

dieser Feststellung wäre nach Art. 81 D.-G. nicht zulässig gewesen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als begründet erklärt, und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 19. November 1895 dahin abgeändert, daß der Beklagte dem Kläger 200 Fr. samt Zins zu 5 % seit 5. März 1895 zu bezahlen hat.

## 22. Urteil vom 31. Januar 1896 in Sachen Guilbert-Martin gegen Ullmann & Cie.

A. Durch Urteil vom 4. Oktober 1895 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Es wird Vormerk genommen vom Rückzug der Klage, soweit dieselbe darauf gerichtet ist, daß den Beklagten untersagt werde, Wasserstandsgläser mit roten Streifen auf weißem Grunde in den Verkehr zu bringen.

2. Im übrigen, soweit die Klage darauf gerichtet ist, daß die Beklagten im Verkehr den Gebrauch des Namens „Photophore“ zu unterlassen verpflichtet seien, ist dieselbe abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und in Gutheißung der Klage, soweit sie aufrecht erhalten wurde, zu erkennen, daß der Beklagte verpflichtet sei, sich des Gebrauchs des Namens „Photophore“ für Wasserstandsgläser im Verkehre zu enthalten.

Der Streitwert wird über 4000 Fr. angegeben, da das Interesse des Klägers an dem Rechte, seine Wasserstandsgläser allein als Photophore zu bezeichnen, jenen Betrag übersteige.

In der heutigen Verhandlung wiederholt der klägerische Anwalt diese Berufungsanträge. Eventuell beantragt er, eine Aktienvervollständigung vornehmen zu lassen, bestehend in der Einvernahme derjenigen Personen, welche von den Beklagten dafür genannt worden seien, daß der Name Photophore auch für andere

Fabrikate als die klägerischen verwendet werde. Alle diese Personen rufe Kläger selbst als Zeugen an für die Tatsache:

a. daß die Bezeichnung „Photophore“ von diesen Personen in ihren Annoncen und Circularen nur für Wasserstandsgläser des Klägers gebraucht werden, und

b. daß diese Benützung der Bezeichnung „Photophore“ auf spezieller Ermächtigung, bezw. speziellem Auftrag des Klägers und seiner Vertreter basiere.

Der Anwalt der Beklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils, eventuell Rückweisung an die Vorinstanz zur Abnahme der von der Beklagten anerbotenen Beweise. Er protestiert dagegen, daß die Einvernahme von Personen statfinde, die von der Gegenpartei vor der kantonalen Instanz gar nicht angerufen worden seien.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Klageschrift vom 21. August 1895 stellte der Kläger Guilbert-Martin in St. Denis beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die beklagte Firma Ullmann & Cie. in Zürich das Rechtsbegehren, es sei die Beklagte verpflichtet, den Vertrieb der nachgeahmten Wasserstandsgläser „Photophore“ (Gläser mit roten Streifen auf weißem Grunde) einzustellen und sich des Gebrauchs des Namens „Photophore“ für Wasserstandsgläser im Verkehre zu enthalten. In der Hauptverhandlung vor Handelsgericht zog er jedoch den ersten Teil dieses Rechtsbegehrens zurück und beschränkte sich auf den Antrag, daß Beklagter sich des Gebrauchs des Namens „Photophore“ für Wasserstandsgläser im Verkehre zu enthalten habe. Zur Begründung dieses Antrages führte er im wesentlichen aus: Kläger sei im Jahr 1883 auf die damals neue Idee gekommen, bei den Wasserstandsgläsern (außen an Flüssigkeitsbehältern angebrachten, das Niveau des Inhaltes anzeigenden Glasröhren) auf dem damals gebräuchlichen milchweißen Band einen roten Streifen anzubringen, wodurch das Ablesen des Wasserstandes bedeutend erleichtert worden sei. Hiefür habe er im Jahre 1883 in Frankreich ein noch heute in Kraft stehendes Patent erworben. Zugleich mit der Erfindung habe Kläger für sein Fabrikat eine neue Bezeichnung „Photophore“ (gleich Lichtträger) angenommen. Dieser Ausdruck sei damals bei der Patent-

