

damals den Entscheid massgebend beeinflusst: Gerade weil eine Reihe von Zeugen Äusserungen des Zeugen Kleiner wiedergegeben hatte, aus denen auf die Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs der Klägerin mit Kleiner während der kritischen Zeit hätte geschlossen werden können, hat das Obergericht die Klägerin noch einmal persönlich über diesen Punkt befragt, und wenn man noch im Ungewissen wäre darüber, ob die Vorinstanz dann nicht doch aus andern Gründen als wegen der erneuten Versicherung der Klägerin jenen aussergerichtlichen Äusserungen des Kleiner kein Gewicht beilegte, so werden diese Zweifel behoben durch die Feststellung des nämlichen Obergerichtes im Strafurteil, dass die beiden kantonalen Instanzen die Vaterschaftsklage « angesichts dieser Versicherung » der Klägerin gutgeheissen haben. Diese Wendung spricht dafür, dass die Vorinstanz, hätte sie damals schon Kenntnis vom Vorfall mit Muntwiler gehabt, die Klage abgewiesen hätte. Selbst wenn man aber das nicht annehmen wollte, so ist doch soviel sicher, dass die Vorinstanz bei der Würdigung des gesamten Beweisergebnisses wesentlich auf die Aussage der Klägerin mit abgestellt hat; dadurch, dass sich diese als falsch erwiesen hat und deshalb ausser Betracht bleiben muss, wurden infolgedessen die gesamten Tatbestandsfeststellungen des angefochtenen Urteils der Vorinstanz erschüttert, und da das bundesgerichtliche Urteil auf den tatsächlichen Feststellungen des kantonalen Urteils beruht, wurde durch das Dahinfallen der letztern auch ihm der Boden entzogen (vgl. BGE 25 II 691). Das genügt aber, um eine « Auswirkung » des Urteils im Sinne von Art. 192 Ziff. 3 BZP anzunehmen.

Das Revisionsgesuch muss daher auf Grund dieser letztern Bestimmung gutgeheissen werden, so dass sich erübrigt zu untersuchen, ob auch der ebenfalls noch angerufene Revisionsgrund des Art. 192 Ziff. 2 gegeben sei. Und da ausser Zweifel steht, dass der Revisionskläger durch den frühern Entscheid einen Nachteil erlitten hat

(Art. 98 OG), ist das Urteil vom 13. Oktober 1932 aufzuheben. Gemäss Art. 98 OG hat sodann das Bundesgericht selbst aufs neue zu entscheiden und muss infolgedessen auch befugt sein, das Beweisergebnis an Stelle der Vorinstanz frei zu würdigen.

3. — (Gutheissung der Einrede aus Art. 314 Abs. 2 ZGB).

## VI. MUSTER- UND MODELLSCHUTZ

### PROTECTION DES DESSINS ET MODÈLES INDUSTRIELS

#### 34. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Mai 1933 i. S. Gebrüder Weil gegen Jakob Rohner A.-G.

**Musterschutz.** Bei Mustern, die auch im Inland verkauft werden, kommt es hinsichtlich der Frage der Neuheitszerstörung ausschliesslich auf die Verhältnisse im Inland an. Widerspruch zu einem frühern bundesgerichtlichen Urteil wegen abweichender tatsächlicher Feststellungen der kantonalen Instanz. MMG Art. 12 Ziff. 1 (Erw. 2).  
**Schadenersatzpflicht des Verletzers. Verschuldensfrage:** Dolus eventualis oder Fahrlässigkeit? MMG Art. 24 ff. (Erw. 3).  
**Bemessung des Schadenersatzes, Grundsätze und Herabsetzungsgründe** (Erw. 4).

