

gerin verpflichtet, sondern zur Ausrichtung eines Teiles des Kaufpreises für die vom Anweisenden erworbene Sache. Das setzt voraus, dass der Kauf zustande gekommen und der Beklagte Eigentümer jener Sache und Schuldner des Kaufpreises geworden ist. Macht aber, wie hier, der Angewiesene geltend, dass der Anweisende seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nicht erfüllt habe, so kann diese Einrede nicht als eine solche aus dem Deckungsverhältnis zwischen Anweisenden und Angewiesenen bezeichnet werden; vielmehr handelt es sich um eine Einrede, die sich aus dem Inhalt der Anweisung selbst ergibt und deshalb vom Angewiesenen auch dem Anweisungsempfänger entgegengehalten werden kann. Der Beklagte war als Angewiesener der Klägerin als Anweisungsempfängerin gegenüber nur soweit verpflichtet, als er infolge des Kaufes von Fahrni dessen Schuldner wurde; die Anweisung war also, wie alle Anweisungen auf Schuld, eine bedingte. Ist der Beklagte nicht Kaufpreisschuldner Fahrnis geworden, so kann er sich weigern, die Anweisung zu vollziehen und einen allfällig bereits an die Anweisungsempfängerin bezahlten Betrag zurückfordern (vergl. HAFNER, Komm., Anm. 3 und 5 zu Art 409 aOR, SCHNEIDER & FICK, Anm. 5 eod., OSER, Anm. II 1 b zu Art. 468, FICK Anm. 23 eod., sowie BGE 17 493 Erw. 7, 21 1149 Erw. 6).

Durch den Vergleich vom 2. März 1915 hat nun Fahrni die Gegenstände, die er durch den Vertrag vom 24. November 1913 an den Beklagten verkauft hatte, nochmals an die Klägerin veräussert. Letztere wäre daher zum Schaden des Beklagten bereichert, wenn sie trotzdem die von jenem erhaltenen 2500 Fr. behalten würde. Dass Fahrni sich im Vertrag vom 24. November 1913 das Eigentum an den Kaufgegenständen bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufpreises (die nicht erfolgt ist) vorbehalten hatte, ändert daran nichts; denn wenn er von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch machen wollte, so hätte er gemäss Art. 227 OR die empfangenen Leistungen, also

auch den vom Beklagten für seine Rechnung an die Klägerin gezahlten Kaufpreisanteil von 2500 Fr., zurückerstatten sollen. Dadurch, dass er dies unterliess und die Gegenstände weiter verkaufte, hat er den Vertrag vom 24. November 1913 verletzt; folglich war der Beklagte von der Bezahlung des Kaufpreises enthoben und zur Rückforderung jenes Kaufpreisanteils von der Klägerin berechtigt.

3. — Da das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als Anweisung anzusehen ist und die Widerklage nach dem Gesagten auf Grund von Art. 468 OR gutgeheissen werden muss, braucht nicht untersucht zu werden, ob sie auch dann als begründet erschiene, wenn das Rechtsverhältnis als Schuldübernahme aufgefasst würde, wie denn auch die Klägerin selber vor den kantonalen Instanzen den Standpunkt eingenommen hat, es liege eine Anweisung vor.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 1917 bestätigt.

V. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

90. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Oktober 1917
i. S. Société française de cotons à coudre, Klägerin,
gegen E. Mettler-Müller, Beklagten.

Markenrecht. Genügende Unterscheidbarkeit von Marken? MSchG Art. 6 Abs. 1 u. 2 und Art. 24 lit. a.

A. — Durch Urteil vom 3. Mai 1917 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen die Klage, die dahin geht, es sei zu erkennen:

- » 1. dass die beklagtischen Sternmarken des schweizerischen Markenregisters N° 32,216, 36,346 und 36,795 sowie die beklagtischen Sternmarken des internationalen Markenregisters N° 17,448 und 17,453 unerlaubte Nachahmungen der klägerischen Sternmarke seien ;
 - » 2. dass diese schweizerischen und internationalen Markenregistereintragungen der in Ziff. 1 enthaltenen Nummern zu löschen seien ;
 - » 3. dass der Beklagten der Gebrauch und die Verwendung dieser Sternmarke verboten sei ;
 - » 4....
 - » 5. dass die Beklagte zu einem Schadenersatz von 10,000 Fr. zu verurteilen sei, unter Vorbehalt der Nachklage ;
 - » 6....
- abgewiesen.