anmeldung zum ersten Mal bekannt geworden. Ferner habe Kläger diese Bezeichnung als Marke benützt, welche in Frankreich eingetragen und geschützt sei. Der Name sei eine Phantasiebezeichnung, welche Kläger erfunden und seither ununterbrochen und ausschließlich verwendet habe, um sein bezügliches Fabrikat in den Handel und Verkehr zu bringen. Die von ihm fabrizierten neuen Wasserstandsgläser seien ausschließlich unter jener Bezeichnung in den Handel gebracht worden. In seinen Prospekten und Annoncen, sowie auch denjenigen seiner Vertreter fehle die Bezeichnung „Photophore“ nie. Damit sei dieser Name zu einer in Fachkreisen allgemein bekannten Bezeichnung speziell für das klägerische Fabrikat geworden. Kläger besitze daher ein ausschließliches Recht auf den Gebrauch dieses Namens; derselbe sei eine Individualbezeichnung und Kläger habe damit ein Individualrecht erworben auf die ausschließliche Verwendung desselben für sein Fabrikat. Die Einwendung, daß die Bezeichnung „Photophore“ allgemein geworden sei, sei nur insoweit richtig, als in dem weitverzweigten Kundentreise des Klägers überall von „Photophores“ als seinen Wasserstandsgläsern gesprochen werde. Man bezeichne mit „Photophores“ die klägerischen Wasserstandsgläser, die ächten „Photophores“. Die Beklagte habe nun das klägerische Individualrecht verletzt durch widerrechtliche Aneignung dieser Waarenbezeichnung und indem sie dadurch, daß sie ihre Wasserstandsgläser ebenfalls so nenne, im Publikum eine Täuschung über den Ursprung und die Fabrikation ihrer Waare herbeiführe. Das Fabrikat der Beklagten sei auch demjenigen des Klägers so täuschend nachgeahmt, daß beide ohne spezielle Belehrung nicht von einander unterschieden werden können. Eine weitere Rechtswidrigkeit der Beklagten liege darin, daß sie bei Anpreisung ihres Produktes dasjenige des Klägers anschwärze. In der ganzen Handlungsweise der Beklagten zeige sich ihre Absicht, das vom Kläger erworbene Absatzgebiet unter Verletzung seiner Rechte und in Zuwiderhandlung gegen die gute Treue im kaufmännischen Verkehr an sich zu ziehen; hierin liege eine unerlaubte Konkurrenz, gegen welche auf Grund von Art. 50 ff. D.-R. der richterliche Schutz angerufen werde. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie brachte an: Im Jahre 1894 habe ihr ein gewisser Emery

in Paris farbige Wasserstandsgläser unter dem Namen „Photophore“ offeriert, und seither beziehe Beklagte von Emery diese Fabrikate, jedoch nur in äußerst bescheidenen Quantitäten. Einer unloyalen Konkurrenz habe sie sich dem Kläger gegenüber dadurch nicht schuldig gemacht. Kläger sei überhaupt nicht der Erfinder der Wasserstandsgläser mit roten Streifen auf weißem Grunde; vielmehr seien letztere in Frankreich schon seit den sechsziger Jahren im Gebrauche. Ebenso wenig rühre die Bezeichnung „Photophore“ von ihm her. Diese Bezeichnung sei auch kein Phantasie- oder Individualname, sondern lediglich eine sachliche Bezeichnung und schon in den sechziger Jahren in Frankreich allgemein für Wasserstandsgläser jener Art in Gebrauch gewesen, jedenfalls aber seither Gemeingut der Industrie geworden, indem in Deutschland und in der Schweiz derartige Wasserstandsgläser allgemein Photophore genannt werden. Beklagte verweise hierfür auf einen Katalog der Firma Lambercier & Cie. in Genf, welcher „Wasserstandsgläser — Photophore — mit rotem Streifen auf emailliertem Grunde“ anbiete, auf den „Anzeiger für Berg-, Hütten- und Maschinenwesen in Essen“, Ruhr 1895, wo Aug. C. Funke in Hagen inseriere „Photophore aus Hartglas, Wasserstandsgläser mit rotem Streifen auf weißem Grunde“, mit nochmaliger wiederholter Bezeichnung „Photophore“, ferner auf einen Prospekt einer Firma Grand dépôt de fabriques, spécialité d'articles industriels brevetés, directeur L. Dassonville, in Brüssel, wo dem Publikum als Tubes indicateurs en verre solidifié angeboten werden: Tubes photophores avec ligne rouge, auf eine Anzeige von Hecht und Köppe in Leipzig, der Vertreter des Klägers, welche in dem erwähnten Essener Anzeiger „die ächten Guilbert-Martin-Photophores, Wasserstandsgläser mit rotem Strich auf weißem Grunde“ offerieren, und endlich auf eine Preisliste von Gustav Pichardt in Bonn mit der Annonce „Guilbert-Martin-Photophore, Wasserstandsgläser mit roten Streifen“. Im weitern anerbot sie Zeugenbeweis dafür, daß die Gewerbetreibenden unter Photophores nicht etwa bloß solche aus dem klägerischen Geschäfte, sondern allgemein die neuen farbigen Wasserstandsgläser verstehen. Daß der Name „Photophore“ ein gemeingebräuchlicher sei, anerkenne Kläger selbst dadurch, daß er

