

64. Urteil vom 6. Oktober 1910 in Sachen

„Sicco“, G. m. b. H., und Baer, Kl., Widerbekl. u. Hauptber.=Kl., gegen A.-G. „Hommels Haematogen“, Bekl., Widerkl. u. Anschl.=Ber.=Kl.

« Haematogen » als allgemeine Sachbezeichnung und daher des Markenschutzes nicht fähiges Gemeingut im Sinne des Art. 3 Abs. 2 MSchG. Nachweis solcher Verwendung des Wortes sowohl in der Wissenschaft, als auch im praktischen Verkehrsleben der interessierten Berufskreise (Apotheker und Aerzte). Der Sprachgebrauch dieser Berufskreise genügt zur Anerkennung des Wortes als Bestandteil des allgemeinen Sprachschatzes. Bedeutung der individualisierenden Bezeichnung « Dr. Hommels Haematogen » für das Wort « Haematogen ». — Internat. Konvention zum Schutz des gewerbl. Eigentums vom 20. März 1883, Art. 6 Abs. 1 : Tragweite dieser Bestimmung (Eintragung der Marke « Kronaematogen » in Deutschland in ihrer Bedeutung für die Erlangung des Markenrechts in der Schweiz). — Verhältnis des Wortes « Kronaematogen » zur Sachbezeichnung « Haematogen ». Bedeutung des Zusatzes « Kron- » als blosse nicht schutzfähige Qualitätsbezeichnung. — Unzulässigkeit einer Kombinationsmarke mit dem Wort « Haematogen » als wesentlichem Bestandteil des Markenbildes. — Schadenersatzanspruch zufolge unbegründeter Strafklage wegen Markenrechtsverletzung: Mangelndes Verschulden. — Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung von Verpackungs- und Reklamematerial mit der nicht schutzfähigen Sachbezeichnung? — Publikation des Urteils (Art. 32 Abs. 1 MSchG)?

A. — Durch Urteil vom 8. Juni 1909 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

- „1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
 - „2. Die von der „Sicco“, G. m. b. H., am 23. Mai 1907 „sub Nr. 22,124 beim Amt für geistiges Eigentum eingetragene „Marke „Kronaematogen“, sowie die am 29. Mai 1908 sub „Nr. 23,901 eingetragene Bildmarke mit der Aufschrift „Haematogen“ werden als ungültig erklärt.
 - „3. Den beiden Klägern und Widerbeklagten ist der Gebrauch „der Bezeichnungen „Haematogen“ und „Kronaematogen“ für „pharmazeutische Produkte untersagt.
- „Im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und die Anträge gestellt, das angefochtene Urteil aufzuheben und

1. Die Rechtsbegehren der Hauptklage * gänzlich gutzuheissen, eventuell die Schadenersatzforderung (Rechtsbegehren 3) in einem nach richterlichen Ermessen reduzierten Betrage.
2. Die Widerklage im vollen Umfange abzuweisen.
3. Eventuell seien die Akten zurückzuweisen zur Abnahme der vor erster Instanz anerbotenen Beweise (Expertise und Zeugen) dafür:
 - a) daß das Wort Haematogen auch in der Schweiz schon vor 1897 seit langen Jahren eine in den pharmazeutischen und physiologischen Kreisen feststehende Sachbezeichnung und daher Gemeingut gewesen sei;
 - b) daß Herr Dr. Hommel das Wort Haematogen nicht als ein neues und originelles erfunden und eingeführt habe;
 - c) daß die Beklagte und Widerklägerin resp. deren Rechtsvorgänger ihre Wortmarke „Haematogen“ niemals gebraucht hätten.
4. Eventuell wolle das Bundesgericht dies durch Anordnung einer Expertise gemäß Art. 82 Abs. 1 OG selbst feststellen.
5. Weiter eventuell seien die Akten an die erste Instanz zurückzuweisen zur Abnahme der anerbotenen Beweise dafür, daß sowohl die Worte Haematogen und Kronaematogen, als insbesondere die beiden Bildmarken sich genügend klanglich und bildlich von einander unterscheiden.

C. — Die Beklagte hat sich der Berufung angeschlossen und in ihrer Eingabe die Begehren gestellt:

- I. Als Berufungsbeklagte: Die gegnerische Berufung sei in allen Teilen abzuweisen.
- II. Als Anschlußberufungsklägerin:
 1. Es sei Absatz 2 von Dispositiv Nr. 3 des erstinstanzlichen Urteils aufzuheben.
 2. Es sei das erstinstanzliche Urteil dahin abzuändern, daß auch die Widerklagebegehren Nr. 4 und 5 gutgeheissen werden.
 3. Eventuell seien die Akten an die erste Instanz zurückzuweisen zur Abnahme der von derselben bereits anerbotenen Beweise dafür, daß:

* Siehe Erw. 2 eingangs, S. 435/36 unten. (Anm. d. Red. f. Publ.)

a) durch die in Widerklagebegehren Nr. 4 genannten Handlungen der Gegenpartei die Gefahr entstanden sei, daß das Publikum die Produkte der beiden Parteien verwechsle;

b) die beiden Kläger und Widerbeklagten diese in Widerklagebegehren Nr. 4 genannten Handlungen gemeinsam und vorsätzlich zum Zwecke des unlauteren Wettbewerbes vorgenommen hätten.

D. — Die Kläger haben gegen das angefochtene Urteil im weitem noch eine Kassationsbeschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich eingereicht, worauf das Berufungsverfahren nach Art. 77 OG bis zu deren Erledigung sistiert wurde. Das Kassationsgericht hat die Beschwerde am 30. Mai 1910 abgewiesen.

E. — In der Verhandlung vor Bundesgericht vom 23. September 1910 haben die Vertreter der Parteien die in der Berufungs- und in der Anschlußberufungserklärung gestellten Anträge erneuert. Nach den Parteivorträgen ist die Verhandlung unterbrochen und die Urteilsfällung auf heute, den 6. Oktober 1910, angelegt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Am 18. Februar 1897 ließ die Firma Nicolay & Cie. in Bern, deren Geschäft später von der Beklagten, der im März 1908 konstituierten „A.-G. Hommels Haematogen“ übernommen wurde, für ein pharmazeutisches Produkt beim Amt für geistiges Eigentum in Bern die Marke Nr. 9031 „Dr. med. W. Hommels Haematogen“, und am 27. August 1897, ebenfalls für ein pharmazeutisches Produkt, die Marke Nr. 9481 „Haematogen“ eintragen. Beide Marken sollten für den Vertrieb eines von Dr. med. W. Hommel hergestellten Haemoglobin-Präparates dienen. Im Oktober 1897 meldete die Firma Nicolay & Cie. das Wort „Haematogen“ auch in Deutschland als Warenzeichen an. Das Patentamt verweigerte aber die Eintragung durch Vorbescheid, weil es sich um einen üblichen Warennamen handle. Die Geschwisterin zog darauf ihre Anmeldung zurück, erneuerte sie jedoch im Februar 1899, worauf die Eintragung neuerdings, erstinstanzlich durch Beschluß der Abteilung für Warenzeichen vom 12. Juli 1900 und zweitinstanzlich durch Entscheid der Beschwerdebearbeitung des Amtes vom 20. Februar 1901, verweigert wurde, weil das Wort seit langem ein bekannter und gebräuchlicher Warennamen für pharmazeutische

Produkte bestimmter Art sei. In der Schweiz war inzwischen die Marke „Haematogen“ durch Urteil des zürcherischen Handelsgerichts vom 14. September 1900 in einem Prozesse, den der Apotheker Dr. A. Bret in Romans (Frankreich) gegen Nicolay & Cie. mit dem Begehren auf Abschung dieser Marke angestrengt hatte, geschützt und die vom damaligen Kläger verwendete Marke „Brets Haematogen-Pillen“ als unzulässig erklärt worden. Längere Zeit nachher, am 23. Mai 1907, ließ die Klägerin „Sicco, med. chem. Institut, G. m. b. H.“, mit Sitz in Berlin, beim Amt für geistiges Eigentum in Bern für „Haematogen sowie chemisch pharmazeutische Produkte“ die Wortmarke Nr. 22,124 „Kronaematogen“ und am 29. Mai 1908 die Bildmarke Nr. 23,901 eintragen. Die letztere besteht aus einem in die Höhe gezogenen, nach oben breiter werdenden Trapez, dessen obere Ecken abgeschragt sind; im oberen Drittel läuft ein dunkles Band quer durch, auf dem in großen, hellen Buchstaben das Wort „Haematogen“ steht; über dem Band ist eine Krone, unter ihm ist in kleinen Buchstaben « Haemogl. dep. sterilis » (= Haemoglobinum depuratum sterilisatum) geschrieben; in der Ecke rechts unten ist das Viertel einer Kugel sichtbar, von der aus über das ganze Trapez Strahlen verlaufen. Das Kronaematogen wurde dann auch in der Schweiz vertrieben, worauf die Firma Nicolay & Cie. im November 1907 gegen die heutigen Kläger — die Gesellschaft „Sicco“ und Apotheker Baer in Zürich, den Verkäufer ihrer Produkte — Strafflage wegen Verletzung ihres Markenrechts durch Gebrauch der Marke „Kronaematogen“ erhob. Die Untersuchung wurde jedoch mit der Begründung sistiert, daß das Wort „Haematogen“ bereits im Jahre 1897 in Deutschland Freizeichen gewesen und daher auch damals schon in der Schweiz nicht mehr schutzfähig gewesen sei.

2. — Nachdem dann die Beklagte, A.-G. „Hommels Haematogen“, das Geschäft der Firma Nicolay & Cie. übernommen hatte und die beiden Marken Nr. 9031 und 9481 am 28. März 1908 auf sie übertragen worden waren, haben die Gesellschaft „Sicco“ und Apotheker Baer gegen sie die vorliegende Klage angestrengt mit den Begehren:

1. Es sei die Marke „Haematogen“ als ungültig zu erklären.

2. Die Marke der Klägerin „Sicco“, „Kronaematogen“, sei dagegen zu schützen.

3. Die Beklagte sei zu verpflichten, den ihnen verursachten moralischen und materiellen Schaden mit 10,000 Fr. zu ersetzen.

4. Das Urteil sei auf Kosten der Beklagten in der „Neuen Zürcher Zeitung“, dem „Schweiz. Handelsamtsblatt“, dem « Journal de Genève » und der „Wochenschrift für Chemie und Pharmacie“ zu publizieren.

Zur Begründung wurde ausgeführt: Das Wort „Haematogen“ sei bereits im Jahre 1897, zur Zeit der Eintragung der angefochtenen Marke, Warenname, nämlich der Name für pharmazeutische Produkte einer bestimmten Art, gewesen und zwar nicht nur in Deutschland, sondern auch in der Schweiz. Nachdem übrigens die deutschen Behörden es als Warenname und daher als nicht schutzfähig erklärt hatten, sei schon formell ihr Entscheid auch für die Schweiz verbindlich, da infolge des internationalen Charakters der Marke das, was in einem Kulturland Freizeichen sei, auch im andern als solches gelten müsse (wofür auf ein Gutachten von Prof. Meili in Zürich verwiesen wurde). Eventuell sei das Wort als eine deskriptive Sachbezeichnung zu erklären, wobei es gleichgültig sei, ob man es mit „blutbildend“ oder mit „aus Blut erzeugt“ überseze. Die Firma Nicolay & Cie. müsse denn auch selbst das Wort nicht als schutzfähig betrachtet haben, da sie stets nur die Marke „Dr. med. W. Hommels Haematogen“, und nicht die Marke „Haematogen“, verwendet habe, wie sie auch erst im Jahre 1897, nachdem sie ihr Fabrikat schon jahrelang vertrieben gehabt habe, auf die Idee gekommen sei, das Wort als Marke eintragen zu lassen. Weiter eventuell habe sich dieses seit der Eintragung zum Freizeichen entwickelt und „allereventuellst“ sei es durch Nichtgebrauch während drei Jahren nach Art. 9 MSchG zum Freizeichen geworden. Was die klägerische Marke „Haematogen“ betreffe, so sei sie das Warenzeichen für ein von der Klägerin hergestelltes Haematogen, das alle bisher im Handel befindlichen, auch das Hommelsche, an Haemoglobin-Gehalt übertreffe, und das die Klägerin bei seiner Einführung in den Handel als Kronen-Haematogen und nach erfolgter Patenterteilung als Patent-Kronen-Haematogen vertrieben habe, aus welchen Bezeichnungen das als Marke gewählte zusammengezogene Wort „Kronaematogen“ gebildet worden sei. Diese Marke müsse schon wegen des ihr in Deutschland im

Mai 1905 erteilten Schutzes auch in der Schweiz geschützt werden, wie sich aus dem Art. 6 der internationalen Konvention vom 20. März 1883 und dem Protokoll der Brüsseler Konferenz vom 14. September 1900 in Verbindung mit dem Abkommen zwischen Deutschland und der Schweiz vom 26. Mai 1902 ergebe. Aber auch bei materieller Prüfung erweise sie sich als schutzfähig: Das zum vornherein, wenn die gegnerische Marke Haematogen als ungültig erklärt werde; im umgekehrten Falle aber bezuglichen, weil sich beide Marken durch die verschiedene Betonung und Klangfarbe hinlänglich von einander unterscheiden. Aus entsprechenden Gründen sei auch die klägerische Bildmarke Nr. 23,901 zu schützen. — Mit dem Begehren auf Bezahlung der 10,000 Fr. sodann werde der Schaden eingeklagt, den die Gesellschaft „Sicco“ und der Apotheker Baer durch die ungerechtfertigte Strafanzeige erlitten hätten, wobei für tort moral je 2000 Fr., als Ersatz der Anwaltskosten 331 Fr. 15 Cts., wegen Zeitverlust 600 Fr. und als entgangener Gewinn, verursacht durch die rechtswidrige Hemmung, die der Vertrieb des klägerischen Produktes erlitten habe, je 2500 Fr. gefordert würden. — Das Begehren um Publikation des Urteils endlich rechtfertige sich, weil der Streit in die breite Öffentlichkeit gedrungen sei.

