

## BGE 8 I 825

Bundesgericht (BGE), 1882-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_8\\_I\\_825](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_8_I_825)

FR: ATF 8 I 825

IT: DTF 8 I 825

### Volltext

113. Urtheil vom 6. Oktober 1882 in Sachen Egli & Sennhauser gegen Reiff=Huber. A. Innert der gemäß Art. 27 und 28 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik= und Handelsmarken vom eid= genössischen Handels= und Landwirthschaftsdepartement zu An= meldung alter, d. h. vor dem 1. Oktober 1879 bereits ver= wendeter, schweizerischer Fabrik= und Handelsmarken angesetzten Frist wurde seitens der Firma Egli & Sennhauser in Hottingen bei Zürich eine für Seidengaze bestimmte Fabrikmarke ange= meldet. Diefelbe enthält in runder verzierter Einfassung einen Doppelanker, der aus zwei stehenden Ankern gebildet ist, an deren Querbalken sich ein Schild zu Aufnahme der Nummer des Gewebes findet; in dem untern Einfassungsrande finden sich die Worte « Het Anker, » oberhalb des obern Randes, in

besonderer Einfassung die Bezeichnung: Buyl Gaas. Diese Marke wurde unter Nr. 43 der Publikation des eidgenössischen Handels= und Landwirthschaftsdepartementes vom 2. August 1880 veröffentlicht. B. Gegen die definitive Eintragung dieser Marke erhob die Firma Reiff=Huber in Zürich Einsprache, mit der Begründung: Diese Marke sei von ihr schon seit über 25 Jahren und zwar ebenfalls für Seidengaze (Seidenbeuteltuch) verwendet worden, während das Haus Egli & Sennhauser mit der Fabrikation des nämlichen Artikels erst viel später begonnen habe. Die unter Nr. 54 der Publikation des eidgenössischen Handels= und Land= wirthschaftsdepartementes veröffentlichte Marke der Einsprecherin enthält einen aus zwei liegenden Ankern gebildeten Doppelanker in mehr ovaler Einfassung mit schmalen Ankertauen; im untern Einfassungsrande befinden sich die Worte « Double Anchor, » oberhalb des obern Einfassungsrandes, in besonderer Einfassung, die Bezeichnung « Buyl Gaas. » C. Durch Beschluß vom 27. Oktober 1880 erklärte das schweizerische Handels= und Landwirthschaftsdepartement diese Einsprache als begründet und verweigerte demnach die definitive Eintragung der von der Firma Egli & Sennhauser angemel= deten Marke Nr. 43. D. Gegen diese Entscheidung trat die Firma Egli & Senu= hauser mit einer am 13. November 1880 eingereichten Klage beim Bundesgerichte auf. Im Laufe des hierauf eingeleiteten Prozesses erklärte sie indeß, nachdem der Prozeß bis zum Schlusse des Beweisverfahrens durchgeführt worden war, im Sinne der Art. 47 u. ff. der eidgenössischen Civilprozeßordnung die Reform und reichte binnen der ihr gemäß Art. 49 leg. cit. vom In= struktionsrichter angesetzten Frist am 16./17. Dezember 1881 eine neue Klageschrift ein, in welcher sie den Antrag stellte: Das Bundesgericht möge in Aufhebung des Beschlusses des schweizerischen Handelsdepartementes vom 27. Oktober 1880 er= kennen: a. Die Einsprache von Reiff=Huber gegen Eintragung der von Egli & Sennhauser deponirten und in der beiliegenden Publi= kation des schweizerischen Handelsdepartementes vom 2. August 1880 sub Nr. 43 wiedergegebenen Marke sei unbegründet und letztere definitiv in das schweizerische Markenregister einzutragen, eventuell: b. Es sei trotz der Eintragung der Marke Nr. 54 von Reiff= Huber und der Nichteintragung der Marke Nr. 43 von Egli & Sennhauser der letztgenannten Firma das

Recht der Weiterbenutzung ihrer Marke Nr. 43 gewahrt. Zur Begründung wird in tatsächlicher Beziehung im Wesentlichen folgendes geltend gemacht: Nachdem die früher ausschließlich in Holland betriebene Fabrikation von Seidenbeuteltuch (Seidengaze) in den dreißiger Jahren dieses Jahrhunderts zunächst durch die Firma Heinrich Bodmer in der Schweiz eingeführt worden sei, habe sich die genannte Firma der schon von den holländischen Fabrikanten in verschiedenen Variationen verwendeten Ankermarke zu Bezeichnung ihrer Produkte bedient; später haben auch andere schweizerische Fabrikanten von Seidenbeuteltuch, so namentlich die Firma Dufour & Cie. in Thal und in der Folge auch die Litiganten, die Ankermarke angenommen. Die Beklagte habe sich bis in den Anfang der siebziger Jahre, während sie in ihrem Hauptabsatzgebiete, Europa, überhaupt eine Fabrikmarke nicht gebraucht habe, für die Einfuhr ihrer Waare nach Nordamerika der aus Act. Nr. 13 ersichtlichen Marke der Importeure Roger fils & Comp. in New-York bedient, welche sich von der nun von der Beklagten zum eidgenössischen Markenregister angemeldeten Marke dadurch unterscheidet, daß in der Einfassung der Marke die Worte « Roger fils & Comp., New-York, Sole importers of this mark » eingedruckt seien und welche von Roger fils & Comp. auch für andere Produkte als die klägerischen gebraucht worden sei. In den siebziger Jahren dann habe die Beklagte eine aus Act. 15 ersichtliche Marke eingeführt, welche, während sie im Uebrigen mit der Marke von Roger fils & Comp. im Ganzen übereinstimme, sich von derselben dadurch wesentlich unterscheidet, daß sie statt der Firma Roger fils & Comp. diejenige Reiff=Huber und zwar in der Mitte (anstatt in der Einfassung) enthalte und die Ueberschrift Buyl Gaas nicht habe. Erst vor drei oder höchstens vier Jahren habe die Beklagte die von ihr zum Markenregister

