

ger inhérent à la présence des obstacles susmentionnés, en les faisant disparaître aussitôt après l'accident.

Il y a lieu, dans cette situation, d'admettre que cet accident eût pu atteindre toute autre personne, même de sang-froid, — et de reconnaître, avec les deux instances cantonales, que l'état d'ébriété dans lequel se trouvait Juget, ne peut être envisagé comme la cause unique du malheur qui l'a frappé, et que les éléments de faute constatés à la charge de la compagnie engagent sa responsabilité dans une mesure à déterminer.

6° En ce qui a trait à la quotité de l'indemnité à allouer à la victime de l'accident, en prenant en considération la concurrence de la faute, et le partage de la responsabilité qui doit en être la conséquence, — en faisant entrer en ligne de compte les divers facteurs de nature à exercer de l'influence sur la détermination de la dite indemnité, tels que l'âge du sieur Juget (56 ans), son gain annuel (environ 1000 francs) et la portion de capacité de travail dont l'accident l'a privé, laquelle peut être évaluée à la moitié, la somme de 3000 francs allouée au demandeur par les instances cantonales apparaît comme un équivalent suffisant du dommage souffert, et il se justifie de maintenir, aussi sur ce point, l'appréciation de la Cour de justice civile.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Les recours sont écartés, et l'arrêt rendu par la Cour de justice civile de Genève, le 2 Mars 1891, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

### III. Fabrik- und Handelsmarken. Marques de fabrique.

41. Urtheil vom 4. April 1891 in Sachen  
Schürch & Cie. gegen Schürch & Blohorn.

A. Durch Urtheil vom 12. Februar 1891 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

1. Die Verantwortler sind berechtigt, für den Vertrieb ihrer Tabake die in Beweissatz 1 der Klage erwähnte Marke (Kranz, gebildet durch zwei gegen einander gewundene Laubzweige) zu verwenden.

2. Die im schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. 90 vom 1. August 1888 zu Gunsten der Verantwortler publizierte Eintragung dieser Marke beim eidgenössischen Markenamte in Bern braucht nicht getilgt und nicht widerrufen zu werden.

3. Die im Besitze der Verantwortler befindlichen Kranzmarken sowie die allfällig vorhandenen zur Anfertigung dieser bestimmten Clichés sind nicht zu vernichten.

4. Die Klagepartei hat den Verantwortlern die dieses Prozesses wegen ergangenen Kosten mit 30 Fr. Vortragsgebühr zu vergüten.

5. Die heutige Urtheilsgebühr, welche die Klagepartei zu zahlen hat, ist auf 30 Fr. festgesetzt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: Es sei in Abänderung des obergerichtlichen Urtheils die Entscheidung der ersten Instanz wieder herzustellen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Anwalt der Beklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde wegen Inkompetenz des Gerichtes, eventuell aus materiellen Gründen an, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Sowohl die klägerische Firma Schürch & Cie. in Burgdorf als die beklagte Firma Schürch und Blohorn in Biberist bedienen sich für den Vertrieb von Tabakfabrikaten einer Marke, welche aus

einem durch zwei gegen einander gewundene Laubzweige gebildeten Kranze und der, in rechteckiger Umfassung darunter stehenden, Firmenbezeichnung besteht. In den Kranz wird bei der Verwendung der Marke im Verkehr jeweilen die Nummer der Tabake eingezeichnet. Nachdem die beklagte Firma ihr Zeichen am 17. Juli 1888 in das eidgenössische Markenregister in Bern hatte eintragen lassen, bewirkte auch die Klägerin am 23. August gleichen Jahres den Eintrag ihres Zeichens (unter Nr. 2394) und trat alsdann gegen die Beklagte vor den solothurnischen Gerichten mit einer Zivilklage auf, deren Begehren aus Dispositiv 1—3 des angefochtenen Urtheils zu ersehen sind. Im Prozesse wurde festgestellt: Die klägerische Firma führt die Marke mit dem Kranze bereits seit 1849 oder doch seit 1850, während die Beklagte eine Benutzung dieses Zeichens durch ihren Rechtsvorgänger nur bis zu Anfang der 1860er Jahre zurück nachgewiesen hat. Im Jahre 1886 hat die klägerische Firma ihren Kunden durch Cirkular mitgetheilt, daß sie auf ihren Tabakpacketen den „seit Jahrzehnten geführten Kranz“ durch eine neue von ihr damals „deponirte Fabrikmarke“ ersetzt habe. Die vielfache Nachbildung des erwähnten Kranzes veranlasse sie zu dieser Neuerung. Sie hat indeß immerhin seither die Benutzung des Kranzzeichens nicht völlig aufgegeben, sondern dasselbe auf besonderes Begehren von Kunden, welche es zu haben wünschten, noch auf ihren Tabakpacketen angebracht. Die Beklagte hat der Klage entgegengestellt: Das streitige Zeichen sei keine eigentliche schutzfähige Marke; dasselbe sei Gemeingut verschiedener mittelschweizerischer Fabrikanten. Jedenfalls sei es nicht Eigenthum der Klägerin. Denn schon am 21. Dezember 1881 habe der Tabakfabrikant Christian König in der Salzwaid bei Gümminen, Kantons Bern, das gleiche Kranzzeichen für sich eintragen lassen; dieser habe dasselbe von seinem Vorgänger Johann Schädelin erworben, welcher es mehr als 60 Jahre lang gebraucht und benutzt habe. Christian König habe der Beklagten den Gebrauch des Zeichens ausdrücklich gestattet. Ueberdem habe die Klägerin durch das Cirkular von 1886 auf das Kranzzeichen ausdrücklich verzichtet. Der als Zeuge einvernommene Christian König hat unter anderm ausgefagt, gegen den Eintrag seines Zeichens haben Schürch & Cie. keine Einwendung erhoben und hätten dies auch nicht thun

