

il a pu et aurait dû être remarqué par le personnel de la Compagnie et remède aurait dû y être porté. En laissant circuler un wagon dont la porte s'ouvrait toute seule, la Compagnie a commis une négligence dont elle est responsable. Or, cette négligence a eu pour conséquence d'obliger Schallenberg à fermer la porte du wagon, qui s'était ouverte spontanément pendant la marche du train, opération dans laquelle, grâce à une attention insuffisante, il eut le pouce écrasé. Cet accident est donc le résultat d'un concours de fautes de la Compagnie d'abord, et de la victime ensuite. Dans ces circonstances et conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a lieu, non pas de refuser toute indemnité au lésé, mais de réduire cette indemnité en tenant compte de sa part de responsabilité dans l'accident.

5° Le recourant gagnait vingt francs par jour et il a été, par suite de l'accident, incapable de tout travail de sa profession pendant 16 jours. Il a donc été privé de ce chef d'un gain de 320 francs. De plus ses frais de traitement médical se sont élevés à 96 francs. Outre ces deux sommes, le recourant réclame 1630 francs, pour 163 jours d'incapacité de travail partielle à raison de 10 francs par jour. A cet égard, il est établi que Schallenberg, fabricant d'horlogerie, faisait lui-même le terminage et la visite de la montre et que pour ce travail l'intégrité de l'ongle du pouce est absolument nécessaire. En revanche, il n'est pas établi quelle part de son gain ce travail représentait; la seule preuve faite à ce sujet, c'est que Schallenberg a payé 800 francs à un ouvrier pour travaux de finissage exécutés en octobre, novembre et décembre 1894. D'autre part, le tribunal cantonal fait observer que l'ongle du pouce, en tant qu'il est nécessaire pour l'essai de la boîte de la montre, peut être remplacé par un anneau de métal muni d'un onglet que le finisseur s'adapte au pouce. Il n'est pas prouvé, il est vrai, que Schallenberg aurait pu adapter un appareil de ce genre sur son pouce incomplètement guéri. Il semble toutefois que la chose eût été possible pendant les derniers mois, alors que l'ongle avait déjà en partie repoussé. Dans l'état des preuves, on ne peut admettre que

le recourant ait fourni la justification de sa réclamation de 1630 francs au delà de la somme de 800 francs, payée par lui comme il est dit ci-dessus.

L'indemnité totale à laquelle il aurait droit, s'il n'était pas lui-même en faute, serait donc de 320 francs + 96 + 800 = 1216 francs. Mais tenant compte du fait que l'accident est dû en partie à une faute du lésé, que cette faute est cependant moins grave que celle de la Compagnie, une réduction de l'indemnité à 800 francs apparaît comme équitable et conforme aux circonstances.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis et le jugement du tribunal cantonal de Neuchâtel, du 4 décembre 1895, réformé en ce sens que la Compagnie du chemin de fer du Jura-Neuchâtelois est condamnée à payer au recourant la somme de huit cents francs (800 fr.) à titre d'indemnité, avec intérêt légal dès la demande juridique.

III. Fabrik- und Handelsmarken.

Markes de fabrique.

82. Urteil vom 25. April 1896

in Sachen Compagnie Parisienne de Couleurs d'Aniline
gegen Basler chemische Fabrik Bindschedler.

A. Durch Urteil vom 28. Januar 1896 hat das Civilgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Klägerin wird mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage, es sei das Urteil aufzuheben, und das Rechtsbegehren der Klage zuzusprechen. Gegenüber dieser Berufungserklärung hat die Beklagte beantragt, daß