3. — Die Beklagte hat beantragt, die Klage in vollem Umfange abzuweisen, und folgende Widerklagebegehren gestellt:

1. Es sei die von der Klägerin „Sicco“, G. m. b. H., unter Nr. 22,124 beim eidgen. Amt für geistiges Eigentum hinterlegte Marke „Kronaematogen“ als ungültig zu erklären.

2. Ebenso sei auch die Löschung der von der Klägerin „Sicco“ unter Nr. 23,901 hinterlegten Bildmarke mit der Aufschrift „Haematogen“ anzuordnen.

3. Es sei beiden Widerbeklagten der Gebrauch der Bezeichnungen „Kronaematogen“ und „Haematogen“ für pharmazeutische Produkte zu untersagen.

4. Es sei festzustellen, daß beide Widerbeklagte durch die Herstellung, Ausstellung und den Vertrieb der vorgelegten Kartons, Etiketten, Flaschen und Gebrauchsanweisungen des als „Kronaematogen“ und „Haematogen“ betitelten Produktes der „Sicco“, sowie durch die Vervielfältigung und den Vertrieb der „Heilmittel-

revue" 1907 Nr. 3 gegenüber der Widerklägerin gemeinsam unlautern Wettbewerb begangen hätten und es sei der Widerklägerin daher der weitere Vertrieb des genannten Verpackungs- und Klamaterials zu verbieten, unter der Androhung von Zwangsvollzug und Schadenersatz sowie event. Überweisung an den Strafrichter.

5. Publikation des Urteils auf Kosten der Widerbeklagten in denselben Organen, in denen sie die Publikation eines ihnen günstigen Urteils verlangten.

Die Beklagte und Wiederklägerin bestreitet die Behauptung, daß sie das Wort „Haematogen“ nicht für sich allein als Marke verwendet habe, und führt aus, dieses Wort sei, wie bereits der Prozeß Bret c. Nicolay & Cie. ergeben habe, eine originelle Schöpfung Dr. Hommels und eine gültige Marke, weil das Publikum unter Haematogen nur das Produkt des Beklagten kenne. Das Wort sei weder bei der Anmeldung der Marke Sachbezeichnung gewesen, noch nachher dazu geworden, und nicht einmal die klägerische Gesellschaft selbst habe es als solche benutzt. Wenn es, wie der von den Klägern angerufene Entscheid des deutschen Patentamtes, übrigens mit Unrecht, annehme, wissenschaftlicher terminus technicus geworden wäre, so hätte das nicht genügt, um es zum Freizeichen zu machen, da es auf das Verhalten des großen Publikums, nicht der Professoren, Ärzte, Droguisten und Apotheker, ankomme. Und wenn es nun in Deutschland infolge jener Entscheidung als Freizeichen gelte und die Beklagte infolgedessen dort gezwungen sei, immer auf den Erfinder des Produktes hinzuweisen, so ändere das nichts daran, daß es in der Schweiz Individualzeichen geblieben sei (wofür auf ein Gutachten von Prof. Kohler in Berlin verwiesen wird). Und namentlich könne hieraus auf keinen Verzicht auf die Marke geschlossen werden. Die Marke „Kronaematogen“ sodann unterscheidet sich nicht genügend von der Marke „Haematogen“, und sie kollidiere zudem auch mit der Marke „Dr. med. Ab. Hommels Haematogen“, bei der das Wort Haematogen ebenfalls den charakteristischen Bestandteil bilde. Letzteres gelte auch für die Bildmarke der klägerischen Gesellschaft. Damit gelange man zur Zuspreehung der drei ersten Widerklagebegehren. Die Schadenersatzforderung der Gegenpartei sodann sei in jeder Beziehung unbe-

gründet und namentlich könne von Fahrlässigkeit oder gar Arglist der Beklagten bei der Einleitung der Strafuntersuchung nicht die Rede sein. Wohl aber hätten sich die Widerbeklagten gegenüber der Widerklägerin des unlautern Wettbewerbs schuldig gemacht, und durch das Widerklagebegehren 4 wolle die Beklagte hiegegen geschützt werden. Ebenso rechtfertige sich die durch Widerklagebegehren 5 verlangte Veröffentlichung des Urteils.

4. — Hinsichtlich der angefochtenen Wortmarke „Haematogen“ empfiehlt es sich nach der Aktienlage, in erster Linie zu prüfen, ob bei ihrer Eintragung, anfangs 1897, das Wort „Haematogen“ Sachbezeichnung, nämlich Bezeichnung für bestimmte, aus organischen Stoffen gewonnene, eisenhaltige pharmazeutische Produkte gewesen sei, und ob es daher als Gemeingut laut Art. 3 Abs. 2 MSchG durch die Eintragung den gesetzlichen Schutz nicht habe erlangen können.

a) Darüber ist zunächst in tatsächlicher Beziehung an Hand der vorinstanzlichen Feststellungen und, soweit diese unvollständig sind, des vorhandenen Beweismaterials folgendes zu bemerken:

In der Wissenschaft wurde der Ausdruck „Haematogen“ als Hauptwort zuerst von Prof. Bunge verwendet, der damit eine von ihm aus dem Dotter von Hühnereiern gewonnene organische Eisenverbindung bezeichnete, und zwar erstmals im Jahre 1885 in der „Zeitschrift für physiologische Chemie“, und dann im Jahr 1887 in seinem „Lehrbuch der physiologischen und pathologischen Chemie“. In diesem Lehrbuch bemerkt Bunge, daß er den Namen wählen zu können, trotzdem er als Adjektivum — „(haematogener) icterus“ — bereits in den medizinischen Sprachgebrauch eingeführt sei. Sodann wird in der „Realencyclopädie der gesamten Pharmacie“ von Geißler und Moeller, Jahrgang 1888, die Bunge'sche Substanz ebenfalls unter der Bezeichnung „Haematogen“ behandelt. Im Anschluß an die Versuche Bunges hat darauf, anfangs der 90er Jahre, Dr. Marfori in Straßburg eine ähnliche Eisenverbindung aus Eiweiß und, wie es scheint, später auch aus der tierischen Leber hergestellt und sie ebenfalls „Haematogen“ genannt. Hierüber wird, unter dieser Bezeichnung der Präparate, im Jahre 1892 in drei Zeitschriften berichtet, nämlich in der „Deutschen medizinischen Zeitung“ (mit Berufung auf Schmiedebergs Archiv, Band 29,

als Quelle), in der „Pharmazeutischen Zentrallhalle“ für Deutschland (Zeitung für wissenschaftliche und geschäftliche Pharmacie) und in dem vom deutschen Apothekerverein herausgegebenen „Jahresbericht für Pharmacie“. Sodann findet sich im Jahrgang 1893 der „Pharmazeutischen Zentrallhalle“ eine Briefkastenantwort, die über die Zusammensetzung des Haematogens als eines haemoglobinartigen Präparates Auskunft gibt. Ein längerer Artikel der „Pharmazeutischen Zentrallhalle“ vom 15. März 1894 referiert dann nochmals über die Versuche Bunge's und Marfori's und bezeichnet dabei das Bunge'sche Präparat wieder als Haematogen, welches Präparat gleich dem Marfori's als Nahrungs- oder Arzneimittel nicht verwendbar sei, weil es sich nicht in der erforderlichen Menge gewinnen lasse; im weitern werden die an Marfori sich anschließenden Versuche des Prof. Schmiedeberg in Straßburg erörtert, der eine ähnliche Eiseneiweißverbindung statt aus organischen Stoffen auf künstliche Weise hergestellt und sie zur Unterscheidung von jenen andern „Ferratin“ genannt habe, welches Produkt nunmehr im großen als praktisch verwendbares Heilmittel fabriziert werden könne. In der Realencyclopädie der gesamten Heilkunde von Eulenburg vom Jahre 1896 wird ferner erwähnt, daß die Eisenverbindung Bunge's von diesem Haematogen genannt werde. Das Lehrbuch der Arzneimittellehre von Dr. Cloëtta-Filehne spricht in seiner 9. Auflage von 1896 davon, daß der Mensch täglich ein gewisses Quantum Eisen „in organischer, assimilierbarer Form (haematogene Substanz)“ aufnehme und daß es zweckmäßig sei, Eisen „in Form von haematogener Substanz“, d. h. in jener Eiweißverbindung darzureichen, in der es in das Eiweißmolekül selber eingetreten sei. Im Jahrgang 1897 (S. 71) der „Pharmazeutischen Zeitung“ wird unter der Aufschrift „Darstellung von Haematogen“ berichtet über eine Analyse von „Dr. Hommels Haematogen“, zugleich wird „eine Vorschrift zur Darstellung dieses Präparates nach Schmidt“ gegeben und dabei die Frage aufgeworfen, ob die letztere, sehr einfache Darstellungsweise nicht einen Eingriff in die Patentrechte Dr. Hommels bedeute. Im gleichen Band dieser Zeitschrift wird ferner bemerkt, daß die „Darstellung von Haematogen“ durch Schmidt zur Frage Veranlassung gegeben habe, ob die Befolgung der Schmidt'schen Vorschrift eine Ver-

letzung des Dr. Hommelschen Patent'es in sich schließt. Eine spätere Nummer dieser Zeitschrift, vom 11. August 1897, enthält eine Korrespondenz des Inhalts, daß entgegen einer von anderer Seite aufgestellten Behauptung Haematogen nach wie vor Freizeichen sei und jeder Apotheker sein eigenes Präparat so benennen könne, wogegen die Bezeichnung „Dr. med. Ad. Hommels Haematogen“ eingetragen's Warenzeichen sei. Die Ausgabe von 1897 des in Zürich erschienenen Manuale der Arzneimittellehre von J. Minde erwähnt auf S. 152 „Haematogen Marfori“ und „Haematogen Hommel, Haemoglobinum“ unter näherer Angabe der Eigenschaften und Anwendungsart beider. Die „Schweizerische Wochenschrift für Chemie und Pharmacie“ druckt in ihrer Nummer vom 7. April 1893 eine der „Pharmazeutischen Zentrallhalle“ entnommene Tabelle ab, enthaltend „die Handelsnamen der in der Pharmacie neu eingeführten Heilmittel“, welche Namen die komplizierten wissenschaftlichen (chemischen) Bezeichnungen zu ersetzen hätten. In dieser Tabelle figurirt u. a. auch „Haematogen, Eisalbuminat“. Die Nummer vom 26. Februar 1897 dieser schweizerischen Zeitschrift sodann enthält einen Artikel „über die Darstellung des Haematogen“, worin wiedergegeben wird, was Schmidt im „Pharmazeutischen Wochenblatt“ über die Gewinnung des Haematogen aus Rinderblut berichtet habe; dabei wird der Unterschied zwischen der Darstellungsweise Schmidts von der früher durch Kottmeyer angegebenen hervorgehoben und bemerkt, daß „das nach seiner (Schmidts) Methode dargestellte Haematogen ein viel schöneres Aussehen habe und in jeder Hinsicht dem Handelsprodukte entsprechen“ solle; offen bleiben möge, ob die sehr einfache Schmidt'sche Darstellungsweise einen Eingriff in die durch Patent geschützten Rechte Dr. Hommels bedeute.

b) Prüft man nun auf dieser tatsächlichen Grundlage die Frage, ob das Wort „Haematogen“ bei seiner Eintragung als Marke in der Schweiz Warenbezeichnung gewesen sei, so steht zunächst nach dem, was über die Versuche Bunge's und Marfori's und die betreffenden Publikationen gesagt wurde, außer Zweifel, daß sich jedenfalls schon längere Zeit vorher, nämlich von Mitte der 1880er Jahre an, die Wissenschaft des Wortes bemächtigt hat, um damit Präparate zu bezeichnen, die mit dem Handelsartikel der Beklagten

nicht nur das gemeinsam haben, pharmazeutische Produkte zu sein, sondern pharmazeutische Produkte von wesentlich gleicher Art. Jene Präparate sind nämlich, wie dasjenige der Beklagten, organische Eisenverbindungen, und es waren ähnliche physiologische und pathologische Wirkungen, im besondern die Resorbierbarkeit des Eisens durch den menschlichen Körper, um derentwillen sie ein wissenschaftliches Interesse boten. Daß nachher Prof. Schmiedeberg das von ihm dargestellte Präparat nicht ebenfalls „Haematogen“, sondern „Ferratin“ genannt hat, läßt nicht, wie die Vorinstanz meint, vermuten, die Wissenschaft habe damals, über die Ergebnisse der frühern Forschungen hinwegschreitend, die Bezeichnung „Haematogen“ wieder fallen lassen. Wie sich vielmehr aus der oben erwähnten Publikation über das „Ferratin“ ergibt, ist dieser Name von seinem Urheber als besondere Bezeichnung gegenüber dem allgemeinen Ausdruck „Haematogen“ gewählt worden, der jenen andern Eiseneiweißverbindungen als gemeinsame Bezeichnung verbleiben sollte, wie sie auch gleichzeitig unter diesem Namen besprochen werden.

Weit entfernt, daß der Name „Haematogen“ als Bezeichnung für Eisenverbindungen der fraglichen Art in Vergessenheit geraten wäre, hat vielmehr bereits zu dieser Zeit sein Gebrauch als Sachbezeichnung das Gebiet der wissenschaftlichen Forschung überschritten und sich in denjenigen Kreisen Eingang verschafft, welche die von der Wissenschaft hergestellten neuen Stoffe praktisch zu Heilzwecken verwenden und sie gewerblich verwerten, also namentlich bei den Apothekern und Ärzten. Das wird zur Genüge belegt durch die oben angeführten Auszüge aus den verschiedenen Zeitschriften, Lexiken und Lehrbüchern pharmazeutischen und medizinischen Inhaltes, Publikationen, die von den im Berufsleben stehenden Praktikern gelesen werden und worin überall das Wort „Haematogen“ als Sachname für gewisse Eisenverbindungen figurirt und in Hinsicht auf seine praktische Verwertbarkeit in der Pharmacie und Heilkunde besprochen wird. Wenn die Vorinstanz einzelnen von diesen Belegen die Beweiskraft abgesprochen hat, so beruht das durchwegs auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung ihres Inhaltes: Was zunächst die Auskunfterteilung in der pharmazeutischen Zentralhalle vom 23. Februar 1893 betrifft, so kann hier das Wort

„Haematogen“ nur als Sachbezeichnung gemeint sein, da es bloß auf die Herstellungsart und die Eigenschaften des Präparates bezogen wird und jeder Hinweis auf einen bestimmten Fabrikanten fehlt. Ferner will die Stelle in der Pharmazeutischen Zeitung von 1897, woselbst eine Analyse von „Dr. Hommel's Haematogen“ erwähnt wird, auf Dr. Hommel als Fabrikanten einer Ware, deren Sachname „Haematogen“ ist, hinweisen, wie sich aus der Überschrift des Artikels „Darstellung von Haematogen“ und daraus ergibt, daß gleichzeitig von der „Darstellung des Präparates durch Schmidt“ die Rede ist. Die spätere Notiz im gleichen Jahrgang dieser Zeitschrift spricht nicht, wie die Vorinstanz attienwidrig feststellt, von Dr. Hommel's Haematogen, sondern schlechthin von Haematogen und seinen Darstellungsverfahren und erwähnt Dr. Hommel nur als allfälligen Inhaber von patentrechtlichen Ansprüchen für seine besondere Herstellungsart des Präparates. Das gleiche gilt von der Mitteilung in der schweizerischen Wochenschrift für Pharmacie und Chemie vom 26. Februar 1897. Mit Unrecht hält ferner die Vorinstanz für ungewiß, ob in der Nummer vom 7. April 1893 dieser schweizerischen Zeitschrift, woselbst „Haematogen“ in der dort abgedruckten Tabelle der Handelsnamen neu eingeführter Arzneimittel figurirt, mit diesem Worte noch ein anderes als das Produkt der Beklagten gemeint sei. Das Gegenteil darf daraus geschlossen werden, daß das Wort als Handelsname unter Angabe der allgemeinen chemischen Eigenschaft (Eisenalbuminat) und ohne Hinweis auf einen Fabrikanten aufgeführt wird. In diesem Zusammenhang ist ferner zu bemerken, daß die Vorinstanz ein für die Kläger sprechendes Beleg übersehen hat, nämlich die Einsendung in der „Pharmazeutischen Zeitung“ vom 11. August 1897, wonach die unrichtige Nachricht, das Wort „Haematogen“ sei in Deutschland für die Rechtsvorsfahrin der Beklagten als Warenzeichen eingetragen worden, berichtigt und erklärt wird, es sei nach wie vor Freizeichen, und jeder Apotheker dürfe sein eigenes Präparat Haematogen nennen. Rechtsirrtümlich ist sodann namentlich auch die Auffassung der Vorinstanz, die sie bereits in ihrem frühern Entscheide in Sachen M. A. Bret gegen die Firma Nicolay & Cie. vertreten hat, daß die Verwendung des Wortes „Haematogen“ in adjektivischer Form für die vorliegende

Frage unerheblich sei, indem sie die markenrechtliche Verwendung des Substantivs nicht habe verhindern können. Vielmehr kommt es für die Frage, ob mit einem Worte auf eine Sache in genereller Weise, und nicht zugleich individualisierend auf ihre Beziehung zu einer bestimmten Person, hingewiesen werden will, in der Regel nicht darauf an, ob mit dem Worte die Sache selbst als Gegenstand oder eine für sie charakteristische Eigenschaft benannt wird. Im Gegenteil kann im letztern Falle die Funktion des Wortes als allgemeiner Bezeichnung nur noch deutlicher zu Tage treten. Namentlich aber zeigt sich dann, wenn, wie hier, der Verkehr aus dem Sachwort noch ein zugehöriges Eigenschaftswort ableitet, und von „haematogener Substanz“, als einer organischen, assimilierbaren Eisenverbindung, von pillules hématogènes, haematogenhaltigen Pillen (Fall Bret) spricht, ein besonderes entschiedenes Bestreben des Sprachgebrauches, das Wort als allgemeine Bezeichnung anzuerkennen und festzuhalten und eine Aneignung als besondere Bezeichnung auszuschließen.

Was über die Verwendung des Ausdruckes „Haematogen“ als Sachbezeichnung bisher gesagt worden ist, gilt nicht nur für Deutschland, sondern auch für die Schweiz. Schon an sich liegt die Ansicht nahe, daß die kommerziellen und kulturellen Beziehungen und der Ideenaustausch zwischen den beiden Ländern dazu führen mußte, das Wort auch im Gebiete der Schweiz als Sachbezeichnung im genannten Sinne in den erwähnten Verkehrskreisen einzubürgern. Außer Zweifel steht die Richtigkeit dieser Auffassung, wenn man berücksichtigt, daß die erwähnten Publikationen zu einem nicht unbedeutenden Teil von der Schweiz ausgegangen sind, daß zwei davon auf deutsche Veröffentlichungen Bezug nehmen und daß die beiden andern besonders beweiskräftig sind, nämlich das verbreitete Lehrbuch der Arzneimittellehre von Cloëtta, das von „haematogenen Substanzen“ spricht, und Minde's Manuale der Arzneimittellehre, das neben dem „Haematogen Hommel“ das „Haematogen Marfori“ aufzählt und von jedem die besondern Eigenschaften und die Art seiner Anwendung angibt.

Ist nach all dem das Wort Haematogen im Jahre 1897 bei einer Eintragung als Marke Sachbezeichnung für pharmazeutische Präparate der von der Beklagten fabrizierten Art gewesen, indem

es sowohl in der Wissenschaft zur Bezeichnung theoretisch interessierender neuer Stoffe, als bei den Apothekern und Medizinern zur Bezeichnung einer bestimmten Art von Heilmitteln gedient hatte — woran auch die Behauptung der Beklagten nichts ändert, daß die fraglichen Präparate und damit das Wort „Haematogen“ noch nicht als offiziell anerkanntes Mittel in den Pharmacopöen figurierten —, so konnte es damals nicht als Individualzeichen angeeignet und durch eine Eintragung nicht markenschutzfähig werden. Ob und wiewfern sein Gebrauch nur zu wissenschaftlichen Zwecken schon genügt hätte, ihm die Markenfähigkeit zu nehmen (was die Beschwerdeabteilung des deutschen Patentamtes in ihrem die Wortmarke „Haematogen“ betreffenden Entscheide bejaht), kann dahingestellt bleiben, indem ein Markenrecht jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn das Wort auch im praktischen Verkehrsleben als Sachbezeichnung dient. Hieran ändert auch nichts, daß sich seine Verwendung als Sachbezeichnung, wie es scheint, noch auf jene besondern Berufskreise beschränkt hat, die zunächst mit den Produkten dieser Art zu tun haben und in denen sich daher zuerst das Bedürfnis nach einer für sie geltenden allgemeinen und einfachen Bezeichnung fühlbar machte und daß also damals, wie anzunehmen ist, das große Publikum das Wort noch nicht oder nur wenig kannte und sich über dessen Bedeutung noch keine bestimmte Meinung gebildet haben mochte (vergl. auch Allfeld, Komm. zu den [deutschen] Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht, 1904, S. 454 unten). Man darf eben, wenn es sich, wie hier, darum handelt, inwiefern ein Wort wegen seiner Natur als geltendes Sachzeichen zur Schaffung eines Individualzeichens undienlich sei, nicht ohne weiteres die Grundsätze anwenden, die für die Entartung des Individualzeichens zur Qualitätsbezeichnung gelten. In diesem Falle kommt es freilich darauf an, ob sich das Bewußtsein vom bisherigen Individualcharakter des Zeichens überall in den betreffenden Verkehrskreisen verloren habe und durch den Zeicheninhaber nicht mehr geweckt werden könne und ob also dieser seinen Besitz zu Gunsten der Allgemeinheit eingebüßt habe. Hier aber steht in Frage, ob ein Wort auch dann als Marke gewählt werden könnte, wenn es bereits als Sachbezeichnung zwar nicht im Munde aller, aber doch der Angehörigen bestimmter Fach- oder

Berufsstände lebt und daher dem Sprachschätze als Allgemeinbesitz angehört (welche Voraussetzung in dem von der Beklagten hauptsächlich angerufenen Falle Rodinal, NS 28 II S. 557 Erw. 4, nicht zutrifft). Das ist aber zu verneinen, da einem Einzelnen das Recht zur Monopolisierung solcher Bezeichnungen zu seinem besondern Gebrauche nicht zustehen kann (vergl. Kohler, Markenrecht, S. 177, und namentlich die Ausführungen der Abteilung für Warenzeichen und der Beschwerdeabteilung des deutschen Patentamtes hinsichtlich der Marke „Lanolin“, abgedruckt im Blatt für Patentmuster und Zeichenwesen, IV, 1900, S. 242 ff.).

Gegenüber den bisherigen Ausführungen läßt sich auch nicht einwenden, die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe, weil sie ihre Produkte schon seit dem Jahre 1890 unter dem Namen „Dr. Hommels Haematogen“ in den Handel gebracht hat, schon von da an in der Schweiz ein Markenrecht gehabt, nur daß es wegen der mangelnden Eintragung des gerichtlichen Schutzes nicht teilhaftig gewesen sei. Um den Erwerb eines Markenrechtes am Namen „Haematogen“ selbst — nicht an der Wortverbindung Dr. Hommels Haematogen, die hier nicht in Frage steht — annehmen zu können, müßte vor allem, abgesehen von den sonstigen gesetzlichen Erfordernissen, dargetan sein, daß sich die Rechtsvorgängerin der Beklagten damals diesen Namen als Individualzeichen habe aneignen wollen. Dieser Nachweis fehlt aber; es darf sogar im Gegenteil als erstellt gelten, daß die Firma Nicolay & Cie. das Wort als Sachbezeichnung aufgefaßt und verwendet hat und daß sie ihm gerade deshalb, in der Meinung, ihren Produkten noch eine individualisierende, auf den Ursprung hinweisende Bezeichnung geben zu müssen, den Zusatz „Dr. Hommels“ hinzugefügt hat, um dann erst nach Jahren, als erste größere Fabrikantin solcher Eisenpräparate, zu versuchen, das Wort durch Eintragung ins Markenregister als besondere Bezeichnung für sich zu monopolisieren. Mit Grund läßt sich nämlich zunächst vermuten, Dr. Hommel habe, als er sein Haematogenpräparat fand, von den frühern Mitteilungen, die über Dr. Bunge's Produkt unter der Bezeichnung Haematogen in der „Zeitschrift für Physiologie“ und im Bunge'schen Lehrbuch enthalten waren, gewußt, da es sich doch hier um Dinge handelte, die für seine Studien und Versuche von

Bedeutung sein konnten. Sodann ist namentlich bezeichnend, daß sich die Firma Nicolay & Cie. jahrelang nicht darum bemüht hat, für das Wort den gesetzlichen Schutz zu erlangen, trotzdem es nunmehr auch von andern Forschern für ihre Präparate verwendet wurde und sich damals immer mehr in den pharmazeutischen und medizinischen Kreisen als Sachname für bestimmte Eisenverbindungen einlebte. Wenn sie ferner bei dieser Sachlage ihre eigene Ware unter der Bezeichnung Dr. Hommels Haematogen vertrieb, so mußte sie sich darüber klar sein, daß sie damit der Weiterverbreitung des Wortes als Sachname Vorschub leistete, indem das Publikum Dr. Hommels Haematogen eben nur als eines unter verschiedenen Haematogenpräparaten ansehen werde, und daß nur der Gebrauch des Wortes Haematogen für sich allein den Willen, es als Individualbezeichnung zu beanspruchen, beim Publikum richtig erkennen lassen könne (vergl. auch den erwähnten deutschen Entscheid betreffend „Lanolin“ auf S. 248, zweite Spalte). Dafür aber, daß die Firma Nicolay & Cie. während dieser Zeit das Wort nur als solches zur Bezeichnung ihrer Produkte verwendet hätte, bieten die Akten nicht den geringsten Anhaltspunkt. Jener Gebrauch als selbstgewählten Warennamen aber in Verbindung mit dem individualisierenden Zusatz Dr. Hommels schließt den Erwerb eines Markenrechtes am Worte Haematogen aus (vergl. NS 23 II S. 1636, 28 II S. 130/31 und 33 II S. 332, oben; vergl. auch Alföld, S. 454, 1. Abf.).

5. — Aus den erörterten Gründen ist also das erste auf Löschung der Marke „Haematogen“ gerichtete Klagebegehren deshalb gutzuheißen, weil das Wort „Haematogen“ bei seiner Eintragung als Marke Sachbezeichnung und daher Gemeingut und nicht markenschutzfähig gewesen ist. Es braucht daher auf die übrigen diese Marke betreffenden Anträge und Ausführungen der Parteien nicht eingetreten zu werden. Im besondern fällt damit das Aktenvervollständigungsbegehren, das die Kläger vor Bundesgericht gestellt haben, um weitere Beweise für die Ungültigkeit der Marke zu erbringen, als gegenstandslos dahin. Ferner bedarf es keiner Prüfung mehr, ob sich das Wort „Haematogen“, wenn es bei seiner Eintragung als Marke noch schutzfähig gewesen wäre, dann doch nachher infolge weiterer Umstände (namentlich der

Rückwirkung der deutschen und englischen Entscheide, die ihm den Markenschutz versagten, auf die Verkehrsauffassung in der Schweiz (s. u.) zur Sachbezeichnung entwickelt hätte, ob es, weil deskriptive Bezeichnung, überhaupt zur Marke ungeeignet sei, ob es dadurch, daß es in Deutschland als Sachbezeichnung erklärt wurde, von selbst auch in der Schweiz den Charakter eines Individualzeichens verloren hätte und ob endlich ein bestehendes Markenrecht daran infolge Nichtgebrauchs untergegangen wäre.

6. — Bei der klägerischen Marke „Kronaematogen“ ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, daß sie in der Schweiz nicht schon wegen ihrer Eintragung in Deutschland geschützt werden kann. Aus Art. 6 Abs. 1 der internationalen Konvention vom 20. März 1883, der auch Deutschland beigetreten ist, läßt sich hierfür nichts herleiten. Denn diese Bestimmung schreibt, wie aus der Ziffer 4 des Schlußprotokolls der Konvention erhellt, nur vor, daß einer Auslandsmarke der Schutz nicht deshalb verweigert werden dürfe, weil die Zeichen, aus denen sie besteht, den durch die inländische Gesetzgebung aufgestellten Bedingungen ihrer Form nach nicht genügen (vergl. auch **US 22 S. 466** Erw. 5 und **S. 1105 f.** und **30 II S. 468/69**). Hier aber handelt es sich um keine solche, die äußere Form der Marke, sondern um eine ihr Wesen und ihren materiellen Inhalt beschlagende Frage, indem nämlich zu entscheiden ist, ob die Marke „Kronaematogen“ deshalb, weil sie von der Marke „Haematogen“ abgeleitet ist und diese nach dem Gesagten eine nicht schutzfähige Sachbezeichnung bildet, nun ebenfalls nicht geschützt werden könne. In dieser Beziehung sind nun folgende Ausführungen der klägerischen Gesellschaft „Sicco“ von Bedeutung: Es sei ihr gelungen, ein Haematogen zu erzeugen, das alle im Handel befindlichen hinsichtlich des Haemoglobingehaltes, also des wichtigsten Bestandteiles, weit übertroffen habe. Dieses Haematogen „Sicco“ habe sie „infolge einer Krone auf der Etikette als „Kronen-Haematogen“ und nach der Patenterteilung unter der Marke „Patent-Kronen-Haematogen“ in den Handel gebracht“, und „aus der Zusammenziehung von „Kronen“ und „Haematogen“ habe sie dann die Marke „Kronaematogen“ gewonnen“ und sie eintragen lassen. Aus dieser Darstellung erhellt, daß es der Klägerin „Sicco“ bei der

Verwendung des Ausdruckes „Kronen“ nur darum zu tun war, die gute Qualität ihres Haematogen gegenüber dem der Konkurrenzfirmen hervorzuheben und daß die Art und Weise, wie sie das bei der Einführung ihres Produktes in den Handel getan hat, auch durchaus geeignet war, bei den Abnehmern die Auffassung zu erwecken, es wolle mit dem Bilde oder dem Worte Krone nicht sowohl auf den Fabrikanten als auf die besondere Güte des Fabrikates hingewiesen werden. Bei dieser Sachlage aber konnte nach dem oben (Erw. 4 a. E.) Gesagten ein gültiges Markenrecht nicht erworben werden, und es läßt sich zudem fragen, ob nicht das Wort „Krone“ in solchen Verbindungen überhaupt als Qualitätsbezeichnung des Markenschutzes entbehre (vergl. **US 31 II S. 744** Erw. 2 und 3 betreffend den Ausdruck „Reford“). Nun hat freilich die klägerische Gesellschaft nachträglich die beiden Worte „Kronen“ und „Haematogen“ zu dem Gesamtworte „Kronaematogen“ verschmolzen, und es ist nicht zu verkennen, daß dieser Wortverbindung als solcher nach ihrem Gesamteindruck und ihrer Betonung ein gewisser einheitlicher, selbständiger Charakter zukommt. Indessen sprechen doch gewichtigere Gründe gegen ihre Anerkennung als Individualzeichen. Auch im abgekürzten Bestandteil „Kron“ kann man nämlich immer noch, da er im wesentlichen, namentlich seinem Klange nach, gleich geblieben ist, eine bloße Qualitätsbezeichnung erblicken und jedenfalls läßt sich nicht annehmen, es sei sich nun lediglich dieser Abkürzung wegen die Verkehrsauffassung bewußt geworden, daß der Ausdruck jetzt nicht mehr, wie bis anhin, als Hinweis auf die Qualität der Ware funktioniere, sondern daß er zur begrifflich bedeutungslosen Wortsilbe umgewandelt sei. Sodann nimmt im Gesamtwort der zweite Teil „aematogen“ eine überragende Stellung ein, und das bloße Fehlen des h, das wegen des vorangehenden n phonetisch nicht auffällt, vermag beim Leser und Hörer den Eindruck nicht zurückzudrängen, daß man es hier mit der Ware Haematogen und also beim Gesamtausdruck mit einer besondern Qualität dieser Ware zu tun hat. Und endlich wäre es unter den gegebenen Umständen gegenüber der Beklagten besonders unbillig, ihre Marke „Haematogen“ zu löschen, die klägerische „Kronaematogen“ aber aufrecht zu erhalten. Denn alsdann hätte sich die Klägerin nicht sowohl

um die gerichtliche Anerkennung des Wortes „Haematogen“ als Sachbezeichnung bemüht und sie durchgesetzt, sondern sie wäre dazu gelangt, sich eine Individualbezeichnung zu sichern, in der dieses Sachwort immer noch mit genügender Deutlichkeit als Hauptbestandteil hervorträte, um die irriqe Meinung aufkommen zu lassen, daß es in irgend einer Weise Ursprungsbezeichnung sei und die Beklagte etwelches Sonderrecht auf seine Verwendung habe. Somit ist das auf Schutz der Marke „Kronaematogen“ gerichtete Klagebegehren 2 abzuweisen und dafür das Widerklagebegehren 1, das diese Marke als ungültig erklärt wissen will, zu schügen.

7. — Ebenso erweist sich das Widerklagebegehren 2, womit die Löschung der klägerischen Kombinationsmarke Nr. 23,901 verlangt wird, als begründet. Denn der Wortbestandteil „Haematogen“ dieser Marke, der nach dem Gesagten nicht schüzbar ist, bildet hier, zusammen mit den darunter stehenden ebenfalls schüzunfähigen Worten « Haemogl. dep. sterilis », das wesentliche Element des Markenbildes, dem gegenüber die figurativen Bestandteile (die trapezartige Umrandung, die Krone und das Sonnenstrahlenbündel) nur nebensächliches Beiwerk sind.

8. — Mit dem Widerklagebegehren 3 verlangt die Beklagte, es sei der klägerischen Gesellschaft der Gebrauch der Bezeichnung „Kronaematogen“ und „Haematogen“ für pharmazeutische Produkte zu verbieten. Diese Begehren sind in dem Sinne zuzusprechen, daß die Klägerin die beiden Worte nicht als Individualzeichen und mit dem Anspruch auf markenrechtlichen Schutz verwenden kann, wogegen ihr deren Verwendung als Warenbezeichnung nach den bisherigen Ausführungen freistehen muß.

9. — Das Klagebegehren 3, wonach gegen die Beklagte eine Schadenersatzforderung geltend gemacht wird, weil sie rechtswidriger Weise gegen die Kläger eine Strafuntersuchung wegen Markenrechtsverletzung veranlaßt habe, ist als unbegründet abzuweisen. Zwar kann nach dem Gesagten nicht mit der Vorinstanz darauf abgestellt werden, die Klägerin habe dadurch, daß sie ihr Produkt unter der Bezeichnung „Kronaematogen“ in der Schweiz vertrieb, ein Markenrecht der Beklagten verlegt. Dagegen läßt sich immerhin das Verhalten der Beklagten nach der Altenlage nicht als

schuldhaft ansehen, indem die streitigen Markenrechtsfragen damals noch unadgklärt waren und die Beklagte in gutem Glauben annehmen konnte, daß die Klägerin, die ihre Ware unter ähnlichem Namen und mit wörtlicher Benützung der klägerischen Gebrauchsanweisung in die Schweiz einführte, in ihre Rechtsphäre eingreife. Zudem hat sich dieses Strafverfahren im wesentlichen auf eine Hausuntersuchung, die in diskreter und schonender Weise vorgenommen wurde, beschränkt und ist dann wieder sistiert worden. Es läßt sich auch nicht annehmen, daß den Klägern daraus ein nennenswerter Schaden erwachsen sei. Wenn die Beklagte über dieses Verfahren eine Mitteilung in der Presse hat erscheinen lassen, so geschah dies als Antwort auf eine Veröffentlichung der Kläger, sodas diese daran schuld sind, wenn die Angelegenheit in weitere Kreise gedrungen ist.

10. — Andererseits kann auch das Widerklagebegehren 4 der Beklagten nicht geschützt werden, wonach die Beklagte festgestellt wissen will, daß die Kläger vermittelst des von ihnen verwendeten Verpackungs- und Reklamematerials gegenüber ihr unlautern Wettbewerb begangen habe, und womit sie ferner verlangt, daß der Richter ihnen die weitere Verwendung des Materials verbiete. Es genügt, in dieser Hinsicht auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen, die dartun, daß eine eigentliche Rechtsverletzung in allen diesen Punkten nirgends vorliegt, wenn auch in einer Beziehung, nämlich hinsichtlich der Verwendung der gleichen Gebrauchsanweisungen, die Handlungsweise der Klägerin nicht gerade als korrekt gelten kann. Was im besondern die Verbreitung des Separatabdruckes der „Heilmittelrevue“ betrifft, so läßt sich immerhin den Klägern nicht schlechthin verbieten, die Worte „Kronaematogen“, „Haematogen“ und „Patent-Krona-Haematogen“ zur Bezeichnung der Produkte der Gesellschaft „Sicco“ zu benützen, sondern es muß ihnen deren Benützung als Sachbezeichnung entsprechend dem in Erwägung 8 bemerkten Vorbehalte erlaubt sein.

11. — Die von beiden Seiten gestellten Anträge auf Veröffentlichung des Urteils (Klagebegehren 4 und Widerklagebegehren 5) sind abzuweisen. Soweit es sich um die streitigen Markenrechte handelt, wird das Publikum durch die vorzunehmenden Register-

einträge und ihre Veröffentlichung über den durch das Urteil geschaffenen Rechtszustand hinreichend aufgeklärt. Hinsichtlich der übrigen Streitpunkte besteht nach der Sachlage kein Interesse, ihre Erledigung öffentlich bekannt zu machen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung und die Anschlußberufung werden teilweise gutgeheißen, und es wird in teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils des zürcherischen Handelsgerichts vom 8. Juni 1909 erkannt:

1. Das Klagebegehren 1 wird geschützt und die Marke Nr. 9481 „Haematogen“ der Beklagten als ungültig erklärt.

2. Das Klagebegehren 2 wird abgewiesen und demnach das Widerklagebegehren 1 gutgeheißen und es wird somit die Marke Nr. 22,124 „Haematogen“ der klägerischen Gesellschaft „Sicco“ als ungültig erklärt.

3. Die Klagebegehren 3 und 4 werden abgewiesen.

4. Das Widerklagebegehren 2 wird gutgeheißen und demnach die Kombinationsmarke Nr. 23,901 der klägerischen Gesellschaft als ungültig erklärt.

5. Das Widerklagebegehren 3 wird im Sinne von Erwägung 8 hievon gutgeheißen.

6. Das Widerklagebegehren 4 wird unter dem in Erwägung 10 am Ende gemachten Vorbehalte abgewiesen.

7. Das Widerklagebegehren 5 wird abgewiesen.

3. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuite pour dettes et faillite.

65. Auszug aus dem Urteil vom 14. Juli 1910 in Sachen
Steigmeier & Cie., Bekl. u. Ber.=Kl., gegen
Sermann-Greiner, Kl. u. Ber.=Bekl.

Art. 83 Abs. 2 SchKG: Die Aberkennungsklage kann nicht auf Abänderung der Kostendispositive des dem Aberkennungsprozesse zu Grunde liegenden Rechtsöffnungsentscheides gehen; der Aberkennungsrichter ist zur Beurteilung eines solchen Begehrens nicht kompetent.

Die beklagte Firma Steigmeier & Cie. in Basel hat als Indossatarin eines von der Klägerin Frau Sermann-Greiner daselbst akzeptierten Wechsels im Betrage von 2000 Fr. gegen die Klägerin Betreibung angehoben und provisorische Rechtsöffnung erwirkt. Hierauf hat Frau Sermann-Greiner die Aberkennungsklage angestrengt, mit dem Rechtsbegehren, es sei die Wechselforderung der Beklagten nebst den ergangenen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsöffnungskosten abzuerkennen.

Durch Urteil vom 22. März 1910 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Aberkennungsklage im vollen Umfange gutgeheißen. Das Bundesgericht aber hat die gegen diesen Entscheid eingelegte Berufung der Beklagten durch Urteil vom 14. Juli 1910 insoweit für begründet erklärt, als sich die Aberkennungsbegehren der Klägerin auf die Kosten des Rechtsöffnungsentscheides bezieht, und zwar aus folgender

Erwägung:

(5. —) Der Entscheid über das Begehren um „Aberkennung der ordentlichen und außerordentlichen Rechtsöffnungskosten“ hängt davon ab, ob der Richter im Aberkennungsprozesse befugt sei, den Kostenentscheid des Rechtsöffnungsrichters abzuändern, und namentlich, ob er im Falle, wo dem im Rechtsöffnungsverfahren unterlegenen Betriebenen die Gerichts- und Parteikosten dieses Verfahrens auferlegt worden sind, nun umgekehrt dem im Aberken-