können, da seine Etiquette älter sei als diejenige von Schürch & Cie. Seine Etiquette weiche zudem von derjenigen von Schürch & Cie. bedeutend ab, was auf den ersten Blick ersichtlich sei. Sein Sohn habe der Beklagten die Benutzung ihrer, der seinigen etwas ähnlichen, Etiquette mündlich gestattet. Er habe die von ihm am 21. Dezember 1881 deponirte Etiquette von seinem Vorfahren Johann Schädelin erworben; ob derselbe diese Etiquette gegen 50 Jahre lang gebraucht habe, könne er nicht mit Bestimmtheit sagen. Die erste Instanz hat die Klage gutgeheißen; die zweite Instanz dagegen hat sie durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil abgewiesen, im Wesentlichen mit der Begründung: Es stehe fest, daß nicht die klägerische Firma, sondern Christian König das streitige Zeichen zuerst habe eintragen lassen. Nach Art. 5 des Markenschutzgesetzes hätte daher die Klägerin dem Christian König als erstem Hinterleger gegenüber den Beweis leisten müssen, daß sie, trotz der diesem zur Seite stehenden Priorität des Eintrages, der wahre Berechtigte d. h. der erste Aneigner des streitigen Zeichens sei. Gegenüber König als einer dritten, am Prozesse unbetheiligten Person, habe sie aber einen solchen Beweis in diesem Prozesse nicht erbringen können. Dem gegenüber falle außer Betracht, einerseits daß die Klägerin dargethan habe, daß ihr Gebrauch älter sei als derjenige der Beklagten, andererseits, daß wirklich durch den Zeugen König bewiesen sei, daß die von seinem Rechtsvorgänger Schädelin ihm im Jahre 1881 abgetretene Kranzmarke älter sei als die der Klägerin und wahrscheinlich von Schädelin bereits gegen 50 Jahre verwendet worden sei.

2. Der Anwalt der Beklagten hat die Kompetenz des Bundesgerichtes deßhalb bestritten, weil der gesetzliche Streitwerth nicht gegeben sei. Diese Einwendung ist indeß unbegründet. Denn die Klägerin hat in ihrer Klage ausdrücklich erklärt, der Streitwerth übersteige 3000 Fr., die Beklagte hat diese Angabe vor den kantonalen Gerichten nicht bestritten und es liegt auch in der That nichts dafür vor, daß der Streitwerth den gesetzlichen Betrag von 3000 Fr. nicht erreiche. Im Streite liegt nicht ein Schadenersatzanspruch, sondern das Recht auf den Gebrauch des streitigen Zeichens; dessen Werth aber ist ein unbestimmter, einer Abschätzung in Geld nur approximativ fähiger.