auf die Berufung nicht eingetreten werde, da das Urteil infolge Nichtergreifung der Appellation innert der gesetzlichen zehntägigen Frist bereits in Rechtskraft erwachsen sei. Art. 29 des Markenschutzgesetzes vom 26. September 1890 treffe in casu nicht zu, indem der vorliegende Streit nicht nach jenem Bundesgesetze, sondern nach den Bestimmungen der internationalen Konvention von 1883 und dem französischen Markenschutzgesetze vom 23. Juni 1857 sich beurteile, wie Klägerin in ihrer Replik selbst anerkannt, resp. verlangt habe. Hiegegen hat der Anwalt der Klägerin Einsprache erhoben, und namentlich in Widerspruch gesetzt, daß er die Nichtanwendbarkeit des schweizerischen Gesetzes anerkannt habe. Im Gegenteil habe er dieses Gesetz stets angerufen, und es könne auch keinem Zweifel unterliegen, daß dasselbe zur Anwendung komme. In der mündlichen Hauptverhandlung hält der klägerische Anwalt an seinem Berufungsantrag fest, der Anwalt der Beklagten beantragt dagegen Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Jahre 1883 oder 1884 entdeckte der Chemiker Dr. Ludwig Knorr in Erlangen ein neues Arzneimittel. Für das zur Herstellung dieses Gegenstandes erfundene Verfahren erwarb er in Deutschland und einigen andern Ländern Patente, nicht aber in der Schweiz, da nach schweizerischem Gesetze derartige Erfindungen nicht patentierbar sind. Die technische Darstellung des Gegenstandes übertrug Dr. Knorr den Farbwerken Höchst a. M., welche denselben unter dem Namen „Antipyrin“ in den Handel brachten und am 24. Dezember 1885 erstmals ihre bei der Verpackung des Antipyrins zur Verwendung gelangende Fabrikmarke in der Schweiz eintragen ließen, nachdem dieselbe kurz vorher auch in Deutschland eingetragen worden war. Schon vorher, am 2. Februar 1884, hatten die Höchstler Farbwerke der gegenwärtigen Klägerin das Recht erteilt, das Antipyrin, oder, wie es damals noch genannt wurde, „Dymethylsphénylorypyrazol“ in Frankreich patentieren zu lassen, das Patent in Frankreich auszubenten, und die Marke oder den Namen „Antipyrin“ zu hinterlegen und zu gebrauchen. Am 2. Februar 1885, 28. März 1885 und 18. Februar 1888 hinterlegte Klägerin beim Handelsgerichte

der Seine drei Marken, von denen die beiden ersten als Etiketten sich darstellen, welche ein kleines mit der Firma der Klägerin umgebenes und die Überschrift *Marque de fabrique* tragendes Wappen, darüber und daneben die Worte *Compagnie Parisienne de couleur d'aniline, Produits chimiques et Produits pharmaceutiques*, 31 Rue des Petites-Ecuries, Paris, und darunter mit größerer Schrift das Wort *Antipyrine* (die zweite Etiquette mit dem Zusatz *du Docteur Knorr*), sodann noch die Gewichtsangabe und den Namen der Fabrik enthalten, während die dritte, am 18. Februar 1888 deponierte Marke nur aus dem Worte *Antipyrine* besteht. Diese drei Marken hinterlegte Klägerin sodann auch in der Schweiz und zwar die erste am 1. Februar 1888, die beiden andern am 9. Februar gl. J. Als Waare oder Erzeugnis, wofür die Marke bestimmt sei, ist bei der ersten Anmeldung angegeben: *« Un produit fébrifuge antiseptique, »* bei der zweiten: *« Produits chimiques et pharmaceutiques, »* bei der dritten, welche lediglich aus dem Worte *« Antipyrine »* besteht: *« Produits antiseptiques et fébrifuges notamment la diméthyl-oxyquinizine. »* Im Jahre 1888 erhoben die Höchstler Farbwerke bei den belgischen Gerichten Klage gegen die Gesellschaft für chemische Industrie in Basel und drei in Belgien domizillierte Gesellschaften und Personen mit dem Begehren, daß denselben untersagt werde, ihren Erzeugnissen den Namen *« Antipyrine »* zu geben. Dieses Begehren wurde durch Urteil des Appellationsgerichtes Brüssel vom 8. Dezember 1888 gutgeheißen. Durch Vertrag vom 25./28. März 1889 gestatteten die Höchstler Farbwerke der Beklagten, ihr Antipyrin auch unter der Etiquette „Basler Antipyrin“ in den Handel zu bringen. Am 5. Juli 1893 hinterlegte die Beklagte bei dem eidg. Amt für geistiges Eigentum eine Schutzmarke, welche lautet: 1. *Antipyr. puriss.* — Basler chemische Fabrik Bindschedler. 2. *Antipyrinum purissimum* — fabriques bâloises de Produits chimiques Bindschedler. 3. *Swiss Antipyrine* — Basle chemical Works Bindschedler und 4. *Antipyrina Svizzera* — fabbriche di Prodotti chimici di Basilea Bindschedler. Am 22./28. August gleichen Jahres kam zwischen den Fabriken von Höchst und weiteren Geschäftsfirmen einerseits und der Beklagten und zwei weiteren Firmen