denselben in seiner Anfangs 1895 beim Bureau der internationalen Union für gewerbliches Eigentum hinterlegten Marke nicht als Bestandteil aufgenommen und denselben mit der Wendung *dits photophores* selbst als allgemeine Bezeichnung behandelt habe. Eventuell habe Kläger durch Weglassung dieses Namens in der Fabrik- und Handelsmarke und Nichtanmeldung desselben zum Markenschutz in der Schweiz nicht nur speziell auf seine Rechte aus dem Markenschutz, sondern überhaupt auf alle Sonderansprüche auf jene Bezeichnung verzichtet, indem da, wo das Gesetz einen speziellen Rechtsschutz zulasse, ein weiterer gemäß Art. 50 ff. D.-R. ausgeschlossen sei. Die Kritik, die Beklagte an den klägerischen Gläsern geübt habe, sei erlaubt, da sie tatsächlich begründet sei. In der Replik hob der Kläger hervor, daß die Klage nicht aus Markenrecht hergeleitet werde, sondern aus einem Individualrecht des Klägers auf die von ihm angenommene Waarenbezeichnung und die unter derselben erworbene Kundschaft. Er behielt sich sodann vor, sich noch über die Belege auszusprechen, welche die Beklagte zum Beweis dafür, daß die Bezeichnung „Photophore“ zum Gemeingut geworden sei, vorgelegt hatte, und behauptete, Funke sei der Agent des Klägers, ebenso seien Hecht und Koeppel Verkäufer des klägerischen Fabrikates. Mit Urteil vom 4. Oktober 1895 hat das Handelsgericht die Klage, soweit sie gemäß der in der Hauptverhandlung abgegebenen Erklärung noch aufrecht erhalten worden ist, abgewiesen, mit der Begründung, daß Kläger auf die Bezeichnung „Photophore“ kein Sonderrecht besitze, weil, wie sich aus den Akten ergebe, diese zwar ursprünglich originelle und neue Bezeichnung gegenwärtig überhaupt allgemein für Wasserstandsgläser mit farbigen Streifen auf weißem Grunde, gleichviel welcher Fabrikation, diene, in der Verwendung des Namens „Photophore“ für die von der Beklagten in Verkehr gebrachten Gläser somit keine *concurrency déloyale* gegenüber dem Kläger liege, und daß auch die übrigen Umstände, welche der Kläger angeführt habe, um daraus eine illoyale Konkurrenz der Beklagten herzuleiten, für die Annahme einer solchen unzureichend seien.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist mit Bezug auf das anzuwendende Recht augenscheinlich gegeben. Zweifelhaft kann

