

des Dr. Bänziger an genanntem Orte nur erst wenige Tage gedauert hatte. Denn zur Begründung des Domizils an einem Orte ist ja keineswegs erforderlich, daß der Aufenthalt an demselben bereits längere Zeit faktisch gedauert hat. Auf die Motive sodann, welche den Dr. Bänziger zur Uebersiedelung nach Thuisis bestimmten, kommt für die Frage des Domizils offenbar nichts an.

4. War aber demgemäß das Bezirksgericht Heizenberg als Gericht des Domizils des Ehemannes zuständig, so kann selbstverständlich auf eine sachliche Prüfung des Urtheils dieses Gerichtes, welches allerdings vom Standpunkte der richtigen Anwendung des materiellen Eherechtes aus erheblichen Ausstellungen unterliegen dürfte, nicht eingetreten werden, sondern es ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Beschwerde des Regierungsrathes des Kantons Baselstadt ist abgewiesen.

### III. Fabrik- und Handelsmarken.

#### Marques de fabrique.

75. Urtheil vom 26. Oktober 1883 in Sachen  
Schärer & Cie.

A. Die Firma Schärer & Cie., Tabak- und Cigarrenfabrik in Koppigen, Kantons Bern, erstattete am 21. Juni 1882 beim Statthalteramte Luzern Strafanzeige gegen Rudolf Fritschli von Leufen (Kantons Zürich) und Jakob Diethelm Woodtli von Oftringen (Kantons Aargau), Inhaber der Firma „Fritschli und Woodtli“, Cigarrenfabrik in Horw, wegen Uebertretung der Art. 18 u. ff. des Bundesgesetzes betreffend Schutz der Fabrik- und Handelsmarken. Da das Statthalteramt Luzern auf Grundlage der von ihm durchgeführten Untersuchung die amtliche Er-

hebung der Strafklage ablehnte, so erhob die Firma Schärer & Cie. Privatstrafklage; sie stellte dabei die Anträge: „1. Die „Beklagten seien der Uebertretung des obbenannten Gesetzes schuldig „zu erklären und mit der gesetzlichen Strafe, allermindestens mit „200 Fr. zu belegen. 2. Die Beklagten seien in solidum zur „Bezahlung einer Entschädigung von 5000 Fr. an Kläger zu „verurtheilen. 3. Die bei den Beklagten mit Beschlag belegten „Fabrik- und Handelsmarken seien zu vernichten. 4. Beklagte „seien solidarisch in alle Kosten zu verfallen.“ Dagegen beantragten die Beklagten K. Fritsch und J. D. Woodli: 1. „Die „Beklagten seien von Schuld, Strafe und Kosten freizusprechen „und seien Kläger mit jeder Entschädigungsforderung abzuweisen. „2. Seien den Beklagten die zu Amtshänden genommenen Etiquetten wieder zurückzustellen zum Zwecke gutfindender Verwendung derselben. 3. Seien die Kläger zu einer Entschädigung „von 500 Fr. an die Beklagten zu verfallen. 4. Den Klägern „seien sämtliche Kosten zu überbinden. 5. Die Beklagten seien „berechtigt, das Urtheil in zwei öffentlichen Blättern auf „Kosten der Kläger zu publiziren.“ Durch zweitinstanzliche Entscheidung vom 17. Mai 1883 erkannte das Obergericht des Kantons Luzern dahin: „1. Die Beklagten seien von Schuld „und Strafe freigesprochen. 2. Die Entschädigungsansprüche der „Parteien seien denselben auf dem Civilwege vorbehalten. 3. Kläger haben sämtliche Prozeskosten zu bezahlen, soweit nicht „durch den hierseitigen Rekursentscheid vom 26. Januar 1883 „bereits definitiv anders entschieden worden ist. Dieselben „haben somit an Beklagte eine Kostenvergütung von 84 Fr. zu „leisten.“

