

juin 1906 et du 12 juin 1909 dans le *Journal de Genève*, le *Bund* et la *Neue Zürcher Zeitung*. Cette décision doit être confirmée sous cette réserve que c'est le dispositif du présent arrêt qui fera l'objet de cette publication.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

1. Le recours de la défenderesse est écarté.
2. Le recours de la demanderesse est partiellement admis et l'arrêt rendu le 12 juin 1909 par la Cour de justice civile du canton de Genève est réformé en ce sens que l'indemnité à payer par la défenderesse est portée à la somme de 300000 fr. avec intérêts au 5 % dès le 12 juin 1909, et que c'est le dispositif du présent arrêt qui devra être publié, aux frais de la défenderesse, dans le *Journal de Genève*, le *Bund* et la *Neue Zürcher Zeitung*.

3. Par conséquent, l'arrêt rendu le 12 juin 1909 par la Cour de justice civile du canton de Genève étant réformé dans cette mesure et l'arrêt rendu par la dite Cour le 30 juin 1906 étant confirmé en son entier :

a. Mégevet, soit Mégevet & C^{ie}, sont déboutés de leur exception de nullité du brevet suisse Julius Maemcke n° 23582, classe 95, du 21 janvier 1901, dont la Société des Moteurs Daimler est propriétaire depuis le 28 octobre 1903.

b. C'est sans droit que Mégevet, soit Mégevet & C^{ie}, ont fabriqué et vendu depuis février 1901 les radiateurs, soit refroidisseurs dits « nid d'abeilles » imitant le radiateur breveté sous le n° 23582.

c. Il est fait défense à Mégevet, soit Mégevet & C^{ie}, de continuer cette fabrication et cette vente.

d. La Société Mégevet & C^{ie} est condamnée à payer à la Société des Moteurs Daimler la somme de 300000 fr., avec intérêts à 5 % dès le 12 juin 1909.

e. Il est ordonné la publication dans le *Journal de Genève*, dans le journal le *Bund* paraissant à Berne, et dans la *Neue Zürcher Zeitung* paraissant à Zurich, du dispositif du pré-

sent arrêt du Tribunal fédéral, aux frais de la Société Mégevet & C^{ie}.

f. La Société Mégevet & C^{ie} est condamnée à tous les dépens de l'instance cantonale, dans lesquels sont compris le coût des expertises.

g. Les parties sont déboutées de toutes plus amples et contraires conclusions.

VIII. Fabrik- und Handelsmarken. Markes de fabrique.

85. Urteil vom 23. Dezember 1909 in Sachen
A.-G. Zigarren- und Tabakfabriken J. G. Geiser,
Kl. u. Ver.-Kl., gegen
Gantscht-Sandmeier, Befl. u. Ver.-Befl.

Einrede der mangelnden Schutzfähigkeit einer Marke (Art. 3 Abs. 2 MSchG). Darstellung der « Helvetia » mit Schweizer- und Kantonswappen. Inwieweit genießt das Bild der « Helvetia » als Eigentum des schweizerischen Staates oder als « Gemeingut » den gesetzlichen Schutz nicht? Erlaubte Individualisierung dieses staatlichen Symbols. — Markenrechtsverletzung durch ein hinterlegtes Muster (Art. 24 lit. a MSchG). Gegenseitiges Verhältnis von Markenrecht und Musterschutz (Art. 2 MMSch.). — Entschädigung für die Markenrechtsverletzung. Anwendung des Art. 32 MSchG.

A. — Durch Urteil vom 27. Mai 1909 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau in der vorliegenden Rechtsstreitfache erkannt :

Die Klage wird abgewiesen und ausgesprochen : a) daß die Marken Nr. 23,877/78 in den für diesen Prozeß maßgebenden Bestandteilen ungültig, d. h. nicht schutzfähig sind ; b) daß das „Muster“ Nr. 14,158 der Klägerin nicht gültig eingetragen bzw. nicht schutzfähig ist.

