

Gedanken, daß die Tarpflicht eine Ausnahme vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit bedeutet (wie schon in der Botschaft und dem Memorial Cornaz eingehend ausgeführt ist), und daß das Gesetz daher eher restriktiv auszulegen ist. Die von der Polizeikammer des Obergerichts des Kantons Bern in einem von der Staatsanwaltschaft Aargau angeführten Urteil, vom 6. März 1897 (zustimmend zitiert bei Rahm, Sammlung der Vorschriften für Handelsreisende, S. 2 Anm.), vertretene Auslegung, wonach „auffuchen“ von Bestellungen synonym mit „aufnehmen“ ist, und wonach nichts darauf ankommt, ob ein Reisender brieflich von einem Klienten eingeladen sei, geht danach zu weit: sie stellt die Frage nicht auf den richtigen Boden, indem sie das Requisite des „bereisens“ gänzlich außer acht läßt. Dagegen mag gegenüber einer Bemerkung des Kassationsbetroffenen immerhin das gesagt sein, daß darauf, daß die Bestellung nach dem Besuche schriftlich erfolgte, nichts ankommt; das würde die Tarpflicht nicht ausschließen, wenn ein „bereisen“ vorläge. Ausschlaggebend ist vielmehr stets, ob die Initiative vom Handelsreisenden oder vom Kunden (Besteller) ausgegangen ist. Da im vorliegenden Fall nach dem gesagten die Initiative vom Gemeinderat Remigen ausgegangen und der Tatbestand des „bereisens“ nicht gegeben ist, ist die Kassationsbeschwerde abzuweisen.

Demnach hat der Kassationshof
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird abgewiesen.

III. Geistiges und gewerbliches Eigentum.

Propriété littéraire et industrielle.

Markenrecht. — Marques de fabrique et de commerce.

59. Urteil des Kassationshofes vom 9. Juni 1908

in Sachen **Britschgi**, Kass.-Kl.,

gegen **Vereinigte Basler Brauereien**, Kass.-Bekl.

Stellung des Kassationshofes: Gebundensein an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz. Art. 163, 173 OG. — Die Bezeichnung «Basler Bier» ist Herkunftsbezeichnung für in der Stadt Basel gebrautes Bier, nicht Qualitätsbezeichnung nach Art. 20 Ziff. 2 MSchG. — Vorsätzlich falsche Herkunftsbezeichnung. — Zulässigkeit und Umfang der Konfiskation bei falschen Herkunftsbezeichnungen. Art. 32 Abs. 2; 18 Abs. 3; 26 Abs. 2 MSchG.

A. Durch Urteil vom 26. Februar 1908 hat das Obergericht des Kantons Luzern in der auf Privatstrafklage der „Vereinigten Brauereien Basel“ angehobenen Strafklagesache gegen Arnold Britschgi-Wagner, wegen Übertretung des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken und des luzernischen Gesetzes betreffend Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, gefunden:
Der Beklagte sei schuldig der Übertretung:

a) des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen.

b) des kantonalen Gesetzes betreffend Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes;
und erkannt:

„1. Der Beklagte sei in eine Geldbuße von einhundert Franken verurteilt.

„2. Die mit der Aufschrift „Gambrinus-Bräu Basel“ versehenen „Flaschen, sowie die Reklametafeln, Zirkulare etc., womit vom Beklagten „Basler Bier“ und „Gambrinus-Bräu“ angepriesen wird, sind zu konfiszieren.

„3. Mit dem Entschädigungsanspruche sei die Privatküglerschaft „an den Zivilrichter gewiesen.“

B. Der Verurteilte hat gegen dieses Urteil beim kantonalen Gericht die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht eingelegt. Die Anträge in der Kassationschrift gehen dahin:

1. Das angefochtene Urteil sei in dem Sinne umzuändern, daß dasselbe aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonalen Gerichte zurückzuweisen sei.

2. Die kantonale Instanz sei gleichzeitig anzuweisen, die in Ziff. I, 1—4 des Ergänzungsbegehrens vom 20. September 1907 angetragenen Beweise nachzuholen.

C. Die Privatküglar stellen die Anträge:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

2. Eventuell sei dieselbe abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. (Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit der Beschwerde.)