4. U. s. w.

B. Diese Entscheidung beruht in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung im Wesentlichen auf folgenden Gesichtspunkten: Die Firma Schärer & Cie. habe am 3. Februar 1881 beim eidgenössischen Amte für Fabrik- und Handelsmarken eine Fabrikmarke hinterlegt, welche aus dem Bilde einer Lokomotive mit der Aufschrift „Schweiz“ und „Gotthardbahn“, sowie aus einem links daneben befindlichen Wappenschild, welches die Zeichnung eines unkenntlichen Thieres enthalte, bestehe. Die das Ganze

umfassende achteckige Umrahmung zeige die Worte: „Türkischer Tabak. Fabrik von Schärer & Cie. in Koppigen.“ Die Beklagten ihrerseits haben für einen Theil ihrer Produkte eine Etiquette im Gebrauche, welche ebenfalls das Bild einer Lokomotive mit der Aufschrift „Schweiz“ und „Gotthardbahn“ zeige, wogegen das in der klägerischen Marke enthaltene Wappenbild fehle und die Umrahmung die Worte: „Türkischer Tabak. Tabakfabrike von Bründler und Sohn in Horn“ enthalte; diese Etiquette sei von den Beklagten nicht zum eidgenössischen Markenregister angemeldet worden, vielmehr haben sie eine andere Marke deponirt. Ueber die Annahme und Verwendung der fraglichen Etiquette durch die Beklagten stehe fest: Die Beklagten haben dieselbe von ihrem Geschäftsvorgänger, dem Inhaber der Firma Bründler und Sohn in Horn, lange vor der Deponirung der klägerischen Marke übernommen, d. h. es sei ihnen zugleich mit dem Geschäfte selbst auch der noch vorhandene Vorrath an solchen Etiquetten überlassen worden. Bründler und Sohn haben diese Etiquetten in den Jahren 1874 und 1875 anfertigen lassen, wobei sich aus den Zeugenaussagen ergebe, daß damals Etiquetten mit dem in Rede stehenden oder einem ähnlichen Bilde nicht nur bei den Beklagten, sondern auch bei vielen andern Fabrikanten gebräuchlich gewesen seien. Daß die Beklagten selbst in der Folge weitere Bestellungen von solchen Etiquetten gemacht haben, liege nicht vor; vielmehr müsse angenommen werden, daß sie nur den ihnen von Bründler und Sohn überlassenen Vorrath noch zur Verwendung gebracht haben und zwar ergebe sich aus einem von den Beklagten vorgelegten Buchauszuge, daß sich deren Verkehr mit Tabak unter der in Rede stehenden Etiquette auf 270 Pfund im Verkaufswerthe von 175 Fr. 50 Cts. belaufe. Die klägerische Firma habe die von ihr zum eidgenössischen Markenregister angemeldete Marke beim Gebrauch im Verkehr willkürlich modificirt, indem sie an Stelle des Wappenschildes mit dem unkenntlichen Thiere eine deutlich erkennbare Zeichnung des bernischen Wappenschildes mit der Umschrift „Marque de Fabrique“ gesetzt habe. In rechtlicher Beziehung möchte nun zwar letzterem Umstande nicht, — wie die erste Instanz angenommen hatte, — die Bedeutung beige-

messen werden können, daß die klägerische Firma den gesetzlichen Schutz für ihre deponirte Marke verwirkt habe. Dagegen liege eine strafbare Nachahmung der klägerschen Marke durch die Beklagten überhaupt nicht vor. Eine Nachahmung im Sinne des Art. 18 des Markenschutzgesetzes setze nämlich begrifflich voraus, daß die Erstellung der Marke der Deponirung der nachgeahmten Schutzmarke zeitlich nachfolge. Der bloße Weitergebrauch einer schon vor diesem Zeitpunkte erstellten und verwendeten Etiquette könne unmöglich als Nachahmung der vielleicht erst nachher angefertigten und jedenfalls erst nachher unter gesetzlichen Schutz gestellten Marke aufgefaßt werden. Zu den gleichen Resultaten gelange man auch an der Hand des Art. 12 des Markenschutzgesetzes, aus welchem sich deutlich ergebe, daß durch die Eintragung einer Marke bereits erworbene Rechte Dritter nicht geschmälert werden sollen und zwar müsse dies auch für den Fall gelten, wo eine Marke ohne gesetzliche Deponirung thatsächlich im Verkehr gestanden habe. Wäre dem übrigens auch nicht so, so setze Art. 19 des Markenschutzgesetzes bei den in Art. 18 rubrizirten Uebertretungen „Vorsatz“ voraus und nun liege in keiner Weise vor, daß die Beklagten (welche bestritten hatten, daß ihnen bekannt gewesen sei, daß die Klägerin die fragliche Etiquette als ihre Fabrikmarke deklarirt habe) vorsätzlich, d. h. „im Bewußtsein von der Deposition der klägerischen Marke und in der Absicht, das Publikum irre zu führen,“ ihre Etiquette weiter verwendet haben. Eine strafbare Handlung der Beklagten liege also nicht vor. Dagegen mögen, angesichts des Art. 19 des Markenschutzgesetzes, der Klägerin wie den Beklagten ihre Civilansprüche immerhin gewahrt bleiben.

