

Freizeichen wird, welches zugleich den ästhetischen Sinn befriedigt und dem Reklamezweck dient. Daraus aber, aus der Freizeichenqualität, ergibt sich, daß er nicht von einem einzelnen, der die genannte Branche betreibt, als private Marke in Anspruch genommen werden darf. Damit ist nun freilich noch nicht gesagt, daß innert der Federnbranche der Schwan nie, in keiner Stellung oder Kombination als Marke verwertet werden könnte oder gar, daß innert der gleichen Branche kein Warenzeichen schutzfähig sei, in welchem überhaupt ein irgendwie beschaffener Schwan, sei es auch in Verbindung mit allerlei andern Figuren, Buchstaben oder Worten vorkommt. Gegenteils kann, wie auch in der Doktrin allgemein anerkannt wird, durch besonders originelle Gestaltung eine Figur, welche an sich Freizeichen ist, individualisiert und dadurch zur schutzfähigen Marke gemacht werden. Fragt es sich indes, ob dieser Anforderung origineller Gestaltung in casu durch das Warenzeichen des Klägers ein Genüge geschehen sei, so muß dies unbedingt verneint werden. In der Tat ist dessen Schwan, wie die Vorinstanz mit Recht hervorhebt, in der allgemein üblichen konventionellen Pose dargestellt; des Fernern ist auch die Landschaft auf ein Minimum reduziert, fehlen weitere Figuren oder Attribute vollständig und ist auch die, in keiner Weise durch Form oder Inhalt hervorstechende Inschrift nicht derart beschaffen, den Gesamteindruck der Marke zu einem eigentümlichen zu gestalten. In all diesen Beziehungen muß vielmehr das Warenzeichen des Beklagten als weit charakteristischer bezeichnet werden. Ist aber nach dem Gesagten der an sich als Freizeichen qualifizierte Schwan der Klägerpartei nicht durch Individualisierung zur Sondermarke geworden, so muß die Klage abgewiesen werden und fällt darit auch das Begehren um Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beurtheilung der Schadenersatzfrage naturgemäß dahin.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat somit bei dem Urteile des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen vom 20. Oktober 1893 in allen Teilen sein Bewenden.

23. Urteil vom 23. Februar 1894 in Sachen Hartmann gegen Böglin.

A. Durch Urteil vom 24. Oktober 1893 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt: Vorliegende Klage sei des gänzlichen abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil erklärte Paul Hartmann, Namens der Firma Brady & Dostal, die Berufung an das Bundesgericht, indem er den Antrag stellte, es sei die Klageforderung im Betrage von 10,000 Fr. oder nach richterlichem Ermessen gutzuheißen, eventuell eine vorgehende Aktienvervollständigung im Sinne des gestellten Emissionsbegehrens anzuordnen.

C. Der Beklagte beantragt Abweisung des Berufungsbegehrens. Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Firma Brady & Dostal in Kremier, Mähren, ließ am 27. Oktober 1883 in Olmütz und dann am 30. Juli 1886 beim schweizerischen Amt für Fabrik- und Handelsmarken ein Warenzeichen eintragen, das die Madonna mit dem Christuskind über einer Kirche schwebend darstellt und zur Bezeichnung von Magentropfen, den sogenannten Mariazeller Magentropfen, dienen sollte. Das Centraldepot derselben für die Schweiz hat zur Stunde Apotheker Hartmann in Steckborn; in Luzern hatte früher ein gewisser Klostermann das Alleindepot, dessen Apotheke dann vom heutigen Beklagten übernommen wurde. Derselbe bezog bis 6. Juli 1886 solche Magentropfen weiter, von denen er zugestandermaßen in der ersten Zeit mindestens 1200 Fläschchen im Jahre mit 25 % Gewinn vertrieb; seit letzterem Datum jedoch hörten seine Bestellungen auf und verkaufte Böglin dann statt der Mariazeller Magentropfen von Brady & Dostal, unter dem gleichen Namen und einem ganz ähnlichen Warenzeichen selbstverfertigte „Mariazeller Magentropfen,“ Pulver und Pillen, zu deren Verpackung er 1300 Umschläge anfertigen ließ. Nachdem Hartmann Namens Brady & Dostal deswegen im März 1888 auf Grund von Art. 18 und 19 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1879 betreffend den Schutz der Fabrik- und Handels-