A. — Die Klägerin, Jakob Rohner A.-G., Rebstein, welche der Fabrikation und dem Vertrieb von Stickereien obliegt, glaubte festzustellen, dass die Firma der Beklagten, Gebrüder Weil, verschiedene ihrer geschützten Muster nachahme, nämlich

a) die Muster Nr. 52,637, 56,613 und 015,155 (Bouquet de la Vierge) durch die Herstellung der Muster 7,515/105,821;

b) die Muster Nr. 43,885, 50,120 und 50,120/III (Dessin Hia) durch die Herstellung der Muster 7,511/105,839;

c) die Muster Nr. 2,353 und 52,402 (Dessin Rosana) durch die Herstellung der Muster 7,500/105,820 ;

d) das Muster Nr. 48,988 (Dessin Fritz) durch die Herstellung der Muster 7,704/105,912.

B. — Am 13. April 1932 hat sie deshalb wegen Musterrechtsverletzung folgende Klage beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen anhängig gemacht :

« Es sei gerichtlich zu erkennen :

1. — Die Beklagtschaft habe sich der widerrechtlichen Kopie resp. Nachahmung der klägerischen Muster 52,637, 56,613, 015,155, 43,885, 50,120, 50,120/III, 2,353, 52,402, und 48,988 schuldig gemacht.

2. — Die Beklagte habe die fraglichen Muster aus der Kollektion zu entfernen und die allfällig vorhandenen Warenbestände dem Gericht, resp. der Klägerschaft zur Verfügung zu stellen.

3. — Die Beklagtschaft sei der Klägerin für diese Musterschutzverletzung schadenersatzpflichtig und habe für direkten Schaden 70,615 Fr. 85 Cts. nebst 5 % Zinsen, jeweilen drei Monate seit den Verfalldaten der beklagtischen Bestellaufnahmen, und weitere 70,615 Fr. 85 Cts. für indirekten Schaden nebst 5 % Zinsen von den gleichen Daten an zu bezahlen.

4. — Es sei gemäss Art. 28 des Musterschutzgesetzes resp. Art. 17 des Handelsgerichtsgesetzes durch das Gerichtspräsidium vorsorglich in der ihm geeignet scheinenden Weise ein Untersuch bei der Beklagten vorzunehmen, und es sei der Umfang der Verletzungen festzustellen. »

C. — Entsprechend dem Gesuch der Klägerin hat der Präsident des Handelsgerichtes unter Zuziehung eines weitem Mitgliedes desselben am 21. April 1932 im Geschäft der Beklagten eine Tatbestandaufnahme durchgeführt und dabei festgestellt, dass sich sämtliche von der als Nachahmungen namhaft gemachten Dessins der Beklagten in dem Musterbuch vorfinden, und er hat die darauf durch die Beklagte seit Anfang 1931 aufgenomme-

nen Bestellungen unter Angabe der Ordrenummer, des Datums der Bestellung, der Anzahl der verkauften Stücke und deren Länge, des Verkaufspreises und des Dessins in das Protokoll aufgenommen. Aus diesem geht ferner hervor, dass die Verkäufe regelmässig cif. Casablanca oder einen andern Hafen Marocco's erfolgt waren und dass der Kaufpreis mit 5 % Skonto innert 60 Tagen oder netto innert 120 Tagen zu entrichten war. Die Beklagten haben anlässlich der Verhandlung zugegeben, dass ihnen bestickte Muster zugestellt worden seien und dass ihre Zeichner diese als Vorlage benützt, aber abgeändert hätten.

D. — Die beklagte Firma hat Abweisung der Klage beantragt und folgende Widerklage erhoben :

« 1. — Es sei gerichtlich zu erkennen :

a) dass die Widerbeklagte sich der widerrechtlichen Nachahmung des widerklägerischen Dessins Nr. 104,912 schuldig gemacht habe, eventuell, dass das klägerische Dessin Nr. 2353 im Zeitpunkt seiner Hinterlegung internationalen Amt für gewerbliches Eigentum am 28. Februar 1931 laut Hinterlegungsschein 911 nicht mehr neu gewesen und dass daher diese Eintragung ungültig und gerichtlich zu annullieren ist,

b) dass die Klägerin das Muster 2353 aus ihren Kollektionen zu entfernen und allfällig vorhandene Warenbestände dem Gerichte resp. der Widerklägerin zur Verfügung zu stellen habe,

c) dass die Klägerin der Widerklägerin für diese Musterschutzverletzung schadenersatzpflichtig ist.

