III. Zoll- und Handelsvertrag zwischen der Schweiz und dem deutschen Zoll- und Handelsverein.

Traité de commerce et de douane entre la Suisse et l'Union douanière allemande.

101. Urtheil vom 3. Dezember 1881 in Sachen Kiesow.

A. Der Apotheker P. Gaupp in Romanshorn, Kantons Thurgau, fabrizirte eine Lebensessenz, welche der Augsburger Lebensessenz des Hauses J. G. Kiesow nachgemacht war; er brachte dieselbe unter Verwendung einer Etiquette, welche der, aus einem figürlichen Waarenzeichen sowie der Angabe der Firma und des Wohnortes des Fabrikanten bestehenden, Etiquette des Hauses J. G. Kiesow, immerhin indeß unter Abänderung des Namens Kiesow in Kriesow, genau nachgebildet war, sowie unter Nachahmung von Siegel und Verpackung des Kiesow'schen Produktes, in den Handel. Im Mai 1879 verkaufte Apotheker P. Gaupp sein Geschäft an den Apotheker A. Visino, welcher die Fabrikation und den Verkauf der Lebensessenz in gleicher Weise wie sein Geschäftsvorgänger fortbetrieb.

B. Nachdem die Firma J. G. Kiesow am 16. Juli 1880 ihre Fabrikmarke beim eidgenössischen Amte für Fabrik- und Handelsmarken in Bern hinterlegt hatte und dies im Bundesblatte (Nr. 42 des Jahrganges 1880) am 2. Oktober 1880 veröffentlicht worden war, reichte die Firma J. G. Kiesow am 20. Oktober 1880 gegen den Apotheker Gaupp beim Bezirksamte Arbon Strafanzeige wegen Mißbrauches von Fabrik- und Waarenzeichen, gestützt auf Art. 10 des Handels- und Zollvertrages zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und dem deutschen Zoll- und Handelsverein und Art. 31 eventuell 32

der Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich zum gegenseitigen Schutze des litterarischen, künstlerischen und gewerblichen Eigenthums vom 30. Juni 1864 ein. Diese Untersuchung wurde in der Folge gemäß einer Verfügung der thurgauischen Staatsanwaltschaft vom 13. November und einem Antrage des Damnifikaten vom 7. Dezember 1880 auch auf den Apotheker Visino ausgedehnt; diesem gegenüber wurde durch die Untersuchung konstatirt: Laut Schreiben des Statthalters von Arbon vom 12. November 1880 fanden sich bei demselben 500 Fläschchen Lebensessenz mit nachgeahmten Etiquetten und Gebrauchsanweisungen vor, welche vorläufig mit Beschlag belegt wurden. Durch Protokoll des Bezirksstatthalters von Arbon vom 17. November 1880 ist im Weitern festgestellt, daß laut seinen Geschäftsbüchern Apotheker Visino vom 1. Januar bis „gegen Ende Oktober 1880" für die Summe von 4270 Fr. solche Lebensessenz veräußerte, während sich dagegen aus den Geschäftsbüchern ergibt, daß er seit Ende Oktober 1880 keine Lebensessenz mehr veräußert hat. Ueberdem ist eine am 8 Oktober zur Post gegebene Preisliste des Apothekers Visino zu den Akten gebracht worden, in welcher die „Augsburger Lebensessenz" ebenfalls aufgeführt, bezw. zum Verkaufe angeboten wird.

C. Durch zweitinstanzliches Urtheil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 29. Juni 1881 wurde, in Bestätigung des Urtheils der ersten Instanz, gegen welches die Staatsanwaltschaft sowie die Firma J. G. Kiesow in Augsburg die Appellation ergriffen hatten, entschieden: „Die Appellaten seien des Betruges und der Fälschung, A. Visino der strafbaren Uebertretung des Gesetzes betreffend Markenschutz nicht schuldig" und demgemäß erkannt:

1. Seien dieselben freigesprochen.
2. Zahle der Staat ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von 30 Fr. und 8 Fr. Anklagegebühr, sowie 6 Fr. 20 Cts. erstinstanzliche Kanzleikosten, die Appellaten 114 Fr. ihnen erstinstanzlich überbundene Untersuchungs- und Gerichtskosten.
3. Sei die Damnifikatsforderung abgewiesen.