angemeldete Marke Nr. 54, d. h. den liegenden Doppelanker ohne Firma und mit der Aufschrift Buyl Gaas, in Gebrauch genommen. Dagegen benutze die Klägerin ihre Marke Nr. 43 schon viel länger, sie habe dieselbe im Anfang des Jahres 1867 speziell für den Export nach Nordamerika, auf den in einem Schreiben vom 20. Dezember 1866 ausgesprochenen Wunsch und gemäß den in diesem Schreiben enthaltenen Angaben ihres dortigen einzigen Abnehmers, der Firma F. A. Reichard in New-York, deren Rechtsnachfolger nunmehr Samuel Carey sei, angenommen und seither stets unangefochten benutzt; im Juli 1881 habe sogar Samuel Carey in New-York im Einverständnisse mit der Klägerin vom amerikanischen Patentamte nach vorangegangenem gesetzlichem Verfahren das alleinige Recht erhalten, in Amerika die streitige Marke Nr. 43 zu führen. In rechtlicher Beziehung sei, auf Grund dieser Thatsachen, Folgendes zu bemerken: Nach Art. 27 des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken könne derjenige, welcher bisher in rechtmäßiger Weise eine Fabrikmarke verwendet habe, sich auch für die Zukunft deren ausschließliche Benutzung sichern. Die Klägerin nun sei vor dem 1. Oktober 1879 schon 13 Jahre lang rechtmäßige Besitzerin der Marke Nr. 43 gewesen, denn für die Frage der Rechtmäßigkeit dieses Besitzes sei, obschon allerdings das Bundesgericht sich in einzelnen Präjudizien in gegentheiligem Sinne ausgesprochen habe, das bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken gültig gewesene kantonale Recht entscheidend; nach dem bisherigen im Kanton Zürich geltenden kantonalen Rechte sei aber zweifellos der Besitz der Klägerin ein rechtmäßiger gewesen. Uebrigens habe die Klägerin auch zuerst die Doppelankermarke Nr. 43 verwendet, so daß, auch wenn man die Priorität des Besitzes als maßgebend für dessen Rechtmäßigkeit betrachte, ihr Besitz als ein rechtmäßiger betrachtet werden müsse. Denn, nach den dargestellten Thatsachen, führe die Beklagte eine eigene Doppelankermarke überhaupt erst

seit dem Anfange der siebenziger Jahre, d. h. seitdem die Importeure Roger fils & Comp. ihr Geschäft aufgegeben und die Benutzung ihrer von der Beklagten früher benutzten Doppelankermarke ein- gestellt haben; diejenige Doppelankermarke dagegen, welche Be- klagte als Nr. 54 in das eidgenössische Markenregister habe eintragen lassen, führe sie gar erst seit zirka 4 Jahren, während die Klägerin ihre Doppelankermarke Nr. 43 bereits seit 1867 sei daher auch der ältere. Ueb- führe; der Besitz der Klägerin rigens seien die beiden Marken Nr. 54 und 43 gar nicht iden- tisch oder in allen wesentlichen Theilen ähnlich. Vielmehr seien folgende Unterschiede derselben hervorzuheben: Nr. 54 dagegen liegende Anker; Nr. 43 habe stehende Nr. 54 habe dünnere Querbalken, Nr. 43 habe Anker mit dicken, ein- welche mit den Ankerzacken verbun- ander berührenden Querbalken, den seien; Nr. 54 habe keinen Schild; Nr. 43 habe einen an diesem Quer- balken aufgehängten Schild, Nr. 54 habe die Nummer weiter kr. 43 trage die Nummer im unten Schild, Nr. 54 habe zwei schmale Taue, Nr. 43 habe eine breite, dunkle mit leerem Raum dazwischen als Einfassung mit Knöpfen, Einfassung, so daß die ganze Marke viel heller sei; Nr. 54 sei oval; Nr. 43 sei fast rund, Nr. 54 dagegen-double anchor.» Nr. 43 enthalte die Worte « het anker, » Eine Verwechslung der beiden Marken sei angesichts dieser Verschiedenheiten um so weniger leicht möglich, als es sich hier nicht um eine für das allgemeine Publikum bestimmte Waare, sondern um eine Waare handle, welche nur von sachkundigen Leuten, Zwischenhändlern und Müllern, gekauft werde, die in erster Linie stets nach der Firma fragen und welche, sofern sie auf die Marke Gewicht legen, angesichts der notorischen That- sache, daß viele Seidenbeuteltuchfabrikanten den Anker in ihrer Marke führen, nach den speziellen Merkmalen der von ihnen gewünschten Marke sehen. Demnach erscheine das prinzipale Klagebegehren als begründet; eventuell wäre jedenfalls das sub- sidiäre Klagebegehren gutzuheißen, d. h. auszusprechen, daß die Beklagte durch die Eintragung ihrer Marke nur gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber der Klägerin die Rechte des Art. 18 u. ff. des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und

