

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 destoweniger 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 Akk. 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-

klagtischen Hause in Anschluß an das Wappen in Stein gehauen angebracht sei.

Der Anwalt der Klägerin trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Befätigung des angefochtenen Urtheils unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht ist zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent. Denn (was einzig etwa in Zweifel könnte gezogen werden), der gesetzliche Streitwerth ist gegeben. Im Streite liegt das Recht zum Gebrauch des beklagtischen Waarenzeichens. Der Werth dieses Rechts aber ist ein unbestimmter, einer Abschätzung in Geld nur approximativ fähiger, und es ist, zumal von keiner Partei das Gegentheil behauptet wird, anzunehmen, daß derselbe den Betrag von 3000 Fr. erreiche.

2. In der Sache selbst ist zu bemerken: Die klägerische Firma, Inhaberin einer mechanischen Baumwollspinnerei und Weberei hat im Jahre 1880 beim eidgenössischen Markenamte in Bern eine (unter Nr. 17 veröffentlichte) Marke für „rohe, gebleichte und gefärbte Baumwollgarne und rohe gebleichte und buntgewobene Baumwolltücher“ eintragen lassen. Dieselbe zeigt einen Seeadler im Profil, welcher mit erhobenen ausgebreiteten Flügeln, den Kopf in die Weite gestreckt, auf einem aus dem Meere ragenden Felsen steht oder schreitet. Am Felsen befindet sich auf schmalem weißem Bande die Inschrift Trade-Mark und in der Ferne ist ein Segelschiff sichtbar. Die klägerische Firma beschrieb diese Marke bei ihrer Anmeldung als „Seeadler“ in verschiedener Größe und auf verschiedenem Papier und bemerkte, daß die Marke mit oder ohne beigedruckte Firma verwendet werde. Am 22. Dezember 1890 meldete der Beklagte beim eidgenössischen Amte für geistiges Eigenthum die heute streitige (unter Nr. 3273 veröffentlichte) Handelsmarke für „Manufakturwaaren“ an. Diese Marke besteht aus einem Schilde, welcher das Bild eines Ankers sammt Tau enthält, einem über dem Schilde befindlichen breiten gewundenen Bande mit der Firma des Beklagten und einem, auf diesem Bande sitzenden adlerartigen Vogel in Vorderansicht doch mit etwas nach vorn seitwärts gestrecktem Kopfe und mit nach unten seitwärts ausgebreiteten Flügeln. Um den Hals trägt dieser Vogel

ein Band mit dem eidgenössischen Wappen. Der Schild mit dem Anker ist erheblich größer als der darüber befindliche Vogel; auf der Zeichnung des Ankers findet sich (als Ergänzung der Firmenbezeichnung) die Inschrift Zürich. Das ganze ist durch mehrere gerade einen glatten Rahmen darstellende Linien eingefast; unten an den Ecken sind kleine Tafeln angebracht mit der abgekürzten Bezeichnung für Nummer und Jards und der Notiz „registered“. Beide Marken werden in der Form von Etiquetten verwendet, die auf die Waare selbst und deren Umhüllung geklebt werden. Die klägerische Firma verlangte, es sei der Beklagte zu verpflichten, seine erwähnte Marke, weil sie ihrem älterberechtigten Zeichen täuschend ähnlich sei, löschen zu lassen. Die Vorinstanz hat dieses Begehren durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil insoweit gutgeheißen, als sie dem Beklagten die Führung seines Zeichens für diejenigen Waaren, für welche das klägerische Zeichen eingetragen ist, untersagt hat. Sie führt im Wesentlichen aus: Für die Frage der täuschenden Ähnlichkeit der beiden Marken sei der Eindruck maßgebend welchen jede derselben, als Ganzes betrachtet, im Gedächtniß hinterlasse; als Maßstab der Beurtheilung sei das Unterscheidungsvermögen und dasjenige Maß der Aufmerksamkeit zu Grunde zu legen, welches die Abnehmer der verkauften Waare regelmäßig zu haben pflegen. Beide Parteien senden nun ihre Waaren nach Hinterindien und machen sich dort Konkurrenz. Nach ihrer Darstellung müsse angenommen werden, daß die Eingeborenen der dortigen Länder ihre schließlichen Abnehmer seien, wenn auch der Verkehr mit denselben ganz oder theilweise durch Zwischenhändler vermittelt werden möge. Entscheidend sei daher die Auffassung, welche die beiden Marken bei den Eingeborenen Hinterindiens muthmaßlich finden; denn der Konsum werde in der Regel auch die Nachfrage der Zwischenhändler bestimmen. Der einheimischen Bevölkerung Hinterindiens werde nun ein gewisses Unterscheidungsvermögen und eine gewisse Aufmerksamkeit mit Bezug auf Handelsmarken, trotz ihrer niedrigen Kulturstufe, allerdings zugestanden werden müssen; allein daß diese Eigenschaften und Fähigkeiten besonders ausgebildet seien, könne nicht ohne weiters angenommen werden und ein Beweis hiefür liege nicht vor. Die einheimischen Zwischenhändler allerdings mögen eine

gewisse Routine auf diesem Gebiete besitzen, welche aber der großen Masse der Bevölkerung abgehe. Bei dieser, den Konsumenten, werde gegentheils anzunehmen sein, daß sie nur in gewissen zeitlichen Zwischenräumen, welche sich bei Mißernten u. dgl. unter Umständen lange ausdehnen können, Stoffe von der Art der hier in Betracht kommenden kaufen werde, so daß ihr voraussichtlich nur eine ziemlich vage Erinnerung an die klägerische Marke im Gedächtniß bleibe, zumal in jenen Gegenden vermuthlich noch eine Reihe anderweitiger Handelsmarken verbreitet sein werden. Das Markenzeichen des Klägers stelle sich nun klar und deutlich als das Bild eines Adlers dar und lebe sich daher, auch bei einer nur wenig kultivirten Bevölkerung, leicht in die Vorstellung ein, und wenn dasselbe, wie im vorliegenden Falle, viele Jahre lang auf den nämlichen oder ähnlichen Waaren erscheine, möge es mit einer gewissen Sicherheit, immerhin in etwas unbestimmter Gestalt, wohl als allgemeine Erinnerung an einen Vogel, im Gedächtniß zurückbleiben. Der Beklagte gebe auch zu, daß die klägerische Marke unter den Eingeborenen jener Länder als „Vogel-etiquette“ bekannt sei und in diesem Sinne lauten ferner die von ihm vorgelegten Zeugnisse. Nun erscheine auf der Marke des Beklagten ebenfalls ein adlerartiger Vogel von einer gewissen Ähnlichkeit mit demjenigen im Markenbild der Klägerin. Freilich seien demselben noch weitere Hauptbestandtheile, namentlich der Schild mit dem Anker, beigefügt, so daß es sich frage, ob diese genügen, um eine Verwechslung zu verhindern. Dies wäre bei einer mehr oder weniger gebildeten europäischen Kundschaft wohl zu bejahen. Anders verhalte es sich dagegen nach dem Urtheile des Gerichtes bei einer Bevölkerung, die auf wesentlich niedrigerer Kultur- und Geistesstufe stehe und für welche die Gelegenheit zur Auffrischung der Erinnerung an die klägerische Handelsmarke sich wahrscheinlich nur verhältnißmäßig selten biete. Der Anblick des auf der beklagten Marke an hervorragender Stelle befindlichen großen Adlers mit den ausgebreiteten Flügeln werde bei einem großen Theile des kaufenden Publikums jener Länder genügen, um die Erinnerung an die klägerische „Vogel-etiquette“ wachzurufen: Diejenige Kraft des Unterscheidungsvermögens und des Gedächtnisses, welche erforderlich wäre, um sich des Unterschiedes der beiden Marken

bewußt zu werden, werde dagegen bei einem großen Theile der Kundschaft voraussichtlich fehlen und damit sei allerdings, wenigstens für die wahrscheinlich die Regel bildenden Fälle, wo nicht beide Marken nebeneinander zu sehen seien, die Möglichkeit, ja eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Verwechslung derselben vorhanden. Bei andern Kunden, welche den Unterschied herauszufinden im Stande seien, möge die nämliche Verwechslung gestützt auf die Annahme Platz greifen, daß die bei der beklagten Marke weiter hinzugesügten Merkmale lediglich eine Spezialität der unter der klägerischen hier vermeintlich widerkehrenden Marke ausgebotenen Fabrikate anzeige. Der Beklagte habe nun allerdings eine Reihe von Zeugnissen dafür vorgewiesen, daß die Eingeborenen Hinterindiens den Unterschied zwischen seiner angefochtenen Marke und derjenigen der Klägerschaft vollkommen kennen und jene allgemein als „Ankeretiquette“ (chop san) bezeichnen, während diejenige der Klägerin von ihnen „Vogel-etiquette“ (chop burong) genannt werde. Diese Zeugnisse gehen aber alle von Großkaufleuten aus, welche zur Zeit ihrer bezüglichen Wahrnehmungen in Singapore oder Penang, also in Seestädten, niedergelassen waren. In diesen könne indeß ein ungleich regerer Verkehr als auf dem offenen Lande vorausgesetzt werden, welcher natürlich geeignet sei, die Unterschiede der beiden Marken zur Geltung zu bringen, was aber alles nicht beweise, daß die Unterscheidung auch ins weit ausge dehnte Innere des Landes gedrungen sei. Der Umstand ferner, daß bisher Kollisionen zwischen den beiden Marken nicht vorgekommen seien, erkläre sich vollkommen aus der Thatsache, daß der Beklagte wenigstens bis dahin unter der angefochtenen Marke lediglich gefärbte Baumwollstoffe in den Handel gebracht habe, ein Artikel, den die Klägerschaft nicht führe, welcher sich aber von buntgewobenen Stoffen, welche die letztere unter ihrer Marke verkaufe, leicht unterscheiden lasse.

3. Fragt sich, ob diese Entscheidung auf einem Rechtsirrtume beruhe, so ist dies zu verneinen. Den Grundsätzen, von welchen die Vorinstanz ausgeht, ist vielmehr durchaus beizutreten. Es ist, wie das Bundesgericht bereits in einer Reihe von Entscheidungen ausgeführt hat, richtig, daß für die Frage der täuschenden Ähnlichkeit zweier Marken auf das Gesamtbild abzustellen ist, welches diese

in der Erinnerung der Abnehmer des Produktes zurückzulassen geeignet sind. Das Gesetz (Art. 6 des Markenschutzgesetzes von 1879) fordert, daß neue Zeichen sich von älterberechtigten derart unterscheiden, daß sie geeignet sind, im Gedächtniß der Abnehmer des Produktes ein wesentlich verschiedenes Bild zurückzulassen, so daß eine Verwechslung durch Abnehmer, welche in Erinnerung an das älterberechtigte Zeichen ihre Waare aussuchen, nicht leicht möglich ist. Es ist demgemäß auch richtig, daß es auf die Auffassungskraft und regelmäßige Aufmerksamkeit desjenigen Publikums ankommt, für welches die Waare bestimmt ist, nicht dagegen darauf, ob ein fachkundiger Beobachter die beiden Waarenzeichen leicht unterscheidet, oder ob in andern scharfsichtigeren Verkehrskreisen eine Täuschung nicht leicht vorkommen könnte. Der Maßstab der Beurtheilung muß ein verschiedener sein, je nachdem es sich um Zeichen für Waaren handelt, deren Absatz sich, wie etwa derjenige gewisser Maschinen auf einen sach- und geschäftskundigen Abnehmerkreis beschränkt, oder aber für Waaren, die von der Masse der Bevölkerung, dem großen Publikum, gekauft werden, je nachdem es sich um Waarenzeichen für inländischen oder europäischen Vertrieb oder für den Export nach Ländern anderer Kulturkreise, mit andern Verkehrsgewohnheiten und völlig anderer Kulturstufe der Käufer, handelt. Nur soviel ist natürlich festzuhalten, daß bei Prüfung der Frage der täuschenden Ähnlichkeit stets Käufer vorzusetzen werden, welche auf das Waarenzeichen überhaupt Gewicht legen, während Abnehmer, die um die Marken sich überall nicht kümmern, selbstverständlich außer Betracht fallen. Diese Grundsätze ergeben sich aus dem Zwecke des Gesetzes; eine häufige Täuschungen der Abnehmer ausschließende, Verschiedenheit der Waarenzeichen wird nur dann erreicht, wenn auf die Eigenart des Verkehrs, für welchen die einzelnen Zeichen bestimmt sind, Rücksicht genommen wird (vergleiche hierüber: Kohler, Recht des Markenschutzes S. 283 u. ff.) Es ist demnach der Vorinstanz darin beizutreten, daß es in casu darauf ankommt, ob die beiden Waarenzeichen sich derart von einander unterscheiden, daß sie von den Eingeborenen Hinterindiens, und zwar wie die Vorinstanz richtig bemerkt, nicht nur von den europäischen oder einheimischen Zwischenhändlern der Seepflege, sondern auch von den letzten Ab-

nehmern der Waare, den Konsumenten im Innern des Landes, nicht leicht verwechselt werden können. Hieron ausgegangen kann in der vorinstanzlichen Entscheidung ein rechtsgrundfälliger Verstoß nicht gefunden werden. Es ist zwar zuzugeben, daß die beiden Zeichen, wenn sie neben einander gehalten werden, sich auf den ersten Blick unverkennbar unterscheiden und daß eine Verwechslung derselben durch europäische Abnehmer nicht leicht vorkommen dürfte. Allein wenn nun die Vorinstanz annimmt, daß nicht das gleiche für die Eingeborenen Hinterindiens gelte, daß für diese vielmehr als wesentliches charakteristisches und dem Gedächtniß sich einprägendes Merkmal beider Marken nur der große adlerartige Vogel in Betracht komme und daß deshalb die beiden Marken von dem, nur in längern Zwischenräumen kaufenden Abnehmer leicht verwechselt werden können, so beruht diese mehr thattsächliche Entscheidung nicht auf einem Rechtsirrtum; es ist derselben vielmehr um so mehr beizutreten, als sie von einem Handelsgericht ausgeht, welchem als solchem präsumtiv eine erhöhte Kenntniß der Verkehrsverhältnisse zukommt. Es ist denn auch ohne weiteres klar, daß für die Eingeborenen Hinterindiens die wörtlichen Beifügungen der beklagten Marke (die Firmabezeichnung) jeder unterscheidenden Kraft entbehren, da sie für dieselben unverständlich sind und daher als Unterscheidungsmerkmal für sie nur die Verschiedenheit der figurativen Bestandtheile der beiden Zeichen in Betracht kommen kann. Wenn nun auch diese eine nicht unerhebliche ist, so ist doch die Annahme der Vorinstanz, daß dieselbe für die Auffassung der hinterindischen Eingeborenen zurücktrete und der den beiden Zeichen gemeinsame, wenn auch auf beiden etwas verschieden gestaltete, adlerartige Vogel Verwechslungen der beklaglichen Marke mit der klägerischen Vogelmarke herbeizuführen geeignet sei, keine rechtsirrhümliche. Dieselbe ist vielmehr in rechtlich zulässiger Weise auf eine thattsächliche Annahme über die Gestaltung der Verkehrsverhältnisse in Hinterindien und die Auffassungskraft der dortigen Eingeborenen begründet. Es ist demnach die vorinstanzliche Entscheidung einfach zu bestätigen. Die eventuellen Beweisangebote des Beklagten nämlich sind abzulehnen. Einen Zengen- oder Sachverständigenbeweis dafür, daß die letzten Abnehmer der Waare in Hinterindien (nicht nur die Zwischen-