Dabei wird im Wesentlichen ausgeführt: Die Strafklage der Staatsanwaltschaft stütze sich darauf, daß, wie schon in einem

obergerichtlichen Urtheile gegen P. Gaupp vom 3. Juni 1876 in einem ähnlichen Falle ausgesprochen worden sei, der Thatbestand des Betruges in idealer Konkurrenz mit dem der Fälschung vorliege und daß Visino, der auch nach der Publikation der Kiesow'schen Marke im Bundesblatte die imitirten Fabrikate verkauft habe, deßhalb in Gemäßheit des Handels- und Zollvertrages mit Deutschland vom 13. Mai 1869 zu bestrafen sei. Demgemäß beantrage sie gegen Gaupp in Anbetracht seiner Rückfälligkeit einen Monat Gefängniß und 200 Fr. Geldbuße, gegen Visino 10 Tage Gefängniß und 50 Fr. Geldbuße, sowie Konfiskation der nachgeahmten Etiquetten, Stempel, Siegel und Fläschchen. Der Damnifikat suche um sofortige Festsetzung der Damnifikatsentschädigung nach und erkläre, daß er den Schaden auf mindestens 1500 Fr. schätze, dagegen damit einverstanden sei, daß, falls sonst wegen der Kompetenz des korrektionellen Richters Bedenken obwalten sollten, die Entschädigungsforderung auf 200 Fr. fixirt werde. Das Obergericht nehme nun allerdings an, daß nach Mitgabe des kantonalen Strafrechtes die eingeklagten Handlungen den Thatbestand des Verbrechens des Betruges und der Fälschung enthalten; allein nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken könne über die Nachahmung von Fabrik- und Handelsmarken nur mehr nach Mitgabe dieses Bundesgesetzes erkannt werden. Demnach müssen aber die Angeklagten freigesprochen werden. Denn nach Art. 20 leg. cit. sei die civil- oder strafrechtliche Verfolgung wegen solcher Handlungen, die vor der Eintragung der Marke stattgefunden haben, nicht zuläßig, und nun habe der Beklagte Gaupp nur bis zum Mai 1879 Lebensessenz fabrizirt und verkauft, und sei auch gegenüber dem Angeklagten Visino nicht bewiesen, daß er seit der am 2. Oktober 1880 erfolgten Publikation der Marke des Hauses J. G. Kiesow im Bundesblatte noch weiter imitirte Lebensessenz fabrizirt oder verkauft habe.

D. Gegen dieses Urtheil ergriff die Firma J. G. Kiesow den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht; sie beantragt, es sei das angefochtene Urtheil in dem Sinne abzuändern, daß A. Visino des Mißbrauchs von Fabrik- und Waarenzeichen gemäß Art. 10 des Handels- und Zollvertrages zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und dem deutschen Zoll- und Handelsverein vom 13. Mai 1869 und Art. 31, Ziffer 1, 2 und 3, event. Art. 32, Ziffer 1—3 der Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich zum gegenseitigen Schutze des litterarischen, künstlerischen und gewerblichen Eigenthums vom 30. Juni 1864 schuldig erklärt, angemessen bestraft und zur Bezahlung einer Schadenersatzsumme von 500 Fr. und einer prozeßualischen Entschädigung von 400 Fr. an J. G. Kiesow verurtheilt werde und daß die mit Beschlag belegten circa 500 Fläschchen Lebensessenz nebst Etiquetten und Verpackung konfiszirt werden. Zur Begründung wird bemerkt, die thatsächliche Annahme des angefochtenen Urtheils, es sei nicht bewiesen, daß A. Visino nach der Publikation der Kiesow'schen Fabrikmarke noch weiter imitirte Lebensessenz fabrizirt und verkauft habe, stehe mit dem Inhalte der Akten in offenbarem Widerspruche, da das Protokoll des Bezirksstatthalters von Arbon vom 17. November 1880 das Gegentheil beweise, wie sich dies auch aus den Büchern des Rekursbeklagten, deren Einziehung beantragt werde, ergeben müsse. Die Begründung des freisprechenden obergerichtlichen Urtheils sei daher auch dann unrichtig, wenn man mit dem Obergerichte annehme, die Marke der Rekurrentin genieße erst vom Tage der Publikation derselben und nicht schon vom Tage der Deposition an gerichtlichen Schutz, was übrigens nicht als richtig anerkannt werden könne.

E. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde bemerkt der Rekursbeklagte A. Visino im Wesentlichen: Die Rekurrentin sei zum Rekurse gegen das freisprechende Urtheil des Obergerichtes des Kantons Thurgau nicht legitimirt, da der Civilpartei nach thurgauischem Prozeßrechte selbständige Rechtsmittel gegen Strafurtheile gar nicht zustehen. Im Weitern sei der Rekurs an das Bundesgericht unstatthaft, weil Gesetzgebung und Rechtsprechung in Strafsachen, von ganz bestimmten hier nicht zutreffenden Ausnahmefällen abgesehen, Sache der Kantone und das Bundesgericht weder Appellations- noch Kassationsinstanz gegenüber kantonalen Strafurtheilen sei. Auch als Staatsgerichtshof könne Rekurrentin das Bundesgericht nicht anrufen,

da sie im Auslande niedergelassen sei, Rechte aus der Bundesverfassung aber von im Auslande wohnenden Ausländern jedenfalls nicht beansprucht werden können und es sich auch gar nicht um Verletzung eines Staatsvertrages handle, da an Stelle der von der Rekurrentin angerufenen vertragsmäßigen Bestimmungen das Bundesgesetz über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Dezember 1879, dessen Erlaß auch vertraglich vorgesehen gewesen, getreten sei; übrigens wäre die Zulässigkeit eines staatsrechtlichen Rekurses nach Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege dadurch bedingt, daß eine Verfügung gegen die Rekurrentin vorläge, was gar nicht zutreffe, und wäre ein solcher Rekurs in casu gemäß Ziffer 10, Art. 59 cit. nicht an das Bundesgericht, sondern an die politischen Bundesbehörden zu richten. Sodann sei die Beschwerde sachlich unbegründet; ein Beweis dafür, daß Rekursbeklagter auch nach der Publikation der Deposition der rekurrentischen Marke Lebensessenz fabrizirt und verkauft habe, liege nicht vor; allein auch angenommen, ein solcher Beweis wäre erbracht, so läge ein Vergehen seitens des Rekursbeklagten doch nicht vor, denn Rekursbeklagter habe, bevor er eine sachbezügliche Bekanntmachung der Rekurrentin in der schweizerischen pharmazeutischen Zeitung vom 5. November 1880 gelesen habe, gar nicht gewußt, daß Rekurrentin für ihre Marke das Schutzrecht in der Schweiz durch Hinterlegung derselben beim eidgenössischen Amte erworben habe. Das Bundesblatt, in welchem die Deposition vom 2. Oktober 1880 veröffentlicht worden sei, habe Rekursbeklagter nicht gelesen; dazu sei er auch gar nicht verpflichtet gewesen. Uebrigens habe Rekurrentin in ihrer erwähnten Bekanntmachung in der Pharmazeutischen Zeitung bekannt gegeben, daß „fernerhin vorkommende Imitationen von nun an gerichtlich verfolgt werden;" darin liege ein Verzicht auf Verfolgung früherer Nachahmungen ihrer Marke. Auch werde bestritten, daß der Rekurrentin irgendwelcher Schaden aus der Handlungsweise des Rekursbeklagten erwachsen sei. Ob in casu die Bestimmungen der von der Rekurrentin angerufenen Staatsverträge oder des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1879 zur Anwendung kommen, sei in materiell rechtlicher Beziehung

