

B. STRAFRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE PÉNALE

Polizeigesetze des Bundes. — Lois de police de la Confédération.

Markenrecht. — Marques de fabrique et de commerce.

91. Urteil vom 7. Juli 1904 in Sachen Bergmann & Cie., Privat=Straffl. u. Kassat.=Kl., gegen Niedweg, Angekl. u. Kassat.=Bekl.

Stellung und Funktion des eidgenössischen Kassationshofes bei Kassationsbeschwerden gegen Urteile kantonaler Gerichte, die in Anwendung eidgenössischer Strafgesetze erlassen werden. Art. 160 ff., spec. Art. 163 u. 172 OG. — Nachahmung einer Marke, Art. 24 litt. a MSchG. Täuschungsabsicht. Art. 25 eod.

A. Durch Urteil vom 3. April 1903 hat das Obergericht des Kantons Luzern über eine Privatstrafflage der Firma Bergmann & Cie. gegen Otto Niedweg, Verletzung des Markenschutzgesetzes durch Nachahmung der klägerischen Marken Nr. 5891 und 10,056 betreffend (Art. 24 litt. a und litt. c MSchG), erkannt:

1. Der Beklagte habe sich keines Vergehens schuldig gemacht, und sei demnach von Schuld und Strafe freigesprochen.

2. Die Klägerschaft sei mit allen ihren Anträgen abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Privatstraffkläger rechtzeitig und in richtiger Form die Kassationsbeschwerde an den Kassations-

hof des Bundesgerichtes, im Sinne der Art. 160 ff. OG, ergriffen, mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz.

C. Der Kassationsbeklagte hat auf Abweisung der Kassationsbeschwerde angetragen.

D. Nachdem durch Urteil des Bundesgerichtes vom 30. März 1904 letztinstanzlich auf Klage eines E. Buchmann-Häuser und der Firma Buchmann & Cie. hin die Marke Nr. 10,056 (gleich wie die Marken Nr. 8196 und 8197) der Kassationskläger nichtig erklärt worden ist*, haben die Kassationskläger erklärt, sie halten die Kassationsbeschwerde nur mit Bezug auf Marke Nr. 5891 aufrecht.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Die Kassationskläger sind Inhaber der eidgenössischen Marke Nr. 5891 für Parfümerien und Toilettenseifen. Diese Marke stellt zwei Bergmänner mit Kappe und Kniehosen dar, die, über der Schulter ein Beil tragend, sich gegenseitig das Gesicht zuwenden und zwischen sich, mit wagrecht gehaltenem Unterarm, einen breiten, etwas über halbe Körperhöhe reichenden Schild halten, der die Aufschrift „B & Cie. Zürich 1850“ und die Überschrift „Schutzmarke“ trägt. Diese Marke wird von den Kassationsklägern verwendet auf den Zwickeln ihrer Etiketten, die sie auf ihren Seifen anbringen, und die als wesentliche Bestandteile den Lilienzweig und die Aufschrift „Lilienmilchseife“ (beides Freizeichen), wie die Firma der Kassationskläger und den Namenszug „Bergmann“ tragen. Der Kassationsbeklagte, der Handelsmann ist und auch Seifen verkauft, hat am 24. Oktober 1902 eine Marke (Nr. 15,104) für Seifen hinterlegt, die zwei sich die Hände reichende, mit kurzen Schwinghosen bekleidete Turner darstellt. Diese Marke bringt der Kassationsbeklagte an derselben Stelle der Umhüllung seiner Seifen an, wo die Kassationskläger die Bergmänner anbringen, und zwar sind Höhe und Abstand der beiden Turner gleich wie bei den beiden Bergmännern. Das Frontbild der Umhüllung der vom Kassationsbeklagten in den Handel gebrachten Seifen enthält ferner alle charakteristi-

* Amtl. Samml., Bd. XXX, 2. Teil, No 16, S. 119 ff.

sehen Merkmale der Etikette der Kassationskläger in durchaus der gleichen Anordnung, ausgenommen die Firma Bergmann & Cie. und den Namenszug „Bergmann“, an deren Stelle, in gleicher Schrift und Anordnung, die Worte « Savon au lait de lys » bzw. « Extra Qualität » getreten sind. Die Kassationskläger, die im Vorgehen des Kassationsbeklagten eine Verletzung ihrer Markenrechte erblickten, erhoben im Oktober 1902 Strafflage wegen Übertretung des Markenschutzgesetzes. Beide kantonalen Instanzen haben den Kassationsbeklagten freigesprochen mit der Begründung, daß die beiden Marken und Etiketten in ihren charakteristischen geschützten Bestandteilen wesentlich verschieden seien und eine Verwechslung nicht nachgewiesen, somit auch eine Täuschung des Publikums ausgeschlossen sei. Hiegegen richtet sich die vorliegende Kassationsbeschwerde, bei der jedoch, wie aus Fakt. D ersichtlich, nur noch die Frage, ob die Marke des Kassationsbeklagten, Nr. 15,104, eine Verletzung der Marke Nr. 5891 der Kassationskläger darstelle, streitig ist.