2. — Es sei die Eintragung der klägerischen Dessins Nr. 50,120, in Bern hinterlegt am 21. Juli 1928 gemäss Hinterlegungsschein Nr. 42,875, und 50,120/III, in Bern hinterlegt am 9. März 1931 gemäss internationalem Hinterlegungsschein Nr. 938 als ungültig zu erklären und beim Eidg. Amt für geistiges Eigentum, resp. beim Internationalen Amt für gewerbliches Eigentum zu annullieren.

3. — Es sei die Eintragung des klägerischen Dessins Nr. 43,885 beim Eidg. Amt für geistiges Eigentum in

Bern laut Hinterlegungsschein Nr. 40176 vom 22. Januar 1927 gerichtlich zu löschen.

4. — Es sei durch eine gerichtliche Expertise festzustellen, unter welchen Umständen das klägerische Muster Nr. 2353 entstanden ist und welche Quantitäten dieses Dessins nach französisch und spanisch Marocco durch die Widerbeklagte geliefert worden sind.»

E. — Die Klägerin und Widerbeklagte hat Abweisung der Widerbeklagte beantragt.

F. — Am 2. März 1933 hat das Handelsgericht des Kantons St. Gallen erkannt :

1. — Die Beklagte wird der widerrechtlichen Nachahmung der klägerischen Muster 56,613, 15,155 und 50,120 schuldig erklärt und verpflichtet, ihre Muster 7,515/105,821 und 7511/105,839 aus ihrer Musterkollektion zu entfernen.

2. — Die Beklagte hat der Klägerin eine Entschädigung von 39,374 Fr. 70 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. April 1932 zu bezahlen ; im Mehrbetrage wird die Schadenersatzforderung abgewiesen.

3. — Die Widerklage wird abgewiesen.

G. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und folgende Anträge eingereicht :

« 1. — Es sei in Abänderung von Ziff. 2 des Urteilsdispositives vom 28. Dezember 1932/3. März 1933 die klägerische Schadenersatzforderung gänzlich abzuweisen.

Eventuell : Es sei die von den Beklagten an die Klägerin für die Nachahmung der Dessins Nr. 56,613, 15,155 und 50,120 zu bezahlende Entschädigung nach Ermessen des Bundesgerichtes herabzusetzen,

subeventuell : Es sei das bei der Berechnung der Entschädigung für die Nachahmung der Dessins 56,613 und 15,155 dem Handelsgericht unterlaufene Versehen durch Reduktion der Schadenersatzsumme um ca. 1200 Fr. zu korrigieren.

2. — Es sei in teilweiser Abänderung von Ziff. 3 des Urteilsdispositives das widerklägerische Rechtsbegehren 3

zu schützen und entsprechend das klägerische Dessin Nr. 43,885 gerichtlich zu löschen.

3. — Es sei in Abänderung von Ziff. 6 des Urteilsdispositives die von der Beklagten der Klägerin zu bezahlende ausserrechtliche Entschädigung auf 500 Fr. eventuell auf einen Betrag nach richterlichem Ermessen zu reduzieren.

4. — Eventuell seien die Akten zur Vervollständigung an das Handelsgericht zurückzuweisen.»