gleichgültig, da die Rekurrentin jetzt nicht mehr daran festhalte, daß Rekursbeklagter auch für Handlungen, welche vor der Publikation der Hinterlegung ihrer Marke stattgefunden haben, belangt werden könne. Uebrigens stimmen die fraglichen Staatsverträge mit dem Bundesgesetze wesentlich überein, insbesondere darin, daß eine Strafverfolgung nur auf Antrag des Verletzten stattfinde und daß nur dolose, nicht aber blos kulpose Markenrechtsverletzungen strafbar seien; nun sei gegen den Rekursbeklagten eine eigentliche Anzeige gar nicht eingereicht worden, sondern die Anzeige sei nur gegen P. Gaupp erstattet worden und die Staatsanwaltschaft sei nicht berechtigt gewesen, den Damnifikaten, wie sie dies gethan habe, einzuladen, seine Klage auch auf den Rekursbeklagten auszudehnen. Dolus auf Seite des Rekursbeklagten sei nicht erwiesen, um so weniger, als er Landesfremder sei und die schweizerischen Gesetze nicht gekannt, vielmehr angenommen habe, seine Handlungsweise sei nach schweizerischem Gesetze erlaubt. Endlich hänge der Schutz ausländischer Marken von der Voraussetzung des Gegenrechtes ab; Deutschland aber halte thatsächlich gegenüber schweizerischen Angehörigen das Gegenrecht nicht, wie sich aus dem Falle eines Apothekers Rothenhäusler in Rorschach ergebe, welchem die Registrirung seiner Marke vom Amtsgerichte in Leipzig verweigert worden sei. Aus diesen Gründen werde auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge angetragen.

F. Das Obergericht des Kantons Thurgau, welchem zur Vernehmlassung ebenfalls Gelegenheit gegeben wurde, verweist lediglich auf die Entscheidungsgründe seines angefochtenen Urtheils.

G. In ihrer Replik wendet sich die Rekurrentin in eingehender Ausführung gegen die Vorbringen der Rekursbeantwortung, indem sie insbesondere bemerkt: Daß sie zum Rekurse legitimirt und daß das Bundesgericht zu dessen Beurtheilung kompetent sei, könne nach Art. 59 litt. b des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege gar keinem begründeten Zweifel unterliegen und bedürfe daher keiner weitern Ausführung. Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1879 seien die bestehenden, sachbezüglichen Staatsver-

träge keineswegs eo ipso dahingefallen, vielmehr seien dieselben bis zur Kündigung in Kraft geblieben. Nach Art. 3 Lemma 7 des französisch-schweizerischen Staatsvertrages könne Rekursbeklagter wohl schon für alle seit der Hinterlegung (16. Juli 1880) und nicht blos für die seit der Publikation der rekurrentischen Marke (2. Oktober 1880) verübten Fälschungen verantwortlich gemacht werden; jedenfalls aber sei er für alle seit der amtlichen Publikation der Eintragung der Marke im Bundesblatte begangenen Handlungen verantwortlich und könne sich nicht damit entschuldigen, daß er von der Eintragung erst durch die Bekanntmachung in der pharmazeutischen Zeitung vom 5. November 1880 Kenntniß erhalten habe, um so weniger, als er jedenfalls alle Veranlassung gehabt hätte, sich genau zu informiren, ob die Rekurrentin ihr Fabrikzeichen deponirt habe. Die Klage sei von der Rekurrentin sofort auch auf den Rekursbeklagten ausgedehnt worden, nachdem sie davon Kenntniß erlangt habe, daß er ebenfalls ihr Fabrikzeichen nachahme. Die Reziprozität im Schutze der Fabrik- und Handelsmarken sei zwischen der Schweiz und Deutschland durch den deutsch-schweizerischen Staatsvertrag, welcher für die Gerichte ohne Weiteres verbindlich sei, zweifellos hergestellt. Wenn endlich Rekursbeklagter sich auch noch darauf berufe, daß er nicht Schweizerbürger sei, die schweizerischen Gesetze nicht gekannt habe u. s. w., so vermöge ihn dies offenbar nicht zu entschuldigen; übrigens habe er offensichtlich sowohl von dem deutsch-schweizerischen Staatsvertrage als von der Deposition der rekurrentischen Schutzmarke Kenntniß gehabt, bevor er die Fabrikation und den Verkauf imitirter Kiesow'scher Lebensessenz eingestellt habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 59 litt. b des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege beurtheilt das Bundesgericht Beschwerden von Privaten und Korporationen wegen Verletzung von Konkordaten und Verkommnissen unter den Kantonen sowie von Staatsverträgen mit dem Auslande, sofern dieselben gegen Verfügungen kantonaler Behörden gerichtet sind. Hievon ist nach Ziffer 10 leg. cit. nur insofern eine Ausnahme gemacht, als Anstände, welche aus denjenigen Bestimmungen der Staatsverträge mit dem Auslande herrühren, die sich auf „Handels- und Zollverhältnisse, Patentgebühren, Niederlassung, Befreiung von Militärpflichtersatz und Freizügigkeit" beziehen, als Administrativstreitigkeiten nicht vom Bundesgerichte, sondern von den politischen Behörden des Bundes zu beurtheilen sind. Demnach kann, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen J. M. Farina vom 11. Februar 1876 (Amtliche Sammlung II, S. 118, Erw. 1), ausgeführt hat, einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß das Bundesgericht als Staatsgerichtshof zur Behandlung und Beurtheilung von Rekursen gegen kantonale Civil- oder Strafurtheile, wie gegen alle andern Verfügungen kantonaler Behörden kompetent ist, sofern die Beschwerde auf die Verletzung von Staatsverträgen mit dem Auslande in solchen Bestimmungen, welche nicht unter die Ausnahmevorschrift des Art. 59 Ziffer 10 leg. cit. fallen, begründet wird.

