

94. Urteil vom 19. Juni 1896 in Sachen
Lever gegen Schuler & Cie.

A. Durch Urteil vom 30. April 1896 hat das Obergericht des Kantons Thurgau erkannt: Seien die Rechtsfragen vereinnend entschieden.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag:

Es sei das Urteil in dem Sinne abzuändern, daß die erstinstanzlich gestellten Rechtsfragen

„1. Ist die Beklagtschaft verpflichtet, die Klägerschaft mit „8000 Fr. nebst Zins à 5 % vom Tage des Vermittlungs- vorstandes an zu entschädigen?“

„2. Ist Klägerschaft berechtigt, das letztinstanzliche Urteil in „zwei Tagesblättern nach ihrer Wahl auf Kosten der Beklagtschaft „zu publiziren?“

bejahend entschieden werden, eventuell, daß den Klägern der beantragte Beweis für die verursachte Schädigung geöffnet werde, speziell dafür, daß Goldseife anstatt Sunlights-Seife gekauft worden sei und daß Depositäre der Kläger zur Beklagtschaft abgefallen seien, überhaupt, daß das dem Bundesgericht notwendig erscheinende Beweisverfahren angeordnet werde.

In der mündlichen Verhandlung vor Bundesgericht hält der Anwalt der Kläger an diesen Anträgen fest; er bemerkt dabei ausdrücklich, das Fundament der Klage bestehe in Art. 50 u. ff. D.-R., die Klage werde nicht auf das Markenschutzgesetz gestützt. Der Anwalt der Beklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die klägerische Firma, Lever Brothers in Port Sunlight bei Liverpool, bringt ihren Fabrikationsartikel, die sog. Sunlights-Seife, seit 1889 in der Schweiz in den Handel. Die Seifenstücke, je zu zweien zusammenhängende, in rechtwinkliger Form geschnittene Klöge, mit rahmenartig hervorstehenden Kanten, tragen auf der einen Seite die Aufschrift „Sunlights-Seife (Schutzmarke)“, auf der andern die Worte: „Garantiert unverfälscht, frei von schädlichen Bestandteilen,“ und zwar je auf dem

einen Zwillingstück deutsch, auf dem andern französisch. Diese Seifen sind in Kartenschachteln von 15 cm Länge, 12 cm Breite und 4,5 cm Höhe verpackt, deren obere und untere Seite (Deckel und Boden) folgendes in Farben ausgeführtes Bild tragen: Der Längsseite nach verläuft oben ein 3 cm breiter Streifen, der auf dunkelblauem Grund in großen römischen Lettern den Namen Sunlight trägt. Das Mittelstück, ungefähr 6 cm breit, ist senkrecht geteilt. Die linke, größere Hälfte desselben zeigt auf gelbem Grunde ein rotes, ebenfalls 3 cm breites, von links nach rechts oben bogenförmig geführtes Band, mit dem Worte „Seife“ in großen weißen Lettern. Darunter verläuft horizontal ein schmaleres, dunkelblaues Band, mit den in weißer Schrift ausgeführten Worten: „Große Ersparnis an Arbeit, Zeit und Geld.“ Die rechte Hälfte des Mittelstückes, in hellblauer Farbe gehalten, zeigt ein an einem Tischchen stehendes, seine Hände waschendes kleines Mädchen. Die unterste Partie besteht aus einem, die linke Ecke deckenden und zum Teil noch in das Mittelstück hinein reichenden Kreisabschnitt, und einem rechts davon horizontal verlaufenden Streifen. Dieser Streifen ist von hellgelber Farbe und trägt in roter Schrift ausgeführt die Worte: „Garantiert vollständig rein, unverfälscht und harmlos. Alle Wiederverkäufer sind angewiesen, das Geld demjenigen, der Ursache zum Beklagen hat, zurückzuzahlen.“ Auf dem hellblauen Kreisabschnitt links steht in dunkelblauen Lettern die Erklärung: „25,000 Fr. als Belohnung werden von Lever Brothers Ltd demjenigen bezahlt, der beweisen kann, daß diese in Port Sunlight bei Liverpool von ihnen fabrizierte Seife entweder verfälscht ist oder irgend welche schädlichen Bestandteile enthält.“ Ferner verwenden die Kläger ein circa 40 cm hohes und 20 cm breites Plakat, das auf verguldetem Grunde in blauer Farbe ein kleines Mädchen zeigt, welches, an einem Tisch stehend, mit Sunlights-Seife seine Hände wäscht. Darüber verläuft, schräg von der Ecke links nach unten, ein circa 6 cm breites rot-schwarz-rotes Band; auf diesem Band steht mit großen weißen Buchstaben „Sunlight“, und links darunter, neben dem Kopf des Mädchens, „Seife“; eine weiß gelassene, eingerahmte Stelle unter dem Wort „Seife“ trägt die Worte: Goldene Medaille Paris 1889. Zu unterst ist ein 2 1/2—3 cm breiter gelber Streifen mit der Aufschrift „So reiz-

nigen wir die Wäsche" angebracht. Die Reklamezettel der Kläger haben zweierlei Anordnung und Inhalt. Der eine, etwas breiter als hoch, ist in der Mitte geteilt und trägt links in französischer, rechts in deutscher Sprache oben die Worte „Sunlights-Seife. (Eingetragene Schutzmarke)". Dann folgt eine in die Besprechung einer Waschmethode eingeleitete Anpreisung der Sunlights-Seife, beginnend mit den Worten: „Warum erkrankt eine Frau häufig in jugendlichem Alter?" Einzelne Worte treten aus dem Texte mit besonders großen Lettern hervor, und bilden zusammen den Satz: „Warum sieht eine Frau eher alt aus als ein Mann?" Unter dieser Anpreisung steht eine Gebrauchsanweisung mit den Untertiteln: Vorbereitung, das Waschen, das Spülen, Notiz, Garanties. Der andere Reklamezettel enthält im wesentlichen diese Gebrauchsanweisung unter dem Titel: „Wie gebraucht man Sunlights-Seife? Die alte, schwerfällige, zeitraubende und ungesunde Waschmethode aufgehoben!" Endlich vertreiben die Kläger noch besondere Almanachs, Hauskalender der Sunlights-Seife, als Gratisbeigabe zu ihren Seifen. Am 6. März 1894 ließen die Kläger beim eidg. Amt für geistiges Eigentum ihren oben bezeichneten Reklamezettel mit den hervortretenden Worten: „Warum sieht eine Frau eher alt aus als ein Mann?" und der Gebrauchsanweisung als Marke für Seifen eintragen, ebenso am 22. März 1895 die oben beschriebene Etiquette ihrer Schachteln, nachdem sie bereits am 13. September 1893 bei demselben Amte eine Wortmarke „Sunlights Savons" hatten eintragen lassen. Am 15. Dezember 1895 erhoben die Kläger beim Bezirksgericht Kreuzlingen gegen die Beklagten, C. Schuler & Cie., Klage mit den Rechtsbegehren, wie sie in der oben mitgetheilten Berufungserklärung wiedergegeben sind. Zur Begründung derselben führten sie aus: Nachdem die Beklagten früher selbst von ihnen die Sunlights-Seife bezogen, hätten dieselben im Jahre 1893 die sog. „Goldseife" produziert, welche in auffallender und mit der klägerischen Spezialität verwechslungsfähiger Weise in den Handel gebracht worden sei. Die beiden Seifenstücke seien gleich ausgestattet und in gleicher Form, der Text darauf sei auch der gleiche. Auch die Schachteln seien von gleicher Größe, Form und Ausstattung, der Verschuß, die Feldereinteilung und die Farbenzusammenstellung, kurz alles sei der klägerischen Waare