Handelsmarken erwerbe. Art. 27 des citirten Gesetzes sichere nur demjenigen die fernere ausschließliche Benutzung einer Marke zu, welcher dieselbe bisher ausschließlich besessen habe, dagegen spreche er keineswegs aus, daß, wenn bis zum 1. Oktober 1879 zwei Firmen gleiche oder gar blos ähnliche Marken benutzt haben, diejenige Firma, welche die ihrige länger besitze als die andere, der letztern die Weiterbenutzung ihrer Marke untersagen könne. Art. 6 des citirten Gesetzes besitze keine rückwirkende Kraft. E. In ihrer Vernehmlassung auf diese Klage macht die Firma Reiff=Huber thatsächlich im Wesentlichen geltend: Die Beklagte benutze ihre jetzige Marke schon seit dem Jahre 1858. Damals habe sie die erste mit ihrer Marke versehene Sendung nach New- Vork gemacht. Dafür berufe sie sich auf zwei an sie gerichtete Briefe von Roger fils & Comp. vom 26. August und 11. Sep- tember 1858. In dem erstern dieser Briefe wird bemerkt: « Suivant votre avis, nous avons immédiatement fait le dessin d'une marque Double ancre, en combinant les différents des- sins Bodmer & Dufour. Votre nom y figure comme vous le désirez, » u. s. w.; im zweiten dagegen wird angezeigt, daß nun- mehr der Beklagten der vom Graveur für sie angefertigte Markenstempel übersendet werde und daß nach dessen Empfang nichts mehr fehle, um die erste Sendung nach New=Vork zu bewirken. Seit dieser Zeit habe die Beklagte ihre Marke zu Bezeichnung der meisten ihrer überseeischen Waarensendungen gebraucht, und zwar bald mit bald ohne Beifügung ihrer Firma; so lange die Geschäftsverbindung zwischen der Beklagten und Roger fils & Comp. gedauert habe, haben letztere der Marke der Beklagten auch ihre eigene Firma beigefügt; seit 1868 sei auch für eine besonders schwere Qualität ihres Fabrikates noch eine Qualitätsbezeichnung in die

beklagtische Marke eingedruckt worden, wie aus Act. 40 ersichtlich sei; dagegen sei die beklagtische Marke selbst niemals geändert worden. Die Priorität des Gebrauches der Marke stehe also der Beklagten zu, da die Klägerin zugeständenermaßen die ihrige erst seit 1867 gebrauchte. Nach diesen Thatsachen aber seien die klägerischen Begehren rechtlich unbegründet. Als rechtmäßige Verwendung einer Marke im Sinne des Art. 27 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken könne nur die Verwendung durch den redlichen Besitzer, welcher sich zuerst und ohne Nachahmung in den Besitz der Marke gesetzt habe, gelten. Die Klägerin aber könne sich keineswegs auf den ältesten und redlichen Besitz berufen, vielmehr ergebe sich aus der Art und Weise, wie sie zu Annahme ihrer Marke durch ihre amerikanischen Abnehmer veranlaßt worden sein wolle, deutlich, daß es dabei eben auf eine Nachahmung der beklagtischen Marke abgesehen gewesen sei. Daß die beiden Marken Nr. 54 und 43 sich täuschend ähnlich seien, könne nicht bestritten werden; die von der Klägerin hervorgehobenen unbedeutenden Unterscheidungen seien keineswegs geeignet, dies auszuschließen. Denn das wesentliche Motiv, der Doppelanker, sei in beiden Marken das gleiche. Ueber das zweite Begehren der Klägerin sei im gegenwärtigen Verfahren nicht zu entscheiden, vielmehr sei die Frage, ob auch ohne Eintragung der Marke für die Klägerin doch ein Recht gegenüber Dritten entstehe, hier nicht zu beurtheilen. Uebrigens sei die Klage auch in prozeßualer Hinsicht verwirkt. Denn durch die Reformerkklärung der Klägerin sei das frühere Verfahren dahingefallen und die Sache sei also so zu behandeln, wie wenn die Klägerin ihre Klage erst mit der Klageschrift vom 16./17. Dezember 1881 anhängig gemacht hätte; demnach sei dieselbe aber, weil nicht innert der für die Anfechtung von Entscheidungen des Handels- und Landwirtschaftsdepartementes festgesetzten Nothfrist angebracht, verspätet. F. Replikando hält die Klägerin gegenüber den Ausführungen der Klagebeantwortung an ihren Behauptungen bezüglich der Priorität der Verwendung der streitigen Doppelankermarke fest und führt im Weitern namentlich aus: Es sei durchaus nicht richtig, daß die klägerische Marke Nr. 43 der beklagtischen Marke nachgebildet worden sei; die Klägerin habe die streitige Marke vielmehr, wie aus einem Briefe der Firma F. A. Reichard in New-York vom 20. Dezember 1866 sich ergebe, auf Anregung letzterer Firma, ihrer Hauptabnehmerin in Nordamerika angenommen, welche ihr das Modell dazu übermacht habe. Letzteres Modell aber sei nicht eine Nachahmung der beklagtischen

Marke, welche damals der Firma F. A. Reichard gar nicht bekannt gewesen sei, sondern es sei eine Abänderung der Marke der Firma Dufour & Comp. in Thal, welche ihrerseits wieder eine Abänderung der Bødmerschen Marke sei. Daß die streitige klägerische Marke und diejenige der Beklagten theilweise ähnliche Bestandtheile enthalten, stamme also nicht daher, daß die eine dieser Marken der andern nachgebildet wäre, sondern vielmehr daher, daß beide nach demselben Vorbilde componirt worden seien, wie sich in Betreff der beklagtischen Marke deutlich aus dem von der Beklagten produzierten Briefe von Roger fils & Comp. vom 26. August 1858 ergebe. Bestritten werde, daß Beklagte der erste Aneigner der Doppelankermarke sei. Da seit Jahrzehnten fast sämtliche Seidenbeutel Tuchfabrikanten einen oder mehrere Anker auf ihren Fabrikaten führen, so seien die Anker überhaupt keine bestimmte Marke im wahren Sinne des Wortes, sondern sie qualifiziren sich als Freizeichen, welche nicht im speziellen Besitze Einer Firma stehen können. Ein Markenrecht nach Mitgabe des neuen Gesetzes könne daher eine Firma nur für ihre spezielle Modifikation der Ankermarke, nicht aber für die Ankermarke überhaupt beanspruchen. Daß die Käufer von Seidenbeutel Tuch auf den oder die Anker abfolut kein Gewicht für die Beurtheilung der Provenienz des Fabrikates legen, sondern