C. Gegen diese Entscheidung ergriff die Firma Schärer & Cie. eventuell, d. h. für den Fall, daß die von ihr ebenfalls erklärte Weiterziehung nach Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege als unstatthaft zurückgewiesen werden sollte, den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Sie trägt darauf an, es sei das angefochtene Urtheil aufzuheben und die Sache zu neuerlicher Beurtheilung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen unter Kostenfolge. Zur Begründung führt sie aus: Schon im Jahre 1868/1869 habe

sie, resp. ihre Rechtsvorgängerin, die fragliche Etiquette anfertigen lassen. Der Inhaber der rekurrentischen Firma, Herr Schärer, sei nämlich damals Prokurist im Hause Wüthrich-Hofmann in Kirchberg, dessen Geschäft er später übernommen habe, gewesen, und habe in dieser Stellung die fraglichen Etiquetten anfertigen lassen. Dies ergebe sich aus einem (erst vor Bundesgericht produzierten) Zeugnisse des Jos=Bütschli in Kirchberg, und einer Rechnung des Litographen Huffschnid-Steinmann in Trimbach. Mit der Hinterlegung der Marke beim eidgenössischen Amte und der Publikation dieser Hinterlegung im Bundesblatte habe die Rekurrentin das ausschließliche Recht zu Führung fraglicher Marke erlangt und es sei von da an Niemand mehr berechtigt gewesen, die streitige Etiquette in gleicher oder täuschend ähnlicher Form zu gebrauchen. Wenn sich die Beklagten das Recht hiezu haben wahren wollen, so hätten sie gegen die Eintragung der klägerischen Marke rechtzeitig Einspruch erheben sollen. Da sie dies unterlassen haben, so haben sie auf das Recht zum Gebrauche fraglicher Etiquette Verzicht geleistet. Mit der Unkenntniß der betreffenden Publikation im Bundesblatt können sich die Beklagten nicht entschuldigen, da amtliche Bekanntmachungen im Bundesblatt für die ganze Schweiz verbindlich seien. Uebrigens seien die Beklagten, nachdem sie am 12. November 1881 ihre eigene Schutzmarke haben eintragen lassen, nicht mehr berechtigt, eine andere Etiquette zu führen, sondern müssen ausschließlich nur ihre eingetragene und publizierte Etiquette resp. Schutzmarke gebrauchen. Die Beklagten haben, da sie auch nach der Publikation der Eintragung der klägerischen Marke im Bundesblatte, noch im April 1882, ein dieser Marke täuschend ähnliches Waarenzeichen für ihre Tabakfabrikate gebraucht haben, dolose gehandelt. Uebrigens dürfe selbst bei fahrlässiger Gesetzesverletzung die Civilentschädigung nicht abgewiesen werden.

D. In ihrer Vernehmlassung auf diese Beschwerde tragen die Rekursbeklagten H. Fritsch und J. D. Woodtli auf Abweisung derselben unter Kostenfolge an. Sie bemerken: Sie wünschen, daß das Bundesgericht auf eine materielle Prüfung der Sache eintrete. Dabei werde sich ergeben, daß die gegnerische Beschwerde durchaus unbegründet sei. Daß die klägerische Firma schon 1869