2. Die Rekurrentin beschwert sich nun darüber, daß durch die angefochtene Entscheidung des thurgauischen Obergerichtes Bestimmungen von Staatsverträgen über den gegenseitigen Schutz von Waarenzeichen verletzt werden; demnach ist aber das Bundesgericht zu Beurtheilung des Rekurses grundsätzlich kompetent, denn die Bestimmungen der Staatsverträge über den Schutz von Waarenzeichen gehören zweifellos nicht zu den Vorschriften administrativer Natur, welche durch Art. 59 Ziffer 10 des Gesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege der Kognition der politischen Bundesbehörden vorbehalten sind, vielmehr beziehen sich dieselben auf den civil- und strafrechtlichen Schutz eines Privatrechtes und es unterstehen demnach daherige Beschwerden der Entscheidung des Bundesgerichtes. Dabei muß indeß, wie bereits in der angeführten Entscheidung in Sachen Farina, a. a. O. Erwägung 4, dargethan worden ist, festgehalten werden, daß das Bundesgericht, da es nur als Staatsgerichtshof kompetent ist, nicht ein neues letztinstanzliches Urtheil in der Sache selbst zu fällen, sondern blos die prinzipielle Rechtsfrage, ob und inwieweit durch das angefochtene Urtheil ein Staatsvertrag verletzt worden sei, zu prüfen hat, wonach denn insbesondere ein kantonales Strafurtheil nur dann wegen un-

richtiger Beantwortung der Beweisfrage vom Bundesgerichte aufzuheben ist, wenn die sachbezügliche Entscheidung des kantonalen Gerichtes sich als eine offenbar aktenwidrige, auf Umgehung des Staatsvertrages abzweckende, qualifizirt und wonach im Fernern das Bundesgericht, sofern die kantonale Entscheidung in der Hauptsache wegen unrichtiger Anwendung des Staatsvertrages oder aktenwidriger Beurtheilung des Beweismaterials der Vernichtung unterliegt, nicht selbst ein neues Urtheil zu fällen, sondern die Sache zu erneuerter Beurtheilung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen hat.

3. Ist sonach das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde in dem in Erwägung 2 angegebenen Sinne kompetent, so erscheinen im Weitern auch die Einwendungen des Rekursbeklagten gegen die Legitimation der Rekurrentin zur Beschwerdeführung als völlig unbegründet, denn es ist klar, daß zur Beschwerde wegen Verletzung eines Staatsvertrages die Angehörigen des betreffenden Vertragsstaates, ohne Rücksicht darauf, ob sie ihren Wohnsitz im Inlande haben, berechtigt sind und daß die daherige Rekursberechtigung sich nicht nach den Bestimmungen der kantonalen Gesetzgebung, sondern einzig nach den Vorschriften des Art. 59 litt. b des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege richtet. Demnach ist aber zum Rekurse zweifellos jeder Angehörige eines Vertragsstaates berechtigt, welcher behauptet, durch eine Verfügung einer kantonalen Behörde unter Verletzung der Bestimmungen eines Staatsvertrages einen rechtlichen Nachtheil erlitten zu haben. Dies trifft aber hier, da die Rekurrentin sich darüber beschwert, daß ihr durch das angefochtene Urtheil der vertragsmäßig zugesicherte Schutz ihres Waarenzeichens nicht gewährt worden sei, zweifellos zu.

4. In materieller Beziehung sodann ist klar, daß im vorliegenden Streitfalle nicht die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1879, sondern die Bestimmungen des Art. 10 des Vertrages zwischen der Schweiz und dem deutschen Zollverein vom 13. Mai 1869 zur Anwendung zu bringen waren, wonach in Betreff der an Waaren oder deren Verpackung angebrachten Bezeichnung oder Etiquettirung die Angehörigen

des einen Theils im Gebiete des andern Theils denselben Schutz wie die Angehörigen der am meisten begünstigten Nation genießen sollen und wonach also, da als meist begünstigte Nation in der Schweiz zweifellos die Franzosen zu betrachten waren, gegenüber deutschen Angehörigen in der Schweiz die Bestimmungen der Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich zum gegenseitigen Schutze des litterarischen, künstlerischen und gewerblichen Eigenthums vom 30. Juni 1864 zur Anwendung kommen mußten, immerhin indeß mit der durch das Schlußprotokoll zu dem angeführten Vertrage vom 13. Mai 1869 bedingten Maßgabe, daß unter Bezeichnung oder Etiquettirung bloße Marken, einzelne Buchstaben oder sonstige figürliche Zeichen nicht zu verstehen seien, sondern die Bezeichnung oder Etiquettirung mindestens Namen oder Firma und Wohn- oder Fabrikort des Berechtigten enthalten müsse. Die erwähnte Bestimmung des Staatsvertrages vom 13. Mai 1869 nämlich ist keineswegs, wie der Rekursbeklagte meint, durch das Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1879 ipso jure dahingefallen, sondern sie blieb, wie dies insbesondere in Art. 50 Abs. 1 der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 unzweideutig vereinbart ist, für beide Vertragstheile bis zu deren vertragsmäßiger Aufhebung oder Kündigung verbindlich und ist demgemäß erst auf 1. Juli 1881 durch den Handelsvertrag zwischen der Schweiz und Deutschland vom 23. Mai 1881 außer Kraft gesetzt worden, so daß also für den vorliegenden Fall noch die Bestimmungen des Vertrages vom 13. Mai 1869 und beziehungsweise der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 maßgebend sind.

5. Fragt sich demnach, ob das angefochtene Urtheil des Obergerichtes des Kantons Thurgau die Bestimmungen des Zoll- und Handelsvertrages vom 13. Mai 1869 und beziehungsweise der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 verletze, so ist zu bemerken: Es ist zweifellos, daß das Waarenzeichen der Rekurrentin den Bestimmungen des Art. 10 des Vertrages vom 13. Mai 1869 beziehungsweise des Schlußprotokolls zu dieser Vertragsbestimmung entspricht und daß mithin für dasselbe der gerichtliche Schutz in der Schweiz durch Hinterlegung in Gemäßheit