H. — ...

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Da die Klägerin das Rechtsmittel der Berufung nicht ergriffen hat, muss es bei der Abweisung der Klagebegehren Nr. 1-3 hinsichtlich der klägerischen Muster Nr. 51,637, 43,885, 50,120/III, 2353, 52,402 und 48,988 sein Bewenden haben. Ferner kann unter diesen Umständen die von der Vorinstanz festgesetzte Schadenersatzpflicht wegen Verletzung der Muster Nr. 56,613, 15,155 und 50,120 der Klägerin nicht erhöht werden. Da auf der andern Seite die Beklagte nicht mehr auf Gutheissung der Widerklage in vollem Umfange beharrt, sondern nur noch deren Ziff. 3, die Löschung des Musters Nr. 43,885 der Klägerin betreffend, aufrecht hält, sind im Berufungsverfahren lediglich noch die Schadenersatzpflicht wegen Nachahmung der Muster Nr. 56,613, 15,155 und 50,120 durch die Beklagte und die Frage der Neuheit des Musters Nr. 43,885 zur Zeit der Hinterlegung streitig. Es empfiehlt sich, die letztere Frage vorweg zu behandeln.

2. — Das Bundesgericht hat schon wiederholt erkannt, dass bei Beurteilung der Neuheit eines Musters zur Zeit der Hinterlegung grundsätzlich nur die Verhältnisse im Inlande in Betracht fallen (BGE 54 II S. 58 ff., 56 II S. 71 ff. 56 II S. 235 ff.). In seinem Urteil vom 6. Mai 1930 i. S. Jakob Rohner A.-G. gegen F. Bühler & Cie (BGE 56 II S. 235 ff.) hat es jedoch für sogenannte reine Exportmuster eine Ausnahme von diesem Grundsatz zugelassen ; es hat entschieden, dass eine Ausnahme vom Territorialitäts-

prinzip zu machen und auch auf die Verhältnisse im Auslande abzustellen sei, wenn es sich um ein Muster einer schweizerischen Exportindustrie handle, das überhaupt nur im Auslande abgesetzt werde. Die Klägerin und Berufungsbeklagte hat Zweifel über die Richtigkeit dieser Rechtsprechung verlauten lassen; der Begriff des reinen Exportmusters sei verschwommen und überdies sei ungewiss, ob es überhaupt Muster gebe, die nie in der Schweiz gehandelt und abgesetzt werden. Das Handelsgericht des Kantons St. Gallen scheint diese Zweifel zu teilen. Das Bundesgericht hat jedoch keinen Grund, bei Entscheidung des vorliegenden Falles auf seine Praxis zurückzukommen, denn einerseits werden diese Zweifel doch nur mit den Verhältnissen in der Stickereiindustrie begründet, während der Musterschutz auch andern Industrien zu gute kommt, und anderseits erweist sich hier die Widerklage auf Löschung schon deshalb als aussichtslos, weil das fragliche Muster kein reines Exportmuster ist, also nur die Verhältnisse im Inland zur Zeit der Hinterlegung in Betracht fallen und eine Neuheitszerstörung im Inland auch durch die Widerklägerin nicht behauptet wird. Die Vorinstanz hat nämlich in Erwägung 2 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass Ware von den streitigen Mustern auch in der Schweiz gehandelt werde, indem Kommissionshäuser, welche ihren Sitz in Winterthur und Zürich und teilweise auch in St. Gallen haben, an diesem Ort solche Waren für Marokko kaufen. Dazu komme, dass marokkanische Einkäufer, wenn auch nicht häufig, nach St. Gallen reisen, wie aus dem Prozess Bodenmann gegen die Klägerin, der auf dem Weg der Berufung auch vor das Bundesgericht gelangt ist, und anderweitig bekannt sei. (Vgl. das nicht gedruckte Urteil vom 16. Februar 1932 i. S. Bodenmann gegen Jakob Rohner A.-G.) Darin liegen tatsächliche Feststellungen des Handelsgerichtes, die für das Bundesgericht gemäss Art. 81 OG verbindlich sind, da sie nicht als aktenwidrig angefochten worden sind. Offenkundigkeit des Musters Nr. 43,885 im Ausland zur

Zeit der Hinterlegung kann seiner Neuheit also nicht schaden, und die Widerklage muss, soweit sie noch im Streite liegt, abgewiesen werden.