2. In tatsächlicher Beziehung ist zu bemerken: Der in Basel wohnende Kassationskläger besitzt in Luzern ein Bierdepot. Im Mai 1907 brachte er Flaschenbier in den Handel, das in Flaschen abgefüllt war, in die die Worte „Gambrinus-Bräu Basel“ eingebrannt waren. Auch inserierte er in den Luzerner Tagesblättern („Vaterland“ und „Luzerner Tagblatt“) „Basler Biere“. Die Brauereien von Basel erließen daraufhin im „Luzerner Tagblatt“ eine Erklärung des Inhaltes, keine Basler Brauerei liefere an den Kassationskläger Bier; auch existiere in Basel gar keine „Gambrinusbrauerei“. Am 4. Juni 1907 antwortete der Kassationskläger im „Luzerner Tagblatt“ mit einer „Richtigstellung“, worin er zunächst darauf verwies, daß die Marke „Gambrinus-bräu“ den Markenschutz genieße, und weiter bemerkte, er sei Bierdepothalter der Brauerei Ziegelhof des Jakob Meier in Diestal, „bekanntlich auch im Kanton Basel gelegen“, und bringe dieses Fabrikat in den Handel. Am 16. Juni 1907 erließ er im „Luzerner Tagblatt“ ein Inserat des Inhaltes: „Wirte und bierdurftiges Publikum! Wenn Ihr nicht unter dem Brauertruste stehen und als freie Schweizer leben wollt, so verlangt und trinkt Gambrinusbräu eidgenössisch geschützte Marke“. In der Tat hatte der Kassationskläger am 19. Juni 1906 eine (gemischte)

Marke „Gambrinus-Bräu“ (mit Bild eines Gambrinus) beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum eintragen lassen; die Marke datiert vom 5. Juli 1906. Am 9. August 1907 reichten die „Vereinigten Basler Brauereien“ gegen den Kassationskläger Straßlage wegen Verletzung des Markenschutzgesetzes und des kantonalen Gesetzes über unlauteren Wettbewerb ein. Durch die Untersuchung ist folgendes festgestellt, was die kantonalen Instanzen durch Bezugnahme auf die Tatbestandsfeststellung des Statthalteramtes als Ergebnis der Untersuchung bezeichnen: Der Kassationskläger hat in den erwähnten Flaschen Bier aus den Brauereien Diestal (Ziegelhof), Bruntrut (Choquard) und Luzern (Gütsch) in den Handel gebracht, und zwar, wenigstens das Gütschbier, auch noch nach seiner „Richtigstellung“ und nach der Einleitung der Straßlage; er hat auch diese Biere in den Tagesblättern als „Basler Biere“ offeriert. Auf diesen Tatbestand gründet sich die Beurteilung des Kassationsklägers.

3. Der Kassationshof hat seiner Beurteilung den vorinstanzlich festgestellten Tatbestand zu Grunde zu legen, da sich seine Nachprüfungsbezugnis, der Natur des Rechtsmittels der Kassation entsprechend (vgl. Art. 163 OG), auf die Rechtsfrage beschränkt. (US 32 I S. 554 Erw. 5; 681 Erw. 6; 693 Erw. 4.) Dem Erfordernisse gehöriger Tatbestandsfeststellung (vergl. Art. 173 OG) ist hier genügt, obschon das angefochtene Urteil keine eigene Tatbestandsfeststellung enthält; denn durch den Hinweis auf die Tatbestandsfeststellung des Statthalteramtes hat es sich diese zu eigen gemacht, und dem steht das Erfordernis gehöriger Tatbestandsfeststellung nicht entgegen. (Vergl. für die Berufung: US 25 II S. 27 f. Erw. 2, und Th. Weiß, Berufung, S. 125 sub 4.) Höchstensfalls könnte der Kassationshof den vorinstanzlich festgestellten Tatbestand auf Altenwidrigkeit nachprüfen (a. A. anscheinend US 32 I S. 681 Erw. 6), falls diese gehörig behauptet und geltend gemacht wird (vergl. für die Berufung US 25 II S. 594). Der Kassationskläger behauptet nun in der Tat, altenwidrig sei die Feststellung, er habe anderes als Diestaler Bier unter der Bezeichnung „Basler Bier“ in den Handel gebracht. Allein der Bestreitung des Kassationsklägers widerspricht die Aussage seines Bierfuhrmanns, Otto Frey, die dahin geht: In die