gewohnt seien, stets nach der Firma zu fragen, ergebe sich aus dem in dem reformirten Verfahren erhobenen Gutachten des Experten Tobler in Thal, welches einen Bestandtheil der Prozeßakten bilde; deßhalb habe denn auch der älteste Besitzer einer Ankermarke in der Schweiz, die Firma Bodmer, ihre Marke gar nicht deponirt. Die Klägerin habe im Jahre 1877 den Nachfolger der Firma F. A. Reichard, Samuel Carey in New-York, veranlassen wollen, ihre damals neueingeführte Marke Nr. 33 der Publikation des eidgenössischen Handelsdepartementes vom 2. August 1880 statt der streitigen Marke Nr. 43 auf die ihm zuzusendenden Waaren drucken zu lassen; Samuel Carey habe dies aber, da seine Abnehmer einmal an die bisher verwendete Marke gewohnt seien, abgelehnt und die Klägerin habe daher die von ihr damals schon seit zehn Jahren verwendete Marke Nr. 43 beibehalten. Die Klägerin hätte übrigens an einer Nachahmung der beklagtischen Marke gar kein Interesse gehabt, denn bei der Verwendung der streitigen Marke handle es sich zugestandenermaßen einzig um den Verkehr mit Nordamerika; nun sei aber der Import der Beklagten nach Amerika Jahre lang gleich Null gewesen, und es verkaufe die Beklagte billiger als die Klägerin; durch eine Nachahmung der beklagtischen Marke hätte also die Klägerin, deren Import nach Nordamerika viel bedeutender sei als derjenige der Beklagten, gar nichts gewinnen können, dagegen erscheine umgekehrt als begreiflich, wenn die Beklagte, welche wieder Absatz in Amerika gesucht habe, durch eine Abänderung ihrer früher geführten Marke beziehungsweise durch Weglassung der Firmabezeichnung aus derselben, ihre Marke der klägerischen angenähert habe. G. In ihrer Duplik hält die Beklagte, indem sie im Übrigen die klägerischen Replikausführungen bestreitet, namentlich daran fest, daß sie ihre Marke Nr. 54 (abgedruckt in Act. 35) seit 1858 benutzt habe, indem sie indeß beifügt: Anfänglich sei oben zwischen den beiden Ankern der Name der Beklagten „Reiff-Huber“ und im äußern Rande der Zusatz « Roger fils & Comp. New-York sole importers of this mark » beigedruckt worden, letzteres weil eben damals die Beklagte ihre Sendungen nach Amerika durch das Haus Roger fils & Comp. bewirkt habe. Im Jahre 1870, als Roger fils & Comp. ihr Geschäft in New-York aufgegeben, habe Beklagte die Worte Roger fils, etc. aus dem Markenstempel entfernen lassen, so daß nur noch ihre Firma darin gestanden habe; so sei die Sache bis 1878 geblieben; seither benutze Beklagte die Marke auch ohne Beisetzung des Namens. H. Im Beweisverfahren wurden a. gemäß einem Antrage der Klägerin vom Konsulate der Vereinigten Staaten von Amerika in Zürich Auszüge aus den amtlichen Exportlisten über die von der beklagten Firma in den Jahren 1877—1881 nach den Vereinigten Staaten ausgeführten Seidenbeuteltücher eingeholt und es wurde auch ein dazugehöriger Buchauszug der Beklagten zu den Akten gebracht; b. wurde von den Parteien Zeugenbeweis über ihre Behauptungen bezüglich der Priorität der Verwendung der strei-

tigen Doppelankermarke angeboten. Derselbe ergab folgendes Resultat: Während die übrigen angerufenen Zeugen, nämlich Meyer-Rusca in Zürich, Georges Roger in la Ferté-sous-Jouarre, département Seine-et-Marne, und Egli-Ernst, Kommanditär der klägerischen Firma in Hottingen, über die einschlägigen Thatsachen bestimmte und erhebliche Aussagen nicht zu machen vermochten, sprach sich dagegen der, von beiden Parteien angerufene, Zeuge Kaufmann Robert Ernst in Wollishofen, gewesener erster Angestellter der beklagten Firma, im Wesentlichen dahin aus: Es sei nicht richtig, daß die Beklagte die Marke bis in die siebenziger Jahre nur in der Act. 13 bezeichneten Form (d. h. mit der Firma Roger fils & Comp. und ohne ihre eigene Firma) verwendet habe. Bei einer in dem Jahre 1866 von ihm, als Angestellten der Beklagten, gemachten Reise nach New-York habe er von dem Buchhalter der New-Yorker Repräsentanten für Roger fils & Comp.

erfahren, daß letztere einen zweiten Markenstempel, auf welchem der Name Reiff=Huber nicht figurire, besitzen und diesen für die von Reiff=Huber bezogenen Waaren, unter Entfernung des ersten Pli, welches die Marke enthalte, benützen; diesen Markenstempel haben Roger fils & Comp. mitunter auch für andere Waaren, als die von Reiff Huber bezogenen, verwendet; dies sei ohne Vorwissen von Reiff=Huber geschehen; doch habe er seinem Hause von der Manipulation, welche Roger fils & Comp. mit der Marke vornehmen, Kenntniß gegeben. Bis 1875 sei das Timber Act. 13 doch mit dem Unterschiede, daß auch die Firma Reiff=Huber darauf figurirt habe, verwendet worden; immerhin gibt der Zeuge auf Zusatzfrage der Beklagten zu, daß die Worte Roger fils & Comp. u. s. w. im Jahre 1871 als Roger fils ihre Filiale in New=York aufgegeben haben, aus der Marke beseitigt worden seien. Die Marke sei übrigens überhaupt von Reiff Huber in sehr verschiedenen Variationen, je nach der Konvenienz der Käufer, bald mit bald ohne Worte, auch mit nur einem Anker gebraucht worden. In den Jahren 1876 bis 1880 sei ihm selbst von der Beklagten Waare zum Exporte nach Amerika geliefert worden, bei welcher die Firma Reiff=Huber, auf sein Verlangen, aus der Marke beseitigt worden sei. c. Vom Instruktionsrichter ist im Fernern gemäß den Anträgen der Parteien Sachverständigenbeweis darüber erhoben worden, ob nach den speziellen im Handel mit Seidengaze, besonders in Amerika, bestehenden Verhältnissen als wesentliches Unterscheidungsmerkmal mehrerer Marken, auf welches der Käufer sein Augenmerk richte, der Schild und die Plazirung der Nummer in demselben, wie die Klägerin ursprünglich behauptete, oder aber, wie Beklagte behauptete, der, einfache oder doppelte, Anker zu betrachten sei, oder endlich ob, angesichts der Thatsache, daß eine Mehrzahl von Seidenbeuteltuchfabrikanten Ankermarken führen, das spezielle Detail der Ankermarke als wesentliches Unterscheidungsmerkmal in Betracht komme. Aus den hierüber erstatteten Gutachten der Experten Andreas Stückelberger, gewesener Bandfabrikant in Basel, und C. Tobler, Theilhaber der Firma Dufour & Comp. in Thal ist hervorzuheben: Beide Experten sprechen sich übereinstimmend dahin aus, daß die Nummer lediglich den Grad der Größe oder Feinheit des Gewebes bezeichne und daher deren allfällige Plazirung in der Marke keineswegs als wesentliches Unterscheidungsmerkmal betrachtet werden könne. Ueber die beiden andern Fragen erklärte der Experte Stückelberger sich nicht mit voller Bestimmtheit aussprechen zu können; der Experte Tobler dagegen beantwortet dieselben der Hauptsache nach dahin: Der Anker bilde die Hauptsache an der Marke, das eigentliche Motiv derselben, besonders in Amerika, wo neben « anchor Brand » auch « Crown, » Exclesior u. s. w. boltingcloth angekündet werde. So bilde allerdings auch der Doppelanker (Double anchor) ein, wenn auch verwandtes, so doch selbständiges Motiv einer Seidenbeuteltuchmarke. Die beiden Stammhäuser der Schweizer Seidengazefabrikation (Dufour und Bodmer) haben schon Anfangs der dreißiger Jahre die einfache Ankermarke als Fabrikstempel geführt und zwar Jahrzehnte lang allein; diese Marke stamme aus Holland, wo sie für eine heute vom Markte beinahe verschwundene Sorte Beuteltuch verwendet worden sei. Später haben auch andere neuentstandene Firmen die einfache Ankermarke angenommen; es seien dem Experten, der seit 27 Jahren in dieser Branche thätig sei, vier Firmen bekannt,

welche diese Marke führen. Der doppelte Anker dagegen sei ein selbständiges Motiv und unterscheide sich als solches ganz wesentlich vom einfachen Anker. Während doch für double anchor Bolting Cloth die Provenienz noch angezeigt erscheine (denn einen andern double anchor als den der beklagtischen Marke Nr. 54 habe der Experte bisher nicht gekannt), so sei es für den Käufer dagegen nicht mehr möglich, aus der bloßen