händler) die beiden Marken auch in der Erinnerung leicht zu unterscheiden im Stande seien, hatte der Beklagte vor der Vorinstanz, soweit ersichtlich, nicht beantragt und es stellt übrigens die Vorinstanz ausdrücklich das Gegentheil der gedachten Behauptung fest. Die Thatfache für sich allein sodann, daß in Indien verschiedene Häuser das nämliche Thier in verschiedenen Stellungen als Marke gebrauchen mögen, ist unerheblich, so lange nicht feststeht, daß diese Marken, wenn für die gleiche Waare gebraucht, von den Eingeborenen unterschieden werden. Was ferner die Dauer und den Umfang der frühern Verwendung der beklaglichen Marke betrifft, so ist dieselbe für die Frage des Markenrechts unerheblich, da unbestrittenermaßen das klägerische Zeichen das ältere ist und da übrigens bisher die beklagliche Marke ausschließlich für andere Waaren verwendet worden ist, als diejenigen, für welche das klägerische Zeichen eingetragen ist und verwendet wurde. Vollends unerheblich endlich ist offenbar die, auch vor der kantonalen Instanz nicht zum Beweise verstellte, Behauptung, daß der gleiche Vogel, wie auf der beklaglichen Marke, auch auf dem Hause „Gryffenstein“ des Beklagten im Anschluß an das Wappen angebracht sei, so daß der Beklagte eine besondere Veranlassung gehabt habe, diesen Vogel in seiner Marke zu führen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 3. April 1891 sein Bewenden.

#### IV. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

43. Urtheil vom 17. April 1891 in Sachen  
Haujer, Sobotka & Cie. gegen Schaller.

A. Durch Urtheil vom 29. Oktober 1890 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Beklagter sei nicht gehalten, die ihm gemäß Fakturen vom 17. und 27. April 1889 in Romanshorn zur Verfügung gestellten 6 Waggonz Cinquantin als empfangbare Waare anzuerkennen und dafür den Fakturabetrag von 9600 Fr. nebst Spesen der Lagerhausverwaltung und der chemischen Analyse zusammen 10,022 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu bezahlen, sondern seien die Kläger mit ihrer Klage des gänzlichen abgewiesen.

2. In erster Instanz tragen die Kläger sämtliche Gerichtskosten und die Hälfte der beklagten Advokaturkosten; die weiteren dahierigen Kosten seien gegenseitig wettgeschlagen. In zweiter Instanz tragen die Kläger die Kosten, soweit darüber nicht schon definitiv entschieden wurde, sammtthast mit der Beschränkung, daß die persönlichen Parteikosten auch hier gegenseitig wettgeschlagen seien. Kläger haben demnach an den Beklagten eine Kostenvergütung zu leisten von 170 Fr. 10 Cts.

3. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

a. Kläger an Herrn Fürsprech Dr. Winkler 464 Fr. 75 Cts.

b. Beklagter an Herrn Fürsprech Dr. Bucher 350 Fr. 35 Cts.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht; gleichzeitig legte er beim Obergerichte des Kantons Luzern Kassationsbeschwerde wegen eines „Irrthums hinsichtlich entscheidender Thatfachen“ ein. Das Bundesgericht beschloß am 16. Januar 1891, die Behandlung der Weiterziehung bis nach Erledigung der beim kantonalen Obergerichte anhängig gemachten Kassationsbeschwerde zu verschieben. Durch Urtheil vom 26. Januar 1891 hat das Obergericht die Kassationsbeschwerde verworfen, worauf die Weiterziehung gegen das obergerichtliche