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen :

666 A. Entscheidungen des Bundesgerichts als oberster Zivilgerichtsinstanz.

1. In Abänderung des Vorentscheides zu dem angefochtenen Urteil seien die zu den Artikeln 6, letzter Satz, 11, 17 und 18 der Klage angerufenen Zeugen abzuhören; ebenso sei die zu den Artikeln 19 der Klage und 27 der Replik beantragte Expertise abzunehmen.

2. In Abänderung des angefochtenen Urteils seien die sämtlichen acht Rechtsbegehren der Klageschrift gutzuheissen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin die gestellten Berufungsanträge wiederholt. Der Vertreter des Beklagten hat auf Abweisung der Berufung geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Am 29. Mai 1908 hat die Klägerin, die A.-G. Zigarren- und Tabakfabriken J. G. Geiser, in Langenthal, zwei (bereits von ihrem Rechtsvorgänger J. G. Geiser verwendete) Fabrikmarken unter den Nr. 23,877/78 beim eidg. Amt für geistiges Eigentum hinterlegen lassen. Hauptbestandteil der beiden Marken bildet eine, rechts auf dem Markenbilde befindliche, stehende Figur der Helvetia. Mit der linken Hand stützt sie sich auf ein Wappenschild (das auf der amtlich deponierten Marke eine schraffierte Fläche, auf der im Verkehr verwendeten dagegen das eidgenössische Wappenbild enthält); mit der rechten Hand hält sie einen mit einem Beil versehenen Hutensbündel (fascies). Auf dem Kopf trägt sie einen Lorbeerkranz; vorn längs der Kleidung läuft ein Band abwärts, das mit den verschiedenen kantonalen Wappen geschmückt ist. Auf der freien Fläche links der Figur findet sich im oberen Teile, dreiteilig, die Aufschrift „J. G. Geisers Helvetia-Zigarren“ (bei der Nr. 23,877) oder „Helvetia-Schützen-Vouts“ (bei der Nr. 23,878); darunter ein kleiner Kreis und in diesem das Bild einer Schwalbe und die sehr klein geschriebenen Worte „Schwalbe. Fabrikmarke gesetzlich geschützt“. Unter dem Kreise sind die Unterschrift „J. G. Geiser“ und die Worte „Langenthal V. C.“ angebracht. Das Gesamtbild endlich ist von einem mit breiten Streifen schraffierten Rande umgeben. Die Klägerin verwendet die beiden Zigarrenmarken als Verpackung für ihre Zigarrenpäckchen. Eine solche Zigarrenumhüllung, bedruckt mit der Marke Nr. 23,877, hat sie ferner im Jahre 1907 unter der Nr. 14,158 als gewerbliches Muster beim eidgenössischen Amt hinterlegt.

Mit der vorliegenden Klage belangt nun die Klägerin den Beklagten Samuel Gautschi-Sandmeier, Tabakfabrikanten in Boniswil, wegen Verletzung ihrer Rechte an den beiden Marken und an dem Muster, welche Verletzung sie darin findet, daß der Beklagte am 17. August 1908 eine Etikette von täuschender Ähnlichkeit unter der Nr. 15,714 als Muster hinterlegt habe und sie für seine Fabrikate als Verpackung verwende.

2. — Daß die als Teil der Verpackung dienende Etikette des Beklagten, in ihrem Gesamtbilde betrachtet, eine Nachahmung der beiden Marken und des Musters der Klägerin darstellt, unterliegt keinem Zweifel. Die darauf befindliche Figur der Helvetia ist in allen wesentlichen, der Erinnerung sich einprägenden Momenten der klägerischen Figur nachgebildet, und ebenso weist die Aufschrift „Gautschis Helvetier Zigarren“ nach ihrer Stellung im Gesamtbilde, der Wortanordnung und der Schriftform eine offenbar auf Nachbildung beruhende Ähnlichkeit mit den klägerischen Marken auf. Die Umkehrung des Gesamtbildes aber, wonach bei der Etikette des Beklagten die weibliche Figur sich auf der linken statt auf der rechten Bildseite befindet und dementsprechend nach rechts statt nach links hin blickt, die rechte statt die linke Hand auf den Schild stützt und mit der linken statt mit der rechten Hand die fascies hält, wirkt für das Erinnerungsvermögen nicht differenzierend genug, umsoneniger, als die Betrachtung des Gesamtbildes wegen der durch die Verpackung bewirkten Umrollung erschwert wird. Soweit im übrigen noch Verschiedenheiten bestehen — bei der Etikette des Beklagten ist das Band am Kleide der Figur statt mit Kantonswappen mit Ornamenten verziert, fehlt der Kreis mit der Schwalbe usw. — handelt es sich um Details, die für den bleibenden Eindruck ebenfalls nicht bestimmend sind. Das gleiche gilt von dem Umstand, daß der Wappenschild auf dem klägerischen Bilde eine einfache schraffierte Fläche enthält, während beim Beklagten auf dem Schilde wiederum ein kleineres, mit Sternen versehenes und von zwei Löwen flankiertes Wappen angebracht ist, das aber nach Größe und Zeichnung wenig hervortritt. Dabei ist freilich zu bemerken, daß die Klägerin ihre Marken nicht so verwendet, wie sie eingetragen sind, sondern die schraffierte Wappenfläche durch das eidgenössische Wappen, das weiße Kreuz im roten Feld, ersetzt. Für die

vorliegende Streitfrage ist das aber ohne Belang, indem bei der Prüfung, ob die Etikette des Beklagten der klägerischen Marke täuschend ähnlich sei und ob deshalb eine Markenschutzverletzung vorliege oder nicht, auf das Markenbild, so wie es eingetragen und gesetzlich geschützt ist, abgestellt werden muß. Sollte das Bild, so wie es tatsächlich benutzt wird, einer Verwechslung mit der Etikette der Beklagten weniger ausgesetzt sein, so kann dies nur für die Schadenersatzfrage Bedeutung haben (vergl. unten Erwägung 5).

3. — Der Beklagte bestreitet denn auch die große Ähnlichkeit der beiden Gesamtbilder nicht ernstlich, sondern stellt sich gegenüber der Klage im wesentlichen auf den Standpunkt, daß an der klägerischen Marke nur zwei, für die Betrachtung untergeordnete und in seiner Etikette nicht enthaltene Bestandteile schutzbar seien, nämlich der Firmenname J. G. Geiser und das von einem Kreise eingeschlossene Schwalbenbild, wogegen die Hauptbestandteile der Marke, nämlich die Helvetia, mit dem eidgenössischen Wappenschild und den Wappen der Kantone an ihrem Mantel, und das Wort „Helvetia“ neben dieser heraldischen Figur, nach Art. 3 Abs. 2 MSchG den gesetzlichen Schutz nicht genießen. In Hinsicht auf diese unzulässigen Bestandteile müßten vielmehr die Marken als nichtig erklärt werden.

Die angerufene Gesetzesbestimmung nimmt vom Markenschutz aus: „Öffentliche Wappen und alle als Eigentum eines Staates oder als Gemeingut anzusehende Zeichen, welche in die Marke einer Privatperson aufgenommen werden.“ Nun kommen zunächst „öffentliche Wappen“ hier insoweit in Betracht, als die Klägerin bei der Verwendung ihrer Marke auf dem Wappenschild das eidgenössische Kreuz anbringt, und als sich auf dem Band des Mantels die Kantonswappen befinden. Insoweit entbehrt die Marke somit des gesetzlichen Schutzes, wobei aber zu bemerken ist, daß die Anbringung der Kantonswappen auf dem eingetragenen Markenbilde die Nichtigkeitserklärung der ganzen Marke für sich allein nicht zu begründen vermag, weil man es hier mit einem nebensächlichen ornamentalen Beiwerk, nicht mit einem wesentlichen Bestandteile im Sinne von Art. 14 Ziffer 2 MSchG zu tun hat (vergl. US 16 S. 43 oben). Nun besteht aber nach den früheren Ausführungen auch dann, wenn man diese Wappenbilder bei Seite läßt, eine

täuschende Ähnlichkeit, nämlich wegen der Übereinstimmung hinsichtlich der Figur der Helvetia und der Wertbezeichnung, und es fragt sich daher im weitern, ob der Beklagte mit Recht gegenüber dem klägerischen Hinweis auf diese Ähnlichkeit geltend mache, daß das Helvetiabild und das Wort „Helvetia“ Eigentum der Eidgenossenschaft oder Gemeingut seien.

Was zunächst die Frauengestalt auf der klägerischen Marke betrifft, die zweifellos und wie unbestritten ist, die Helvetia personifizieren soll, so ist zu sagen, daß eine typische bildliche Darstellung der Helvetia, als des Symbols der schweizerischen Nationalität, nicht besteht. Vielmehr wird die Frauengestalt, die dieses Symbol verkörpern soll, nach ihren einzelnen Merkmalen, Gesichtszügen, Körperform, Kleidung, Stellung und Umgebung, in der verschiedenartigsten Weise individualisiert. Es gibt so neben den Helvetiabildern, die der Staat auf Münzen, Briefmarken, Stempeln usw. anbringt (und die selbst wiederum nach keinem einheitlichen Typus als ständiger heraldischer Form der Helvetia gebildet sind, sondern nach Charakter und Aussehen Verschiedenheiten aufweisen und im Laufe der Zeit vielfach geändert haben), noch eine große Anzahl privater Darstellungen der Helvetia, die sich durch ihre Eigenart von jenen wesentlich unterscheiden. Als Eigentum des Staates und staatliche Individualzeichen können nun aber nur jene vom Staat verwendeten konkreten Darstellungen des Symbols gelten, nicht das Symbol in seiner Allgemeinheit, als bloße Idee (vergl. auch die bundesrätliche Botschaft zum Markenschutzgesetz v. Jahre 1890, BBl 1886 III S. 559 unten, wo vom Schutz der „Helvetia unserer Münzen“ gesprochen wird). Personifiziert ein Privater dieses Nationalsymbol nach seiner Art, um es als Marke zu verwenden, so kann seinem Helvetiabild die Schutzfähigkeit stets dann nicht unter Berufung darauf, daß es Staats Eigentum sei, abgesprochen werden, wenn es sich in charakteristischer Weise von den amtlichen Darstellungen der Helvetia unterscheidet. Das ist aber hier unzweifelhaft der Fall, und der Beklagte hat denn auch selbst nicht behauptet, daß die klägerische Figur irgend einem der amtlichen Helvetiabilder ähnlich sehe. Sein Argument, daß das Symbol der schweizerischen Nation überhaupt nicht auf Fabrik- oder Handelsmarken enthalten sein dürfe, kann de lege

ferenda von Bedeutung sein, läßt sich aber aus dem gegenwärtigen Gesetze nicht begründen. In Wirklichkeit wird denn auch die Helvetia vielfach als Marke oder Markenbestandteil verwendet.

Auf Grund des Gesagten ist auch die andere Frage zu lösen, ob das klägerische Helvetiabild als „Gemeingut“ nach Art. 3 Abs. 2 des gesetzlichen Schutzes entbehre. Von Gemeingut läßt sich hier in dem Sinne sprechen, daß es jedem freisteht, die Helvetia als Symbol des Landes bildlich darzustellen, wogegen andererseits, wenn nicht jeder, so doch wenigstens jeder schweizerische Inhaber eines Fabrikations- oder Handelsgeschäftes seine Darstellung, durch die er das Symbol individualisiert, als schutzfähige Marke oder Markenbestandteil sich aneignen und verwenden kann, sofern sie sich von den amtlichen Helvetiabildern genügend unterscheidet. Mit einer solchen Individualisierung hat man es aber hier nach der oben gegebenen Beschreibung der klägerischen Marke zu tun. Unerörtert kann bleiben, ob das Helvetiabild Freizeichen einer bestimmten Warenbranche dadurch werden könne, daß es für diese Branche den Charakter eines Warengattungs- oder Qualitätszeichens annimmt. Daß solches für die Zigarrenindustrie der Fall sei, ist nicht behauptet und noch weniger dargetan worden.

Was sodann das Wort „Helvetia“ auf der klägerischen Marke anbetrifft, so braucht auf die Frage, ob es als solches Gemeingut sei, nicht eingetreten zu werden. Denn selbst wenn dem so ist, so liegt doch eine täuschende Nachahmung in der Art und Weise, wie der Beklagte die ganze Aufschrift der klägerischen Marke, deren Bestandteil der Ausdruck „Helvetia“ ist, nach der Stellung im Gesamtbild, der Ordnung der einzelnen Worte und der Schriftform, in seiner Etikette wiedergegeben hat.

4. — Laut den bisherigen Ausführungen ist also, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung, anzunehmen, daß der Beklagte einer Verletzung des klägerischen Markenrechtes sich schuldig gemacht hat, und es ist daher die Hinterlegung seiner Etikette als Muster Nr. 15,714 ungültig und ihm deren weiterer Gebrauch zu untersagen. Dagegen hat der Beklagte nicht, wie die Klägerin behauptet, auch noch eine mit jenem Eingriff in das Markenrecht konkurrierende Musterrechtsverletzung begangen. Denn mit dem Bilde, das die Klägerin auf ihrer Verpackung angebracht hat, verwendet

sie kein Muster im gesetzlichen Sinne, keine äußere Formgebung, die bei der gewerblichen Herstellung eines Gegenstandes als Vorbild dienen soll (Art. 2 MMS v. 1900). Die Anbringung des Bildes ist nicht Selbstzweck, so daß damit der Ware oder auch nur der Verpackung wegen seiner Originalität ein besonderer Wert verliehen würde. Vielmehr wird das Bild nur deshalb angebracht, um die Ware als klägerisches Fabrikat erkennen zu lassen. Es ist nach seinem Wesen und nach seiner Funktion ausschließlich Warenzeichen und daher des Musterrechtes nicht fähig. Durch dessen Hinterlegung hat also die Klägerin kein Musterrecht erworben.

5. — Aus der begangenen Verletzung ihres Markenrechtes ist der Klägerin zunächst ein Anspruch auf Geldentschädigung erwachsen. Der durch die Nachahmung entstandene Schaden kann indessen nach der ganzen Sachlage nicht bedeutend sein, indem namentlich dadurch, daß die Klägerin das eidgenössische Wappen nachträglich auf ihren Marken angebracht hat, die Verwechslungsmöglichkeit mit den klägerischen Etiketten vermindert wurde. Ein Schadensbetrag von 200 Fr. scheint bei Berücksichtigung aller Umstände als angemessen. Da die Klägerin mit Zusprechung dieser Summe — abgesehen von den unten noch zu erwähnenden Maßnahmen — voll schadlos gehalten wird, fällt die daneben geltend gemachte Forderung aus concurrence déloyale außer Betracht.

6. — In Hinsicht auf die geringfügige schädigende Wirkung der Markenrechtsverletzung, und da eine Diskreditierung der klägerischen Marke nicht dargetan ist, rechtfertigt sich das Begehren um Publikation des Urteils nicht. Dagegen ist das Begehren, die Beschlagnahme und Vernichtung der die klägerischen Marken nachahmenden Etiketten anzuordnen, nach den Art. 31 und 32 MSchG begründet, und es scheint auch die Vernichtung der zur Herstellung dieser Etiketten dienenden Clichees angezeigt. Soweit aber die Klage weitergeht, ist sie abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird grundsätzlich gutgeheißen und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, daß die beiden klägerischen Marken Nr. 23,877/78 als gültig anerkannt werden, daß die als Muster

Nr. 15,714 hinterlegte Etikette des Beklagten als rechtswidrig erklärt und dem Beklagten deren weiterer Gebrauch untersagt wird, daß der Beklagte der Klägerin 200 Fr. mit Zins zu 5% seit der Anhebung der Klage zu bezahlen hat und daß die angefochtenen Etiketten und die zu ihrer Herstellung dienenden Glichees zu zu beschlagnahmen und zu vernichten sind. Soweit die Klagebegehren weiter gehen, werden sie abgewiesen.

IX. Gewerbliche Muster und Modelle.

Dessins et modèles industriels.

Siehe hierüber, außer dem nachstehenden Urteil, auch noch:

Nr. 85 Crw. 4.

Voir, outre l'arrêt ci-dessous, n° 85 consid. 4.

86. Arrêt du 15 octobre 1909 dans la cause
Wenker, dem. et rec., contre Décombaz, déf. et int.

Dessin ou modèle industriel susceptible d'être protégé, art. 2 et 3 LF du 30 mars 1900. La définition légale ne comprend que les « Geschmacksmuster », à l'exclusion des « Gebrauchsmuster ». **Nullité du dépôt** conformément à l'**art. 12 chiff. 4 LF.**

A. — A la date du 3 janvier 1901, Frédéric Wenker, inventeur, à Berne, a déposé au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle un modèle d'un appareil destiné à cirer les parquets. Ce modèle a été enregistré sous N° 7714. Un certificat de dépôt a été remis au déposant le 4 janvier 1901.

L'appareil se compose d'un récipient de fer-blanc en forme de tonnelet muni d'une tige creuse, en fer-blanc également, destinée à recevoir un manche pour faciliter l'usage de l'huileur. Le réservoir porte à sa partie supérieure une embouchure permettant l'introduction d'une huile spéciale ayant les mêmes qualités que la cire dite cire à parquets. Le récipient est encore muni d'une soupape réglant l'écoulement de l'huile dans la brosse adaptée au-dessous du dit récipient.

Après le dépôt de son appareil, Wenker le mit en vente au prix de 12 fr. 50 cts. Sa clientèle devenant nombreuse à Genève, Wenker engagea un sieur Frick, comme représentant dans cette ville. Le 22 juillet 1908, le sieur Frick envoya à Wenker une circulaire d'un sieur Décombaz, qui offrait, au prix de 10 francs, un huileur de parquet semblable au modèle déposé par Wenker. Décombaz mettait également en vente une huile destinée à être utilisée dans l'appareil.

Wenker fit alors constater, le 21 octobre 1908, la présence dans les magasins de Décombaz de 73 appareils complets, 13 appareils incomplets et 24 brosses s'adaptant aux dits appareils. L'expert désigné pour examiner l'appareil mis en vente par Décombaz, a déclaré que cet appareil était exactement semblable à celui déposé par Wenker au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle.

B. — C'est à la suite de ces faits que, par écriture du 10 novembre 1908, Wenker a introduit, devant la Cour de justice civile du canton de Genève, une action tendant à ce qu'il plût au tribunal:

1° Prononcer que les appareils trouvés chez Décombaz sont une imitation du modèle déposé par le demandeur.

2° Condamner le défendeur à lui payer une indemnité de 300 francs (somme portée plus tard à 3000 fr.).

3° Faire défense au défendeur de fabriquer à l'avenir des appareils semblables au modèle déposé, à peine de cinq francs de dommages-intérêts par appareil contrefait.

C. — Décombaz soutint qu'une partie de la demande était basée sur des faits de concurrence déloyale échappant à la compétence de la cour de Justice; que d'ailleurs l'appareil de Wenker n'était pas nouveau au sens de l'art. 12 de la loi fédérale, du 30 mars 1900, sur les dessins et modèles industriels. Le dépôt devait en conséquence être déclaré nul.

En définitive le défendeur a demandé à la Cour:

1° de se déclarer incompétente en ce qui concerne la concurrence déloyale;

2° de dire que le dépôt effectué par Wenker sous N° 7714 est nul et qu'il ne constitue pas un modèle nouveau. Ordonner la main-levée de la saisie provisionnelle;