Ankündigung an- chorbrand klar zu werden, um wessen Fabrikat es sich handle. Daher sei man denn auch in dem Hauptkonsumlande Amerika dahin gebracht worden, neben der Marke nach dem Namen des Fabrikanten zu fragen und dieser allein bilde heute noch das untrügliche Unterscheidungsmerkmal der Seidengaze verschiedener Abstammung. Andere sogenannte spezielle Details an und in der Marke selbst fallen ganz außer Betracht; Niemand frage nach solchen. Nachfrage und Angebot erwähnen hüben und drüben kaum mehr der Marke, sondern nennen bloß die Firma und diese allein sei es, wonach der Käufer noch frage. d. Von der Klägerin wurde ferner im Beweisstadium in ihrer Beweiseingabe vom 29. März sub 1 Ziffer 2 und 3 sowie in einer neuen Eingabe vom 25. April 1882 und an dem vom Instruktionsrichter abgehaltenen Rechtstage vom 13. Mai gleichen Jahres Zeugenbeweis angeboten über die That- sachen: 1. Daß Klägerin ihre Marke seit 1867 unverändert benutzt habe; 2. Daß, als am 20. Dezember 1866 die Firma F. A. Rei- chard von der Klägerin die Anwendung der streitigen Marke verlangt habe, weder dieser Firma noch den damaligen Inha- bern der klägerischen Firma die beklagtische Doppelankermarke bekannt gewesen sei; 3. Daß vielmehr die streitige Marke Nr. 43 schon im Jahre 1858 von John I. Bell, ehemaligem Antheilhaber der Firma F. A. Reichard in New-York, und zwar ohne daß er dabei eine andere Doppelankermarke, speziell eine solche mit der Firma Reiff=Huber als Vorbild benutzt hätte, erfunden und konstruirt und seither benutzt worden sei. Letztere Behauptung, welche von der Klägerin zuerst in ihrer Beweiseingabe vom 25. April 1882 aufgestellt wurde und zu deren Erhärtung dieselbe ein von John I. Bell am 5. April 1882 vor einem öffentlichen Notar in New=Vork abgegebenes und beschworenes Affidavit einlegte, wurde von der Beklagten als verspätet vorgebracht und unzulässig bestritten; gleichzeitig bestritt sie die Aechtheit und Richtigkeit des fraglichen Affidavit. Vom Instruktionsrichter wurde, ohne daß vorher diese Beweise abgenommen worden wären, durch Verfügung vom 4. Septem- ber 1882 der Schluß des Vorverfahrens ausgesprochen. I. Gegenüber der Schlußverfügung des Instruktionsrichters stellte die Klägerin mit Eingabe vom 14. September 1882 beim Bundesgerichte den Antrag, es sei: 1. Die Einvernahme des Zeugen John I. Bell Nr. 41 South William Street in New=York vor dem zuständigen Richter in New=York über den in der klägerischen Eingabe vom 29. März 1882 ad 1 Ziffer 2 aufgestellten Beweissatz, über die in der klägerischen Eingabe vom 25. April formulirten Fragen und über den am Rechtstag vom 13. Mai 1882 zu Protokoll gege- benen Beweissatz anzuordnen (siehe den Inhalt dieser Beweis- sätze oben Fakt. H, d, 2 und 3); 2. Desgleichen die Einvernahme des nämlichen Zeugen und des Zeugen Samuel Carey, Broadway 17 in New=Vork über den ad 1 Ziffer 3 der Eingabe vom 29 März aufgestellten Be- weissatz 3. Vom nordamerikanischen Konsulat in Zürich Auszüge aus den Exportlisten über den Export von Seidenbeuteltuch seitens der Beklagten auch über die Jahre 1866—1877 anfertigen zu lassen und den Beklagten aufzugeben, beglaubigte Buchauszüge hierüber auch aus den Jahren 1866—1877 vorzulegen. Eventuell d. h. für den Fall, daß sowohl die Beweismittel als die zu beweisenden Thatsachen, sämmtlich oder theilweise, zu spät eingegeben worden sein sollten, wurde gemäß Art. 70 und 165 der eidgenössischen Civilprozeßordnung Restitution ver- langt. Durch Verfügung des Bundesgerichtspräsidenten vom 27. September 1882 wurde, nach Anhörung der Gegenpartei, welche auf Abweisung der klägerischen Begehren antrug, das klägerische Begehren um Einvernahme der bezeichneten Zeugen — 1882

vor der Schlußverhandlung abgewiesen, die übrigen Begehren der Klagepartei dagegen dem Bundesgerichte zur Entscheidung bei der Hauptverhandlung überwiesen. K. Bei der heutigen Verhandlung wird, im Einverständnisse der Parteien, die Verhandlung über das

klägerische Aktenvervollständigungs- und eventuelle Restitutionsbegehren mit der Verhandlung über die Sache selbst verbunden. Beide Parteien halten unter ausführlicher Begründung ihre im Schriftenwechsel gestellten Anträge fest. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Das klägerische Aktenvervollständigungs- und eventuelle Restitutionsbegehren ist, da die Thatsachen, über welche weitere Beweisaufnahme beantragt wird, nach dem weiter unten Auszuführenden, theils gar nicht bestritten sind, theils als unerheblich erscheinen, als unbegründet abzuweisen; es braucht daher nicht weiter untersucht zu werden, ob und inwiefern dieses Begehren prozeßualisch statthaft wäre. 2. Wenn sodann die Beklagte der Klage zunächst die Einwendung entgegenstellt, es sei dieselbe, weil nicht innert der in Art. 28 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Dezember 1879 für Anfechtung von Verfügungen des eidgenössischen Handels- und Landwirtschaftsdepartementes vorgeschriebenen zwanzigtägigen Frist angebracht, verspätet, so erscheint diese Einwendung als unbegründet. Denn: Die erste Klageschrift wurde zweifellos innert der erwähnten Frist beim Bundesgerichte eingereicht; allerdings wurde dann in Folge der Reformklärung der Klägerin das durch diese Klageschrift eingeleitete Verfahren, einschließlich der Klageschrift selbst, vernichtet und ist die zweite verbesserte Klageschrift erst lange nach Ablauf der fraglichen zwanzigtägigen Frist eingereicht worden. Allein es kann nun nach den Bestimmungen der eidgenössischen Civilprozeßordnung über die Reformklärung und deren Folgen (Art. 47—49 leg. cit.) gewiß nicht zweifelhaft sein, daß durch die Reformklärung, auch wenn dieselbe sich auf das ganze bisherige Verfahren einschließlich der Klage erstreckt, doch die Rechtshängigkeit der Sache nicht aufgehoben wird, vielmehr der Prozeß beim Bundesgerichte anhängig bleibt; die in Folge gesetzmäßig durchgeführter Reformklärung neu eingereichte, verbesserte Klageschrift tritt demnach einfach Stelle des frühern Klagebittels, so daß es für die Frage, wann die Klage erhoben worden sei, beziehungsweise ob dieselbe rechtzeitig angehoben worden sei, lediglich auf den Zeitpunkt der Einreichung der ersten Klageschrift ankommt. Die Reformklärung erscheint eben nach der Gesamtheit der auf dieselbe bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen und der systematischen Stellung derselben lediglich als Mittel der Klageänderung beziehungsweise der Aenderung der Parteianbringen in einem anhängigen Prozesse. 3. Ist somit auf die sachliche Prüfung der Klage einzutreten, so ist zunächst festzuhalten, daß, wie das Bundesgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat, (siehe insbesondere die Entscheidung in Sachen Lister & Comp. gegen Dürsteler, Entscheidungen, Amtliche Sammlung VII, S. 392 u. ff.) auch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken nur die Benutzung eines Waarenzeichens durch denjenigen, welcher dasselbe zuerst als solches zur Unterscheidung seiner Waaren verwendet und es sich dadurch gewissermaßen angeeignet hat, oder durch seine Rechtsnachfolger als eine rechtmäßige im Sinne des Art. 27 des zitierten Gesetzes gelten kann und daß daher nur der in diesem Sinne rechtmäßige bisherige Inhaber eines Waarenzeichens sich nach Art. 27 cit. auch für die Zukunft dessen ausschließliche Benützung sichern kann; es ist dies allerdings von der Klägerin sowohl im Schriftenwechsel als auch im heutigen Vortrage bestritten und ausgeführt worden, daß Jeder der vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken ein Waarenzeichen benutzt habe, Anspruch auf den Schutz des Bundesgesetzes habe, sofern nur sein Gebrauch des Zeichens nach dem bisher geltenden kantonalen Rechte ein rechtmäßiger d. h. ein nicht verbotener gewesen sei. Allein diese Anschauung ist vom Bundesgerichte schon in seiner angeführten Entscheidung in Sachen

Lister & Comp. gegen Dürsteler ausführtlich widerlegt worden und es kann, da von der Klägerin neue Momente zu deren Rechtfertigung nicht geltend gemacht

worden sind, diesbezüglich einfach auf die Begründung der angeführten Entscheidung verwiesen werden. 4. Nun ist klar, daß jedenfalls die klägerische, unter Nr. 43 der Publikation des eidgenössischen Handels- und Landwirthschaftsdepartementes vom 2. August 1880 veröffentlichte, Marke dem beklagischen, unter Nr. 54 der gleichen Publikation enthaltenen, Waarenzeichen täuschend ähnlich ist und leicht mit demselben verwechselt werden kann. Denn, wenn auch allerdings sowohl in der Zeichnung des den Mittelpunkt der beiden Waarenzeichen bildenden Doppelanker als auch in den übrigen Bestandtheilen der beiden Marken (der Verzierung, den auf denselben befindlichen Worten u. s. w.) einzelne Verschiedenheiten bestehen, welche bei aufmerksamer Vergleichung leicht ersichtlich sind, so sind doch dieselben keineswegs derart, daß die beiden Waarenzeichen ihrem Gesamteindrucke nach in der Erinnerung des Beschauers sich deutlich unterscheiden; vielmehr sind die beiden Marken ihrem Gesamtbilde nach sich derart ähnlich, daß Verwechslungen derselben, sofern nicht beide Waarenzeichen zur Vergleichung neben einander gehalten werden können, sehr leicht möglich sind. Für die Frage aber, ob zwei Marken sich täuschend ähnlich sehen, kommt es, wie das Bundesgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat, nicht darauf an, ob bei Nebeneinanderhalten beider Zeichen und aufmerksamer Vergleichung derselben Verschiedenheiten in den Details leicht entdeckt werden können, sondern einzig darauf ob die betreffenden Waarenzeichen sich derart unterscheiden, daß auch bei isolirter Betrachtung für die Abnehmer des betreffenden Produktes ihre Verschiedenheit deutlich erkennbar und somit nicht zu einer Täuschung über die Herkunft der Waare leicht Veranlassung gegeben ist. Nun hat allerdings die Klägerin ausgeführt, daß es sich in concreto um Marken für eine Waare handle, die nicht für das allgemeine Publikum bestimmt sei, sondern welche nur von Sachkundigen gekauft werde, die gewohnt seien, die verschiedenen Marken auf ihre speziellen Details hin zu prüfen und danach zu unterscheiden, und es mag zugegeben werden, daß, sofern erwiesen wäre, daß im Handel mit Seidenbeuteltuch gewohnheitsmäßig die Marken von den Abnehmern auf gewisse spezielle Details hin geprüft und darauf hin unterschieden werden, dies allerdings für die Beurtheilung der Frage, ob eine täuschende Aehnlichkeit der beiden Marken vorliege, von erheblicher Bedeutung wäre; denn diese Frage muß ja, wie bemerkt, von dem Standpunkte der Abnehmer des betreffenden Produktes aus beurtheilt werden. Allein es ist nun die fragliche Behauptung der Klägerin nicht nur nicht erwiesen, sondern das Gutachten des Sachverständigen Tobler sagt in sehr bestimmter Weise das Gegentheil, d. h., daß nach den sogenannten speziellen Details der Marke im Handel gar nicht gefragt, sondern die Marken, insoweit überhaupt auf dieselben Gewicht gelegt werde, bloß nach ihrem Hauptmotiv, dem einfachen oder doppelten Anker, unterschieden werden. 5. Sind aber die beiden in Frage stehenden Marken sich täuschend ähnlich, so muß sich, nach dem in Erwägung 3 Bemerkten, fragen, ob die Klägerin oder aber die Beklagte als rechtmäßige Besitzerin, d. h. als erste Anzeigerin der streitigen Doppelankermarke zu betrachten sei. Nach der Aktenlage erscheint nun als hergestellt, daß die Beklagte sich der Marke Nr. 54 bereits seit dem Jahre 1858 zu unterscheidender Bezeichnung ihrer zum Exporte speziell nach den Vereinigten Staaten von Amerika bestimmten Fabrikate bedient hat und es muß auch ihre Verwendung dieser Marke als eine rechtmäßige betrachtet werden. Nach den bezüglichen Zuschriften der Importeure Roger fils & Comp. an die Beklagte vom August und September 1858 sowie nach der Aussage des Zeugen Robert Ernst nämlich kann nicht zweifelhaft sein, daß die