3. In der Sache selbst hat die Beklagte die Behauptung, es handle sich überhaupt nicht um ein (seiner Zusammensetzung nach) schutzfähiges Waarenzeichen, heute, und zwar offenbar mit Recht, nicht festgehalten. Es kann auch nicht etwa gesagt werden, daß das von beiden Parteien im Verkehr verwendete Zeichen, zufolge der Einzeichnung der Nummer der Tabake in den Laubkranz, ein anderes sei, als das eingetragene Zeichen und daher, weil nicht eingetragen, des gesetzlichen Schutzes entbehre. Die Einzeichnung der Nummer der Tabake ändert das Waarenzeichen nicht; sie enthält einfach eine die Beschaffenheit der Waare betreffende Angabe, wie solche auf der Verpackung, neben dem die Herkunft konstatirenden Waarenzeichen, häufig angebracht werden und selbstverständlich, unerachtet des Schutzes des letztern, von jedem Fabrikanten angebracht werden können.

4. Das streitige Zeichen ist ein altes, d. h. schon vor dem 1. Oktober 1879 benutztes schweizerisches Waarenzeichen. Wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung vom 19. März 1886 in Sachen Schärer & Cie. gegen Fritsch & Woodtli (Amtliche Sammlung XII, S. 188 u. ff. Erw. 2) ausgeführt hat, begründet daher der Eintrag desselben die Vermuthung zu Gunsten des ersten Hinterlegers, wie sie in Art. 5 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes niedergelegt ist, überall nicht; es hat vielmehr derjenige, welcher das Markenrecht an einem solchen Zeichen beansprucht, ohne Rücksicht auf das Datum der Hinterlegung, im Bestreitungsfall nachzuweisen, daß ihm die Priorität im Gebrauche des Zeichens zustehe. Nun hat im vorliegenden Falle die klägerische Firma bewiesen, daß ihr Gebrauch älter ist als derjenige der Beklagten. Sie hat daher insoweit den ihr obliegenden Beweis erbracht. Und zwar müßte dies auch dann gelten, wenn hier die Präsumtion des Art. 5 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes überhaupt anwendbar wäre und somit die Priorität der Hinterlegung in Betracht käme. Denn die Auslegung, welche die Vorinstanz dem Art. 5 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes gibt, ist eine rechtsirrhümliche. Allerdings gilt nach Art. 5 Abs. 2 cit. der erste Hinterleger eines Waarenzeichens als der wahre Berechtigte, d. h. als erster Benutzer des Zeichens und wird daher allen denjenigen gegenüber, welche einen ältern Gebrauch nicht darzuthun

vermögen, geschützt. Allein die Hinterlegung begründet Rechte nur für den Hinterleger selbst, nicht aber für Dritte; die Rechtsvermuthung des Art. 5 Abs. 2 cit. steht also nur demjenigen zur Seite, welcher die Hinterlegung, aus welcher sie abgeleitet wird, bewirkt hat, nicht aber Dritten. Danach kann denn die beklagte Firma, nachdem die Klägerin die der Beklagten kraft ihres Eintrages zur Seite stehende Rechtsvermuthung durch den Nachweis ältern Gebrauchs des Zeichens widerlegt hat, keinenfalls einfach darauf abstellen, daß ein gleicher Nachweis nicht auch gegenüber dem Dritten Christian König geleistet sei. Denn das Zeichenrecht des König ist, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, jedenfalls nicht auf die Beklagte übergegangen. Die Beklagte kann also die dem König zur Seite stehende Rechtsvermuthung nicht für sich geltend machen. Sie könnte vielmehr (von der Einwendung des Verzichtes abgesehen) den Anspruch der Klägerin nur dadurch zurückweisen, daß sie ihrerseits den Nachweis erbringt, der Gebrauch der Klägerin sei, wenn auch älter als der ihrige, doch nicht ein berechtigter, sondern es sei auch die klägerische Marke lediglich die Nachahmung eines älterberechtigten Zeichens. Dieser Nachweis stände der Beklagten allerdings offen, denn damit würde nicht eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten geltend gemacht, sondern vielmehr dargethan, daß das von der Klägerin beanspruchte Markenrecht dieser nicht zustehe, dieselbe nicht der wahre Berechtigte sei. Allein die Beweislast hiefür träre die Beklagte, denn durch den Beweis ihres ältern Gebrauchs hat die Klägerin ihrer Hauptbeweispflicht genüge geleistet; dieser ältere Gebrauch muß in so lauge als ein berechtigter gelten, als nicht die Beklagte Thatsachen darlegt, aus welchen sich das Gegentheil ergibt und es darf der Klägerin nicht zugemuthet werden, ihrerseits zu beweisen, daß die Berechtigung ihres Gebrauchs nicht durch das entgegenstehende Recht eines Dritten ausgeschlossen werde. Den Nachweis nun, daß auch das klägerische Zeichen bloß die Nachahmung eines älterberechtigten Zeichens sei, hat die Beklagte nicht erbracht. Die Vorinstanz hat denselben rechtsirrhümlicherweise für unerheblich gehalten und sich daher darüber, ob er geleistet sei, nicht mit Bestimmtheit ausgesprochen; die beiläufige Bemerkung am Schlusse der Entscheidungsgründe enthält eine verbindliche richterliche Feststellung des Be-

weisergebnisses nicht. Bei freier eigener Prüfung der Beweisergebnisse aber könnte der gedachte Beweis durch die unbestimmten Aussagen der Zeugen König nicht als erbracht erachtet werden.