andererseits ein Vertrag zu Stande, in welchem sich die Beklagte verpflichtete, die Schutzmarke Antipyrine nicht zu gebrauchen und die für die Farbwerke Höchst und für die Klägerin eingetragenen Schutzmarken zu respektieren und in keiner Weise anzugreifen, insbesondere auch das Wort Antipyrin in den Ländern, in denen es für die Klägerin oder die Farbwerke Höchst registriert sei, beim Verkauf ihrer Waare und deren Etiquettierung nicht zu gebrauchen.

2. Mit Klage vom 5. Juli 1895 stellte die Klägerin beim Basler Civilgericht das Rechtsbegehren, es sei zu erkennen, daß die Beklagte nicht berechtigt und ihr verboten sei, die im Markenregister auf sie eingetragenen 4 Marken mit dem Worte „Antipyrin“ zu gebrauchen, und daß daher diese 4 Marken im Markenregister zu löschen seien, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung dieses Rechtsbegehrens berief sich die Klägerin auf die in den Jahren 1885 und 1888 erfolgte Hinterlegung ihrer Marken, deren wesentliches Merkmal in der Bezeichnung Antipyrine liege. In rechtlicher Beziehung komme zur Anwendung die internationale Übereinkunft vom 20. März 1883, spez. Art. 2 und 6 derselben und das Schlupprotokoll zu Art. 6 Abs. 1. Nach diesen Bestimmungen stehe fest, daß eine in Frankreich gesetzlich geschützte Marke unverändert in der Schweiz deponiert werden könne und hier den gesetzlichen Schutz genieße. Das Wort Antipyrine sei in Frankreich als Marke geschützt und habe daher gestützt auf das erwähnte Übereinkommen auch in der Schweiz deponiert werden können. Als erste rechtmäßige Inhaberin dieser Wortmarke sei Klägerin allein zu deren Gebrauch berechtigt und gehe dagegen der Beklagten dieses Recht ab. In den Patenten der Höchster Farbwerke sei das Antipyrin noch nicht mit diesem Namen bezeichnet, sondern als Dymethylphenyloxyprazol u. s. w. Unter diesem langen Namen habe das Produkt nicht in den Handel gebracht werden können, deshalb haben die Höchster Farbwerke im Einverständnis mit Dr. Knorr den vorher nicht bekannten Namen Antipyrin gewählt, welcher eine Phantasiebezeichnung sei. Das Recht, sich der Marke oder des Namens Antipyrin zu bedienen, haben die Höchster Farbwerke der Klägerin ausdrücklich eingeräumt. Seitdem das Antipyrin von den Höchster