Beklagte bereits im Jahre 1858 die Doppelankermarke als Fabrikzeichen angenommen und seither als solches benutzt hat. Denn aus den erwähnten Zuschriften folgt unzweifelhaft, daß die Doppelankermarke im Jahre 1858 als Fabrikmarke der Beklagten mit deren Firma und nicht etwa als Handelsmarke der Importeure Roger fils & Comp. gebildet wurde und aus der Aussage des Zeugen Ernst ergibt sich, daß die Marke seither in diesem Sinne von der Beklagten gebraucht worden ist; die Einwendung der Klägerin, daß ursprünglich die Beklagte sich überhaupt nicht einer eigenen Marke, sondern vielmehr der Marke von Roger fils

& Comp. bedient habe, erscheint daher als unbegründet. Der beklagtische Besitz der streitigen Doppelankermarke erscheint aber auch als ein rechtmäßiger; denn diese Marke wurde unzweifelhaft nicht in Nachahmung einer bereits bestehenden Doppelankermarke gebildet, sondern unter Zugrundelegung und durch Combination der einfachen Ankermarken der Häuser Dufour & Comp. und Bodmer; gegenüber diesen einfachen Ankermarken aber erscheint, wie von dem Experten Tobler bestätigt wird, die Doppelankermarke als ein selbständiges, deutlich von denselben unterscheidbares Waarenzeichen. Nun wird allerdings von der Klägerin eingewendet, daß, wenn auch die Beklagte schon seit 1858 eine Doppelankermarke verwendet haben möge, doch dieselbe mit der nunmehr unter Nr. 54 zum eidgenössischen Markenregister angemeldeten nicht identisch sei; vielmehr führe die Beklagte die Marke in dieser Gestalt erst seit 1878, während ihre frühere Marke sich von der zum Markenregister angemeldeten wesentlich unterschieden habe, namentlich dadurch, daß sie die, nunmehr weggelassene, Firma der Beklagten und ursprünglich auch die Worte « Roger fils & Comp., sole importers of this mark » enthielt. Allein durch die von der Klägerin hervorgehobenen Aenderungen ist das Gesamtbild der beklagtischen Marke in keiner Weise berührt, beziehungsweise modifiziert und es ist mithin deren Identität nicht aufgehoben worden; insbesondere ist festzuhalten, daß durch das Beifügen oder Weglassen der Firmabezeichnung regelmäßig die Identität einer Marke durchaus nicht aufgehoben wird, vielmehr dem Inhaber einer Marke naturgemäß freistehen muß, seinem figürlichen Waarenzeichen auch seine Firma beizufügen, ohne dadurch des Schutzes für das Waarenzeichen verlustig zu gehen. Demnach kann aber nicht zweifelhaft sein, daß die Beklagte im Verhältnisse zur Klägerin als erste Aneignerin und mithin als rechtmäßige Besitzerin der streitigen Marke im Sinne des Art. 27 des Bundesgesetzes erscheint, denn die Klägerin benutzt die Marke Nr. 43 zugeständenermaßen erst seit Anfang des Jahres 1867, und wenn sie nachträglich den Beweis dafür anerbieten hat, daß diese Marke bereits im Jahre 1858 von einem ehemaligen Theilhaber der Firma F. A. Reichard erfunden worden und seither von dieser Firma und ihrem Rechtsnachfolger Samuel Carey dem einzigen Abnehmer der Klägerin in den Vereinigten Staaten, benutzt worden sei, so erscheint dieses Beweisanerbieten offenbar als unerheblich, da ja natürlich der Besitz der Firma F. A. Reichard oder ihrer Rechtsnachfolgerin, der Klägerin nicht zu Gute kommen könnte; gegentheils würde die fragliche Thatsache, wenn erwiesen, eher darauf hindeuten, daß die Marke Nr. 43 überhaupt von der Klägerin niemals als eigene Marke geführt, sondern vielmehr als Waarenzeichen des amerikanischen Hauses F. A. Reichard, beziehungsweise Samuel Carey, nach dessen Weisung auf die demselben zu liefernden Waaren aufgedrückt worden sei. 6. Ist aber die Beklagte im Verhältnisse zur Klägerin als erste Aneignerin des streitigen Waarenzeichens zu betrachten, so konnte sich die Beklagte nach Art. 27 des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken durch rechtzeitige Anmeldung ihrer Marke zum eidgenössischen Markenregister auch für die Zukunft deren

ausschließliche Benutzung sichern und es muß mithin die Klage sowohl in ihrem Haupt= als in ihrem eventuellen Begehren als unbegründet abgewiesen werden. Die weitem Ausführungen der Klägerin nämlich, daß überhaupt im Handel mit Seidenbeutelutuch angesichts der Aehnlichkeit der Marken der verschiedenen Fabrikanten von den Abnehmern nicht sowohl auf die Marke als auf die Firma gesehen werde, daß, angesichts der beidseitigen Absatzverhältnisse und Preise, die Be= klagte gar kein Interesse haben könne, Verwechselungen ihrer Marke mit derjenigen der Klägerin zu verhindern und daß die Firma Samuel Carey im Einverständnisse mit der Klägerin in den Vereinigten Staaten das Markenschutzrecht für die streitige Marke erworben habe, sind offenbar für die Beurtheilung der vorliegenden Klage unerheblich. Denn, was speziell den ersten Punkt anbelangt, welcher einzig etwa einer nähern Prüfung bedürftig erscheinen könnte, so könnte darauf jedenfalls nur dann etwas ankommen, wenn das Zeichen des Doppelankers in Folge seines allgemeinen Gebrauches im Verkehr überhaupt nicht mehr geeignet wäre, als Unterscheidungszeichen des Seidenbeutelutuches eines bestimmten Fabrikanten zu dienen.

■844 Allein davon kann gewiß nach der Aktenlage gar keine Rede sein. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Die Klage ist abgewiesen.

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