marken Klage erhoben hatte, wurde bei diesem Anlaß in gleicher Sache auch eine Untersuchung wegen Übertretung der regierungsrätlichen Verordnung über Geheimmittelverkauf vom 15. Oktober 1889 eingeleitet und erging dann am 27. Dezember 1889 ein obergerichtliches Urteil, demzufolge der Beklagte Arthur Böglin wegen Übertretung des Markenschutzgesetzes, sowie der genannten regierungsrätlichen Verordnung zu 160 Fr., Apotheker Hartmann resp. Brady & Dostal wegen Übertretung der gleichen Verordnung zu 30 Fr. Buße verurteilt wurden. Die Entschädigungsforderung der Privatklägerschaft wurde auf den Civilweg verwiesen. Da eine gegen diese letztere Bestimmung des Dispositives erklärte Weiterziehung an das Bundesgericht, am 15. Februar 1890 als unstatthaft abgewiesen wurde, beschritt der Privatkläger dann in der That den Civilweg und erging in zweiter Instanz das sub Fakt. A erwähnte Urteil, dessen Motive wesentlich die folgenden sind: Unbegründet sei die Einrede der Verzögerung. Zu Lasten Böglin's sei sodann durch das seinerseits nicht appellirte bezirksgerichtliche Urteil festgestellt, daß er in doloser Weise seine widerrechtlich als „Mariazeller“ bezeichneten Magentropfen mit einem der gesetzlich geschützten Marke von Brady & Dostal täuschend nachgeahmten Warenzeichen versah. Dieser Schuldbefund müsse für den Civilrichter maßgebend erscheinen. Dagegen dürfe nicht außer Acht gelassen werden, daß zur Zeit, wo der Beklagte dasjenige Delikt sich zu Schulden kommen ließ, auf Grund dessen seine Verurteilung erfolgte, und heute die Entschädigungsforderung gestellt werde, das klägerischerseits unter dem Namen „Mariazeller Magentropfen“ in Vertrieb gebrachte Produkt durch die regierungsrätliche Verordnung über den Geheimmittelverkauf vom Verkauf im Kanton Luzern ausgeschlossen war. Ein diesbezüglich eingeholtes Gutachten des luzernischen Sanitätsrates vom 20. Oktober 1888 führe dies in bestimmter Weise aus und begründe es folgendermaßen: „Schon die Bezeichnung als „Magentropfen“ sowie die Anpreisungen ihrer vorzüglichen Wirkungen bei den verschiedensten Leiden qualifizierten das fragliche Präparat als Arzneimittel. Nun sei freilich den Akten und jedem einzelnen Fläschchen das gedruckte Rezept eines Dr. Steinschneider beigelegt, nach dem angeblich die Mariazeller

Magentropfen von Brady & Dostal angefertigt werden. Sodann habe Brady selber in der „Schweizerischen Wochenschrift für Pharmacie“ Nr. 40 vom 3. Oktober 1883 die Bestandteile der genannten Tropfen veröffentlicht. Diese beiden Rezepte für ein und dasselbe Mittel, dessen Zusammensetzung doch als sich gleichbleibend angenommen werden dürfe, seien aber gar nicht identisch, so daß tatsächlich die Zusammensetzung eben doch geheim gehalten werde und daher ein Geheimmittel vorliege.“ Wenn daher einerseits die von Brady & Dostal im schweizerischen Markenregister eingetragene Marke vom Standpunkt des einschlägigen Bundesgesetzes aus im Wege des Strafprozesses auch geschützt werden mußte, so sei andererseits doch festzuhalten, daß diese Marke eine Ware deckte, deren Verkauf zur Zeit des strafrechtlich eingeklagten Vorgehens des Böglin dem Kläger im Kanton Luzern nicht gestattet war. Der Kläger könne somit vor dem luzernischen Richter für die Nachahmung der, kraft der luzernischen Geheimmittelverordnung, vom Vertrieb ausgeschlossenen Marke eine civilrechtliche Entschädigung nicht fordern, möge man dann dies damit begründen, daß die betreffende Ware für den Kanton Luzern extra commercium gewesen, oder aber dahin argumentieren, daß, wenn mangels einer kantonalen Konzession für den Verkauf fraglichen Geheimmittels derselbe ein widerrechtlicher geblieben und dies durch Urteil konstatiert worden, der Kläger einen allfällig erlittenen Schaden sich selber zuzuschreiben habe, weswegen ihm gemäß Art. 51 D.-R. nach Lage der Sache eine Entschädigung nicht zugebilligt werden könne. Was sodann den durch das Rechtsmittel der Kassation angefochtenen Zwischenentscheid betreffend Edition angehe, so falle derselbe in Gemäßheit obigen Entscheides dahin, abgesehen davon, daß die betreffenden Urkunden den Vertrieb nicht hätten ersichtlich machen können und daher von vornherein als unerheblich bezeichnet werden mußten.

