

4. — Etant donnée la solution de cette première question, basée sur la supposition que, comme l'allèguent les recourants, leur marque est purement littérale, il n'y a pas intérêt à examiner la question de savoir si la dite marque est purement figurative comme le soutient la société défendresse, ou peut être mixte. Il n'y a pas de motif non plus de soumettre à examen la solution donnée par l'arrêt cantonal à la question du rapport entre les dispositions du Code fédéral des obligations sur la raison de commerce et la loi de 1890 sur la protection des marques de fabrique.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté comme non fondé.

VI. Gewerbliche Muster und Modelle. — Dessins et modèles industriels.

95. Urteil vom 4. November 1905

in Sachen **Gebrüder Dreifuß**, Bekl., W.=Kl. u. Ber.=Kl., gegen
Gebrüder Fischer, Kl., W.=Bekl. u. Ber.=Bekl.

Nachahmung eines Musters? Art. 24, Z. 1 MMG. Rechtsgrundsätze und tatsächliche Feststellungen; Stellung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz.

A. Durch Urteil vom 22. Mai 1905 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau über die Rechtsbegehren:

a) der Klage:

1. Der Beklagten sei vom Gerichte zu untersagen, das Bändelmuster in Beilage 4 weiter herzustellen und zu verkaufen, überhaupt die geschützten Muster Nr. 10,625 und Nr. 10,775 weiter nachzumachen.

2. Die Beklagten seien zu verurteilen, den Klägern allen

Schaden zu ersetzen, der diesen durch den Verkauf des eingeklagten Musters bzw. der Nachahmung ihrer Muster Nr. 10,625 und Nr. 10,775 seit dem 30. November 1904 entstanden ist und noch entstehen sollte.

b) der Antwort:

Die Klage sei abzuweisen, und folgender Widerklage:

1. Der den Widerbeklagten verliehene Patentschutz für die Depots Nr. 10,625 und 10,775 sei als ungültig zu erklären und es sei den Widerbeklagten gestützt auf Depot Nr. 10,585 der Widerkläger zu untersagen, diese Artikel noch weiter zu fabrizieren.

2. Die Widerbeklagten seien zu verurteilen, den Widerklägern allen Schaden zu ersetzen, welcher diesen durch den Verkauf der unter Nr. 10,625 und 10,775 in Bern deponierten Artikel seit 1. Dezember 1904 entstanden ist, oder noch entstehen wird.

erkannt:

1. Den Beklagten wird gerichtlich untersagt, das Bändelmuster in Klagebeilage 4 weiter herzustellen und zu verkaufen, überhaupt die geschützten Muster Nr. 10,625 und Nr. 10,775 weiter nachzumachen.

2. Die Beklagten werden verurteilt, den Klägern allen Schaden zu ersetzen, der diesen durch den Verkauf des eingeklagten Musters, beziehungsweise die Nachahmung ihrer Muster Nr. 10,625 und Nr. 10,775 seit dem 30. November 1904 entstanden ist und noch entstehen sollte.

3. Die Widerklage wird abgewiesen.

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

1. Unter vollständiger Aufhebung des handelsgerichtlichen Urteils seien die Klagebegehren der Gebrüder Fischer abzuweisen und die Widerklagebegehren zuzusprechen.

2. Eventuell sei unter Zurückweisung der Sache an die kantonale Instanz eine Expertise über die Frage der Gleichheit bzw. Verschiedenheit der in Betracht fallenden Muster der Parteien anzuordnen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten und Widerkläger diese Berufungsanträge erneuert und begründet.