nachgemacht. Ebenso werden die klägerischen Reklamen, Aushängeschilder, Zirkulare zc., stets durch die Beklagten kopiert. Die Nachahmungen hätten speziell in den Jahren 1894 und 1895 stattgefunden. Alle Reklamen zc. seien zuerst durch die Kläger erstellt und erfunden, und dann durch die Beklagten kopiert worden. Beide Seifen seien im Markenregister eingetragen. Infolge der Nachahmungen der Beklagten habe der Absatz der Kläger enorm gelitten. Vielsach werden statt Sunlights-Seife die beklagte Seifen, die auch billiger seien, verkauft, deshalb seien viele Depositive der Kläger von ihnen abgefallen. Durch dieses Vorgehen hätten sich Beklagte den Klägern gegenüber einer concurrence déloyale schuldig gemacht. Gemäß Art. 5 des Markenschutzgesetzes seien die Beklagten überhaupt nicht zur Deposition der Marke berechtigt gewesen; Kläger seien allein rechtmäßiger, d. h. primärer Inhaber der Marke; den Markenschutzprozeß behalten sie sich vor. Ein Schaden müsse überhaupt nicht nachgewiesen werden; eventuell seien Kläger hierfür beweiserbändig. Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage. Sie bestritten, sich einer concurrence déloyale schuldig gemacht zu haben. Es sei nicht wahr, daß Kläger die fraglichen Etiquetten, Schachteln, zc. schon vor den Beklagten in den angegebenen Formen in den Handel gebracht hätten. Schon am 28. Juli 1893 hätten Beklagte ihre Marke beim eidg. Amt hinterlegt, also vor den Klägern. Schon daraus, daß das eidg. Amt die klägerische Marke nachträglich eingetragen habe, erhelle, daß erhebliche Differenzen zwischen beiden Seifen nicht bestehen. Die Unterschiede seien so groß, daß Verwechslungen nicht entstehen können. Seit 1893 führen die Kläger überhaupt in dieser Verpackung keine Seifen mehr in die Schweiz ein. Die Gebrauchsanweisung: „Warum sieht eine Frau älter aus, zc." sei von den Beklagten nur so lange gebraucht worden, als Kläger die übrige nicht im Handelsregister haben eintragen lassen; das Begehren um Urteilspublication sei ungeseklich. Zu den Akten sind gebracht worden: Seifenstücke, Schachteln, ein Plakat und Reklamezettel der Beklagten. Die Seifenstücke haben im ganzen und großen dieselbe Form wie die klägerischen; wie diese sind sie je zu zweien zusammenhängend, mit rahmenartig hervorstehenden Kanten, und tragen auf der einen Seite die Aufschrift: „Goldseife (Einge-

tragene Schutzmarke)", auf der andern die Worte: „Garantiert unverfälscht frei von schädlichen Bestandteilen“, auf dem einen der Zwillingstücke in deutscher, auf dem andern in französischer Sprache. Die Kartonschachteln sind von denselben Dimensionen wie die klägerischen. Deckel und Boden sind in gleicher Weise eingeteilt wie die klägerische, und zwar in nahezu genau gleichen Verhältnissen. Oben an der Längsseite führt der gleiche dunkelblaue Streifen durch, mit den großen weißen Lettern, nur geben diese den Namen Savon d'or statt „Sunlight“. In dem linken Teile des Mittelstückes sind auf dem nach rechts aufwärts gebogenen roten Band, da wo in der klägerischen Etiquette das Wort „Seife“ steht, sechs Zwanzigfrankenstücke abgebildet, und darunter steht auf dem gleichen schmalen dunkelblauen Band mit weißer Schrift: „Große Ersparnis an Arbeit, Zeit und Geld.“ Die rechte, schmälere Hälfte des Mittelstückes ist ebenfalls hellblau ausgeführt und zeigt das Bild einer Frauensperson, welche ein Kind wäscht. Links unten, an der Stelle, wo in der klägerischen Etiquette der hellblaue Kreisabschnitt sich befindet, ist eine ungefähr gleich große, ebenfalls in Blau gehaltene Bignette mit dem Bilde einer Fabrik, worunter die Worte stehen: „Carl Schuler & Cie., Kreuzlingen, Thurgau.“ Rechts davon befindet sich der gleiche hellgelbe Streifen, wie auf der klägerischen Etiquette, mit genau kopierter Aufschrift in roten Lettern. Auch die Seitenstücke der Schachteln sind in gleicher Farbzusammensetzung und Anordnung gehalten. Das Plakat der Beklagten hat dasselbe Format in genau gleicher Größe wie das klägerische. Auf goldfarbigem Grunde trägt dasselbe oben an gleicher Stelle das gleiche rot-schwarz-rote Band, mit dem einzigen Unterschied, daß dasselbe von der rechten Ecke beginnend schräg nach links abwärts verläuft, während dies beim klägerischen Plakat umgekehrt ist, und daß an Stelle des Wortes „Sunlight“ das Wort Savon d'or, aber wiederum in genau gleicher Schriftart steht. Unterhalb dieses Bandes befindet sich ein ebenfalls in blauer Farbe ausgeführtes, gleich großes Bild, wie auf dem klägerischen Plakat, dasselbe stellt aber nicht ein waschendes Mädchen, sondern eine Frauensperson dar, welche ein Kind badet. Etwas oberhalb der linken unteren Ecke, den Stuhl dieser Frauensperson verdeckend, befindet sich das Bild einer Fabrik, in einem goldenen