2. Im Verfahren vor den Vorinstanzen (Bezirksgericht Luzern und Obergericht des Kantons Luzern) machte der Beklagte noch eine ganze Reihe von Einreden der verschiedensten Art geltend, welche zum guten Teil in den Erwägungen des obergerichtlichen Urteils, offenbar wegen angenommener Irrelevanz, mit keinem Worte berührt sind. Es hat sich denn auch die gleiche Partei

anlässlich des heutigen Vorstandes mit Recht veranlaßt gesehen, mehrere dieser Einreden fallen zu lassen und mag daher speziell, mit Rücksicht auf die gleichfalls fallen gelassene Verjährungseinrede, nur kurz bemerkt werden, daß auf Grund der tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, wonach der bundesgerichtliche Entscheid in der vorausgegangenen Streitsache im Februar 1890 mitgeteilt, der Friedensrichtervorstand am 17. Mai 1890 vorgenommen und die Klage am gleichen Tage des folgenden Jahres eingereicht wurde; ferner gemäß Art. 20 des Bundesgesetzes betreffend Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Dezember 1879, da hier die zweijährige Verjährungsfrist Platz greift, die Erhebung der genannten Einrede aussichtslos gewesen wäre. Es ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache davon auszugehen, daß Böglin die klägerische Marke in der Tat nachgeahmt und seine mit derselben bezeichneten Präparate in seiner Apotheke in Luzern in Vertrieb gesetzt hat. Daraus aber ergibt sich im Grundsatz die Verpflichtung Böglin's zum Ersatz des daherigen Schadens.

Nun konnte aus dieser Handlungsweise an sich für den Produzenten der ächten Mariazeller Präparate ein zweifacher Schaden entstehen: nämlich derjenige, daß seine etwaige bessere Ware durch die vielleicht schlechteren Böglin'schen Falsifikate in Mißkredit gebracht werden konnte, und sodann der andere Schaden durch Entzug eines Teiles der Kundschaft, welche Böglin mit eigenem Fabrikat statt mit den ächten Mariazeller Magentropfen versorgte, wodurch der Absatz der letzteren und demgemäß der Gewinn der klägerischen Firmatur naturgemäß verringert wurde. Was nun die erste Schadens-kategorie betrifft, so hat Kläger nicht einmal behauptet, sei er im Kanton Luzern, sei es außerhalb desselben, durch den Verkauf von schlechteren Falsifikaten seitens des Beklagten in seinem geschäftlichen Renommé geschädigt worden zu sein; es braucht daher nicht weiter darauf eingetreten zu werden. Andererseits hat Kläger allerdings behauptet und ist es als sicher anzunehmen, daß der Absatz der ächten Mariazeller Magentropfen durch den Verkauf der Böglin'schen Falsifikate gleichen Namens allerdings gelitten hat und der Klägerschaft dadurch ein Gewinn entzogen worden ist, den sie sonst wohl gemacht hätte. Dagegen genügt die bloße

Tatsache eines derartigen Schadens durch Gewinnentzug nicht, um daraus ohne Weiteres die Verpflichtung des Schädigers zum Ersatz abzuleiten.

Wie die Vorinstanz nämlich mit Bezug auf den Kanton Luzern ausführt, war während der ganzen hier in Betracht kommenden Zeit bis zur Anhebung des Strafverfahrens gegen die beiden Parteien, sowie übrigens auch noch später, der Verkauf der Brady'schen Magentropfen im genannten Kanton verboten. In casu war also der Gewinn, welchen Brady dort aus dem Verkauf seiner Präparate zog, ein unerlaubter, und wäre demgemäß auch derjenige, den er ohne die Dazwischenkunft Böglin's erzielt hätte, in gleicher Weise ein vom Rechte mißbilligter gewesen. Diesen nur durch verbotenen Verkauf erzielbaren und daher unrechtmäßigen Gewinn hätte denn auch Kläger nur dann machen können, wenn die Organe der Luzerner Sanitätspolizei auf sein Treiben nicht aufmerksam geworden oder doch, freilich in pflichtwidriger Weise, dagegen nicht eingeschritten wären. Wenn nun Böglin seinerseits, allerdings auch wieder in unrechtmäßiger Weise, den sonst dem Kläger zugekommenen unerlaubten Gewinn sich selber aneignete, so kann ein Rechtsschutz mit Bezug auf diesen unerlaubten Gewinn dem Brady in keiner Weise gewährt werden, indem die Rechtsordnung sich nicht dazu herbeilassen kann, einen Schaden gutmachen zu helfen, den ein Kläger nach seiner eigenen Klagbegründung durch Entzug des aus einer unerlaubten Betätigung gehofften Gewinnes erlitten hat. In solchem Falle liegt causa turpis vor und ist demgemäß die Klage, soweit sie sich auf Schadenersatz wegen im Kanton Luzern vorgenommenen Verkauf's imitierter Magentropfen bezieht, als unstatthaft abzuweisen.