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage in vollem Umfange, eventuell auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisergänzung und neuen Beurteilung. Namens der Klägerin hat Advokat Charles Vuille in Genf ein Rechtsgutachten von Dr. Philippe Dunant, Advokat in Genf, eingelegt.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Die Klägerin, Société française de cotons à coudre in Paris, hat am 18. April 1898 im internationalen Markenregister in Bern unter der Nummer 1367 zum Schutz ihrer Fabrikate eine Marke eintragen lassen, welche einen fünfzackigen Stern darstellt, dem die Buchstaben C B (Cartier-Bresson, Rechtsvorgänger der Klägerin) beigefügt sind. Die Marke enthält ausserdem in einer runden Umrahmung die Aufschrift « A l'Etoile Bleue » (« Cablé à l'Etoile ») und « Cartier-Bresson à

Paris ». Ferner liess die Klägerin am 6. Dezember 1902 die Wortmarke N° 3115 « A l'Etoile, cotons re-tors », und am 4. November 1914 eine weitere, einen fünfzackigen Stern darstellende Bildmarke mit der Beifügung « Fils de coton » unter N° 16,490 in das internationale Markenregister eintragen.

Der Beklagte, welcher sich ebenfalls mit der Fabrikation von Faden und Garnen befasst, hat am 11. November 1912 unter N° 32,216 in das schweizerische Markenregister eine Marke aufnehmen lassen, die in der Mitte 3 kleine fünfzackige Goldsterne aufweist; die Sterne sind von einem breiten Band umgeben, das in grossen Buchstaben die Aufschrift « Goldstern » trägt; auf der Rückseite befinden sich die Worte « Beste Qualität, Mettler, 500 Yards ».

Der Beklagte führt ferner für seine Fabrikate eine Marke « Silberstern », die in der Mitte auf violetterm Grunde 3 kleine fünfzackige Silbersterne zeigt; einer der Sterne ist von den beiden anderen durch ein weisses Band mit der Aufschrift « Silberstern » getrennt. Das Bild ist von einer Warenbezeichnung eingeschlossen und trägt auf der Rückseite die gleichen Worte wie die Marke « Goldstern ». Diese Marke wurde am 25. November 1914 unter N° 36,346 im schweizerischen und am 29. April 1916 unter N° 17,448 im internationalen Markenregister eingetragen.

Eine weitere Marke « Albion » des Beklagten weist in der Mitte einen Frauenkopf auf; darunter befindet sich ein kleiner Schild mit einem weissen Stern; das Bild ist umrahmt mit der Aufschrift « fabrication suisse ». Die Rückseite der Marke enthält Qualitätsbezeichnungen, sowie in roten, hervorstehenden Buchstaben das Wort « Albion ». Diese Marke hat der Beklagte am 23. April 1915 unter N° 36,795 in das schweizerische und am 29. April 1916 unter N° 17,453 in das internationale Markenregister aufnehmen lassen. Am 7. August 1916 ist sie auf Begehren des Beklagten selber im schweizeri-

schen Markenregister gelöscht worden; dagegen liess dieser am 18. November 1916 unter N° 39,145 eine neue Marke eintragen, die sich von der gelöschten dadurch unterscheidet, dass der Stern am Fuss des Frauenkopfes durch das Wort «Mettler» ersetzt ist.

Die Klägerin behauptet nun, dass die schweizerischen Marken 32,216, 36,346 und 36,795 sowie die internationalen Marken 17,448 und 17,453 des Beklagten unerlaubte Nachahmungen ihrer eigenen Marken darstellen, was der Beklagte bestreitet. Dieser wendet ferner ein, dass der Stern als solcher Freizeichenqualität besitze, dass die internationale Marke N° 1367 der Klägerin wegen mangelnder Priorität nichtig sei, dass eventuell nur die Verwendung des Sternes, nicht aber des Wortes «Silberstern» beanstandet werden könnte, dass das Lösungsbegehren auf das Gebiet der Schweiz zu beschränken wäre, usw. Das Kantonsgericht St. Gallen hat die Klage abgewiesen, weil keine unerlaubte Nachahmung vorliege.

2. — Der Vorinstanz ist ohne weiteres darin beizupflichten, dass das Klagebegehren 2, mit dem die Löschung der beklagtischen Marken verlangt wird, mit Bezug auf die Schweizermarke 36,795 als gegenstandslos erscheint, da ja diese auf Verlangen des Beklagten selbst schon vor Einreichung der Klage gelöscht worden war. Die Löschung ist zwar nach den Akten nur im schweizerischen Markenregister erfolgt, und es ist daher anzunehmen, dass die entsprechende internationale Marke 17,453 bei Einleitung der Klage noch eingetragen war. Wie dem sei, könnte aber die Löschung den Beklagten der Verantwortlichkeit für die Herstellung und bisherige Führung dieser Marken nicht entheben, da eine Markenrechtsverletzung auch in der Verwendung nachgeahmter Marken, die im Register nicht oder nicht mehr eingetragen sind, zu erblicken ist, wie die Vorinstanz richtig ausführt. Die Prüfung der Frage, ob eine unerlaubte

Nachahmung vorliege, hat sich deshalb auf alle in der Klage aufgeführten Marken des Beklagten zu erstrecken.