die später von ihr zum eidgenössischen Markenregister angemeldete Marke geführt habe, werde bestritten; vielmehr habe Klägerin früher einfach, wie viele andere Tabakfabrikanten, unter Andern auch die Beklagten resp. deren Rechtsvorgänger, eine Lokomotive mit Umschrift als Etiquette verwendet. Wenn sie diese ganz allgemein für die Spezialität türkischer Tabake übliche, Etiquette als ihre Fabrikmarke haben deklariren wollen, so habe es ihr obgelegen, individualisirende Merkmale anzubringen. Als solche individualisirende Merkmale erscheinen das von der Klägerin ihrer deponirten Fabrikmarke beigelegte Wappenschild mit dem unkenntlichen vierfüßigen Thiere und dann insbesondere die Umschrift mit der klägerischen Firma. Diese individualisirenden Merkmale mangeln der beklagischen Etiquette durchaus und letztere könne daher nicht als Nachbildung der klägerischen Marke betrachtet werden. Für die von der Klägerin wirklich verwendete Marke mit dem bernischen Kantonswappen könne rechtlicher Schutz überhaupt nicht beansprucht werden, da öffentliche Wappen nicht als Fabrikmarken verwendet werden dürfen. Wenn Klägerin die von dem Rechtsvorgänger der Beklagten und vielen andern Fabrikanten gleichzeitig mit ihr verwendete Etiquette mit dem Bilde einer Lokomotive als Marke habe eintragen lassen, so habe ihr dies allerdings freigestanden; allein ein Recht darauf die übrigen Fabrikanten von der Benutzung dieser Etiquette auszuschließen, habe sie durch die Eintragung nicht erlangen können; es habe daher für die Beklagten eine Veranlassung, Einspruch gegen die Eintragung der klägerischen Marke zu erheben, nicht vorgelegen. Daß die Beklagten nur diejenige Etiquette welche sie als Schutzmarke für sich haben eintragen lassen, verwenden dürfen, sei offenbar unrichtig; denn nach dem Bundesgesetze habe es den Beklagten zweifellos freigestanden, auf den gesetzlichen Schutz für die Etiquette, die sie für einen Theil ihrer Produkte verwenden, zu verzichten. Jedenfalls könne keine Rede davon sein, daß den Beklagten dolus oder Fahrlässigkeit zur Last falle; vielmehr sei dieß durch die aktenmäßigen Thatfachen zweifellos ausgeschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist von keiner Partei

bezweifelt worden. Nichtsdestoweniger muß von Amteswegen geprüft werden, ob in casu das Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses gemäß Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege statthaft und somit das Bundesgericht kompetent sei.

2. Wie nun das Bundesgericht in seinem die Weiterziehung des angefochtenen Urtheils durch die gegenwärtige Rekurrentin zurückweisenden Beschlusse vom 8. September 1883 ausgesprochen hat, handelt es sich vorliegend um ein reines Strafurtheil; es ist somit die zu lösende Frage die, ob kantonale Strafurtheile von den durch dieselben Beschweren wegen Verletzung des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte angefochten werden können.

3. Art. 59 litt. a des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege, auf dessen Auslegung es hier zunächst ankommt, bestimmt, daß das Bundesgericht Beschwerden von Korporationen oder Privaten „betreffend Verletzung derjenigen Rechte, „welche ihnen entweder durch die Bundesverfassung und die „in Ausführung derselben erlassenen Bundesgesetze oder durch „die Verfassung ihres Kantons gewährleistet sind,“ zu beurtheilen habe, sofern diese Beschwerden gegen „Verfügungen kantonaler Behörden“ gerichtet seien. Zu den Verfügungen kantonaler Behörden,“ gegen welche sonach der staatsrechtliche Recurs wegen der angegebenen Rechtsverletzungen statthaft ist, gehören gewiß, wie dies übrigens die bundesgerichtliche Praxis stets festgehalten hat, auch die Urtheile der kantonalen Strafgerichte; es fragt sich daher bloß, ob hier eine Beschwerde wegen Verletzung von Rechten, die der Rekurrentin durch ein in Ausführung der Bundesverfassung erlassenes Bundesgesetz gewährleistet sind, vorliege.