Auf diese Weise entsteht allerdings ein Widerspruch mit dem erwähnten Urteil des Bundesgerichtes vom 6. Mai 1930 i. S. Jakob Rohner A.-G. gegen E. Bühler & Co., indem dort dasselbe Muster Nr. 43,885 der Klägerin als zur Zeit der Hinterlegung nicht neu bezeichnet wurde, im Gegensatz wiederum zu einem noch frühern bundesgerichtlichen Erkenntnis, vom 29. Januar 1930 i. S. Textor A.-G. gegen Jakob Rohner A.-G. (BGE 56 II S. 78), in dem das gleiche Muster als neu behandelt worden war. Die Widersprüche erklären sich jedoch zwanglos daraus, dass das Bundesgericht in allen drei Fällen an tatsächliche Feststellungen verschiedener kantonaler Gerichte gemäss Art. 81 OG gebunden war und ist und dass diese Feststellungen ihrerseits einander widersprechen. Im Falle der Textor A.-G. gegen die Klägerin hatte das Handelsgericht des Kantons St. Gallen konstatiert, dass das Muster vor der Hinterlegung ein einziges Mal und dazu von einem Agenten der Klägerin im Auslande bestellt worden sei, und das Bundesgericht hatte es gestützt darauf abgelehnt, ein Bekanntsein des Musters unter den beteiligten Verkehrskreisen anzunehmen. Im Falle Jakob Rohner A.-G. gegen E. Bühler & Co. dagegen hatte das Obergericht des Kantons Appenzell A. Rh. festgestellt, dass die drei streitigen Muster, worunter Nr. 43,885, vor der Hinterlegung in Nordafrika allgemein zur Auslieferung gelangt seien, und das Bundesgericht hatte hierüber ausgeführt: « Es fragt sich nur noch, ob die drei typischen Exportmuster der Klägerin zur Zeit der Hinterlegung unter den beteiligten Verkehrskreisen des afrikanischen Absatzgebietes bereits bekannt gewesen seien. Auch daran kann kein Zweifel mehr bestehen, nachdem im vorliegenden Fall im Gegensatz zur Sache Textor A.-G. gegen die Klägerin feststeht, dass nicht nur ein einmaliger Verkauf durch einen Vertrauensmann der Klägerin erfolgt ist, sondern

dass die Muster verschiedenen, den beteiligten Verkehrskreisen angehörenden Kunden an verschiedenen Orten eröffnet worden sind.» Das Bundesgericht hat dann in seinem Urteil über das Revisionsgesuch der Firma Textor A.-G. vom 19. November 1930 (BGE 56 II S. 394 ff.) noch näher ausgeführt, wie der Widerspruch zwischen den beiden Urteilen zu deuten ist und dass ein Revisionsgrund nicht vorliegt, wiewohl das erste Urteil das gleiche Muster als neu, das zweite als nicht neu bezeichnet hatte. Ein ähnlicher Widerspruch entsteht nun neuerdings zwischen dem Urteil i. S. Bühler & Co. und dem vorliegenden. Dort hatte die Klägerin nämlich ausdrücklich zugegeben, dass das Muster ausschliesslich für den Verkauf im nördlichen Teil von Afrika bestimmt sei (BGE 56 II S. 236), während hier im Gegensatz zu jener Anerkennung die Vorinstanz festgestellt hat, dass diese Ware auch in der Schweiz gehandelt werde. Es mag richtig sein, dass derartige gegensätzliche Entscheidungen in Bezug auf das gleiche Muster eine gewisse Unsicherheit bewirken (vgl. die Kritik von GUHL in der Zeitschrift des bern. Jur. Vereins, 67. Jahrgang, S. 441); allein diese Unsicherheit ist unlösbar mit dem Art. 81 OG verbunden, wonach das Bundesgericht an tatsächliche Feststellungen, wenn sie den Akten nicht zuwiderlaufen, in allen Fällen gebunden ist. Eine andere Lösung wäre im vorliegenden Fall nur möglich gewesen, wenn das Muster Nr. 43,885 der Klägerin im Prozesse gegen E. Bühler & Co. wegen Neuheitszerstörung der Löschung unterworfen worden wäre. Das ist jedoch nicht geschehen; E. Bühler & Co. hatten in ihrem Prozesse gegen die Klägerin den behaupteten Mangel der Neuheit lediglich einredeweise geltend gemacht, nicht aber eine Löschungsklage erhoben, so dass das Bundesgericht nicht auf Löschung erkennen konnte. Die blosse einredeweise Geltendmachung der Neuheitszerstörung hatte der damaligen Beklagten durchaus freigestanden, denn was für die Marken und Erfindungspatente gilt, muss auch für die gewerblichen Muster gelten (BGE 30 II S. 585, 35 II S. 338,