der Art. 15 und 19 Abs. 2 der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 erworben werden konnte. Ebenso ist unzweifelhaft, daß die Hinterlegung des rekurrentischen Waarenzeichens beim eidgenössischen Amte in Bern schon am 16. Juli 1880 geschah und daß seit diesem Zeitpunkte jedenfalls bis Anfangs Oktober 1880 der Rekursbeklagte das Waarenzeichen der Rekurrentin nachmachte oder nachahmte und mit dem nachgeahmten oder nachgemachten Waarenzeichen bezeichnete Erzeugnisse wissentlich feilbot und verkaufte. Wenn das Obergericht des Kantons Thurgau nichtsdestoweniger zu einem freisprechenden Urtheile gegenüber dem Rekursbeklagten gelangte, so ist es dabei davon ausgegangen, daß eine gerichtliche Verfolgung des Rekursbeklagten nur dann statthaft wäre, wenn feststände, daß er auch nach der erst am 2. Oktober 1880 stattgefundenen Publikation der Hinterlegung des rekurrentischen Waarenzeichens dieses Zeichen nachgemacht oder nachgeahmt oder mit einem nachgemachten oder nachgeahmten Waarenzeichen bezeichnete Waare verkauft habe, was nicht der Fall sei. Hierin muß nun allerdings in mehrfacher Beziehung eine Verletzung des Staatsvertrages vom 13. Mai 1869, beziehungsweise der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 erblickt werden. Denn: Vorerst ist zu bemerken, daß nach der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 eine Publikation der hinterlegten Fabrikzeichen überall nicht vorgeschrieben ist, vielmehr der Anspruch auf gerichtlichen Schutz durch die Hinterlegung selbst erworben wird, so daß für die gerichtliche Verfolgbarkeit von Markenrechtsverletzungen darauf, ob dieselben vor oder nach der Publikation der Hinterlegung stattgefunden haben, nichts ankommt, vielmehr in dieser Beziehung jedenfalls nur der Zeitpunkt der Hinterlegung der Marke in Betracht kommen kann. Sodann aber ist festzuhalten, daß nach Art. 31 und 32 der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 auch das wissentliche Feilbieten von Erzeugnissen, die mit nachgemachten oder betrüglicherweise nachgeahmten Waarenzeichen versehen sind, mit Strafe bedroht ist; nun ist aber nach den Fakt. B oben hervorgehobenen Thatsachen jedenfalls nicht zweifelhaft, daß Rekursbeklagter auch nach der Publikation der Eintragung der rekurrentischen Marke noch derartige Erzeugnisse

feilgeboten hat, und es müßte daher eine Bestrafung des Rekursbeklagten, sofern im Uebrigen der Thatbestand des Deliktes hergestellt ist, selbst dann erfolgen, wenn mit dem Obergerichte des Kantons Thurgau anzunehmen wäre, es komme für die gerichtliche Verfolgbarkeit von Markenrechtsverletzungen, nach den hier maßgebenden Rechtsvorschriften, auf den Zeitpunkt der Publikation der Hinterlegung an.

6. Stehen somit die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urtheils in Widerspruch mit den Grundsätzen der einschlagenden Staatsverträge, so muß dieses Urtheil aufgehoben werden, sofern nicht etwa die Entscheidung selbst aus andern Gründen sich rechtfertigt. Rekursbeklagter behauptet in dieser Beziehung, daß es ihm gegenüber überhaupt an einem ordnungsmäßigen Strafantrag gefehlt habe, daß in Deutschland das Gegenrecht in Bezug auf den Schutz schweizerischer Marken nicht gehandhabt werde und daß, da er keine Kenntniß davon gehabt habe, daß die rekurrentische Marke in der Schweiz hinterlegt sei, es an dem zum Thatbestande des Deliktes erforderlichen Dolus fehle. Von diesen Behauptungen erscheint indeß nur die letztere als erheblich und näherer Prüfung bedürftig, während die Einwendungen, daß ein wirksamer Strafantrag gegen den Rekursbeklagten nicht vorgelegen habe, und daß die Voraussetzung des Gegenrechtes gegenüber Deutschland nicht hergestellt sei, angesichts des Inhaltes der Akten und der bestehenden Staatsverträge offenbar unbegründet und kaum ernsthaft gemeint sind. Allein auch der Dolus des Rekursbeklagten muß als hergestellt betrachtet werden. Denn: es ist völlig unzweifelhaft, daß Rekursbeklagter das rekurrentische Waarenzeichen in der Absicht, die Abnehmer über den Ursprung der Waare zu täuschen, nachmachte oder nachahmte und wissentlich mit dem nachgemachten oder nachgeahmten Waarenzeichen versehene Erzeugnisse feilbot und verkaufte. Damit ist aber der Dolus des Rekursbeklagten, wie er durch Art. 31 und 32 der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 zum Thatbestande des Deliktes gefordert ist, hergestellt und kann daneben darauf, ob Rekursbeklagter von der Hinterlegung des rekurrentischen Waarenzeichens in der Schweiz Kenntniß hatte, nichts ankommen. Es ist nämlich zwar