Kreis eingeschlossen. Zu unterst geht ein gelber affichenartiger Streifen durch, der die Worte: Carl Schuler & Co, Fabrique à Kreuzlingen, Thurgovie trägt. Der eine Reklamezettel der Beklagten, etwas breiter als hoch, in der Mitte geteilt, trägt auf der linken Seite in französischer, rechts in deutscher Sprache, eine Anpreisung der Goldseife, beginnend mit den Worten: „Warum kam es früher vor, daß Frauen im jugendlichsten Alter rasch verwelkten“, und, wie bei der klägerischen Anpreisung, mit einzelnen aus dem Text hervortretenden Worten, welche zusammen gelesen den Satz bilden: „Warum sieht eine Frau eher alt aus als ein Mann?“ Darunter steht eine „Gebrauchsanweisung“ mit den Untertiteln: „Vorbereitung; das Waschen; zur gefl. Beachtung; Garantie“. Der Inhalt dieser Gebrauchsanweisung ist beinahe wörtlich aus der Gebrauchsanweisung der Kläger kopiert. Als Überschrift trägt dieser Reklamezettel links: „Savon d'or. Marque déposée,“ und rechts: „Goldsoap. (Eingetragene Schutzmarke.) Goldseife.“ Der andere Reklamezettel der Beklagten ist betitelt: „Wie gebraucht man die Goldsoap-Savon d'or? Die alte, schwerfällige, zeitraubende und ungesunde Waschmethode aufgehoben!“ Er hat den gleichen Inhalt wie die Gebrauchsanweisung und die gleiche Form wie der entsprechende Zettel der Kläger. Unten trägt er die Anmerkung: „Alleinfabrikanten Carl Schuler & Cie., Kreuzlingen“. Ein Kalender der Beklagten ist nicht zu den Akten gebracht worden.

2. In rechtlicher Beziehung ist in erster Linie hervorzuheben, daß die Kläger ihren Anspruch ausschließlich auf die allgemeinen Bestimmungen des eidgen. D.-R. über Schadenersatz aus unerlaubter Handlung herleiten, und sowohl vor den kantonalen Instanzen, als auch vor Bundesgericht ausdrücklich erklärt haben, daß sie mit gegenwärtiger Klage einen Anspruch aus dem Markenschutzgesetz nicht geltend machen. Soweit es sich nun nicht um die Nachahmung auf der Waare selbst oder deren Verpackung angebrachter Herkunftszeichen, sondern anderer Darstellungen handelt, welcher sich die Kläger zum Zwecke der Individualisierung ihres Fabrikats, zur Hervorhebung ihres Verhältnisses zu demselben als Produzenten bedienen, ist in der That die Anrufung des Markenschutzgesetzes zur Begründung einer Schadenersatzklage ausgeschlossen, und kommen dagegen die allgemeinen in Art. 50