2. Ein Kassationsgrund liegt vor, wenn, wie die Kassationskläger geltend machen, von der Vorinstanz der Begriff der Nachahmung im Sinne des Markenschutzgesetzes unrichtig angewendet worden ist; denn dieser Begriff ist ein solcher des eidgenössischen Rechts und dessen unrichtige Anwendung auf den konkreten Fall stellt sich als Verletzung einer eidgenössischen Rechtsvorschrift dar, wegen der gemäß Art. 163 OG Kassationsbeschwerde erhoben werden kann. Daß der Kassationshof bei Prüfung dieser Frage nicht als „obere gerichtliche Instanz“ funktioniere, wie der Kassationsbeklagte in seiner Antwort unter Berufung auf den bundesgerichtlichen Entscheid vom 27. Dezember 1893 in Sachen Knorr (Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 699 Erw. 1) behauptet, ist gänzlich unrichtig; jener Entscheid war vom Bundesgericht als Staatsgerichtshof gefällt worden, da damals die Möglichkeit einer Kassationsbeschwerde in Strafsachen eidgenössischen Rechtes an das Bundesgericht noch nicht gegeben war, und als Staatsgerichtshof konnte das Bundesgericht natürlich nicht als obere strafgerichtliche Instanz fungieren. Wohl aber ist es solche nach dem neuen Organisationsgesetz in Strafsachen eidgenössischen Rechtes, die von den kantonalen Gerichten entschieden werden, wenn auch allerdings

nur Kassationsinstanz, als welche es das auf Verletzung eidgenössischen Rechtes beruhende kantonale Urteil wohl aufheben, aber nicht durch das sachlich zutreffende ersetzen kann.

3. In der Sache selbst nun fragt es sich heute einzig noch, ob das Markenbild des Kassationsbeklagten — das Bild mit den zwei Turnern — als Nachahmung der Marke Nr. 5891 der Kassationskläger — der Bergmännermarke — zu bezeichnen sei. Bei Beurteilung dieser Frage ist nicht sowohl auszugehen von dem Eindruck, den die beiden Markenbilder nebeneinander gehalten bei eingehender vergleichender Betrachtung auf den Beschauer ausüben, als vielmehr von dem Eindruck, den sie bei oberflächlicher Beurteilung erwecken und den sie in der Erinnerung beim Beschauer hervorzurufen vermögen; denn der Abnehmer der Ware, für den das Markenbild bestimmt ist, wird in der Regel nicht in der Lage sein, die beiden Markenbilder prüfend, vergleichend nebeneinander zu betrachten, sondern er wird auf das Erinnerungsbild, das in seinem Gedächtnisse zurückgeblieben ist, abstellen. Ferner ist, damit täuschende, irreführende Nachahmung angenommen werden kann, nicht nötig, daß tatsächlich Verwechslungen vorgekommen und nachgewiesen sind; es genügt die Gefahr, die nahe Möglichkeit der Verwechslung. Schon aus diesem Grunde kann auf die Zeugenaussagen nicht abgestellt werden, die von den Verkäufern des Kassationsbeklagten herrühren und dahin gehen, das Publikum wisse die beiden Marken sehr wohl von einander zu unterscheiden. Mag auch gewiß richtig sein, daß von vorsichtigen Käufern hauptsächlich auf das Wort Bergmann, auf den Wortbestandteil der Marke der Kassationskläger geachtet wird, so kommt doch auch dem Bilde der zwei Bergmänner gerade deshalb weil es die Ideenassoziation mit der Firma der Kassationskläger wachruft, eine Bedeutung zu; und da dieses Bild markenrechtlich geschützt ist, liegt eine unerlaubte Nachahmung vor, wenn das Bild des Kassationsbeklagten mit diesem geschützten Bilde der Kassationskläger verwechselt zu werden vermag; die Marke der Kassationskläger genießt den Rechtsschutz gegen Nachahmung ohne Rücksicht darauf, ob ihr die ihr von den Kassationsklägern beigelegte große Bedeutung für die Unterscheidung ihrer Produkte zukommt oder nicht. Daß nun die beiden Marken neben einander