richtig, daß die deutsche Doktrin und Praxis auf Grund des § 14 des deutschen Reichsgesetzes vom 30. November 1874 zum Thatbestand des Vergehens des wissentlichen Mißbrauches eines fremden Waarenzeichens das Wissen des Thäters, daß das betreffende Waarenzeichen durch Eintragung oder Anmeldung geschützt sei, fordert. Allein in dem Wortlaute der hier maßgebenden Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 findet diese Ansicht keinen Anhalt und es kann dieselbe daher, soweit es sich um die Anwendung der erwähnten Uebereinkunft handelt, nicht gebilligt werden. Allerdings nämlich ist zweifellos auch nach der fraglichen Uebereinkunft zum Thatbestande des Deliktes bewußte Widerrechtlichkeit auf Seite des Thäters gefordert; allein eine bewußte Widerrechtlichkeit, d. h. eine bewußt widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechtsgutes liegt, nach dem Wortlaute der fraglichen Uebereinkunft und nach der derselben zu Grunde liegenden prinzipiellen Auffassung des Markenrechtes (vergl. die Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen de Milly, Amtliche Sammlung VII S. 412 u. ff.) offenbar allemal dann vor, wenn ein fremdes, von einem Dritten durch berechtigten Gebrauch für sich erworbenes Waarenzeichen wissentlich nachgebildet wird, ohne daß zum Thatbestande auch das Wissen des Thäters, daß das betreffende Zeichen hinterlegt, und daher gerichtlich geschützt sei, gefordert würde; in diesem Sinne wird denn auch das der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 in den hier einschlagenden Punkten zweifellos zu Grunde liegende französische Gesetz von 1857 von der französischen Jurisprudenz durchgängig ausgelegt (s. Pouillet № 174) und es muß hieran für den vorliegenden Fall um so mehr festgehalten werden, als Rekursbeklagter das Waarenzeichen der Rekurrentin nachgebildet hat, ohne sich irgendwie darum zu kümmern, ob dasselbe in der Schweiz eingetragen und daher gerichtlich geschützt sei, so daß jedenfalls eventuell sein Wille auch die Nachahmung eines eingetragenen und daher geschützten Waarenzeichens einschloß. (Vergl. Kohler in Iherings Jahrbüchern XIX S. 248 u. ff.)

7. Verstößt somit die angefochtene Entscheidung, insofern sie den Rekursbeklagten freispricht, gegen die Bestimmungen der einschlägigen Staatsverträge, so ist im Weitern noch hervorzu-

heben, daß eine Verletzung der Uebereinkunft vom 30. Juni 1864 auch darin liegt, daß durch das angefochtene Urtheil nicht die Vernichtung der nachgemachten Waarenzeichen angeordnet worden ist, wie dies durch Art. 33 letztes Alinea fraglicher Uebereinkunft für alle Fälle, also sogar für den Fall der Freisprechung des Angeschuldigten, vorgeschrieben ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt in der Meinung, daß das angefochtene Urtheil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 29. Juni 1881 aufgehoben und die Sache zu erneuerter Beurtheilung im Sinne der oben Erw. 4—7 aufgestellten Grundsätze an das Obergericht des Kantons Thurgau zurückgewiesen wird.