

## BGE 20 I 95

Bundesgericht (BGE), 1894-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_20\\_I\\_95](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_20_I_95)

FR: ATF 20 I 95

IT: DTF 20 I 95

### Volltext

22. Urteil vom 20. Januar 1894 in Sachen Lumpert gegen Pfeiffer. A. Durch Urteil vom 20. Oktober 1893 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen erkannt: 1. Es sei der Kläger mit seiner Klage im vollen Umfang abgewiesen. 2. Es sei der Beklagte bei seiner Erklärung behaftet, wonach er das von ihm in Nr. 12 des „Schweizerischen Familien=Wochen=blattes“ vom 17. September 1892 verwendete Cliché nicht mehr verwenden wird. B. Gegen dieses Urteil erklärte der Kläger am gleichen Tage die Berufung an das Bundesgericht, bei welchem er folgende Anträge stellt: 1. Es sei der Firma C. Pfeiffer, Sohn, untersagt, ihre sub 2. April 1892 durch das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum im schweizerischen Markenregister eingetragene, im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. 85 vom Jahre 1892 publiziert= und Handelsmarke ferner zu gebrauchen und in Verkehr zu bringen; 2. Habe die Löschung dieser Marke im

schweizerischen Markene register zu erfolgen und sei diese Löschung im Schweizerischen Handelsamtsblatt unter Abdruck des Clichés zu veröffentlichen, soweit dadurch Kosten entstehen zu Lasten des Beklagten; 3. Es sei der Firma C. Pfeiffer, Sohn, überhaupt zu untersagen, irgend eine Marke, sei dieselbe eingetragen oder nicht, zu gebrauchen, welche mit der vom Kläger deponierten verwechselt werden kann, speziell die im „Schweizerischen Familien=Wochenblatt“ vom 17. September 1892 gebrauchte; 4. Es seien die Clichés sowie die vorhandenen Abzüge der angefochtenen Marken, wo sich dieselben auch befinden mögen, zu konfiszieren und es sei diese Konfiskation durch das Gericht in vorsorglicher Weise anzuordnen und durchzuführen; 5. Es sei das Urteil auf Kosten des Beklagten in zwei Zeitungen, deren Wahl dem Kläger anheimgestellt wird, zu publizieren; 6. Die Schadensersatzfrage sei zur Behandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Der Beklagte beantragt Abweisung øbiger Anträge und wiederholt nur den vor Obergericht von Schaffhausen abgegebenen und in dessen Urteil wiedergelegten Verzicht auf Benutzung der im „Schweizerischen Familien=Wochenblatt“ vom 17. September 1892 gebrauchten Schwanenvignette. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Der Kläger und Rekurrent Carl Lumpert, Sohn, St. Gallen betreibt daselbst die Fabrikation und den Handel von Bettwaren und hat am 19. Juli 1889 unter Nr. 2717 für seine Bettwaren= und Lingerie=Artikel beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum eine Marke eintragen lassen, welche einen mit geöffneten Flügeln von links nach rechts schwimmenden Schwan zwischen zwei Schilfbüscheln darstellt, über dem die Worte „Bett=warenfabrik St. Gallen“ und unter dem die Bezeichnung „Schutz=marke“ steht. Genannte Firma benutzte das eingetragene Schwanen= bild in vollkommen gleicher Ausführung und Farbe auf Brief= und Fakturaköpfen sowie auf den Deckeln ihrer Preis=Courants; des Fernern aber brachte sie anlässlich des Prozesses eine Reihe weiterer, teils früher von ihr gebrauchter, teils noch jetzt in Benutzung stehender Schwanenbilder zu den Akten, die sich sämtlich mehr oder weniger vom oben geschilderten Markenbild unterscheiden, so z. B.: a. Ein dem

obgenannten ziemlich ähnliches, aber in Farbe ausgeführtes Warenzeichen, welches sich übrigens von dem obigen durch verschiedene Inschriften unterscheidet. Es trägt nämlich oben die Firma „Carl Lumpert Sohn St. Gallen“, unten eine Gebrauchsanweisung und rechts die Warennummer und eine Empfehlung. Diese Marke wird auf die Federsäckchen geklebt. b. Eine andere, früher in gleicher Weise verwendete ovale Marke, welche einen mit Gebüsch umgebenen Teich darstellt, auf welchem ein Schwan mit ausgebreiteten Flügeln nach rechts hin schwimmt. Neben ihm befinden sich vier junge Schwäne; oben steht das Wort „duvet“, unten eine Empfehlung der Ware. Das Bild ist in schwarz ausgeführt. c. Für Zeitungsannoncen und ähnlich auf Preiscourantsdeckeln wurde ein im Wesentlichen dem sub a geschilderten gleicher Schwan verwendet, der wie jener zwischen Schilfbüscheln, den ganzen Rahmen ausfüllend, von links nach rechts schwimmt und wie jener ebenfalls unten das Wort „Schutzmarke“ aufweist. Doch besteht ein Unterschied darin, daß ein großes lateinisches C den innern Rahmen, ein großes L den äußern Halbrahmen bildet, und die Firma „Carl Lumpert“ diese Buchstaben und zum Teil das Bild oben durchkreuzt. d. Als Briefkopf benutzte Kläger, wie aus zwei eingelegten Briefen aus den Jahren 1887 und 1889 ersichtlich ist, einen in schwarz ausgeführten Schwan, unter dem auf einem gewellten Band die Worte stehen: Carl Lumpert, Speisergasse. Carl Pfeiffer, Sohn, gleichfalls Bettwarenhändler, in Schaffhausen, ließ am 5. April 1892 unter Nr. 5779 für seine Bettfedern und Daunen eine Marke in das Markenregister eintragen, welche in rechteckigem Rahmen ganz links eine Wasserpflanze und dann einen mit ausgebreiteten Flügeln nach rechts schwimmenden Schwan darstellt, während im Hintergrund ein zackiges Gebirge mit dahinter sich erhebendem Gestirn (Sonne oder Mond) und einer Palme sich befindet. Der obere Teil des Rahmens wird durch die Worte „Bettfedern-Versandt-Geschäft“ und beinahe die ganze rechte Hälfte desselben durch die Angabe der Firma „C. Pfeiffer, Sohn, Schaffhausen, Schweiz“ in Anspruch genommen. Diese laut Bescheinigung der lithographischen Anstalt d' Aujourd'hui & Vogler in Schaffhausen von ihr selbst auf Bestellung Pfeiffers und ohne Vorlage im Februar 1888 angefertigte Marke wurde im gleichen Jahre für Annoncen in den öffentlichen Blättern z. B. in der Nummer vom 29. Dezember 1888 des „Frickthaler“ sowie in der Folge in ähnlicher Weise verwendet. Neben derselben benutzte die Firma andere, zum Teil abweichende Schwanenbilder, so z. B. für Reklame im „Schweizerischen Familien-Wochenblatt“ vom 17. September 1892 ein solches, wo das Gebirge im Hintergrund wegblieb, sowie ferner als Briefkopf ein anderes, das jedoch, schon weil aus der Zeit nach der Anhebung der Strafklage stammend, hierorts nicht beanstandet wird. Durch Eingabe vom 3. Juni 1892 erhob nun C. Lumpert, Sohn, gestützt auf Art. 24, 25 und 31 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 26. September 1890 bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen Strafklage gegen C. Pfeiffer, Sohn, in dort, wegen rechtswidriger Aneignung der Marke. Die Polizeidirektion, an welche die Sache gewiesen wurde, gab der Sache keine Folge; ebenso beschloß sodann die Staatsanwaltschaft, keine Klage zu erheben. Nachdem Lumpert den Fall darauf bei Bezirksgericht Schaffhausen hängig gemacht, sprach dasselbe als Strafgericht mit Urteil vom 23. Januar 1893 Pfeiffer von Schuld und Strafe frei, indem es jedoch bezüglich eines von der Marke Nr. 5779 abweichenden Clichés dem Kläger sein Klagerecht vorbehielt. Nachdem die hiegegen vom Kläger ergriffene Appellation vom Obergericht sub 12. Mai 1893 formell unzulässig erklärt worden, machte derselbe am 12. Juni/3. Juli 1893 beim Präsidium genannten Gerichts die Civilklage wegen Markenrechtsverletzung anhängig, die durch das sub Fakt. A erwähnte Urteil eine vorläufige Erledigung fand. Die Motive genannten Urteils sind kurz folgende: Das als unterscheidende

Marke die nende Emblem könne von zweierlei Art sein, entweder ein willkürlich gewähltes Zeichen, wie z. B. der Bock als Fabrikmarke auf Fadenspülchen, oder ein solches, das aus naheliegenden Gründen allgemein als Symbol der betreffenden Branche diene, z. B. ein aufgestellter photographischer Apparat für einen Händler mit photographischen Utensilien, oder eine Rose für einen Rosenzüchter. Aus der Eintragung einer Marke der zweiten Art könne vernünftigerweise für den Eintragenden kein Monopol auf den photographischen Apparat oder die Rose als Warenzeichen ergeben; gegentheils könne ein solcher nur verlangen, daß der mit seiner Marke nachfolgende Konkurrent dieselbe seiner eigenen nicht so augenscheinlich nachbilde, daß gar keine irgendwie namhaften Unterschiede wahrzunehmen seien. Der Schwan gehöre nun offenbar in die zweite Kategorie, indem er, vermöge einer naheliegenden Fiktion, als der stolzeste und poetischste der Bettfedern liefernden Vögel notorischer= und erwiesenermaßen ganz allgemein als Symbol des Federnhandels gelte. Er kompariere denn auch auf einer Reihe von Geschäftskarten, Etiquetten und Briefbogen deutscher Geschäfte und es werde in einem der eingelegten Briefe eines Händlers der Branche als geradezu unbegreiflich bezeichnet, daß Jemand ein besonderes Anrecht auf das allgemeine Symbol der Branche haben behaupte. Wäre freilich der Schwan kein Symbol im erwähnten Sinne, so wäre auch die Ähnlichkeit der zwei Marktbilder Lumperts und Pfeiffers groß genug, um eine Markenrechtsverletzung zu begründen; so aber genügten die geringen Verschiedenheiten, um dieselbe auszuschließen. Denn wenn auch der Schwan hier wie dort mit derselben eleganten Halsbeugung und gesträubten Federn dargestellt sei, so sei dies nun einmal die all-gemein übliche konventionelle Pose, auf welche beide Lithographen offenbar ganz unabhängig von einander verfallen seien. Übrigens ergebe sich aus einem Inserat des Beklagten im „Frickthaler“ vom 29. Dezember 1888, daß seine Marke älter sei, als die erst im Juli 1889 eingetragene des Klägers, so daß von bewußter Nachahmung keine Rede sein könne. Die vorhandenen Unterschiede zwischen den Marken der Parteien seien sowohl mit Bezug auf das Schwanenbild, die Vegetation und die Landschaft als auch mit Bezug auf die beigefügten Worte genügend, um die Käufer bei einiger Aufmerksamkeit gegen Irreführung zu schützen. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob nicht einer publizierten Marke gegenüber einer nicht publizierten analogen Marke der Vorzug zu geben sei, brauche unter diesen Umständen nicht eingetreten zu werden. Bezüglich des vom Beklagten zur Inserierung

im „Schweizerischen Familien=Wocheblatt“ vom 17. September 1892 benutzten Schwanen=Clichés erledige sich das klägerische Begehren durch den gerichtlich konstatierten Verzicht des Beklagten auf weitere Benutzung. Aus den Akten ergibt sich ferner Folgendes: a. Das Federngeschäft Reif & Cie. erklärt in einem vom 11. Juli 1892 datierten Brief unter Einsendung von Etiquetten, welche einen schwimmenden Schwan mit seinen Jungen darstellen, solche Etiquetten von jeher verwendet zu haben. b. Rahn, Söhne, in Mannheim, erklären mit Schreiben vom gleichen Datum, daß die von ihnen eingesandten, mit nach rechts schwimmenden Schwan und dessen Jungen in ausgedehnterer Landschaft versehenen Etiquetten bei ihnen stets Verwendung gefunden haben und fügt dann bei: „Soweit wir uns zurück-erinnern können, hat damit ein Wechsel nicht stattgefunden und wir haben keinen Grund zu bezweifeln, daß es noch dieselben Etiquetten sind, wie sie seit mehreren Dezennien bei uns Eingang gefunden haben. Damit wird der Anspruch Ihres Konkurrenten, ein Monopol auf diese Etiquetten oder den Schwan zu besitzen, unfällig. Und da er doch einmal schwanfeindlich gesinnt ist, senden wir Ihnen noch unser neuestes Ausstellungsplakat mit einem Schwan versehen,“ 2c. Dasselbe liegt bei

den Akten und zeigt einen von rechts nach links schwimmenden Schwan aus Weißmetall auf schwarzem Grunde. c. Heß & Kaufmann in Mannheim und Zürich erklären mit Brief, d. d. Mannheim 12. Juli 1892, seit circa 17 Jahren Etiquetten in Verwendung zu haben, welche einen nach rechts schwimmenden Schwan darstellen. d. Peredis & Pollack, Federnhändler in Prag, erklären unter gleichem Datum, den Schwan schon seit sicherlich 20 Jahren auf den Vignetten zu haben. Der Brief enthält sodann folgenden Passus: „Es ist uns unbegreiflich, daß Jemand auf den Schwan ein besonderes Anrecht zu haben vermeint, da dieses Bild allgemein als Symbol für den Federnhandel verwendet wird.“ e. Strauß & Cie., Bettfedernfabriken in Cannstatt, erklären mit Brief vom 15. Juli 1892, es könne nach ihrer Ansicht eine aus dem Schwan allein bestehende Schutzmarke nicht mehr geben, da zu viele sich derselben bedienen. Wenn dagegen ein Schwan eine besondere Inschrift trage oder in einer besonders anerkannten Landschaft schwimme, dann sei noch Markenschutz möglich. Ge nannte Firma erklärt, seit anfangs der fünfziger Jahre sich der Schwanenetikette zu bedienen und legt mehrere solche, sowie eine Firmakarte, gleichfalls mit dem Schwan versehen, ein. f. Bei den Akten liegt ferner eine Adresskarte von Sigmund Rothschild, Bettfedern- und Daunenfabrik in Cannstatt. Auch diese trägt das Schwanenbild. 2. Die bundesgerichtliche Kompetenz, welche den Übergangsbestimmungen des Organisationsgesetzes vom 22. März 1893 gemäß, mit Rücksicht auf das Datum der vorinstanzlichen Entscheidung (20. Oktober 1893), nach obgenanntem Gesetz und speziell nach Art. 62 desselben zu beurteilen ist, liegt zweifellos vor und wurde übrigens in keiner Weise bestritten. 3. Obwohl die vom Kläger als verletzt hingestellte Marke schon am 19. Juli 1889, also noch unter der Herrschaft des Bundesgesetzes betreffend Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Dezember 1879 eingetragen wurde, so kommt seit dessen ausdrücklicher Aufhebung durch Art. 38 des neuen Bundesgesetzes über die gleiche Materie vom 26. September 1890, in Kraft getreten 1. Juli 1891, nur mehr letzteres in Betracht. Freilich können sich daraus speziell für den vorliegenden Fall keine materiellen Verschiedenheiten in der Beurteilung ergeben, indem die hier einschlagenden Prinzipien des alten Gesetzes im neuen keine Abänderung erlitten haben und speziell dessen Art. 2 und 4 betreffend Markenqualität und gerichtlichen Schutz derselben den alten Art. 5 nur reproduzieren. 4. Nun hat der Kläger laut Art. 4 genannten Gesetzes durch seine Eintragung vom 19. Juli 1889 eventuell Anspruch auf gerichtlichen Schutz laut Art. 5 e. 1. als erster Hinterleger zu seinen Gunsten die Präsomption begründet, bezüglich der eingetragenen Marke der wahre Berechtigte zu sein und dieselbe allein zur Unterscheidung oder zur Feststellung der Herkunft seiner Waren auf diesen selbst oder auf ihrer Verpackung anbringen zu dürfen. Dieser Anspruch auf Rechtsschutz, sowie die begünstigte Beweisstellung können nun jedenfalls nicht davon abhängig ge-

macht werden, daß das vom Kläger zur Verwendung gebrachte Warenzeichen mit seinem eingetragenen in allen und jeden Stücken auf das Peinlichste übereinstimme, sondern wird vielmehr anerkannt werden müssen, daß etwelche Abweichungen in unwesentlichen Punkten die Identität der Marke nicht beeinträchtigen und sie daher nicht hindern, an der Rechtsstellung der eingetragenen Marke zu partizipieren. Wie das Bundesgericht bereits am 28. Mai 1881 in Sachen Frossard gegen Ormond (Amtliche Sammlung VII, S. 430) ausgeführt hat, erscheint als solch ein unwesentlicher, nicht mit Unterscheidungskraft ausgestatteter Punkt die Farbe; in gleicher Weise können aber gewiß auch Größenunterschiede nicht die Identität einer Marke beeinflussen und wird von geringfügigen Modifikationen angebrachter Inschriften, namentlich wenn dieselben eine mehr untergeordnete Rolle spielen, das Gleiche sagen sein. Wird demgemäß geprüft,

welche der klägerischerseits zu den Akten gebrachten Marken als mit der eingetragenen identisch betrachtet und eventuell des Markenschutzes teilhaftig werden könnten, so kann dies bezüglich der sub a erwähnten ohne Weiteres anerkannt werden, indem dieselbe zwar in den unwesentlichen Stücken, nämlich durch farbige Ausführung, einigermaßen verschiedene Größe und Inschrift von der hinterlegten Marke differiert, im Übrigen aber bezüglich aller wesentlichen Punkte mit ihr übereinstimmt, daher im Gedächtnis der Abnehmer einen wesentlich gleichen Eindruck zu machen geeignet ist. Dagegen muß die sub b geschilderte Marke, welche eine Schwanenfamilie darstellt, als von der eingetragenen wesentlich verschieden, hier außer Betracht fallen und gilt dasselbe von den Schwanenbildern auf den Briefköpfen, Preiscourants u. dgl., schon weil bezüglich derselben in keiner Weise erwiesen ist, daß sie auch als Unterscheidungszeichen auf der Ware oder deren Verpackung verwendet worden seien, was nach Art. 1 mehrgenannten Bundesgesetzes eben die Marke als solche konstituiert (Amtliche Sammlung XIX, S. 232).

5. Wenn sich nun aus den Akten nicht direkt ergibt, daß der Kläger seit dem Datum der Eintragung (19. Juli 1893) seine Marke im Handel auf den Waren oder deren Verpackung wirklich verwendet habe, so ist dies doch jedenfalls nicht bestritten und auch nach der speziellen Bestimmung der oben sub a erwähnten Marke unzweifelhaft als richtig anzunehmen.

6. Bezüglich der weitem Frage sodann, ob die zu Gunsten des Klägers begründete Präsomtion des Rechts an der Marke durch den im gleichen Art. 5 gestatteten Beweis des Gegenteils zerstört und ein trotz späterer Eintragung besseres, älteres Recht des Beklagten an der Marke dargetan worden sei, spricht sich das angefochtene Urteil zwar dahin aus, die Marke des letztern sei die ältere und schon im „Frickthaler“ verwendet worden; desgleichen hat der Beklagte in der Strafuntersuchung diesen Standpunkt vertreten und sich auf die gleiche Nummer genannten Blattes und das im faktischen Teile erwähnte schriftliche Zeugnis von d'Aujourd'hui & Vogler Lithographen in Schaffhausen, berufen. Könnte nun obige Ausführung des Obergerichts von Schaffhausen als maßgebende tatsächliche Feststellung betrachtet werden, so wäre natürlich das Klagebegehren ohne Weiteres abzuweisen; in Wirklichkeit erhellt jedoch aus dem Zusammenhalt des Urteils mit dem, in dieser Beziehung zwar unvollständigen Aktenmaterial, daß die Vorinstanz in rechtsirrtümlicher Weise die Inserierung im „Frickthaler“ als Ausübung des Markenrechts betrachtet und die Priorität des beklaglichen Markenrechts schon auf Grund desselben angenommen hat. Nun liegt in einer derartigen Verwendung einer Marke jedenfalls keine Ausübung eines Markenrechts, als welche vielmehr nur die Verwendung der Warenzeichen auf der Ware oder deren Verpackung erscheint. Es kann also der Gesichtspunkt der zu Gunsten des Beklagten erwiesenen Priorität der Marke nicht, wie von Seiten der Vorinstanz geschehen, im Sinne der Abweisung der Klage verwendet werden.

7. Dagegen ist, wie die Vorinstanz in hierorts bindender Weise und übrigens mit vollem Recht feststellt, der Beweis, daß der Schwan Freizeichen des Federhandels sei, als erbracht zu bezeichnen. Daran kann der Umstand gar nichts ändern, daß dieses Tier in Wirklichkeit nur den geringsten Teil der in den Handel kommenden Bettfedern liefert, und hat dies nur die Bedeutung, daß das funktionelle Freizeichen, in so weit es die schlechtern Hühner- und Gänsefedern mit dem Bilde des schönern und bessern Federn liefernden Schwans auszeichnet, in so weit zum Phantasie-

Freizeichen wird, welches zugleich den ästhetischen Sinn befriedigt und dem Reklamezweck dient. Daraus aber, aus der Freizeichenqualität, ergibt sich, daß er nicht von einem einzelnen, der die genannte Branche betreibt, als private Marke in Anspruch genommen werden darf. Damit ist nun freilich noch nicht gesagt, daß innert der

Federnbranche der Schwan nie, in keiner Stellung oder Kombination als Marke verwertet werden könnte oder gar, daß innert der gleichen Branche kein Warenzeichen schutzfähig sei, in welchem überhaupt ein irgendwie beschaffener Schwan, sei es auch in Verbindung mit allerlei andern Figuren, Buchstaben oder Worten vorkommt. Gegenteils kann, wie auch in der Doktrin allgemein anerkannt wird, durch besonders originelle Gestaltung eine Figur, welche an sich Freizeichen ist, individualisiert und dadurch zur schutzfähigen Marke gemacht werden. Fragt es sich indes, ob dieser Anforderung origineller Gestaltung in casu durch das Warenzeichen des Klägers ein Genüge geschehen sei, so muß dies unbedingt verneint werden. In der Tat ist dessen Schwan, wie die Vorinstanz mit Recht hervorhebt, in der allgemein üblichen konventionellen Pose dargestellt; des Fernern ist auch die Landschaft auf ein Minimum reduziert, fehlen weitere Figuren oder Attribute vollständig und ist auch die, in keiner Weise durch Form oder Inhalt hervorstechende Inschrift nicht derart beschaffen, den Gesamteindruck der Marke zu einem eigentümlichen zu gestalten. In all diesen Beziehungen muß vielmehr das Warenzeichen des Beklagten als weit charakteristischer bezeichnet werden. Ist aber nach dem Gesagten der an sich als Freizeichen qualifizierte Schwan der Klägerpartei nicht durch Individualisierung zur Sondermarke geworden, so muß die Klage abgewiesen werden und fällt damit auch das Begehren um Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beurtheilung der Schadenersatzfrage naturgemäß dahin. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat somit bei dem Urteile des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen vom 20. Oktober 1893 in allen Teilen sein Bewenden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.