

berechnung aufgestellt und den Kläger nicht rechtzeitig während des Baues auf die notwendige Überschreitung desselben aufmerksam gemacht resp. seine Willensäußerung darüber eingeholt hat. Andererseits aber fällt, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, dem Kläger ein erhebliches Mitverschulden zur Last, weil er es unterlassen hat, schon beim Vertragsabschluß eine Kostenberechnung zu verlangen, später einen offensichtlich nicht sehr zuverlässigen (vielfach nur mit flüchtigen Bleistiftnotizen ausgefertigten) Voranschlag entgegengenommen, sich während des Baues niemals nach den Kosten erkundigt und endlich durch verschiedene Abänderungen des Bauplanes etwelche Mehrkosten verursacht hat. Werden diese Umstände gegen einander abgewogen, und wird ferner berücksichtigt, daß eine genaue Einhaltung des Kostenvoranschlages der Natur der Sache nach kaum möglich ist, vielmehr unbedeutende Kreditüberschreitungen landesüblich sind, daß endlich der ziffermäßige Betrag des Gesamtschadens, gemäß der vorstehenden Erwägung 7, weder festgestellt noch annähernd feststellbar ist, so liegt kein genügender Grund vor, die vom Obergericht ex æquo et bono dem Beklagten auferlegte Entschädigungssumme von 10,000 Fr. abzuändern.

9. Die Widerklagforderung von 8989 Fr. ist aus den im Urteil des Obergerichts vorgebrachten Motiven zuzusprechen.

Gemäß den vorstehenden Ausführungen hat es in allen Punkten beim angefochtenen Urteil sein Bewenden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufungen beider Parteien werden abgewiesen. Demgemäß wird das angefochtene Urteil des luzernischen Obergerichts vom 20. Juni 1902 in allen Teilen bestätigt.

## V. Fabrik- und Handelsmarken.

### Marques de fabrique.

65. Urteil vom 15. November 1902

in Sachen **Trachler**, Kl. u. Ver.-Kl., gegen **Sulzer & Cie.**,  
Bekl. u. Ver.-Bekl.

*Markenrecht. Nachahmungsklage. Täuschende Aehnlichkeit zweier Bildmarken. Verwirkung des Rechtes auf die Nachahmungsklage? — Art. 24 litt. a M.-Sch.-Ges.*

A. Durch Urteil vom 22. Juli 1902 hat das Bezirksgericht Frauenfeld die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen, die Klage sei im Sinne des Zuspruchs aller gestellten Rechtsbegehren sofort gutzuheißen, eventuell sei eine Aktienvervollständigung anzuordnen zur Abnahme der in der Vorinstanz beantragten Beweise, insbesondere über folgende Behauptungen:

„a. Daß die klägerische Marke von den Eingeborenen Hinterindiens und den Zwischenhändlern chop sau — Ankeretiquette — genannt werde (Urkunden, Zeugen);

„b. daß die Eingeborenen Hinterindiens nur nach der Marke kaufen und auf die Qualität der Ware nicht achten (Zeugen, Expertise, Bericht der Handelskammer von Singapore);

„c. daß die beklagliche Marke von den Eingeborenen Hinterindiens chop sau ketschil — kleine Ankeretiquette — genannt werde (Urkunden, Zeugen);

„d. daß Jäger & Cie. die beklagliche Ware unter der Bezeichnung chop sau (ketschil) in den Handel bringen und den Eingeborenen angeben, die in der Marke befindlichen Pickel seien Anker (Urkunden, Zeugen und die Handgelübde);

„e. daß Verwechslungen der beiden Marken und damit auch der beidseitigen Waren in Hinterindien tatsächlich oft vorkommen (Urkunden, Zeugen).“

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Klägers die gestellten Berufungsbegehren; der Vertreter der Beklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger Trachsler ist Inhaber eines Exporthauses in Zürich, dessen Geschäftskreis u. a. die Ausfuhr roter Baumwolltücher, sogenannter Turkey red Unis, nach Hinterindien umfaßt. Als Rechtsnachfolger der Firma J. Rudolf Guyer verwendet er zum Schutze seiner Ware eine von jener Firma übernommene Marke, welche unter Nr. 10,823 auf seinen Namen beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum hinterlegt und eingetragen ist. Die Marke hat die Form eines Rechtecks und trägt auf blauem Grunde einen roten heraldischen Schild mit Goldrand, in dessen Mitte ein seilumschlungener schwarzer Anker steht. Über dem Schild, im obern Teil des Ganzen, schwebt mit ausgebreiteten Flügeln ein goldener Adler, dessen Brust ein kleines Schweizerwappen schmückt. In seinen Krallen hält er ein weißes Band mit dem Namen der Firma „J. Rud. Guyer“; auf dem Grunde des Ankers steht als Ergänzung dazu in Goldlettern die Inschrift „Zürich“.