3. — Unerlaubt ist nach Art. 24 lit. a MSchG die Nachahmung der Marke eines anderen dann, wenn das Publikum durch sie irregeführt wird, und nach Art. 6 Abs. 1 muss eine zur Hinterlegung gelangende neue Marke sich durch wesentliche Merkmale von den bereits eingetragenen unterscheiden. Es fragt sich also, ob das für die Marken des Beklagten, im Vergleich zu denjenigen der Klägerin, zutrefte. Da jene gewisse figurative Elemente der klägerischen Marken — so jedenfalls das Sternbild und die Umrahmung durch 2 konzentrische Kreise — wiedergeben, sind sie nach Art. 6 Abs. 2 MSchG nur dann zulässig, wenn sie sich von den Marken der Klägerin in hinlänglichem Mass unterscheiden und, als Ganzes betrachtet, nicht leicht zu einer Verwechslung Anlass geben können.

a) Von diesem Gesichtspunkt aus lassen sich die schweizerische Marke 36,795 des Beklagten (Albion) und die entsprechende internationale Marke 17,453 nicht beanstanden, und die Argumentation der Vorinstanz ist in dieser Hinsicht nicht anfechtbar. Denn hier kann von einer auch nur entfernten Wahrscheinlichkeit der Irreführung des Publikums nicht gesprochen werden, weil das in die Augen springende Mittelbild im Gegensatz zu der klägerischen Marke nicht etwa eine Sternfigur, sondern einen Frauenkopf darstellt. Dass unter diesem ein kleiner Schild mit einem Stern angebracht ist und auch der Kragen der Mittelfigur Sternchen aufweist, ändert hieran nichts; diese Beigaben treten im Gesamtbild zu sehr zurück, als dass sie zu Verwechslungen führen könnten. Die Marken 36,795 und 17,453 bilden daher keine unerlaubte Nachahmung der klägerischen Marken, und es ist mit Bezug auf sie die Klage, in Bestätigung des kantonalen Urteils, endgültig abzuweisen.

b) Anders verhält es sich mit den übrigen Marken des

Beklagten — N° 32,216 («Goldstern»), 36,346 und 17,448 («Silberstern») —, von denen die Vorinstanz denn auch ohne weiteres zugibt, dass sie der klägerischen Sternmarke schon näher kommen und eine gewisse Verwechslungsgefahr begründen. Sie weisen, wie jene, im Mittelbild die Sternfigur auf: der grosse fünfzackige Stern ist aber durch 3 kleine, ebenfalls fünfzackige ersetzt, wozu bei der Marke «Silberstern» noch ein Querband mit der entsprechenden Aufschrift kommt. Allein das Bundesgericht hat bereits ausgesprochen, dass die Verdoppelung des Bildes nicht als markenrechtlich wesentliches, die verschiedene Herkunft der Ware kenntlich machendes Unterscheidungsmerkmal angesehen werden könne (BGE 39 II N° 62 Erw. 3). An diesem Grundsatz ist festzuhalten, und es genügt, auf die Begründung jenes Entscheides zu verweisen. Frägt es sich weiter, ob abgesehen von der Vermehrung des Sternbildes die Marken «Goldstern» und «Silberstern» hinreichende, markenrechtlich erhebliche Unterscheidungsmerkmale gegenüber den klägerischen Marken aufweisen, und ob sie, als Ganzes betrachtet, nicht leicht zu Verwechslungen Anlass geben können, so ist dabei nach feststehender Praxis auf die Aufmerksamkeit abzustellen, welche die als Käufer in Betracht kommenden Personen beim Einkauf anzuwenden pflegen. Wenn aber die Vorinstanz ausführt, dass jeder Abnehmer gewöhnlich eine Reihe verschiedener Marken im Gebrauch habe und deshalb gewohnt sei, das Markenbild, das ihm bei der Auswahl als Wegleitung diene, genauer ins Auge zu fassen, als bei anderen Waren, wodurch sich dieses Bild so scharf in sein Gedächtnis einpräge, dass er die einzelnen Marken auch dann zu unterscheiden vermöge, wenn sie gewisse Aehnlichkeiten aufweisen, so kann das beim Detailverkauf nur für eine beschränkte Anzahl von Abnehmern und Abnehmerinnen zutreffen, und geht jedenfalls, so allgemein ausgesprochen, zu weit. Denn die Fadenmarken sind in der Hauptsache nicht sowohl für Grosshändler, als für Detailkäufer bestimmt, die auf ein

