

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu weiterer Beweisabnahme und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

IV. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE.

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Juli 1923

i. S. Bertsch gegen Ernst.

Frage der Verwechselbarkeit zweier Marken bei einem sog. schwachen Zeichen (Ährenbild für Teigwaren).

A. — Der Kläger Robert Ernst ist Inhaber einer Teigwarenfabrik in Kradolf, welche seine Vorfahren schon seit 1858 betrieben haben. Im Anfang des Jahres 1920 entschloss er sich, an Stelle der Marke, die sein Vater verwendet hatte, und die ein Thurgauer Mädchen darstellte, eine neue einzuführen. Auf Veranlassung des Vertreters der lithographischen Anstalt Trüb & Cie in Aarau, namens Rechsteiner, setzte er sich deswegen mit dem Künstler Blöchlinger in St. Gallen in Verbindung. Dieser entwarf eine Marke, die in einer aufrechtstehenden Ähre, mit ausstrahlenden, parallel geführten Haaren bestand, auf deren unterstem Drittel der Buchstabe R links und E rechts der Ähre angebracht war. Dem Kläger gefiel diese Marke und er « kaufte » sie, wie er sagt, im März 1920, übergab aber die Herstellung, da ihm Rechsteiner zu teuer schien, den Firmen Seitz in St. Gallen und Martin in Herisau; er bestellte bei ihnen 100,000 Stück Verpackungen, die mit der Marke Blöchlingers versehen waren. Vom April 1920 an brachte

er seine Produkte in diesen Verpackungen auf den Markt. Hingegen unterliess er es, die Marke eintragen zu lassen.

B. — Im Herbst 1922 brachte der Beklagte Bertsch, welcher in Romanshorn eine Teigwarenfabrik betreibt, Produkte in einer Verpackung in den Handel, die als Marke ebenfalls eine aufrechtstehende Ähre mit ausstrahlenden Haaren führt. Die Ähre ist jedoch auf der einen Seite der Verpackung durch eine unregelmässige hochgestellte Raute eingefasst. Auf dem untersten Drittel der Ähre liegt ein schwarzes Band quer über derselben, welches das Wort « Bertsch » trägt. Am 12. Juni 1922 hatte der Beklagte diese, von Carl Böckly in St. Gallen entworfene Marke (mit Rauteneinfassung) im eidg. Markenregister eintragen lassen.

C. — Nun liess auch der Kläger seine Marke, und zwar am 28. November 1922 eintragen; und er verlangt mit der vorliegenden, beim Bezirksgericht Arbon als einziger kantonaler Instanz angehobenen Klage:

1. die Marke des Beklagten sei nichtig zu erklären und zu löschen;

2. der Beklagte sei zu verpflichten, den Vertrieb seiner mit dieser Marke versehenen Erzeugnisse bezw. der mit derselben versehenen Verpackungen sofort einzustellen, und es sei ihm die künftige Verwendung der Marke im Geschäftsverkehr zu untersagen;

3. sämtliche mit der angefochtenen Marke versehenen Verpackungen seien sofort zu beschlagnahmen und zu vernichten;

4. der Kläger sei berechtigt zu erklären, das Urteil auf Kosten des Beklagten im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in andern, vom Gericht zu bestimmenden Blättern zu veröffentlichen.

Zur Begründung führte der Kläger aus, seine Marke habe sich überall rasch und gut eingeführt; er habe schon das dritte Hunderttausend im Gebrauche. Er verwende die Marke in zwei Farben-Nuancen: für die sog. Einheitsqualität benütze er die grünliche

Verpackung und für die feinere Qualität die bräunliche. Der Beklagte führe seine Marke ebenfalls in zwei, die Qualitäten unterscheidenden, mit den klägerischen verwandten Farben, nämlich bläulich-grün und gelblich-braun, mit dem einzigen Unterschied, dass die Ähre auf der einen Seite der Packung durch eine unregelmässige Raute eingefasst sei, während sie auf der anderen Seite auch frei stehe. Die beklagte Marke unterscheide sich von der klägerischen nicht genügend, sie sei ihr so nachgemacht, dass das kaufende Publikum irreführt werde.

D. — Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und verkündigte dem Böckly den Streit. Er machte geltend, dass sozusagen alle Teigwarenfabrikanten in der Ostschweiz Ähren als Fabrikzeichen verwenden; die Ähre sei zum Gemeingut geworden und könne deshalb keinen wesentlichen Bestandteil der Marke bilden. Die Herkunftsbezeichnung sei so deutlich als möglich durch den Namen « Bertsch » hervorgehoben.

E. — Das Bezirksgericht Arbon hat mit Urteil vom 22. März 1923 erkannt:

« Die Rechtsfragen 1 und 2 werden bejahend und die Rechtsfragen 3 und 4 im Sinne der Motive verneinend entschieden. »

F. — Gegen dieses Urteil haben der Beklagte und der Litisdennunziat die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen, die Klage sei in allen Teilen abzuweisen, eventuell die Sache sei zur Abnahme der vom Beklagten beantragten Beweise, eventuell auch zur Durchführung einer Expertise an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Nachdem die Vorinstanz die Rechtsbegehren 1 und 2 der Klage gutgeheissen, die Rechtsbegehren 3 und 4 dagegen abgewiesen hat, und die Berufung nur vom Beklagten gegen die ihn beschwerende Entscheidung über die Klagebegehren 1 und 2 ergriffen

worden ist, fallen die weiteren Rechtsbegehren für das Bundesgericht ausser Betracht. Es hat sich nur mit den ersten beiden zu beschäftigen, d. h. erstens mit der Frage, ob die Marke des Beklagten nichtig zu erklären und daher zu löschen sei, und zweitens, ob dem Beklagten zu verbieten sei, diese Marke zukünftig zu verwenden, bzw. seine Erzeugnisse und Verpackungen damit zu versehen.

2. — Eine dezepptive Marken-Nachahmung liegt insoweit nicht vor, als die Übereinstimmung sich auf Elemente bezieht, welche markenrechtlich nicht appropriert werden können, z. B. auf Elemente vorwiegend beschreibender Natur, oder auf solche die sonstwie als Freizeichen, im Gemeingut stehend, erscheinen. *In casu* ist nun unverkennbar eine Ähnlichkeit zwischen den beiden Marken zu konstatieren; sie beruht darauf, dass beide das Bild einer Ähre tragen; und zwar ist das Ährenbild der für den Betrachtenden hervorstechende Bestandteil der Marken. Die Ähre ist der wesentliche Gegenstand des Markenbildes, gegenüber welchem die übrigen Bestandteile und Linien mehr nur als Beiwerk erscheinen. Allein gerade dieser Gegenstand der Marke steht mit dem Gegenstand des Produkts, für welches die Marke bestimmt ist, in einem gewissen engeren, gedanklichen Zusammenhang.

Es mag wohl sein, dass, wie die Vorinstanz ausführt, bei den Fabrikanten und Händlern, welche die Ähre in ihrer Marke führen, das Bewusstsein, es handle sich um ein Freizeichen, noch nicht vollständig durchgedrungen ist; entscheidend ist, ob man es mit einem Zeichen zu tun habe, welches in so enger Verbindung mit dem Produkt steht, für welches es dient, dass seine distinktive Kraft als privates Herkunftszeichen dadurch verloren geht. Denn ein Zeichen kann der Eignung und Kraft, als Sonderbezeichnung für die Produkte eines einzelnen Handel- oder Gewerbetreibenden, in Ausschluss aller übrigen, zu dienen, m. a. W. als Markenzeichen von diesem Einzelnen in Anspruch genom-

men zu werden, nicht nur dann entbehren, wenn es den Gegenstand der Marke selber, sondern auch, wenn es eine Eigenschaft der Ware oder deren Herkunft, die Materie, aus welcher sie hergestellt ist, in Wort oder Bild darstellt und damit eine Ideenassoziation zwischen Marke und Ware wachruft (vgl. KOHLER, Warenzeichenrecht S. 93, 105 f.; PATAILLE, Annales 12 S. 430 ff.). Im vorliegenden Fall nun weist der Hauptbestandteil der Marke, die Ähre, offensichtlich auf den zur Teigwarenfabrikation verwendeten Rohstoff hin. Die Marke erweist sich deshalb als eine schwache, in dem Sinne, dass nicht schon dem Ährenbild an sich, sondern nur der besonderen Gestaltung desselben Individualisierungskraft zukommt (vergl. KOHLER a. a. O. S. 106). In der Ausgestaltung des Ährenmotivs aber unterscheidet sich die beklagte Marke wesentlich von derjenigen des Klägers. Abgesehen davon, dass bei jener die ausstrahlenden Haare nicht parallel geführt sind, sondern divergieren, und die ganze Darstellung eine viel breitere Form aufweist, fällt in Betracht, dass das Ährenbild durch eine Raute eingefasst ist, namentlich aber, dass auf dem breiten schwarzen Bande der volle Namen « Bertsch » in sehr leserlicher Art aufgetragen ist, was in hervorragendem Masse dazu beitragen muss, einer Verwechslung mit der Marke des Klägers vorzubeugen.

3. — Besteht sonach die Marke des Beklagten zu Recht, so kann ihm nicht verwehrt werden, sie als solche auf seinen Erzeugnissen und Verpackungen zu verwenden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird begründet erklärt und das Urteil des Bezirksgerichts Arbon vom 22. März 1923 dahin abgeändert, dass die Klagebegehren 1 und 2 im Sinne der Erwägungen abgewiesen werden.

I. FAMILIENRECHT
DROIT DE LA FAMILLE

44. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. Juni 1923
i. S. Geschwister K. gegen Georg K. u. Charlotte Sch. gesch. K.

Anfechtung der Ehelichkeit ausländischer Kinder: NAG Art. 8 und 32; ZGB Art. 253 und 256: Die für den Gerichtsstand massgebende Heimat ist die des eingetragenen, nicht des natürlichen Vaters. Kinder sind zur Anfechtung ihrer Ehelichkeit nicht legitimiert.

A. — Die minderjährigen Geschwister Rosa, Margrit und Charlotte K. (geboren 1911, 1916 und 1917) erhoben im Januar 1923 durch ihren Beistand beim Bezirksgericht Zürich Klage gegen ihre ehelichen Eltern, den nachrichtlos abwesenden Vater Georg K., von München, und die Mutter Charlotte Sch., geschiedene K., mit dem Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass sie nicht die ehelichen Kinder der Beklagten, sondern die ausser-ehelichen der beklagten Frau Sch. seien. Zur Begründung ihrer Klage machten sie geltend, die Beklagten, die sich im Jahre 1900 verheiratet haben, hätten sich im Jahre 1904 getrennt. Der Beklagte sei 1908 nach Südamerika ausgewandert und seither nicht mehr zurückgekehrt, ohne dass sein Aufenthalt bekannt sei. Die Beklagte Frau Sch. sei dann in die Schweiz gezogen, wo sie seit 1910 mit F. Sch. von Kriens, ihrem heutigen Ehemanne, zusammenlebe. Diesem Verhältnis seien die drei Kläger entsprossen, die als Kinder des K. ins Zivilstandsregister eingetragen worden seien. Im Jahre 1920 habe die Mutter der Kläger die Scheidung von ihrem ersten Manne erwirkt und darauf Sch. geheiratet, der die Kläger als seine