

ausfagen bestätigt wird, daß derartige Aufschriften geeignet sind, den Liebhaber von Münchener oder Pilsner Bier, zumal den mit den besondern örtlichen Verhältnissen im Bierverkehr nicht besonders Vertrauten, in die Wirtschaften zu locken. Aber auch beim Café zur Tramhalle (Wirtschaft Thöny) trifft das, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, zu, da die dreifache Bezeichnung „Basler Löwenbräu“ (in größerer Schrift) und — darunter — „Münchener Bier — Pilsner Bier“ sehr wohl auch die Annahme beim Publikum zuläßt, es werden dreierlei Sorten Bier geführt. Nach dem gesagten ist es rechtsirrtümlich, wenn die Vorinstanz auf eine besondere Täuschungsabsicht der Kassationsbeklagten abgestellt und deren Fehlen aus den von ihr angeführten, oben in Erw. 3 wiedergegebenen Gründen abgeleitet hat. Alle diese Gründe vermögen nicht den Vorsatz auszuschließen. Ein Unterschied zwischen der Bezeichnung „echtes Münchener Bier“ und „Münchener Bier“ ist nicht zu machen, nachdem einmal feststeht, daß die Bezeichnung „Münchener Bier“, ohne klaren, unzweideutigen Zusatz, als Herkunfts- und nicht als Qualitätsbezeichnung anzusehen ist. Auch daß nicht von „Versandt-, Exportbier“ gesprochen wird, ist demnach unerheblich. Daß endlich das Bier allgemein zu dem für Basler Biere üblichen Preise abgesetzt wurde (worin eine vor Kassationshof nicht anfechtbare tatsächliche Feststellung liegt), ist aus dem Grunde unerheblich, weil eben das Publikum durch die Aufschriften an sich in die betreffenden Lokale gelockt wird.

Demnach hat der Kassationshof

erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird als begründet erklärt, das Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 19. Dezember 1906 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an dieses Gericht zurückgewiesen.

26. Urteil des Kassationshofes vom 18. März 1907  
in Sachen Siegfried, Kass.-Kl., gegen  
Vereinigte Schminfabriken Zimmer & Cie., Kass.-Bekl.

*Kassationsbeschwerde in Strafsachen: Unzulässigkeit von Nova. Stellung des Kassationshofes, Art. 163 OG. — Markennachmachung und Markenverwendung; Art. 24 litt. a und litt. b MSchG. Die Verwechslungsgefahr gehört bei beiden Delikten zum Tatbestand. Es kommt dabei auf den Kreis der Abnehmer der mit der Marke versehenen Ware an. Rückweisung nach Art. 173 OG zur Feststellung hierüber.*

A. Durch Urteil des Bezirksgerichts Zofingen vom 6. Juni 1906 sind Albrecht Siegfried und Dr. Kurt Siegfried, Direktoren der Aktiengesellschaft vorm. B. Siegfried, der Übertretung des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken schuldig erklärt und zu einer Geldbuße von je 50 Fr., die im Falle der Nichterhältlichkeit in 10 Tage Gefängnis umgewandelt sein sollte, verurteilt werden, unter Verweisung der Entschädigungsbegehren der „Anzeigepartei“ auf den Zivilweg; das Begehren der Anzeigepartei um Publikation des Urteils ist abgewiesen worden.

Die von den Verurteilten gegen dieses Urteil ergriffene Beschwerde, die den Antrag auf Abweisung der Klage und Freisprechung enthielt, ist vom Obergericht des Kantons Aargau, Abteilung für Strafsachen, mit Urteil vom 25. Oktober 1906 abgewiesen worden.

B. Gegen das obergerichtliche Urteil haben die Verurteilten rechtzeitig und formgerecht die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht, im Sinne der Art. 160 ff. OG, ergriffen. Sie stellen den Antrag:

Der Kassationshof des Bundesgerichts wolle das angefochtene Strafurteil wegen unrichtiger Auslegung des Begriffes der Markennachmachung (Art. 24 litt. a des eidg. Markengesetzes) aufheben und die Sache zu neuer Beurteilung an das aargauische Obergericht zurückweisen.

C. Die Kassationsbeklagte stellt den Antrag auf „Abweisung

„der Kassationsbeschwerde und Bestätigung der Urteile des Bezirksgerichts Zofingen und des Obergerichts Aargau vom 6. Juni und 25. Oktober 1906 in vollem Umfange.“

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Die Kassationsbeklagte hat (im Dezember 1897) die Wortmarke « Validol » für ein pharmazeutisches Präparat beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum eintragen lassen (Marke Nr. 9719). Sie bringt unter diesem Namen eine Flüssigkeit in den Handel, die in der Hauptsache aus valeriansaurem Mentholäther, mit einem Gehalt von 30 % freiem Menthol besteht. Die Fläschchen, in denen sie das Produkt in den Handel bringt, enthalten auf der Umhüllung (Verpackung) die Aufschrift „25 Gr. Validol (Name geschützt). Vereinigte Chininfabriken Zimmer & Cie., Frankfurt a./M.“; die Etikette auf den Fläschchen selbst trägt, außer der Firma der Kassationsbeklagten, die Bezeichnung « Validol » und darunter „Name geschützt“. Die Kassationskläger sind die Direktoren der Aktiengesellschaft vormals B. Siegfried in Zofingen, die die Fabrikation chemischer und pharmazeutischer Produkte, sowie den Handel mit solchen und mit Drogen betreibt. Diese Gesellschaft stellt u. a. ein Produkt her, das mit dem « Validol » der Kassationsbeklagten identisch sein soll und dem sie die Bezeichnung « Valerate de menthol », als wissenschaftliche Bezeichnung für « Validol », gibt. Sie hat im Jahr 1905 an Hersky, Schapira & Cie. in Jaffa vier Fläschchen dieses Produktes verkauft, ferner einzelne Fläschchen an den Agenten Maddy in Basel. Alle diese Fläschchen enthalten auf der Etikette, außer der Firma « S.-A. anc. B. Siegfried, Zofingue », die Bezeichnung

Valerate de menthol  
(syn. Validol) ».

Wegen dieses Gebrauches ihrer Wortmarke « Validol » hat die Kassationsbeklagte Strafflage erhoben, die durch die eingangs mitgeteilten Urteile der aargauischen Gerichte geschützt worden ist. Die erste Instanz hat dabei im Vorgehen der (als verantwortlich erklärten) Kassationskläger ein Delikt im Sinne des Art. 24 litt. b MSchG erblickt, während die zweite Instanz litt. a dieses Artikels zur Anwendung gebracht hat.

2. Die entscheidende Erwägung des angefochtenen Urteils geht dahin: Nachahmung der Marke « Validol », und nicht „Verwendung“ im Sinne des Art. 24 litt. b MSchG, liege vor, weil die Kassationskläger die Marke nicht « tel quel » verwendet hätten, sondern mit dem Beisatz « syn. » und im Nachgang zu der wissenschaftlichen Bezeichnung. Es könne sich somit nur fragen, ob sie dadurch die Marke « Validol » so nachgeahmt hätten, daß das Publikum irreführt werde. Diese Frage sei zu bejahen. Denn — führt das Urteil aus —: „Es ist in erster Linie her-  
„vorzuheben, daß der Gesetzgeber nicht etwa von einer Ir-  
„führung der Kaufleute oder gar der Fachleute usw., sondern des  
„„Publikums“, d. h. der großen Masse der nicht gebildeten,  
„jedenfalls nicht „humanistisch gebildeten“ Volkskreise spricht,  
„welche in letzter Linie als Konsumenten dieses Heilmittels zu  
„betrachten sind. Und da kann es keinem Zweifel unterliegen, daß  
„für diese das Wort « Validol » und nicht das vorgedruckte, ihnen  
„aber unverständliche « syn. » maßgebend ist. Mit einigem Grund  
„könnte der Standpunkt der Beklagten dann vertreten und ge-  
„billigt werden, wenn wenigstens das Wort synonym ganz aus-  
„geschrieben worden wäre, allein die bloße Vorsilbe « syn. » ist  
„für das Publikum unverständlich und deshalb irreführend.“ In  
dieser Ausführung erblickt die Kassationsbeschwerde eine rechts-  
irrtümliche Auffassung des Begriffes der Markennachahmung, eine unrichtige Auslegung des Art. 24 litt. a MSchG. Unter „Publikum“ sei nicht für alle Fälle „die große Masse der Leute“ zu verstehen; nämlich da nicht, wo ein Artikel vorliege, der vom Lieferanten mit der betreffenden Etikette nicht an die große Masse, sondern an die dazwischenstehenden Fachleute geliefert werde, die ihn dann selbständig, mit einer neuen Etikettierung, an das Publikum abgeben. Für einen solchen Vorgang bilde der Kreis von Fachleuten das Publikum, auf dessen Unterscheidungsfähigkeit es ankomme. Um einen solchen Ausnahmefall handle es sich bei den Arzneimitteln, die vom Chemiker den Droguisten und von diesen den Apothekern geliefert werden; speziell beim Menthol-Valerian oder « Validol » sei es so. Der Apotheker gebe das Mittel nicht in der Originalverpackung an „die Leute“ ab, sondern in einem neuen kleinern Fläschchen und nur auf ärztliche

Vorschrift; hiefür werden zwei Briefe von Apothekern eingelegt. Eventuell sei hierüber noch Beweis zu erheben.

3. Die Kassationsbeklagte — deren Legitimation zur Erhebung der Straflage keinem Zweifel unterliegen kann, da das deutsche Reich durch Erklärung vom 24. März 1903, *RS d. BGes. 19 S. 523*) der Union zum Schutze des gewerblichen Eigentums und dem Ergänzungsvertrage vom 14. Dezember 1900 beigetreten und die ursprünglich deutsche Marke « Validol » in der Schweiz eingetragen ist — hält jener Begründung der Kassationsbeschwerde in erster Linie entgegen, die Behauptung, die Ware gelange überhaupt nicht mit der streitigen Etikette an das Publikum, sei gänzlich neu und deshalb vom Kassationshof nicht zu hören. Wäre nun richtig, daß die Behauptung der Kassationskläger — die zweifellos tatsächlicher Natur ist und nicht etwa eine neue Rechtsausführung oder Rechtsbegründung enthält — erst in der Kassationsinstanz aufgestellt worden wäre, so müßte der Schlussfolgerung der Kassationsbeklagten, daß sie unzulässig sei, beigestimmt werden. Denn nach der ganzen Gestaltung des Rechtsmittels der Kassation, wonach der Kassationshof auf die Prüfung der Rechtsanwendung beschränkt und die Feststellung des Tatbestandes ihm gänzlich entzogen ist, kann keinem Zweifel unterliegen, daß neue tatsächliche Behauptungen vor dem Kassationshof ausgeschlossen sind; Sache der Überprüfung des Kassationshofes ist nur, zu beurteilen, ob die Rechtsanwendung auf den festgestellten Tatbestand eine richtige sei und weiter, gegebenenfalls, ob die erheblichen Tatsachenbehauptungen unter Anwendung richtiger Rechtsgrundsätze (eidgenössischen Rechts) gehörig festgestellt worden seien. Eine Neuverhandlung der Sache selbst oder eine eigene Feststellung des Tatbestandes (welche dem Bundesgericht als Berufungsinstanz, in engen Grenzen, und unter Ausschluß der *Nova*, gestattet ist, Art. 82 und 80 *OG*) ist durchaus ausgeschlossen. Die Einwendung der Kassationsbeklagten, die fragliche Behauptung sei neu, erst vor Kassationsinstanz vorgebracht, ist nun aber nicht richtig. Die Kassationskläger haben nämlich schon in ihrer Beschwerde an das Obergericht folgendes ausgeführt: „Die Beifügung des Synonyms (hier: syn. Validol) erinnert jeden Fachmann alsbald daran, daß ihm nicht das diesen Namen tragende

„Produkt, also nicht Ware der Ursprungsfabrik, sondern drittes „Produkt angeboten werde, so daß für Fachleute von einer Irreleitung nicht die Rede sein kann. Beim Handel mit Heilmitteln „hat man es aber nur mit Fachleuten zu tun. Fachleute sind die „Fabrikanten und die Abnehmer (Apotheker).“ Hierin liegt die Behauptung, mit der die Kassationskläger die Kassationsbeschwerde stützen, schon zur Genüge, so daß also diese Behauptung auch vom Kassationshof — nachdem sie von der II. Instanz zugelassen worden ist und der Kassationshof nicht zu überprüfen hat, ob das mit Recht geschehen sei — auf ihre Erheblichkeit zu prüfen ist. Ganz klar ist dagegen, daß die von den Kassationsklägern neu eingelegten Beweismittel (Briefe der Apotheker) nicht zu berücksichtigen sind.

4. Der Prüfung der Erheblichkeit der gedachten Schutzbehauptung der Kassationskläger vorgängig ist die Frage zu entscheiden, ob auf den vorliegenden Fall litt. a oder litt. b des Art. 24 *MSchG* anwendbar seien. Hierüber ist zu bemerken: Der bundesrätliche Entwurf vom 18. Januar 1890 (*BBl. 1890 I S. 291 ff.*) hatte die jetzigen litt. a und b in drei Bestimmungen zerlegt und als verfolgbar erklärt:

„a) wer die Marke eines Andern nachmacht;

„b) wer die Marke eines Andern so nachahmt, daß das Publikum irreführt wird;

„c) wer Marken eines Andern oder Verpackungen, die mit solchen Marken versehen sind, für seine eigenen Erzeugnisse „oder Waren verwendet, um beim Publikum den Glauben zu „erwecken, daß diese Erzeugnisse oder Waren von dem Hause „herrühren, dessen Marken sie gesetzwidrigerweise tragen.“

Nach Dunand, *Traité des Marques de fabrique*, No 178, p. 261, ist unter der Markenachahmung die Reproduktion der Marke eines Andern mit gewissen Modifikationen zu verstehen, wogegen die „Nachmachung“ (« contrefaçon ») die Reproduktion « telle quelle », die slavische Reproduktion bedeutet. Unter der Verwendung im Sinne der litt. b, im französischen Text « usurpation », versteht Dunand (Nr. 206 S. 346) die Verwendung der geschützten Marken (als Sachgegenstände gedacht) für Erzeugnisse, die nicht von dem Hause herrühren, dessen Marke sie

rechtswidrigerweise tragen; « le délit d'usurpation de marque consiste dans le fait de se procurer la marque véritable d'une autre personne et de s'en servir pour marquer ses produits. » An Hand des bundesrätlichen Entwurfes und der Bedeutung der Worte „Nachmachung“ und „Nachahmung“ ist nun vorab, mit Dunand, unter Nachmachung die slavische Reproduktion einer Marke zu verstehen. Bei der Marke, die (wie « Validol ») ausschließlich Wortmarke ist und nicht noch durch ihre Schriftzüge wirkt, bedeutet daher die Reproduktion des Wortes allein immer eine „Nachmachung“ im Sinne der litt. a des Art. 24 MSchG; von „Nachahmung“ könnte nur bei Veränderung wenigstens eines Buchstabens die Rede sein (vergl. BGG 27 II S. 620 ff., spez. S. 627 f. Erw. 5 betr. „Basogen“ „Basapon“ und „Basoval“). Diese „Nachmachung“ würde eine „Verwendung“, falls die Definition dieses Begriffes durch Dunand richtig ist, ausschließen; denn bei der „Verwendung“ (« usurpation ») wird die Marke nicht selbst nachgemacht, sondern die geschützte Marke wird rechtswidrigerweise auf Erzeugnissen oder Waren, auf die sie nicht gehört, angebracht. Die Dreiteilung der Delikte „Nachmachung“, „Nachahmung“ und „Verwendung“ liegt denn auch den litt. c und e des Art. 24 MSchG zu Grunde, wie unter den „rechtswidrigerweise angebrachten“ (französischer Text: « indument apposées ») Marken zweifellos die im Sinne der litt. b angebrachten zu verstehen sind. Nach diesen Ausführungen fällt also das eingeklagte Delikt unter litt. a, nicht unter litt. b des Art. 24 MSchG. Daß eine „Nachmachung“, nicht eine „Nachahmung“ vorliegt, ist durch die Zusätze des wissenschaftlichen Namens und der Abkürzung « syn. » nicht ausgeschlossen, weil eben diese Zusätze nicht Veränderungen der Wortmarke selbst sind; es fragt sich vielmehr mit Rücksicht auf diese Zusätze nur, ob sie geeignet sind, die durch die Reproduktion der Wortmarke bewirkte Verwechslungsgefahr und -möglichkeit aufzuheben. Bei Entscheidung dieses Punktes aber ist die von den Kassationsklägern aufgeworfene Frage von Bedeutung, an welchen Kreis von Abnehmern das Produkt der Kassationskläger mit der fraglichen Etikette gelange.

5. Von Bedeutung wäre diese Frage übrigens auch dann,

wenn die in Erw. 4 hievor vertretene Auslegung des Verhältnisses von litt. a und b des Art. 24 MSchG zu einander und speziell die Auslegung der litt. b nicht gebilligt werden wollte. Denn auch wenn unter „Verwendung“ (« usurpation ») der Marke eines Andern auf den eigenen Erzeugnissen oder Waren nicht nur die Anbringung der Marke — der Markensubstanz — des Andern, sondern auch die Anbringung der nicht vom Andern herrührenden, also nachgemachten oder nachgeahmten Marke zu verstehen wäre, so würde doch ebenfalls zu untersuchen sein, ob eine Gefahr und Möglichkeit der Verwechslung des Produktes der Kassationskläger mit dem Produkt der Kassationsbeklagten vorliege. Auch beim Delikte der litt. b muß nämlich die Verwechslungsgefahr und -möglichkeit als Tatbestandsmerkmal angesehen werden, wie dies nach dem Entwurfe des Bundesrates klar ausgedrückt war. Die bezüglichen Worte des Entwurfes wurden gewiß lediglich als überflüssig gestrichen, und sie sind auch in der Tat überflüssig, wenn die in Erw. 4 vertretene Auslegung der litt. b richtig ist. Aber auch bei der andern Auslegung, die hier supponiert wird, muß jene Verwechslungsgefahr und -möglichkeit als Tatbestandsmerkmal angenommen werden aus dem Grunde, weil die „Verwendung“ der Marke eines Andern an sich allein, z. B. auf Produkten ganz anderer Gattung noch keine Markenrechtsverletzung bilden kann, und weil das MSchG ja überhaupt den doppelten Zweck hat, sowohl den Markeninhaber als das Publikum zu schützen, die Markenrechtsdelikte also immer zugleich eine Verletzung des Individualrechtes des Markeninhabers als auch des Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben im Verkehr enthalten müssen.

6. Ist aber danach die Verwechslungsgefahr und -möglichkeit Tatbestandsmerkmal des eingeklagten Deliktes, und muß sich der Vorfall (bei dessen Vorhandensein einzig Strafe eintreten kann, Art. 25 MSchG) auch hierauf richten, so ist dann weiter erheblich, welches die Abnehmer seien, an die das Produkt mit der nachgemachten (rechtswidrig verwendeten) Marke gelange, und ob sie die Unterscheidungsfähigkeit besitzen, um aus den Beisätzen, die die Kassationskläger angebracht haben, insbesondere aus dem Beisatz « syn. », darauf zu schließen, daß es sich nicht um das

Produkt der Kassationsbeklagten handeln könne, sondern daß damit angebeutelt werden wolle, es handle sich um ein Ersatzprodukt, Surrogat, oder um ein seiner Zusammensetzung nach mit dem durch die Wortmarke « Validol » identisches Produkt eines andern Fabrikanten. Wenn die Vorinstanz die Feststellung hierüber abgelehnt hat mit der Begründung, es komme doch immer in letzter Linie auf das kaufende Publikum, den eigentlichen Konsumenten, an, so kann diese Ausführung in dieser Allgemeinheit nicht gebilligt werden. Erst wenn die Möglichkeit gegeben ist, daß die von der Kassationsbeklagten beanstandete Etikettierung in die Hände der Konsumenten gelangt, ist die Möglichkeit der Täuschung und damit auch der widerrechtliche Gebrauch der Marke gegeben. Daß das, was von den Kassationsklägern ausdrücklich bestritten worden ist, der Fall sei, ist nun aber von der Vorinstanz nicht festgestellt, und es kann auch nicht aus den Erwägungen ihres Urteils herausgelesen werden; insbesondere ist nicht erwiesen, wie es sich mit den nach Jaffa gelieferten Fläschchen verhalte. Das Urteil der Vorinstanz enthält danach einmal eine unrichtige — nämlich zu absolute — Auslegung des Gesetzes; es leidet aber ferner an einem Mangel im Tatbestande, nämlich an der Unterlassung der Feststellung, an wen die Ware mit der fraglichen Etikettierung gelangt; der Mangel dieser Feststellung macht die Prüfung der Gesetzesanwendung unmöglich. Die Sache ist daher zu dieser Feststellung und zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.

Demnach hat der Kassationshof  
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Abteilung für Strafsachen, vom 25. Oktober 1906 in Anwendung des Art. 173 OG aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

## C. Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.

### Arrêts de la Chambre des poursuites et des faillites.

27. *Entscheid* vom 22. Januar 1907 in Sachen  
*Locher-Held.*

*Pfandverwertung; Kollokation und Verteilung; Rangordnung von (Grund)pfandgläubigern. Einfluss des Lastenverzeichnisses und eines Widerspruchsverfahrens gegen dasselbe. Art. 140, spez. Abs. 2; 146, 157 Abs. 2 SchKG. Die Rangstreitigkeiten sind erst bei der Kollokation und Verteilung, nicht schon beim Lastenverzeichnis zum Austrag zu bringen. Das ist zwingendes Recht. — Zuständigkeits-sphäre des Kollokationsrichters und der Aufsichtsbehörden.*

I. Der Refurrent Gottlieb Locher-Held ist aus einer Pfandobligation für eine Summe von 6000 Fr. nebst Zins und Kosten Gläubiger des Gottfried Dubach. Als Unterpfand haftet eine Befizung in Rüegsauwachen, auf der noch andere Kapitalien lasten, darunter ein solches von 2000 Fr. zu Gunsten des J. Schwab, Bahnbeamten in Biel, als Ehemann der Rosa Dieboldswyler, und ein weiteres von 2000 Fr. zu Gunsten des Friedrich Moser, Lokomotivführer in Burgdorf, als Ehemann der Rosette Dieboldswyler. Diese beiden Forderungen von zusammen 4000 Fr. standen früher als einheitliche Forderung der Witwe Anna Barbara Dieboldswyler geb. Kähr zu, die am 10. April 1899 für sie den