Die beklagte Firma exportiert, ebenfalls nach Hinterindien, dieselben türkisroten Baumwolltücher, welche sie in eigener Fabrik herstellt. Sie bedient sich einer nicht eingetragenen Marke, die folgendes Bild zeigt: In einem ebenfalls rechteckigen blauen Felde von annähernd gleicher Größe, wie die Marke des Klägers, befinden sich, die Schäfte nach oben gerichtet, zwei gekreuzte Pöckel, die rechts und links mit Seilen behangen sind. Auf ihrer Kreuzungsstelle, in der Mitte des Bildes, ruht ein heraldischer goldumrahmter Schild mit dem Schweizerkreuz, darüber steht ein goldener Stern. Am obern Rand der Marke zieht sich ein weißes Band hin mit der Aufschrift: « Manufactured in Switzerland. »

Beide Litiganten haben in Singapore und Bangkok ihre Konfignatäre, welche die Waren an Zwischenhändler im Innern des Landes oder an die Eingeborenen selbst abgeben. Die Ausfuhr der Tücher erfolgt in Ballen, auf denen die Marken als Etiketten aufgeklebt werden.

Im Juni 1902 erhob J. Trachsler gegen die Firma Sulzer

& Cie. Klage mit dem Begehren, die oben beschriebene Marke der Beklagten sei als gesetzwidrige Nachahmung der Marke des Klägers zu erklären und der Beklagten die Weiterführung derselben zu verbieten, unter Vorbehalt eventueller Schadenersatzansprüche des Klägers; ferner sei die Beschlagnahme und Zerstörung der vorhandenen Exemplare sowie der zu ihrer Herstellung dienenden Werkzeuge und Geräte zu verfügen. Der Kläger beruft sich auf das Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 26. September 1890, speziell auf Art. 24 litt. a desselben, und führt im wesentlichen aus, es sei möglich und komme tatsächlich vor, daß das Publikum die beiden Marken verwechsle und dadurch irregeführt werde. Die gleiche Größe und Farbenzusammenstellung beider (blauer Grund, rotes Feld mit Golbeinfassung), endlich der Umstand, daß die gekreuzten Pöckel mit den Seilen dem Anker durchaus ähnlich sehen, lasse die Absicht der Beklagten erkennen, die Marke des Klägers nachzuahmen. Bei dieser sei nicht, wie das Bundesgericht im Markenschutzprozesse Guyer gegen Imhof-Blumer & Cie. (Amtl. Samml., Bd. XVII, S. 265 ff.) angenommen habe, der Adler das charakteristische Zeichen; denn die Eingeborenen Hinterindiens, als Konsumenten, sowie auch die dortigen Zwischenhändler nennen die Marke des Klägers « chop sau » d. h. „Ankeretikette“, bezeichnen also den Anker als das wesentliche in ihrem Gedächtnis haftende Merkmal. Die auf der Marke der Beklagten befindlichen Pöckel aber werden von den Eingeborenen ebenfalls für Anker gehalten, wie sich aus ihrer Benennung dieser Marke als « chop sau ketschil » d. h. „kleine Ankeretikette“ ergebe. Tatsächlich habe auch der Konfignatär der Beklagten in Singapore seine Ware unter dem Namen chop sau in den Handel gebracht. Da nun die Tücher der Beklagten wegen ihrer geringeren Qualität billiger verkauft werden, als die des Klägers, die Eingeborenen jedoch nicht nach der Qualität, sondern nur nach der Marke einkaufen, so werde der Kläger durch die Verwechslung geschädigt. Sein Absatz sei seit 1898 infolge jener Preisdifferenz zurückgegangen; auch bestehe die Gefahr, daß seine Ware durch die minderwertige der Beklagten diskreditiert werde. Die Beklagte habe schon früher die Marke des Klägers nachgeahmt, auf Reklamation aber im Jahre 1898 deren Weiterführung unterlassen. Im glei-

chen Falle befinde sie sich gegenüber der Firma Schudy & Cie., verfolge also offenbar die Tendenz, fremde Marken zu imitieren.

