

par Pfister a été encore aggravé par l'absence de toile protectrice, et c'est là un fait dont la défenderesse doit aussi être considérée comme responsable.

3. — C'est sans raison que l'instance cantonale a fait état de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 28 juin 1906 dans la cause Brassino contre Casei (voir *Journal des tribunaux* 1907 p. 52 et suiv.), puisque, dans cette affaire, le lésé avait provoqué lui-même le dommage nouveau et que l'art. 2 de la loi sur la responsabilité civile de 1881 exclut des conséquences de l'accident tout ce qui a été la conséquence d'une faute de la victime, et enfin parce que dans cette même espèce, les résultats du premier accident étaient si peu importants, en comparaison de celles provenant de la faute de l'ouvrier, que l'on pouvait considérer sans autre ce premier accident comme n'ayant eu aucun effet en ce qui concerne le dommage subi par lui ; c'est par contre ce qu'on ne saurait admettre en la cause, puisque le genre de traitement appliqué à Pfister a été l'origine de la combustion qui s'est produite. Il n'y a pas lieu non plus de retenir le fait relevé par l'instance cantonale, que la Société défenderesse n'avait rien pu tenter pour empêcher l'accident puisque, comme cela a été relevé plus haut, elle était responsable même des erreurs commises pendant le traitement. Enfin il n'y a pas lieu pour le Tribunal fédéral de s'arrêter au fait que la Société défenderesse pourrait exercer un recours contre une autre personne également responsable de l'accident puisqu'en matière de responsabilité civile, sauf les cas où il y a crime ou délit, le patron est responsable même des accidents qui sont le fait de tiers.

4. — Calcul de l'indemnité accordée.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis et l'arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel du 6 février 1917 réformé en ce sens que la

Société défenderesse est condamnée à payer au demandeur une somme de 2511 fr., avec intérêt à 5% dès le 17 mars 1916, jour du second accident.

VI. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

36. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. März 1917
i. S. Birmele, Beklagter und Berufungskläger,
gegen Rutishauser & C^{ie}, Kläger und Berufungsbeklagte.

Art. 5 und 7 MSch G. Ein ausländisches Fabrikationsgeschäft, das seine Fabrikmarke in der Schweiz ohne Eintragung tatsächlich gebraucht, erlangt die aus dem blossen Gebrauche sich ergebenden Rechte auch ohne schweizerische Handelsniederlassung oder Gegenrechtserklärung im Sinne von Art. 7 MSchG. — Eintragung der Marke durch einen Handelsvertreter der Firma in der Schweiz auf seinen eigenen Namen und Klage dieses Vertreters gegen einen andern, die Marke verwendenden Verkaufsberechtigten. Rechtsstellung des Klägers zu der ausländischen Fabrikationsfirma. Priorität des Gebrauches oder der Eintragung (die später auch vom Fabrikationsgeschäft erlangt wurde) massgebend? Frage der täuschenden Ähnlichkeit und der Verjährung des Markenrechtsanspruches.

A. — Die Crescent Typewriter Supply C^o in Boston hat für das von ihr fabrizierte Kohlenpapier die Bezeichnung « Crescent Brand Carbon Paper » angenommen und sich das Fabrikzeichen eines Halbmondes mit einem Stern beigelegt. Ihre Fabrikate hat sie auch in der Schweiz verkauft und zwar war ihr Vertreter eine Zeit lang die Firma Oskar Rutishauser & C^{ie} in St. Gallen,

die heutige Klägerin. Diese liess am 9. November 1906 beim Schweizerischen Amt für geistiges Eigentum die gemischte Marke Nr. 21,257, bestehend aus dem Wort « Crescent » und dem Bild des Halbmondes nebst Stern eintragen und zwar für verschiedene Schreibmaschinen-Utensilien (Kohlenpapier usw.), die sie von der Crescent Typewriter Supply C^o bezog. Am 15. März 1913 übernahm die Firma E. Vögeli & C^{ie} in Zürich die Vertretung verschiedener Artikel, auch von Kohlenpapier, der genannten amerikanischen Gesellschaft. Die letztere liess dann für ihre Fabrikate am 4. August 1913 die gemischte Marke Nr. 33,960, bestehend aus den Worten « Crescent Brand » und dem Bilde des Halbmondes mit Stern, angebracht auf einem Wolkenhintergrunde, und am 22. Dezember 1913 die Wortmarke Nr. 34,685 « Crescent Brand » in das eidgenössische Register eintragen.

Der Beklagte Birmele ist Kommanditär der Firma Vögeli & C^{ie} und zugleich ihr Prokurist. Als solcher hat er in St. Gallen und Umgebung im Jahre 1915 unter verschiedenen Malen Kohlenpapier verkauft, das die gemischte Marke Crescent Brand mit Halbmond nebst Stern trug.

B. — Im August 1914 hat die Firma Rutishauser & C^{ie} gegen Birmele Klage erhoben mit den Begehren, zu erkennen, dass er durch den Verkauf von Carbonpapier mit der Wort- und Zeichenmarke « Crescent » (Nr. 21,257) die Markenrechte der Klägerin verletzt habe, und ihn anzuhalten, den Handel mit solchem Papier sofort einzustellen und der Klägerin 5000 Fr. Entschädigung zu bezahlen (welche Forderung später auf 100 Fr. herabgesetzt wurde).

Der Beklagte hat zunächst seine Passivlegitimation bestritten, weil er für Vögeli & C^{ie} gehandelt habe und diese Firma zu belangen sei. Ferner hat er die Einrede der Verjährung erhoben, weil die angebliche Markenrechtsverletzung durch die Eintragung der Marke Nr.

33,960 erfolgt wäre, diese Eintragung aber schon im Jahre 1913 stattgefunden habe und seither nicht angefochten worden sei. Ferner hat er der Klägerin das Recht zur Führung ihrer Marke unter Berufung auf das von der Crescent Typewriter Supply C^o beanspruchte Markenrecht bestritten und eventuell die Aehnlichkeit der beiden Marken in Abrede gestellt.

C. — Das Kantonsgericht von St. Gallen hat mit Urteil vom 20. Dezember 1916 unter Abweisung der erhobenen Einreden die Klage grundsätzlich geschützt, den Beklagten angehalten, « den Handel mit Carbonpapier mit der eingetragenen Marke Crescent unverzüglich einzustellen » und der Klägerin eine Entschädigung von 50 Fr. zu bezahlen. Auf die Begründung des Entscheides wird, soweit erforderlich, im rechtlichen Teile eingetreten.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen, das angefochtene Urteil aufzuheben und zu erkennen, dass sich der Beklagte auf die Klage nicht einzulassen habe, eventuell die letztere in vollem Umfange abzuweisen.

In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten erklärt, die « Uneinlässlichkeitseinrede » fallen zu lassen. Im übrigen hat er an seinen Berufungsanträgen festgehalten und eventuell noch Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verlangt zur Abnahme der von ihm angebehrten, nicht erhobenen Beweise.

Der Vertreter der Klägerin hat auf kostenfällige Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die heutige Erklärung des Beklagten, er lasse seine « Uneinlässlichkeitseinrede » fallen, bezieht sich in erster Linie auf seine Bestreitung der Passivlegitimation und es braucht daher jedenfalls auf

diesen Punkt nicht mehr eingetreten zu werden, den übrigens die Vorinstanz zweifellos auf Grund von Art. 24 MSchG richtig entschieden hat.

Mit der genannten Erklärung hat der Beklagte wohl auch zugleich die erhobene Verjährungseinde zurückziehen wollen. Auch sie wäre als unbegründet zu verwerfen. Denn die Klägerin stützt die behaupteten Markenrechtsverletzungen nicht auf die schon im Jahre 1913 erfolgte Eintragung der Marken Nr. 33,960 und Nr. 34,685, die ja nicht durch den Beklagten, sondern durch die Crescent Typewriter Supply Co und zu ihren Gunsten bewirkt wurde, vielmehr auf den nachherigen Gebrauch dieser Marken, bei dem sich der Beklagte nach der Behauptung der Klägerin durch Handlungen betätigt hat. Hinsichtlich dieser aber war die zwei-jährige Verjährungsfrist bei der Klageanhebung noch nicht abgelaufen.

2. — Prüft man nun, ob der Beklagte wirklich gegen Art. 24 MSchG verstossen habe, so ist zunächst auf Grund der vorinstanzlichen Tatbestandsfeststellung als erwiesen anzunehmen, dass der Beklagte mit dem Markenbild des Halbmondes nebst Stern versehenes Kohlenpapier in den Handel gebracht hat, und ferner lässt sich ernstlich auch nicht bezweifeln, dass die beiden Marken Nr. 33,960 und Nr. 34,685, trotz der Beifügung des Wortes « Brand » bei der einen und bei der andern noch des Wolkenbildes, der Marke der Klägerin so ähnlich sind, dass Verwechslungen nicht vermieden werden können. Damit fragt es sich nur noch, ob die Klägerin ein ausschliessliches Recht auf die Marke Crescent mit Halbmond und Stern besitze und vermöge dessen die dem Beklagten zum Vorwurf gemachte Markenverwendung verbieten können.

Gemäss Art. 5 MSchG hat nun die Eintragung einer Marke als solche nur deklarativen, nicht konstitutiven Charakter. Sie hat — neben der Bewirkung des spezifischen Markenschutzes, Art. 4 MSchG — Beweis-

funktion, schafft aber nach dieser Richtung eine blosser Vermutung für die Berechtigung des Eingetragenen. Diese Berechtigung wird nun hier vom Beklagten in Abrede gestellt, mit der Begründung: Die Marke sei schon vor der Eintragung durch die Klägerin von der amerikanischen Firma, von der er, der Beklagte, seine Rechte ableitet, in markenrechtlich äquivalenter Form gebraucht worden und zwar nicht nur in Amerika, sondern auch in der Schweiz, und zudem sei sie in Amerika auch früher eingetragen worden. Die Klägerin aber habe diese bereits im Gebrauche befindliche Marke während ihrer Betätigung als Vertreterin der amerikanischen Firma unberechtigter Weise sich angeeignet und auf ihren Namen eintragen lassen.

Mit Recht hat die Vorinstanz zunächst über die bestrittene Behauptung des Beklagten, die Crescent Marke sei in Amerika, der Eintragung zu Gunsten der Klägerin vorgängig, eingetragen worden, keinen Beweis erhoben. Abgesehen von besondern internationalen Vereinbarungen hat das Markenregister lediglich territorialen Charakter. Gerade um diese bloss territoriale Wirkung zu erweitern, haben die internationalen Unionen die Möglichkeit geschaffen, die Marke bei einer Zentralstelle, beim internationalen Bureau in Bern, einzutragen und damit eine Eintragung mit internationalem Charakter und Wirkung zu erlangen (vergl. BGE 26 II S. 649 f.).

Es fragt sich also nur, welche Bedeutung der Berufung des Beklagten darauf zukomme, dass die amerikanische Firma und deren Vertreterin in der Schweiz, die Firma Vögeli & Co, für die der Beklagte in der Sache tätig war, die Marke früher als die Klägerin gebraucht habe. Diese Priorität des Gebrauches, sowohl in Amerika als in der Schweiz, muss vorerst nach der tatsächlichen Seite hin auf Grund der vorinstanzlichen Feststellung darüber als ausgewiesen gelten. Diese Feststellung ist nicht aktenwidrig. Sie wird vielmehr durch

die durchaus schlüssige Annahme der Vorinstanz gestützt, die Klägerin sei gerade dadurch, dass sie von der amerikanischen Firma mit dem streitigen Markenzeichen versehene Ware bezog, veranlasst worden, dieses eintragen zu lassen und so als Vertreter jener Gesellschaft die Ware mit der eingetragenen Marke zu vertreiben.

Die rechtliche Bedeutung des frühern Gebrauches anlangend, ist davon auszugehen, dass die Berechtigung auf die Crescent Marke jedenfalls nicht der Klägerin und der amerikanischen Gesellschaft gleichzeitig nebeneinander zustehen kann, sondern es muss entweder der frühere Gebrauch oder die frühere Eintragung im Sinne einer ausschliesslichen Berechtigung entscheidend sein. Die erste dieser Lösungen, also die zu Gunsten des frühern Gebrauches, wäre nach dem Art. 5 MSchG und der ihm oben gegebenen Auslegung dann ohne weiteres anzunehmen, wenn die Crescent Typewriter Supply Co zu den in Art. 7 Ziff. 1 und 2 MSchG erwähnten Geschäftsinhabern gehörte, wenn sie also ihr Geschäft in der Schweiz oder daselbst doch eine Handelsniederlassung hätte oder wenn feststände, dass die Vereinigten Staaten im Sinne der genannten Ziffer 2 Gegenrecht halten (was gemäss den folgenden Ausführungen nicht geprüft zu werden braucht). Alsdann wäre anzunehmen, dass, wenn sie kraft Art. 7 Anspruch auf den spezifischen Markenschutz hat, wie ihn der Art. 4 unter Verweisung auf die Art. 12-15 vorsieht, sie von selbst auch Anspruch haben müsse auf die weniger weitgehenden Rechte, die mit dem Gebrauch einer noch nicht eingetragenen Marke — oder mit dem im Verhältnis zu einem andern Prätendenten längern Gebrauch dieser Marke — verbunden sind. Damit ist aber umgekehrt nicht gesagt, dass ihr diese beschränkteren Rechte aus dem blossen Gebrauche deshalb zu verweigern seien, weil sie nach Art. 7 nicht des spezifischen Markenschutzes teilhaftig werden kann. Wenn dieser wegen der damit

verbundenen Einrichtungen und Förmlichkeiten grundsätzlich territorialen Charakter hat und, soweit das nicht der Fall ist, ausserhalb der Schweiz befindlichen Geschäften nur unter der Voraussetzung des Gegenrechtes zusteht, so rechtfertigt sich eine solche Begrenzung nicht auch für das mit dem blossen Gebrauch verbundene Individualrecht. Dieses ist im Gegensatz zu dem durch die Eintragung erlangten gesteigerten Individualrecht seiner Natur nach ohne weitere Voraussetzung mit der Person des Benützers verknüpft und es ist daher von selbst auch dem im Auslande befindlichen Geschäftsinhaber zuzuerkennen, namentlich wenn es sich auf den Gebrauch im Inlande stützt (vergl. BGE 26 II S. 649 ff. und den Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Februar 1917 i. S. Künkler gegen Berger). Die Priorität des Gebrauches, wie sie nach dem Gesagten hier zu Gunsten der amerikanischen Gesellschaft nachgewiesen ist, entkräftigt die Vermutung des Art. 5 MSchG und daher muss die genannte Gesellschaft trotz der später von der Klägerin erwirkten Eintragung als die « wahre Berechtigte » angesehen werden, sofern nicht besondere Gründe dem entgegenstehen.

Einen solchen Grund erblickt nun die Vorinstanz darin, dass die Crescent Typewriter Supply Co nicht auf Löschung der klägerischen Marke geklagt hat. Allein der in seinem Gebrauch Beeinträchtigte ist nicht gezwungen, gegen den unbefugt Eingetragenen zu klagen. Es steht ihm frei, sein Recht einredeweise geltend zu machen, so lange das Rechtsverhältnis nicht durch spätere Tatsachen eine Aenderung erfahren hat. Sein blosses Stillschweigen einer Eintragung gegenüber vermag an sich seine Berechtigung nicht zu schmälern und bildet allein noch keinen verbindlichen Verzicht darauf zu Gunsten des Eingetragenen. Gegen einen solchen Verzicht spricht hier schon der Umstand, dass die amerikanische Firma durch die Firma Vögel & Co ihr Recht auch nach der von der Klägerin erlangten Ein-

tragung weiter ausgeübt und also für sich in Anspruch genommen hat. Dazu kommt, dass die Klägerin die Marke für die von der amerikanischen Firma erstellten Erzeugnisse hat eintragen lassen. Hatte sie es dabei auf die Eintragung einer Fabrikmarke abgesehen, so ist, im Verhältnis zwischen ihr und der amerikanischen Gesellschaft, der eigentliche Berechtigte diese Gesellschaft als Inhaberin des Geschäftes, das die mit der Marke versehenen Erzeugnisse herstellt. Die Klägerin selbst aber hätte in diesem Falle nach Art. 11 MSchG die Marke nur durch Uebertragung des Geschäftes an sie zu eigenem Rechte erwerben können. Sofern sie dagegen beabsichtigt hat, für sich eine Handelsmarke eintragen zu lassen, so ist diese nach ihrer inhaltlichen Ausgestaltung damit unzulässig geworden, dass die Klägerin aufhörte, die Erzeugnisse der amerikanischen Firma unter dieser Marke zu vertreiben. Denn die Marke sollte eben zur Bezeichnung gerade der genannten Erzeugnisse dienen und nur deshalb war es der Klägerin erlaubt, für die von ihr eingetragene Marke die Wort- und Bildelemente zu verwenden, die der amerikanischen Gesellschaft bereits als Fabrikationszeichen dienten.

Die genannte Gesellschaft ist nach alledem nach wie vor die wahre Berechtigte in Bezug auf die Crescentmarke geblieben und der Beklagte, der mit ihrer Einwilligung diese Marke tragende Erzeugnisse verkaufte, hat daher gegenüber der Klägerin keine Markenrechtsverletzung begangen, was zur gänzlichen Abweisung der Klage führt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen und unter Aufhebung des Urteils des st. gallischen Kantonsgerichts vom 20. Dezember 1916 die Klage abgewiesen.

VII. VERSICHERUNGSVERTRAGSRECHT

CONTRAT D'ASSURANCE

37. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. März 1917
i. S. « Helvetia », Beklagte, gegen Leu, Kläger.

Unfallversicherung. Abschluss des Vertrags trotz Nichtbeantwortung einer Frage des Antragsformulars; infolgedessen Unzulässigkeit der Berufung auf Art. 6 VVG, sowie auf die entsprechende Policebestimmung. Art. 8 VVG als Vorschrift zwingenden Rechts. — Berücksichtigung eines früheren Gebrechens, durch welches die Unfallfolgen erschwert wurden.

A. — Der Kläger, geb. 1878, von Beruf Dachdecker und Maschinensäger, war bei der Beklagten gegen Unfall versichert, und zwar für einen Betrag von 10,000 Fr. im Falle der Ganzinvalidität und für einen entsprechenden Betrag im Falle der Teilinvalidität. Die in Betracht kommenden Bestimmungen der Police lauten:

§ 1 Abs. 3: « Werden die Folgen eines Unfalles durch » das Bestehen oder Hinzutreten anderer, von dem Un- » falle unabhängiger Umstände verschlimmert, so leistet » die Anstalt auf Grund des § 14 dieser Bedingungen für » den durch den Unfall selbst, nicht aber für den durch » derartige Nebenumstände verursachten Schaden Er- » satz. »

§ 3 Abs. 2: « Die im Versicherungsantrag oder sonstwie » gestellten Fragen müssen vollständig und wahrheits- » getreu beantwortet werden. Wird eine Frage nicht » oder durch einen Strich beantwortet, so gilt sie als » verneint. Für die Richtigkeit der abgegebenen Antworten » hat der Antragsteller auch dann einzustehen, wenn er