Nun hat Kläger in seiner Rechtschrift sowie noch in der heutigen Parteiverhandlung behauptet, der Beklagte habe seine mit der nachgeahmten Marke bezeichneten Falsifikate nicht nur in Luzern, sondern auch in den Urkantonen vertrieben, wo die Brady'schen Magentropfen gut eingeführt gewesen seien und ihm so auch in diesem Absatzgebiete Schaden zugefügt. Wäre dies nun erwiesen, so würde, da der Verkauf der Mariazeller Magentropfen in der Urschweiz erlaubt ist, der einzige Grund wegfallen, der diesen Verkauf und den bezüglichlichen Gewinn im Kanton Luzern

zu einem unerlaubten stempelt, und müßte dann Böglin, in Bezug auf den Absatz in den Urkantonen, zum Ersatz des dort entzogenen rechtmäßigen Gewinnes an den Kläger verurteilt werden. In Wirklichkeit hat jedoch der Beklagte diesen vom Kläger ihm zur Last gelegten Absatz in der Urschweiz und damit eine daherige Schädigung des Klägers stets bestritten und ist ein Beweis in keiner Weise erbracht. Was aber die beantragte Altenergänzung durch Ausführung weiterer Editionen betrifft, so wurde dieselbe vom Kläger gar nicht zu dem Zwecke beantragt, um eine Ausscheidung des Verkaufes der Böglin'schen Magentropfen nach dem Gesichtspunkte der erlaubten oder unerlaubten Absatzgebiete zu ermöglichen, sondern bezweckte einzig die Konstatierung der Höhe des entstandenen Schadens. Dieser Beweisanspruch wurde übrigens von der Vorinstanz aus prozessualen Gründen abgelehnt und kann daher hier nicht in Betracht fallen.

Wenn endlich seitens des Klägers behauptet wird, daß in der Nichtzubilligung von Schadenersatz trotz ausdrücklicher urteilsmäßiger Feststellung einer begangenen Markenrechtsverletzung und daherigen Schadens ein Widerspruch liege, so ist dies zu verneinen. Wie das Bundesgericht in Sachen Bourgogne, Burbidges & Cie. (Amtliche Sammlung XIII, S. 428) ausgeführt hat, kann der markenrechtliche Schutz den Zeichen für solche Waren, die nicht absolut und nicht im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft verboten sind, überhaupt nicht versagt werden, auch nicht in einem Kanton, wo solche Waren verboten oder nur bedingungsweise erlaubt sind. In einer solchen Gewährung des Markenschutzes liegt kein Eingriff in die den Kantonen zustehende Polizei- und speziell Sanitätspolizeigesetzgebung und ebensowenig ein solcher in ein spezielles polizeiliches Verbot, das trotzdem in Kraft bleibt mit der Wirkung, daß der Verkauf, die Ankündigung zc. solcher Waren untersagt bleibt. Kraft Markenrechtes ist bloß die Marke geschützt; ob der Verkauf der mit ihr bezeichneten Ware erlaubt ist, hängt (vom Fall der unsittlichen Marke abgesehen), nicht nur vom Markenrecht ab, sondern auch von der Polizeigesetzgebung, welche zutreffendenfalls für das betreffende Kantonsgebiet den Vertrieb auch einer mit Schutzmarke versehenen Ware verbieten, und den aus diesem verbotenen Verkauf erzielten Gewinn implicite als

unrechtmäßigen qualifizieren kann, ohne damit das Markenrecht selbst irgendwie zu beeinträchtigen. Es mag in dieser Beziehung auf den obcitirten Fall (Amtliche Sammlung XIII, S. 428) und die daselbst angezogenen Ausführungen in Kohlers Recht des Markenschutzes, S. 214 verwiesen werden.,

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Weiterzug wird als unbegründet abgewiesen und es hat in allen Teilen beim Urteile des Obergerichtes Luzern sein Bestehen.

VI. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

24. Urteil vom 19. Januar 1894 in Sachen
Masse Conradin gegen Kinder Conradin.

A. Mit Urteil vom 4. November 1893 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt: Die Eigentumsansprüche der Kinder Conradin an den in Fakt. A 1 bis 4 genannten Versicherungspoliceen wird gutgeheißen. Auf das Begehren der Konkursmasse Conradin, betreffend Vergütung der Prämienbeträge, wird im gegenwärtigen Verfahren nicht eingetreten.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht und meldete mit Eingabe vom 8. Dezember 1893 folgendes Begehren an: Die klägerische Vindikation der vier Versicherungspoliceen sei unter Aufhebung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Bei der heutigen Verhandlung hält der Vertreter der Beklagten an diesem Begehren fest. Dagegen beantragt der Vertreter der Kläger Abweisung des Rekurses und Bestätigung der vorinstanzlichen Entscheidung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Friedrich Conradin, Vater der heutigen Rekursbeklagten, hat folgende Versicherungspoliceen hinterlassen: