sonstwie aus den Akten zuverlässig ersichtlich ist. Da sämtliche auf der Voegeschen Postkarte dargestellten Berge, sowohl in ihrer gegenseitigen Lage, als jeder für sich genau den gleichen Anblick bieten wie die Berge der Wehrlischen Karte, und auch die Konturen des Vierwaldstättersees auf beiden Karten dieselben sind, und da ferner der Beklagte nicht nur nicht nachgewiesen hat, daß er auf andere Weise, insbesondere durch eigene photographische Aufnahmen oder Zeichnungen nach der Natur, zu denselben Linienverhältnissen wie die Kläger gelangt sei, sondern in seinem Verhör selber zugegeben hat, daß dem Zeichner seiner Postkarte außer einer Landkarte nur eine Wehrlikarte vorgelegen habe, so ist es auf Grund der vorliegenden Akten nicht möglich, sich der Annahme zu verschließen, es habe der Beklagte die in der klägerischen Karte liegende Arbeit zur Herstellung der seinigen benutzt.

In der Kassationsbeschwerde behauptet zwar der Beklagte, es habe jenem Zeichner außer der klägerischen Karte noch das bei den Akten liegende „Reliefplakat" gedient. Nicht nur ist aber diese Behauptung neu und unerwiesen, sondern es erscheint als völlig ausgeschlossen, daß es das bei den Akten liegende Plakat der Sonnenbergbahn sei — ein anderes Plakat liegt nicht bei den Akten —, welchem die Postkarte des Beklagten ihre auffallende Ähnlichkeit mit derjenigen der Kläger verdankt.

Im übrigen ist es allerdings richtig, daß die Voegesche Ansichtspostkarte gegenüber der Wehrlischen zahlreiche Vereinfachungen aufweist. Dadurch wird jedoch an der Tatsache nichts geändert, daß der Beklagte sich die in der klägerischen Karte liegende technische Arbeit ohne Berechtigung angeeignet und dadurch das Urheberrecht der Kläger verletzt hat.

5. Die Frage schließlich, ob der Beklagte vorsätzlich oder doch grob fahrlässig gehandelt habe, ist mit Rücksicht auf das bereits erwähnte Geständnis desselben zu bejahen.

In der Kassationsbeschwerde wird zwar behauptet, es sei der Frankfurter Firma, welche die inkriminierte Postkarte durch einen bei ihr angestellten Zeichner entwerfen ließ, die Wehrlische Karte nur zur allgemeinen Orientierung darüber, was auf diesem Gebiete schon geleistet sei und auch damit der Zeichner etwas hievon Verschiedenes schaffe, mitgeteilt worden. Allein der Kassationskläger durfte sich nicht dabei beruhigen, der im Ausland arbeitende Zeichner werde die ihm übermittelte klägerische Ansichtskarte nicht benutzen, sondern die zum mindesten äußerst schwierige Aufgabe der Herstellung einer konkurrenzfähigen Ansicht des Vierwaldstättersees aus der Vogelschau unter einziger Zuhülfenahme einer gewöhnlichen Landkarte und eventuell seines Gedächtnisses zu lösen im Stande sein.



Auf alle Fälle aber mußte in dem Beklagten und Kassationskläger das Bewußtsein der Nachbildung in dem Zeitpunkte entstehen, als er die bestellte Zeichnung erhielt, also bevor er die danach angefertigten Karten in den Handel brachte.

Demnach hat der Kassationshof

erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird abgewiesen.

---

## III. Markenrecht.

## Marques de fabrique et de commerce.

### 20. Urteil des Kassationshofes vom 6. Februar 1905 in Sachen Blankenhorn & Cie., Straf.-Kl. u. Kass.-Kl., gegen Bouvier, Angesch. u. Kass.-Bekl.

*Abgrenzung von eidgenössischem und kantonalem (Strafprozess-) Recht bei der Verfolgung von Markenrechtsverletzung. — Markenrechtsverletzung: Nachmachung (oder Nachahmung) der Marke selbst d. h. des Warenzeichens eines Andern auf der Ware oder deren Verpackung. — Verwendung einer ursprünglich für Schaumwein eingetragenen Marke («* ***Sparkling Swiss****») für Plakate, etc.: Zulässigkeit.* ***Voraussetzung und Zweck der Marke, Art. 1 Ziff. 2; 7; 12 MSchG.***

A. Durch Beschluß vom 4. August 1904 hat die Überweisungsbehörde des Kantons Baselstadt eine infolge Strafklage der heutigen Kassationskläger angehobene Strafuntersuchung betreffend Verletzung der Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, 2c. und des Gesetzes des Kantons

Baselstadt betreffend den unlautern Wettbewerb wegen mangelnden Beweises des Tatbestandes, eventuell des dolus dahingestellt, und die von den Strafklägern gegen diesen Dahinstellungsbeschluß ergriffene Beschwerde ist vom appellationsgerichtlichen Ausschuß des Kantons Baselstadt mit Entscheid vom 22. August 1904 abgewiesen worden.

B. Gegen den appellationsgerichtlichen Entscheid haben die Strafkläger rechtzeitig und in gesetzlicher Form die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht im Sinne des Art. 160 ff. OG ergriffen, mit dem Antrag:

Es sei das angefochtene Erkenntnis aufzuheben. Es sei die kantonale Überweisungsbehörde anzuweisen, die Teilhaber der Firma Bouvier frères wegen Übertretung des Art. 24 litt. a, b und c des Markenschutzgesetzes dem Strafgerichte zur Beurteilung zu überweisen und die dem Beschwerdeführer auferlegte Urteilsgebühr zurückzuerstatten.

C. Die Kassationsbeklagten haben den Antrag auf Abweisung der Kassationsbeschwerde gestellt.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Die Strafklage, die zu dem heute angefochtenen Dahinstellungsbeschluß und Beschwerdeentscheid geführt hat, stützt sich auf folgende Tatsachen: Die Strafkläger und Kassationskläger haben am 6. April 1897 die Wortmarke Nr. 9154 « Sparkling Swiss » für Schaumweine beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum hinterlegt. Sie benutzen diese Wortmarke für eine Sorte des von ihnen in den Handel gebrachten Schaumweines, der z. B. auf Weinkarten als « Strub Sparkling Swiss » oder auch nur als « Sparkling Swiss » figuriert. Die Firma Bouvier frères sandte nun an zwei Baslerhändler Plakate, welche ebenfalls die Bezeichnung « Sparkling Swiss » enthielten, und hierin erblickten die Kassationskläger eine Markenrechtsverletzung, weshalb sie, am 2. März 1904, Strafklage erhoben. Am 30. April 1904, während des Laufes der Strafuntersuchung, meldeten sie die Worte « Sparkling Swiss » beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum auch an als Marke für „Flaschen, Krüge, Fässer, Körbe, „Kisten, Etiketten, Einwickelpapier, Plakate aus Pappe, Glas, „Holz, Blech oder Eisen, Brennstempel, Hülsen aus Stroh oder



„Papier, Kapseln, Korke, Menü-Karten, alkoholfreie Getränke, „Biere, kohlensaure Wasser, Limonaden, Drucksachen" (Marke Nr. 17181); sie dehnten ihre Strafklage auf die Verwendung der Worte « Sparkling Swiss » durch die Kassationsbeklagten auf Plakaten aus.

2. Der Dahinstellungsbeschluß der Staatsanwaltschaft stellt zunächst fest, daß weder von der Anzeigestellerin behauptet, noch durch die Untersuchung festgestellt worden, daß die Angeschuldigten Waren unter der Bezeichnung « Sparkling Swiss » in Basel in Verkehr gebracht hätten. Bei dieser Sachlage könnte es — führt der Dahinstellungsgrund aus — zunächst zweifelhaft sein, ob der Tatbestand der Markenrechtsverletzung seinem Umfange nach überhaupt gegeben sei. Des weitern nimmt der Beschluß an, « Sparkling Swiss » sei für Schaumweine eine descriptive Bezeichnung und daher markenunfähig. Endlich sei eine absichtliche Markenverletzung nicht nachgewiesen, da die Angeschuldigten im guten Glauben haben sein können, keine Marke zu verletzen. Die Bezeichnung « Sparkling Swiss » für Hilfsartikel der Schaumweinfabrikation sodann könne nur insoweit Marke sein, als sie in Verbindung mit der Ware, dem Hauptartikel, geschützt sei, dagegen als selbständige Phantasiewortmarke für Plakate keinen rechtlichen Schutz beanspruchen. Der Beschwerde-Entscheid des appellationsgerichtlichen Ausschusses stimmt dieser Begründung der Überweisungsbehörde mit Bezug auf den Charakter der fraglichen Marke als descriptiver Sachbezeichnung und die Abwesenheit des Tatbestandsmerkmales des dolus bei.

3. In ihrer Kassationsbeschwerde rügen nun die Kassationskläger: Der Zweifel der Überweisungsbehörde, ob überhaupt der Tatbestand einer Markenrechtsverletzung objektiv vorliege, sei offenbar unbegründet. Die Ausführung sodann, dolus sei nicht anzunehmen, widerspreche der bundesgerichtlichen Praxis. Des fernern sei der Einwand der Kassationsbeklagten, die Marke der Kassationskläger sei „ungesetzlich", vom Richter, nicht von der Überweisungsbehörde, zu prüfen, und von den Kassationsbeklagten zu beweisen. Materiell sei die Bezeichnung « Sparkling Swiss » keine Beschaffenheitsbezeichnung, sondern eine Phantasiebezeichnung, weil sie nicht in einer der schweizerischen Landessprachen abgefaßt sei,

übrigens auch im englischen vermöge der grammatikalischen Umstellung der Worte nicht als Beschaffenheitsbezeichnung gelten könnte. Endlich sei sie für die „Hilfsartikel", Plakate, ꝛc. jedenfalls Phantasiebezeichnung und daher schutzfähig.