4. Nun müssen als in „Ausführung der Bundesverfassung“ erlassene Bundesgesetze im Sinne des Art. 59 litt. a cit. nicht nur diejenigen Bundesgesetze betrachtet werden, welche sich als Ausführungsgesetze im engeren eigentlichen Sinne qualifiziren, d. h. welche Grundfätze, die schon in der Verfassung selbst niedergelegt sind, näher aus- und durchführen, sondern überhaupt

alle von der Bundesgewalt in Ausübung der ihr durch die Bundesverfassung übertragenen Kompetenzen erlassenen Gesetze. Dies folgt schon daraus, daß nach Art. 59 Lemma 2 leg. cit. unzweifelhaft in den der Entscheidung der politischen Bundesbehörden vorbehaltenen Administrativsachen die Kompetenz der Bundesbehörde nicht auf diejenigen Materien beschränkt ist, über welche schon die Verfassung selbst Grundsätze aufstellt, sondern sich auf alle überhaupt verfassungsmäßig in die Kompetenz der Bundesgewalt fallenden administrativen Materien bezieht, woraus gewiß gefolgert werden darf, daß das Gleiche auch für das Bundesgericht rücksichtlich der ihm zugewiesenen staatsrechtlichen Sachen gelten müsse. Es ergibt sich denn auch aus der Botschaft des Bundesrathes zu dem in Rede stehenden Bundesgesetze (s. Bundesblatt 1874, I, S. 1075), daß eine Beschränkung der bundesgerichtlichen Kognition auf eigentliche Ausführungsgesetze keineswegs gewollt war, sondern unter den „in Ausführung der Bundesverfassung erlassenen“ Bundesgesetzen überhaupt die vom Bunde gestützt auf seine verfassungsmäßigen Kompetenzen erlassenen Gesetze verstanden wurden. Demnach gibt auch der französische Text des Gesetzes den fraglichen in Art. 59 a enthaltenen Ausdruck lediglich mit « *législation fédérale* » wieder, d. h. läßt den Zusatz „in Ausführung der Bundesverfassung erlassen,“ als überflüssig einfach weg. Zu einer engeren Auslegung der citierten Gesetzesbestimmung könnte allerdings Art. 113 Ziffer 3 der Bundesverfassung, welcher dem Art. 59 litt. a cit. im Wesentlichen zu Grunde liegt, Veranlassung geben, da diese Verfassungsbestimmung nur von Beschwerden wegen Verletzung „verfassungsmäßiger“ Rechte der Bürger spricht. Allein hierauf kann um so weniger Gewicht gelegt werden, als nach Art. 114 der Bundesverfassung dem Bundesgerichte durch die Bundesgesetzgebung außer den in Art. 110, 112, 113 der Bundesverfassung bezeichneten Gegenständen noch andere Sachen zu Beurtheilung zugewiesen werden können. Es ist demnach festzuhalten, daß die Rekursberechtigung nach Art. 59 litt. a cit. sich nicht auf Fälle beschränkt, wo eigentliche, verfassungsmäßig gewährleistete Individualrechte in Frage stehen, sondern daß dieselbe überall da gegeben ist, wo ein kantonals-



verfassungsrchtlicher oder bundesrechtlicher Grundsatz verletzt und dadurch in die Rechtssphäre eines Bürgers eingegriffen wird, resp. wo der Rekurs hierauf gestützt wird.

5. Ist somit die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht regelmäßig überall da statthaft, wo durch eine Verfügung einer kantonalen Behörde ein bundesrechtlicher, speziell bundesgesetzlicher Grundsatz zum rechtlichen Nachtheile eines Bürgers verletzt wird, so sind dagegen hievon selbstverständlich diejenigen Fälle ausgenommen, wo es sich entweder um eine, in die Kompetenz der politischen Bundesbehörden fallende, Administrativsache handelt, oder wo durch das Bundesrecht selbst das gedachte Rechtsmittel ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen wird. Letzteres gilt in denjenigen Fällen, wo wegen Verletzung von Bundesgesetzen ein anderes besonderes Rechtsmittel an das Bundesgericht gegeben oder wo die Handhabung von bundesgesetzlichen Bestimmungen nach dem besonderen Inhalte des betreffenden Bundesgesetzes ausschließlich den kantonalen Behörden übertragen ist. Demnach ist z. B. gegen Civilurtheile kantonalen Gerichte, die in Anwendung privatrechtlicher Bundesgesetze erlassen werden, wegen Verletzung dieser Bundesgesetze nur die in Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege normirte civilrechtliche Weiterziehung, unter den dort angegebenen Voraussetzungen, nicht aber der staatsrechtliche Rekurs zulässig, (s. Entscheidung in Sachen Baumgartner vom 23. Juli 1883, Erwägung 1), so ist im Ferneren gegen kantonale Strafurtheile, gegen welche nach Art. 18 des Bundesgesetzes vom 30. Juni 1849 Kassationsbeschwerde an das eidgenössische Kassationsgericht statthaft ist, der staatsrechtliche Rekurs wegen falscher Gesetzesanwendung unzulässig, u. s. w.