Der Vertreter der Kläger und Widerbeklagten hat Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten haben am 4. März 1904 beim eidg. Amt für geistiges Eigentum elf Musterbänder für Geflecht- und Hutfabrikation, Nr. 20—30, hinterlegt (Hinterlegungsnummer 10,585). Am 12. gleichen Monats haben die Kläger ein Bündelmuster (Depotnummer 10,625) hinterlegt (ihre Nr. 9052), dessen charakteristisches Bild nach der Klage das folgende ist: „Flache, „schmale, gepreßte Streifen, die aus Seide hergestellt sind, laufen, „leere Räume zwischen sich lassend, in wellenförmigen, gewundenen „Linien neben- und übereinander, in der Art von langgestreckten „Achten, die sich beständig kreuzen; und es sind die Bändchen da, wo „sie sich kreuzen, etwas gerafft. Das ganze bietet das Bild einer „leichten, lustigen, gewellten und sehr zierlichen Borde von äußerster „Geschmeidigkeit.“ Am 28. April 1904 haben die Kläger (unter Depotnummer 10,775) weitere Exemplare in vollkommener Ausführung hinterlegt. Da die Kläger im November 1904 zu bemerken glaubten, daß die Beklagten eine Nachahmung ihrer Muster auf den Markt bringen, haben sie nach erfolgloser Mahnung die vorliegende Klage mit den aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren erhoben. Die Beklagten stützten ihren Abweisungsschluß und ihre Widerklage darauf: sie hätten nicht das Muster der Kläger nachgeahmt, sondern dieses Muster sei selber gegenüber den Mustern der Beklagten (Hinterlegungsnummer 10,585), speziell Nr. 27—30, nichts neues; die von den Beklagten auf die Markt gebrachte Ware stelle sich als Ausführung des von ihnen hinterlegten Musters, nicht als Nachahmung der klägerischen Muster dar. Die Vorinstanz hat als feststehend angenommen, daß die von den Beklagten auf den Markt gebrachte Ware mit dem klägerischen Muster (Nr. 9052) identisch sei und daß daher die Nachahmungsklage begründet sei, falls nicht die Widerklage geschützt werden müsse. Diese aber hat sie unter eingehender Vergleichung der in Frage stehenden Muster abgewiesen.

2. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, daß die Hauptklage ohne weiteres gutzuheißen ist, falls nicht die Widerklage begründet erklärt werden muß. Denn daß die von den Beklagten

auf den Markt gebrachten Bündel, die die Veranlassung zur Klage gegeben haben, mit dem klägerischen Muster durchaus identisch sind, erhellt auf den ersten Blick. Allerdings bestehen Unterschiede, wie die Vorinstanz ausführt, darin, daß die Kreuzung der Linien nur dreifach, anstatt, wie beim Muster der Kläger, vierfach ist, und daß die Raffung weniger deutlich ist. Allein die Vorinstanz erklärt, durch diese Unterschiede werde keine Änderung erreicht, die einen neuen Gesamteindruck hervorrufe oder eine Verschiedenheit vom Muster 9052 der Kläger, die nur bei sorgfältiger Prüfung wahrgenommen werden könne; „jeder Fachmann“ werde die Ware der Beklagten „als eine mehr oder weniger gelungene Kopie des Depot 9052 der Kläger“ bezeichnen. Eine weitere von den Klägern eingelegte Ware der Beklagten sodann (Widerklage-Antwortbeilage 2) sei geradezu eine Nachahmung, eine slavische Kopie dieses Musters der Kläger. An diesen Ausführungen ist zunächst der rechtliche Ausgangspunkt: das, worauf es ankommt, damit Nachahmung vorliege, richtig. Bei der Frage, ob Nachahmung eines Musters vorliege, ist der Gesamteindruck, den die beiden Muster auf das Auge des Beschauers ausüben, entscheidend; Unterschiede, die nur bei sorgfältiger Vergleichung wahrgenommen werden können, schließen den Begriff der Nachahmung nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 24, Ziff. 1 MWG nicht aus. Dabei wird allerdings darauf abzustellen sein, daß bei der Frage der Identität das Urteil beteiligter Verkehrskreise und der letzten Abnehmer der Ware maßgebend ist; ob bei diesen Kreisen der Gesamteindruck ein verschiedener ist, muß entscheidend sein. Und wenn nun die Vorinstanz, offenbar gestützt auf ihre eigene Fachkenntnis oder doch auf die Fachkenntnis eines ihrer Mitglieder, die Frage der Nachahmung für die Fachkreise bejaht, so ist sie damit auch für das Bundesgericht entschieden. Damit erlebigt sich auch Berufungsantrag 2 der Beklagten: ob die Vorinstanz sich für befugt und befähigt halten darf, eine derartige Frage, wie die Frage der Gleichheit oder Verschiedenheit von Mustern von sich aus, ohne Zuziehung einer Expertise, zu entscheiden, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechts; im vorliegenden Falle würde die Anordnung einer Expertise übrigens geradezu einen Einbruch in das kantonale Prozessrecht bedeuten,

das, wie der Vertreter der Kläger mit Recht hervorgehoben hat, in § 56 HGB vorsieht, daß in derartigen Fällen ohne Expertise zu entscheiden sei.

3. Fragt es sich nunmehr, ob gemäß Widerklagebegehren 1 die Muster 10,625 und 10,775 der Kläger ungültig zu erklären seien, so ist diese Frage davon abhängig, ob Muster 9052 der Kläger identisch sei mit den von den Beklagten am 4. März 1904, also vor der Hinterlegung des klägerischen Musters hinterlegten Mustern, so daß das Muster der Kläger im Zeitpunkte der Hinterlegung nicht mehr neu — im Sinne des Art. 12, Ziff. 1 MWG — war; ein anderer Wichtigkeitsgrund ist von den Beklagten nicht angerufen. Mit der Vorinstanz ist bei dieser Frage davon auszugehen, daß nur die hinterlegten Muster der Beklagten, nicht die von ihnen im Prozeß eingelegten sog. Ausführungen oder Verbesserungen der hinterlegten Muster den Maßstab für die Beurteilung abgeben können. Des weitern ergibt die Betrachtung der Muster der Beklagten, daß die Frage der Identität überhaupt nur hinsichtlich der Nr. 27—30 der Beklagten aufgeworfen werden kann, während Nr. 20—26 von vornherein außer Betracht fallen, da das klägerische Muster 9052 ganz augenscheinlich einen von ihnen durchaus verschiedenen Eindruck macht und es auch auf einer ganz andern Grundidee beruht, was hier im einzelnen nicht näher ausgeführt zu werden braucht. Übrigens haben die Beklagten selber in den dem Prozesse vorausgegangenen Verhandlungen einzig auf Muster 27 und 28 abgestellt, dessen Ausführung die von den Klägern verfolgten Waren darstellen und die in Nr. 9052 von den Klägern nachgeahmt sein sollen. (Beilage z. Duplik z. Widerklage, Dossier S. 147.) Von jenen einzig in Betracht fallenden Nummern 27—30 der Beklagten hat sodann die Vorinstanz die Frage der Gleichheit des klägerischen Musters 9052 mit ihnen speziell bei Nr. 28 untersucht, als bei demjenigen Muster, das nach der Zahl der sich kreuzenden Linien am meisten Ähnlichkeit mit Muster 9052 der Kläger aufweist. Die Vorinstanz gibt nun zunächst folgende Beschreibung dieser beiden Muster — Nr. 28 aus Depot 10,585 der Beklagten, Nr. 9052 aus Depot 10,625 und 10,775 der Kläger —: „Nr. 28 wird gebildet aus parallel laufenden Wellen-

„linien, von denen je die Hälfte die andere Hälfte derart kreuzt, daß in den Rändern je eine Linie nur von einer, sämtliche übrigen Linien von zwei Linien gekreuzt werden. Durch diese Art der Kreuzung entstehen Augen, zwischen denselben aber keine geschlossenen Kanten. Das Material ist verhältnismäßig breite Bänder. Das ganze Band ist flach; es ist auch gaufruiert. Nr. 9052 ist ebenfalls gebildet aus parallel laufenden Wellenlinien, von denen auch die Hälfte die andere kreuzt, jedoch zum Unterschied von Nr. 28 derart, daß die Mehrzahl der Linien von je vier andern Linien gekreuzt wird, an den Rändern aber je eine Linie nur von zwei und je zwei Linien nur von drei andern Linien gekreuzt werden. Auch hier entstehen durch die Kreuzung Augen, aber außerdem zwischen denselben doppelte Kanten. Das Material ist schmale Bänder. Das Band ist nicht gaufruiert, es zeigt eine deutliche Raffung. Gegenüber Nr. 28 macht es den Eindruck des leichten, luftigen.“ Sie findet sodann das Muster 9052 der Kläger weise gegenüber dem angezogenen — Nr. 28 — der Beklagten folgende Unterschiede auf, welche eine „neue, eigenartige ästhetische Wirkung hervorbringen“:

- „1. die häufigere Kreuzung der Linien und damit die Kantenbildung zwischen den Augen; 2. die Raffung, die offenbar das Resultat der häufigeren Kreuzung ist; 3. die schmalen Bänder; 4. die Unterlassung der Gaufrierung.“

Der leicht wahrnehmbare Unterschied bestehe darin: „1. Im Muster 28 der Beklagten werden die Bänder je von zwei andern Bändern gekreuzt und zwischen den Augen bilden sich keine Kanten, während im Muster der Kläger die Bänder, mit Ausnahme der äußersten drei auf jeder Seite, von je vier andern Bändern gekreuzt werden und sich durch die häufigere Kreuzung zwischen den Augen doppelte Kanten bilden. 2. Die Muster der Beklagten sind flach, mehr infolge der zweifachen Kreuzung, als der Gaufrierung; das Muster 9052 hat dagegen eine ausgesprochene Raffung. 3. Die Bänder in Nr. 28 der Beklagten sind verhältnismäßig breit, sie geben dem Muster den Charakter des Schwerfälligen, Massiven, bei Muster 9052 sind sie dagegen schmal, sie lassen daher das durchbrochene, den à jour-Effekt besser hervortreten und machen das Gesamtbild luftig, gefällig.“

— Der neue, originelle, ästhetische Effekt werde charakterisiert durch das infolge der häufigeren Kreuzung und der Kanten dichter, mehr geflechtartig gewordene Bild, das aber trotzdem nicht schwerer, sondern durch die schmalen Bänder luftiger, grazioser werde und durch die Raffung ein reliefartiges Gepräge erhalte. Diese Ausführungen über die zwischen den Mustern tatsächlich bestehenden Unterschiede sind nun tatsächlicher Natur. Wenn sodann die Vorinstanz aus den von ihr aufgeführten Unterschieden die Wirkung eines neuen originellen ästhetischen Effektes ableitet, so geht sie von einem richtigen Rechtsgrundsatz aus, insofern ihre Ausführung dahin zu verstehen ist, dieser neue ästhetische Effekt sei etwas vor der Hinterlegung durch die Kläger in den beteiligten Verkehrskreisen nicht bekanntes gewesen, — während es allerdings rechtirrtümlich wäre, wenn sie damit sagen wollte, zu den Erfordernissen eines gültigen Mustres gehöre eine neue schöpferische Idee. (Vergl. Amtl. Samml. d. hg. G. XXIX, 2. L., S. 367.) Unter Zugrundlegung jenes richtigen Rechtsgrundsatzes über die Erfordernisse der Neuheit aber sind die Ausführungen der Vorinstanz im übrigen vor Bundesgericht unanfechtbar, und ist zu sagen, daß das klägerische Muster in der Tat den Mustern der Beklagten gegenüber als neu erscheint. Zu betonen ist dabei nur noch, daß auf die Gleichheit der Motive ein entscheidendes Gewicht nicht zu legen ist; die einzelnen Motive sind bei derartigen für einen besondern Zweck bestimmten Mustern meist mehr oder weniger dieselben und überhaupt nicht in unendlicher Zahl vorhanden, wogegen die Gruppierung der Motive den für die Neuheit erforderlichen neuen, d. h. bisher nicht bekannten, ästhetischen Gesamteindruck hervorzurufen geeignet ist. Was endlich den Antrag auf Anordnung einer Expertise betrifft, so gilt auch hier das in Erw. 2 i. f. gesagte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Argau vom 22. Mai 1905 in allen Teilen bestätigt.

VII. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuite pour dettes et faillite.

96. Arrêt du 20 octobre 1905, dans la cause *Tavernier, déf. et rec., contre Cettou, dem. et int.*

Recours en cassation, art. 89 et suiv. OJF. Conditions de recevabilité. Art. 89 l. c. — Nature d'une action formée contre un préposé aux poursuites pour dommage causé à l'occasion de la réalisation d'un immeuble. Enrichissement illégitime. Art. 70 et suiv. CO. Art. 7 al. 2 LP. — Action en garantie de l'art. 5 LP, ou action basée sur une vente privée? **Prescription. Art. 7 LP.** Art. 69, 146 CO. Art. 2 al. 3, 151, 156, 136 al. 3 LP. — **Droit cantonal et droit fédéral en matière de responsabilité du préposé aux poursuites.**

A. — Par acte en date du 8 décembre 1894, « N° 739 du visa à Martigny-Bourg », Joseph Cheseaux, à Saillon, s'est reconnu débiteur de la commune de Saillon d'une somme de 98 fr. 55. Par ce même acte ou par un autre postérieur en date (la créancière n'a pu retrouver son titre, et le dossier ne fournit aucuns renseignements précis sur ce point), Joseph Cheseaux a affecté à la garantie hypothécaire de dite créance : « un pré au lieu dit Les Paquiers, terre de Saillon de la » contenance de 100 toises locales, soit de 493 m² confiné » au levant par Roduit, Frédéric, au couchant par Laurent » Cheseaux, soit sa femme, au midi par Roduit, Jérémie ». Cette hypothèque a été inscrite au Bureau du Conservateur des hypothèques de Martigny, le 22 décembre 1896, sous N° 68 774.

B. — D'autre part, dame Clarisse née Moulin, épouse de Joseph Cheseaux, à Saillon, était propriétaire d'« un pré aux » Grands Proz, territoire de Saillon, contenant 560 m², figurant au cadastre à l'article 2124, folio 21, N° 128, taxé » 218 fr. »

Ensuite de poursuites exercées par un ou plusieurs créan-