Die beklagte Firma trägt auf Abweisung der Klagschlüsse an, indem sie geltend macht, die von ihr seit 1834 fabrizierten Tücher seien den vom Kläger in den Handel gebrachten gleichwertig, können aber wegen des direkten Exports unter Ausschluß des Zwischenhandels billiger abgesetzt werden. Von Nachahmungsabsicht könne keine Rede sein; denn die angefochtene Marke der Beklagten stelle sich als die Weiterentwicklung einer Doppelanker-marke dar, welche die Beklagte schon vor 1890, d. h. vor Eintragung der Guyerschen Marke geführt habe. Im Jahre 1898 habe sie diese auf Reklamation der Firma Guyer allerdings mit der heute streitigen vertauscht; gegen die so abgeänderte Marke aber habe sich der Kläger nicht sofort beschwert und habe daher eventuell sein Recht zur Einsprache verwirkt. Verwechslungen beider Marken seien tatsächlich nicht vorgekommen, ihre Möglichkeit allein genüge nicht zur Klagebegründung. Weber die Größe einer Marke, noch ihre Farbenzusammenstellung, noch endlich, gemäß Art. 3 des citierten Gesetzes, das darin figurierende Schweizerwappen, genieße gesetzlichen Schutz. Dies aber seien die einzigen gemeinsamen, relevanten Merkmale der streitigen Marken. Übrigens beweisen die von der Klage selbst angeführten Bezeichnungen, daß die Eingeborenen Hinterindiens die Marken unterscheiden können. Der Umstand, daß die Ware der Beklagten unter dem Namen chop sau ketschil verkauft werde, falle nicht für die Frage des Markenschutzes, sondern höchstens für diejenige der concurrence déloyale in Betracht.

Das Bezirksgericht Frauenfeld, als einzige kantonale Instanz, hat die Klage mit wesentlich folgender Begründung abgewiesen: Die Einrede der Verwirkung des Klagerrechtes treffe nicht zu weil das Markenschutzgesetz eine Verwirkungsfrist nicht kenne; dagegen liege eine verbotene Nachahmung der Marke des Klägers im Sinne von Art. 24 a des citierten Gesetzes nicht vor. Der Kläger berufe sich mit Unrecht auf die gleiche Größe und Farbenzusammenstellung beider Marken, da diese Merkmale nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes unwesentlich seien. Das Wappen mit dem Schweizerkreuz genieße gemäß Art. 3 al. 2 des Gesetzes keinen Schutz; als geschützte Bestandteile der Marke

des Klägers erscheinen daher nur der heraldische Schild mit dem Anker und der Adler. Mit diesen Bestandteilen aber können die Zeichen der angefochtenen Marke nicht verwechselt werden. Charakteristisch für die Marke des Klägers seien ein Anker und ein Adler; für diejenige der Beklagten dagegen zwei Pickel und ein Stern. Sowohl diese Zeichen selbst, als auch ihre Größe, Zahl und Anordnung seien geeignet, auch bei isolierter Betrachtung jeder Marke, im Gedächtnis der Warenabnehmer ein wesentlich verschiedenes Bild zu hinterlassen. Die Eingeborenen Hinterindiens stehen allerdings auf einer niedrigen Kulturstufe; trotzdem aber sei anzunehmen, daß sie als Menschen immerhin die Fähigkeit haben, einen Anker von einem Pickel und einen Vogel von einem Stern zu unterscheiden. Übrigens spreche die eigene Behauptung des Klägers, wonach die tausenden Eingeborenen seine Marke mit « chop sau », diejenige der Beklagten aber mit « chop sau ketschil » bezeichnen, dafür, daß jenen im allgemeinen tatsächlich eine Unterscheidung geläufig sei. Daher müßten einzelne Verwechslungen, welche etwa vorgekommen sein sollten, auf die abnormal schwache Urteilsfähigkeit der betreffenden Käufer zurückgeführt werden, die, als Ausnahmeerscheinung, nicht in Betracht fallen könne.

2. In rechtlicher Hinsicht ist vorab der Vorinstanz darin beizustimmen, daß die von der Beklagten erhobene Einrede, der Kläger habe durch stillschweigende Duldung der heute streitigen Marke seit dem Jahre 1898 sein Anfechtungsrecht verwirkt, jeder gesetzlichen Grundlage entbehre. Gemäß Art. 27 des Bundesgesetzes vom 26. September 1890 ist der Kläger als Inhaber einer eingetragenen Marke berechtigt, gegen jeden, der diese Marke nachahmt (Art. 24 a ibidem), gerichtlich vorzugehen; sein Klagerrecht verjährt laut Art. 28, letztes Alinea, nach zwei Jahren, vom Tage der letzten Übertretung der Schutzbestimmung an gerechnet. Die Verjährungseinrede aus diesem Artikel aber ist vorliegend nicht erhoben; sie trifft übrigens ohne Zweifel auch gar nicht zu, da die Beklagte die angefochtene Marke offenbar noch im Momente der Klageerhebung verwendet hat.

3. Ebenjowenig kann die Entscheidung der Vorinstanz in der Sache selbst als rechtsirrtümlich bezeichnet werden; vielmehr ist den Grundsätzen, auf welchen sie basiert, durchaus beizutreten.