56 II S. 146, 58 II S. 60). Daher rührt es, dass sich die heutige Beklagte und Widerklägerin nicht auf Rechtskraft des Urteiles im Falle E. Bühler & Co. berufen kann, denn die Löschung ist damals, wie gesagt, unterblieben, und wenn dem Muster lediglich in den Motiven die Neuheit zur Zeit der Hinterlegung aberkannt wurde, so ist das Bundesgericht an diese Entscheidung nicht gebunden, zumal auch die Parteien nicht auf beiden Seiten dieselben sind, wie damals. Die Beklagte selbst gibt das eigentlich zu, denn sie hat eine Widerklage auf Löschung des klägerischen Musters Nr. 43,885 erhoben, was offenbar nicht notwendig gewesen wäre, wenn schon das Urteil im Falle E. Bühler & Co. eine absolute Wirkung entfaltet hätte.

3. — Die widerrechtliche Nachahmung der klägerischen Stickereimuster Nr. 56,613, 15,155 und 50,120 durch die Beklagte ist nicht mehr streitig, nachdem die Beklagte ihre Berufung nicht gegen das Dispositiv Nr. 1 des handelsgerichtlichen Urteils gerichtet hat. Es muss daher auch bei der Verpflichtung der Beklagten zur Entfernung ihrer Muster 7515/105,821 und 7511/105,839 aus ihrer Kollektion sein Bewenden haben.

Bestritten hat die Beklagte dagegen, dass sie eine Schuld an der Verletzung der Musterrechte der Klägerin treffe, und sie hat demgemäss, da ein Verschulden laut Art. 25 und 26 MMG die unerlässliche Voraussetzung der Schadenersatzpflicht bildet, diese gänzlich abgelehnt. Ihr Standpunkt ist jedoch nicht haltbar. Sie hatte schon anlässlich der Tatbestandaufnahme durch das Handelsgerichtspräsidium ausdrücklich zugegeben, dass ihre Muster keine originellen Schöpfungen darstellen und denen der Klägerin nicht nur zufällig ähnlich sind, sondern dass diese als Vorlagen gedient haben; es seien ihr nämlich durch ihre Kunden oder Agenten bestickte Muster zugestellt worden, die sie dann ihrem Zeichner zur Vornahme von Abänderungen unterbreitet habe. Sie hätte jedoch die Pflicht gehabt, erst Nachforschungen anzustellen, ob ihr die eingesandten Muster geschützt seien. Wenn der Verletzer wie