Farbwerken und der Klägerin gebraucht werde, sei dieser Name sehr populär geworden, niemals aber in dem Sinne, daß er als Schutzmarke oder als Bestandteil einer solchen von Dritten hätte gebraucht werden dürfen. Die Beklagte sei deshalb auch wegen unerlaubten Gebrauchs jener Marke in Belgien verurteilt worden. Dazu komme noch, daß die Beklagte durch den Vertrag vom 22./28. August 1893 sich den Farbwerken Höchst gegenüber verpflichtet habe, die Schutzmarke Antipyrin nicht zu gebrauchen, und auch die von der Klägerin in Bern deponierten Marken nicht anzugreifen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und führte zur Begründung dieses Antrages im wesentlichen aus: Dr. Knorr habe die von ihm neu entdeckte Substanz zuerst Dimethyloxychinizin genannt, aber schon im Jahre 1884 sei die Bezeichnung Antipyrin als wissenschaftlicher und genereller Name von Dr. Knorr, der Wissenschaft und dem Handel angenommen worden. In seiner Habilitationsschrift vom Jahre 1885 beschreibe Dr. Knorr das Dimethyloxychinizin, das er kurz Antipyrin nenne, von welchem er drei isomere Dimethyloxychinizine feststelle und speziell die physiologische Untersuchung der „aus den Dimethyloxychinizinen genommenen Antipyrine“ hervorhebe. Dr. Knorr gebe also der ganzen Körperklasse den generellen Namen Antipyrin und um unter den von ihm hergestellten verschiedenen Dimethyloxychinizinen dasjenige, welches sich als das beste Arzneimittel erwiesen, zu unterscheiden, habe er dasselbe ein für alle Mal wissenschaftlich Antipyrin getauft. Der Name Antipyrin leite sich her aus dem längst bekannten Wort Antipyreticum, womit die Mediziner von jeher Arzneimittel bezeichnet haben, welche geeignet seien, die Fiebertemperatur herabzusetzen. Die Abkürzung Antipyrin könne also nicht als eine spezielle und neue Phantasiebezeichnung betrachtet werden. Jedenfalls sei es Thatsache, daß seit dem Jahre 1884 der Name Antipyrin sowohl in der Wissenschaft als im Handel eingeführt, der allein bekannte, übliche, und daher Gemeingut gewesen sei. Speziell in der Schweiz sei dieses Mittel seit Sommer 1884 allgemein im Verkehr, wie aus einer Erklärung des Basler Sanitätsdepartements vom 16. Mai 1893 hervorgehe. Ferner sei der Name in einer ganzen Reihe von Pharmakopöen (Germanica, Austriaca, Helvetica) aufge-

genommen worden, was nicht möglich gewesen, wenn derselbe nicht Gemeingut und notwendige Bezeichnung geworden wäre. Als Marke könne nach Art. 3 des Bundesgesetzes nun nicht gewählt werden ein Wort, welches bereits als usuelle Bezeichnung eines Artikels bestehe, also Gemeingut sei. Der gleiche Grundsatz gelte nach dem Gesetze vom 23. Juni 1857, Art. 1 auch in Frankreich, wonach nur eine Phantasiebezeichnung als Wortmarke verwendet werden könne. Der Vertrag vom 26./28. August 1893 könne schon deswegen nicht in Betracht kommen, weil die Klägerin nicht Kontrahentin, und daher zur Klage aus demselben nicht legitimiert sei. In der Replik machte Klägerin noch geltend: Antipyrin sei bloß Handelsname; der wissenschaftliche Name sei Dimethyloxychinizin. Bis 1887 haben die Höchster Farbwerke einzig den Namen Antipyrin gebraucht. Erst seit 1887 fabriziere die Beklagte Antipyrin, resp. das Dimethyloxychinizin, was ihr nicht habe verboten werden können. Um aber die Benützung des Namens Antipyrin zu verhindern, sei die Marke der Klägerin eingetragen worden, und zwar habe dieselbe einzig aus dem Namen Antipyrin bestanden. In Frankreich werde das Dimethyloxychinizin unter andern Namen verkauft. Ob die Marke nach französischem Recht eintragsfähig gewesen sei, habe der schweizerische Richter nicht zu prüfen. Einziger Ausnahmefall sei nach den Bestimmungen der internationalen Konvention, daß die Marke den guten Sitten widerspreche, oder ein Delikt, Eingriff in erworbene Rechte, vorliege. Die Ausnahme der Bezeichnung Antipyrin in eine Dissertation und in eine Pharmakopoe beweise nichts dafür, daß das Wort Gemeingut sei.

3. Soweit es sich um die Markenrechtsklage handelt, ist die Kompetenz des Bundesgerichtes vorhanden. Vom Streitworte hängt die Zulässigkeit der Berufung gemäß Art. 62 D.-G. nicht ab, und der Rechtsstreit ist nach eidg. Rechte zu entscheiden. Ebenso liegt, mit Bezug auf die Markenrechtsklage, ein von der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil vor. Nach Art. 29 des Bundesgesetzes betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken haben die Kantone zur Behandlung der nach diesem Gesetz zu entscheidenden civilrechtlichen Streitigkeiten eine Gerichtsstelle zu bezeichnen, welche den Prozeß als einzige kanto-