4. Bei Prüfung der Kassationsbeschwerde ist von vornherein klar, daß eine Verletzung eidgenössischen Rechtes — die einzig vom Kassationshof zu prüfen ist, Art. 163 OG — darin nicht liegt, daß die Ueberweisungsbehörden die Strafklage dahingestellt haben, soweit sie auf Verletzung der Marke 9154 (für Schaumweine) gestützt war. Denn eine markenmäßige Verwendung dieser Marke durch die Kassationsbeklagten, d. h. eine Verwendung auf der Ware — Schaumwein — selbst oder deren Verpackung, ist nicht nachgewiesen und auch nicht einmal von den Kassationsklägern behauptet; nur die markenmäßige Verwendung der Marke eines andern aber gewährt dem letztern den Spezialschutz des MSchG, während die nicht markenmäßige Verwendung nur auf Grund der Bestimmungen über illoyale Konkurrenz, Art. 50 ff. OR, auf dem Civilwege verfolgt werden kann. Ob sodann die Bestimmungen des baselstädtischen Gesetzes wider den unlautern Wettbewerb auf die eingeklagte Handlung zutreffen, ist selbstverständlich vom Kassationshof nicht zu untersuchen.

5. Kann sonach Gegenstand der Überprüfung durch den Kassationshof nur die zweite Strafklage, wegen Verletzung der Marke 17181, bilden, so ist der Beschwerdepunkt, der dahin geht: die Überweisungsbehörden seien nicht befugt, die Frage, ob die Marke der Strafkläger gesetzlich geschützt, markenfähig sei, zu prüfen, vom Boden des eidgenössischen Rechts aus unbegründet. Denn vom Boden des eidgenössischen Rechts aus steht nichts entgegen, daß die Untersuchungs- oder Strafverfolgungsbehörde die Einrede der Nichtigkeit der Marke des Strafklägers prüfe, indem nach eidgenössischem Recht jedenfalls die Erhebung und Prüfung dieser Einrede im Strafprozesse zulässig ist (vergl. A. S., XXX, 1, S. 127 f. Erw. 2). Wie weit aber die Kompetenzen der Strafverfolgungs- und Untersuchungsbehörden, gegenüber denjenigen der Gerichte, in dieser Sache gehen, beurteilt sich nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Recht, dessen richtige Anwendung der Kassationshof nicht zu überprüfen hat.



6. Wenn der angefochtene Entscheid die Gültigkeit der eingetragenen Marke der Kassationskläger verneint mit der Begründung, sie sei descriptiver Natur und daher Gemeingut, so kann sich das nur beziehen auf die Marke für Schaumwein; nur für diese kann « sparkling » — das nach dem angefochtenen Entscheid gleichbedeutend ist mit « mousseux », „schäumend" — eine Eigenschaft sein. Da nun die Marke der Kassationskläger für Schaumwein aus dem in Erwägung 4 ausgeführten Grunde überhaupt nicht zur Begründung der Strafklage dienen kann, fällt diese Motivierung der Überweisungsbehörden für die Nichtanhandnahme der Strafklage dahin.

7. Dagegen ist auch die Marke 17181 der Kassationskläger ungültig. Zwar ist es nicht haltbar, das Markenrecht darum anzufechten, weil die Marke für die eine Ware, für die sie angemeldet wurde — den Schaumwein — ungültig sei und das deren Ungültigkeit als Zeichen für die andern Waren nach sich ziehe; denn die Marke kann sehr wohl bezüglich der einen Ware eine Eigenschaft wiedergeben, bezüglich der andern nicht; und einer teilweisen Ungültigerklärung, als Zeichen bloß der einen Ware, steht nichts im Wege. Dagegen fragt es sich, ob überhaupt der Marke « Sparkling Swiss » der Charakter eines Warenzeichens für Plakate beigemessen werden könne. Nun kann es zwar nicht ganz allgemein als unzulässig bezeichnet werden, in dem nach Art. 12 MSchG vom Gesuchsteller einzureichenden Verzeichnisse der Erzeugnisse oder Waren, für welche die Marke bestimmt ist, neben der Ware selbst auch noch deren Verpackung oder andere Hilfsartikel, wie Reklametafeln, aufzuführen. Der Fabrikant oder Händler kann diese Hilfsartikel als selbständige Ware, vielleicht auch gegen besondere Vergütung, an seine Kundschaft abgeben (vergl. Pat.-bl. IX, 1903, S. 236; I, 1894/95, S. 54). Der Fabrikant oder Händler ist auch in der Wahl seiner Marke, innert dem Rahmen der Markenberechtigung Dritter, ganz frei; er kann also wohl ein Plakat mit einem Namen bezeichnen, der sonst für Weine gebraucht wird. Allein Voraussetzung hiebei ist, daß das Zeichen den Charakter eines Warenzeichens besitze, d. h. daß es auch bezüglich solcher Waren nur zur Unterscheidung von ähnlichen Waren anderer Herkunft diene. (Ahlfeld, Komm. z. d.