mit „Gambrinusbräu“ angeschriebenen Flaschen komme das einheimische Bier, insbesondere auch das „Lädelibier“. Durchaus unrichtig ist auch, wenn der Kassationskläger behauptet, es sei nicht bewiesen, daß die „alten Flaschen“ als Reklamen verwendet wurden oder diese Fassung nur jemandem geliefert wurde, der dadurch zu einer irrigen Meinung über die Herkunft des Bieres gekommen wäre. Dem steht nicht nur die Aussage Frey entgegen, sondern die eigene Aussage des Kassationsklägers in seinem Verhör, wo er ausdrücklich zugegeben hat: „Auch ist richtig, daß ich Flaschen mit der Aufschrift „„Gambrinusbräu Basel““ verfaß“, und sich nur darauf berief, das Liestaler Bier und das „Gambrinusbräu“ seien ebenfalls „Basler Biere“. Daß aber dadurch im Publikum eine irrige Meinung über die Herkunft des Bieres erweckt wurde, ist doch ganz klar, da andernfalls jene Aufschrift ja gar keinen Sinn und Zweck hatte. Daß sodann die Flaschen als Reklamen verwendet worden seien, sagt das angefochtene Urteil gar nicht.

4. In rechtlicher Beziehung macht der Kassationskläger zunächst geltend, die Kassationsbeteiligten haben in keiner Weise den Beweis erbracht, „daß „„Basler Bier““ als Herkunftsbezeichnung nur für sie, die Großbrauereien, gelte“. Die Kassationsbeschwerde will damit offenbar geltend machen, es handle sich bei jener Bezeichnung nicht um eine Herkunfts-, sondern um eine Qualitätsbezeichnung im Sinne des Art. 20 Ziff. 2 MSchG. Allein zunächst wäre der Nachweis der tatsächlichen Voraussetzungen hiefür Sache des Kassationsklägers und nicht der Kassationsbeteiligten gewesen; denn an sich ist „Basler Bier“ gewiß eine Herkunftsbezeichnung, da die Bezeichnung eben einen Ortsnamen enthält. Irgendwelche Nachweise nach jener Richtung hat aber der Kassationskläger nicht erbracht, und auch seine Beweisangebote, auf die er in der Kassationsbeschwerde wiederum Bezug nimmt, beschlagen diese Frage nicht. Sodann aber steht der Behauptung des Kassationsklägers die von der Vorinstanz stillschweigend zu der ihrigen gemachte Feststellung des Statthalteramtes entgegen, „nach landläufiger Auffassung“ werde „unter Basler Bieren nur das Produkt der bekannten Großbrauereien in Basel verstanden“. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur; denn sie befaßt sich nicht mit der Trag-

weite des Begriffes der Herkunfts- oder der Qualitätsbezeichnung, mit den rechtlichen Merkmalen, sondern mit der tatsächlichen Geprägtheit und Anschauung des Verkehrs. (Vergl. Th. Weiß, Berufung, S. 204 f.) Damit ist dieser Punkt für den Kassationshof verbindlich erledigt. Auch der weiteren Auffassung des Kassationsklägers, er dürfe jedenfalls das Liestaler Bier als Basler Bier verkaufen, ist damit die Grundlage entzogen; diese Auffassung würde aber eine Bestrafung des Kassationsklägers schon deswegen nicht ausschließen, weil er ja nicht nur das Liestaler, sondern auch das Bruntrutener und das Gütschbier unter jener Bezeichnung in den Handel gebracht hat, und nun für diese Biere die Bezeichnung jedenfalls falsch ist, auch wenn sie es für das Liestaler Bier nicht wäre. Ist so objektiv der Tatbestand einer unrichtigen Herkunftsbezeichnung erstellt, so fordert die Bestrafung weiter den rechtswidrigen Voratz. (Vergl. US 33 I S. 200 f. Erw. 6 f.) Daß dieser vorliege, spricht das angefochtene Urteil (bezw. die Begründung des statthalteramtlichen Strafantrages) nicht ausdrücklich aus, wohl aber implicite. Der Kassationskläger bestreitet auch das Vorhandensein dieses subjektiven Tatbestandmerkmals, allein ganz offenbar zu Unrecht; es vermag ihm keineswegs zu helfen, daß er auf seine „Richtigstellung“ verweist; denn er hat ja eben die falsche Herkunftsbezeichnung auch nach jener „Richtigstellung“ weiter verwendet. Eine besondere Täuschungsabsicht sodann gehört nicht zum Voratz beim Delikte der falschen Herkunftsbezeichnung (US a. a. O. S. 201 Erw. 7). Ganz unerheblich sind, wie schon das Bezirksgericht (in einem Zwischenentscheid) ausgeführt hat, die Beweisangebote des Kassationsklägers betreffend die Güte des von ihm in den Handel gebrachten Bieres, und darüber, daß die Abnehmer aus andern Umständen, namentlich aus der Lieferung von Eis, darüber unterrichtet gewesen seien, daß das Bier aus der Gütschbrauerei stamme. Abgesehen davon, daß die Tatsache der Eislieferung durchaus nichts für die Kenntnis aller Abnehmer, insbesondere auch der Konsumenten, beweisen würde, ist dem Kassationskläger mit Recht schon vom Bezirksgericht entgegengehalten worden, daß er ja nicht nur Gütschbier als „Basler Bier“ verkauft hat. Die Tatsache endlich, daß der Kassationskläger eine Marke „Gambrinus-Bräu“ hat, steht natür-