hier kraft seiner Kenntnis der Branche und der besondern Verhältnisse damit rechnen musste, dass es sich bei dem Vorbild um ein geschütztes Muster handelte, kann er diese Pflicht nicht in Abrede stellen (vgl. PINZGER, Das deutsche Geschmacksmusterrecht S. 118). Liess die Beklagte es trotzdem einfach darauf ankommen, so muss man unbedenklich annehmen, dass sie tatsächlich mit der Möglichkeit der Verletzung eines Musterrechtes gerechnet und die Nachahmung dennoch vorgenommen hat, also, wie auch die Vorinstanz erwogen hat, einen *dolus eventualis* beging (ALLFELD, Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht S. 352). Die Beklagte hat freilich geltend gemacht, ihre Agentin, die Firma Coriat & C<sup>ie</sup> in Casablanca, habe sie in einem Schreiben vom 7. Mai 1931, mit dem sie ihr die Muster unterbreite, ausdrücklich mit folgenden Worten auf die Möglichkeit eines Musterschutzes aufmerksam gemacht: « Les dispositions des dessins des articles que nous vous soumettons, sont en général déposés par nos concurrents; vous ne devez donc pas les copier, mais simplement établir des contre-types en vous en inspirant, sans que cela puisse constituer une contre-façon », und sie sei also nicht leichtfertig vorgegangen, da sie über die Möglichkeit des Schutzes der Muster unterrichtet gewesen sei. Allein der Brief vom 7. Mai 1931 vermag sie nicht zu entlasten; er beweist nur einmal mehr, dass die Fachkreise des Bestimmtesten damit rechnen mussten, die Muster der Klägerin seien geschützt. Wenn nicht ein Vorsatz, würde also auf alle Fälle Fahrlässigkeit der Beklagten vorliegen, Fahrlässigkeit genügt aber nach Art. 26 MMG zur Gutheissung eines Schadenersatzanspruches. Der Einwand der Beklagten geht denn auch in Wirklichkeit eigentlich nicht dahin, sie habe von der Hinterlegung der Muster der Klägerin keine Kenntnis und sie habe keine Nachforschungspflicht gehabt, sondern sie behauptet, sie habe annehmen dürfen, ihre Muster seien von denjenigen der Klägerin hinlänglich verschieden, so dass der Richter die Frage der wider-

rechtlichen Nachahmung verneinen werde. Allein auch dieser Auffassung kann nicht beigespflichtet werden. Wenn auch beim Vergleich des Gesamtbildes der zwei Muster und der Beurteilung der Frage der Nachahmung die Grenze nicht immer leicht zu ziehen ist, so trägt doch derjenige die Gefahr, der sich von einem geschützten Muster inspirieren lassen will und es als Vorlage benützt. Bei der gegenteiligen Lösung würde die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Verletzers, soweit sie auf Schadenersatz geht, überhaupt grösstenteils illusorisch gemacht. In casu hat die Beklagte selbst darauf hingewiesen, dass der handelsgerichtliche Fachrichter die Frage der Nachahmung bei einzelnen Mustern verneint hat, also mit der grössten Sorgfalt vorgegangen ist; und da die Beklagte auf der andern Seite die Annahme der Nachahmung bei den Mustern Nr. 56,613, 15,155 und 50,120 der Klägerin nicht angefochten hat, steht es ihr schlecht an, das handelsgerichtliche Urteil nun so auszulegen, als ob man ebensogut auch anders hätte entscheiden können.

4. — Bei der Berechnung des Schadens hat das Handelsgericht zuerst die Selbstkosten der Klägerin (Stoffverbrauch, Bleichen, Stickmaterial, Stickern, Nachstickern und Fädeln, Ausrüsten und Verpacken) für die beiden Dessins Bouquet de la Vierge (Muster 56,613 und 15,155) und Hia (Muster 50,120) bemessen und sodann an Hand der Verkaufspreise, der Sconti und Kommissionen, der Fracht-, Versicherungs- und Inkassospesen den Gewinn angesetzt, der sich pro Meter auf 0,616 Fr. bei der Ware Bouquet de la Vierge und auf 0,6052 Fr. bei der Ware Hia beläuft. Auf diese Weise ergibt sich über den Schaden folgendes Bild, nachdem noch 12,5 % wegen nachträglichen Gewinnrückganges zugunsten der Beklagten abgezogen worden sind:

Dessin Bouquet de la Vierge 55641,6 Meter : 29,786 Fr. 25 Cts.; Dessin Hia 3974,4 Meter, 2,016 Fr. 45 Cts.

Ausserdem hat die Vorinstanz einen Anspruch auf Ersatz des indirekten Schadens nach freiem Ermessen

in der Höhe von 7500 Fr. (25 % des direkten Schadens) geschützt.