nach den Akten, insbesondere nach den Angaben der Beklagten über den Umsatz in dem streitigen Verkehrsartikel, allerdings die Frage erscheinen, ob der Streitwert wirklich den für die Berufung an das Bundesgericht erforderlichen Minimalbetrag erreiche. In dessen ist diese Frage dadurch definitiv erledigt, daß der Kläger den Streitwert als über 4000 Fr. betragend angegeben und die Beklagte hiegegen keine Einwendung erhoben hat. Die Parteien gehen somit einig, daß der zur Berufung und zwar für das mündliche Verfahren erforderliche Streitwert vorhanden sei, und das Bundesgericht ist hieran gebunden, indem nach Art. 59 Abs. 2 bezw. Art. 53 Abs. 3 D.-G. eine Prüfung der Wertangabe des Klägers durch das Bundesgericht nur insoweit stattfinden hat, als der Beklagte diese Angabe bestreitet. Im weiteren erhebt sich die Frage, ob ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil im Sinne des Art. 58 D.-G. vorliege. Die Vorinstanz bemerkt nämlich bei der Erörterung ihrer eigenen Kompetenz als Handelsgericht, die vorliegende Klage könne wenigstens in dem Sinne als Handelsstreitigkeit angesehen werden, daß deren Beurteilung nach § 102 des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege durch das Handelsgericht als Schiedsgericht als gerechtfertigt erscheine. In Fällen dieser Art und sofern wenigstens der Beklagte im Kanton wohne, stehe daher dem Handelsgericht, wenn beide Parteien sich, wie hier, auf dasselbe berufen, die Anhandnahme des Streites nach seinem freien Ermessen zu. Nun ist eine Berufung an das Bundesgericht gegen bloße Schiedssprüche nach Art. 58 D.-G. unzweifelhaft nicht statthaft und wäre daher das Bundesgericht zur Beurteilung der vorliegenden Berufung nicht kompetent, wenn die Vorinstanz in diesem Prozesse lediglich die Funktion eines Schiedsgerichtes ausgeübt hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Kläger hatte seine Klage zuerst beim Bezirksgericht angebracht, und dieselbe erst dann beim Handelsgerichte eingeleitet, nachdem das Bezirksgericht, unter Hinweis auf die Kompetenz des Handelgerichtes, sich als unzuständig erklärt hatte. Von einer Vereinbarung der Parteien, die Streitfache in Umgehung der ordentlichen Gerichte an das Handelsgericht als Schiedsgericht zu bringen, ist keine Rede, vielmehr beweist das Verfahren des Klägers deutlich, daß er einen Entscheid auf

dem ordentlichen Prozeßwege unter Anrufung des zuständigen Gerichtshofes herbeiführen und damit auch aller gesetzlichen Rechtsmittel gegen einen solchen Entscheid theilhaftig sein wollte. In seinem Kompetenzbeschuß vom 24. September 1895 hat sich denn auch das Handelsgericht ganz allgemein als zuständig erklärt, ohne beizufügen, daß es die Streifsache nur als Schiedsgericht annehme, und die Ausführung in dem angefochtenen Urteile, die vorliegende Klage könne „wenigstens“ als Handelsstreitigkeit im Sinne des § 102 des Rechtspflegegesetzes angesehen werden, so daß deren Beurteilung durch das Handelsgericht als Schiedsgericht gerechtfertigt erscheine, verneint denn auch die Kompetenz des Handelsgerichtes als ordentlichen Gerichts nicht schlechweg, sondern läßt die Frage vielmehr offen, in der Meinung, daß es zur Befähigung seiner Kompetenz genüge, wenn § 102 cit. anwendbar sei. Unter diesen Umständen kann der angefochtene Entscheid nicht als bloßer Schiedsspruch betrachtet werden, und es ist daher die Berufung auch mit Rücksicht auf Art. 58 O.=G. als zulässig zu erachten.

3. Was nun zunächst die Behauptungen des Klägers anbelangt, die Beklagte habe sich zur Anpreisung ihrer Wasserstandsgläser seinen persönlichen Namen angemast, und, um seine Kundenschaft anzulocken, die klägerischen Fabrikate angeschwärzt, so fallen diese Behauptungen für die Entscheidung der vorliegenden Streifsache schon deshalb außer Betracht, weil sie mit dem Klagebegehren in keinem Zusammenhange stehen; denn die Klage geht nicht etwa dahin, es sei der Beklagten ein solches Verfahren zu untersagen, sondern sie verlangt, soweit sie überhaupt aufrecht erhalten worden ist, lediglich Unterlassung des Gebrauches des Namens „Photophore“ für die Wasserstandsgläser der Beklagten. Es ist daher einzig zu prüfen, ob die Beklagte durch den Gebrauch dieses Namens ein Recht des Klägers verletze. Kläger stützt sich für die Befähigung dieser Frage, und zwar ausschließlich, auf die allgemeinen Bestimmungen des eidg. Obligationenrechtes über unerlaubte Handlungen, indem er behauptet, er besitze ein Individualrecht auf den ausschließlichen Gebrauch der Bezeichnung „Photophore“ für Wasserstandsgläser; in der Anwendung dieser Bezeichnung für Fabrikate gleicher Art, die nicht vom