nale Instanz entscheidet; da in Baselstadt das Civilgericht als jene einzige Gerichtsstelle bezeichnet worden ist, so sind somit seine in Markenschuttsachen erlassenen Civilurteile letztinstanzliche, soweit die kantonalen Gerichtsinstanzen in Betracht fallen. Beklagte hat dies zwar für die vorliegende Streitigkeit bestritten, weil diese nicht nach dem eidgenössischen Markenschutzgesetz, sondern nach der interkantonalen Konvention zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 zu entscheiden sei. Allein dieser Einwand ist unrichtig. Nach der genannten Konvention muß nur die Form der Fabrik- und Handelsmarken materiell nach dem heimatischen, also in casu nach dem französischen Rechte, beurteilt werden; im übrigen finden die Vorschriften des schweizerischen Gesetzes Anwendung, und nun macht Art. 29 dieses letztern keinen Unterschied, ob eine Markenrechtsstreitigkeit ausschließlich nach diesem Gesetze zu entscheiden sei oder nicht; diese Bestimmung muß daher Platz greifen, sobald es sich um eine Markenstreitigkeit handelt, auch wenn dieselbe nur teilweise nach schweizerischem Rechte zu entscheiden ist. Soweit die Klage dagegen auf den Vertrag vom 22./28. August 1893 gestützt wird, handelt es sich einfach um eine Vertragsklage und nicht um eine nach dem Markenschutzgesetz zu entscheidende Streitigkeit. Die Bestimmungen des Markenschutzgesetzes finden auf diese Klage keine Anwendung, dieselbe mußte vielmehr ausschließlich auf Grundlage des Vertrages und des allgemeinen für Vertragsobligationen maßgebenden Rechts entschieden werden. Ob der Klägerin nach den Bestimmungen des Markenschutzgesetzes ein des gesetzlichen Schutzes teilhaftiges Markenrecht zustehet, kommt dabei überall nicht in Frage. Bezüglich der Vertragsklage war nun aber das Civilgericht Baselstadt nicht einzige, sondern erste Instanz, und der Klägerin steht daher gegen die Verwerfung dieses Klagegrundes, da sie den kantonalen Instanzenzug nicht erschöpft hat, das Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht nicht zu.

4. In der Hauptsache kann vorerst darauf nichts ankommen, daß Beklagte erklärt hat, vor Ablauf des unterm 22./28. August 1893 mit den Farbwerken Höchst abgeschlossenen Vertrages, von den deponierten Marken keinen Gebrauch zu machen, und daß die Marken, wenn innerhalb dreier Jahre nach der

Hinterlegung von denselben kein Gebrauch gemacht wird, nach dem Gesetze hinfällig werden. Denn die Marken sind einmal hinterlegt, und Klägerin ist daher berechtigt, deren Vöschung zu verlangen, sofern dieselben eine Nachmachung oder Nachahmung der klägerischen Marken enthalten, und diese auf den gesetzlichen Schutz Anspruch machen können. In diesem Falle liegt schon in der Hinterlegung resp. Eintragung der beklaglichen Marken ins Markenregister eine Verletzung des klägerischen Rechts. Es ist daher zu untersuchen, ob Klägerin, wie sie behauptet, das ausschließliche Recht auf den Gebrauch des Wortes Antipyrin als Fabrik- und Handelsmarke besitze.

5. Bei der Prüfung dieser Frage ist bezüglich des anzuwendenden Rechtes, wie bereits bemerkt, davon auszugehen, daß nach der internationalen Konvention zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 nur die Form der aus den Vereinststaaten stammenden Marken nach den Gesetzen desjenigen Staates beurteilt werden muß, welche für dieselben im Ursprungslande maßgebend sind (s. Art. 6 Abs. 1 der intern. Konvention und Ziff. 4 des Schlussprotokolls dazu). Soweit es sich also nur um die Frage handelt, ob einer Marke wegen ihrer Form, d. h. ihrer äußern Gestalt der gesetzliche Schutz gewährt oder versagt werden müsse, kommt in casu das französische Recht zur Anwendung. Bezüglich aller übrigen Fragen gilt dagegen das schweizerische Recht, und es kann der Annahme der Vorinstanz nicht beigetreten werden, daß auch Angriffe gegen den innern Gehalt, oder, wie sie sich ausdrückt, gegen die materielle Berechtigung einer Marke nach dem Rechte des Ursprungslandes zu beurteilen seien. Denn die Bestimmungen des schweiz. Markenschutzgesetzes sind zwingender Natur und finden daher in der Schweiz nur insofern keine Anwendung, als denselben Staatsverträge entgegenstehen. Dies ist aber, wie bemerkt, nur der Fall bezüglich der Form der Fabrik- und Handelsmarken; in allen übrigen Punkten ist demnach das schweiz. Recht, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe mit dem Rechte des Ursprungslandes der Marke übereinstimme, maßgebend, insbesondere also auch bezüglich der Fragen, ob ein Zeichen ein Freizeichen, oder deswegen des gesetzlichen Schutzes nicht fähig sei, weil es Angaben über die Art der

Herstellung, der Beschaffenheit oder Bestimmung der Waare enthalte, oder die Gefahr einer Täuschung begründe. Dabei werden allerdings, soweit die beidseitigen Gesetzgebungen übereinstimmen, allfällig bezüglich einer bestimmten Marke im Ursprungslande ergangene Gerichtsurteile auch für den inländischen Richter von, wenn auch nicht entscheidender, Bedeutung sein, dagegen kann der bloße Umstand der Eintragung der Marke im Ursprungslande den inländischen Richter der freien Prüfung jener Fragen bezüglich ausländischer Marken ebenso wenig entbinden, als bezüglich inländischer.

6. Fragt es sich demnach, ob nach schweiz. Rechte die Marke Antipyrin zulässig sei, so kommt zur Anwendung Art. 3 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes vom 26. September 1890, welcher die Bestimmung enthält, daß als Gemeingut anzusehende Zeichen, welche in die Marke einer Privatperson aufgenommen werden, den gesetzlichen Schutz nicht genießen. Gemeingut oder Freizeichen sind solche Zeichen, welche nicht das Verhältnis einer Person als Produzent, Eigentümer oder Verkäufer zu der Waare, sondern die Waare selbst, ihre Beschaffenheit bezeichnen, durch welche sie sich von andern Waarengattungen oder andern Arten derselben Gattung unterscheiden. Danach genießen solche Zeichen den gesetzlichen Markenschutz nicht, welche sich als Sachname, d. h. als Bezeichnung der Sache nach ihrer objektiven Qualität ohne Rücksicht auf ihre Herkunft (Köhler, in der Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1. Jahrg. S. 38) darstellen, oder überhaupt eine Beschaffenheitsbezeichnung der betreffenden Waare enthalten. Ob nun die Benennung Antipyrin für das betreffende Arzneimittel nicht wenigstens eine indirekte Beschaffenheitsbezeichnung, und aus diesem Grunde als Marke gemäß Art. 3 des Bundesgesetzes nicht zulässig sei, wie die Vorinstanz angenommen hat, kann dahin gestellt bleiben; denn auch wenn die Frage, in Übereinstimmung mit einem vom deutschen Patentamt unterm 9. Dezember 1895 erlassenen Entscheid zu verneinen ist, so muß nach den Akten der Beweis gleichwohl als erbracht betrachtet werden, daß diese Bezeichnung zur Zeit, als die Eintragung der klägerischen Marken in der Schweiz erfolgte, jedenfalls in denselben Gemeingut war. In casu liegt nämlich die Sache so, daß der

Name Antipyrin von Dr. Knorr, resp. den Farbwerken Höchst im Jahre 1884 nicht als Personalbezeichnung, sondern als Sachbezeichnung gewählt worden ist. Dieser Annahme steht selbstverständlich die Aufnahme dieser Bezeichnung in die Marke der Farbwerke Höchst, welche dieselben in Deutschland eintragen ließe, nicht entgegen. Denn diese Marke bestand eben nicht in dem Worte Antipyrin und konnte nach der damaligen deutschen Gesetzgebung überhaupt keine Wortmarke sein, sondern sie war eine figurative Marke. Darauf, daß die Farbwerke Höchst, resp. Dr. Knorr damals nicht wohl eine andere Absicht konnten gehabt haben, als dem von Dr. Knorr erfundenen chemischen Produkt den Namen Antipyrin als Sachbezeichnung zu geben, und nicht diejenige, mit dem Namen ihr Verhältnis zu dieser Waare als Produzenten zu bezeichnen, weist einmal der gewählte Name hin, auch wenn derselbe nicht als direkte oder indirekte Beschaffenheitsbezeichnung angesehen werden darf. Sodann aber sprechen dafür namentlich die Ausführungen Dr. Knorrs in seiner Dissertation, in welcher offenbar der Name Antipyrin als Sach- und nicht als Personalbezeichnung gebraucht ist. So sagt Dr. Knorr auf S. 66: „Das Antipyrin zeichnet sich vor allen Chinizinderivaten durch die leichte Löslichkeit im Wasser aus“, hebt dabei unter den physiologischen Wirkungen des Antipyrins dessen antipyretische Wirkung hervor und bezeichnet die besonderen Vorzüge des Antipyrin vor andern febrilen Mitteln. Seite 67 spricht er von den Reaktionen oder Abkömmlingen des Antipyrin, wie diese Reaktionen S. 71 auch genannt werden, von Nitroantipyrin, von Nitrosoantipyrin, von Amidoantipyrin, Dryantipyrin, u. s. w. Seite 67, Anm. 1 sagt Dr. Knorr: Für den praktischen Gebrauch ist das Antipyrin sowohl dem Drymethylochinizin als auch allen andern bis jetzt untersuchten Chinizinderivaten vorzuziehen. Ferner sagt er auf Seite 66, er habe die technische Darstellung dieses Körpers den Farbwerken Höchst übertragen, welche denselben seit einiger Zeit unter dem Namen Antipyrin in den Handel bringen, nachdem durch eine große Anzahl an verschiedenen Kliniken Deutschlands vorgenommener Versuche die Brauchbarkeit des Mittels bestätigt worden sei. Danach ist allerdings nicht ganz klar, ob der Name Antipyrin von Dr. Knorr oder von den Farbwerken Höchst gewählt

worden ist. Allein auch im letzten Falle wird die Annahme nicht umgestoßen, daß der Name als Waarenname, als Sachbezeichnung und nicht als Personenbezeichnung gewählt worden ist. Unterstützt wird vielmehr diese Annahme noch dadurch, daß derselbe auch in die Pharmakopoe Germanica aufgenommen worden ist, sowie endlich auch durch den zwischen den Farbwerken Höchst und der Beklagten im August 1893 abgeschlossenen Vertrag, indem die hier in Frage stehende Bestimmung desselben sich doch kaum anders als dadurch erklären läßt, daß die Farbwerke Höchst wenigstens die Möglichkeit angenommen haben, daß das Wort Antipyrin Sach- und nicht Personalbezeichnung sei.

7. In casu stehen nun allerdings nicht die Farbwerke Höchst, sondern deren Lizenzträger der Beklagten gegenüber und es fragt sich, ob die Eintragung ihrer Marken in Frankreich und der Schweiz die Wirkung gehabt habe, daß das Wort Antipyrin nicht als Sachbezeichnung, sondern als Personalzeichen betrachtet und behandelt werden müsse. Dies ist jedoch zu verneinen. Wie oben bemerkt, haben die Farbwerke Höchst im Jahre 1884 eine figurative Marke für Deutschland deponiert und dieselbe auch in der Schweiz eintragen lassen, und es ist bereits ausgeführt worden, daß der Name Antipyrin von denselben s. Z. nicht als Personal- sondern als Sachbezeichnung gewählt worden sei, während eben als Herkunftsbezeichnung die figurative Marke diene. Ist aber diese Annahme richtig, so konnte Klägerin gar wohl in Frankreich und gestützt auf die internationale Konvention das Wort Antipyrin für sich als Herkunftsbezeichnung wählen und eintragen lassen; allein es ist bei der Frage, ob die Bezeichnung vor Eintragung derselben in der Schweiz Gemeingut werden können, doch der Umstand zu berücksichtigen, daß dieselbe in Deutschland als Sachbezeichnung und nicht als Personalbezeichnung galt und die Eintragung derselben als Marke in Frankreich unter den Umständen des konkreten Falles nicht hindern konnte, daß dieselbe in der Schweiz Gemeingut wurde. In der Schweiz, wo die Erfindung Dr. Knorrs nicht patentfähig ist, durfte das Antipyrin von seiner Erfindung an von Jedermann hergestellt und auch unter diesem Namen vertrieben werden, so lange dasselbe nicht als Personal- oder Herkunftsbezeichnung ins schweize-

rische Markenregister eingetragen war. Die Eintragung in Frankreich konnte diese Bezeichnung in der Schweiz nicht als Nachahmung der dort deponierten Marke erscheinen lassen, weil dieselbe eben in Deutschland, wo der Stoff erfunden wurde, Sachbezeichnung war. Und nun ist anzunehmen, daß in der That schon vor der im Jahre 1888 erfolgten Deposition der klägerischen Marken in der Schweiz der Name Antipyrin für den betreffenden Stoff als Sachbezeichnung angesehen und verwendet wurde. Es geht dies insbesondere hervor aus einem bei den Akten befindlichen Zeugnisse des Dr. Loz in Basel, das von demselben namens des dortigen Sanitätsdepartements am 16. Mai 1893 ausgestellt worden ist und dahin lautet, daß seit dem Jahre 1884 das Antipyrin als Arzneimittel unter diesem Namen verkauft werde und zum stehenden Arzneischatz der Apotheken gehöre. Auch gibt Klägerin selbst zu, daß der Gesellschaft für chemische Industrie in Basel der Gebrauch des Namens Antipyrin gestattet worden sei, ein Umstand, der ebenfalls dazu beitragen mußte, denselben des Charakters einer Herkunftsbezeichnung zu entkleiden. Auch ist von der Beklagten behauptet und von der Klägerin nicht bestritten worden, daß das Antipyrin unter diesem Namen in die Pharmakopoe Helvetica aufgenommen worden ist. In der Schweiz wird danach von den beteiligten Verkehrskreisen das Wort Antipyrin schon seit mehr als 10 Jahren nicht als Personal- oder Herkunftsbezeichnung, sondern als Sachbezeichnung angesehen. Dem sich hieraus ergebenden Schluß, daß der Name Antipyrin in der Schweiz keine schutzfähige Marke sei, steht natürlich der Umstand nicht entgegen, daß das eidgenössische Amt sowohl die klägerischen als die beklagten Marken ins Markenregister aufgenommen hat, während Zeichen, die als Gemeingut zu betrachten sind, gemäß Art. 14 Ziff. 2 des Bundesgesetzes die Aufnahme von Amtes wegen zu verweigern ist.

8. Die Klage muß daher abgewiesen werden, denn Klägerin hat dieselbe, abgesehen von dem Vertrage vom August 1893 nur darauf gestützt, und konnte sie nur darauf stützen, daß die beklagten Marken ihre Rechte verletzen. Von dem Standpunkte aus, daß dieselben, weil Gemeingut, nicht zulässig seien, hat Klägerin die beklagten Marken nicht angefochten und es ist auch um-

gekehrt seitens der Beklagten ein Antrag auf Löschung der klägerischen Marken nicht gestellt worden. Ob dagegen die beidseitigen Marken von Amtes wegen zu löschen seien, steht ausschließlich der Entscheidung des eidgenössischen Amtes zu. Die Gerichte haben, auch in Markenrechtsachen, nur über streitige Ansprüche zu entscheiden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird, soweit es sich um die Markenrechtsklage handelt, als unbegründet abgewiesen, und demnach das Urteil des Civilgerichtes Baselstadt vom 28. Januar 1896 bestätigt; soweit es sich dagegen um die Vertragsklage handelt, wird auf die Berufung wegen Unzulässigkeit derselben nicht eingetreten.

S. auch Nr. 94, Urteil vom 19. Juni 1896
in Sachen Lever gegen Schuler & Cie.

IV. Obligationenrecht. — Code des obligations.

83. Urteil vom 10. April 1896 in Sachen N. Wittmann
gegen Fabriken Landquart.

A. Durch Urteil vom 25. September 1895 hat das Kantonsgericht des Kantons Graubünden erkannt:

1. Die Klage des N. Wittmann wird im Sinne der Erwägungen gutgeheißen und die Fabriken Landquart pflichtig erklärt, den Kläger mit 5000 Fr. zu entschädigen.

2. Die Widerklage der Fabriken Landquart ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Der Kläger verlangte Abänderung desselben im Sinne der in seiner Prozeßeingabe und Replik