6. Im vorliegenden Falle handelt es sich, wie bemerkt, um ein reines, in Anwendung des eidgenössischen Markenschutzgesetzes erlassenes, Strafurtheil. Gegen dieses Urtheil ist zweifellos weder die Kassationsbeschwerde an das Kassationsgericht nach Art. 18 des Bundesgesetzes vom 30. Juni 1849, noch ein anderes besonderes Rechtsmittel an das Bundesgericht statthaft. Es liegt auch nicht vor, daß die Handhabung des strafrechtlichen Schutzes der Fabrik- und Handelsmarken ausschließlich den kantonalen Gerichten ohne Kontrolle durch eine eidgenössische Re-

Hörde, habe überlassen werden wollen; vielmehr spricht der Umstand, daß die Aufstellung strafrechtlicher Bestimmungen zum Schutze des Markenrechtes nicht der kantonalen Gesetzgebung überlassen, sondern in den Bereich der Bundesgesetzgebung gezogen wurde, gegen eine derartige Absicht des Gesetzgebers. Es muß sonach im vorliegenden Falle der staatsrechtliche Rekurs nach dem oben Ausgeführten, als statthaft erachtet werden.

7. Ist somit auf die sachliche Prüfung der Beschwerde einzutreten, so ist dagegen festzuhalten, daß das Bundesgericht nur befugt ist, zu untersuchen, ob das angefochtene Urtheil das Bundesgesetz verlege, und im bejahenden Falle dasselbe aufzuheben, daß es dagegen nicht kompetent ist, die Sache selbst materiell zu beurtheilen resp. das angefochtene Urtheil abzuändern. Auch ist klar, daß das Bundesgericht seiner Prüfung denjenigen Thatbestand zu Grunde zu legen hat, wie er dem kantonalen Richter vorlag und von ihm seinem Urtheile zu Grunde gelegt wurde, so daß die von der Rekurrentin erst vor Bundesgericht beigebrachten Akten nicht in Betracht fallen können.

8. Demnach kann aber in der angefochtenen Entscheidung eine Verletzung des Bundesgesetzes nicht gefunden werden. Denn: Die Entscheidung über die erhobene Strafflage hing unzweifelhaft davon ab, ob die Beklagten vorsätzlich das klägerische Waarenzeichen nachgeahmt resp. sich vorsätzlich eines dem klägerischen Waarenzeichen nachgebildeten Zeichens zu Bezeichnung ihrer Waare bedient haben. Dies hat das angefochtene Urtheil verneint und in dieser Entscheidung kann eine Verletzung des Bundesgesetzes nicht erblickt werden. Zwar ist dem Obergerichte des Kantons Luzern nicht beizutreten, wenn dasselbe meint, der Weitergebrauch einer einem geschützten Waarenzeichen nachgeahmten Etiquette sei dann nicht unzulässig resp. strafbar, wenn letztere schon vor der Hinterlegung angefertigt und in Gebrauch genommen worden sei. Diese Ausführung steht mit den Prinzipien des Bundesgesetzes im Widerspruch. Denn der eingetragene Markeninhaber hat, sofern er der wahre Berechtigte ist, unzweifelhaft das Recht auf ausschließlichen Gebrauch seines Zeichens und kann daher die Benutzung des gleichen oder eines täuschend ähnlichen Zeichens jedem Dritten verbieten, ohne Rücksicht darauf, ob letzterer das betreffende Zeichen schon vor der

Hinterlegung in Benutzung genommen hat oder nicht. Eine civil- oder strafrechtliche Verfolgung ist allerdings nach Art. 20 Lemma 3 des Markenschutzgesetzes nur in Betreff derjenigen Handlungen statthaft, die nach der Eintragung stattgefunden haben; allein damit ist ja offenbar nicht gesagt, daß nach der Eintragung stattgefundene Benutzungshandlungen dann zulässig und straflos seien, wenn sie in Fortsetzung früherer Benutzungshandlungen geschehen. Allein in casu ist nun gar nicht festgestellt, daß die Beklagten überhaupt das Waarenzeichen der Rekurrentin nachgeahmt haben; allerdings benutzen sie zweifellos für einen Theil ihrer Produkte eine diesem Zeichen objektiv täuschend ähnliche Etiquette. Allein es liegt gar nicht vor, daß sie sich bewußt gewesen seien, damit das Waarenzeichen der Rekurrentin nachzubilden resp. daß sie das fragliche, das Bild einer Lokomotive enthaltende, Zeichen als Marke der Rekurrentin gekannt und als solche nachgebildet haben. Vielmehr ist, nach den thatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urtheils, nicht einmal konstatiert, ob die Rekurrentin oder die Beklagten resp. deren Rechtsvorgänger das fragliche Zeichen zuerst in Benutzung genommen haben und also als der wahre Berechtigte erscheinen. Nach dem eidgenössischen Markenschutzgesetze nämlich ist die Entstehung des Markenrechtes an sich nicht von dem Eintrage in das Markenregister anhängig, sondern der Eintrag ist nur die Vorbedingung der gerichtlichen Verfolgbarkeit desselben gegenüber Eingriffen Dritter, während das Recht selbst unmittelbar durch den befugten Gebrauch der Marke erworben wird. (S. Entscheidungen des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, VII, S. 391.) Für die Berechtigung zu Führung einer Marke ist also nicht die Priorität des Eintrages resp. der Hinterlegung, sondern die (nachweisbare) Priorität des Gebrauches maßgebend; für den ersten Hinterleger wird durch die Deposition lediglich eine widerlegbare Rechtsvermuthung, daß er der wahre Berechtigte, d. h. der erste Aneigneter des betreffenden Zeichens sei, begründet. Nun haben die Beklagten der Rekurrentin die Priorität des Gebrauches des fraglichen Zeichens bestritten und es ist dieselbe nicht festgestellt worden. Bei dieser Sachlage kann aber zweifellos von einem vorsächlichen Eingriffe der Beklagten in

das Markenrecht der Klägerin keine Rede sein und es erscheint daher die Abweisung der Strafflage als gerechtfertigt. Demnach ist auch nicht erforderlich, zu untersuchen, ob zum Vorfrage im Sinne des Art. 18 litt. b des Markenschutzgesetzes wirklich, wie das Obergericht annimmt, das Bewußtsein von der Hinterlegung der nachgebildeten Marke und, was wohl zweifellos zu verneinen wäre, die Absicht, das Publikum irre zu führen, zu hören. Denn mögen diese Fragen im einen oder andern Sinne beantwortet werden, so ist dies für die Entscheidung des vorliegenden Falles, wo überhaupt eine Nachahmung des klägerischen Zeichens gar nicht feststeht, unerheblich.

9. Ist aber in der Abweisung der Strafflage der Rekurrentin eine Gesetzesverletzung nicht zu erblicken, so liegt eine solche überhaupt nicht vor. Denn darin, daß der kantonale Richter, nach Abweisung der Strafflage, die Entscheidung über die Civilpunkte, speziell über die Entschädigungsbegehren der Parteien, an den Civilrichter verwiesen resp. dem Civilrichter vorbehalten hat, liegt eine Verletzung des Bundesgesetzes gewiß nicht. Eine Abweisung der Entschädigungsbegehren der Rekurrentin nämlich wie diese in ihrer Rekurschrift behauptet, hat nicht stattgefunden; ob dagegen nach Freisprechung des Beklagten von der Strafflage der Strafrichter nichtsdestoweniger noch über die Civilfrage zu entscheiden oder ob er diese an den Civilrichter zu verweisen habe, ist nicht nach dem Bundesgesetze, sondern nach dem kantonalen Prozeßrechte zu beurtheilen. Auch kann keine Rede davon sein, daß etwa der Strafrichter nach Art. 22 Lemma 2 des Markenschutzgesetzes auf Vernichtung der Etiquetten der Beklagten hätte erkennen sollen. Denn die citirte Gesetzesbestimmung bezieht sich zweifellos nur auf solche Fälle, wo die objektive Widerrechtlichkeit der Anfertigung resp. des Gebrauches der betreffenden Waarenzeichen durch den Beklagten feststeht, nicht aber auf Fälle, wie der vorliegende, wo gerade dies bestritten wird und darüber spätere civilrichterliche Entscheidung vorbehalten ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.