Urheberrechtsgesetzen, S. 434.) An diesem Erfordernis fehlt es nun bei der Marke 17181 der Kassationskläger, soweit sie, was hier einzig in Betracht kommt, für Plakate bestimmt ist. Sie ist nicht ein „zur Unterscheidung oder zur Feststellung der Herkunft gewerblicher Erzeugnisse oder Waren" dienendes Zeichen, wie Art. 1 Ziff. 2 MSchG die Marke, die nicht Firma ist, definiert. Produzieren oder vertreiben die Kassationskläger nämlich wirklich Plakate als ihre Waren, was dahingestellt sei, so dienen doch jedenfalls die Worte « Sparkling Swiss » nicht zur Unterscheidung dieser ihrer Plakate von den Plakaten anderer Plakathändler; sondern diese Bezeichnung verfolgt einen andern Zweck als den der Unterscheidung der Ware, auf der sie angebracht ist; sie benennt nicht das Plakat selbst, sondern eine durch das Plakat angepriesene Ware, zu deren Herkunftsbezeichnung die Worte dienen. Daß dieser Zweck durch die Hinterlegung der Marke verfolgt wird und nicht derjenige der Herkunftsbezeichnung für Plakate, ergibt sich aus der Anmeldung selbst, sowie aus der Gesamtheit der begleitenden Umstände, und wird auch von den Kassationsklägern zugestanden; sie gehen selber davon aus, daß die Plakate nur als Reklametafeln für ihre Schaumweine dienen. Die Hinterlegung der Marke für die Plakate ist ein untauglicher Versuch, den vom Gesetze nicht gewollten markenrechtlichen Schutz für Verwendung von Marken in öffentlichen Anpreisungen zu umgehen.

8. Liegt danach hinsichtlich Marke 9154 eine markenmäßige Verletzung nicht vor, und ist die einzig markenmäßig nachgemachte Marke 17181 für Plakate ungültig, so folgt daraus, daß die Überweisungsbehörden, soweit überhaupt die Anwendung eidgenössischen Rechtes in Frage steht, die Strafklage mit Recht dahingestellt haben, und ist daher die Kassationsbeschwerde abzuweisen.

Demnach hat der Kassationshof

erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird abgewiesen.

---

# C. Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.

## Arrêts de la Chambre des poursuites et des faillites.

### 21. Entscheid vom 24. Januar 1905 in Sachen Rüegg.

*Vornahme von Betreibungshandlungen während den* **Betreibungsferien**, *Art. 56 Ziff. 3 SchKG : die Handlungen sind nicht absolut ungültig, sondern nur anfechtbar und müssen daher innert der* **Beschwerdefrist** *des Art. 17 SchKG angefochten werden. —* **Zustellung** *der Betreibungsurkunden, Art. 64 eod.*

I. Mit Zahlungsbefehl vom 25. März 1904 hatte die Witwe Kienast gegen den Rekurrenten Rüegg beim Betreibungsamt Eschenz Betreibung eingeleitet. Die Zustellung des Befehls an den Betriebenen erfolgte Sonntags den 27. März, d. h. innert den Ostern-Betreibungsferien. Nach Angabe des Rekurrenten hätte der zustellende Postbeamte die beiden Doppel einem Schulkinde übergeben und das Gläubigerdoppel mit dem Verrichtungszeugnis dem Amte nicht zurückkommen lassen. Rekurrent erhob gegen den Zahlungsbefehl weder Beschwerde noch Rechtsvorschlag. Am 30. September erließ das Amt an ihn die Mitteilung des Verwertungsbegehrens. Am 20. Oktober reichte Rüegg dann, auf Verletzung des Art. 56 SchKG abstellend, Beschwerde ein, mit dem Begehren, die Betreibung aufzuheben und das Betreibungsamt zur Einleitung einer neuen Betreibung anzuweisen.

II. Die beiden kantonalen Instanzen beschieden die Beschwerde wegen Verspätung abschlägig.