Die Beklagte hat an dieser Schadensberechnung zunächst beanstandet, dass die Vorinstanz von der Vermutung ausgegangen sei, die Klägerin hätte die gleichen Verkäufe zu ihren eigenen Preisen gemacht, wenn die Nachahmungen nicht erfolgt wären. Es besteht jedoch kein Grund, dieses Prinzip, wie die Beklagte es haben will, nur dann anzuwenden, wenn nur geringe Mengen der Nachahmung verkauft worden sind. Ebenso ist abzulehnen, den Schaden nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zu berechnen.

Eine Erhöhung des Abzuges wegen Gewinnrückganges fällt ebenfalls nicht in Betracht. Unter Berücksichtigung der grossen Konkurrenz und der Krisis auf dem marokkanischen Markt, der Herabsetzung der Kaufkraft der dortigen Bevölkerung, der Einbusse der Zugkraft der Dessins usw. hat die Vorinstanz den Abzug auf 12,5 % und damit reichlich bemessen; ihr Entscheid ist ein ausgesprochener Ermessensentscheid, von dem abzuweichen das Bundesgericht umso weniger Grund hat, als ein Handelsgericht, das teilweise mit Fachrichtern der Stickereiindustrie besetzt ist, bessern Einblick in die massgebenden Verhältnisse besitzt, als das Bundesgericht. Dasselbe gilt von der Ansetzung der Ersatzpflicht für indirekten Schaden (wegen Disqualifizierung der verletzten Muster) auf 7500 Fr.

Einen andern Herabsetzungsgrund erblickt die Beklagte darin, dass sie jedenfalls nur ein leichtes Verschulden treffe. Allein abgesehen davon, dass ihre Schuld nicht ohne Weiteres als leicht qualifiziert werden kann, indem sogar ein *dolus eventualis* vorliegt, ist zu wiederholen, dass das Risiko in vollem Umfang denjenigen trifft, der ein geschütztes Muster als Vorlage benützt hat und dass es nicht teilweise auf den Inhaber des geschützten Musters abgewälzt werden darf.

Die Beklagte hat weiter darauf hingewiesen, dass die Parteien im Juni 1931 über die Gestaltung der Preise

miteinander verhandelt hätten und dass die Klägerin damals mit keinem Wort geltend gemacht habe, die Beklagte habe ihre Muster nachgeahmt. Die Klägerin habe bis zur Einreichung der Klage trotz Kenntnis der Verletzungen noch fast ein Jahr lang zugewartet, und es treffe sie somit ein Mitverschulden daran, dass der Schaden so gross geworden sei. Sie, die Beklagte, habe annehmen dürfen, dass die Klägerin eine Verletzung der Musterrechte nicht behauptete, und es sei deshalb zu Lasten der Klägerin gestützt auf Art. 44 OR ein erheblicher Abzug zu machen. Allein die Beklagte beruft sich zu Unrecht darauf, dass dem Verletzten eine Rechtspflicht zu sofortiger, energischer Verteidigung oblege; jedenfalls hat die Klägerin glaubhaft gemacht, dass es für eine erfolgreiche Prozessführung unerlässlich war, zuerst die Beweise zu sammeln und sicherzustellen, wofür erfahrungsgemäss geraume Zeit notwendig ist, zumal wenn die Verletzungen in's Ausand hinüberreichen.

5. — ...

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 2. März 1933 wird bestätigt.

## VII. MARKENSCHUTZ

### PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

35. Arrêt de la 1<sup>re</sup> section civile du 29 mars 1933  
dans la cause **Tavannes Watch Co, S. A., contre Favret.**

*Marques de fabrique.* — Les raisons de commerce ne peuvent servir de marques que si elles sont originales. Tel n'est pas le cas en principe de la désignation pure et simple du genre ou du siège des affaires. Cette règle comporte une exception lorsqu'une marque dépourvue théoriquement de valeur distinc-