Kläger herrühren, liege ein Eingriff in dieses Individualrecht des Klägers, ein illoyaler Wettbewerb, gegen den er auf Grund der Art. 50 u. ff. O.=R. zu schützen sei. Gegen diese Begründung der Klage wird von der Beklagten zunächst der Einwand erhoben, es sei überall da, wo das Gesetz einen speziellen Rechtsschutz, wie z. B. den Markenschutz, zulasse, ein weiterer gemäß den allgemeinen Bestimmungen der Art. 50 ff. O.=R. ausgeschlossen; da Kläger die Bezeichnung „Photophore“ in der Schweiz nicht als Marke habe schützen lassen, habe er somit nicht nur auf den Schutz der Spezialgesetzgebung, sondern überhaupt auf alle Sonderansprüche auf jene Bezeichnung verzichtet. Die Vorinstanz hat diese Einwendung als unstatthaltig erklärt mit der Begründung, wenn es auch richtig sein dürfte, daß für Ansprüche aus einer eingetragenen Marke wegen Nachahmung derselben lediglich das Markenschutzgesetz als die diese Ansprüche erschöpfende Spezialnorm angerufen werden könnte, so wäre es doch nicht zutreffend, die allgemeinen Bestimmungen der Art. 50 u. ff. O.=R. da auszuschließen, wo der Markenschutz infolge Nichteintragung einer Waarenbezeichnung als Marke nicht besteht, während es sich im übrigen um ähnliche Verhältnisse handelt. Hierüber ist zu bemerken: Das Recht auf Schutz der Fabrik- und Handelsmarken ist in der Schweiz bekanntlich durch Spezialgesetzgebung geregelt, und diese Spezialgesetzgebung macht den Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen Eingriffe in das Markenrecht von besondern Voraussetzungen abhängig, welche für die Klagen aus concurrence déloyale, die sich lediglich auf die allgemeinen Grundsätze der Art. 50 ff. O.=R. stützen, nicht bestehen. Nach Art. 4 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken hat eine Marke nur dann Anspruch auf gerichtlichen Schutz, wenn die in diesem Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Hinterlegung und Eintragung erfüllt worden sind. Besteht nun die illoyale Konkurrenz in der Verletzung eines Rechtes, dessen Schutz durch die Spezialgesetzgebung normiert ist, so kann diese illoyale Handlung auch nur nach Maßgabe dieses Spezialgesetzes verfolgt werden, und es kann daher gegenüber der mißbräuchlichen Verwendung einer Bezeichnung, die als Markenrechtsverletzung im Sinne des Spezialgesetzes verfolgbar ist, nur die Markenschutz-

Klage angestellt werden, so daß in diesem Falle die Berufung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze über concurrence déloyale ausgeschlossen bleibt, gleichviel, ob die Förmlichkeiten des Markenschutzgesetzes erfüllt worden seien oder nicht. Nun bezieht sich aber der Streit nicht auf eine Handlung der Beklagten, gegen die der Kläger auf Grund des Markenschutzgesetzes Einsprache erheben könnte. Bekanntlich gewährt das Markenschutzgesetz seinen Schutz nur gegen rechtswidrige Anfertigung oder Benutzung solcher Zeichen, welche zum Anbringen auf der Waare selbst oder deren Verpackung bestimmt und verwendet werden, während Manipulationen anderer Art, welche zur Täuschung über den Ursprung der Waare führen können, wie Äußerungen in Prospekten und Reklamen, u. s. w. keine Markenrechtsverletzung enthalten, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über concurrence déloyale zu beurteilen sind (Umtl. Samml. der Bundesger. Entsch. XIX, S. 232 Erw. 2). Hier ist nun nicht behauptet worden, daß die Beklagte die Bezeichnung „Photophore“ auf ihrer Waare oder deren Verpackung verwende, sondern bloß, daß dies auf Cirkularen geschehe. Der der Klage zu Grunde liegende Tatbestand fällt somit nicht unter den Bereich des Markenschutzgesetzes, und es finden daher in der Tat die allgemeinen Grundsätze über unerlaubte Handlungen Anwendung.