5. Ist demnach die Begründung des vorinstanzlichen Urtheils eine rechtsirrhümliche, so muß indeß nichts desto weniger die Entscheidung der Vorinstanz, wenn auch aus andern Gründen, aufrecht erhalten werden. Es erscheint nämlich die Einwendung des Verzichtes als begründet. Das eidgenössische Markenschutzgesetz enthält besondere Bestimmungen über den Verzicht auf das Markenrecht nicht. Demnach muß angenommen werden, es genüge jede ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, aus welcher der Verzichtswille, der Wille des Berechtigten, auf sein ausschließliches Recht an der Marke zu verzichten und den Gebrauch des Zeichens freizugeben, sich unzweideutig ergibt. Insbesondere muß dies für nicht eingetragene Marken gelten, bei welchen eine Erklärung zum Zeichenregister (ein Antrag auf Löschung) nicht möglich ist. Nun hat im vorliegenden Falle die klägerische Firma durch das von ihr im Jahre 1886 an ihre Geschäftsfreunde erlassene Cirkular ausdrücklich erklärt, sie habe ihr streitiges (damals nicht eingetragenes) Zeichen wegen der Häufigkeit der Nachahmungen durch eine andere deponirte Fabrikmarke ersetzt. Hierin muß doch die unzweideutige, in der handelsüblichen Form des Cirkulars zur öffentlichen Kenntniß gebrachte und daher an das Publikum gerichtete Erklärung gefunden werden, daß die Klägerin auf jedes ausschließliche Recht an dem Zeichen verzichte und dessen Benutzung dem Publikum freigebe. Angesichts dieser Erklärung der Klägerin konnte denn das frühere Markenrecht weder durch die spätere Hinterlegung der Marke noch durch vereinzeltten Gebrauch des Zeichens wieder aufleben.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 12. Februar 1891 sein Bewenden.

#### 42. Urtheil vom 27. Juni 1891 in Sachen Guyer gegen Imhof-Blumer & Cie.

A. Durch Urtheil vom 3. April 1891 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Beklagte ist verpflichtet, die Eintragung seiner Handelsmarke Nr. 3273 im Handelsamtsblatte und Markenregister dahin abzuändern, daß festgestellt ist, daß diese Marke für rohe, gebleichte und gefärbte Baumwollgarne und rohe, gebleichte und buntgewobene Baumwolltücher nicht verwendet werden darf.

2. Die Staatsgebühr wird festgesetzt auf 250 Fr. Die übrigen Kosten betragen 12 Fr. 60 Cts. Schreibgebühr, 1 Fr. 80 Cts. Citationsgebühr, 3 Fr. 80 Cts. Stempel und 60. Cts. Porto.

3. Die Kosten sind dem Beklagten auferlegt.

4. Derselbe hat der Klägerschaft eine Prozeßentschädigung von 100 Fr. zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt, es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils die Klage abzuweisen, eventuell sei die Sache zur Aktenvervollständigung im Sinne der von ihm gestellten Beweisangebote an die Vorinstanz zurückzuweisen, ganz speziell seien die Personen, welche die Dokumente Akt. 12—33 aufgestellt haben, darüber einzuvernehmen, daß die Orientalen speziell die Malajen, Marken der in Rede stehenden Art sehr wohl von einander zu unterscheiden wissen, eventuell sei hierüber ein Gutachten der Handelskammer von Singapore einzuholen, ferner sei eventuell darüber Beweis zu erheben, daß die beklagte Marke seit 8 Jahren in Hinterindien und China starke kaufmännische Verbreitung gefunden habe und daß dort vielfach das gleiche Thier in verschiedenen Stellungen und Formen als Marke verschiedener Häuser benutzt werde, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. In seiner schriftlichen Rekursanmeldung hatte der Anwalt des Beklagten Aktenvervollständigung auch in der Richtung beantragt, daß die gleiche Thierfigur wie auf der beklagten Marke auch auf dem be-