Die Frage der täuschenden Ähnlichkeit zweier Marken ist nach der konstanten Praxis des Bundesgerichtes zu verneinen, wenn sich jene derart unterscheiden, daß eine Differenz auch bei isolierter Betrachtung derselben deutlich hervortritt; entscheidend ist, daß das Gesamtbild, welches die eine Marke bei jener Betrachtungsweise, nicht nur beim Nebeneinanderhalten und bei aufmerksamer Vergleichung beider, in der Erinnerung des Beschauers zurückläßt, von demjenigen der andern wesentlich verschieden sei. In diesem Sinne fordert das citierte Bundesgesetz in Art. 6, sofern es sich, wie vorliegend, um die Verwendung von Marken für Waren gleicher oder ähnlicher Natur handelt, daß die der Eintragung fähige, also existenz- und schutzberechtigte Marke, sich von den bereits eingetragenen „durch wesentliche Merkmale“ unterscheidet (Alinea 1), derart, daß sie, „als Ganzes betrachtet, nicht leicht zu einer Verwechslung Anlaß geben“ könnte (Alinea 2). Als solche wesentlichen Merkmale erscheinen diejenigen, welche den sinnfälligen Eindruck der Marke auf den Beschauer hervorrufen und im Gedächtnis haften bleiben. Maßgebend für diese Würdigung aber sind, wie das Bundesgericht wiederholt festgestellt hat, grundsätzlich das Unterscheidungsvermögen und die Verkehrsgewohnheiten der Konsumentenkreise, für welche die mit den Marken versehenen Waren bestimmt sind.

Würdigt man den vorliegenden Fall nach den entwickelten Gesichtspunkten, so kann von der Annahme täuschender Ähnlichkeit und daheriger Irreführung des Publikums keine Rede sein. Das Auge des Beschauers, das sich unwillkürlich in erster Linie auf die Mitte des Bildes richtet, wird bei der Marke des Klägers von dem scharf hervortretenden schwarzen Anker angezogen, außerdem auch von dem ihn überragenden Adler, während es bei der Marke der Beklagten zunächst auf das im Centrum liegende Schweizerwappen mit dem darüber befindlichen Stern fällt. Daraus resultieren zwei durchaus verschiedene Sinnesindrücke. Die gekreuzten Pickel in der Marke der Beklagten, deren Form und Ausstattung mit den zwei Seilen allerdings auf die Tendenz der Beklagten schließen läßt, ein dem Anker des Klägers resp. ihrem eigenen früheren Doppelanker, dessen Führung sie im Jahre 1898 auf erfolgte Reklamation freiwillig aufgegeben hat, möglichst

ähnliches Bild zu erzeugen, — sind von nur untergeordneter Bedeutung. Jedenfalls geht ihre tatsächliche Wirkung nicht soweit, dem, wie dargetan, im übrigen völlig abweichenden Markenbild einen Gesamtcharakter zu verleihen, welcher zur Verwechslung mit der Marke des Klägers führen müßte. Eben so wenig genügen hiezu die annähernd übereinstimmende Größe und gleiche Farbenzusammenstellung beider Marken, da diese Merkmale nach konstanter bisheriger Praxis des Bundesgerichtes nicht zum Wesen der Marke gehören, sondern der freien Wahl des Inhabers überlassen sind (vergl. z. B. Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Frossard c. Ormond, Bd. VII, S. 430 Erw. 5).

Aus dem Gesagten folgt, daß jedenfalls das objektive Erfordernis, der äußere Effekt, einer Nachahmung als nicht vorliegend zu betrachten ist. Pickel und Anker sind, trotz gewisser Ähnlichkeiten der Form, verschiedene Instrumente. Allerdings scheint ihre Verschiedenheit, welche für das Auffassungsvermögen eines Europäers außer allem Zweifel steht, von den Eingeborenen Hindindiens als Konsumenten der mit den streitigen Marken versehenen Waren nicht deutlich empfunden zu werden, wenn sie, nach der nicht völlig widersprochenen Behauptung des Klägers, dessen Marke als „Ankeretikette,“ die der Beklagten als „kleine Ankeretikette“ bezeichnen; allein andererseits dokumentieren gerade diese Bezeichnungen doch die Fähigkeit der Eingeborenen, die beiden Marken zu unterscheiden, und die Tatsache, daß sie im Handel auseinander gehalten werden.

4. Ergibt sich demgemäß schon aus den vorliegenden Akten die Unbegründetheit der Klagebegehren und damit der Hauptberufung, so fällt notwendigerweise auch das eventuelle Berufungsbegehren auf Aktenvervollständigung dahin.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird abgewiesen und demgemäß das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Frauenfeld vom 22. Juli 1902 in allen Teilen bestätigt.