lich der Rechtswidrigkeit der falschen Herkunftsbezeichnung nicht entgegen.

5. Daraus ergibt sich, daß die Kassationsbeschwerde insoweit abzuweisen ist, als sie die Schuldigerklärung und Bestrafung des Kassationsklägers anfißt. Dagegen ist noch die Frage der Zulässigkeit der Konfiskation und eventuell des Umfangs derselben (Dispositiv 2 des angefochtenen Urteils) zu prüfen. Zwar beschäftigt sich die Begründung der Kassationsbeschwerde nur mit dem Umfang der Konfiskation; allein da die Anträge des Kassationsklägers auf Aufhebung des ganzen Urteils gestellt sind, ist die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit der Konfiskation zu prüfen, indem der Kassationshof damit nicht über die Begehren des Kassationsklägers hinausgeht. Unzulässig ist es nun freilich (wie auch die Antwort auf die Kassationsbeschwerde zugibt), wenn das Dispositiv des angefochtenen Urteils den Umfang der Konfiskation nicht genau abgrenzt, sondern ein „*et.*“ beifügt. Ebenso ist klar, daß das Dispositiv zu weit geht, wenn es die Konfiskation der Reklametafeln und Zirkulare mit „*Gambrinusbräu*“ schlechthin ausspricht; denn unerlaubt ist nur die Beifügung „*Basel*“. Allein das kann eine Aufhebung des Dispositives nicht zur Folge haben, und dem Kassationskläger wird daraus kein Nachteil erwachsen. Im übrigen ist in grundsätzlicher Beziehung zu bemerken: Die Konfiskation wird von den kantonalen Gerichten nicht etwa auf Grund des kantonalen Gesetzes über unlauteren Wettbewerb verfügt (in welchem Fall der Kassationshof ihre Zulässigkeit nicht nachzuprüfen hätte), sondern auf Grund des Markenschutzgesetzes; denn beide kantonalen Instanzen rufen Art. 31 MSchG zu ihrer Begründung an. Auf diese Bestimmung kann sich indessen die Konfiskation nicht stützen, da sie nur die vorsorglichen Maßnahmen im Auge hat; die Entscheidungsnorm ist vielmehr in Art. 32, und zwar in dessen Absatz 2, zu finden. Indem nun diese Bestimmung einzig von der Vernichtung der unerlaubten Marken, der mit Marken versehenen Waren, der Verpackung und Umhüllung, sowie der Werkzeuge und Geräte spricht, bezieht sie sich dem Wortlaute nach nur auf die Markendelitte im eigentlichen Sinn, nicht aber auf die unrichtigen Herkunftsbezeichnungen. Es ist aber nicht zu leugnen, daß die Konfiskation und Vernichtung