gehalten nicht verwechselt werden können, ist richtig, aber nach dem Gesagten nicht entscheidend. Dagegen vermag das Bild des Kassationsbeklagten in der Erinnerung und bei bloß oberflächlicher Betrachtung sehr wohl zur Verwechslung mit der fraglichen Marke der Kassationskläger geeignet zu sein. Es ist zu beachten, daß es sich um Markenzeichen handelt, die bestimmt sind, auf den Zwickeln der Seifenumhüllung angebracht zu werden, d. h. daß diese Marken auf den Etiketten, für die sie verwendet werden, in sehr kleinem Maßstabe angebracht werden können und auch tatsächlich angebracht werden; je kleiner aber der Maßstab, umsomehr verschwinden die differierenden Einzelheiten, und umsomehr bleibt im Gedächtnis des Beschauers nur das allgemeine des Bildes, sein Gesamteindruck, d. h. einmal seine Hauptzüge, die Ökonomie des Bildes im ganzen, und die Hauptgegenstände, sein begrifflicher Inhalt, haften. In dieser Beziehung herrscht nun aber Übereinstimmung. Auf beiden Bildern befinden sich zwei Männer, und zwar in nicht besonders hervorstechender Ausrüstung, in gleicher Distanz von einander stehend, ungefähr gleich — mit kurzen Hosen — bekleidet, und mit der gleichen Linie, die sich von der Schulter des einen zu der des andern hinzieht, gebildet durch die gegen einander gesenkten Arme, wobei der Umstand ohne Belang ist, daß die Linie bei der Marke der Kassationskläger noch durch den obern Schildrand gebildet wird, der bei der Marke des Kassationsbeklagten fehlt. Die Umrisse, die Disposition, sind bei beiden Marken dieselben; und was die Differenzen betrifft, so ist von erheblicher Bedeutung, daß sie lediglich in Auslassungen auf der Marke des Kassationsbeklagten bestehen, nämlich darin, daß der Kassationsbeklagte die Beile, welche die Männchen der Kassationskläger auf der Schulter tragen, und den Schild, den sie zwischen sich halten, weggelassen hat; diese beiden Bestandteile sind aber nicht so erheblich, daß sie den Gesamteindruck der beiden Marken zu bestimmen vermöchten. Die Beile treten im Umriß fast gar nicht hervor, und der Schild berührt mit seinen Rändern so nahe den Körper der beiden Männer, daß er wohl den Eindruck eines freien Zwischenraumes zwischen den Männchen zu machen geeignet ist. Auch die Aufschrift auf dem Schild endlich ist bei den kleinen Dimensionen nicht entscheidend. Die Unterschrift „zwei Bergmänner“ schließlich fehlt auf der Marke Nr. 5891.

4. Liegt so objektiv Verwechslungsgefahr und damit täuschende Nachahmung vor, so kann auch über das subjektive Erfordernis einer Straflage wegen Markennachahmung: die Täuschungsabsicht, kein Zweifel bestehen. In dieser Hinsicht ist namentlich auf die Gesamtanordnung der Etiketten des Kassationsbeklagten abzustellen, die denen der Kassationskläger slavisch nachgebildet sind und sogar (auf der für die Rückseite bestimmten Stelle) die Angabe „75 Sts.“ enthalten, obschon der Kassationsbeklagte seine Seifen billiger verkauft. Ist auch das Gesamtbild der Kassationskläger nicht markenrechtlich geschützt, so darf doch auf die täuschende Ähnlichkeit desjenigen des Kassationsbeklagten mit ihm umsomehr abgestellt werden, als dadurch gerade auch die Verwechslungsgefahr des Turnerbildes mit dem Bergmännerbild vergrößert wird und die täuschende Absicht bei Aufnahme des Turnerbildes in die Etiketten des Kassationsbeklagten — bei der täuschenden Ähnlichkeit beider Etiketten in den übrigen Bestandteilen — um so greller hervortritt. Ein Turner- oder Schwingerbild als Marke zu wählen, ist dem Kassationsbeklagten natürlich unbenommen, nur wird es sich von der Bergmännermarke der Kassationskläger so unterscheiden müssen, daß eine Verwechslung ausgeschlossen ist.

5. Dem Umstande endlich, daß das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum die Eintragung der Marke des Kassationsbeklagten zugelassen hat, kommt für den vorliegenden Strafprozeß weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht irgend eine Bedeutung zu.

Demnach hat der Kassationshof
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird, soweit noch aufrecht erhalten, gutgeheißen und somit das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 3. April 1903 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an diese Behörde zurückgewiesen.