Stichwort hin ihre Einkäufe zu machen gewohnt sind und bei denen eine besondere Aufmerksamkeit in der Prüfung der Markenunterschiede erfahrungsgemäss nicht vorausgesetzt werden darf (vergl. BGE 36 II 261, 38 II 710, 39 II 358). Nun ist die Verwendung des nämlichen Kernbildes wenn auch in etwas abgeänderter Ausgestaltung, gewiss geeignet, namentlich bei den Detailkäuferinnen Irrtümer und Verwechslungen herbeizuführen, und sie erfüllt in keiner Weise den Zweck, dem Publikum die Herkunft des eigenen Fabrikates deutlich als eine von derjenigen der Konkurrenzprodukte verschiedene erkennbar zu machen. Auch das weitere Argument der Vorinstanz hält nicht stich, dass die Unterscheidung noch dadurch erleichtert werde, dass es sich bei der Marke der Klägerin um eine Ware französischen Fabrikates handle und auch die Aufschriften auf beiden Seiten der Marke französisch seien, während die Marken des Beklagten die ziemlich hervortretende und daher nicht zu übersehende deutsche Aufschrift «Goldstern» oder «Silberstern» trügen. Gerade durch diese Aufschriften werden die Käufer nachdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um eine Sternmarke handle, und die streitigen Marken vollends zu Sternmarken gestempelt, was die Verwechslungsgefahr noch wesentlich erhöht. Dass die Aufschriften deutsch abgefasst sind, während die beiden Marken der Klägerin französisch lauten, ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Danach besteht eine erhebliche Verwechslungsgefahr, und diese genügt nach Gesetz und Praxis zur Annahme einer unerlaubten Nachahmung, ohne dass eine Täuschungsabsicht beim Beklagten vorzuliegen braucht. Dieser hätte mit Leichtigkeit für seine Fabrikate ein anderes Markenbild wählen können, welches jede Täuschungsmöglichkeit ausgeschlossen hätte. Das vorinstanzliche Urteil ist deshalb, soweit die Marken «Goldstern» und «Silberstern» betreffend, aufzuheben und die Sache zur Behandlung der übrigen vom Beklagten erhobenen Einreden, insbesondere der Einrede der Freizeit-

chenqualität des Sternbildes und der mangelnden Priorität der klägerischen Marke N° 1367, an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird teilweise begründet erklärt. Demgemäss wird das Urteil des Kantonsgerichts von St. Gallen vom 3. Mai 1917, insoweit es auf die schweizerischen Marken N° 32,216 und 36,346 und die internationale Marke N° 17,448 Bezug hat, aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Mit Bezug auf die schweizerische Marke N° 36,795 und die internationale Marke N° 17,453 hat es bei dem die Klage abweisenden Urteil des Kantonsgerichts von St. Gallen vom 3. Mai 1917 sein Bewenden.

VI. EISENBAHNTRANSPORTRECHT

TRANSPORT PAR CHEMIN DE FER

91. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Oktober 1917
i. S. Schweizerische Bundesbahnen, Beklagte u. Widerkläger,
gegen Nicolai, Kläger und Widerbeklagten.

Art. 24 des Internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr und Art. 24 der für den italienisch-schweizerischen Güterverkehr geltenden Zusatzbestimmungen dazu. Klage der Bahn gegen den Absender auf Zahlung von Lager- und Wagenstandsgeldern für das infolge Annahmeverweigerung des Empfängers bahnamtlich versteigerte Gut. Kompetenz des Bundesgerichts. Einrede des Beklagten, dass die Bahn das Gut wegen der Gefahr, dass bei längerem Zuwarten die Kosten dessen Wert übersteigen würden, schon früher, ohne seine Weisung abzuwarten von sich aus hätte verkaufen sollen bzw. nach Empfang des Verkaufsauftrags zu lange mit der Steigerung zugewartet habe.

A. — Der Kläger Nicolai gab am 20. März 1915 auf der Güterexpedition Basel-St. Johann zwei Wagen Kohlen « Nuss IV », mit Nachnahmen von je 700 Fr. belastet, an die Adresse des Ettore Alpini in Crema (Italien) auf. Am 12. April 1915 teilte ihm die Güterexpedition St. Johann unter Beilegung zweier von der Station Crema ausgefertigter Ablieferungshindernis-Anzeigen mit, dass der Empfänger die Abnahme der Sendung verweigert habe. Der Kläger gab darauf vorerst keine Antwort. Auf Veranlassung der Italienischen Staatsbahn nochmals um Erteilung von Weisungen ersucht, liess er der Station Crema durch Vermittlung der Güterexpedition St. Johann am 12. Mai 1915 telegraphieren, die Wagen nochmals der Firma Lambertini & C^{le} in Mailand, die ihm die Bestellung erteilt hatte, zur Verfügung zu stellen. Nachdem