4. Hierbei ist die Vorinstanz in richtiger Weise davon ausgegangen, daß der Gebrauch einer Waarenbezeichnung dann als ein Akt der unloyalen Konkurrenz erklärt werden müsse, wenn diese Bezeichnung bereits von einem andern Konkurrenten in statthafter Weise für sein Fabrikat in Anspruch genommen und dadurch zum Individualnamen für dasselbe geworden ist. Um als Individualname in Anspruch genommen zu werden, darf aber die Benennung nicht eine generische oder deskriptive Bezeichnung der Waare enthalten, sie darf nicht lediglich die Sache selbst oder ihre Eigenschaften in ihrer üblichen Benennung bezeichnen; denn niemand hat das Recht, die sprachliche Bezeichnung einer Sache oder ihrer Eigenschaften sich allein anzueignen (s. Kohler, Markenrecht, S. 177). Will der Fabrikant die Herkunft seines Fabrikates charakterisieren, so muß er daher hierzu einen Namen wählen, der sich von der üblichen Benennung der Waare und ihrer Eigen-

schaften unterscheidet und mit Bezug auf diese als Phantasiename erscheint. Nun steht allerdings das aus dem Griechischen entnommene Wort „Photophore“ (Lichtträger) in einem gewissen Zusammenhang mit der Eigenschaft der fraglichen Wasserstandsgläser, den Niveaustand ins Licht zu setzen, so daß es nahe läge, dasselbe als deskriptive Benennung dieser Fabrikate anzusehen, insbesondere in Anbetracht, daß dasselbe auch adjektivisch (tubes photophoros) gebraucht wird; indessen erscheint, wie die Vorinstanz mit Recht bemerkt, diese Beziehung doch als eine ziemlich entfernte, und sie darf namentlich mit Rücksicht darauf als nicht ausschlaggebend betrachtet werden, daß die Benennung aus einer toten Sprache abgeleitet ist, und ihre Bedeutung dem Publikum überhaupt nicht verständlich sein wird. Die Bezeichnung „Photophore“ kann daher in der Tat mit Beziehung auf die in Frage stehenden Fabrikate als Phantasiebezeichnung gelten. Im weitern ist zur Begründung eines Vorrechtes des Klägers auf diesen Namen erforderlich, daß Kläger denselben zuerst für sein Fabrikat verwendet und daß dieses unter dem Namen im Verkehr bekannt geworden sei. Diese Voraussetzungen müssen in casu als erfüllt betrachtet werden angesichts der Feststellung der Vorinstanz, daß diese Bezeichnung in den Jahren 1883 und 1885, als Kläger unter diesem Namen in Frankreich ein Patent auswirkte und dieselbe als Fabrik- und Handelsmarke eintragen ließ, wenigstens für das in Frage stehende Fabrikat noch neu gewesen sei.

5. Nun hat aber die Vorinstanz die Klage aus dem Grunde abgewiesen, weil diese ursprünglich neue und originelle Bezeichnung gegenwärtig überhaupt allgemein für Wasserstandsgläser mit farbigen Streifen auf weißem Grunde, gleichviel welcher Fabrikation, diene. Ist diese letztere Annahme weder altenwidrig noch rechtsirrtümlich, so muß dieselbe allerdings zur Abweisung der Klage führen; denn wenn die ursprünglich individuelle Bezeichnung sich zur Gattungsbezeichnung erweitert hat, ist dieselbe zum Gemeingut geworden und dadurch dem Alleingebrauch des ursprünglich Berechtigten entzogen. Allein der Annahme der Vorinstanz, daß die Bezeichnung „Photophore“ auf Grundlage der vorliegenden Akten als zum Gemeingut geworden zu betrachten sei, kann nicht beigetreten werden. Diese Annahme beruht auf einer rechtsirrtüm-

lichen Auffassung darüber, unter welchen Voraussetzungen eine ursprüngliche Individualbezeichnung diesen Charakter verliert und als Gemeingut betrachtet werden muß. Eine derartige Umwandlung tritt nämlich nicht etwa schon dadurch ein, daß außer dem ursprünglich allein Berechtigten eine Anzahl anderer Gewerbetreibender die Bezeichnung ebenfalls anwendet, wie denn auch der Umstand, daß Mehrere die Marke eines Andern ungestraft führen, noch nicht genügend ist, die Marke zur Qualitäts- oder Freimarke zu machen (Kohler, Markenrecht, S. 187); maßgebend für die Frage, ob eine ursprüngliche Individualbezeichnung dem freien Gebrauch anheimgefallen sei, muß vielmehr sein, ob unter der betreffenden Klasse von Gewerbetreibenden das Bewußtsein, daß es sich um eine Individualbezeichnung handle, überhaupt noch vorhanden, oder ob dasselbe erloschen sei, so daß die Bezeichnung ihren Unterscheidungszweck nicht mehr erfüllt (s. auch Seligsohn, Gesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, S. 51). Ist ein derartiger allgemeiner Gebrauch nicht eingetreten und steht dem ursprünglich Berechtigten noch die Möglichkeit offen, das Bewußtsein, daß es sich um eine Individualbezeichnung handle, wachzuhalten, so kann nicht gesagt werden, daß dieselbe zum Gemeingut geworden sei. Nun stützt sich die Vorinstanz für ihre Annahme lediglich auf die sechs von der Beklagten produzierten Ankündigungen und Publikationen, sowie darauf, daß der Kläger beim Bureau der internationalen Union seine Fabrikate selbst als tubes niveaux, dits tubes photophores ou niveaux photophores bezeichnet habe, womit er diese Bezeichnung selbst als Gattungsbegriff, bezw. als appellative Bezeichnung behandelt habe. In Bezug auf die genannten Ankündigungen führt die Vorinstanz aus: Diejenigen von J. Lambereier & Cie. in Genf, L. Daffonville in Brüssel und G. Richardt in Bonn sprechen ganz allgemein von „Photophores“ als der erwähnten Art Wasserstandsgläser, und das nämliche zeige sich in den Publikationen der Vertreter des Klägers selbst: Junke in Hagen, Hecht & Köppe in Leipzig und Wanner & Cie. in Horgen. Bald sei diese Verallgemeinerung ausgedrückt, indem der Benennung „Photophores“ zur Verdeutlichung noch das Wort Wasserstandsgläser vorangestellt werde, bald sei lediglich von „Photophores“ die

Rede, bald auch werden beide Bezeichnungen neben einander gebraucht oder es sei die Andeutung eines Gattungsbegriffs lediglich durch die Wendung „sogenannte Photophores“ ausgedrückt. Auch in der Ankündigung von „Photophores aus Hartglas“ sei letztere Herstellungsart als eine Spezialität des Allgemeinbegriffs „Photophores“ bezeichnet. Das nämliche sei in den Ankündigungen ausgedrückt, in denen von Guilbert-Martin-Photophores als einer Spezialität von Photophores die Rede sei, wie bei Richardt und Hecht & Köppe, und das gleiche gelte von der Hinweisung auf die ächten Guilbert-Martin-Photophores, wobei auch speziell (in der Annonce von Wanner & Cie.) auf die Schutzmarke aufmerksam gemacht werde. Die entscheidende Frage nun, ob der Beweis geleistet sei, daß andere Wasserstandsgläser mit roten Streifen, als diejenigen, welche vom Kläger herrühren, im Verkehr allgemein den Namen „Photophores“ angenommen haben, wird durch diese Ankündigungen nicht gelöst, und von der Vorinstanz bei Würdigung dieser Aktenstücke auch nicht beantwortet; diese spricht sich darüber, ob sich die Ankündigungen auch auf andere als diejenigen des Klägers beziehen, nicht aus, und aus den Akten selbst ist nur so viel zu entnehmen, daß jedenfalls die Ankündigungen von Wanner & Cie. und Hecht & Köppe, als der Vertreter des Klägers, sich auf klägerische Fabrikate beziehen. Ebenso wenig kann aus der Formulierung der Markenannmeldung des Klägers der Schluß dahin gezogen werden, daß er selbst die Bezeichnung „Photophore“ als Gattungsbegriff verwendet habe; denn die Wendung tubes niveaux dits tubes photophores kann doch in diesem Zusammenhang wohl kaum etwas anderes ausdrücken, als die nähere Bezeichnung seiner Wasserstandsgläser, im Unterschied zu den Wasserstandsgläsern überhaupt, nämlich solche Wasserstandsgläser, welche er „Photophores“ nenne, wobei also letztere Bezeichnung nicht etwa als Gattungsbegriff verwendet, sondern umgekehrt in Gegensatz zu dem Gattungsbegriff tubes niveaux gesetzt wird.

6. Ist aber die Annahme der Vorinstanz, daß durch die von ihr angeführten Momente die Umwandlung des fraglichen Namens in einen Gattungsbegriff genügend erwiesen sei, als rechtsirrtümlich zu bezeichnen, so muß die Beklagte mit ihren weiteren

Beweisofferten über diesen Punkt gehört werden, und es ist daher die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Abnahme der von der Beklagten dafür anerborenen Beweise, daß die Bezeichnung „Photophore“ zu einer allgemeinen Gattungsbeneennung von Wasserstandsgläsern mit roten Streifen geworden sei, und zu neuer Beurteilung auf Grund dieser Aktenvervollständigung.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird in dem Sinne als begründet erklärt, daß das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Oktober 1895 aufgehoben und die Sache an dasselbe behufs Abnahme der von der Beklagten anerborenen Beweise und zu neuer Entscheidung auf Grundlage dieser Aktenvervollständigung zurückgewiesen wird.

23. Urteil vom 1. Februar 1896 in Sachen  
Bischofberger gegen ländliche Spar- und Leihkasse  
in Appenzell.

A. Durch Urteil vom 28. November 1895 hat das Kantonsgericht von Appenzell-Innerrhoden erkannt: Es sei das Amtsbrot aufgelöst und Kläger mit seinem Rechtsbegehren gänzlich aus dem Rechte gewiesen.

B. Gegen dieses Urteil erklärte der Kläger die Berufung an das Bundesgericht, indem er beantragt, es sei zu erkennen:

1. Es bestehe keinerlei Haftbarkeit und Verpflichtung des Klägers der Beklagten gegenüber aus dem sogenannten Bürgschein vom 25. Mai 1892 und aus der auf Grund desselben an die Beklagte erfolgte Begebung von Gutscheinen und Zeddeln im Betrage von 33,090 Fr.

2. Es habe die Beklagte ihre Haftbarerklärung des Klägers für ihre Forderung an dem Falliten Emil Sutter-Ulmann, Gontenbad, laut Eingabe vom 14. Januar 1895 an das Konkursamt Appenzell zurückzunehmen, den Bürgschein und ebenso

die Gutscheine und Zeddel im Betrage von 33,090 Fr. nebst laufenden Zinsen und allfällig erhobenen Zinsen unbeschwert zurückzugeben.

3. Eventuell: Es habe Kläger an dem Verluste, den die Beklagte an Emil Sutter-Ulmann erleiden werde, persönlich sowohl als mit den begebenen Titeln, nur zur Hälfte zu haften.

4. Eventuellst: Es hafte Kläger aus dem Titel der Bürgschaft nur bis auf die Hälfte an dem genannten Verlust.

Bei der heutigen Verhandlung wiederholt der klägerische Anwalt diese Anträge. Der Anwalt der Beklagten trägt auf Verwerfung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Emil Sutter-Ulmann im Bad Gonten schuldete der Kreditanstalt St. Gallen 116,000 Fr. aus Darlehen, wofür Faustpfänder gegeben waren, und der Kläger neben Dr. Sutter in Appenzell, dem Bruder des Schuldners, sich verbürgt hatte. Im Jahre 1892 zahlte die Beklagte für den Schuldner die Darlehenssumme an die Kreditanstalt St. Gallen, wogegen diese ihr die Faustpfänder abtrat. Emil Sutter stellte am 25. Mai 1892 einen neuen Schuldschein aus, worin er erklärte, der Beklagten den Betrag von 128,000 Fr., verzinslich zu 4 1/2 %, zurückzahlbar auf unbestimmte Zeit gegen Hinterlage von Kapital im Nominalwerte von 81,080 Fr. à 100 Rp., 63,020 Fr. à 100 Rp., 33,090 Fr. à 100 Rp., 3175 Fr. à 80 Rp. und 1010 Fr. à 90 und 70 Rp. zur Verstärkung zu schulden. Dagegen wurde ihm der der Kreditanstalt St. Gallen ausgestellte Schuldschein mit den Bürgschaftsverpflichtungen zurückgegeben. Im weiteren versprach der Schuldner Emil Sutter der Beklagten noch Bürgschaft durch seine Verwandten, nämlich durch den Kläger Bischofberger-Sutter und Dr. Sutter. Der vom Buchhalter der Beklagten entworfene Bürgschaftsschein, lautend:

„Die Endgesetzten verpflichten sich hiemit, dem Emil Sutter-Ulmann zum Löwen dahier, für ein bei der ländlichen Spar- und Leihkasse Appenzell erhobenes Darlehen von 120,000 Fr. (in Worten Franken hundert zwanzigttausend) samt Zins und Kosten neben der hiefür versetzten Hinterlage, die aus folgenden Posten besteht: