

Sodann ist die Speisewalze bei der Obstmühle des Beklagten anders geordnet als der Vorschneider bei der fraglichen Traubenmühle, wofür des näheren wiederum auf das angefochtene Urteil verwiesen werden darf. Diese Verschiedenheiten der Konstruktion beruhen auf dem verschiedenen Zweck, dem beide Mühlen zu dienen haben; es ist zu sagen, daß eine bloße Anwendung der Vorrichtung der Traubenmühle auf die Obstmühle den Zweck, den sich der Beklagte gesetzt hat, nicht vollständig erfüllen würde, so daß also von einer Zerstörung der Neuheit nicht die Rede sein kann.

8. Mit den vorstehenden Erwägungen ist das Rückweisungsbegehren des Klägers von selbst in abweisendem Sinne erledigt.

9. Mit Bezug auf Patentanspruch 2 endlich ist es unrichtig, wenn die Vorinstanz dem Kläger das Interesse an der Nichtigkeitsklärung deshalb abspricht, weil der Beklagte im Prozesse die Erklärung abgegeben hat, er anerkenne, daß darin nichts neues liege. Der Kläger hat ein Recht auf einen Entscheid, — wie ja denn auch zur Zeit der Litiskonfestation zweifellos ein Interesse des Klägers an der Erhebung der Nichtigkeitsklage im ganzen Umfange bestand, — und zwar muß diese Entscheidung, nach der Erklärung des Beklagten, ohne weiteres für den Kläger günstig ausfallen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird in der Hauptsache abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 16. Dezember 1903 bestätigt mit der Modifikation, daß Patentanspruch 2 des Patentes Nr. 11,841 des Beklagten nichtig erklärt wird.

## VII. Fabrik- und Handelsmarken.

### Marques de fabrique.

#### 16. Urteil vom 30. März 1904

in Sachen **Bergmann & Cie.**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen  
**C. Buchmann-Sausser und Buchmann & Cie.**, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Klage auf Löschung einer Marke, bzw. negative Feststellungsklage, begründet damit, dass die angefochtene Marke Freizeichen sei. Zulässigkeit dieser Klage; Legitimation. — Gemischte Marken (Bild des Lilienzweigs und Bezeichnung Lilienmilchseife für Seifen u. dgl.); totale Ungültigerklärung der Marke bei Freizeichenqualität der wesentlichen Teile. Art. 14 Ziff. 2 MSchG.*

A. Durch Urteil vom 13. November 1903 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

Die für die Beklagten eingetragenen Marken Nr. 8196, 8197 und 10,056 werden für nichtig erklärt; im übrigen wird die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen:

Das Urteil des Handelsgerichtes sei aufzuheben, und die Klage auch bezüglich der für die Beklagten eingetragenen Marken Nr. 8196, 8197 (beide vom 17. März) 1896 und Nr. 10,056 (vom 11. Mai 1898) gänzlich abzuweisen.

Eventuell seien die drei genannten Marken nur soweit als widerrechtlich zu erklären, als der Lilienzweig nach Ansicht des Bundesgerichtes Hauptbestandteil der drei Marken ist, ohne durch seine konkrete Gestaltung in den drei Marken den Charakter des Freizeichens verloren zu haben.

Weiter eventuell seien unter Aufhebung des Urteils des Handelsgerichtes demselben die Akten zurückzusenden zur Abnahme des Beweises dafür, daß den Klägern ein älteres Recht auf Benutzung der von den Beklagten gebrauchten Marke zustehe.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter der Beklagten diese Berufungsanträge.

Der Vertreter der Kläger trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten, welche in Zürich die Fabrikation und den Handel mit Toilettenseifen und Parfümerien betreiben, sind u. a. Inhaber folgender eidgenössischer Marken:

a) Der Marke Nr. 5891, hinterlegt am 29. Juli 1892, bestehend in zwei Bergmännern, welche einen Schild halten mit der Aufschrift „B. & Cie. Zürich 1850“; über dem Schild ist bemerkt: „Schutzmarke“;

b) der Marke Nr. 8196, hinterlegt am 17. März 1896, bestimmt, — wie auch die folgenden — für Bergmanns Lilienmilchseife, namentlich zur Anbringung auf deren Papierumhüllung. Diese Marke zeigt auf der Mitte (also für die Vorderseite, als Frontbild) einen schräg gestellten Lilienzweig (genauer zwei aneinander gelegte Zweige) mit einem darüber geschlungenen Band, das die Aufschrift „Lilienmilch-Seife“ trägt; oberhalb des Straußes ist in Antiqua fett das Wort „Bergmanns“ angebracht, unterhalb des Straußes in lateinischer Schrift das Wort „Bergmann.“ Weiter oben und weiter unten, an der als Kopf- bezw. Fußstück der Umhüllung bestimmten Stelle (in den Zwickeln) findet sich das Markenbild Nr. 5891, dem unten noch beigelegt ist: „Zwei Bergmänner.“ Neben dem Frontbild, auf den Seitenflächen der Verpackung, sind je dreizeilige Aufschriften angebracht, links die Bezeichnung der Ware, Firma und des Geschäftes der Beklagten, rechts außer der Lettern den Hinweis auf die Marke und eine Warnung gegen Nachahmung enthaltend. Noch weiter links, für die Rückseite der Umhüllung bestimmt, ist in einem doppellinigen Kreis (Ring) auffällig die Zahl „75“ mit „Gis.“ darunter angebracht;

c) der ebenfalls am 17. März 1896 hinterlegten Marke Nr. 8197. Diese zeigt im Frontbild den nämlichen schrägen Lilienzweig wie Nr. 8196, indessen ohne Band, und — auffällig gedruckt — darüber das Wort „Lilienmilch-“, darunter „Seife“, in den Zwickeln das Bergmänner-Markenbild Nr. 5891, auf den

Seitenflächen Geschäfts- und Firmabezeichnung der Beklagten und ganz links, für die Rückseite bestimmt, zwischen den fett gedruckten Zeichen „75“ und „Gis.“ wiederum die Bergmännermarke;

d) der Marke Nr. 10,056, vom 11. Mai 1898. Diese Marke enthält in der Hauptsache das nämliche Markenbild wie Nr. 8196 und unterscheidet sich von dieser nur dadurch, daß der Untergrund des Lilienzweiges schraffiert (schattiert) ist.

2. Im Oktober 1902 erhoben die Beklagten gegen den heutigen Kläger Buchmann-Hauser als damaligen „Chef“ der Firma Buchmann & Cie., die in Winterthur eine Parfümerie- und Toilettenseifenfabrik betreibt, Strafklage wegen Nachahmung ihrer Marken. Während die I. Instanz (das Bezirksgericht Winterthur) den Angeklagten und heutigen Kläger Buchmann-Hauser der Markenverletzung schuldig erklärte und ihn zu einer Geldbuße verurteilte, setzte ihn die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich auf seine Appellation hin durch Beschluß vom 25. Juni 1903 Frist zur Einreichung der Klage auf Löschung der Marken des Beklagten an. Innert der angesetzten Frist haben dann die Firma Buchmann & Cie. und Buchmann-Hauser, der seit 10. März 1903 Kommanditär jener Firma ist, die vorliegende Klage erhoben, die ursprünglich auf Löschung sämtlicher oben angeführten Marken der Beklagten gerichtet war. Die Klage war mit Bezug auf Marke Nr. 5891 damit begründet, daß diese eine Nachahmung einer früheren (deutschen) Marke sei, mit Bezug auf die übrigen Marken stützt sie sich darauf, diese seien Freizeichen, da das einzig charakteristische derselben: Lilienzweig und das Wort „Lilienmilchseife“, Gemeingut sei. In seinem eingangs mitgeteilten Urteile erklärt das Handelsgericht die Marke Nr. 5891 als rechtsbeständig, findet dagegen die übrigen Marken nicht schutzfähig aus der wesentlichen Erwägung, daß das Wort „Lilienmilchseife“ und der Lilienzweig, wie die Beklagten selber zugegeben hatten, an sich Freizeichen seien, und sie nun nicht etwa in einer bestimmten individualisierenden Gestalt verwendet werden, und daß den übrigen Bestandteilen der Markenbilder gegenüber jenen beiden nur ganz nebensächliche Bedeutung zukomme, welche die Marken nicht schutzfähig zu gestalten vermögen. Um die Löschung dieser Marken Nr. 8196, 8197 und 10,056

dreht sich heute noch der Streit, wie aus Fakt. A und B ersichtlich ist.

3. Auch heute noch, wie schon vor der Vorinstanz, bestreiten die Beklagten in erster Linie die Zulässigkeit der vorliegenden Klage auf Löschung der Marken; zulässig sei, machen die Beklagten geltend, nur eine negative Feststellungsklage, nicht aber eine Klage auf Löschung der Marken. Allein die Beklagten bestreiten selber nicht die Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage, die darauf gerichtet ist, daß festgestellt werde, dem mit ihr in Anspruch genommenen stehe das beanspruchte Markenrecht nicht zu. Die Zulässigkeit einer solchen Klage kann denn auch mit Grund nicht bestritten werden. Die gleichen Erwägungen, die das Bundesgericht (s. Entsch., Bd. VIII, S. 103 Erw. 4) dazu geführt haben, die Statthaftigkeit einer Feststellungsklage wegen Eingriffes in ein Markenrecht zu bejahen, führen auch dazu, eine negative Feststellungsklage gestützt darauf, daß die angefochtene Marke Freizeichenqualität besitze, als statthaft zu erklären. Nun will aber das auf Löschung einer Marke gerichtete Rechtsbegehren offenbar nichts anderes, als diese negative Feststellungsklage; freilich ist die Löschung nicht durch das Gericht auszusprechen, aber das Amt für geistiges Eigentum hat sie gemäß Art. 34 MSchG auf Vorweisung des eine Marke als nichtig erklärenden Urteils hin vorzunehmen, und daraus folgt, daß ein Rechtsbegehren auf Löschung einer Marke zulässig ist, da damit nichts anderes gemeint sein kann, als die Feststellung der Berechtigung der Kläger, die Löschung zu verlangen. Mit Bezug auf die Legitimation zu einer derartigen Löschungsklage, im Sinne einer negativen Feststellungsklage, sodann ist zu bemerken, daß der Anspruch auf Löschung dann, wenn er (wie hier) darauf gestützt wird, die angefochtene Marke sei Freizeichen und sich also gegen die ausschließliche Verwendung dieses Freizeichens durch einen Gewerbetreibenden, als Marke, richtet, allen Angehörigen der betreffenden Gewerbestandklasse, in der das Freizeichen im Gebrauch ist, zusteht und überhaupt jedem, der ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat. (Vergl. Kohler, Recht des Markenschutzes, S. 350.) Hiernach ist klar, was die Beklagten selber nicht bestritten, daß der Firma Buchmann & Cie. die Legitimation zur Klage

zukommt. Sie kann aber auch dem Kläger Buchmann-Hausser nicht mit Zug bestritten werden, da er mit der Strafklage der Beklagten ins Recht gefaßt und ihm Frist zur Anhebung der Löschungsklage angesetzt worden ist, er also ein hervorragendes rechtliches Interesse an der Richterklärung der Marken, auf Grund deren die Strafklage erhoben worden ist, besitzt.

4. (Einreden der Verjährung und des Verzichtes nicht mehr streitig.)

5. In der Sache selbst handelt es sich bei allen drei heute noch streitigen Marken um kombinierte oder gemischte, d. h. aus Wort- und Bildzeichen bestehende Marken. Nun geben die Beklagten selber zu, daß sowohl das Wort „Lilienmilchseife“, wie auch der auf dem Frontbilde der Marken befindliche Lilienzweig für Toilettenseifen- und Parfümeriefabrikation und den Handel mit den fraglichen Produkten Freizeichen und also Gemeingut der betreffenden Gewerbetreibenden sind. Die diese Freizeichen enthaltenden Marken der Beklagten sind daher nur dann geeignet, ein ausschließliches Warenzeichen eines Gewerbetreibenden zu werden, also markenfähig, wenn entweder diese Freizeichen in einer derart individualisierenden, originellen Art verwendet sind, daß dadurch ein charakteristischer, das Markenbild von andern Markenbildern deutlich unterscheidender Gesamteindruck entsteht, oder wenn die Freizeichen nur Nebenbestandteile der Marke bilden, und neben ihnen, als Hauptbestandteile, charakteristische, originelle Zeichen, Bilder oder Worte, welche markenfähig sind, sich auf der Marke befinden. Keine dieser Voraussetzungen trifft hier zu, wie die Vorinstanz eingehend ausführt. Weder ist das Wort „Lilienmilchseife“, von dem dahingestellt bleiben mag, ob es Sach- und Qualitätsbezeichnung und schon deshalb an sich markenunfähig, oder Phantastiebezeichnung sei — in einer Weise angebracht, die als charakteristisches Bild wirken würde (z. B. so, daß es eine Schlange oder einen Kreis bilden würde); noch weist der Lilienzweig irgendwelche charakteristische Merkmale (z. B. eine eigenartige Stillierung) auf. Daß speziell die Schattierung (Schraffierung) des Grundes bei Marke Nr. 10,056 dem Markenbilde ein charakteristisches Gepräge nicht verleiht, zeigt sich bei der ersten Betrachtung dieser Marke. Sodann muß mit der Vorinstanz gesagt

werden, daß gerade die Freizeichen den charakterisierenden Hauptbestandteil der Marken bilden. Am klarsten tritt dies hervor bei Marke Nr. 8197, bei der auch die Firmabezeichnung auf den Seiten angebracht ist. Mehr Individualisierung zeigen die Marken Nr. 8196 und 10,056 insofern, als hier die Worte „Bergmann's" und „Bergmann" sich im Frontbild befinden, ersteres Wort in der Überschrift" zu lesen im Zusammenhang mit „Alkermilchseife", letzteres als Unterschrift. Aber auch diese, an sich zweifellos markenfähigen Worte erscheinen nicht als Hauptbestandteile des Gesamtmarkenbildes. Ganz nebensächlich ist ferner die Anbringung der schutzfähigen Bergmännermarke infolge der Art und Weise, wie sie angebracht ist; und daß die Preisbezeichnung keinen wesentlichen Bestandteil des Markenbildes enthält, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Enthaltens so die drei Marken allerdings einige schutzfähige Bestandteile, so sind sie gleichwohl in toto nichtig zu erklären, da sie als wesentliche Bestandteile Freizeichen enthalten; diese Nichtigkeitserklärung in toto ist zu folgern aus Art. 14 Ziff. 2 MSchG, wonach das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum die Eintragung zu verweigern hat u. a., „wenn die Marke als wesentlichen Bestandteil . . . irgend eine „als Gemeingut anzusehende Figur enthält." Hat das Amt eine Eintragung zu verweigern, wenn ein Freizeichen einen wesentlichen Bestandteil einer angemeldeten Marke bildet, ohne Rücksicht darauf, ob daneben noch schutzfähige Bestandteile in der Marke vorhanden sind oder nicht, so muß auch auf Klage hin die Nichtigkeit einer solchen Marke in toto ausgesprochen werden und die Löschung der ganzen Marke erfolgen. Dabei ist natürlich die Wirkung der Nichtigkeitserklärung sehr relativ, indem sie sich nur auf das bestimmte, konkrete Markenbild bezieht.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 13. November 1903 in allen Teilen bestätigt.

## VIII. Schuldbetreibung und Konkurs.

### Poursuites pour dettes et faillite.

17. **Urteil vom 12. Februar 1904** in Sachen **Bianzano**,  
Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Leihkasse Enge**, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Klage gegen den Ersteigerer auf Schadenersatz wegen des Ausfalls bei der Steigerung, Art. 143 Abs. 2 SchKG. Legitimation zur Klage; Ueberweisung der Ausfallsforderung an den klagenden Gläubiger nach Art. 131 Abs. 2 SchKG. Ausschliessliche Kompetenz der Aufsichtsbehörden, über die Gültigkeit der Ueberweisung zu entscheiden (Art. 17 SchKG.) — Passivlegitimation. Die Frage, ob jemand Ersteigerer sei, fällt in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden.*

A. Die Klägerin, Leihkasse Enge, war Inhaberin eines Schuldbriefes von 36,000 Fr., welcher auf der in ein Pfandverwertungsverfahren einbezogenen Liegenschaft zum Wehrlißloch in Alftetten haftete. Der Beklagte Bianzano und N. Spielh waren im Besitze nachgehender Schuldbriefe. An der am 1. Juli 1901 abgehaltenen zweiten Steigerung des Grundpfandes fand (— nach zwei hier nicht in Betracht kommenden —) ein dritter Umgang statt, worüber das Gantprotokoll die Angabe enthält, daß die Zusage bei einem Kaufpreise von 44,000 Fr. an den Beklagten Bianzano erteilt worden sei. Der auf diesen dritten Umgang bezügliche Teil des Protokolles trägt denn auch neben der Unterschrift des Betreibungsbeamten Schmid diejenige Bianzanos. Darin figuriert aber noch, vor der Erwähnung, daß die Zusage an Bianzano erfolgt sei, der nachträglich durchgestrichene Name Spielh, welcher letzterer laut erstinstanzlicher Feststellung bei der zweiten Gant ein Angebot von 44,000 Fr. gemacht hatte. Ob tatsächlich der Zuschlag an Spielh oder an Bianzano direkt erfolgt sei, erklärt die erste Instanz als nicht sicher. Sie stellt im übrigen fest, Spielh und Bianzano seien vor dem Zuschlage (an letztern) oder unmittelbar nachher übereingekommen, daß Bianzano an Stelle Spielh die Liegenschaft übernehmen solle, womit der bei der Gant anwesende Vertreter der Leihkasse Enge einverstanden gewesen sei.