere die wissenschaftliche und industrielle Entwicklung, da der Patentinhaber für einen chemischen Stoff ein das ganze Gebiet sperrendes Monopol erhalte, so daß kein genügender Anreiz mehr bestehe, nach anderen Verfahren zur Herstellung desselben Stoffes zu suchen. Der Stoffschutz könnte zum Beispiel zur Folge haben, daß ein Stoff mangels Wirtschaftlichkeit des Verfahrens überhaupt nicht oder nur nach dem vom ersten Erfinder angewendeten unvollkommenen Verfahren fabriziert werde, da der jüngere Erfinder eines Verbesserungsverfahrens zufolge Abhängigkeit an der Ausbeutung seiner Erfindung gehindert werde.

Es ist zunächst zu bemerken, daß der Stoffschutz in den Vereinigten Staaten die gewaltige Entwicklung der chemischen Industrie nicht behindert hat. Auffallend ist auch, daß das neue englische Patentgesetz von 1949 den Stoffschutz für chemische Produkte zuläßt, die Furcht vor einer Lähmung der Erfindertätigkeit also offensichtlich nicht teilt. Es ist naturgemäß schwierig zu beurteilen, ob Stoffpatente die Entwicklung zum Beispiel der schweizerischen und der deutschen chemischen Industrie in den letzten Jahrzehnten beeinträchtigt hätten. Sicherlich muß zugegeben werden, daß die Fälle, in denen der Erfinder eines chemischen Stoffes zunächst ein wenig brauchbares Verfahren findet und man für die Herstellung des Stoffes auf spätere Erfindungen angewiesen ist, heutzutage selten sind. Oft sind mit der Auffindung des neuen wertvollen Stoffes auch die Herstellungsverfahren gegeben und werden heute durch Verfahrenspatente geschützt, die einem Stoffschutz de facto gleichkommen. Unsere Industrie ist im übrigen zumeist schöpferisch tätig durch Schaffung und Verbesserung eigener Erfindungen, und sucht nicht in erster Linie nach Verfahren zur Umgehung fremder Schutzrechte. Wenn in Ausnahmefällen eine unerwünschte Sperrwirkung eintritt, so kommt dies wohl auch in anderen Industriezweigen vor; sollte diesfalls keine Verständigung zu erzielen sein, so kann das Institut der Zwangslizenz Abhilfe schaffen. Es ist aber nicht gerechtfertigt, dem Erfinder eines neuen wertvollen Stoffes, weil dieser auf chemischem Wege ge-

wonnen wird, den Patentschutz für den Stoff zu versagen und ihn auf den Weg des recht umständlichen und etwa lückenhaften Verfahrensschutzes zu verweisen. Die überwiegende Zahl der chemischen Erfindungen beruht heute auf Analogieverfahren, deren Patentfähigkeit durch die unerwartet wertvollen Eigenschaften des Endproduktes begründet werden. Es ist nun kaum folgerichtig, daß der Erfinder, der Wissenschaft und Technik mit einem neuen chemischen Stoff bereichert, den Patentschutz auf dem Umweg über an sich nichterfinderische Verfahren erzielen muß und dadurch eigentlich etwas anderes als den wahren Erfindungsgegenstand unter Schutz stellt. Ein Stoffpatent würde hingegen die wahre Erfindung erfassen; ein allfälliger Vorwurf, dieses gewähre einen über das Ergebnis der eigentlichen Erfindertätigkeit hinausgehenden Schutz, wäre unbegründet, denn zur erfinderischen Leistung des Chemikers gehört die durch die Wahl geeigneter Ausgangsmaterialien erzielte Gewinnung neuer und unerwartet wertvoller Endprodukte. Liegt kein neuer und wertvoller Stoff vor, sondern wird ein bekannter Stoff durch ein Originalverfahren beansprucht, so kommt nach wie vor nur ein Verfahrenspatent in Betracht.

Wir glauben also, daß die Befürchtungen, wonach Stoffpatente die Entwicklung der Industrie wesentlich erschweren würden, in praxi nicht durchschlagend sind.

Anderseits zeigt die Erfahrung, daß nur der verfahrensunabhängige Stoffschutz dem chemischen Erfinder einen wirksamen Schutz verleiht. Wohl dehnen die meisten Patentgesetze den Verfahrensschutz auf die unmittelbaren Verfahrenserzeugnisse aus, und viele Gesetze erleichtern bei neuen Stoffen die Stellung des Patentinhabers durch Umkehrung der Beweislast im Patentverletzungsprozeß. Diese Regeln erweisen sich jedoch als ungenügend. Fehlt die Beweislastumkehrung, so befindet sich der Inhaber eines Verfahrenspatentes regelmäßig in einem Beweisnotstand, da er ja nicht aufzuzeigen vermag, daß der Nachahmer oder dessen in- oder ausländischer Lieferant die vertriebenen Produkte nach der ihm patentierten Methode herstellt, zumal das benützte Herstellungsverfahren am Verfahrenserzeugnis nicht erkennbar ist. Auch wenn die Beweislastumkehrung an sich anwendbar ist, so behauptet der Verletzer regelmäßig, ein unabhängiges Fabrikationsverfahren zu benutzen, und verschantzt sich hinter dem Geschäftsgeheimnis. Deshalb muß trotz der Beweiserleichterung das Risiko gerichtlicher Schritte übernommen werden, die zu zahlreichen Diskussionen, zum Beispiel über den Neuheitsbegriff des konkurrenziierten Stoffes, führen. Der Revisionsentwurf zum schweizerischen Patentgesetz hat deshalb die

Beweislastregel ausgedehnt, u. a. in der Weise, daß sie auch für bekannte Stoffe gilt, wenn eine Patentverletzung glaubhaft gemacht wird. Dies ändert aber nichts daran, daß der Patentinhaber unter dem System des Verfahrenspatentes nur allzuoft Nachahmer dulden muß, welche die Früchte einer Erfindung herbsten, die vielleicht erst nach jahrelanger und kostspieliger Forschung ausgearbeitet wurde.

Die Anerkennung des Stoffschutzes bedeutet aber nicht nur die Gewährung eines äquivalenten und wirksamen Schutzes für den chemischen Erfinder, sondern bewirkt auch eine wesentliche Vereinfachung der Patentierung sowie eine vermehrte Klarheit des Schutzzumfanges des erteilten Erfindungspatentes. Alle Abgrenzungsschwierigkeiten, beispielsweise zu den Legierungen, sind hinfällig, und eine Gleichstellung der chemischen Erfindung mit diesen und mechanischen Erfindungen wird erzielt. Ist also für einen Stoff, gleichgültig, ob chemisches Produkt oder Legierung, nach den allgemeinen Regeln auf Grund seiner technischen Eigenart das Vorliegen einer Erfindung zu bejahen, so muß er auch als solcher — d. h. um seiner selbst willen — unmittelbar den Schutz genießen können und nicht erst auf einem gekünstelten Umwege, und zwar unabhängig davon, ob sein Herstellungsverfahren als physikalisches oder chemisches zu deuten ist. Ein bestimmtes Verfahren muß natürlich in der Patentschrift insofern beschrieben oder allenfalls mit beansprucht sein, als eine eindeutige technische Vorschrift zur jederzeitigen Erzeugung des Stoffes erforderlich ist.

Endlich kann die Berechtigung des Stoffschutzes dann um so unbedenklicher befürwortet werden, wenn die Einführung der amtlichen Vorprüfung die Erteilung wertloser oder unbegründet breiter Patente weitgehend ausschließt.

Wie bereits angetönt, hat sich die chemische Industrie in den letzten Jahrzehnten beträchtlich entwickelt, und zwar auf Grund ihrer schöpferischen, auf neue Stoffe gerichteten Forschungstätigkeit, und nicht auf Grund der vom Patentgesetz gegebenen Möglichkeit, neue Herstellungsverfahren für bekannte Stoffe frei von fremden Patentrechten ausüben zu können. Der Einwand, die Beschränkung des chemischen Patentschutzes habe diesen Fortschritt ermöglicht, sodaß auf die weittragende Neuerung durch Einführung des Stoffschutzes besser verzichtet werde, erscheint daher nicht mehr als stichhaltig. Der Übergang zum verfahrens-unabhängigen Stoffschutz würde im Hinblick auf die derzeitigen breiten Verfahrenspatente oder Patentkategorien auch kaum zu vermehrter Patentierung zwingen, um nicht durch Schutzrechte Dritter von gewissen Verbindungen ausgeschlossen zu sein. Jede Neuregelung zeitigt jedoch naturgemäß gewisse nachteilige oder unvorhergesehene Folgen. Sie ist

deshalb — wie bereits betont — nur zweckmäßig, wenn sie auf internationaler Ebene verwirklicht wird, so daß zwischen den Industriestaaten ein Gleichgewicht erzielt wird, und wenn gewisse Kautelen vorhanden sind, die weiter unten kurz angeführt werden sollen. Nur nebenbei sei erwähnt, daß mit dem Stoffschutz das vor allem in Deutschland umstrittene Problem, ob und inwieweit neben der Herstellung einer neuen chemischen Verbindung deren Anwendung schutzfähig sein soll, hinfällig wird.

Aus sozialpolitischen Gründen ist der Patentschutz für pharmazeutische Erfindungen in vielen Ländern sehr umstritten. Soweit Arzneimittel chemische Stoffe darstellen, ist ein Stoffschutz in der Schweiz und in einer Reihe von Ländern schon durch den Ausschluß der Patentierbarkeit chemischer Stoffe unzulässig. Es ist jedoch grundsätzlich zu prüfen, ob auch im Falle der Befürwortung des chemischen Stoffschutzes besondere Gründe vorliegen, welche ein Patentverbot für Heilmittel rechtfertigen in der Weise, daß nur gewisse pharmazeutische Herstellungsverfahren schutzfähig sind. Der schweizerische Gesetzgeber hat solche Gründe anerkannt und daher auch auf anderem als chemischem Wege hergestellten Arzneimitteln nicht nur den Stoff-, sondern auch den Verfahrensschutz versagt. Der Revisionsentwurf hat durch Beseitigung einer Gesetzeslücke sämtliche Arzneimittel vom Stoffschutz ausgeschlossen und lediglich wie bisher die chemischen Herstellungsverfahren für Heilmittel zum Patentschutz zugelassen. Somit bleiben insbesondere die durch physikalisch-analytische Verfahren gewonnenen neueren Arzneimittel ohne jeden Patentschutz. Die Schweiz steht zufolge dieser oft schwierigen und rechtsunsicheren Unterscheidung zwischen jenen Staaten, welche schlechthin für Arzneimittel und deren Fabrikationsmethoden ein Patentverbot kennen, und jenen Ländern, die wenigstens sämtlichen Herstellungsverfahren die Patentfähigkeit zuerkennen. Immerhin soll die Diskriminierung in der Dauer der schweizerischen Arzneimittelpatente aufgehoben werden, da sie den von ihr verfolgten Zweck nicht erreichen konnte, vielmehr ungerechte und nachteilige Folgen zeitigte.

Für den Ausschluß bzw. die Einschränkung des Patentschutzes von Arzneimitteln werden gemeinhin folgende Gründe geltend gemacht. Die Menschheit solle am Genusse dieser Güter nicht durch Monopole behindert werden. Der Patentschutz, der zwangsläufig die freie Konkurrenz hemme, bewirke eine Verteuerung der Heilmittel und damit eine untragbare finanzielle Belastung weiter Bevölkerungskreise. Wie bereits erwähnt, bewirkt jedoch der Erfindungsschutz eine Bereicherung und Steigerung der Lebensgüter der Menschheit. Es ist deshalb nicht einzusehen, wieso jenen Erfindern, welche in langwieriger und kostspieliger For-

schungstätigkeit zur Linderung der Leiden der Bevölkerung beitragen, der Patentschutz versagt werden sollte. Die Vereinigten Staaten und neuerdings England kennen daher keine einschränkenden Bestimmungen für die Patentierbarkeit pharmazeutischer Erfindungen. Es gibt eben keine stichhaltigen inneren Gründe, die eine Schlechterstellung des Arzneimittelerfinders rechtfertigen. Die Berücksichtigung schutzwürdiger öffentlicher Interessen erfolgt zutreffender durch das Institut der Zwangslizenz als durch den Ausschluß oder die Begrenzung der Patentierbarkeit. Der Einwand, der Patentschutz bringe eine ungebührliche Verteuerung der Arzneimittel, hält bei näherer Prüfung nicht stand, besonders wenn für Ausnahmefälle durch Zwangslizenzen Allgemeininteressen gewahrt werden können. Schon anlässlich der Beratungen über die Einführung des schweizerischen Patentgesetzes von 1907 konnte von den Gegnern des Patentschutzes nicht überzeugend die Verteuerung der geschützten Arzneien gegenüber den ungeschützten nachgewiesen werden. Während der Diskussionen über den Revisionsentwurf wurde vom Eidgenössischen Amt für Geistiges Eigentum Ende 1947 eine Untersuchung durchgeführt, welche das vermutliche Ausmaß der Verteuerung von Arzneimitteln durch einen unbeschränkten Verfahrensschutz für eine normale Patentdauer feststellen sollte. Abgesehen davon, daß der prozentuale Anteil an patentierten Arzneimitteln höchstens etwa 8% der gesamten Rezeptkosten ausmachen würde, ergäbe sich nur bei etwa 15% der Arzneimittel eine übrigens nicht sehr erhebliche und vorübergehende Verteuerung zu Lasten des Verbrauchers. Einer gewissen Verteuerung steht durch die Gewährung eines wirksamen Ausschlußrechtes der Vorteil gegenüber, daß der Anreiz zur Erforschung neuer Heilmittel unterstützt wird. Ferner ist eine allfällige kleine Verteuerung die normale Folge jedes Exklusivrechtes, dessen Existenzberechtigung ja nicht bestritten werden kann. Endlich spielt der Patentschutz für den Preis pharmazeutischer Produkte bei genauerer Betrachtung eine ganz untergeordnete Rolle; maßgebend sind vielmehr die Kosten des für Arzneimittel außergewöhnlich großen Forschungsaufwandes, der Ausgangsmaterialien und der Produktion selbst. So hat zum Beispiel das in USA durch Verfahrens- und Stoffpatente umfassend geschützte Heilmittel Cortison in jenem Lande innert verhältnismäßig kurzer Zeit eine ganz beträchtliche Verbilligung erfahren.

Hin und wieder wird gegen den Stoffschutz für Arzneimittel eingewendet, daß es unsittlich wäre, den Menschen zum Gegenstand gewerblicher Verwertung zu machen. Dieser Einwand geht an der Sache vorbei, da der Stoffschutz nur das Heilmittel selbst als industrielles Produkt erfaßt und somit, wie bei den patentfähigen chirurgischen Instrumenten,

die ärztliche Behandlung frei bleibt. Wir kommen daher zum Schluß, daß die bisher erwähnten allgemeinen Erwägungen zu Gunsten des Stoffschutzes auch bei den Arzneimitteln gelten, da keine besonderen Gründe den Ausschluß der Patentierbarkeit des erfundenen neuen Stoffes rechtfertigen. Es wird lediglich noch zu prüfen sein, ob und inwiefern neue Mischungen bekannter Pharmazeutika vom Stoffschutz umfaßt werden sollen. Mit dem generellen und absoluten Stoffschutz fallen auch alle jene Abgrenzungsschwierigkeiten dahin, deren Erörterung den Rahmen dieser Abhandlung überschreiten würde.

In den meisten Gesetzen sind die Herstellungsverfahren für chemische Produkte, die als Nahrungs- oder Genußmittel dienen, patentfähig, während der Erzeugnisschutz ausgeschlossen ist. Nach geltendem schweizerischem Recht ist nicht nur der chemische Stoff-, sondern auch der Verfahrensschutz bei Nahrungs- und Genußmitteln ausgeschlossen. Die Befürchtung, daß durch die Zulässigkeit von Verfahrenspatenten wichtige Erfindungen von solchen Mitteln zum Schaden von Mensch und Tier vom Patentinhaber ausgebeutet werden könnten, ist unbegründet, da kaum unentbehrliche Nahrungsstoffe auf chemischer Grundlage erfunden werden. Der Revisionsentwurf anerkennt daher die Patentierbarkeit aller Herstellungsverfahren, erweitert jedoch das Stoffschutzverbot auch auf nicht-chemische Stoffe. Da man sich bekanntlich auch ohne die neuesten Erzeugnisse des Lebensmittelmarktes richtig ernähren kann, dürfte die allgemeine Zulässigkeit des Stoffschutzes, der beispielsweise in Frankreich, Italien und USA verwirklicht ist, keine Unzuträglichkeiten bringen. Dies gilt für Nahrungs- und a fortiori für reine Genußmittel.

Die generelle Einführung des absoluten chemischen Stoffschutzes hat zur Folge, daß dem Erfinder einer neuen und wertvollen Verbindung die Benutzung aller Herstellungsverfahren für diese und der Vertrieb des Produktes während der Patentdauer vorbehalten bleiben. Die Verwendung eines auch in der Patentschrift nicht beschriebenen Herstellungsverfahrens ist somit nicht gestattet. Diese Lösung ist keineswegs unbillig, da der Ersterfinder gewissermaßen eine Pionierleistung erbringt und als Äquivalent einen wirksamen Schutz verdient. Dagegen bleiben Dritten neue Verfahrensarten zugänglich, wenn sie selbst erfinderisch sind (Originalverfahren), also gegenüber dem Stande der Technik einen Fortschritt darstellen. Für eine derartige Verbesserungserfindung besteht allerdings Abhängigkeit vom Stoffpatent, da sie ohne Benützung der Ersterfindung nicht verwertet werden kann. Wird keine Verständigung erzielt, so hat der abhängige Erfinder nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften einen Zwangslizenzanspruch. Auf Einzelheiten ist hier nicht einzutreten.

Diese Regelung stellt einen angemessenen Ausgleich der Interessen dar und entkräftet den Einwand, daß der Stoffschutz den Ansporn zur Erforschung besserer und billigerer Herstellungsverfahren zerstöre.

Dem chemischen Stoffschutz wird nun öfters vorgeworfen, er gewähre auch jenem Erfinder ein umfassendes Monopol, der eine neue Verbindung erforscht hat lediglich für eine bestimmte Verwendungsmöglichkeit, wodurch der spätere Erfinder einer vielleicht wichtigeren Applikation des gleichen Stoffes ungebührlich benachteiligt würde. In der Tat umfaßt das Erzeugnispatent auch sämtliche Verwendungsmöglichkeiten der neuen Substanz, obwohl die Angabe nur eines Anwendungsgebietes für die Patentierung genügt bzw. weitere Applikationsmöglichkeiten noch gar nicht erforscht oder überhaupt voraussehbar sind, so daß man u. U. die Auffassung vertreten kann, der Stoffschutz gebe mehr als einen der offenbarten Erfindungskennntnis adäquaten Schutz und fördere reine Sperrpatente. Aus diesem Grunde ist im Sinne eines Kompromisses vorgeschlagen worden, den Stoffschutz nur in Bezug auf die vom Erfinder geoffenbarte Anwendung zu gewähren, welche auf den unerwarteten Eigenschaften des neuen Produktes beruht. Der Erfinder eines Farbstoffes soll damit die Herstellung, den Vertrieb und Gebrauch des identischen Stoffes, zum Beispiel als Desinfektionsmittel oder als Zwischenprodukt für ein Arzneimittel, nicht verhindern können. Das generelle Ausschlußrecht soll durch den Verwendungszweck begrenzt werden.

Die vorgeschlagene Lösung vermag uns nicht zu überzeugen. Zunächst sei vorausgeschickt, daß auch umfassende Verfahrenspatente naturgemäß eine gewisse Sperrwirkung haben. Abgesehen davon darf füglich behauptet werden, daß gänzlich neue Applikationen für erfundene chemische Stoffe doch eine seltene Ausnahme bilden. Die Nachprüfung und Anwendung neuer chemischer Stoffe jedoch ist in der Regel keine erfinderische Leistung. Endlich führt ein durch die Zweckbestimmung beschränkter Erzeugnischutz zu einer Reihe unvermeidbarer Komplikationen, welche die Vorteile des Stoffschutzes bei der Verfolgung von Nachahmern sofort wieder beseitigen. Wenn nämlich ein Dritter zum Beispiel das als Heilmittel geschützte Produkt für Desinfektionszwecke oder als Zwischenprodukt in den Handel bringt, so ist beim besten Willen eine wirksame Kontrolle darüber, ob das Produkt nicht doch als Arzneimittel verwendet wird, unmöglich. Logischerweise müßte ein zweckgebundener Stoffschutz noch zu weiteren Unterteilungen innerhalb eines Anwendungsbereiches führen (zum Beispiel Heilmittel gegen Herzleiden), was jeden praktischen Schutz verhindern würde. Die Schwierigkeiten für die Formulierung der Patentansprüche wären überdies recht beträchtlich. Es zeigt sich eben,

daß auf lange Sicht nur der absolute Stoffschutz auch für chemische Produkte eine befriedigende Lösung bieten kann. Ein Vorbehalt gilt aber auch hier. Wenn ein Dritter eine ganz neue Verwendbarkeit des patentgeschützten chemischen Stoffes erfindet, so ist ihm in Anlehnung an die Bestimmung des schweizerischen Revisionsentwurfes nötigenfalls ein Zwangslizenzanspruch gegenüber dem Inhaber des Stoffpatentes einzuräumen, da sein Patent oder seine u. U. nicht zur Patentierung zugelassene Erfindung von jenem abhängig ist. Wie bei der Verbesserungserfindung bietet diese Regelung einen angemessenen Interessenausgleich.

Zusammenfassend sei festgehalten, daß die gegen den Stoffschutz vorgebrachten Gründe theoretischer und praktischer Natur heute nicht mehr stichhaltig sind. Vielmehr bietet — wie praktische Erfahrungen zeigen — nur der absolute Stoffschutz dem chemischen Erfinder einen äquivalenten und wirksamen Schutz, dessen Gewährleistung bekanntlich auch im öffentlichen Interesse liegt. Es muß demnach die Gleichstellung der chemischen mit anderen Erfindungen in allen jenen Industriestaaten angestrebt werden, die immer noch durch Gesetz oder Praxis eine Ausnahmebehandlung kennen. Die geforderte internationale Anpassung der Patentgesetzgebung an die industrielle Entwicklung kann allerdings nur auf lange Sicht und nicht ohne gewisse Kautelen gegen mißbräuchliche Auswirkungen geschehen. So müssen ungerechtfertigt breite Stoffpatente durch die amtliche Vorprüfung oder das gerichtliche Nichtigkeitsverfahren vermieden werden, während die Interessen des abhängigen Erfinders und der Allgemeinheit durch eine angemessene Verwendung des Institutes der Zwangslizenz zu wahren sind.

Unsere Ausführungen sind als persönliche Meinungsäußerung aufzufassen mit dem Zwecke, die Diskussion dieses umstrittenen Problems auch in unserem Lande zu fördern.

Résumé

Les inventions chimiques sont soumises dans beaucoup de pays, et particulièrement en Suisse, à un régime spécial qui limite la protection de fabrication. Ce système qui s'explique par des raisons historiques et économiques ne correspond plus, à notre avis, aux exigences modernes de l'industrie chimique dont l'activité inventive considérable nécessite de longues recherches souvent très coûteuses. D'autre part, la brevetabilité

du procédé chimique, bien qu'elle s'étende souvent au produit directement obtenu par le procédé breveté, n'accorde pas une protection équivalente et efficace à l'inventeur. Pour cette raison, la nouvelle loi anglaise a suivi l'exemple des Etats-Unis d'Amérique en introduisant le brevet de corps qui protège une nouvelle substance chimique indépendamment de son procédé de fabrication.

La question de la brevetabilité des produits chimiques sera réexaminée et discutée dans le cadre de l'Union, tant sur le plan national que sur le plan international. Par conséquent, les milieux intéressés suisses doivent approfondir l'étude de ce problème complexe, et ceci indépendamment du fait que le projet de la nouvelle loi suisse reprend le régime traditionnel avec quelques modifications.

La partie principale de la publication est consacrée à l'examen des arguments théoriques et pratiques avancés contre la brevetabilité du produit chimique, qu'il ait un intérêt au point de vue médical ou non, et spécialement à l'examen de la validité actuelle de ces arguments. L'auteur arrive à la conclusion qu'on ne peut guère justifier de nos jours la différenciation de l'invention chimique. L'auteur souligne également le fait que, seul le brevet de corps peut assurer une protection effective conforme à l'intérêt du créateur d'une nouvelle substance et à l'intérêt général. Bien qu'il nous semble désavantageux de limiter — comme on l'a suggéré pour certains cas — la protection du produit à l'application invoquée pour justifier cette protection, il faudrait continuer de sauvegarder les intérêts d'un éventuel inventeur ultérieur. Sous cette réserve, nous croyons que tôt ou tard les pays de l'Union devront accorder une protection absolue aux produits chimiques pour éliminer la différenciation injustifiée de toute une classe d'inventeurs.

Literatur

- Beckmann, L.*: GRUR, November 1927, S. 745.
Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente, 25. April 1950, S. 28.
Casalonga, A.: Traité technique et pratique des brevets d'invention, Paris, 1949, S. 149.
Cueni, F.: Mitteilungen der Schweizergruppe, 1945, Heft 4, S. 224.
de Montmollin, G.: Mitteilungen der Schweizergruppe, 1945, Heft 4, S. 183.
Engi, J. G.: Ciba-Zeitschrift, Sonder-Nummer, 18. Juni 1942, S. 167.
Ephraïm, J.: Deutsches Patentrecht für Chemiker, 1907, S. 103.
Fertig, F.: Zeitschrift für angewandte Chemie, Februar 1921, S. 33.

- Flubacher, J.*: Die chemische Erfindung unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Diss., Basel.
- Fuchs, J. J.*: Die Regelung der Patentgesetzgebung auf dem Arzneimittelgebiet in den europäischen Staaten, Diss., Basel.
- Isay, H.*: Patentgesetz, 6. Auflage, Berlin, 1932, S. 94.
- Isay, H.*: Zeitschrift für angewandte Chemie, September 1910, S. 1705.
- Kirchner, E.*: GRUR, Juli 1949, S. 215.
- Kohler, J.*: Handbuch des deutschen Patentrechtes, Berlin, 1900, S. 85.
- Müller, E.*: Chemie und Patentrecht, Berlin, 1951, S. 11.
- Ohnesorge, O.*: GRUR, August 1924, S. 116.
- Reimer, E.*: Patentgesetz, 1949, Bd. 1, S. 104.
- Swan, K. R.*: Final Report of the Departmental Committee on the Patents and Designs Act.
- Weidlich, R.*: GRUR, Dezember 1949, S. 396.
- Weidlich, R., und Blum, E.*: Das schweizerische Patentrecht, Bern, 1934, Bd. 1, S. 116.

Ein schwedisch-schweizerischer Patentprozeß

Die *CIBA Aktiengesellschaft* in Basel meldete am 28. Januar 1939 in Schweden ein Patent für ein Verfahren zur Herstellung ihres bekannten Heilmittels «*Cibazol*» an, und zwar unter der Beanspruchung schweizerischer Prioritätsanmeldungen aus dem Jahre 1938. Das schwedische Patent wurde am 9. Mai 1945 erteilt. Gegen dieses Patent reichte die schwedische Aktiengesellschaft Astra, das größte schwedische Unternehmen für pharmazeutische Produkte, eine Klage ein, worin sie die gerichtliche Feststellung verlangte, daß das Erfindungspatent der Ciba ihr gegenüber nicht gelte, da ihr ein sogenanntes Vorbenutzungsrecht auf Grund ihrer Arbeiten im Herbst 1938 zustehe.

Das Stadtgericht in Stockholm fällt am 26. September 1946 mehrheitlich ein Urteil zu Gunsten der Firma Astra, gegen welches die Ciba Berufung einlegte. Die zweite Instanz bestätigte jedoch am 20. Juni 1947 den erstinstanzlichen Entscheid. Da es sich um einen Streitfall von grundsätzlicher und großer wirtschaftlicher Bedeutung handelte — Astra fabriziert ihr dem «*Cibazol*» entsprechendes Sulfathiazol in großen Mengen —, appellierte die Ciba an den Obersten Gerichtshof Schwedens. Das Urteil der höchsten Instanz wurde am 26. Juni 1951 verkündet und lautete einstimmig zu Gunsten der Ciba. Das von der schwedischen Firma beanspruchte Vorbenutzungsrecht wurde zurückgewiesen, so daß das schwedische Patent der Ciba auch der Astra gegenüber ab 1945 geltend gemacht werden kann. Damit folgte der Oberste Gerichtshof der Argumentierung der Ciba, welcher im wesentlichen auch ein in seinem Auftrag erstelltes Gutachten des schwedischen Patentamtes beigegeben hatte.

Ähnlich wie in der Schweiz hat nach schwedischem Patentrecht derjenige ein Patent nicht gegen sich gelten zu lassen, welcher die Erfindung zur Zeit der Patentanmeldung bereits benützt oder die für eine solche Benützung wesentlichen Maßnahmen ergriffen hat. Da Schweden die Londoner Fassung von 1934 der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums noch nicht ratifiziert hat, kann in jenem Lande ein Vorbenutzungsrecht auch innerhalb des Prioritätsintervalles entstehen, was zum erwähnten Patentstreit geführt hat. Das Vorbenutzungsrecht bezweckt, aus Billigkeitserwägungen jenem die Mitbenutzung einer Erfindung zu gestatten, der sie im Zeitpunkt der Patentanmeldung eines Dritten bereits ausgearbeitet und in Benutzung genommen hat oder mindestens wesentliche Veranstaltungen für eine Benutzung getroffen hat.

Im vorliegenden schwedisch-schweizerischen Patentprozeß hat Ciba nicht bestritten, daß Astra zeitlich vor der Entnahme der schwedischen Patentanmeldung der Ciba kleinere Mengen Sulfathiazol im Laboratorium hergestellt hat. Sie vertrat aber die Auffassung, daß dies in casu keinesfalls genüge, weil Astra das von ihr hergestellte Sulfathiazol noch nicht auf seine pharmakologischen Eigenschaften untersucht hatte. Sie wußte und konnte aber am 28. Januar 1939 noch nicht wissen, daß ihren Versuchsmengen die patentbegründete günstige therapeutische Wirkung zukomme. Demzufolge fehlte die Erkenntnis der Erfindung und damit der Wille zu deren unmittelbaren Ausnutzung. In den Laboratorien der chemischen Fabriken werden laufend die verschiedensten Substanzen nebeneinander zu Versuchszwecken hergestellt, bei denen häufig das Herstellungsverfahren selbst nicht erfinderisch ist. Es entspräche aber nicht dem Sinn des Vorbenutzungsrechtes, das einen starken Eingriff in die Ausschließlichkeitsrechte des Erfinders und Patentinhabers darstellt, in solchen Fällen die Befugnis zur lizenzfreien Fabrikation für die ganze Patentdauer zu gewähren.

Im vorliegenden Rechtsstreit gelangte deshalb das höchste schwedische Gericht zur Schlußfolgerung, daß das von der Astra vor dem 28. Januar 1939 hergestellte Sulfathiazol nicht unmittelbar als Heilmittel verwendet, sondern bei weiteren Versuchsarbeiten im Laboratorium verbraucht wurde. Da Astra nicht beabsichtigte, diese Versuchsmengen auf andere Weise zu verwenden, verneinte der Gerichtshof die Vorbenutzung und vertrat auf Grund der Beweisaufnahme der ersten Instanz die Auffassung, daß auch keine wesentlichen Maßnahmen zur Benutzung der produzierten Sulfathiazol-Mengen als Heilmittel getroffen worden waren, als Ciba ihre Erfindung in Schweden zum Patent anmeldete. Im Gegen-

satz zu den unteren Instanzen wurde erkannt, daß keine genügende Grundlage für die Beanspruchung eines Vorbenutzungsrechtes gegenüber dem Patent der Ciba vorhanden sei, so daß Astra dieses Schutzrecht gegen sich gelten lassen muß.

Dieses höchstgerichtliche Urteil ist für die pharmazeutische Industrie in vielen Ländern unzweifelhaft ein Präjudiz von erheblicher Tragweite, da es den Erfinder eines neuen Heilmittels vor einer unbegründeten Schmälerung seines gesetzlichen Patentschutzes bewahrt.

Ciba Aktiengesellschaft, Patentabteilung

Diskussionsbeitrag zum Problem der Markenübertragung¹

Dr. jur. ALFRED AMSLER
Zürich²

1. Zu zwei Publikationen

In Heft 2 der Zeitschrift «Wirtschaft und Recht» von 1950 weist W. F. Bürgi in seinem Artikel «Rechtliche und wirtschaftliche Überlegungen zum Problem der Markenlizenz» unter anderem darauf hin,

- daß die Natur des Markenrechtes nur durch Betrachtung der wirtschaftlichen Realität erfaßt werden kann und deshalb notwendigerweise *zeitbedingt* ist,
- daß die neuere Theorie allgemein und sicher mit Recht das *Markenrecht* als *in engstem Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht* stehend anerkennt,
- daß die in der Literatur genannten Funktionen der Marke — *Herkunftsbezeichnung* und *Qualitätsgarantie* — in der Praxis *häufig nebeneinander* in Erscheinung treten,
- daß *Firmenmarken* und *Phantasiemarken* als zwei voneinander verschiedene Markenarten auseinanderzuhalten sind,

¹ Dieser Artikel wurde auf Veranlassung von Heberlein & Co. AG. vom Autor der nachstehend genannten Dissertation verfaßt, um die Diskussion über dieses aktuelle Thema in Fluß zu bringen.

² Die gemeinschaftliche Markenbenützung verschiedener Unternehmen. Diss. Zürich 1949.

- daß bei der *Firmenmarke* (CIBA-Igin, CIBA-zol; TOBLER-one) die Herkunft des Produktes betont wird und diese enge Verbindung zwischen Marke und Hersteller bei freier Übertragung des Markenrechtes auf einen Dritten zu Verwechslungen führen könnte, daß aber die Gefahr einer Publikumstäuschung über die Herkunft der Ware gegenstandslos wird, wenn der Markenerwerber oder Lizenznehmer auf der Verpackung seine Firma bekanntgibt,
- daß die besonders zahlreichen *Phantasiemarken*, ohne einen Anklang an den Firmennamen aufzuweisen, in erster Linie der *Kennzeichnung eines Produktes*, nicht derjenigen seines *Erstellers* dienen,
- daß die von den Gegnern einer freien Übertragung des Markenrechtes angeführte *Täuschung des Publikums über die Herkunft der Ware* vorwiegend ein *Problem des unlauteren Wettbewerbes* ist und daß die bei der Übertragung oder Lizenzerteilung zufolge anderer Herkunft gefürchtete Verschlechterung des Markenproduktes schon ebenso gut beim ursprünglichen Markeninhaber vorkommen kann und — zum Beispiel zufolge kriegswirtschaftlicher Bewirtschaftung bestimmter Rohstoffe — auch mehrfach vorgekommen ist, so daß eine Nichtübertragung von Markenrechten die Abnehmer keineswegs vor Täuschung sichert und das derart getäuschte Publikum im Boykott des verschlechterten Produktes eine wirtschaftlich wirksame Waffe sowohl gegen den ursprünglichen und jeden späteren Markeninhaber hat.

Diesen zweifelsohne richtigen und die freie Übertragbarkeit der Marke befürwortenden Ausführungen stellt K. Spoendlin 1950 im Novemberheft der Zeitschrift «Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», nach Kenntnisnahme der Ausführungen Bürgis, unter der Überschrift «Zur freien Übertragbarkeit der Marke» seine ablehnende Meinung mit der im wesentlichen folgenden Begründung gegenüber,

- daß die wesentlichste Funktion der Marke die *Angabe der Herkunft* sei,
- daß die Theorie der Garantiefunktion der Marke, wonach diese im wesentlichen die Aufgabe der Bezeugung einer bestimmten Qualität der Ware habe, den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht werde,
- daß die Marke selbst keine Garantie für die Beschaffenheit der Ware biete,
- daß die Qualitätsfunktion der Marke höchstens in den Vorstellungen der Käufer liegen könne,

- daß der Fabrikant seine Marke wohl als «Qualitätsmarke» auffasse und erfreut sei, sie vom Käufer als *Merkmal einer bestimmten Qualität* verstanden zu wissen, doch eben nur als Zeichen *seines* Qualitätsproduktes,
- daß wohl in der Vorstellung des Käufers eine Änderung eingetreten sein möge, doch sehe dieser in der Marke *nicht nur eine Qualitätsbezeichnung*, «der Käufer weiß — zum Glück — sehr wohl, daß mit der Marke *die Herkunft von einer bestimmten Unternehmung* bezeugt wird...»,
- daß er diese jedoch bisweilen nicht kenne,
- daß sowohl Gegner wie Befürworter sich auf die Garantiefunktion berufen, woraus zu folgern sei, daß Argumente auf einer andern Ebene zu suchen seien,
- daß die Marke für das Geschäft sehr wertvoll werden könne, weil sie «Werbekraft» gewonnen habe, die Werbekraft liege nicht im Markennamen oder -bild, sondern in der Werbekraft des Markenartikels oder des Geschäftes des Inhabers selbst,
- daß die Verbindung von Marke und Markenartikel und Geschäftsinhaber nicht eine zufällige sei, die Marke stelle *einen integrierenden Bestandteil des Geschäftes mit dem betreffenden Markenartikel* dar und aus ihrem Wesen als akzessorisches Recht lasse sich ihre freie Übertragbarkeit nicht rechtfertigen.

2. Einige Betrachtungen zum Problem

Während Bürgi in dem hiervor erwähnten Artikel von der wirtschaftlichen Wirklichkeit ausgehend — also empirisch — der *Natur des Markenrechtes* näher zu kommen versucht und dabei richtig erkennt, daß rechtliche Folgerungen aus wirtschaftlichen Tatsachen nur aus zwingenden Gründen abgelehnt werden dürfen, kommt Spoendlin durch logische Folgerungen aus der Behauptung der überragenden Herkunftsfunktion der Marke — also deduktiv — zur Ablehnung einer freien Übertragbarkeit der Marke. Dabei ist die Richtigkeit seiner Folgerungen zwangsläufig vom Ausgangspunkt abhängig. Ist dieser falsch, so sind es auch alle Folgerungen.

Nun hat die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Marke im Laufe der Geschichte wiederholt geändert. Diente sie *ursprünglich als Hausmarke* dem Inhaber zur Markierung der ihm gehörenden Sachen, der

von ihm gefertigten Waren und als Unterschrift, so schuf sie im Mittelalter *persönliche Beziehungen* zwischen Gewerbetreibendem und Kunde. Jedem Gewerbetreibenden war ein einziges Zeichen zuerkannt, das im Markenbuch verurkundet und als *Geschäftszeichen* aufs engste mit dem Geschäftsbetrieb verbunden war. Als Beispiel sei der von Osterrieth in seinem Buche «Gewerblicher Rechtsschutz» angeführte Eintrag über das Zeichen eines Bäckers aus Lübeck angeführt, wonach im «Weddeboeck» bestimmt wurde, daß das Zeichen bei dem Hause verbleiben soll, «solange dathsulve vor ein backhuess gebrucket werth». — Vermochte die Marke in wirtschaftlichen einfachen Verhältnissen früherer Zeiten auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb hinzuweisen, so änderte das seit dem 19. Jahrhundert mit der Tatsache der *Eintragung von vielen Hunderttausenden von Marken*. Abgesehen von den zahlenmäßig wenigen *Firmenmarken*, die Bürgi näher erläutert, wurde das Heer der Hunderttausenden von *Phantasiemarken* zu *Warenzeichen*. Als Beweis sei zum Beispiel auf die in der Zeitschrift «Propriété industrielle» 1942 wiedergegebene Statistik über die Fabrik- und Handelsmarken in *Deutschland* verwiesen, wovon 1894 bis 1941 von 931 757 Eintragungsgesuchen 540 850 Marken eingetragen und 287 310 übertragen und 396 242 Eintragungen erneuert wurden. Ein Blick in das Statistische Jahrbuch der *Schweiz* besagt, daß jährlich 2000 neue Marken *national* eingetragen werden. Erwähnt sei noch die Zahl der seit 1891 bis 1946 in Bern eingetragenen *internationalen* Marken mit über 127 000.

Spoendlin knüpft seine Folgerungen an mittelalterliche Gegebenheiten an und läßt die neuzeitliche Entfaltung der Marke unberücksichtigt, wenn er behauptet, die Marke bezeuge die Herkunft von einer bestimmten Unternehmung, der Käufer kenne diese jedoch bisweilen nicht. Allein die Berücksichtigung der hiervoor erwähnten Zahlen aus nur zwei Staaten ergeben das Gegenteil, nämlich, daß bei solch gewaltigen Ziffern die Vorstellung des Käufers von dem hinter der Marke stehenden Unternehmen verschwindend klein sein muß und er nur bisweilen ein Unternehmen kennt. Hinter der Marke steht nicht mehr ein einzelner Gewerbebetrieb mittelalterlicher Prägung, in dem zum Beispiel der Kannengießer stolz sein Zeichen auf das wohlgelungene Einzelstück schlug. Heute stehen oft modernste, auf Massenproduktion eingerichtete Großunternehmen mit Tausenden von Arbeitern und vielen Zweigniederlassungen in aller Welt hinter ihr, und in der heutigen arbeitsteiligen Wirtschaftsform sind auch diese Unternehmen weiter mit andern, Rohstoffe, Halbfabrikate oder Bestandteile liefernden Unternehmen wirtschaftlich verflochten. — Erwähnt sei hier das von Bürgi angeführte Beispiel der *Vertriebsgesellschaften*,

die ihre Markenartikel anderswo fabrizieren oder fertigstellen lassen und dabei keineswegs an ihre bisherigen Lieferanten gebunden sind.

Die Tatsache geschichtlicher Wandlung der Wirtschaftsform und die Erfassung der faktischen Gegebenheiten unserer Zeit lassen erkennen, daß die Phantasie- und Firmenmarke dem Käufer nichts Eindeutiges darüber sagen können, ob der Markenartikel in einem einzigen Unternehmen hergestellt oder nach Vorfabrikation in andern Unternehmen dort nur zusammengestellt oder nach einem bestimmten und vorgeschriebenen Verfahren verarbeitet oder überhaupt nur mit einer Marke versehen wurde. Die Tatsache, daß der Artikel nun aber auf dem Wege zum Konsumenten doch durch das ihn mit einer Marke bezeichnende Unternehmen *hindurchging*, besagt dem Kunden aber noch nichts über dessen *Herkunft*.

Der Wandel der Bedeutung der Herkunfts- oder Hinweisfunktion der Marke geht auch aus folgenden Überlegungen hervor. Wirtschaftlich betrachtet, steht die eine Ware kennzeichnende Marke einerseits zwischen dem Konsumenten und andererseits zwischen dem Fabrikanten oder Händler. Während nun in Zeiten einfacher Wirtschaftsverhältnisse der Geschäftsbetrieb mit der ihm zugehörigen einzigen Marke eine Einheit bildeten, haben sich in der modernen Wirtschaft Rechtsverhältnisse zwischen der Marke und dem den mittelalterlichen Geschäftsbetrieb in der Weiterentwicklung ablösenden Unternehmen herausgebildet. Bildlich gesehen, rückt die Marke vom Unternehmen ab, um die zwischen diesem und ihr liegenden Rechtsverhältnisse aufzuzeigen. Während nun früher, vom Konsumenten aus betrachtet, die Marke auf den Geschäftsbetrieb hinwies, aus dem die Ware ursprünglich stammte, so weist sie heute insbesondere auf den zur Markenführung Berechtigten, auch wenn dieser nicht Produzent der Ware ist. — Diese Tatsache wird denn auch in wirklichkeitsnahen richterlichen Entscheiden erhärtet, so zum Beispiel in dem von Walt. Derenberg in «Warenzeichen und Wettbewerb in den Vereinigten Staaten» zitierten «Bourjois-Katzel»-Entscheid, wonach das amerikanische Gericht schon 1923 den inländischen Markenbenutzer vor einem ausländischen Konkurrenten, der eine gleiche Ware gleicher Herkunft verkaufte, schützte. — Insbesondere wurde im Entscheid ausgeführt, daß wenn auch die Marke des ausländischen Konkurrenten die Herkunft der Ware richtig angebe, das nicht genau sei, denn die eingetragene Marke weise auf den Berechtigten in USA hin, von dem die Ware herkommt, auch wenn er nicht deren Fabrikant ist. Deutlich kommt hier auch der Grundsatz zum Ausdruck, daß das der Marke schutzgewährende Land dem zur Markenführung Berechtigten ein Ausschließlichkeits-

recht gewährt. Ein grundsätzlich gleicher Entscheid ist in der Zeitschrift «Copyright» 1938/39 erwähnt, wonach die zur Markenführung berechnigte holländische Tochtergesellschaft des deutschen Unternehmens «Bayer» mit Erfolg gegen einen Konkurrenten vorging, der ebenfalls aus dem Unternehmen «Bayer» (J. G. Farben AG., Leverkusen) stammende Waren zu niedrigeren Preisen auf den holländischen Markt zu bringen versuchte. — Auch hier wurde der Erkenntnis, wonach die Marke *auf den zur Führung Berechnigten hinweist* und ihm im schutzgewährenden Lande eine Monopolstellung einräumt, Nachachtung verschafft.

Das englische Markengesetz von 1937/38 legt denn diese Erkenntnis schon der Begriffsbestimmung der Marke zugrunde, wonach diese ein markenmäßig gebrauchtes Zeichen ist, das im Handel die Beziehungen zwischen diesen Waren und irgend jemand kennzeichnen soll, der entweder als Inhaber oder als eingetragener Lizenznehmer zu ihrem Gebrauch berechnigt ist, wobei ein besonderer Hinweis auf diese Person vorhanden sein kann, aber nicht vorhanden sein muß.

Das Problem der freien Übertragbarkeit der Marke und dasjenige der Markenlizenz hat seine Wurzeln im Wettbewerbsrecht. Geht man von dessen Grundgedanken aus, so kommt man zur Anerkennung der freien Übertragbarkeit der Marke und der Zulässigkeit der Markenlizenz. In künftigen Auseinandersetzungen um das Für und das Wider der Anerkennung der freien Markenübertragung und der Zulässigkeit der Markenlizenz sollten die Grundgedanken des Wettbewerbsrechtes um so eher eine Diskussionsbasis abgeben, als schon heute Einmütigkeit darüber herrscht, daß das Markenrecht nur einen Ausschnitt aus dem größeren Gebiete des Wettbewerbsrechtes bildet.

Welches sind nun diese Grundgedanken des Wettbewerbsrechtes? — Die Antwort gewinnt an Klarheit, wenn man sich einerseits die Front der Konkurrenten, andererseits die sich bildenden Rechtssätze vorstellt, die schließlich im Gesetz verankert werden. Betrachtet man die Front der Konkurrenten, so erkennt man, daß die Tatsache der vorhandenen Konkurrenz den Einzelnen zur Leistungssteigerung anspornt. Läßt einer in seiner Leistung im Verhältnis zum Konkurrierenden nach, so bleibt die Nachfrage nach der von ihm angebotenen Ware aus. Entschließt er sich nicht zu neuen Leistungen, so scheidet er als nicht konkurrenz- und nicht lebensfähig aus dem Wettbewerb aus. Nun erbringt der einzelne Konkurrent aber nur dann eine besondere Leistung oder bemüht sich um die Erhaltung der bisherigen Güte seiner Erzeugnisse, wenn ihm andererseits Gewähr dafür gegeben ist, daß ihm die Früchte seiner Anstrengungen auch zufallen. So sind die Grundgedanken des Wettbewerbs einer-

seits Leistungssteigerung, andererseits Garantie dafür, daß jeder Nutznießer seiner wirtschaftlich verwertbaren Leistung wird.

Die Art der Leistung kann nun recht mannigfaltig sein, wobei aber immer der Erbringer der Leistung der Nutznießer derselben werden soll, sei diese nun zum Beispiel im Gebiet der Technik, der Chemie oder der Herstellung und dem Vertrieb von Massenartikeln. Überragt zum Beispiel eine Leistung auf technischem Gebiet als Neuheit den Stand der bisherigen Technik, so wird dem Erfinder gegen Offenbarung des Erfindergedankens ein absolutes Ausschlußrecht während einer Reihe von Jahren zur wirtschaftlichen Nutzung der erbrachten Leistung eingeräumt. Die Art der Nutzung, zum Beispiel Hingabe seiner wirtschaftlich verwertbaren Leistung gegen Geld oder die Einräumung örtlich und zeitlich beschränkter Nutzungsrechte ist ihm freigestellt. Während der Schutzfrist, die zum Beispiel in der Schweiz für technische Erfindungen 15, für Arzneimittel 10 Jahre beträgt, hat der Erfinder oder die von ihm ermächtigten Personen das alleinige Recht auf wirtschaftliche Nutzung durch Herstellung, Gebrauch und Absatz des Gegenstandes der Erfindung. Nach Ablauf der Schutzfrist wird die Erfindung Allgemeingut und dient der Weiterentwicklung als Ausgangspunkt.

Während nun bei den patentfähigen Erzeugnissen diese ausschließlich vom Patentinhaber und der von ihm ermächtigten Personen hergestellt und wirtschaftlich genutzt werden dürfen, werden die nicht patentfähigen Produkte von zahlreichen Konkurrenten in unterschiedlicher Güte angefertigt und feilgehalten. Diese Konkurrenten genießen nicht die dem Erfinder eingeräumte Monopolstellung.

Die Marke ermöglicht es, die *neben* dem unter Patentschutz stehenden Erzeugnis erbrachten Leistungen auch nach Ablauf der Schutzfrist wirtschaftlich zu nutzen, so daß nicht ein Dritter Nutznießer fremder Arbeitsleistung wird. Mit Ablauf der Schutzfrist wird das patentierte Erzeugnis Allgemeingut, und neben dem bisherigen Produzenten haben Konkurrenten das Recht auf Herstellung und Vertrieb des Produktes. Die Verwendung der Marke aber, für deren Bekanntwerden der Inhaber Aufwendungen machte, steht allein ihm zu, um so die neben dem patentierten Erzeugnis erbrachten Leistungen zu nutzen, mögen diese zum Beispiel auch nur in einer gefälligen oder zweckmäßigen Verpackung oder in der Schaffung einer weltweiten Absatzorganisation oder in der Preiswürdigkeit des Erzeugnisses liegen. Als Beispiel sei der Markenartikel «Aspirin» erwähnt, dessen chemische Zusammensetzung längst nicht mehr unter Patentschutz steht und von jedermann als Acidum acetylo-salicylicum hergestellt und unter dieser oder irgendeiner Bezeichnung, außer derjenigen des Wortes «Aspirin», abgesetzt werden darf.

Anerkennt man den Grundsatz, daß jeder Nutznießer seiner Leistung werden soll, so wird man dem Erbringer dieser Leistung auch die Art der wirtschaftlichen Verwertung anheimstellen, solange diese im Rahmen der Rechtsordnung bleibt. Wie dem Patentinhaber, muß ihm die Veräußerung der unter einer Marke erbrachten Leistung in Form der *Übertragung der Marke* oder die *Einräumung von örtlich und zeitlich begrenzten Nutzungsrechten* zugebilligt werden. Als hauptsächlichstes Hindernis einer solchen, die tatsächlichen Verhältnisse gesetzlich anerkennenden Regelung wird die *Täuschung des Publikums* ins Feld geführt, wobei sich die Täuschung auf die Herkunft und die Qualität des unter einer Marke offerierten Erzeugnisses beziehe. — Glaubt man, daß trotz der Unsumme von Marken eine Täuschung über die Herkunft der Ware möglich sei, so ist diese Gefahr leicht durch Beifügung der Firma des zur Markenführung Berechtigten behoben. Fürchtet man die Qualitätsverschlechterung, so werden auch diese Bedenken zerstreut, wenn man die wirtschaftliche Wirklichkeit betrachtet, wonach es dem ursprünglichen Markeninhaber unbenommen ist, die Qualität seiner Erzeugnisse zu variieren. Der empfindsame Käufer und die wachsamen Konkurrenz würden hier rasch Abhilfe schaffen, wenn sich wirklich jemand finden sollte, der glaubt, ohne zwingende eigene Gründe (zum Beispiel durch Kriegswirtschaft oder Rohstoffsperrung) seine Ware ohne empfindliche eigene Nachteile verschlechtern zu dürfen. Aber wo sind denn in der Wirklichkeit solche Warenverschlechterungen oder -veränderungen zu einem Grade vorgekommen, daß von einer wesentlichen Täuschung des Publikums gesprochen werden darf, indem zum Beispiel jemand unter einem bekannten Stimulierungsmittel (zum Beispiel C-phos) ein Schlafmittel vertrieb? — Solche theoretischen Bedenken schwinden, wenn man sieht, mit welcher Sorgfalt eine Absatzorganisation für eine unter einer Marke gehandelte Ware aufgebaut und gepflegt wird, um das einmal erworbene Vertrauen in die Güte des Markenartikels zu erhalten, wenn möglich, zu mehren.

Wenn es einem Unternehmen durch irgendwelche zwischenstaatliche Erschwerungen (Zoll- oder Clearingbestimmungen) nicht möglich ist, zu annehmbaren Bedingungen ein Markenprodukt auf den ausländischen Markt zu bringen, so ist der ursprüngliche Markeninhaber im eigenen Interesse in der Wahl des zur Markenführung Berechtigten recht vorsichtig, gefährdet er doch den von ihm geschaffenen Wert der Marke, wenn der spätere Markenbenutzer durch irgendwelche Machenschaften das Vertrauen des kaufenden Publikums in die Güte des Markenartikels untergräbt. Dabei bliebe die schädigende Wirkung nicht auf ein Land

beschränkt, kauft doch derselbe Kunde oft seine ihm besonders zusagenden Markenprodukte (zum Beispiel Raucherwaren, Toilettenartikel, Wäschestücke) in aller Herren Länder und liest deren Anpreisung oft auch in verschiedensprachigen Zeitschriften. Wurde er in einem Lande enttäuscht, so wendet er sich auch in einem andern Lande einem Konkurrenzprodukt zu.

Die rechtliche Regelung der Übertragbarkeit der Marke ist in den einzelnen Staaten heute noch verschieden. Eine Anzahl von Staaten anerkennen die Zulässigkeit der freien Übertragbarkeit der Marke, das heißt ohne gleichzeitige Mitübertragung des Geschäftsbetriebes, in welchem sie bisher gebraucht wurde, andere anerkennen die Rechtsgültigkeit der Markenübertragung, sofern gewisse Bedingungen erfüllt sind, wieder andere halten an der starren Bindung von Marke und Geschäftsbetrieb fest, so daß nur eine gemeinsame Übertragung zulässig ist. Zur schrittweisen Angleichung des Rechtszustandes im Gebiet der daran interessierten und in einer Union zusammengefaßten Staaten wurde anläßlich der Revisionskonferenz von 1934 in London bestimmt, daß es für die Verbandsländer, die bisher die Marke nur zusammen mit dem zugehörigen Geschäftsbetriebe übertragen durften, zur Rechtsgültigkeit der Übertragung genügen solle, wenn der im betreffenden Lande liegende Teil des Geschäftsbetriebes mit dem Recht der ausschließlichen Markennutzung in diesem Lande auf den Erwerber übergeht. Auf Grund dieser, eine freiere oder gar freie Übertragbarkeit der Marke einleitenden Bestimmung wurde in der schweizerischen Markengesetzgebung die Bestimmung aufgenommen, wonach wirtschaftlich eng miteinander verbundene Produzenten oder Handeltreibende dieselbe Marke für gleiche oder ähnliche Waren gleichzeitig benutzen dürfen.

Die richterliche Auslegung des Begriffes der *engen wirtschaftlichen Bindung* bereitet jedoch entwelche Unsicherheit. Geht man aber von den tatsächlichen Verhältnissen aus und nimmt Einblick in die Lizenzverträge, so erkennt man, daß durch diese eine enge Bindung geschaffen wird, bestimmt doch der Lizenzgeber oft die Bezugsquellen der Ausgangsstoffe, das anzuwendende Verfahren (zum Beispiel die Art der Imprägnierung von Stoffen, die Art der Behandlung, um Stoffe gegen Motten, Licht oder Wascheinflüsse unempfindlich zu machen) und bedingt sich Kontrollrechte an der auf den Markt zu bringenden Ware aus und bindet den Mitbenutzer der Marke durch Konventionalstrafen für jeden Verstoß. Trotzdem besteht weiterhin die Gefahr, daß unkorrekte Lizenznehmer versucht sind, durch Aneignung der Marke Nutznießer fremder Arbeitsleistungen zu werden, indem sie sich zum Beispiel die bisher vom

Lizenzgeber bezogene Ware vertragswidrig anderswo beschaffen oder diese gar selbst herstellen und unter der bisherigen Marke verkaufen. Solchen offenbaren Rechtsmißbräuchen haben indessen Urteile verständiger Richter entgegengewirkt, die besagten, daß der Lizenznehmer die Marke *nur für den Lizenzgeber* benutzt, solange sie ihm nicht übertragen ist. Beispiele solcher Entscheide findet man in der Zeitschrift «Copyright» Jahrgang 1938/39 auf Seite 41 und 43 und im Jahrgang 1940 auf Seite 393. Dieser Grundsatz, wonach der Lizenznehmer die Marke *nur für den Lizenzgeber* benutzt, hat im englischen und amerikanischen Markengesetz bereits Eingang gefunden.

3. Zusammenfassung

Die Marke weist heute nicht mehr auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen, sondern auf den zur Markenführung Berechtigten hin. Neben dieser veränderten Hinweiskfunktion ist die Marke heute ein *Waren- und Gütezeichen*, das dem Käufer ermöglicht, unter den Angeboten zahlreicher Konkurrenten den ihm durch besondere Eigenschaften und Vorzüge genehmen Markenartikel zu wählen. Stellt ein Kunde bei späteren Bezügen einer immer wieder benötigten Ware (zum Beispiel Toilettenartikel und Wäschestücke) die gleichbleibende Güte derselben fest, so sieht er mit Recht in der Marke den Garanten für gleichbleibende Qualität, denn der Markeninhaber wird im eigensten Interesse durch Beibehaltung der Warengüte das einmal erworbene, doch so leicht wieder zerstörbare Vertrauen zu erhalten versuchen, um die Anwartschaft auf weitere Verkäufe zu haben. Seine Absatzstatistik entspricht dabei dem Wert der Marke.

Die rechtliche Zulässigkeit der freien Markenübertragung und der Markenlizenz ergibt sich aus dem *Grundsatz des Wettbewerbsrechtes*, wonach *jeder Nutznießer einer* — wenn auch noch so kleinen — *wirtschaftlich verwertbaren Leistung* werden soll. Die Art der Nutzung soll dabei innerhalb der Rechtsordnung jedem freistehen. Will sich die Rechtsordnung nicht weiterhin dem Vorwurf aussetzen, der wirtschaftlichen Entfaltung nachzuhinken, so ist im Interesse der Rechtssicherheit die Regelung der Markenübertragung und der Markenlizenz dringendes Gebot. Dabei soll ausgedrückt werden, daß sich der Markeninhaber bei der *Übertragung der Marke* aller Rechte im Lande des Markenerwerbers begibt, daß aber der zeitlich und örtlich begrenzte *Gebrauch der Marke durch den Lizenznehmer* rechtlich dem *Lizenzgeber* zugerechnet wird.

Résumé

De nos jours, la marque ne se rapporte plus à l'entreprise d'où une certaine marchandise est originaire, mais se réfère à la personne légitimée à en faire usage. Outre cette fonction indicatrice, aujourd'hui modifiée, de la marque, celle-ci remplit le rôle d'un signe de marchandise et de qualité, d'un signe qui permet à la clientèle de reconnaître et de choisir, parmi les produits de nombreux concurrents, l'article présentant les avantages et la qualité requis. Lorsqu'un client, lors d'achats réitérés d'un produit toujours demandé (articles de toilette, lingerie, etc.), y retrouve la qualité inaltérée, il considérera la marque comme garantie d'une qualité constante. Il la regardera comme telle à bon droit: le propriétaire de la marque cherchera dans son propre intérêt, en maintenant une qualité inchangée, à garder la confiance de sa clientèle, confiance si vite perdue, et à satisfaire les acheteurs futurs. Le volume du débit de marchandises établit la valeur de la marque.

La licéité de la cession libre de la marque et de la licence résulte de ce principe du droit de concurrence selon lequel n'importe qui peut tirer profit d'une ressource exploitable, aussi modeste soit-elle. Il appartient à chacun de choisir librement, dans les limites fixées par l'ordre juridique, le mode d'exploitation. Il importe que le législateur, s'il veut échapper au reproche de méconnaître plus longtemps l'évolution économique, règle sans retard le droit de la cession libre de la marque et de la licence, dans l'intérêt de la sécurité des affaires. Il disposera que le propriétaire de la marque, par la cession du signe, perd dans le pays du cessionnaire tous les droits sur la marque. Dans le cas de la licence en revanche, le licencié emploie la marque, dans les limites territoriales et de temps convenues, pour le compte du donneur de licence, titulaire du signe.

Über die Schutzwirkung der internationalen Markenregistrierung

WALTER WINTER

Basel

Problemstellung

Das Gebiet, in welchem die internationale Marke eine Schutzwirkung entfaltet, ist bekanntlich in den letzten Dezennien zufolge von Austritten von Verbandsstaaten aus dem Madrider Marken-Abkommen (MMA) kleiner geworden. Obwohl die internationale Registrierung von Angehörigen der 19 Verbandsstaaten sehr lebhaft benützt wird, sucht man in Unionskreisen nach Maßnahmen, die weitere Staaten zum Beitritt zum MMA veranlassen könnten; man denkt etwa daran, durch eine Revision des MMA die darin enthaltenen Verpflichtungen soweit herabzusetzen, daß sich Länder mit den verschiedensten Markenrechtssystemen anschließen könnten, ohne dabei eine Beschränkung ihrer Souveränität beklagen zu müssen.

So ist ein Revisionsprojekt aufgetaucht, nach welchem unter einem neuen Abkommen die internationale Registrierung einer Marke keinerlei Schutzwirkung in den Verbandsstaaten zur Folge haben, sondern lediglich eine Art von prioritätsbegründenden Legitimationsausweis zur Anmeldung der Marke zur Eintragung in den Registern der Verbandsstaaten bilden soll. Wer eine solche Aushöhlung der internationalen Marke bedauern würde, wird etwa darauf hingewiesen, daß eine solche Revision großen Gebietszuwachs bringen könnte und auch, daß selbst unter dem geltenden MMA die materielle Schutzwirkung fraglich sei, insbesondere wenn seitens eines Verbandsstaates eine I. R. Marke noch nach Ablauf eines Jahres seit der internationalen Registrierung zurückgewiesen werde.

Zweck dieses Aufsatzes ist, einen Beitrag zu liefern zur Beantwortung der Frage nach der materiellen Schutzwirkung, welche die internationale Registrierung unter dem geltenden MMA dem Markeninhaber tatsächlich verschafft.

Die Vorschriften des MMA (1891/1934)

Im Zusammenhang mit den hier anzustellenden Überlegungen sind vor allem Art. 4 (besonders Ziffer 1) und Art. 5 (besonders Ziffer 5) zu berücksichtigen.

Es sei kurz rekapituliert, daß Art. 4 (1) vorschreibt, daß von der Eintragung im Internationalen Register an die Marke in jedem Vertragslande «ebenso geschützt» sei, «wie wenn sie dort unmittelbar hinterlegt worden wäre».

Art. 5 betrifft insbesondere die Zurückweisung einer Marke in einem Verbandslande; die Gründe, aus welchen abgelehnt werden darf, werden limitiert; für die Zurückweisung wird eine Frist von 1 Jahr ab internationaler Registrierung gesetzt, und es werden verfahrensrechtliche Regeln aufgestellt. Von besonderer Bedeutung ist die Statuierung der Vermutung auf Genehmigung der Marke durch diejenigen Behörden, welche innert Jahresfrist keine Mitteilung an das Internationale Bureau gerichtet haben.

Darnach steht die Wirkung der internationalen Marke jedenfalls für diejenige Zeitperiode, die mit dem Ablauf des ersten Jahres seit der Eintragung im Berner Register (bzw. mit der die Annahme statuierenden Erledigung eines Beanstandungsverfahrens in einem Vertragslande) beginnt, klar fest: Die Marke genießt in jedem Verbandslande den gleichen Schutz, wie wenn sie dort unmittelbar zur Registrierung angemeldet und angenommen, das heißt eingetragen worden wäre. Hierüber scheinen denn auch in der Literatur keine Zweifel zum Ausdruck zu kommen: So betont das Internationale Bureau schon in Prop. Ind. 1900, S. 103: «L'enregistrement international produit absolument les mêmes effets qu'un enregistrement dans ce pays» (Italien), welche Feststellung später (Prop. Ind. 1922, S. 168) lediglich durch Hinweise auf das während des ersten Jahres gegebene Recht zur Zurückweisung ergänzt wurde. So auch Ladas (International Protection of Industrial Property, Cambridge USA, Harvard University Press 1930, S. 619): "After the lapse of the one year period, no refusal of protection may be made by any country"; dies ist natürlich insofern zu ergänzen, daß auch nach Ablauf des ersten Jahres der internationalen Marke in jedem Verbandslande der Schutz entzogen werden kann unter den gleichen Umständen, wie dies für jede

national registrierte Marke in dem betreffenden Lande erfolgen kann (vgl. Ladas, S. 620 mit Nachweisen).

Weniger Klarheit herrscht bezüglich des — minder wichtigen — Problems, nämlich der Rechtslage der internationalen Marke während des ersten Jahres nach der Registrierung: Hat die Registrierung in den Verbandsländern bloß die Wirkung einer Anmeldung zum nationalen Register (so Ladas S. 624), oder ist sie wie eine national registrierte Marke geschützt mit der Auflage, daß der Schutz (rückwirkend) dahinfällt im Falle einer Zurückweisung (so in Deutschland, siehe § 7 der Verordnung über internationale Markenregistrierung vom 9. Dezember 1922)? Beide Ansichten werden vertreten, und das Internationale Bureau scheint eine Art Mittelstellung einzunehmen; es stellt in Prop. Ind. 1922, Seite 168, fest, daß die Marke auch während des ersten Jahres «manifestement» mehr Schutz genieße als eine bloße Anmeldung, wobei dessen Qualität von den nationalen Gesetzen abhängt. «Le titulaire de la marque ne dépose pas seulement sa carte de visite à la porte; il est admis à entrer dans la maison et il y pourra demeurer s'il remplit les mêmes conditions que les gens du pays; toutefois, si cette autorisation lui est retirée expressément sous forme de refus, il est forcé de quitter la maison pour toujours.»

Die Praxis in einigen Vertragsländern

Bezüglich vorstehend dargelegter Probleme soll die Rechtslage in einer Anzahl einzelner Verbandsländer durch folgende Kurzberichte etwas näher beleuchtet werden:

Schweiz

Die Schweiz hat bis zum heutigen Tage alle Fassungen des MMA ratifiziert; damit hat der Staatsvertrag hier innergesetzliche Verbindlichkeit erlangt (vgl. Gansser in Schweiz. Mitt. Gew. Rechtss. Urh. 1949, S. 30ff). In der Praxis der Gerichte werden denn auch international und national registrierte Marken in völlig gleichartiger Weise behandelt [vgl. zum Beispiel BGE 36 (1910) II 448; App.Ger. Bern v. 22. September 1911 in Prop. Ind. 1912/112; BG-Entsch. v. 12. April 1913 i. S. Badt c. Filatures; ZBJV 64 (1928) 179; SJZ 28 (1931/32) 299].

Über die Rechtslage, in welcher sich die Marke während der einjährigen Zurückweisungsfrist oder bei einer allfälligen verspäteten Zurückweisung seitens der schweizerischen Registrierbehörde befindet, konnten

weder Entscheidungen noch Literatur ermittelt werden; im Hinblick auf die innergesetzliche Verbindlichkeit des MMA ist eine Diskrepanz zwischen dem Rechte aus Staatsvertrag und demjenigen aus nationalem Gesetze hier kaum denkbar.

Belgien

Die internationale Registrierung einer Marke hat die gleiche Wirkung wie eine nationale Registrierung. Letztere wird in Belgien vom Amte lediglich einer Prüfung auf Erfüllung von Formvorschriften unterzogen; bezüglich dieser wird bei international registrierten Marken Erfüllung präsumiert, so daß nur höchst ausnahmsweise seitens der belgischen Behörde vom Rechte der Ablehnung Gebrauch gemacht wird. Die Prüfung der Rechtsbeständigkeit internationaler Marken liegt, gleich wie für nationale Marken, ausschließlich bei den Gerichten, deren Entscheidung naturgemäß nicht an die einjährige Ablehnungsfrist des MMA gebunden ist. (Zusammengestellt auf Grund persönlicher Mitteilungen von Herrn F. Gaspar, Patentanwaltsbüro Vander Haeghen, Brüssel.)

Deutschland

Auf Grund des Reichsgesetzes vom 12. Juli 1922 betr. den Beitritt zum MMA erließ die Reichsregierung am 9. November 1922 eine Verordnung über die internationale Markenregistrierung gemäß deren § 7, Satz 1, die internationale Registrierung einer ausländischen Marke die gleiche Wirkung hat, «wie wenn die Marke... zur Eintragung in die Zeichenrolle angemeldet und eingetragen worden wäre». Dementsprechend zum Beispiel die Beschwerdeentscheidung vom 13. August 1925 (Bl. 31/211), vgl. auch Pinzger «Das deutsche Warenzeichenrecht», 2. Aufl. 1937, S. 343 ff. Nach Ablauf der einjährigen Refüsierungsfrist läßt die deutsche Praxis kein Administrativverfahren gegen die Anerkennung einer internationalen Marke mehr zu; lediglich solche Widerspruchsverfahren, auf welche in einem fristgerechten Refus provisoire hingewiesen worden ist, dürfen nach Ablauf der Refüsierungsfrist noch zu Ende geführt werden (Beschwerdeentscheidung vom 7. Juli 1926, in Bl. 32, S. 184).

Frankreich

Die internationale Registrierung einer Marke löst ohne weiteres die volle Schutzwirkung in Frankreich aus; die Londoner Fassung des MMA ist für Frankreich durch die Verordnung vom 26. Juli 1939 in Kraft gesetzt worden. Da das französische Recht keine Vorprüfung von Marken-

anmeldungen vorsieht, stellt sich hier die Frage nach der Rechtslage der Marke während des ersten Jahres nach der internationalen Registrierung überhaupt nicht.

Daß Frankreich die Rechte eines Markeninhabers aus dem MMA voll anerkennt, ergibt sich zum Beispiel aus dem Urteil des Cour de Cassation vom 4. Mai 1936 (*Annales de la P.I.*, 1937, S. 54), in welchem — anlässlich einer Streitfrage betreffend Übertragung einer Marke — festgestellt wurde, daß der Inhaber einer internationalen Registrierung besser gestellt sein kann als der Inhaber einer nationalen Marke. (Zusammengestellt auf Grund persönlicher Mitteilungen von Herrn E. Cou lomb, Patentanwalt, Paris.)

Niederlande

Die Niederlande haben alle Fassungen des MMA ratifiziert, wodurch dieses innergesetzliche Verbindlichkeit erlangt hat. Deshalb ist die Kraft einer internationalen Eintragung der einer national registrierten Marke gleich. Es ist denn auch ständige Praxis der Gerichte, national und international eingetragene Warenzeichen in gleicher Weise zu behandeln (Oberster Gerichtshof, 10. Mai 1946, *B.I.E.* 1946, Nr. 46).

Die §§ 8 und 9 des Warenzeichengesetzes geben das amtliche Verfahren mit Bezug auf die Eintragung oder Verweigerung hiezulande einer internationalen Marke an. Es ist dort bestimmt, daß baldmöglichst nach Erhalt der Bekanntmachung vom Internationalen Bureau in Bern (gemäß § 3 MMA), jedenfalls innerhalb eines Monats danach, die Eintragung in den Registern geschehen muß, falls keine Bedenken bestehen. Innerhalb eines, oder höchstens dreier Monate nach der Bekanntmachung muß dem Berner Bureau Kenntnis davon gegeben werden, daß der Schutz auf Grund der älteren Eintragung einer ähnlichen Marke nicht bewilligt werden kann. In der gerichtlichen Praxis hat zwar die Überschreitung dieser Termine nicht die Ungültigkeit einer Schutzverweigerung zur Folge; dagegen ist es ständige Praxis, daß die Frist eines Jahres, gemäß § 5, Absatz 2 des MMA, nicht überschritten werden darf (Haager Gerichtshof, 12. Mai 1948, *B.I.E.* 1949, Nr. 4, und 12. April 1950, *B.I.E.* 1950, Nr. 41). (Persönliche Mitteilung der Vereenigde Octrooibureaux, 's-Gravenhage.)

Österreich

Es sind alle Fassungen des MMA ratifiziert worden (*BGBI.* Nr. 8/1948), das damit auch innerrechtliche Verbindlichkeit erlangt hat, sodaß die Erlassung einer besonderen österreichischen Vorschrift unnötig ist. Der

Schutz auf Grund der internationalen Registrierung beginnt in Österreich sofort, das heißt mit der internationalen Eintragung (vgl. zum Beispiel Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung vom 7. März 1951 [Österr. P. Bl. 1951, S. 67], wodurch eine nationale Marke auf Grund einer internationalen gelöscht wurde), doch kann der Schutz noch während eines Jahres durch Refus bzw. rechtskräftige Entscheidung auf Grund eines durch Refus hervorgerufenen Verfahrens mit Rückwirkung aufgehoben werden (vgl. Adler, «System des österreichischen Markenrechtes», Wien 1909, S. 371). (Zusammengestellt auf Grund einer Information von Herrn Dr. Thaler, Wien.)

Portugal

Die letzte Fassung des MMA ist am 6. Juli 1949 ratifiziert worden und ist damit Landesrecht geworden; das geltende Patent- und Marken-gesetz vom 24. August 1940 ist der Londoner Fassung der internationalen Verträge bereits angepaßt.

Gemäß der amtlichen Übersetzung des MMA (Diario de Governo vom 9. Februar 1950) hat die internationale Registrierung einer Marke die gleiche Wirkung wie die Anmeldung einer Marke zur nationalen Registrierung. Allerdings ist das administrative Verfahren für die Anerkennung einer internationalen Marke vereinfacht, indem der Inhaber der letzteren am Widerspruchsverfahren nicht beteiligt wird, sondern lediglich befugt ist, einen ablehnenden Entscheid an die Gerichte weiterzuziehen. Bis zum Abschluß des Anerkennungsverfahrens dürfte die internationale Registrierung in Portugal keine Schutzwirkung entfalten, doch ist diese Frage bisher nicht durch Gerichtsentscheid geklärt worden; insbesondere steht auch nicht fest, welche Wirkung die in einigen Fällen getroffene amtliche Entscheidung hat, durch welche — entgegen auch dem Wortlaute des nationalen Gesetzes — die Anerkennung der Schutzwirkung einer internationalen Marke nach Ablauf der einjährigen Präklusivfrist versagt wurde.

Die Rechtslage, in welcher sich eine internationale Marke während des ersten Jahres befindet, mag etwas weniger günstig als in anderen Ländern, zum Teil auch noch ungeklärt sein: Ob die portugiesische Praxis vertragskonform ist oder nicht, soll hier nicht untersucht werden, wobei immerhin festgestellt werden darf, daß eine administrative Versagung der Anerkennung nach Ablauf der Präklusivfrist sicher vertragswidrig ist. Es steht jedoch fest, daß die internationale Registrierung das Anerkennungsverfahren automatisch in Gang bringt und daß nach dessen erfolgreichem Abschluß die Marke wie eine nationale geschützt ist. (Zu-

sammengestellt auf Grund persönlicher Mitteilungen von Herrn J. E. Dias Costa, Patentanwalt, Lissabon.)

Spanien

Das MMA ist in der Form der Haager Fassung von 1925 gültig. Für internationale Marken findet binnen eines Jahres ein nationales Eintragsverfahren statt; nach dessen positivem Abschlusse ist die internationale Marke in genau gleicher Weise geschützt wie eine nationale. (Zusammengestellt auf Grund persönlicher Mitteilungen von Herrn J. Isern, Patentanwalt, Barcelona-Madrid.)

Schlußfolgerung

Über die Frage, ob während des ersten Jahres die internationale Registrierung einer Marke in den Verbandsländern einen bis auf Widerruf bewilligten vollen Schutz bewirkt oder lediglich etwa die Wirkung einer Anmeldung zur nationalen Registereintragung hat, scheinen in Verbandskreisen verschiedene Auffassungen zu herrschen. Dagegen dürfte feststehen, daß der Inhaber einer international registrierten Marke nach Ablauf eines Jahres ab Eintragung im Berner Register tatsächlich in allen Vertragsländern, welche während des ersten Jahres die Marke nicht zurückgewiesen haben, den gleichen Schutz genießt, wie wenn die Marke am Tage der internationalen Registrierung im nationalen Register eingetragen worden wäre, mit der Maßgabe, daß neben oder anstelle von entsprechenden nationalen Vorschriften verschiedene Bestimmungen des MMA anzuwenden sind (zum Beispiel Schutzdauer, Akzessorietät zur Ursprungsmarke, Erneuerungstechnik, Übertragung).

Die große Zahl der internationalen Marken beweist eindeutig, in wie hohem Maße das Institut von vielen der am internationalen Handel beteiligten Personen geschätzt wird, trotz der Beschränktheit des Territoriums, in welchem es wirkt. Wenn auch die Erweiterung des Gültigkeitsgebietes des MMA erwünscht ist, so wird man bei einer Revision des MMA doch Sorge tragen müssen, das Wesen der bewährten internationalen Marken zu erhalten und nicht, zwecks Erleichterung des Beitrittes weiterer Staaten, den heute gegebenen Rechtsschutz aufzuheben oder so zu verdünnen, daß das Interesse der Markeninhaber an einer internationalen Registrierung erlischt. Die interessierten Wirtschaftskreise dürfen jedenfalls ein gutes, praktisch nützlich Recht in wenigen Staaten einem dünnen, wenig nützlichen Rechte in vielen Staaten vorziehen.

Résumé

L'étude ci-contre démontre que l'enregistrement d'une marque dans le Registre International sous le régime de l'Arrangement de Madrid confère en fait au détenteur de cette marque dans les pays conventionnels le même droit qu'il aurait eu, si la marque avait été enregistrée le même jour sur demande directe dans chacun des registres nationaux; des divergences de vues ne semblent exister dans les pays conventionnels que pour ce qui concerne la nature de ce droit et l'effet de la protection pendant la première année suivant l'enregistrement international. Lors d'une révision de l'Arrangement de Madrid, il faudra prendre soin de maintenir le précieux principe de base du traité; ce principe de base ne devra pas non plus être délaissé en faveur de l'adhésion éventuelle d'autres Etats, si désirable soit-elle.

Aus der Praxis des Amtes für geistiges Eigentum

I. Patentrecht

Art. 12, Abs. 2, PG:

Bei der Schaffung des Patentgesetzes wurde nicht vorausgesehen, daß das Patenterteilungsverfahren, wie es heute der Fall ist, unter Umständen mehrere Jahre dauert. Das ist offenbar der Grund dafür, daß in Art. 12, Abs. 2, nur von «der inzwischen verfallenen Jahresgebühr» (Einzahl) die Rede ist. Der Sinn der Bestimmung ist jedoch, daß bei der Patenterteilung nicht nur die inzwischen fällig gewordene zweite Jahresgebühr, sondern gegebenenfalls auch alle weiteren noch fällig gewordenen Jahresgebühren zu entrichten sind. Andernfalls bliebe unklar, wann diese weiteren Gebühren zu bezahlen wären. Es genügt daher in einem solchen Fall nicht, innert der drei Monate nach Patenterteilung nur die zweite Gebühr zu entrichten; werden die andern fällig gewordenen Gebühren nicht auch bezahlt, so erlischt das Patent wegen der Nichtbezahlung dieser letzteren.

(Entscheid vom 21. Mai 1949.)

Art. 27, Abs. 4, PG:

Diese Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn das Amt feststellt, daß für die nämliche Erfindung schon ein älteres Patentgesuch anhängig ist, das noch nicht zur Erteilung des Patentbeschlusses geführt hat; denn die Hängigkeit des ältern Gesuches zerstört die Neuheit des jüngern nicht. Wohl wird, wenn beide Gesuche zur Patenterteilung führen, das auf das jüngere Gesuch erteilte Patent nichtig sein, aber nicht wegen Ziff. 4 (Neuheitsmangel), sondern wegen Ziff. 5 von Art. 16.

(Entscheid vom 25. August 1950.)

Art. 29, Abs. 1, PG:

Es ist Sache des Patentbewerbers, im Fall der Teilung eines früheren, mehrere Erfindungen umfassenden Patentgesuches für jedes der abgetrennten Gesuche eine (schon für das Stammgesuch beanspruchte) Priorität ausdrücklich zu beanspruchen. Weder das Patentgesetz noch die Vollziehungsverordnung schreiben dem Amt in einem solchen Fall vor, die für das Stammgesuch beanspruchte Priorität automatisch auch für abgetrennte Teilgesuche vorzumerken. Für Teilgesuche sind die gleichen Anmeldeformalitäten zu erfüllen wie für das Stammgesuch, darunter auch die Einreichung eines Antrages auf Patenterteilung auf dem amtlichen Formular, welches besondere Vordrucke betreffend allfällige Prioritätsansprüche aufweist. Wird hier kein Prioritätsanspruch vermerkt, so muß das Amt annehmen, daß die beim Stammgesuch beanspruchte Priorität für das Teilgesuch nicht beansprucht wird.

(Entscheide vom Juli und August 1950.)

Art. 6 VVoP:

Das Amt ist allerdings nicht befugt, die Berechtigung des Anmelders zu untersuchen. Wenn indessen aus der Anmeldung selbst hervorgeht, daß der Anmelder als Willensvollstrecker handelt, so wird es die genaue Bezeichnung der Erben verlangen und diese als Anmelder behandeln; denn der Willensvollstrecker hat nach dem ZGB nicht die Stellung eines Eigentümers am Nachlaß.

(Entscheid vom 31. Mai 1949.)

Art. 6, Abs. 1, Ziff. 7, VVoP:

Eine Vollmachturkunde, in welcher zuerst eine bestimmte Person als Vertreter bezeichnet, dieser Name aber nachträglich durchgestrichen oder unleserlich gemacht und durch den Namen einer andern Person ersetzt wurde, wird vom Amt nur entgegengenommen, wenn der Vollmachtgeber diese Änderung auf der Urkunde noch besonders beglaubigt hat. Andernfalls besteht Ungewißheit darüber, ob die Änderung mit Zustimmung des Vollmachtgebers vorgenommen wurde.

(Entscheid vom 28. November 1950.)

Art. 20, Abs. 3, VVoP:

1. Ein Patentinhaber beantragte Registrierung einer Erklärung, nach welcher er «sein Patent nicht geltend mache gegen eine gewisse (näher

umschriebene) Radkonstruktion». Dem Begehren wurde aus folgenden Gründen nicht entsprochen:

Die Erklärung kommt in ihrer Wirkung einem teilweisen Verzicht auf das Patent gleich. Voraussetzungen und Form eines teilweisen Verzichtes sind in Art. 19 PG und Art. 23 VVo geregelt; diese Vorschriften dürfen nicht in der beantragten Weise umgangen werden.

(Entscheid vom 20. Januar 1951.)

2. Einem Antrag auf Registrierung einer Erklärung, durch die der Patentinhaber «den wirtschaftlichen Ertrag aus der Verwertung der patentierten Erfindung» abgetreten hat, wurde nicht entsprochen, weil es sich hier um eine Abmachung handelt, welche nur für die Vertragsparteien von Interesse ist; deren Aufnahme ins öffentliche Patentregister kann daher nicht als «nützlich» betrachtet werden.

(Entscheid vom Mai 1951.)

Art. 21, Abs. 1, VVoP:

1. Nachdem das Patent endgültig erloschen ist, wird eine Änderung im Recht am Patent nicht mehr registriert, auch wenn die Änderung noch aus der Zeit vor dem Erlöschen des Patentbesitzes datiert. In einem solchen Fall besteht kein rechtliches Interesse mehr an der Registrierung. Die Registrierung soll der Änderung Wirkung gegenüber gutgläubigen Dritten verschaffen; nach Erlöschen des Patentbesitzes kommt eine solche Wirkung nicht mehr in Frage.

(Entscheid vom Januar 1951.)

Anders verhält es sich mit der nachträglichen Feststellung der Nichtigkeit des erloschenen Patentbesitzes durch ein gerichtliches Urteil; diese wird auch nach allfälligem Erlöschen des Patentbesitzes registriert.)

2. Als «andere genügende Beweisurkunde» kommt nur eine Urkunde in Betracht, welche die Änderung am Patent außer Zweifel stellt, wie dies bei einem rechtskräftigen Gerichtsurteil oder einer von einem dazu befugten Notar ausgestellten öffentlichen Urkunde der Fall ist (vgl. Entscheid des Justiz- und Polizeidepartementes vom 7. Januar 1922, veröffentlicht im schweizerischen Bundesstaatsrecht Nr. 2180, I). Als öffentliche Urkunde in diesem Sinne ist nur eine Urkunde anzusehen, in welcher der Notar erklärt, daß die in Frage stehende Verfügung des Patentinhabers bestehe. Ungenügend ist eine Urkunde, in welcher der Notar lediglich erklärt, der vorangehende Text einer Abschrift stimme überein mit dem Text eines ihm vorgelegten Originals.

(Entscheid vom 25. Juli 1951.)

Art. 4, Abs. 2, VVo z. Prior.Ges.:

Die Beteiligung an einem Wettbewerb, wobei der Gegenstand lediglich zuhanden der Jury in einem Raum aufgestellt wurde, zu welchem die Öffentlichkeit keinen Zutritt hatte, ist keine Zurschaustellung an einer offiziellen oder offiziell anerkannten Ausstellung im Sinne des Prioritätsgesetzes.

(Entscheid vom 26. April 1951.)

II. Muster- und Modellrecht

Art. 13, Abs. 1, VVo MM:

Das Recht aus der Muster- oder Modellhinterlegung «ist ganz oder teilweise an Dritte übertragbar». Eine teilweise Übertragung ist aber, wie in Patentsachen, nur in der Weise möglich, daß der Erwerber in einem bestimmten Verhältnis neben den oder die bisherigen Berechtigten tritt. Es entsteht Miteigentum nach Bruchteilen. Das Recht jedes Miteigentümers erstreckt sich aber auf die ganze Schweiz. Eine Verfügung, durch welche das Recht aus der Hinterlegung nur für einzelne Kantone abgetreten werden soll, ist nicht möglich, und es wird daher vom Amt nicht zur Registrierung entgegengenommen. Den Beteiligten steht in solchen Fällen der Weg der Lizenzerteilung offen.

(Entscheid vom 12. März 1951.)

Art. 15, Abs. 1, VVo MM:

Im Gegensatz zu der in Patentsachen geltenden Regelung (vgl. Art. 15 in Verbindung mit Art. 6, Abs. 1, VVoP) gilt in Muster- und Modellsachen ein Hinterlegungsgesuch nicht als hinterlegt, solange die Vollmacht für den Vertreter nicht eingereicht wird (Art. 15, Abs. 1, in Verbindung mit Art. 14, Abs. 1, und Art. 1, Ziff. 4, VVo MM). Wird daher zu einem beim Amt vor Ablauf der Prioritätsfrist eingegangenen Hinterlegungsgesuch die Vollmacht erst nach Ablauf der Prioritätsfrist eingereicht, so gilt das Hinterlegungsgesuch selbst als erst nach Ablauf der Prioritätsfrist eingereicht, so daß der Prioritätsanspruch nicht mehr anerkannt werden kann.

(Entscheid vom 29. Januar 1951.)

III. Markenrecht

Vom Amt auf Grund von Art. 14, Abs. 1, Ziff. 2, MschG zurückgewiesene Marken:

1. *mangels Unterscheidungskraft* (Gemeingut: bloße Angaben über Aussehen, Eigenschaften, Zweck oder Wirkung der Ware):

«Antinebel»	}	für Brillen;
«Antiphar»		
«Après-bain»		für Strandkleider;
«Autolift»		für eine Automobilhebevorrichtung;
«Block-Sparer»		für Schreibpapierwaren;
«Bure-Kirsch»		für Kirsch;
«Bure-Pflümli»		für Pflümliwasser;
«Contrasol»		für Sonnenstoren;
«Cutwell»		für Scheren;
«Decoro»		für dekorierte Schrankpapiere;
«Fiberglas»		für Artikel aus Glasfibern;
«Gold-Ended-Ribbon»		für Schreibmaschinen-Farbbänder mit goldfarbigen Enden;
«Haushaltwolle»		für Strickwolle;
«Hausmarke»		für Waren jeder Art;
«Lactogène»		für ein Mittel zur Förderung der Milcherzeugung bei stillenden Müttern;
«Maison»		für einen Aperitif;
«Paracolic»		für ein Arzneimittel;
«Pass-vit»		für eine Gemüsepassiermaschine;
«Populaire»		für Tabak und Zigaretten;
«Quick»		für einen Dampfkochtopf;
«Rationnel»		für ein Viehfuttermittel;
«Schaffhauser Rollen»		für Patisserie-Waren;
«Sparwatt»		für einen Rotationskompressor;
«Tourist»		für Regenmäntel;
«Water-Resist»		für Taschen- und Armbanduhren;
«Zweckpult»		für Pulte.

2. *wegen Verstoß gegen die guten Sitten* (Herabwürdigung des Schweizernamens; Verstöße gegen das religiöse Empfinden oder den geschlechtlichen Anstand; Verstöße gegen die internationale Courtoisie oder

Verwendung von Bezeichnungen internationaler Organisationen und dergleichen):

- a) «Un Suisse» für einen Bitter;
«Schwyzerli» für Spirituosen;
«Bild einer Kuh, auf
welcher die Umrisse der
Schweizerkarte aufgetragen sind» } für Waren irgendwelcher Art;
- b) «Deus» für Waren irgendwelcher Art;
«Mekka» und «Medina» für Waren irgendwelcher Art;
«Islam» für Waren irgendwelcher Art;
- c) «Frisson» für Damenunterwäsche;
«Flirt» für Präservativs;
«Sexofort» für pharmazeutische Spezialitäten;
«Pucelle» für einen Aperitif;
- d) «Le vin de la
victoire 1945» für schweizerische Weine;
«Pax 1945» für Waren irgendwelcher Art;
«UNO» und «ONU» für Waren irgendwelcher Art;
«Benelux» für Waren irgendwelcher Art;
«G.I's» für Waren irgendwelcher Art.

Prioritätsbelege für Markenmeldungen in der Schweiz

Wie das Eidgenössische Amt für geistiges Eigentum mitteilt, verlangt es für Markenhinterlegungen keine Prioritätsbelege mehr. Der Anmelder hat lediglich die Erzeugnisse zu bezeichnen, für welche er die Priorität beansprucht.

Es ist anzunehmen, daß analog der Bestimmung des Art. 6, Abs. 3, des Prioritätsgesetzes der Inhaber der Marke verpflichtet werden kann, im Streitfall vor Gericht nachzuweisen, daß das Prioritätsrecht wirklich besteht, obwohl diesbezüglich keine positive gesetzliche Vorschrift bekannt ist. Indessen hat das Bundesgericht schon festgestellt, daß es berechtigt sei, die materielle Voraussetzung der Markenhinterlegung zu überprüfen (BGE 74 II 184 ff.), zu welchen materiellen Voraussetzungen zweifellos das Vorliegen eines Prioritätsrechtes gehört, da von dessen Vorhandensein das Bestehen gewisser Rechte abhängt. Auf diese Weise wird die richterliche Überprüfung des Vorhandenseins eines geltend gemachten Prioritätsrechtes gewährleistet sein.

Mitgeteilt von E. Blum & Co.

Schutz der Mittel zur Kennzeichnung geistiger und gewerblicher Erzeugnisse

RUUDOLF BLUM

Zürich

I. Voraussetzungen und Kritik der bestehenden Rechtsordnung

1. Industrie und Handel haben ein legitimes Bedürfnis, ihre Produkte, Waren und Leistungen zu kennzeichnen.

Das Bedürfnis, seine eigenen Leistungen und Werke zu kennzeichnen ist dem Menschen inhärent. Es rührt einerseits vom berechtigten Stolz an der eigenen Schöpfung her und andererseits aus dem Bestreben, seine eigenen Leistungen gegenüber ähnlichen Leistungen Dritter zu unterscheiden.

2. Der Konsument hat das Bestreben, aus der Vielzahl der angebotenen Waren und Leistungen die geeignete bezüglich Inhalt und Herkunft einwandfrei individualisieren zu können.

Die Erfahrung lehrt, daß der Mensch im allgemeinen bei wiederholten Leistungen Resultate von annähernd gleichbleibender Qualität und entsprechendem Niveau produziert. Wer mit einer Leistung zufrieden gewesen ist, hat das Bestreben, bei der erneuten Inanspruchnahme einer analogen Leistung diese wieder vom gleichen Urheber zu erhalten. Er wünscht daher, die Leistungen und Werke eines bestimmten Urhebers als von demselben herstammend individualisieren zu können.

3. Im Interesse der Allgemeinheit (Produzenten und Konsumenten) ist eine rechtliche Ordnung bezüglich der Schaffung und Verwendung von Individualisierungszeichen vonnöten.

Mangelt eine solche Ordnung, so ist, gewollt oder ungewollt, Verwechslungen Tür und Tor geöffnet, ein Umstand, der sich sowohl zum Nachteil der einen wie der andern Partei auswirkt.

4. Der heutige Welthandel in seinen unzähligen Erscheinungsformen hat eine reiche Skala von Erkennungszeichen und -elementen geschaffen; ihrem gemeinsamen Zweck entsprechend sollten sie einer gemeinsamen einheitlichen Regelung unterliegen.

Schuldbetreibung und Konkurs dienen dem gleichen Zweck, das heißt der Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung, und obwohl formell verschieden, werden sie ihrer materiellen Verwandtschaft wegen in einem gemeinsamen Gesetzeswerk geregelt.

Analog liegt der Fall bei Fabrik- und Handelsmarken, Ausstattungen, Briefköpfen usw., sie dienen gemeinsam als gewerbliche Kennzeichenmittel, unterstehen leider aber verschiedenen Gesetzen, wie zum Beispiel Bundesgesetz betr. die gewerblichen Muster und Modelle (MMG), Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen (MSchG), Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb (UWG), Schweizerisches Obligationenrecht (OR). Es wäre wünschenswert, daß bei einer eventuellen Neuregelung dieser Materie ein einheitliches umfassendes Gesetzeswerk geschaffen würde.

5. Die Gesetzgebung hat den Bedürfnissen von Gewerbe und Industrie Rechnung zu tragen und muß gegebenenfalls durch neue gesetzgeberische Maßnahmen angepaßt werden.

Im Altertum, als sich die Industrie im Handwerk erschöpfte, genügte die Signatur als Individualisierungselement. Als die Entpersönlichung von Handel und Industrie begann, kam zur Signatur das Phantasiezeichen, die Überzahl an Angeboten schuf die moderne Ausstattung, die moderne Technik von Film und Radio das tönende (akustische) Individualisierungszeichen. Die wirtschaftliche Integration führte zum Kollektiv-, der Dienst am Kunden zum Service- und Qualitätszeichen (Gütezeichen).

Sozusagen alle Staaten kennen heute die Fabrik- und Handelsmarke, einige Staaten haben auch einen speziellen Ausstattungsschutz geschaffen (zum Beispiel Deutschland). Bereits zeichnet sich die Anerkennung der Servicemarken und des Qualitätszeichens in der modernen Gesetzgebung ab (zum Beispiel USA). Auch die Kollektivzeichen werden von einer Großzahl von Staaten anerkannt. Im allgemeinen hinkt aber die

Gesetzgebung der meisten Staaten hinter den Forderungen von Industrie und Handel her, obwohl die Anerkennung dieser berechtigten Forderungen in der Rechtsliteratur Eingang gefunden hat (vgl. Tetzner, «Neue Markenformen», GRUR 53, Nr. 2, S. 66).

6. Eine Großzahl der in Handel und Verkehr gebrauchten Kennzeichen ohne Markencharakter wird heute unter dem Begriffe der Ausstattung zusammengefaßt.

Die funktionelle und kommerzielle Verwandtschaft der Fabrik- und Handelsmarken einerseits und der Ausstattungen andererseits dürfte unbestritten sein. Sandreuter definiert daher in «Ausstattung und gewerblicher Rechtsschutz» (ZSR Bd. 63, Heft 1, S. 8 ff.): «Die Marken sind eine — durch Spezialgesetz — rechtlich besonders qualifizierte Gattung der Warenausstattung. In der Praxis erweist sich der Begriff der Ausstattung als das große Auffanggebiet für alle gewerblichen Kennzeichnungsmittel, die des Markenschutzes nicht teilhaftig werden können. Die Marke wie die Ausstattung wird im Verkehr als Kennzeichen einheitlicher Herkunft und damit als Garant gleichbleibender Qualität des damit versehenen Artikels angesehen.» Deutlich kommt die funktionelle Gleichheit dadurch zum Ausdruck, daß uneingetragene Marken rechtlich so lange als Ausstattung qualifiziert werden, als sie nicht als Marke hinterlegt sind.

Ein spezifisches Ausstattungsschutzgesetz, wie es andere Staaten, zum Beispiel Deutschland, kennen, gibt es in der Schweiz nicht. Ausstattungen können daher in der Schweiz bis heute nur auf dem Umweg über das UWG und eventuell über das MMG geschützt werden.

Den Schutz des UWG genießt eine Ausstattung aber nur unter der Voraussetzung, daß sie Verkehrsgeltung und/oder Originalität aufweist (vgl. BGE 69 II 295 ff. und 70 II 110). Prioritätsschutz kann eine Ausstattung aber durch das UWG nicht erhalten, und zudem ist der Schutz durch UWG meistens *regional* beschränkt.

Der ersten Unzulänglichkeit könnte bis zu einem gewissen Grade durch Hinterlegung der Ausstattung als Muster oder Modell abgeholfen werden, doch handelt es sich dabei um einen Notbehelf, der einerseits nur einer kleineren Auswahl von Ausstattungen Prioritätsschutz verschaffen kann und andererseits an Voraussetzungen geknüpft ist, die den Anforderungen von Handel und Verkehr insofern nicht gerecht werden, als eine rechtsgültige Hinterlegung nach stattgefundenem öffentlichem Gebrauch nicht mehr möglich ist. Zudem ist zu beachten, daß das MMG im Gegensatz zum MSchG nur einen zeitlich beschränkten, höchstens 15 Jahre dauern-

den Schutz vermitteln kann. Da Kennzeichen anerkanntermaßen ihrer spezifischen Natur wegen zeitlich unbeschränkten Schutz beanspruchen können, ist der Schutz über das MMG auch von diesem Gesichtspunkte aus ungenügend und daher unbefriedigend. Es wäre wünschenswert, daß ein Gesetz geschaffen würde, welches, wie im Markenschutzgesetz, dem ersten Gebrauch Prioritätsrecht zuspricht, wodurch der erhöhte gesetzliche Schutz auch nach Hinterlegung einer *bekannt* Ausstattung noch vermittelt werden könnte.

Da das Recht der Ausstattung seinem Charakter nach ein absolutes Recht an einem Immaterialgut ist, ist es falsch, wenn der Schutz dieser Immaterialgüter auf dem Umwege über das UWG erzielt werden muß, da das letztere nicht den Schutz dieser Rechte, sondern vielmehr den Schutz des freien Leistungswettbewerbes nach den Regeln und Geboten von Treu und Glauben bezweckt (siehe Botschaft 1942, S. 10, und Germann, «Unlauterer Wettbewerb», S. 246).

Die heutige Beschränkung des spezifischen Rechtsschutzes für gewerbliche Kennzeichen auf Fabrik- und Handelsmarken ist willkürlich und nur noch aus der historischen Perspektive verständlich.

II. Neues Gesetz

Im nachfolgenden soll kurz programmatisch dargestellt werden, wie ein eventuelles neues Gesetz zum umfassenden Schutze der Kennzeichenmittel der geistig-gewerblichen Erzeugnisse zu gestalten wäre.

1. Sämtliche gewerblichen Individualisierungszeichen und -elemente sollten gleichartigen Schutz durch ein gemeinsames Gesetz erhalten.

Als gewerbliche Individualisierungselemente können, unter der Voraussetzung, daß sie charakteristisch ausgestaltet sind, namentlich folgende Eigenschaften gewertet werden:

- a) Die Form des Produktes
 - z. B. Toblerone-Schokolade
 - Schokolade-Spezialitäten (Pfundsteine, Betzeitglöcklein usw.)
 - Knorrsuppenwürste
 - Union-Briketts
 - Life-Savers (Bonbon)
- b) Die Form der Verpackung:
 - z. B. Waterman-Tintenflasche

Coca-Cola-Flasche und Haushaltsträger
Odolfflasche
Maggiflasche
Minimax
Blue Pearls-Schifflein
Parfum-Flaschen usw.

- c) Die Farbgebung des Produktes:
z.B. Blauer Angel an Feile (Baiter)
Blaue Randkanten an Skis
Farbiger Skilack «Vernis vert»
- d) Die Farbgebung der Packung:
z.B. Narokpackung
Blau-Gold-Kölnisch-Wasser
Blauband Brissago
Gelb Flit-Zerstäuber
- e) Der spezielle Zusatz zum Produkt:
z.B. Akustische Zeichen
Knopf im Ohr (Steiff-Puppen)
Zugabeartikel wie Landkarte von Esso
Schlüsselhalter von Valvoline
Parfümierung des Produktes
- f) Zusatz zur Verpackung:
Parfümierung der Verpackung
- g) Spezieller Teil des Produktes:
z.B. Webkante (Goldzack)
Wasserzeichen (Papier)
- h) Spezieller Teil der Verpackung:
z.B. Fahnenetiketten bei Landolt-Weinflaschen
Scotchlite-Etiketten bei Zweifel
- i) Qualitätszeichen:
z.B. Label
Armbrust
- k) Verwendungsmöglichkeit der Verpackung:
z.B. Mehlsäcklein aus Taschentüchern
Senfbehälter als Tafelgläser

Andere Elemente:

Laufburschen-Uniform

2. Elemente, die eine technische Funktion erfüllen, dürfen selbstverständlich des Kennzeichenschutzes nicht teilhaftig werden, ebenfalls sind Elemente ausgeschlossen, deren Verwendung als unlauterer Wettbewerb qualifiziert werden muß sowie solche, deren Verwendung gegen andere Spezialgesetze (zum Beispiel Wappen-Schutzgesetze) verstößt. Ebenfalls sind diejenigen Elemente ausgeschlossen, die nicht kennzeichnungsfähig sein können.
3. Der Schutzzumfang soll proportional der Kennzeichnungskraft des Kennzeichens sein.

Man spricht heute von schwachen und starken Marken, und ebenfalls hat sich der Begriff der Weltmarke (*marque notoirement connue*) durchgesetzt. Damit sind willkürlich drei Markengattungen, die in ihrer Kennzeichnungskraft verschiedene Intensität aufweisen, herausgegriffen. Über ihren Schutzzumfang hat sich eine Rechtsprechung herausgebildet, die bis zu einem gewissen Grade den Schutzzumfang nach der Kennzeichnungskraft bemißt. Es fehlt aber noch die Verankerung dieses Grundsatzes in einer generellen Fassung im Gesetz.

4. Die heute in Industrie und Handel verwendeten Individualisierungselemente lassen erkennen, daß einzelne Elemente nur zur Individualisierung eines einzigen Produktes, andere wiederum zur Individualisierung einer ganzen Produktenreihe verwendet werden; es ist daher in Anbetracht der verschiedenen Anforderungen, die an den Rechtsschutz solcher Zeichen gestellt werden, die Schaffung verschiedener Kategorien von Individualisierungszeichen vorzusehen.

a) Für Kennzeichen, deren Verwendung für nur *ein* einziges Produkt vorgesehen ist, soll sich der Schutz entsprechend der Gebrauchsabsicht nur gegenüber identischen und *eng* verwandten Produkten erstrecken. Diese Kennzeichen sollen in einem separaten Register eingetragen werden.

b) Individualisierungselemente, deren Verwendung für eine Produktenreihe vorgesehen ist, sollten entsprechend der nicht genau abgrenzbaren Gebrauchsdomäne Schutz gegenüber Verwendung des gleichen oder ähnlichen Zeichens für identische Produkte und solche, die in einem *weitern* Kreise mit ihnen verwandt sind, genießen.

Diese Kennzeichen wären in einem zweiten separaten Register einzutragen, die Kosten für diese Eintragung dürften sich dem Gebrauchsumfang entsprechend wesentlich höher belaufen, als die Eintragung im ersten Register zu stehen käme.

c) Ebenfalls wäre ein eigenes Register für Gütezeichen zu schaffen.

d) Sofern die obigen Zeichen von mehreren gebraucht würden, müßte im Register vorgemerkt werden können, ob es sich um ein Kollektivzeichen handelt oder ob Lizenzen eingeräumt worden sind.

5. Markenlizenzen sollten ausdrücklich gestattet werden. Sofern eine Irreführung des Publikums ausgeschlossen ist, das heißt der Lizenzgeber eine effektive Kontrolle über den Lizenznehmer ausübt, ist dies in Übereinstimmung zur heutigen Bundesgerichtspraxis bereits möglich. Eine gesetzliche Verankerung dieses Rechtes steht aber noch aus.
6. Jeder Gebrauch eines Individualisierungszeichens oder -elementes, sei es im Original, sei es in Abbildung, solange es als Individualisierungszeichen oder -element erkannt wird, müßte durch das gleiche Gesetz geschützt werden.

Es ist unsinnig, daß heute zum Beispiel die rechtswidrige Nachahmung eines Warenzeichens, wenn sie einerseits auf der Ware selbst und andererseits in Prospekten oder Briefköpfen erfolgt, trotzdem beide Male das gleiche Rechtsgut verletzt worden ist, im ersten Falle gestützt auf das Markenschutzgesetz und im zweiten Falle gestützt auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verfolgt werden muß.

Zusammenfassung

Die heutige Gesetzgebung zum Schutze der Kennzeichnung geistiger und gewerblicher Erzeugnisse genügt den Anforderungen von Industrie und Handel nicht mehr. In der Praxis wird daher versucht, das UWG und MMG zum Schutze von Kennzeichen ohne Markencharakter heranzuziehen. Der durch diese Gesetze vermittelte Schutz ist aber sowohl in zeitlicher wie auch in territorialer Hinsicht beschränkt, und zudem werden diese Gesetze dadurch für einen Zweck mißbraucht, für den sie nicht geschaffen sind. Diese Praxis ist daher abzulehnen.

Es sollte ein neues umfassendes Gesetz zum Schutze der Kennzeichnungen geistiger und gewerblicher Erzeugnisse geschaffen werden, das so gestaltet würde, daß darunter die heutigen Handels- und Fabrik-, Quali-

täts- und Servicemarken und auch ganz generell sämtliche Ausstattungen fallen würden. Es wäre wünschenswert, wenn dieses Gesetz den Schutzzumfang der Kennzeichensmittel ihrer Originalität und/oder ihrer Durchsetzung im Verkehr anpassen und entsprechend ihrem Gebrauch verschiedene Register schaffen würde. Der Schutz für diese Kennzeichen sollte sich nicht nur auf den Gebrauch dieser Kennzeichnungsmittel in Verbindung mit Ware oder Leistung, sondern auch auf den Schutz der Kennzeichnungsmittel in Druckschriften, Reklamen usw. erstrecken.

Résumé

Des moyens très variés étant utilisés dans le commerce moderne pour identifier des produits, la législation actuelle ne suffit plus pour assurer à ces moyens la protection qui devrait leur revenir dans l'intérêt tant des producteurs que des consommateurs. La pratique qui consiste à recourir à la LCD et à la LDMI pour protéger des moyens d'identification n'ayant pas le caractère de marques, moyens qu'on désigne souvent par le terme générique de « présentation », ne correspond pas au but de ces lois et a pour effet que des moyens équivalents quant à leur portée jouissent d'une protection de durée et d'étendue territoriale très inégale. Cette pratique doit donc être abandonnée.

La création d'une nouvelle loi protégeant toutes les formes d'identification de produits industriels et de produits de l'activité intellectuelle s'impose donc. Une telle loi devrait être formulée de manière à couvrir non seulement les marques de fabrique, commerciales, de qualité et de service, mais plus généralement toutes formes de présentation, utilisées dans un but d'identification. De préférence, l'ampleur de la protection devrait être indépendante de la nature matérielle des moyens d'identification employés, mais tenir compte de leur pouvoir distinctif et/ou de leur notoriété, et différents registres devraient être créés pour distinguer les uns des autres les enregistrements suivant le but visé par l'identification. La protection devrait s'étendre non seulement à l'usage des moyens d'identification en liaison avec le produit ou la prestation même, mais encore à leur évocation par des moyens de publicité de tous genre, prospectus, entêtes de lettres, etc.

Verwendung wissenschaftlicher Publikationen über pharmazeutische Präparate durch Nachahmer dieser Präparate

ADOLF STREULI

Zürich

Die Hersteller pharmazeutischer Präparate verwenden zu deren Propagierung unter anderem wissenschaftliche Publikationen über diese Produkte. Wenn ein Präparat Erfolg hat, wird dieses in der Regel nachgeahmt, und der Nachahmer bedient sich zur Propagierung der Nachahmung häufig der genannten wissenschaftlichen Publikationen.

Der erste Hersteller fühlt sich durch dieses Vorgehen des Nachahmers ausgenutzt, da er Arbeiten, die zu den wissenschaftlichen Publikationen führen, fördert oder Publikationen in Auftrag gibt.

Es wird die Frage gestellt, ob auf Grund des *Urheberrechtes* oder auf Grund des *Wettbewerbsrechtes* gegen die Verwendung solcher wissenschaftlichen Publikationen durch den Nachahmer vorgegangen werden kann.

Die Nachahmer haben ihren Sitz in den verschiedensten Ländern der Erde, und sie können ihre Propaganda in den verschiedensten Staaten entfalten. Da sich nach allgemeingültigen Rechtssätzen Handlungen nach den Gesetzen des Landes beurteilen, in dem diese erfolgen, eingeschlossen die Frage, wann und wieweit fremdes Recht anzuwenden sei, und da die einschlägigen Gesetzgebungen von Land zu Land stark auseinandergehen können, wäre man für eine abschließende Abklärung der zu begutachtenden Fragen gezwungen, diese für jedes in Betracht kommende Land gesondert zu behandeln. Da ferner, was in der Folge festgestellt werden soll, der primär aus Urheberrecht Berechtigte nie der

Hersteller sein wird, sondern der Verfasser der Publikationen, und da der Umfang der Urheberrechte von der Nationalität des Verfassers oder dem ersten Erscheinungsort der Publikation abhängig ist, wären wenigstens in bezug auf das Urheberrecht die Rechtsbeziehungen jedes in Frage kommenden Landes zu jedem andern Land einzeln zu untersuchen. Auf ein solch äußerst weit führendes und kostspieliges Unternehmen darf aber verzichtet werden, da sich ergeben wird, daß schon eine allgemein gehaltene Untersuchung zu praktisch brauchbaren Schlüssen führt.

Es sei vorerst untersucht, ob das Vorgehen der Nachahmer auf Grund des *Urheberrechtes* unterbunden werden kann.

Zunächst führt schon die Bestimmung des Gegenstandes, der des Schutzes durch das Urheberrecht teilhaftig wird, zu für den Erdball gültigen und klärenden Schlüssen.

Es gehört zu einem weit verbreiteten Irrtum, daß durch das Urheberrecht auch das geschützt werde, was in einer Publikation zur Darstellung kommt. Mit anderen Worten, man glaubt des öftern, daß das, was durch einen Verfasser ausgesagt wurde, in der Publikation eines Anderen nicht wiederholt werden dürfe. Das Urheberrecht schützt aber ausschließlich die *Art, die Form, in der etwas ausgesagt wird*: das heißt, Gegenstand des Urheberrechtsschutzes bei einer *wissenschaftlichen* Publikation sind ausschließlich die Satzbildungen, gegebenenfalls die Art der Darstellung von Zahlenmaterial, der Aufbau von Tabellen, bildliche Darstellungen, usw. Die Tatsache, daß einzelne Urheberrechtsgesetze auch die Verwendung eines Werkes der schönen Literatur zur Schaffung eines *neuen* Werkes nur mit Zustimmung des Urhebers des verwendeten Werkes zulassen, kann in diesem Gutachten unberücksichtigt bleiben. Anders lautende Urteile in bezug auf wissenschaftliche Werke erachtet der Verfasser als Fehlurteile, auf die nicht abgestellt werden sollte.

Da diese Feststellung zur Begriffsdefinition des Urheberrechtes gehört, ist sie für sämtliche Staaten gültig, die überhaupt ein Urheberrecht kennen.

Aus dieser ersten Feststellung ergibt sich zunächst der Schluß, daß es der Originalhersteller eines pharmazeutischen Präparates niemandem, also selbst nicht dem Nachahmer des Präparates, verbieten kann, die in einer Publikation niedergelegten Ergebnisse wissenschaftlicher Forschungen über dieses Präparat durch neue Publikationen weiter zu verbreiten; ja, es entspringt sogar lediglich einer Anstands- und keiner Rechtspflicht, daß der zweite Verfasser den Wissenschaftler, dem die Ergebnisse zu ver-

danken sind, wenigstens nennt, und die Schrift erwähnt, in der die Ergebnisse erstmals publiziert wurden.

Aus diesem ersten Schluß ergibt sich aber umgekehrt und ebenso zwingend, daß es niemandem gestattet ist, ohne Erlaubnis des hiezu Berechtigten eine wissenschaftliche Publikation zur Gänze oder teilweise *nachzudrucken*.

Dies gilt zunächst positiv-rechtlich in allen Staaten, die der sogenannten Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst angehören, und in bezug auf alle jene Schriften, die erstmals in einem Übereinkunftsstaat veröffentlicht wurden. Der Berner Übereinkunft gehören zurzeit 41 Staaten an, nämlich:

- in der östlichen Hemisphäre praktisch alle Staaten, mit Ausnahme der USSR und Chinas, also zum Beispiel auch die Satellitenstaaten der USSR, Japan, die beiden Indien, Australien und alle sonstigen Teile des Britischen Commonwealth;
- in der westlichen Hemisphäre gehören jedoch von den bedeutenderen Staaten nur Brasilien und Canada, sowie die übrigen Teile des Britischen Commonwealth der Berner Übereinkunft an.

Eine Untersuchung, inwieweit wissenschaftliche Publikationen in den USSR und in China gegen Nachdruck geschützt sind, dürfte sich erübrigen.

Dagegen dürfte eine Untersuchung in dieser Richtung bezüglich einiger Staaten der westlichen Hemisphäre, die nicht der Berner Übereinkunft angehören, notwendig sein. In allererster Linie kommen wohl die USA, aber auch Argentinien und etwa Uruguay, Chile und einige zentralamerikanische Staaten in Frage. In bezug auf die USA darf festgestellt werden, daß so ziemlich alle Staaten, die Angehörige der Berner Übereinkunft sind, mit den USA Gegenrechtserklärungen ausgetauscht haben, oder bilaterale Verträge abschlossen, welche bewirken, daß die Ausländer in den USA den amerikanischen Bürgern im Urheberrecht assimiliert werden. Da das Urheberrecht der USA wissenschaftliche Arbeiten gegen den Nachdruck schützt, gilt somit unsere allgemeine Feststellung auch in bezug auf dieses wichtige Land. Aber auch Argentinien, Uruguay, usw. schützen ausländische Urheber gegen Nachdruck ihrer Publikationen, insofern das Land des Verfassers oder das Ursprungsland der Publikation Gegenrecht halten, was so ziemlich ohne Ausnahme zutreffen dürfte.

In bezug auf die USA ist allerdings folgende wichtige Einschränkung zu machen: Der Anspruch auf Verbot des Nachdruckes kann nur geltend

gemacht werden, wenn für die Publikation das sogenannte Copyright erworben wurde. Die Erfüllung dieser Formalität konnte in der allerjüngsten Zeit und für eine ganze Reihe von Staaten, unter denen sich die Schweiz befindet, wesentlich vereinfacht und kostenlos gestaltet werden.

Es darf somit festgestellt werden, daß sich praktisch jeder Berechtigte einer beliebigen Nationalität gegen den Nachdruck ganzer wissenschaftlicher Arbeiten oder von Teilen solcher Arbeiten, soweit deren Nachdruck nicht gemäß unserer weiteren Untersuchungen als Zitat erlaubt ist, in so ziemlich allen in Frage kommenden Staaten der Erde zu verteidigen vermag.

Immerhin muß zu dieser generellen Feststellung noch eine Einschränkung gemacht werden: Hauptsächlich in den Staaten Lateinamerikas, aber auch in anderen Staaten mit unbedeutendem wissenschaftlichem Eigenleben entwickelt sich eine Tendenz, die dahingeht, die Veröffentlichung von *Übersetzungen* wissenschaftlicher Arbeiten in die Landessprache nicht von der Zustimmung der Berechtigten hiezu abhängig zu machen.

Ferner muß darauf hingewiesen werden, daß die Grenze zwischen dem Begriff «Teile eines Werkes», dessen Nachdruck verboten ist, und dem Begriff «Zitat», das, worüber in der Folge gesprochen werden soll, ebenso allgemein zulässig ist, nicht allgemeingültig ist und von Land zu Land festgelegt werden müßte.

Die eingehende Darstellung, in welchen Ländern heute die Publikation *übersetzter* wissenschaftlicher Arbeiten ohne Zustimmung des Berechtigten zulässig ist, oder in welchen Ländern diese Zulässigkeit in absehbarer Zeit statuiert werden dürfte, ferner die Untersuchung, wie in den einzelnen Ländern die Grenzziehung zwischen dem Begriff «Teile eines Werkes» und dem Begriff «Zitat» erfolgt, dürfen umso mehr konkreten Fällen vorbehalten bleiben, als sich der Originalhersteller von pharmazeutischen Präparaten weniger durch den Nachdruck als vorzüglich durch verschiedenartig verwendete Zitate aus den von ihm geförderten Publikationen ausgenutzt fühlt.

Muß man nun bestimmte Formalitäten erfüllen, um sich gegen den Nachdruck wehren zu können? Wie schon vorstehend ausgeführt wurde, kann in den USA gegen einen Nachdruck nur vorgegangen werden, wenn für die Originalpublikation die Formalitäten des sogenannten Copyright erfüllt wurden. In sämtlichen Staaten, die der Berner Übereinkunft angeschlossen sind und in bezug auf die Publikationen, die von Bürgern dieser Staaten stammen oder die erstmals in einem dieser Staaten veröffentlicht wurden, besteht dagegen dieser Schutz voraussetzungs-

los, das heißt ohne Erfüllung irgendwelcher Formalitäten. Immerhin erweist es sich immer wieder, wenn auch nicht als erforderlich zur Konstituierung des Rechtes, so doch als psychologisch vorteilhaft, den Schriften einen Vermerk vorzudrucken, wie etwa «Nachdruck auch von Teilen verboten», oder ähnlich.

Soll gegen einen Nachdruck vorgegangen werden, stellen sich zwei Vorfragen:

- *wo* kann gegen den Nachdruck vorgegangen werden (Gerichtsstand);
- *wer* ist zum Vorgehen berechtigt (Aktivlegitimation).

Auch diese Vorfragen können im Hinblick auf die zu begutachtende Frage brauchbar beantwortet werden.

Die Verfolgung könnte prinzipiell sowohl dort eingeleitet werden, wo der Auftraggeber für den Nachdruck seinen Gerichtsstand hat, wo der Nachdrucker seinen Gerichtsstand hat, wo der Nachdruck erfolgte, wo die Nachdrucke verbreitet werden; und der Gerichtsstand ist von wenigen Ausnahmen abgesehen der Wohnsitz des Beklagten oder Angeschuldigten. Es stünde also in der Regel eine ganze Reihe von Instanzen zur Wahl.

Die Frage nach dem Berechtigten ist von unmittelbarem praktischem Interesse. Die Ansicht etwa, daß der Originalhersteller als Entdecker des Präparates oder etwa als Risikoträger der wissenschaftlichen Untersuchungen, über die die Publikationen gemacht wurden, oder als Auftraggeber für die Publikationen selbst ohne weiteres der Berechtigte wäre, ist rechtsirrtümlich. Auch in diesem Zusammenhang muß man sich vor Augen halten, daß Gegenstand des Urheberrechtes nicht das ist, was die wissenschaftlichen Publikationen aussagen, sondern die höchst persönliche Leistung des Verfassers der wissenschaftlichen Publikation, das heißt, die Publikation als solche: per definitionem ist das Urheberrecht das Recht des Urhebers an seinem Werk. Der primär Berechtigte kann deshalb niemand anders sein als der Verfasser der wissenschaftlichen Arbeit.

Nun ist es aber gesetzlich zulässig, daß sich der Hersteller das Urheberrecht vom Verfasser abtreten läßt, sei es in einem bestimmten Fall oder allgemein, etwa in einem Anstellungsvertrag, anlässlich eines Auftrages, usw., denn auch die Abtretung von Urheberrechten an künftig zu schaffenden Werken ist, allerdings nicht überall, zulässig. Diesfalls wäre dann der Hersteller als derivativ Urheberrechtsberechtigter berechtigt, den Nachdruck in eigenem Namen zu verfolgen.

In diesem Zusammenhang ist jedoch mit allem Nachdruck darauf aufmerksam zu machen, daß es aus Gründen, die in diesem Gutachten keiner näheren Ausführung bedürfen, im Urheberrecht keine *Vermutung*

auf Übertragung von Rechten gibt. Es kann also niemals aus den Beziehungen des Herstellers zum Verfasser auf eine Übertragung etwa des Publikationsrechtes geschlossen werden. Es besteht im Urheberrecht keine analoge Bestimmung etwa zu Art. 343 des Schweizerischen Obligationenrechtes, wonach Erfindungen unter bestimmten Voraussetzungen von Gesetzes wegen dem Dienstherrn gehören.

Auch die vorstehenden Feststellungen über Gerichtsstand und Aktivlegitimation dürfen, die Ausnahme wurde erwähnt, allgemeingültig gemacht werden, da sie zu den Institutionen des Urheberrechtes gehören.

Es ist wohl unnötig, daran zu erinnern, daß auch wissenschaftliche Publikationen den Schutz aus Urheberrecht nur während einer bestimmten Zeitdauer genießen. Als Faustregel darf angenommen werden, daß dieser Schutz bis mindestens 30 Jahre und bis längstens 50 Jahre nach dem Tode des Verfassers dauert. In den USA beträgt diese Schutzdauer vorerst allerdings nur 28 Jahre seit der ersten Veröffentlichung, eine Dauer, welche durch Erneuerung des Copyright um weitere 28 Jahre verlängert werden kann; und als Kuriosum sei erwähnt, daß Portugal ein ewiges Urheberrecht kennt.

Nun fühlt sich aber der Originalhersteller pharmazeutischer Präparate weniger durch ganzen oder teilweisen Nachdruck von wissenschaftlichen Arbeiten über seine Produkte bedroht als ausgenützt durch *Zitate* aus solchen Arbeiten, oder durch die besondere Verwendung solcher Zitate. Wenn in der Folge von Zitaten gesprochen wird, wird die wörtlich genaue Wiedergabe eines nach Umfang den Umständen angemessenen Teiles eines Werkes verstanden.

Vorerst muß festgestellt werden, daß Zitate aus wissenschaftlichen Arbeiten in anderen wissenschaftlichen Arbeiten in sämtlichen Staaten der Erde bei der Beobachtung bestimmter Bedingungen frei sind, also nicht einer Bewilligung des Verfassers der zitierten Arbeit oder des Nachfolgers im Rechte der Veröffentlichung dieser Arbeit bedürfen.

Wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, ist aber zunächst die Grenzziehung zwischen «Teilen eines wissenschaftlichen Werkes», die gegen Nachdruck geschützt sind, und «Zitaten aus einem wissenschaftlichen Werk», die frei sind, nicht ohne weiteres gegeben und unterliegt von Staat zu Staat vorab dem richterlichen Ermessen. Aber auch die Bestimmungen, unter denen Zitate frei sind, brauchen nicht in allen Staaten einheitlich zu sein. Selbst für die Staaten, die der Berner Übereinkunft von Werken der Literatur und Kunst angehören, besteht keine einheitliche Regelung des Zitationsrechtes. Immerhin kann der einschlägigen Bestimmung der Berner Übereinkunft in der Fassung, wie sie aus der Revisionskonferenz von

1948 in Brüssel hervorging, mit praktisch genügender Deutlichkeit die Rechtslage für den überwiegenden Teil der Erde entnommen werden; denn neue Bestimmungen der Übereinkunft bedürfen der Zustimmung aller Mitgliedstaaten, und diese ist nur zu erlangen, wenn alle Staaten schon eine entsprechende nationale Regelung kennen oder beabsichtigen; endlich erscheint es ausgeschlossen, daß der Berner Übereinkunft nicht angehörige Staaten gegenüber dem Zitationsrecht weniger liberal sind als jene.

Die einschlägige Bestimmung lautet: «Est réservé l'effet de la législation des Pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté de faire licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique ou pour des chrestomathies.» «Les citations et emprunts seront accompagnés de la mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source.»

Bei der Beantwortung der Frage, ob es sich in einem bestimmten Fall um eine mißbräuchliche und damit verfolgbare Ausübung des an sich bestehenden Zitationsrechtes handle, muß man sich wiederum vor Augen halten, daß nur das Recht des zitierten Verfassers in Frage kommt: Das Zitationsrecht bedeutet eine Einschränkung des ausschließlichen Rechtes des Urhebers auf Veröffentlichung seiner Arbeiten; mit anderen Worten, die Zitation kann solange nicht mißbräuchlich sein, als sie den Verfasser der zitierten Arbeit nicht schädigt, wobei es unerheblich ist, ob sich der Hersteller des dargestellten Präparates geschädigt fühlt. Der Verfasser aber wird als geschädigt betrachtet, wenn die Zitation über das Maß hinaus erfolgt, «qui est justifiée par le but à atteindre». Das Ziel des zitierenden Verfassers aber ist wissenschaftlicher Natur und sicher von Fall zu Fall umschreibbar. Diese grundsätzlichen Überlegungen dürften es fallweise gestatten, allgemeingültig abzuschätzen, ob eine Zitation noch innerhalb des Erlaubten blieb oder nicht.

Die Frage des Gerichtsstandes, wer berechtigt ist, den Mißbrauch des Zitationsrechtes zu verfolgen, ferner nach den Voraussetzungen zu einer Rechtsverfolgung sind dieselben, wie sie in bezug auf die Verfolgung der Verletzung des Publikationsrechtes dargestellt wurden.

Nun fühlt sich aber der Originalhersteller eines pharmazeutischen Produktes vorzüglich durch folgendes Vorgehen durch den Nachahmer geschädigt: Der Originalhersteller bringt sein Präparat unter einem bestimmten Namen in den Verkehr, hierauf geht das Präparat unter einem andern allgemeingültigen Namen in die Wissenschaft ein, in der Folge

propagiert dann ein Nachahmer des Präparates dieses unter seinem allgemeingültigen Namen und auf Grund von wissenschaftlichen Publikationen, die Zitate aus Arbeiten über das Originalprodukt verwenden. Der Originalhersteller fragt sich nun, ob in einem solchen Vorgehen nicht ein Mißbrauch des Zitationsrechtes zu erblicken sei, ob nicht ein «falsches» und die Zitationsfreiheit mißbrauchendes Zitat vorliege.

Hiezu ist zu sagen, daß nur dann eine Urheberrechtsverletzung und damit ein verfolgbarer Tatbestand vorliegen würde, wenn in einem scheinbar wörtlich wiedergegebenen Text einzelne Worte oder Sätze durch andere ersetzt worden wären. Eine Verletzung des Urheberrechtes läge schon dann vor, wenn im Zitat der Name des Originalpräparates durch den neuen allgemeingültigen Namen ersetzt würde; immerhin darf nicht allgemeingültig behauptet werden, daß eine so geringe Rechtsverletzung auch ihren *richterlichen* Schutz fände, da es sich um eine Frage des richterlichen Ermessens handelt, ob der urheberrechtlich allein geschützte zitierte Verfasser geschädigt wurde. Aber, wohlverstanden, eine Rechtsverletzung könnte überhaupt nur vorliegen, insofern die Ersetzung des Namens des Präparates *innerhalb* des Zitates selbst erfolgte; ein wörtliches Zitat, das den Namen des Präparates nicht nennt, aber in einem Artikel erfolgt, der über das Präparat unter seinem generellen Namen berichtet, würde das Urheberrecht von vornherein nicht verletzen.

Wohl aber könnte ein Verhalten vorliegen, das den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs erfüllt, womit zwangsläufig die Frage zur Behandlung kommt, ob sich der Originalhersteller gegen die Verwendung wissenschaftlicher Publikationen durch den Nachahmer auf Grund des *Wettbewerbsrechtes* zur Wehr setzen kann.

Die Beantwortung auch dieser Frage ergibt sich zwangsläufig aus der Feststellung, welches Gut in diesem Zusammenhang diesmal durch das Wettbewerbsrecht, geschützt wird, und man darf hierauf feststellen, daß gegen Zitationen nur dann auf Grund des Wettbewerbsrechtes eingeschritten werden kann, wenn die Zitation so Verwendung findet, daß das Publikum in den Glauben versetzt wird, es handle sich nicht um das Produkt des Nachahmers, sondern um das Originalpräparat.

Eindeutig erscheint, daß diesfalls der Hersteller als Verletzer zur Klage wegen Verstoß gegen die Regeln des Wettbewerbsrechtes aktiv legitimiert wäre; wogegen die Frage, wer passiv legitimiert wäre, einer näheren Untersuchung bedarf.

In der Tat stellt sich die Frage, ob nicht eine unlösbare Kollision der Rechte des zitierenden Verfassers mit den Rechten desjenigen, der sich auf die Normen des Wettbewerbsrechtes beruft, entstehen kann.

Eine nähere Untersuchung ergibt aber, daß ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht vermittels Zitatens immer auch eine Urheberrechtsverletzung voraussetzt, weil diesfalls das Zitat nicht mehr allein durch das Ziel gerechtfertigt ist, das der Verfasser «durch die Zitation allein erreichen darf». Es könnte deshalb kumulativ wegen Verletzung des Urheberrechtes *und* auf Grund des Wettbewerbsrechtes vorgegangen werden, womit auch die Passivlegitimierten bestimmbar werden.

Obwohl auf dem Gebiete des Wettbewerbsrechtes nur die sogenannte Pariser Übereinkunft als internationale Rechtsquelle in Frage kommt und diese Übereinkunft lediglich das Prinzip der Assimilation statuiert und keine eigenen materiellen Rechte kennt, auf die sich der Verletzte berufen könnte, dürften wahrscheinlich auch vorstehende Überlegungen Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben können.

Aus meiner Untersuchung ergeben sich vorerst drei praktische Ratschläge:

- insofern ein Hersteller pharmazeutischer Präparate wissenschaftliche Untersuchungen fördert, über die alsdann Publikationen erfolgen, oder falls der Hersteller pharmazeutischer Präparate Publikationen über seine Produkte in Auftrag gibt, sollte der Verfasser der Publikationen, und zwar schriftlich, verpflichtet werden, dem Hersteller das ausschließliche Publikationsrecht an seinen Arbeiten einzuräumen; bei einer Auftragserteilung ist dies ohne weiteres möglich, aber auch bei Publikationen über wissenschaftliche Untersuchungen, die der Hersteller fördert, sollte diese Verpflichtung erzwungen werden können, da der Verfasser ja kaum ohne Zustimmung des Herstellers Einblick in die Untersuchungen erhalten kann;
 - der Hersteller pharmazeutischer Präparate sollte die Schriften mit einem Vermerk, wie etwa «Ganzer oder teilweiser Nachdruck verboten» versehen, und anlässlich der ersten Publikation der Arbeiten das «Copyright» für die USA erwerben, oder denjenigen, der mit seiner Erlaubnis publiziert, veranlassen, diese beiden Vorkehrungen zu treffen;
 - der Verfasser sollte im Rahmen des Möglichen angehalten werden, in seine Publikationen möglichst viele Elemente aufzunehmen, die auf das Auge wirken und als solche den Urheberrechtsschutz genießen, wie: bildliche Darstellungen, graphisch besonders gestaltete Tabellen, usw.
- (Aber es muß in bezug auf diesen letzten Ratschlag darauf aufmerksam gemacht werden, daß eine Reihe von Gesetzen auch den freien Nach-

druck bildlicher Darstellungen, natürlich nur im Rahmen des diesfalls aber tatsächlich sehr engen Zitationsrechtes, gestatten).

Da die Nachahmer pharmazeutischer Präparate im allgemeinen, und besonders jene in den USA, erfahrungsgemäß sehr gut über das Urheberrecht orientiert sind, aber auch die Regeln des Wettbewerbsrechtes zu beobachten pflegen,

da das Urheberrecht ausschließlich die Rechte des Verfassers an dessen literarischer Leistung regelt, und da das Wettbewerbsrecht nicht primär den Schutz der wissenschaftlichen Leistung des Herstellers oder des Verfassers zum Gegenstand hat,

ferner auf Grund vorstehender Untersuchung, komme ich im wesentlichen zum praktischen Schluß, daß weder das Urheberrecht, noch das Wettbewerbsrecht dem Originalhersteller von pharmazeutischen Präparaten eine generell einzusetzende und iuristisch besonders interessante Waffe gibt, um seine Produkte gegen Nachahmer zu verteidigen. Der Hersteller darf somit versichert sein, daß er sich keinerlei Unterlassung schuldig macht, wenn er die Frage des Schutzes seiner Präparate über das Urheberrecht oder über das Wettbewerbsrecht nicht eingehender verfolgt, als dies bis anhin geschieht.

Dieses auch iuristisch überwiegend negative Ergebnis der Untersuchung war vorauszusehen. In der Tat regelt die Gesetzgebung über den gewerblichen Rechtsschutz (Patentrecht, Muster- und Modellrecht) den Schutz der Produkte der Wissenschaft und der Technik abschließend: Der eindeutige Wille des Gesetzgebers umschrieb die Voraussetzungen, unter denen ein Schutz solcher Produkte entsteht, und wann ein entstandener Schutz dahinfällt. Es war deshalb von vornherein nicht denkbar, daß auf Grund von Gesetzgebungen, die anderen Gütern Schutz gewähren, der Schutz pharmazeutischer Produkte faktisch verstärkt oder dessen Dauer verlängert werden könnte.

Résumé

1. L'objet de la présente étude est la question suivante:

Pour propager leurs produits pharmaceutiques les fabricants recourent entre autre à des publications scientifiques. Lorsqu'un produit a du succès il est dans la règle imité et l'imitateur utilise fréquemment pour sa propre propagande les dites publications scientifiques.

Le premier fabricant qui encourage les travaux permettant des publications scientifiques ou qui commande ces publications se sent exploité par ce procédé.

On a donc posé la question de savoir si, sur la base du droit d'auteur ou de la législation sur la concurrence déloyale, il est possible d'agir contre l'utilisation de telles publications par l'imitateur.

2. Après avoir donné quelques conseils au fabricant original de préparations pharmaceutiques l'auteur en arrive aux conclusions suivantes:

Etant donné que, d'expérience, les imitateurs de préparations pharmaceutiques en général, et ceux des USA en particulier sont parfaitement orientés sur le droit d'auteur, mais qu'ils ont également soin d'observer la législation sur la concurrence déloyale;

Etant donné que le droit d'auteur règle exclusivement les droits de l'auteur sur ses travaux littéraires et que le droit sur la concurrence déloyale n'a pas en premier lieu pour objet la protection des prestations scientifiques du fabricant ou de l'auteur;

on arrive à la conclusion essentielle pour la pratique que ni le droit d'auteur ni la législation sur la concurrence déloyale ne donnent au fabricant original de produits pharmaceutiques une arme à laquelle il puisse généralement recourir et qui soit particulièrement intéressante en droit, pour défendre ses produits contre des imitateurs. Le fabricant peut en conséquence être assuré qu'il ne commet aucune négligence s'il n'approfondit pas davantage la question de la protection de ses produits à l'aide du droit d'auteur ou de la législation sur la concurrence déloyale.

Le résultat juridique de cet examen était à prévoir. En fait, la législation sur la protection industrielle (droit sur les brevets, dessins et modèles) règle définitivement la protection des produits de la science et de la technique: la volonté unique du législateur circonscrit les conditions qui donnent naissance à une protection de tels produits, et fixe le moment où elle cesse. C'est pourquoi on pouvait prévoir d'entrée de cause que les législations qui protègent d'autres biens ne pouvaient ni renforcer la protection des produits pharmaceutiques ni prolonger sa durée.

Gesetzesübersicht

Oktober 1950—August 1951

Ägypten

Beitritt zu folgenden internationalen Abkommen:

1. Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums mit Wirkung ab 1. Juli 1951,
2. Madrider Abkommen betreffend die internationale Eintragung der Fabrik- oder Handelsmarken mit Wirkung ab 1. Juli 1952,
3. Haager Abkommen betreffend die internationale Hinterlegung der gewerblichen Muster und Modelle mit Wirkung ab 1. Juli 1952,
4. Madrider Abkommen betreffend das Verbot falscher Herkunftsbezeichnungen mit Wirkung ab 1. Juli 1952,
alle in der Londoner Fassung von 1934.

(Prop. Ind. 1951, S. 57 und 125.)

Das im neuen Patentgesetz vorgesehene Patentamt (vgl. Heft 1, 1949, S. 64, und Heft 2, 1950, S. 146) ist nunmehr geschaffen worden; seit Sommer 1951 nimmt es Patentanmeldungen entgegen. Die Ausführungsbestimmungen zum Gesetz verlangen, daß die Patentbeschreibung in arabischer Sprache abgefaßt wird.

(Prop. Ind. 1950, S. 239, und Private Information.)

Canada

Beitritt mit Wirkung vom 30. Juli 1951 zur Londoner Fassung von 1934 der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (Canada gehörte bisher nur der Haager Fassung an).

(Prop. Ind. 1951, S. 105.)

China

Am 11. August 1950 wurde ein provisorisches Reglement betreffend die Patente und Erfinderscheine erlassen. Chemische Verfahren sind schutzfähig, nicht aber die chemischen Stoffe. Entsprechend dem russischen System kann der Erfinder einen Erfinderschein oder ein Patent verlangen. Der Erfinderschein gibt ihm einen vererblichen Anspruch auf eine Vergütung sowie auf gewisse Ehrungen, während der Staat ausschließlich über die Erfindung verfügt. Die Dauer des Erfinderscheines und des Patentbesitzes wird von der Behörde im Einzelfall festgesetzt und schwankt zwischen 3 und 15 Jahren. (Prop. Ind. 1951, S. 79.)

Die Markenregistrierungsbehörde hat Schweizer grundsätzlich als zur Markenmeldung in China legitimiert anerkannt (vgl. Heft 2, 1950, S. 147, und Prop. Ind. 1951, S. 46). (Private Information.)

Deutschland

Bundesrepublik Deutschland (Westdeutschland)

Das erwartete Abkommen zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland ist am 2. November 1950 abgeschlossen und am 20. Mai 1951 in Kraft gesetzt worden. Gegenseitig wird die Erstreckung von abgelaufenen Prioritätsfristen bis zum 31. Juli 1951 zugesichert. Dies gilt für solche Prioritäten, welche am 1. Januar 1945 noch bestanden, aber vor dem 1. Oktober 1950 abgelaufen sind. Mitbenutzungsrechte erhalten Dritte, welche die Erfindung gutgläubig benützt oder die dazu erforderlichen Veranstaltungen getroffen haben, und zwar nach dem 1. Januar 1944 und vor der betreffenden Nachmeldung, jedenfalls aber vor dem 31. März 1950. Die Mitbenutzungsrechte sind unentgeltlich im Gegensatz zur Regelung im Kontrollratsgesetz Nr. 8 zugunsten der deutschen Patente alliierter Staatsangehöriger.

(Bundesbeschuß vom 21. Dezember 1950 und Bundesratsbeschuß vom 15. Mai 1951 Eidg. Ges. Slg. 1951, S. 457 ff., und Blatt f. Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1951, S. 151/2.)

Die Frist für die Anträge zur Aufrechterhaltung von Alt-Schutzrechten bzw. zur Weiterbehandlung von Alt-Anmeldungen war bis zum 30. September 1950 verlängert worden; dadurch erfolgte eine Angleichung an den zugunsten alliierter Staatsangehöriger bereits bestehenden Termin vom 3. Oktober 1950 gemäß Kontrollratsgesetz Nr. 8.

Am 15. Juli 1951 ist ein Gesetz über die Verlängerung der Dauer bestimmter Patente erlassen worden. Die Möglichkeit der Verlängerung ist eingeschränkt auf solche Alt-Patente und auf Grund von Alt-Patentanmeldungen (das heißt vor dem 8. Mai 1945 eingereichten) erteilte Patente, bei denen bis zum 8. Mai 1945 die Bekanntmachung nicht erfolgt und damit die Schutzwirkung nicht eingetreten war. Die Verlängerung entspricht dem Zeitabschnitt vom 8. Mai 1945 bis zum 7. Mai 1950. Bei Ausländern wird Gegenrecht verlangt.

(Blatt f. Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1951, S. 229.)

Dominikanische Republik

Gegen die Rückwirkung des Beitritts der Dominikanischen Republik zu verschiedenen internationalen Abkommen (vgl. Heft 2, 1950, S. 149) haben einige Staaten Einspruch erhoben. Die Dominikanische Republik tritt nun mit Wirkung vom 6. April 1951 der Pariser Verbandsvereinbarung und dem Madrider Abkommen über das Verbot falscher Herkunftsbezeichnungen, beiden in der Haager Fassung von 1925, bei, nicht aber dem Madrider Abkommen über die internationale Eintragung der Fabrik- oder Handelsmarken.

(Prop. Ind. 1951, S. 37.)

Italien

Beitritt zum Madrider Abkommen über das Verbot falscher Herkunftsbezeichnungen in der Londoner Fassung von 1934 mit Wirkung ab 5. März 1951.

(Prop. Ind. 1951, S. 21.)

Am 10. Oktober 1950 wurde ein Patentverlängerungsgesetz erlassen, welches die Möglichkeit der Verlängerung der Gültigkeitsdauer um höchstens 5 Jahre für Patente vorsieht, welche am 10. Juni 1940 in Kraft waren und des Kriegszustandes wegen nachweislich nicht ausgewertet werden konnten. Ausländer können Verlängerungen nur erhalten, wenn ihr Staat Gegenrecht gewährt.

(Prop. Ind. 1950, S. 238, und Blatt f. Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1951, S. 177.)

Jugoslawien

Jugoslawien erließ am 28. November 1950 auch noch eine Moratoriumsverordnung. Alle Handlungen zur Aufrechterhaltung von gewerblichen Schutzrechten, welche zwischen dem 3. September 1939 und dem

1. Januar 1946 verfallen waren, konnten innert 10 Monaten nach Veröffentlichung der Verordnung (6. Dezember 1950) nachgeholt werden. Zwischenbenutzungsrechte an Patenten, Mustern und Modellen werden anerkannt, nicht aber an Marken. Eine Verlängerung der Gültigkeitsdauer erfolgte jedoch nicht. Am 3. September 1939 noch nicht abgelauene Prioritätsfristen auf Grund von vor dem 1. Januar 1946 erfolgten Anmeldungen wurden bis zum Inkrafttreten dieser Verordnung erstreckt.
(Prop. Ind. 1951, S. 4, und PTMR* Februar 1951, S. 126.)

Liechtenstein

Beitritt zur Londoner Fassung (1934) folgender Abkommen mit Wirkung ab 28. Januar 1951:

Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums,

Madriider Abkommen über das Verbot falscher Herkunftsbezeichnungen,

Madriider Abkommen betreffend die internationale Eintragung von Fabrik- oder Handelsmarken,

Haager Abkommen betreffend die internationale Hinterlegung von Mustern und Modellen. (Prop. Ind. 1951, S. 3.)

Österreich

In der Propriété Industrielle 1951 ist auf Seiten 5 ff., 22 ff., 41 ff., 58 ff. und 74 ff. eine Neuausgabe des Patentgesetzes abgedruckt, welche den bisherigen Gesetzestext mit allen Abänderungen zusammenfaßt und ersetzt.

Saargebiet

Hinsichtlich sämtlicher multilateralen und bilateralen internationalen Abkommen über gewerblichen Rechtsschutz, denen Frankreich beigetreten ist, muß das Saargebiet als zu Frankreich gehörend betrachtet werden. (Prop. Ind. 1950, S. 238.)

Territorium von Tanganyika

Beitritt zur Londoner Fassung (1934) der Pariser Verbandsübereinkunft mit Wirkung ab 28. Januar 1951. (Prop. Ind. 1951, S. 3.)

* Patent and Trade Mark Review.

USA

In der *Propriété Industrielle* 1950, Seiten 208ff., 223ff., 239ff. und 1951, Seiten 8ff. sind die heute gültigen gesetzlichen Vorschriften betreffend Patente zusammenfassend abgedruckt.

Internationales Patentamt im Haag

(Abkommen vom 6. Juni 1947, vgl. Heft 1, 1949, S. 68.)

Das internationale Patentamt hat nunmehr ein Reglement über seine Tätigkeit erlassen. In erster Linie liefert es Gutachten über die Neuheit von Patentanmeldungen in den Mitgliedstaaten und von Patenten. Den Angehörigen der Mitgliedstaaten und Personen, die in diesen Staaten wohnen, erstattet es auch andere Gutachten über Fragen aus seinem Tätigkeitsgebiet. Der Verkehr mit den Gesuchstellern erfolgt in der Regel über die nationalen Patentämter.

(Prop. Ind. 1951, S. 38.)

(Mitgeteilt von der Patentabteilung der CIBA Aktiengesellschaft.)

**A propos de la révision de la
Loi Fédérale concernant le droit d'auteur
sur les œuvres littéraires et artistiques du 7 décembre 1922**

ADOLF STREULI

Allocution présentée lors de l'Assemblée générale de
l'Association Suisse pour la Protection du Droit d'Auteur
tenue à Fribourg le 26 septembre 1951
en présence de membres du Conseil exécutif de
l'Association Littéraire et Artistique Internationale à Paris

Motto:

L'auteur crée son œuvre littéraire, artistique ou scientifique afin d'entrer en communication avec le public, c'est-à-dire afin de manifester son « moi »; si le droit de l'auteur de disposer souverainement de son œuvre — ce droit de l'homme — n'est pas reconnu, ou se voit restreint, la conséquence fatale en sera une entrave à la libre jouissance des produits de l'esprit.

Au cas où l'usager rencontre des difficultés pour se mettre en rapport avec les titulaires des droits d'auteur, les sociétés des auteurs, qui doivent être investies du pouvoir d'agir au nom de tous les auteurs du monde, sont appelées à rendre applicable le droit de l'homme créateur en tenant compte des intérêts en présence, tout en respectant la règle fondamentale que l'abus d'un droit, surtout quand il est absolu, n'est pas protégé par la loi.

Messieurs,

Je vous prie de bien vouloir accepter mon intervention dans le sens de la contribution d'un Suisse à une discussion à propos de la révision de certaines lois nationales sur le droit d'auteur.

Beaucoup de pays en effet, et notamment ceux qui ne veulent pas favoriser les étrangers au préjudice de leurs propres citoyens en ratifiant la convention de Berne issue de la conférence diplomatique de Bruxelles en 1948, sont obligés de reviser leur législation nationale sur le droit d'auteur. Toute question qui se rattache à des problèmes de législation dans le domaine du droit d'auteur est donc des plus actuelles, entre autres pour la Suisse.

Nous nous rendons tous parfaitement compte que le droit d'auteur est encore à l'heure actuelle un domaine peu accessible même aux juristes, et pis encore, un droit qui est loin d'être entré dans les mœurs des citoyens. En général le public incline à ne voir dans ce droit de l'homme qu'une invention fantaisiste du législateur, et beaucoup d'Etats ont encore de la difficulté à incorporer dans leur législation ce que les juristes ont découvert.

Aujourd'hui, nous nous trouvons devant l'heureuse nécessité de nous rappeler les *principes juridiques* qui devraient régler la législation sur le droit d'auteur.

Ceux, qui, à titre de juristes, d'artistes, d'écrivains ou d'usagers, s'intéressent au droit d'auteur, sont frappés par la complexité de la législation qu'ils doivent étudier; ils se trouvent généralement en face de lois, de décrets, d'ordonnances et même de règlements qui ne se limitent guère aux quelques dispositions suffisantes pour statuer sur les droits en jeu.

Je suis persuadé que cette complexité de la législation est une des raisons primordiales qui font que le grand public n'a pas encore réalisé que le droit de l'auteur sur son œuvre est un droit de l'homme garantissant à lui seul la possibilité de créer librement et de jouir librement des œuvres de l'esprit. Si cette idée est exacte il s'impose avant tout de simplifier la législation en ayant recours aux principes qui sont à la base du droit d'auteur. Pour procéder de cette manière il me paraît nécessaire de préciser d'abord les faits qui ont provoqué ces législations complexes et nuisibles. Il sera certainement plus facile ensuite de faire du bon travail lors de la rédaction des nouvelles lois.

Voyons donc quels sont ces faits?

D'abord la découverte tardive du droit de l'auteur sur son œuvre, dont la conséquence fut une législation trop casuistique et trop dépendante des conditions existant à un moment déterminé.

Je ne crois nullement forcer l'histoire en constatant que la découverte de l'œuvre comme objet du droit de l'auteur vers la fin de 17^{ème} siècle seulement est due, si nous faisons abstraction des raisons sociologiques, au fait qu'avant qu'une exploitation commerciale intense de la découverte de l'imprimerie fût possible, l'œuvre était difficilement détachable de l'exemplaire de l'œuvre. Aussi longtemps que l'œuvre écrite ne pouvait être reproduite qu'en un nombre très restreint d'exemplaires, soit en la copiant à la main soit en l'imprimant par des procédés coûteux, l'auteur pouvait toujours contrôler son droit au moyen de l'exemplaire de l'œuvre sur la base du droit de propriété et de possession. Ce qui est vrai pour les œuvres écrites me paraît encore plus vrai pour les œuvres des arts figuratifs, par exemple, et de la musique: les procédés bon marché de reproduction d'œuvres des arts figuratifs, et d'édition de musique, pour ne pas parler des inventions techniques les plus récentes permettant de conserver même l'exécution, la représentation et la récitation, ont permis ces dernières décades seulement de dissocier facilement l'œuvre de son exemplaire, de telle sorte qu'on peut maintenant se servir, sans la collaboration de l'auteur, des œuvres de l'esprit d'une manière inconnue autrefois; et l'auteur est obligé maintenant d'avoir recours au droit d'auteur afin de faire valoir ses prérogatives sur l'œuvre.

Faute d'une conception générale et de principe du droit de l'auteur sur son œuvre, qui peut s'exprimer dans cette seule disposition: «Le ou les auteurs d'une œuvre en disposent souverainement»* — disposition inutile autrefois, car les occasions de la léser n'existaient point — faute d'une disposition générale dis-je, on a tâché de légiférer au fur et à mesure qu'un nouveau domaine technique de l'utilisation de l'œuvre était découvert.

Voilà une des raisons qui expliquent, selon moi, l'étrangeté de la législation en face de laquelle nous nous trouvons actuellement. Mais bien d'autres faits encore ont provoqué la naissance de ces codes spéciaux et complexes sur le droit d'auteur:

A mon avis *les conventions internationales* sur le droit d'auteur ont eu également des répercussions indéniables sur les législations nationales.

Si l'on étudie le développement de la Convention de Berne on constate qu'on engageait les pays qui en faisaient partie à observer les prérogatives de l'auteur comportant seules une portée pratique. De révision en révision, et parallèlement au développement de la technique de l'utilisation des œuvres, la Convention rendit obligatoires les nouvelles prérogatives, seule manière d'ailleurs de développer un traité international multilatéral.

* ou, comme le dit l'avant-projet de loi français dans son article 24, «l'auteur jouit du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit».

Il est notoire en outre qu'on n'est pas toujours parvenu à engager les pays faisant partie de l'Union de Berne à observer les prérogatives respectives de l'auteur d'une manière absolue. Au contraire on a été obligé — trop souvent — de prévoir la possibilité de licences obligatoires de toutes nuances afin d'obtenir l'unanimité nécessaire à un progrès.

Ainsi la Convention de Berne força bien les pays adhérents à développer leur législation nationale, mais celles-ci tinrent compte des nouvelles obligations conventionnelles, comme la convention elle-même, sous *une forme casuistique*, genre d'œuvre par genre d'œuvre, suivant la technique du moment, au lieu de transformer les progrès de la Convention en en condensant les principes dans un langage clair.

De plus, trop d'Etats se croyaient en règle avec le droit de l'homme, même s'ils faisaient usage des différentes possibilités de restriction permises par la Convention de Berne, oubliant qu'il ne s'agissait point d'une législation matérielle modèle mais d'un résultat politique.

A ces faits se sont ajoutés ces dernières décennies d'autres phénomènes particulièrement néfastes qui ont compliqué encore ces législations déjà complexes.

D'abord *les tendances totalitaires*. Si notre génération a vécu, et vit encore, une décadence manifeste dans le domaine de la législation, c'est que le législateur a généralement oublié qu'il existe dans le domaine du droit civil des règles immuables et simples, et qu'il confond trop souvent le règlement d'application avec les lois de base; certains Etats croient qu'un droit n'existe que s'il a trouvé une expression positive pour chaque application à la vie pratique. Cette tendance fait que trop de juges se perdent dans ces lois trop complexes qui ne sont plus qu'une agglomération de décrets, de règlements, de suggestions ou de présomptions légales sous réserve d'autres arrangements entre les parties.

Mais d'autres raisons encore expliquent pourquoi la législation est si abondante dans le domaine du droit d'auteur. De plus en plus *les intérêts économiques* de certains groupes jouent un rôle prépondérant lors des délibérations à propos des lois, et d'une manière particulièrement néfaste à propos de la législation sur le droit d'auteur, parce que ceux qui créent sont une élite formant une petite minorité comparée à ceux qui aspirent à l'usage des œuvres et en font une source de leurs revenus. Si les intérêts économiques priment la science et le droit de créer librement et de pouvoir jouir librement des œuvres de l'esprit, les auteurs, le public, et avec eux la science même, sont lésés.

En résumé je crois que, sans faire preuve d'une audace excessive, nous pouvons constater que les faits suivants: législation casuistique basée sur

des faits momentanés, tendances au totalitarisme, influence politiques, ont produit une législation complexe et manifestant, semble-t-il, une certaine méfiance à l'adresse du juge.

Permettez-moi de vous citer quelques exemples à l'appui de ces raisons d'ordre plutôt historique qui expliquent ces législations indésirables à mon avis sur le droit d'auteur.

D'abord un exemple montrant combien une législation qui a perdu de vue les principes rend la tâche du juge difficile.

Pendant la dernière décennie les auteurs ont dû défendre leurs droits contre les cinémas, et toute une série de procès monstres ont été nécessaires pour arriver à des jugements qu'on aurait pu prévoir facilement si l'on n'avait pas été submergé par cette complexité de législation. Leur thème était celui-ci :

Une œuvre peut-elle être utilisée sans que tous les auteurs qui l'ont créée y aient consenti, et, dans l'affirmative, qui est responsable de l'utilisation ?

Les batailles terminées, on se demande pourquoi ces procès ont pu prendre naissance. N'est-ce pas une lapalissade de dire qu'une œuvre ne peut être utilisée sans que tous ses créateurs y consentent ? N'en est-ce pas une autre de rappeler que seul celui qui utilise l'œuvre en est responsable ?

Voici d'autres exemples qui démontreront cette fois-ci l'influence néfaste de l'esprit totalitaire sur la législation sur le droit d'auteur ; veuillez ne pas y voir une critique adressée à un Etat plutôt qu'à un autre ; je crois que tous les Etats sont plus ou moins coupables et qu'ils ont tous subi plus ou moins la contagion du totalitarisme.

En constatant dans sa loi même que celui qui dispose licitement du corpus mechanicum d'un film sonore a acquis les droits de tous les auteurs de projeter l'œuvre, sauf celui du compositeur, et en précisant alors que le compositeur a le droit de réclamer au cinéma une rémunération spéciale, un pays par exemple a incorporé à sa loi des faits qui découlent à l'heure actuelle des contrats privés en usage. Si vous demandez à ceux qui ont créé cette législation pourquoi ils ont dérogé à tel point au procédé classique de légiférer, vous obtenez toujours une série d'arguments qui, je crois, permettent de mieux saisir l'influence du totalitarisme sur la législation.

On vous dira notamment : « Si l'on reconnaissait aux auteurs leur droit de l'homme sur la projection d'un film, ils pourraient grâce à leur droit absolu bloquer la projection du film en lésant les légitimes intérêts des autres auteurs qui voudraient le projeter. » Ne voyez-vous pas comme moi dans un tel argument l'attitude typique provoquée par le totalitarisme ? Seuls les juristes qui ont oublié les grands principes du droit valable dans tous les domaines de la vie sociale peuvent arriver à une pareille conclu-

sion. Nous n'avons qu'à nous rappeler le grand principe selon lequel l'abus du droit, même et surtout quand il est absolu, ne peut jamais rencontrer l'approbation du juge. Un auteur qui utiliserait son droit absolu afin de faire du chantage sur celui qui voudrait projeter le film ne trouverait jamais de protection dans un pays libéral, non totalitaire, mettant l'homme au centre de ses préoccupations, et s'abstenant de s'immiscer dans les relations privées des hommes, condition première d'une vie telle que celle à laquelle nous aspirons.

Que se passerait-il si à l'avenir, lors de la création d'un film, *tous* les auteurs, et pas seulement le compositeur, s'en réservaient la projection? Le pays dont nous avons parlé serait alors contraint de revoir sa législation afin de faire place au droit d'auteur en tant que droit de l'homme, et par conséquent à la Convention de Berne.

Citons un autre exemple: si quelqu'un exécute publiquement des œuvres au moyen d'un radio-récepteur, il utilise le droit de l'auteur sur l'exécution de son œuvre, mais en rencontrant, il est vrai, tout une série de difficultés: l'usager doit se mettre en ordre aussi bien avec l'autorité qui donne la concession qu'avec le titulaire du droit d'exécution, lequel de son côté a de grandes difficultés à prouver quelles œuvres furent utilisées par le concessionnaire; si le titulaire est membre d'une société d'auteurs, celle-ci doit trouver la clé équitable pour faire la répartition des droits encaissés. Les sociétés d'auteurs ont su résoudre ces problèmes en recourant à des arrangements privés. A titre d'exemple je citerai mon pays où les PTT se chargent d'encaisser le droit d'auteur avec les taxes de concession, tandis que la Société Suisse des Auteurs répartit les sommes ainsi encaissées sur la base des programmes des émetteurs suisses.

Cependant une législation sur le droit d'auteur a cru devoir se mêler encore à ce domaine privé. Elle n'a pu le faire qu'en niant le droit de l'auteur et en décidant qu'il s'agit dans ce cas non pas d'une prérogative de l'auteur, mais seulement du droit des auteurs à une compensation spéciale.

Si vous posez des questions au législateur responsable il vous avancera des arguments qui ne peuvent que soutenir ma thèse. Il vous dira par exemple: «Comment une société d'auteurs peut-elle répartir les droits encaissés si la loi ne transforme pas le droit d'auteur en une chose différente?»

Bref, il s'agit à nouveau d'un cas d'abdication devant sa responsabilité de l'homme, qui ne croit plus pouvoir agir sans que tout ce qui devrait être du domaine privé ait trouvé sa réglementation obligatoire dans une loi.

Voici maintenant des exemples sur l'influence néfaste exercée par la politique sur la législation: La loi suisse actuelle a été rédigée pendant et immédiatement après la guerre 1914-18. On ne pouvait alors imaginer

comment se développeraient les moyens techniques pour conserver les œuvres musicales, et les appareils servant à l'exécution, la représentation ou la projection des œuvres ainsi enregistrées. Cependant il y avait déjà à ce moment une industrie qui fabriquait les coquettes boîtes à musique, et le gramophone à pavillon avec ses disques primitifs était déjà connu. Bien qu'on pût se rendre compte que de pareils instruments ne se prêtaient pas à l'exécution publique d'une œuvre et que, même si ç'avait été le cas, le titulaire du droit d'exécution n'aurait pu songer à faire de pareilles exécutions l'objet d'une prérogative de l'auteur, on introduisit dans la loi suisse une disposition suivant laquelle une œuvre musicale peut être exécutée publiquement sans autre si cette exécution est faite au moyen d'instruments mécaniques licitement fabriqués. Ce faisant le législateur avait cédé au désir des fabricants de ces instruments primitifs.

De quel fardeau s'est-on chargé pour avoir oublié les principes généraux lors de l'établissement de la législation! Cette disposition est encore en vigueur et il a fallu un avis de la conférence diplomatique de Bruxelles pour que la Suisse, entre autres, revienne sur cette hérésie.

Quelles difficultés nos tribunaux n'ont-ils pas rencontrées pour rendre compatible avec le développement de la technique cette disposition dictée par la politique et négligeant la science! Si cet article n'a pu déployer ses néfastes effets sur le film sonore par exemple, qu'il a fallu reconnaître comme une œuvre sui generis et non musicale afin d'éviter l'application de l'injuste exception citée, c'est à notre Tribunal fédéral, et notamment au Juge rapporteur à ce moment là, M. Bolla, que nous le devons. Il est de même à l'honneur de la radio suisse de n'avoir jamais tâché de se soustraire à l'obligation de rémunérer les émissions des œuvres musicales en recourant aux disques bien qu'il s'agisse incontestablement dans ces cas d'œuvres musicales, et bien qu'on assimile encore en Suisse l'émission d'une œuvre musicale à l'exécution.

Mais que de discussions, que de procès coûteux indisposant les intéressés de part et d'autre seulement parce que le législateur s'était laissé guider par des considérations autres que juridiques.

Un autre exemple illustre l'influence néfaste qu'exerce la politique sur la législation.

La loi suisse* prétend, contre toute science que l'instrument mécanique, même celui fabriqué, par le perforage, l'estampage, l'apposition de points (!) est une œuvre dans le sens du droit d'auteur. Il dépend donc de la grâce du fabricant des «conserves» d'œuvres musicales que l'auteur puisse entrer en communication avec le public, et que celui-ci puisse

* LDA, art. 4, al. 2.

jouir des œuvres, dès l'instant qu'elles sont mises en circulation au moyen d'instruments mécaniques. Or, depuis que dans maints domaines la diffusion de la pensée se fait surtout par le moyen d'instruments mécaniques, cet état de fait ne peut pratiquement plus exister.

Pensez enfin aux multiples difficultés que provoquent les séries d'articles sur les licences obligatoires de tout ordre, qui doivent leur existence aux considérations peu juridiques par lesquelles la législation s'est laissée guider.

A tous ces faits d'ordre historique principalement qui ont influencé nos législations sur le droit d'auteur, s'en ajoute encore un qui, à mon avis, exerce lui aussi une influence des plus nuisibles sur le législateur: Surpris par la découverte de l'œuvre en tant qu'objet du droit, on a cherché en légiférant *des analogies avec d'autres phénomènes d'ordre juridique* et on est tombé sur le droit de propriété. On a fait ainsi des analogies entre œuvres et choses qui, nous le reconnaissons aujourd'hui, étaient le plus souvent erronées, preuve en soit la monstrueuse expression de «propriété intellectuelle» qui est une erreur tant au point de vue linguistique que juridique.

Je me risque à constater que le droit de propriété et le droit de l'auteur sur son œuvre n'ont qu'un seul caractère commun: ils sont l'un et l'autre des droits exclusifs, restreints seulement par le droit des voisins et l'intérêt public. A mon avis toutes les autres analogies qu'on a cru pouvoir établir et qui malheureusement ont trouvé leur expression dans certaines législations, et notamment dans celle de mon pays, sont inutiles sinon fausses, et ont provoqué beaucoup de difficultés: on a jugé bon d'introduire dans la législation suisse par exemple l'analogie avec la copropriété et la propriété en main commune du droit réel.

Cette analogie suisse s'est avérée inexacte; elle est due à une confusion entre l'œuvre, seul objet du droit d'auteur, et l'exemplaire de l'œuvre, objet du droit sur les choses mobilières, entre le droit d'auteur et la propriété. Evidemment il importe peu si pour une œuvre créée par plus d'un auteur les apports des auteurs différents peuvent être effectivement séparés ou non: l'œuvre créée par plusieurs auteurs est toujours, comme le dit très justement l'avant-projet de loi français, une nouvelle œuvre, qui ne peut être utilisée que si tous ses créateurs y consentent, et la question de savoir si un apport à l'œuvre peut oui ou non être utilisé isolément est une pure question de fait d'abord et de contrat passé entre les co-auteurs ensuite.

Une série d'événements ont confirmé ces dernières années que l'analogie citée entre droit d'auteur et droit de propriété est erronée. Qu'on ne me reproche pas de voir les problèmes qui nous préoccupent d'un point de vue trop spécial si je me sers à nouveau comme exemple du film sonore: c'est le plus actuel pour toutes les œuvres créées par plus d'un

auteur et ce que je dirai à propos du film pourrait se dire aussi bien à l'égard des œuvres radiophoniques, des œuvres à téléviser, de certains Festspiele voire même d'opéras, d'opérettes, etc.

La jurisprudence actuelle étiquette le film sonore comme une œuvre faite en collaboration, tandis que le Tribunal fédéral, se basant sur la législation suisse actuellement en vigueur a dû le considérer comme une œuvre composite. Mais ces classifications différentes n'ont pas empêchés les deux juges, et ceci est l'essentiel, d'aboutir exactement aux mêmes conclusions selon lesquelles le film sonore est une œuvre dans le sens du droit d'auteur, sur laquelle tous ses créateurs disposent de toutes leurs prérogatives. Et même si les termes de l'avant-projet de loi français sont utilisés d'une manière différente de celle qui est d'usage en Suisse, et même en France actuellement, ceci ne change rien aux prérogatives des auteurs. Malheureusement le juge fédéral qui référerait dans le dernier procès du film sonore n'a pas eu le temps de se prononcer en émettant l'hypothèse que le film sonore soit une œuvre faite en collaboration dans le sens de la loi suisse; mais je crois qu'il m'est permis de vous dire que même en adoptant cette hypothèse il ne serait pas arrivé à une autre conclusion que celle suivant laquelle une œuvre créée par plus d'un auteur ne peut être utilisée qu'avec le consentement de tous les auteurs; tant il est vrai que faire des prérogatives des auteurs sur une œuvre, une prérogative sur la part apportée à la création de l'œuvre, ou parler d'une part de chaque auteur au droit sur l'œuvre entière, ne change en rien les prérogatives de l'auteur sur l'œuvre. Ce seul exemple suffit à démontrer comment on a compliqué la législation en croyant devoir faire des analogies inutiles¹.

¹ Chose curieuse: si dans le passé l'industrie cinématographique a farouchement insisté sur le fait que le film sonore est une œuvre originale, en croyant pouvoir tirer de cette situation juridique son étrange conclusion quant à l'utilisation de cette œuvre, les auteurs se voient obligés maintenant de recourir au fait que le film sonore est une œuvre originale afin de se défendre contre l'industrie cinématographique; celle-ci se permet en effet trop souvent de louer le film et non pas la bande sonore, en autorisant le loueur à remplacer la bande sonore originale par une nouvelle bande, c'est-à-dire en substituant une nouvelle musique à celle du film.

Inutile de nous étendre sur ce procédé qui dessert aussi bien le droit que l'art; il n'a d'autre but que de faire perdre au compositeur de la musique originale ses droits d'exécution pour en faire bénéficier un compositeur du pays dans lequel le film est projeté.

D'ailleurs il s'agit ici d'un exemple extrêmement instructif sur le danger qu'il y a à confondre l'œuvre et l'exemplaire de l'œuvre dans le sens du droit d'auteur: même si le corpus mechanicum n'est pas un, comme c'est souvent le cas pour le film sonore (film proprement dit et bande sonore) l'œuvre en question peut toujours être une, et même originale.

Pour en finir avec les exemples de cet ordre, est-il besoin de rappeler, combien d'encre ont fait couler les deux écoles, l'une soutenant que le droit d'auteur est une association de différents droits et l'autre qu'il est un droit un, sans qu'on puisse parler de différents droits, mais seulement de différentes possibilités de faire valoir ce droit unique: discussion pratiquement inutile, qui doit sa seule origine, ceci est ma ferme conviction, au fait qu'on a voulu trouver une analogie entre le droit d'auteur et le droit réel.

Notre temps est limité. Permettez-moi donc de m'arrêter à ces généralités et aux quelques exemples qui les illustrent, dont on pourrait multiplier le nombre à l'infini.

Je suis persuadé que l'étude des conditions dans lesquelles les législations actuelles sur le droit d'auteur ont pris naissance et se sont développées permettent de tracer le chemin à suivre maintenant qu'il s'agit pour nombre d'Etats, et notamment pour la France et la Suisse, de reviser leur législation.

Rappelons-nous que le droit de l'auteur sur son œuvre est un droit de l'homme facile à circonscrire, et ne perdons pas de vue les raisons pour lesquelles nous nous trouvons en présence des législations compliquées de l'heure actuelle.

Messieurs,

Je me suis permis de dire beaucoup de choses et, trouverez-vous peut-être, d'une manière peu motivée. J'ose toutefois arriver à une conclusion:

Personne ne peut nier que beaucoup de législations nationales sur le droit d'auteur, notamment celle de la Suisse, portent encore trop les traces des conditions dans lesquelles elles ont pris naissance. Pour cette raison elles sont, nous l'avons vu, difficilement accessibles même aux juristes; de par leur défectuosité et leur complexité même, elles renforcent l'idée de nos concitoyens que le droit de l'auteur sur son œuvre est une chose à combattre, et ils ne reconnaissent pas que le droit d'auteur est un droit de l'homme créateur qui seul peut garantir la libre création d'œuvres et leur libre jouissance.

Les personnalités à qui incombe maintenant la lourde tâche de reviser les lois en vigueur se trouvent placées devant un dilemme, car pour rendre la législation accessible à tout le monde:

— va-t-on continuer dans la voie où la majorité des pays se sont engagés en établissant les dispositions légales sur le droit d'auteur dans des codes complets à part, tout en précisant d'une manière casuistique les droits respectifs à chaque genre d'œuvres?

— ou bien va-t-on au contraire tenir compte des expériences historiques et scientifiques en réduisant les législations actuelles à leurs principes?

Vous pouvez deviner facilement pour laquelle des deux possibilités j'opte personnellement:

Avant tout le législateur devra s'abstenir de résoudre les problèmes qui se posent à lui en faisant de la législation sur le droit d'auteur une loi totalitaire, devant subir une nouvelle révision à chaque possibilité nouvelle d'expression de l'esprit et chaque fois que les intéressés s'entendent pour appliquer les droits sur la base de nouveaux arrangements.

Mais, le choix une fois fait, les problèmes qui se posent au législateur n'en seront pas résolus pour autant: car nous sommes citoyens d'une démocratie, et dans une démocratie, légiférer est par définition un acte politique, c'est-à-dire un métier du possible.

Or la démocratie demande aux lois d'être claires, simples et lisibles pour tout le monde. Il faut donc se méfier de tomber dans le vice de la «Begriffsjurisprudenz», accessible seulement aux initiés, aux «Fachjuristen». Croyez bien que je suis le dernier à incliner vers ce snobisme. Par contre je suis persuadé qu'une législation qui ne se laisse inspirer que par la science et qui sait condenser ses expériences dans des dispositions claires et simples est la seule qui peut être comprise par tous les citoyens, et nous épargner des études et des procès inutiles.

De plus il ne faut pas oublier qu'on ne peut remplacer d'un jour à l'autre ce qui est le résultat d'un développement historique; à mon avis se serait une erreur de ne pas vouloir construire sur ce qui existe déjà même si l'on aspire à simplifier; tous les faits auxquels je me suis arrêté ne peuvent donc, selon moi, que conduire toute révision vers une simplification de ce qui existe déjà.

Qu'il me soit permis de jeter encore dans la discussion une dernière idée qui se rapporte au thème dont nous nous occupons mais qui s'adresse avant tout à mes confrères suisses. Vous serez certainement avec moi d'avis que la révision de la loi suisse et son adaptation à la Convention de Berne telle qu'elle est sortie des délibérations de Bruxelles sera politiquement une affaire difficile. Réfléchissant aux difficultés qui attendent le rédacteur du projet, la Commission des experts et nos deux Chambres, je me suis posé la question de savoir s'il ne serait pas possible de prendre un chemin nouveau pour arriver au but qui nous est dicté par des circonstances de force majeure, c'est-à-dire l'adaptation de la loi nationale à la Convention révisée et la ratification de la Convention? Je lancerai mon idée tout en me rendant compte que sa réalisation rencontrera des obstacles qui

peut-être m'échappent encore actuellement puisque je n'ai pas eu la possibilité de l'étudier de près et de la discuter avec des personnes compétentes:

Pour la première fois dans son histoire l'Union de Berne a aspiré à Bruxelles à ne plus se contenter seulement à obliger les Etats membres à tenir compte des possibilités nouvelles d'exploitation de l'œuvre, mais à rédiger une loi internationale complète sur le droit d'auteur. Preuve en soit par exemple l'introduction du droit exclusif de l'auteur à exécuter publiquement son œuvre, droit que jamais personne n'a contesté. Nous nous trouvons donc maintenant en face d'une législation matérielle complète sur le droit d'auteur.

En ratifiant la Convention révisée nous accorderons tous les droits conventionnels à toutes les œuvres entrant en ligne de compte, *c'est-à-dire à la grande majorité de toutes les œuvres protégées*. D'autre part nous devons éviter que ces étrangers aient plus de droits que nos propres concitoyens.

Je me demande en conséquence, en me rappelant que légiférer est par définition un acte du possible, si l'on ne pourrait pas déclarer la Convention de Berne révisée en 1948 applicable aux citoyens suisses également, et remplacer la loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques de 1922 par une «Loi d'introduction» à la Convention de Berne, genre de loi que nous connaissons bien en Suisse¹. Cette loi d'introduction devrait se prononcer sur chaque article de la Convention de Berne laissant aux Etats la liberté d'option pour l'un ou l'autre règlement touchant des questions particulières², et prévoir encore les sanctions et la procédure, nécessaires pour une loi nationale complète; certains articles de la Convention donneraient sans autre l'occasion de prévoir également dans cette «Loi d'introduction» des articles visant l'application de certaines prérogatives des auteurs, c'est-à-dire toutes ces dispositions du domaine du droit public qui doivent garantir qu'un monopole d'entremise ou même de mandat ne soit pas exercé abusivement².

¹ Depuis que cette allocution a été prononcée, la Commission de législation de la Confédération internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs, réunie à Florence du 29 octobre au 3 novembre 1951, a émis le vœu suivant:

La Commission de législation,
se félicitant de l'entrée en vigueur de l'Acte de Bruxelles dans les rapports de douze des Pays membres de l'Union de Berne,
convaincue du haut intérêt d'une prompte adhésion des autres Pays signataires,
rappelle que les Etats désireux d'adhérer dans un bref délai à l'Acte de Bruxelles pourraient, sans recourir à une refonte préalable de la législation nationale, déclarer, par une loi spéciale, que les dispositions contenues dans l'Acte de Bruxelles sont également applicables aux nationaux.

² voir annexe ci-jointe.

Peut-être même serait-il possible d'incorporer les articles de cette loi d'introduction dans un texte même de la Convention de sorte que les articles explicatifs indispensables suivraient immédiatement l'article de la Convention auquel ils se rapportent.

Si une pareille idée, s'avérait possible, on en retirerait des avantages juridiques et politiques qui, à mon avis tout au moins, sautent aux yeux :

Pourquoi croire qu'on pourrait légiférer d'une manière plus claire sur le terrain national que ce ne fut le cas sur le terrain international après des délibérations ayant duré trois quart de siècle entre des spécialistes venant de tous les coins du monde ? Quel avantage pour les intéressés suisses et étrangers si l'on pouvait alors avoir une jurisprudence se basant directement sur la Convention de Berne !

Politiquement, les problèmes qui se poseront au législateur le seront d'une manière absolument claire et beaucoup moins compliquée que dans le cas où l'on aurait à discuter de nouveaux textes en vérifiant s'ils coïncident entièrement avec ceux de la Convention.

Les questions qui se posent ici, la Suisse les a connues de tous temps puisqu'elle est une Confédération d'Etats souverains, lesquels ont toujours dû établir des lois d'introduction aux lois fédérales. Il y a donc une analogie frappante entre la Confédération suisse et l'Union de Berne. Dans le cas qui nous occupe il s'agirait d'établir une loi d'introduction visant non point un Etat confédéré de la Confédération helvétique mais un Etat confédéré de l'Union Littéraire et Artistique.

Vous me direz peut-être que cette idée est en contradiction avec les remarques que j'ai faites tout à l'heure au sujet de la Convention de Berne et de l'énumération casuistique qu'elle avait involontairement suscitée. Je crois toutefois que les avantages politiques dépasseraient de loin ces inconvénients, et surtout quel exemple magnifique serait un pareil développement pour l'unification internationale du droit privé ! La Suisse réparerait peut-être ainsi le manque de zèle dont elle fait preuve pour entrer dans le rang des autres nations en ratifiant la convention de Berne révisée à Bruxelles, et pour reconnaître elle aussi la durée de protection de 50 années p.m.a. Son prestige en tous cas n'aurait rien à y perdre. N'en veuillez pas au Secrétaire général du Conseil Européen de la Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs si l'idée qu'il vient d'émettre lui tient sentimentalement à cœur.

Mes chers Confrères,

Ce qui s'impose devant les révisions qui nous attendent c'est de ne pas perdre de vue les principes, et de penser en rédigeant les nouvelles lois à cette phrase que mon grand maître, M. le Professeur Fleiner, aimait particulièrement et que je ne voudrais pas manquer de citer en terminant: «Rien n'est plus pratique qu'une bonne théorie.»

Université de Fribourg, le 26 septembre 1951.

Annexe

A mon avis la «Loi d'introduction» envisagée devrait contenir entre autres les articles suivants:

Tout d'abord une disposition essentielle disant que la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Bruxelles le 26 juin 1948 est également applicable aux œuvres des ressortissants suisses publiées en Suisse ou à l'étranger qu'elles soient éditées ou non, ainsi qu'aux œuvres d'auteurs étrangers éditées pour la première fois en Suisse.

Ensuite, il serait nécessaire de prévoir les articles d'introduction ci-dessous:

- ad art. 2 al. 2: l'article qui s'impose,
- ad art. 2 al. 5: un article déclarant que les œuvres visées par cet alinéa jouissent de la protection en Suisse,
- ad art. 2 bis: l'article qui s'impose,
- ad art. 6 al. 2, 3 et 4: l'article qui s'impose tout en tenant compte de l'art. 6 al. 2 LDA,
- ad art. 6 bis al. 1: peut-être s'impose-t-il d'ajouter un article d'introduction disant:
«l'auteur a le droit de s'opposer à la destruction de l'exemplaire original de l'œuvre seulement au cas où celle-ci entraînerait la destruction de l'œuvre même;
si le propriétaire de l'exemplaire original de l'œuvre estime qu'on ne peut exiger de lui qu'il s'abstienne de détruire l'œuvre, il est autorisé à en référer au juge qui décidera souverainement ;
les auteurs des œuvres des arts appliqués, de la photographie et de l'architecture ne peuvent s'opposer à la destruction de leurs œuvres» (art. 14 de la proposition des groupements intéressés du 19 mars 1949).
- ad art. 6 bis al. 2 et 3: l'article qui s'impose,
- ad art. 7 al. 3: l'article qui s'impose,
- ad art. 9 al. 2: l'article qui s'impose,
- ad art. 10 bis: l'article qui s'impose,
- ad art. 11: un article réservant la «Loi fédérale concernant la perception de droits d'auteur» (du 25 septembre 1940),
- ad art. 11 bis al. 2: un article prévoyant que la gérance du droit de radiodiffuser l'œuvre est réservé à une société, ayant reçu l'autorisation nécessaire, et mandatée de par la loi pour gérer les dits droits afférant à toutes les œuvres protégées (art. 1er de la Loi Perc. du 25 septembre

- 1940; complété par la proposition du 19 mars 1949 faite par des groupements d'auteurs invités à se prononcer sur la révision de la vision de LDA),
- ad art. 11 bis al. 3: un article déclarant licites les enregistrements réalisés par un Poste de radiodiffusion à des fins non publicitaires, dans ses studios, sans émissions concomitantes, pour des nécessités techniques, ou d'horaire, en vue d'une émission unique par le poste dans un bref délai, sur une longueur d'onde déterminée, et qui sont ensuite détruits ou neutralisés,
- ad art. 13 al. 2: un article décrétant éventuellement la licence obligatoire pour l'enregistrement et réservant la gérance des droits visés par les chiffres 1 et 2 al. 1 art. 13 de la Convention à une société ayant reçu l'autorisation nécessaire et mandatée par la loi pour gérer les droits en question afférant à toutes les œuvres protégées (art. 1er Loi Perc. du 25 septembre 1940; complété par la proposition faite le 19 mars 1949 par des groupements d'auteurs invités à se prononcer sur la révision de la LDA),
- ad art. 14 bis: éventuellement, un article statuant sur le droit de suite, suivant l'art. 41 du projet de loi établi par les intéressés, le 19 mars 1949,
- ad art. 16 al. 3: l'article qui s'impose.

Au surplus il serait indispensable de prévoir dans la loi d'introduction et aux endroits voulus:

- a) toutes les dispositions de la loi suisse en vigueur conférant à l'auteur des droits matériels que la Convention de Berne ne prévoit pas encore, et tout spécialement:
- le droit de reproduire l'œuvre par n'importe quel procédé et de mettre en vente ou mettre en circulation d'une autre manière des exemplaires de l'œuvre;
 - d'exposer publiquement des exemplaires de l'œuvre ou de livrer l'œuvre à la publicité d'une autre manière tant que celle-ci n'est pas rendue publique;
- b) les quelques dispositions qui sont particulières au droit d'auteur, notamment un article disant expressément:

«Le transfert d'un des droits compris dans le droit d'auteur n'implique pas le transfert d'autres droits partiels à moins que le contraire n'ait été convenu.» «Sauf convention contraire le transfert de la propriété d'un exemplaire d'une œuvre n'entraîne pas celui du droit d'auteur même s'il s'agit de l'exemplaire original» (art. 9 LDA). «Sauf en ce qui concerne la construction des œuvres d'architecture, la reproduction d'une œuvre est licite lorsqu'elle est destinée exclusivement à l'usage personnel et privé de

celui qui y procède. La reproduction ne doit pas être utilisée dans un dessein de lucre» (art. 22 LDA).

c) La «Loi d'introduction» devrait contenir une définition du mot «public» à propos des prérogatives de l'auteur d'exécuter, de représenter, de réciter et de projeter l'œuvre, et ceci dans le sens négatif proposé par des groupements d'intéressés le 19 mars 1949:

«Une récitation, exécution, représentation ou projection dans le cercle familial, ou dans une école ou un internat, ayant lieu exclusivement devant les élèves ou les habitants de l'internat ne doit pas être considérée comme publique au sens de la Convention de Berne et de cette «Loi d'introduction» pour autant que ces manifestations ne sont pas organisées dans un dessein de lucre.»

d) Il serait nécessaire de prévoir dans la «Loi d'introduction» les quelques dispositions visant:

les sanctions civiles et pénales,

la procédure à suivre en cas de litige,

le droit d'auteur et la poursuite (au sens de l'art. 10 LDA).

Prix Triennal de la Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs

La Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs a créé un *Prix Triennal* destiné à récompenser un travail (juridique, philosophique, littéraire, etc.) de nature à faire progresser le droit d'auteur.

Le montant de ce prix est fixé pour le concours de 1952 à trois cent mille (300 000) francs français.

Ce concours a été déclaré ouvert par le Bureau de la Confédération réuni à Paris les 27 et 28 avril 1951. Il sera clôturé le 30 avril 1952.

Sont admis à concourir les ouvrages inédits ou publiés depuis le 30 avril 1949.

S'adresser pour tous renseignements et règlement du concours au siège de la Confédération 24 rue Chaptal, à Paris (IXe).

Règlement

I. — La Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs décerne périodiquement un prix destiné à récompenser des écrits de nature à faire progresser le droit d'auteur dans un sens conforme aux aspirations confédérales.

II. — Le prix peut être attribué à toute personne physique d'une honorabilité indiscutable, auteur d'un ouvrage inédit ou publié trois ans au plus avant la date de clôture du concours.

III. — En principe, le prix est décerné tous les trois ans. Le montant en est fixé à un minimum de deux cent mille francs français. Le Bureau de la Confédération se réserve d'augmenter ce chiffre suivant l'importance des contributions apportées par les Sociétés confédérées.

IV. — Le jury est constitué par le Bureau de la Confédération, assisté pour la lecture des ouvrages par la Commission de Législation. Celle-ci lui présente un rapport sur chaque ouvrage. La décision est prise par le Bureau de la Confédération, en toute indépendance et sans appel; elle n'a pas à être motivée.

Le prix peut être divisé entre deux ou plusieurs ouvrages d'égale valeur.

V. — L'ouverture du concours est décidée par le Bureau de la Confédération ainsi que la date de clôture dudit concours, et rendue publique un an au moins avant cette date.

Les ouvrages présentés par les candidats ou en leur nom sont adressés, autant que possible en trois exemplaires, au Secrétaire Général de la Confédération, qui en accuse réception. Ils peuvent être rédigés dans une des langues de diffusion mondiale ou, à défaut, dans une autre langue, à condition que ce soit celle de l'auteur ou, en cas de collaboration, d'un des auteurs.

VI. — Toutes questions non prévues dans le présent règlement sont tranchées discrétionnairement par le Bureau de la Confédération.

Nota — Les exemplaires imprimés demeureront acquis à la bibliothèque de la Confédération.

Les manuscrits primés pourront être publiés, en tout ou partie, par les soins de la Confédération, dans sa revue «Inter-Auteurs».

Schweizerische Rechtsprechung

OTTO IRMINGER

Zürich

Markenrecht

ZGB Art. 2

Voraussetzungen der Verwirkung des Klagerechtes des Inhabers der verletzten Marke.

BGE 76 II 393 ff.; Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Dezember 1950 i. S. Laboratoires Sauter S. A. gegen Sanitingesellschaft Bugmann & Cie.

Die Sanitingesellschaft 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 erfolglos um Löschung ihrer Marke. 1949 reichte die Sauter S. A. gegen Bugmann & Cie. Klage auf Löschung der Marke und Schadenersatz ein.

Entgegen dem Entscheid der Vorinstanz hat das Bundesgericht das Vorliegen gänzlicher Warenverschiedenheit verneint.

Die Auffassung der Vorinstanz, daß der Zeicheninhaber sein Klagerecht unter allen Umständen erst mit der Verjährung seiner Ansprüche einbüße, ist 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 (GBE 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 Klage-rechtes geltend machen kann (BGE 73 II 192). Gutgläubig war die Beklagte beim Gebrauch ihrer Marke «Sanitin» bestimmt nicht. Sie wurde schon kurz nach der Hinterlegung der Marke, in der allerersten Zeit ihrer Verwendung von der Klägerin wiederholt darauf aufmerksam gemacht, daß ihre Marke mit dem älteren Zeichen «Salitine» unverkennbar sei. Die Beklagte beharrte aber auf dem offensichtlichen unhaltbaren Standpunkte, 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 Zeitpunkte bei der weiteren Verwendung ihrer Marke ohne Zweifel im bösen Glauben. Das schließt jedoch 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 Gutheißung 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. Dieses Untätigbleiben der Klägerin rechtfertigt aber 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 Beklag-

ten Stellung genommen hatte. Doch läßt sich angesichts der langen Zeitspanne, während der die Klägerin untätig blieb, eine Verwirkung ihres Klagerechtes nur verneinen, wenn sie ihr Verhalten mit stichhaltigen Gründen zu rechtfertigen vermag. Was die Klägerin in Wirklichkeit veranlasste, 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 Rechtsmißbrauches 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.

MSchG Art. 4 und 6, Abs. 1

Klage auf Ungültigkeit einer Marke, die schon eingetragen, aber noch nicht gebraucht wird. — Verwechslungsgefahr bei Arzneimittelmarken; Bedeutung der Rezeptpflicht. — Neotrisan/Nephrisan.

BlZR Bd. 50 (1951), Nr. 59. Urteil des Handelsgerichtes Zürich vom 1. März 1951.

Apotheker S. hinterlegte am 11. Juli 1949 die Marke «Nephrisan» für pharmazeutische Produkte aller Art. Die Firma A. G. H., die seit langem unter der Marke «Trisan» ein Heilmittel gegen Asthma vertreibt, hinterlegte am 24. April 1950 die Marke «Neotrisan» für ein chemisch-pharmazeutisches Produkt. Bevor ein Erzeugnis unter dieser Marke in den Handel gebracht wurde, erhob S. gegen die A. G. H. Klage mit dem Antrag, die Marke «Neotrisan», die sich von seiner älteren Marke «Nephrisan» nicht genügend unterscheide, sei ungültig zu erklären und der Beklagten deren Gebrauch zu untersagen. Das Handelsgericht hat diese Klage abgewiesen.

Die Beklagte macht zunächst geltend, die Klage müsse schon deswegen abgewiesen werden, weil die Marke «Neotrisan» noch nicht gebraucht werde und sie auch noch keine Vorbereitungsmaßnahmen zu deren Gebrauch getroffen habe, wie zum Beispiel Druck von Etiketten, Faltschachteln oder Prospekten. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Richtig ist allerdings, daß nach der in der Schweiz herrschenden Meinung der Eintragung der Marke im Markenregister nur deklaratorische Bedeutung zukommt, so daß also die Beklagte durch die Eintragung der Marke «Neotrisan» allein noch kein Recht auf deren ausschließlichen Gebrauch erworben hat (vgl. Komm. Matter, S. 68; Komm. David, N. 2 zu Art. 4 und N. 7 zu Art. 5 MSchG und dort zitierte Urteile). Hierauf kommt es jedoch nicht an, sondern nur darauf, daß die Marke des Klägers im Gebrauch stehe, was unbestritten ist. Als Inhaber der Marke «Nephrisan» ist der Kläger befugt, schon gegen eine drohende Störung einzuschreiten. Sein rechtliches Interesse an einer derartigen Klage ist zu bejahen, wenn ernstlicher Grund zur Besorgnis vorliegt, daß eine Verletzung seiner Rechte bestehe. Ein solcher Grund ist namentlich dann gegeben, wenn die beanstandete Marke bereits eingetragen worden ist, denn die Eintragung zeigt in aller Regel den Willen des Hinterlegers, die Marke in Gebrauch zu nehmen. Die vorliegende Klage ist daher zulässig. (Vgl. hierzu Komm. Matter, S. 210; BGE 58 II 172.)

Der Ausgang des Prozesses hängt somit davon ab, ob sich die jüngere Marke «Neotrisan» durch wesentliche Merkmale von der bereits früher gebrauchten und eingetragenen Marke «Nephrisan» unterscheide (Art. 6 Abs. 1 MSchG). Da die Verwechselbarkeit vom Standpunkte der als Abnehmer der fraglichen Erzeugnisse in Betracht fallenden Verkehrskreise aus zu beurteilen ist, ist zunächst festzustellen, welche Kreise als Abnehmer der mit den zu vergleichenden Marken versehenen Erzeugnisse in Betracht kommen.

«Nephrisan» ist ein zur Bekämpfung der Wassersucht geeignetes Pulver. Es untersteht nicht der Rezeptpflicht, sondern wird frei verkauft. Die Reklame des Klägers richtet sich demgemäß direkt an das Publikum. «Neotrisan» befindet sich noch nicht auf dem Markt. Die Beklagte erklärt, sie beabsichtige diese Bezeichnung für eine neue Darreichungsform ihres alten Präparates «Trisan» zu verwenden; «Neotrisan» werde im wesentlichen gleich zusammengesetzt sein, wie «Trisan»; es werde wie dieses als Antiasthmaticum verwendet werden und ebenfalls nur gegen Rezept erhältlich sein. Der Unterschied zwischen «Trisan» und «Neotrisan» werde nur darin bestehen, daß

das neue Medikament geschmacklich verbessert und daher für den Patienten angenehmer einzunehmen sein werde.

Es könnte sich fragen, ob die beiden Marken nicht schon dann als hinlänglich verschieden zu betrachten wären, wenn beide für frei verkäufliche Heilmittel bestimmt wären. Die Verschiedenheit der Erinnerungsbilder der beiden Marken ist für den Laien, der weder die klassischen Sprachen beherrscht noch über Kenntnisse in der Arzneikunde verfügt, beträchtlich. Sie wirkt sich sowohl im Schriftbild, als namentlich auch phonetisch aus, da «Neotrisan» im Gegensatz zu «Nephrisan» viersilbig ausgesprochen wird; die Behauptung, der Vokal «o» werde bei rascher Aussprache verschluckt, ist nicht zutreffend. Auch die Verschiedenheit des nachfolgenden Konsonanten ist nicht belanglos, da «phr» weich, «tr» dagegen hart ausgesprochen wird, wodurch sich der Gesamteindruck des Wortes auf den Hörer erheblich verändert. Sodann fällt in Betracht, daß die vom lateinischen «sanus» (gesund) abgeleitete Endsilbe «san» für zahllose chemische und medizinische Präparate gebraucht wird, so daß sie keine individualisierende Bezeichnungskraft mehr entfaltet; infolgedessen gewinnen, wie das Bundesgericht in einem ähnlichen Fall (Bursolin gegen Basolin, BGE 42 II 666) ausgeführt hat, die ersten Silben eine um so größere Bedeutung und treten die erwähnten Unterschiede um so schärfer hervor.

Schließlich darf nicht außer Acht gelassen werden, daß sich heute eine sehr große Zahl pharmazeutischer Spezialitäten im Handel befindet (der Kläger hat die Zahl 40 000 genannt) und immer neue Erzeugnisse entwickelt werden, so daß die Namensbildung allmählich auf Schwierigkeiten stößt. Dem vom Bundesgerichte zuletzt in einem sich auf Uhrenmarken beziehenden Entscheid aufgestellten Satz, daß die Möglichkeiten zur Bildung von Phantasienamen praktisch unbeschränkt seien (BGE 73 II 62), kann nicht ohne weiteres beigepflichtet werden. Es ließe sich wohl vielmehr mathematisch nachweisen, daß die Anzahl der Möglichkeiten, Buchstaben und Silben zu einprägsamen, gut auszusprechenden und nicht allzu langen Wörtern zusammenzufügen, verhältnismäßig eng begrenzt ist. Damit soll nicht etwa der Standpunkt vertreten werden, es seien auf dem Gebiete der pharmazeutischen Industrie im Widerspruch zum Markenrecht verwechslungsfähige Marken zu dulden; es soll nur angedeutet werden, daß sich bei der Beurteilung der Verwechslungsfähigkeit derartiger Marken die Anlegung eines allzustrengen Maßstabes im Interesse der Fortentwicklung dieser Industrie und damit zugleich im Interesse der

Kranken nicht rechtfertigt. Dem vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, daß eine Verwechslungsgefahr nicht nur dann vorliege, wenn das Publikum Gefahr laufe, das eine Erzeugnis für das andere zu halten, sondern auch dann, wenn der Eindruck hervorgerufen werde, die beiden Produkte stammten aus dem gleichen Betrieb (BGE 61 II 56, 62 II 64, 65 II 207), kommt auf dem fraglichen Gebiete keine entscheidende Bedeutung zu, da der Kranke sich erfahrungsgemäß kaum dafür interessiert, welche Firma das von ihm benötigte Heilmittel herstelle. Im übrigen dürfte ziemlich allgemein bekannt sein, daß ähnlich klingende Bezeichnungen von Medikamenten in der Regel nicht darauf hindeuten, daß die betreffenden Erzeugnisse vom gleichen Unternehmen hergestellt werden, sondern entweder auf ähnliche Zusammensetzung oder auf ein ähnliches Anwendungsgebiet schließen lassen.

Weiter fällt in Betracht, daß «Neotrisan» nur gegen Rezept erhältlich sein und sich demgemäß die Reklame nur an die Ärzte richten wird. Von diesen darf aber eine erhöhte Aufmerksamkeit erwartet werden, sie sind gewohnt, auch Heilmittel mit ähnlichen klingenden Namen voneinander zu unterscheiden. Die Richtigkeit dieser Erwägung wird durch einzelne Beispiele von Verwechslungen, welche Ärzten bei Ausstellung von Rezepten unterlaufen sind, nicht beeinträchtigt, denn das Gericht hat seiner Entscheidung denjenigen Grad von Aufmerksamkeit zu Grunde zu legen, der von einem gewissenhaften Arzt normalerweise erwartet werden darf. Für den Arzt unterscheiden sich die beiden Marken nicht nur durch die schon genannten Merkmale, sondern auch durch ihre Bedeutung. Bei «Nephrisan» wird er ohne weiteres an die jedem Mediziner geläufige griechische Bezeichnung für Niere (nephros) denken, bei «Neotrisan» dagegen ebenso leicht erkennen, daß es sich um eine Zusammensetzung des griechischen «neo» (neu) mit einer Phantasiebezeichnung handelt. Das Wortbild, das in der Erinnerung des Arztes zurückbleibt, ist somit bei den beiden in Frage stehenden Erzeugnissen ein völlig verschiedenes.

Der Kläger hat schließlich noch darauf hingewiesen, daß wegen der oft undeutlichen Schrift der Ärzte auch für den Apotheker eine erhebliche Verwechslungsgefahr bestehe. Das fachkundige Mitglied des Handelsgerichtes erklärt jedoch, diese Gefahr sei tatsächlich nicht vorhanden; wenn die Schrift des Arztes nicht ohne weiteres leserlich sei und wenn sich aus der Art der Krankheit des Käufers nicht klar ergebe, welches Medikament gemeint sei, dann sei der Apotheker ver-

pflichtet, sich durch eine Rückfrage beim Arzt zu vergewissern, was er habe verordnen wollen. Im übrigen gilt für den Apotheker dasselbe, was bereits hinsichtlich des Arztes ausgeführt worden ist: er ist dank seiner akademischen Bildung und seiner Berufserfahrung fähig, auch Wortmarken mit verhältnismäßig geringfügigen Unterscheidungsmerkmalen auseinanderzuhalten.

MSchG Art. 14, Abs. 1, Ziff. 2

Verwendung des Familiennamens als Marke; Unzulässigkeit bei Täuschungsgefahr.

BGE 77 I 77 ff.; Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Mai 1951 i. S. Kübler gegen Eidg. Amt für geistiges Eigentum.

Paul Kübler, der jüngste Bruder des Rad-Rennfahrers Ferdinand Kübler, betrieb seit 1949 ein eigenes Geschäft für den Handel en gros mit Fahrrädern und Fahrradbestandteilen. Er teilte dem Eidg. Amt mit, daß er sein «eingeführtes Kübler-Rad» markenmäßig zu schützen wünsche. Das Amt antwortete, die Bezeichnung «Kübler-Rad» könne nicht als Marke eingetragen werden, weil sie beim Publikum den Eindruck erwecken würde, es handle sich um ein nach den Angaben des Rennfahrers Kübler hergestelltes Rad. Für den Gesuchsteller könne nur eine Marke mit dem vollen Namen «Paul Kübler» zugelassen werden. Der Gesuchsteller wollte darauf eine Marke hinterlegen, welche nur aus dem Namen «Kübler» und dem Wappenbild des Familienwappens Kübler bestand. Das Amt wies das Gesuch ab. Das Bundesgericht wies die hiegegen vom Gesuchsteller eingereichte Verwaltungsgerichts-Beschwerde ab.

Die auf den Wortlaut von Art. 14 Abs. 1, Ziff. 2 MSchG und auf BGE 70 I 101 gestützte Auffassung des Beschwerdeführers, die Registrierung dürfe nur verweigert werden, wenn die Marke «an sich» gegen die guten Sitten verstoße, geht fehl. Nicht nur findet sie im Gesetzestext keinen Anhalt, sondern es ergibt sich aus Art. 14 Abs. 2 MSchG unmißverständlich das Gegenteil. Täuschende Warenzeichen gelten nach ständiger Rechtsprechung als sittenwidrig (vgl. BGE 76 I 169). Und zwar bedarf es grundsätzlich für eine dahingehende Annahme einer Täuschungsabsicht auf Seiten des Markeninhabers ebensowenig wie einer bereits erfolgten Irreführung; vielmehr genügt das Vorhandensein einer Täuschungsgefahr.

Diese Täuschungsgefahr besteht. Es ist unbestritten, daß der Rennfahrer Ferdinand Kübler sich derzeit in der am sportlichen Geschehen

interessierten schweizerischen Öffentlichkeit einer weit verbreiteten Popularität erfreut. Dies auf «zeitgemäße gewaltige Pressepropaganda», statt auf seine Rennerfolge zurückzuführen, hieße Ursache und Wirkung verkehren. Am Anfang jeglicher Propaganda für oder um Ferdinand Kübler steht dessen sportliche Leistung, auch wenn in der Presse «unter Ausnützung und ständiger Erneuerung der Popularität des Rennfahrers Ferdinand Kübler» für Fahrradtypen und Fahrradzubehör geworben wird. Denn solche Geschäftsreklame bezweckt ja, die Qualität eines bestimmten Fabrikates anzupreisen. Und dafür wiederum ist ein mit Hilfe dieses Erzeugnisses von Ferdinand Kübler erzielter Erfolg die Voraussetzung.

Selbst wenn aber allgemein bekannt sein sollte, daß Ferdinand Kübler als Rennfahrer in einem Vertragsverhältnis mit dieser oder jener Firma steht, wäre das für den Entscheid nicht maßgeblich. Derartige Verbindungen zwischen Rennfahrer und Industrie sind heute üblich, weil die durch sie bewirkte Zusammenarbeit beidseitige Interessen fördert. Das hindert nicht, daß ein Rennfahrer früher oder später die gesammelten Erfahrungen für sich verwertet, indem er entweder nach seinen Anweisungen ein Fahrrad fabrizieren läßt oder selber unter die Produzenten geht. Es kommt nichts darauf an, ob Ferdinand Kübler ebenfalls diesen Weg zu beschreiten beabsichtigt. Tatsache ist, daß zahlreiche andere Rennfahrer es vor ihm getan haben. Die Käuferschaft weiß das. Sie vertraut darauf, daß die mit geläufigen Namen aktiver oder ehemaliger Rennfahrer bezeichneten Fahrräder von eben diesen Rennfahrern oder zumindest nach deren Angaben gebaut sind, nicht von irgendeinem Träger desselben Namens, und sie erblickt gerade darin eine Garantie für die gesuchte Qualität. Es unterliegt keinem Zweifel, daß in gleicher Weise auch ein unter der Marke «Kübler-Rad» oder einfach unter dem Namen «Kübler» auf dem Markte erscheinendes Fahrrad vom kaufenden Publikum ohne weiteres mit dem populären Rennfahrer Ferdinand Kübler in Beziehung gebracht würde, während er in Wirklichkeit an dessen Konstruktion überhaupt nicht beteiligt wäre.

Begriff der schweizerischen ideellen Leistung nach Clearingrecht

Entscheid des Eidg. Volkswirtschafts-Departementes vom 3. August 1950. Clearingverkehr mit der Sterling-Zone.

Mitteilungen der Schweizerischen Verrechnungsstelle, Bd. 3, Heft 2, Seite 47, No. 64.

Beim Verkauf oder bei der Gebrauchsüberlassung einer Fabrik- oder Handelsmarke liegt eine schweizerische Leistung nur dann vor, wenn eine in der Schweiz domizilierte Person die Marke erfunden oder erdacht und ihren kommerziellen Wert mit schweizerischen finanziellen Mitteln geschaffen hat.

(NB. Das erstgenannte Erfordernis, daß eine in der Schweiz domizilierte Person die Marke erfunden oder erdacht hat, dürfte wohl auf einer unzutreffenden Entlehnung patentrechtlicher Gesichtspunkte für das Markenrecht beruhen. Die «Leistung», welche zum wirtschaftlichen Wert eines Markenrechtes führt, dürfte richtigerweise kaum auf dem ideellen Gebiet der Bildung und des Zustandekommens des formellen Markenzeichens gesucht werden können.)

Unlauterer Wettbewerb

UWG Art. 1

Nachahmung bzw. Übernahme einer Reklame-Idee.

Urteil des Zivilgerichtes des Kantons Basel-Stadt (III. Abt.) vom 21. November 1950 i. S. Thibaud Gibbs & Cie. gegen Gaba AG.

1. Der Sachverhalt läßt nicht erkennen, daß die Reklamemaßnahmen der Beklagten *bestimmt* waren, Verwechslungen der Aronal mit der Gibbs-Zahnpasta herbeizuführen, somit bleibt nur zu untersuchen, ob sie an und für sich hiezu *geeignet* waren. Dabei fragt sich im Hinblick auf die weite Formulierung des klägerischen Rechtsbehrens nicht bloß, ob die von der Beklagten verwendeten Reklamebilder und -Texte als konkrete Ausgestaltung der Idee, vom ersten Zahne an sei Zahnpasta zu verwenden, zu Lasten der Klägerin eine Verwechslungsgefahr schufen, sondern ob ein solches Resultat für die Verwendung dieser Idee schlechthin schon zutreffe.

Die aus irgendwelchen Maßnahmen für ein Produkt resultierende Verwechslungsgefahr setzt Verkehrsanerkennung (Verkehrsgeltung) solcher Maßnahmen voraus und diese wiederum ist nur denkbar, wenn ihr zu Gunsten des betreffenden Produkts Unterscheidungskraft (Kennzeichenfunktion) zukommt (vgl. Köhler in Zeitschrift «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht» 1950 S. 120 f.). Die Klägerin schreibt ihrer Werbeidee solche Kennzeichenfunktion zu und will ihr demgemäß den Rechtsschutz, wie er der für eine Ware charakteristischen Ausstattung zukommen kann, zuerkannt wissen. Da das schweizerische Recht den Gebrauch der keine Fabrik- und

Handelsmarken darstellenden Warenkennzeichen nicht durch ein hierfür geschaffenes Spezialgesetz, sondern nur allenfalls auf Grund der Bestimmungen des allgemein gehaltenen UWG schützt, braucht sich dieser Ausstattungsschutz nicht, wie es etwa das deutsche Warenzeichengesetz in § 25 tut, auf die Warenausstattung im engeren Sinn zu beschränken, das heißt auf die — nicht markenschutzfähige — sinnfällige Gestaltung der Ware oder ihrer Verpackung, welche in den beteiligten Verkehrskreisen als Kennzeichen eines bestimmten Herstellers oder Verkäufers gilt. Vielmehr darf nach schweizerischem Recht unter Ausstattung ganz allgemein «jedes irgendwie sinnfällige gewerbliche Kennzeichnungsmittel verstanden werden, das für die beteiligten Verkehrskreise als Hinweis auf einheitliche Herkunft eines Gegenstandes des wirtschaftlichen Verkehrs zu gelten vermag» (Sandreuter: Ausstattung und gewerblicher Rechtsschutz, ZSR nF 1944 S. 16). Die Klägerin kann sich danach zugunsten ihrer Reklameidee «vom ersten Zahn» mit Erfolg auf den wettbewerbsrechtlichen Ausstattungsschutz berufen, wenn ihr der Nachweis gelingen sollte, daß diese als ein so sinnfälliges gewerbliches Kennzeichnungsmittel wirkt, daß es für die beteiligten Verkehrskreise als Hinweis auf die Zahnpasta «Gibbs» gilt.

Zweck der von den Parteien verwendeten Reklameidee ist es, das Publikum im Interesse der Kundenwerbung auf die Zahnpasta «Gibbs» bzw. «Aronal» aufmerksam zu machen. Weder die Klägerin noch die Beklagte verfolgen damit die Absicht, ihre Produkte zu kennzeichnen, zu individualisieren. Hierzu dienen die Marken «Gibbs» und «Aronal», ferner die Verpackung und Ausgestaltung der Zahnpastatuben, das heißt die eigentliche Warenausstattung. Die umstrittene Reklameidee an sich wirkt nicht schon als Anhaltspunkt, woran man die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Fabrikationsbetrieb erkennen könnte. Sie ist als etwas Abstraktes zur Kennzeichnung einer Ware völlig ungeeignet. Die Werbung der Klägerin muß deshalb notwendigerweise auf die individualisierende Bezeichnung «Gibbs» Bezug nehmen. Der Kunde nennt die Ware, die er zu kaufen wünscht, bei ihrem Namen (Marke) oder zeigt auf ihre Verpackung; dabei ist es undenkbar, daß er zwei durch originelle Warenzeichen und Verpackungen individualisierte Zahnpasten verwechseln könnte, nur weil ihre Hersteller gleichermaßen in ihrer Reklame dem Publikum die Idee suggerieren, daß ihr Produkt schon beim ersten Zahn des Kleinkindes zu verwenden sei.

Die Klägerin hat nicht dargetan, daß diese theoretischen Erwägungen hier vor allfälligen ihnen widersprechenden Tatsachen zu-

rückzutreten hätten. Wohl stellt sie den Beweisantrag, es seien vier bestimmte, in der Westschweiz domizilierte Kaufleute darüber einzuvernehmen, daß sich bei der schweizerischen Bevölkerung beim Hinweis auf den ersten Zahn ohne weiteres eine Gedankenassoziation mit der Klägerin und ihrer Zahnpasta einstelle. Diese vier Zeugen vermöchten jedoch als am Vertrieb der Gibbs-Zahnpasta beteiligte Händler dem gewünschten Beweis nicht zu genügen. Davon abgesehen ergibt sich aus der persönlichen Lebenserfahrung der Gerichtsmitglieder daß die genannte zum Beweis verstellte Behauptung der Klägerin nicht stimmt, daß also die Idee «vom ersten Zahn» zu wenig originell ist, um das Publikum automatisch an die Gibbs-Zahnpasta zu erinnern. Die Klägerin kann sich hier somit nicht auf den in Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG normierten Ausstattungsschutz berufen.

2. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich immerhin noch nicht, daß unlauterer Wettbewerb im vorliegenden Fall ausgeschlossen ist, denn auch ohne Täuschung und Schaffen einer Verwechslungsgefahr kann ein unter die Sanktionen des UWG fallender Verstoß gegen Treu und Glauben bewirkt werden. Es ist daher zu erwägen, ob dies für Übernahme und Weiterverwendung einer von einem Mitbewerber zuerst gebrauchten Werbeidee an sich schon oder doch nach den besondern Umständen des vorliegenden Falles zutrifft.

Das schweizerische Recht kennt grundsätzlich keinen immaterialgüterrechtlichen Schutz von Reklameideen. Diese sind gemeinfrei. Sie stehen also im wirtschaftlichen Wettbewerb jedem zur Verfügung, und es ist stets im Einzelfall zu untersuchen, ob die Art und Weise, wie ein Mitbewerber die von einem Konkurrenten übernommene Idee ausbeutet, unlauteren Wettbewerb darstelle. Hierbei ist zu bedenken, daß das UWG auf dem Grundsatz der freien Konkurrenz aufbaut; es anerkennt, daß jedermann eine beliebige Erwerbstätigkeit ausüben und damit andere konkurrenzieren darf, indem er mit seinen Leistungen mit ihnen Schritt hält oder sie wenn möglich darin übertrifft. Der Leistungswettbewerb allein entspricht dem Sinne des Grundsatzes der freien Konkurrenz, und die Frage, ob unlauterer Wettbewerb vorliege, unterscheidet sich einzig daran, ob die Mittel, die ein Mitbewerber zur Ausschaltung seines Konkurrenten verwendet, dem Leistungsprinzip entsprechen (Germann: Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht, ZbJV S. 59 f.). Gegen dieses Prinzip verstößt jedenfalls noch nicht die Tatsache, daß ein Mitbewerber, wie es die Beklagte getan hat, einen von der Konkurrenz in ihrer Reklame zuerst zum Ausdruck gebrachten Gedanken seiner eigenen Kundenwerbung zugrunde-

legt. «Der Leistungswettbewerb schließt die Verwertung der Ergebnisse fremder Arbeit keineswegs aus, sondern hat geradezu darauf aufzubauen. Zwar anerkennt unsere Rechtsordnung ein Monopol des Urhebers an Werken der Literatur und Kunst, an patentierten Erfindungen und an hinterlegten Mustern und Modellen; aber dieses ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden und vor allem auch zeitlich beschränkt... Es darf aber nicht, entgegen den Bestimmungen des positiven Rechts, ein zeitlich unbeschränktes Monopol auf Grund richterlicher Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht eingeräumt werden, wodurch das Gesetzesrecht aus den Angeln gehoben würde. Auch dem Mitbewerber darf man so wenig wie Dritten verwehren, die Ergebnisse fremder Arbeit zu verwerten, soweit der positivrechtlich geregelte Monopolschutz nicht besteht, ja er kann das Erzeugnis des Konkurrenten sogar nachahmen und damit ihm gegenüber in Wettbewerb treten» (Germann a. a. O. S. 67, vgl. hiezu auch BGE 57 II Nr. 72). Im Vorgehen der Beklagten müßte immerhin dann ein Mißbrauch des Rechts der freien Konkurrenz erblickt werden, wenn sie eine besonders prägnante Ausgestaltung der Idee «vom ersten Zahn» übernommen hätte, zum Beispiel die spezielle von der Klägerin gebrauchte, auf einer Photographie basierende Bilddarstellung oder die damit zusammen immer wieder verwendete Werbeformel («Confiée à Gibbs ainsi que toutes celles qui viendront» etc.). Dann hätte sie sich in einer dem Leistungsprinzip widersprechenden Weise einer Leistung der Klägerin bemächtigt und dadurch deren Mühe und Aufwendungen zunichte gemacht oder sich doch zum mindesten erhebliche Auslagen im Konkurrenzkampf erspart. Damit hätte sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen. Daß dies hier zutrifft, ist jedoch nicht dargetan, vielmehr durch die von den Parteien eingelegten Werbetexte und -Bilder widerlegt, denn diese weichen voneinander so auffallend ab, daß sie offensichtlich vollständig verschiedene Konkretisierungen derselben Idee darstellen. Allein darin, daß die Reklamebilder der Beklagten die Nachahmung eines gemeinfreien Erzeugnisses enthalten, ist aber nach der Auffassung des Bundesgerichts (BGE 57 II S. 458 ff., Germann: Unlauterer Wettbewerb S. 122 ff.) nichts Unerlaubtes zu erblicken.

3. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, daß die Beklagte durch Verwenden der Reklameidee, vom ersten Zahn an sei ihre Zahnpasta zu verwenden, sich nicht des unlauteren Wettbewerbs schuldig machte.

(Mitgeteilt von Dr. Th. Moll, Basel.)

LCD art. 13, lit. g; CP art. 162

Sentence du Tribunal de Cossonay

Considérant qu'il y a lieu de rechercher en second lieu si X. s'est rendu coupable d'une violation d'un secret de fabrication ou d'un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle (art. 162 CP) et s'il s'est rendu coupable de concurrence déloyale en exploitant ou en divulguant des secrets de fabrication ou des secrets commerciaux qu'il a surpris d'une manière contraire à la bonne foi (art. 13 lit. g LCD),

qu'il est constant que l'accusé X. a soustrait deux plans, des étampes, des matrices et un pied à coulisse appartenant à la société plaignante, dans le but d'exploiter lui-même une fabrique de becs de plume et de faire ainsi concurrence à Y. S. A.;

que dans ce même but, le prévenu a construit un chariot comprenant les mêmes dispositifs techniques et fonctionnant de la même façon que le chariot utilisé par Y. S. A.;

que selon l'expert Bolle ce chariot, et notamment les pinces de ce chariot, constitue un secret de fabrication détenu par la plaignante seule;

que rien ne permet de mettre en doute le bien-fondé de cette affirmation de l'expert;

que le seul fait de chercher à se procurer des secrets de fabrication ne constitue pas déjà un acte de concurrence déloyale, l'imitation étant au contraire licite et étant un facteur normal dans la recherche du progrès industriel (T. F. Buser frères & Cie c/Trummens' Uhrenfabrik AG., RO 57 II 457 = J. T. 1932 I 622; Cour civile Jaccard c/André Gueissaz et Cie et consorts, du 19 mars 1948);

que le détenteur d'un secret de fabrication ne jouit d'une protection qu'autant qu'existent des circonstances particulières qui font apparaître comme illicite l'appropriation du secret par un tiers (T. F. Maag Zahnräder AG. et consorts c/Sauter. Bachmann & Cie et Bachmann, RO 64 II 162 — J. T. 1938 I 521);

considérant qu'il faut rechercher aussi si Y. S. A. — soit son administrateur — avait eu la volonté de garder secret le procédé de fabrication des becs de plume et si cette volonté avait été manifestée extérieurement d'une manière reconnaissable pour l'accusé;

qu'on doit se demander aussi si X. avait copié durant son engagement les machines employées par la plaignante, en vue d'exploiter lui-même par la suite le secret de fabrication d'Y. S.A., ou s'il avait simplement utilisé, après l'expiration du contrat de travail, les connaissances acquises pendant la durée de ce contrat (TF Jaccard c/ Gueissaz & Cie, arrêt non publié du 22 juin 1948);

qu'on doit se demander enfin si X. avait, au temps ou il était employé par Y. S.A., une situation telle qu'on pourrait admettre qu'il avait l'obligation de ne pas utiliser, après l'expiration du contrat de travail, le secret de fabrication de son ancien employeur (arrêts Jaccard et Maag précités);

considérant, à ces divers points de vue, que le Tribunal n'a pas la conviction qu'Y. S.A. ou son administrateur aient eu la volonté de garder secret le procédé de fabrication des becs de plume et qu'ils l'aient manifesté extérieurement d'une manière reconnaissable pour l'inculpé,

qu'en effet, le contrat de travail oral passé entre parties ne comportait aucune clause d'interdiction de concurrence,

qu'il n'est nullement établi que l'employeur ait insisté auprès de X. sur l'obligation qu'il avait de garder secret le procédé de fabrication,

qu'il n'est pas établi non plus que la maison Y. S.A. ait pris des précautions spéciales pour conserver le dit secret,

que l'écrêteau avec défense d'entrer placé sur la porte de son atelier n'est pas une preuve, qu'il avait essentiellement pour but d'empêcher que des personnes n'entrent dans le local pour déranger les ouvriers y travaillant ou de faire comprendre à ces personnes que les bureaux de l'entreprise n'étaient pas dans ce local,

qu'au surplus, on peut s'étonner que la maison Y. S. A. ait placé son établi où se fabriquait tout l'outillage nécessaire au fonctionnement des machines si près des fenêtres, à telle enseigne que des pièces en puissent être volées depuis l'extérieur, avant qu'on ne s'avise de mettre un grillage protecteur,

qu'on doit s'étonner aussi qu'Y. S. A., ou son administrateur s'ils entendaient garder jalousement leur secret de fabrication, aient autorisé X. à travailler avant ou après les heures normales de travail dans l'atelier alors qu'il n'était plus sous surveillance et était libre, en somme, de faire ce qu'il voulait avec les matériaux et outillages se trouvant sur place,

que X. aurait pu, s'il l'avait voulu, amener des tiers dans l'atelier à l'insu de quiconque pour permettre à ces derniers de surprendre le secret de fabrication dont fait état Y. S. A.,

considérant que X. n'a pas surpris ou appris d'une autre manière contraire à la bonne foi des secrets de fabrication ou des secrets commerciaux,

qu'on doit admettre au vu des faits que l'intéressé a utilisé, après l'expiration de son contrat, les connaissances acquises pendant la durée de celui-ci,

qu'il ne faut pas oublier que X. a été engagé comme mécanicien spécialisé-faiseur d'étampes, qu'il avait donc déjà de sérieuses connaissances dans le domaine de la mécanique,

qu'on ne peut donc admettre qu'il ait surpris d'une manière contraire à la bonne foi des secrets de fabrication ou des secrets commerciaux,

qu'au reste il n'est pas contesté que X. a toujours manifesté le désir de se perfectionner dans sa partie, ce qu'on ne saurait lui reprocher;

considérant qu'il faut examiner aussi la question de savoir si l'inculpé avait dans la maison Y. S. A. une situation telle qu'on pourrait admettre qu'il avait l'obligation de ne pas utiliser, après l'expiration du contrat de travail, le secret de fabrication de son ancien employeur,

qu'à cet égard il faut relever que X. a passé contremaître au bout de quelques mois d'engagement,

que cet avancement n'était pas de nature à lui donner une situation spéciale et privilégiée, qu'il était tout au plus destiné à reconnaître ses mérites comme mécanicien-faiseur d'étampes,

qu'il n'était pas responsable de la fabrication, à l'exclusion de tout autre employé ou ouvrier, qu'au surplus il n'était pas le seul à faire fonctionner la machine à fabriquer les becs de plume,

qu'il résulte de ces considérants que X. ne s'est pas rendu coupable des délits réprimés par les art. 162 CP et 13 lit. g LCD.

(Communiqué par M^e Agénor Krafft, Lausanne.)

Literatur

Gewerblicher Rechtsschutz

Brack, Dr. iur. Hans: Das Patentgericht. Diss. Bern 1950. Buchdruckerei Stämpfli & Co., Bern.

Deschenaux, Henri: Licéité et limites du boycott. (A propos de la jurisprudence récente du Tribunal Fédéral.) In *Zeitschrift für Schweiz. Recht*, Bd. 70 (1951), S. 127 ff.

Dürr, Dr. Karl: Muster- und Modellschutz. Bern 1951. Arethusa-Verlag. Band 1 der Reihe «Ideenschutzrechte».

Maday, Dr. D. C.: La révision de l'Arrangement de Madrid du point de vue des propriétaires de marques. In *SJZ* Bd. 47 (1951) S. 285 ff.

Neumeyer, Dr. Fredrik: Amerikanische Antitrustgesetze und Patente. In «Wirtschaft und Recht», Bd. 3 (1951), Heft 1, S. 1 ff. Zürich 1951.

Urheberrecht

Die Brüsseler Neufassung des Berner Übereinkommens. Traduction et commentaire d'après les documents de la Conférence, par le Dr Kurt Frieberger, délégué de l'Autriche à la Conférence diplomatique de Bruxelles de 1948, p. 1—45.

Die Brüsseler Fassung des Berner Übereinkommens und das österreichische Urheberrecht. Par le Dr Wilhelm Peter, pages 46—74. Vienne, 1949. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

- Boutet, Marcel* und *Plaisant, Robert*: Le Régime International du Droit d'Auteur, La Convention de Berne, révisée à Bruxelles, Préface de M. B. Mentha, Extrait du juris-classeur civil annexes. Librairie de la Cour de Cassation Paris (1950) 53 S.
- Capitani, Ugo*: Per un sistema di pubblicità dell'opera cinematografica e degli atti giuridici ad essa relativi. Rome 1950, publications de la Société italienne d'auteurs et éditeurs, 83 p.
- Lüdin, Frank*: Das Erlöschen des Verlagsrechts.
- Ulmer, Dr. Eugen*: Urheber- und Verlagsrecht.
- Unwin, Sir Stanley*: The Truth about Publishing.
- Reimer, Prof. Dr. Eduard*: Vergleichende Darstellung der geltenden deutschen Gesetzestexte und früherer Gesetzesentwürfe zum deutschen Urheberrecht als Grundlage für die Wiederaufnahme der Reformarbeit.

Zeitschriftenschau

Vorbemerkung: Die nachstehend aufgeführten Zeitschriften können beim Sekretariat der Schweizergruppe leihweise zur Einsichtnahme verlangt werden.

Revue de Droit Intellectuel, l'Ingénieur-Conseil, 40e année (1950) Nos. 1—12. Coppieters de Gibson: Des conditions de réalisation d'une adhésion éventuelle de la Belgique, pour ses Colonies, aux Conventions internationales pour la Protection de la Propriété industrielle (1). X...: Office européen de brevets (41). Longchambon: Rapport sur la création d'un Office européen des brevets (49). Revision de l'Arrangement de Madrid sur l'enregistrement international des marques (66). Gaspar: Secret des dépôts belges de modèles et exercice du droit de priorité (73). Sohet: Les marques de propriétaires allemands, ou la concurrence déloyale sur le plan international (94). Plaisant: La réforme de la loi française sur les marques (105). Hamels: Discours d'inauguration de l'Institut international des Brevets (129). Smolka: L'exploitation des brevets en économie planifiée (162). Vander Haeghen: Organisation des dépôts en matière de dessins et modèles et conséquences à en tirer (169). de Keravenant: Protection des dessins et modèles (177). Convention universelle sur le droit d'auteur (205). Poirier: Convention mondiale sur le droit d'auteur (209). Institut international des Brevets (215). Vander Haeghen: Le Monde des Antériorités est un inconnu (241).

Il Diritto di Autore. Anno XX, 1949 No. 3—4. Sordelli: Opera fotografica e diritti connessi (225). Giannini: Radiodiffusioni, televisioni ed altoparlanti nell'Atto di Bruxelles del 1948 (252). Straschnov: Il regime

del diritto di autore e la televisione (264). Hepp: L'opera dell'Unesco nel campo del diritto di autore (278). Hirsch Ballin: Il diritto al nome (290).

Anno XXI, 1950 No. 1—3. Capitani: Per un sistema di pubblicità dell'opera cinematografica e degli atti giuridici ad essa relativi (1 e 269). Napolitano: La televisione nei confronti degli autori e degli esecutori (29). Metzel: Microfilm e diritti di autore (40). De Cupis: Il diritto morale d'autore (125). Sordelli: Il titolo dell'opera dell'ingegno e la sua configurazione come bene immateriale (154). Ghiron: Per una Convenzione universale in materia di diritti d'autore (323). Bogsch Jr.: Opinioni dei Governi in merito ad una Convenzione universale in materia di diritto di autore studiata dall'Unesco (329). Hirsch Ballin: Il diritto del fotografo (337).

Bulletin de Documentation et d'Information de l'Union Européenne de Radiodiffusion. Vol. I No. 1—4 (1950). Straschnov: Les Editeurs de Musique (37). Straschnov: Les Sociétés d'Auteurs et les Intérêts des Auteurs (152). Straschnov: La Radiodiffusion des disques du commerce (243).