auch bei den falschen Herkunftsbezeichnungen einem Bedürfnis entspricht. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt denn auch klar, daß es sich hier um ein Versehen des Gesetzgebers handelt und daß die Konfiskation und Vernichtung bei den falschen Herkunftsbezeichnungen nicht bewusst ausgeschlossen werden wollte. Es ist nämlich zu beachten, daß der Bundesrat bei der Revision des Markenschutzgesetzes vom 19. Dezember 1879 zwei Gesetzesentwürfe vorlegte, einen über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, den andern über die Herkunftsbezeichnungen und gewerblichen Auszeichnungen (s. Bbl 1890 I S. 291 ff.). Art. 9 des letztern Gesetzesentwurfes verwies hinsichtlich der zivil- und strafrechtlichen Verfolgung auf die entsprechende Bestimmung des ersten Gesetzesentwurfes, und dabei war ausdrücklich auch die Konfiskation und Vernichtung (wie auch die Publikation) vorgesehen. Als dann die Räte die beiden Entwürfe zu einem Gesetz vereinigten, wurde übersehen, daß die Bestimmung über die Konfiskation, Vernichtung usw. nunmehr zu eng war. Diese Bestimmung darf jedoch dann unbedenklich, trotz entgegenstehendem Wortlaut, ausdehnend auf die falschen Herkunftsbezeichnungen angewendet werden, wenn die Konfiskation und Vernichtung sich nicht als Strafe, sondern als sichernde Maßnahme polizeilicher Natur darstellt; denn während einer analogen Anwendung der Grundsatz « *nulla poena sine lege* » entgegensteht, falls die Maßnahme als Strafe zu betrachten ist, ist das nicht der Fall, wenn die Maßnahme nicht den Charakter einer Strafe trägt. Das Bundesgericht hat nun in feststehender Praxis die Auffassung vertreten, daß die Vernichtung nicht eine Strafe, sondern eine Schutzmaßregel sei, die auch auf dem Zivilweg erwirkt werden könne; vergl. AC 12 S. 30 Erw. 4; 24 II S. 339 Erw. 5; S. 706 Erw. 5; 28 II S. 562 Erw. 6. Demnach steht denn der Anwendung des Art. 32 auf die falschen Herkunftsbezeichnungen grundsätzlich nichts im Wege. (Vergl. hiezu Dunant, *Traité des marques de fabrique*, Art. 320 S. 477 f.) Etwas schwieriger ist die Frage des Umfangs der Konfiskation und Vernichtung, ob sie sich nämlich auch auf die Reklametafeln und Zirkulare erstrecken darf. Indessen führen folgende Erwägungen zur Bejahung dieser Frage: Art. 32 spricht die Konfiskation und Vernichtung

für die Marke insoweit aus, als das eigentliche Markendelikt reicht. Die analoge Anwendung auf die Herkunftsbezeichnungen muß daher dazu führen, die Konfiskation und Vernichtung hier soweit zuzulassen, als die Übertretung reicht. Hierfür kann nun nicht allein auf Art. 18 Abs. 3, sondern es muß auch auf Art. 26 Abs. 2 abgestellt werden, der das Anbringen von falschen Herkunftsbezeichnungen auf Geschäftsschildern, Annoncen usw. verbietet. Damit ist auch der Umfang der Zulässigkeit von Konfiskation und Vernichtung gegeben. Daß Erwägungen praktischer Natur durchaus für diese Auslegung des Gesetzes sprechen, ist nicht weiter auszuführen. Damit erweist sich die Kassationsbeschwerde auch in diesem Punkte als unbegründet.

Demnach hat der Kassationshof
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird abgewiesen.

IV. Organisation der Bundesrechtspflege.

Organisation judiciaire fédérale.

60. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 9 juin 1908 dans la cause Engel.

L'art. 232 chap. 3 LP ne donne pas ouverture à un recours de cassation en vertu des art. 160 et suiv. OJF.

Le recourant prétend que le jugement attaqué aurait fait une fausse application des art. 232 chif. 3 LP et 47 litt. a de la loi cantonale d'exécution de la LP. Mais, à ce sujet, l'on doit reconnaître que l'art. 232 chif. 3 LP ne renferme aucune norme de droit pénal; il se borne à prescrire que la publication de l'ouverture de la faillite doit contenir « la sommation aux débiteurs du failli de s'annoncer, sous les peines de droit, dans le même délai » (soit dans le mois qui suit la publication). La LP (art. 25 chif. 3) s'en est remise,

en revanche, aux cantons du soin d'édicter les prescriptions nécessaires pour donner à ses dispositions une sanction pénale; c'est ainsi que la loi neuchâteloise du 21 mai 1891 a, à son art. 47 litt. a, donné au juge de la faillite la faculté de frapper « d'une amende d'ordre jusqu'à 50 fr. les débiteurs du failli, qui, dans le mois de la publication de la faillite, ne se conformeront pas à l'obligation de s'annoncer, prévue par l'art. 232 § 3° de la loi fédérale ». Si donc une condamnation a été effectivement prononcée contre le recourant, c'est en application, non pas de l'art. 232 chif. 3 LP, mais bien de l'art. 47 litt. a de la loi cantonale. L'art. 232 chif. 3 LP étant ainsi hors de cause, le recourant est dans l'impossibilité d'invoquer, pour attaquer le jugement qui aurait été rendu contre lui le 4 avril 1908, la « violation d'une disposition du droit fédéral ».