ff. D.-R. niedergelegten Grundsätze über Haftung aus unerlaubten Handlungen zur Anwendung. Denn das Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken schützt, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, nur das Waarenzeichen. Manipulationen, die nicht in der rechtswidrigen Anfertigung oder Benutzung solcher, zum Anbringen auf der Waare oder deren Verpackung bestimmter oder verwendeter Zeichen bestehen, sondern auf anderm Wege zu einer Täuschung über den Ursprung der feilgebotenen Waare führen können, wie Äußerungen in Prospekten und Reklamen, Angaben auf Ladenschildern, Plakaten u. dgl., enthalten, auch wenn sie rechtswidrig sind, keine Markenrechtsverletzung, wohl aber können sie, als Akte unredlicher Konkurrenz, nach Art. 50 u. ff. D.-R. zum Schadenersatz verpflichten (s. bundesger. Entsch. Amtl. Samml., XIX, S. 232, Erw. 2). In die Kategorie der außerhalb des Gebietes des Markenschutzgesetzes fallenden Machinationen gehören nun zunächst die Nachahmung der Form der klägerischen Seifenstücke, sowie die Nachahmung der klägerischen Plakate; denn hier handelt es sich nicht um Zeichen, die auf der Waare selbst oder deren Verpackung angebracht sind. Was die Reklamezettel anbetrifft, so haben die Kläger den einen derselben, in welchem der Satz: „Warum sieht eine Frau eher alt aus als ein Mann?“ aus einzelnen Worten des Textes gebildet und in bestimmter Anordnung hervorgehoben ist, am 6. März 1894 für ihre Seifen als Marke beim eidg. Amt für geistiges Eigentum eintragen lassen, und es muß angenommen werden, daß derselbe in der That zur Verpackung bestimmt worden sei. Bezüglich des andern, den Titel: „Wie gebraucht man Sunlight-Seife“ tragenden Reklamezettels ist dagegen, soweit aus den Akten ersichtlich, eine Eintragung nicht erfolgt, und auch nicht behauptet worden, daß derselbe zur Verpackung der Waare bestimmt oder verwendet worden sei, weshalb eine Nachahmung dieses Zettels, gemäß den vorstehenden Ausführungen, lediglich nach den Grundsätzen des allgemeinen Rechtes über Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen zu beurteilen ist.

3. Als Marken haben die Kläger dagegen eintragen lassen: Einmal den Namen Sunlight (am 13. September 1893), bezüglich dessen jedoch eine Nachahmung nicht behauptet worden ist, sodann den bereits genannten Reklamezettel mit Gebrauchsanwei-

fung (am 6. März 1894) und endlich die Etiquette ihrer Schachteln (am 22. März 1895). Nun hat das Bundesgericht bereits in dem Falle Patek, Philipp & Cie. gegen Schwob (A. S. der bundesger. Entsch., XVII, S. 133, Erw. 1) ausgeführt, daß Ansprüche wegen Verletzung des Markenrechts lediglich nach den Bestimmungen des Markenschutzgesetzes und nicht nach Art 50 ff. D.-R. zu beurteilen sind (s. auch Th. Weiß, die concurrence déloyale, S. 58). Von dem Momente an, wo die Kläger für die genannten Herkunftszeichen durch die Eintragung in's Markenregister den Markenschutz erworben haben, stand ihnen daher zur Verfolgung von Ansprüchen wegen Nachahmung dieser Herkunftszeichen ausschließlich die Klage aus dem Spezialgesetz zu, und können Nachahmungen, die seither stattgefunden haben, mit der allgemeinen Klage wegen concurrence déloyale nicht erreicht werden. Es muß sich aber weiter fragen, ob nicht diese Klage hinsichtlich der genannten Herkunftszeichen überhaupt, ohne Rücksicht auf deren Eintragung in's Markenregister, schon deshalb ausgeschlossen sei, weil dieselben ihrer Natur nach sich als eintragungsfähige, den Anspruch auf den speziellen Schutz des Bundesgesetzes betreffend Fabrik- und Handelsmarken begründende Zeichen darstellen. Die Frage ist vom Bundesgericht in seiner Entscheidung i. S. Guilbert-Martin e. Ullmann & Cie. insbesondere mit Rücksicht auf die Bestimmung des Art. 4 des citierten Bundesgesetzes befahrt worden, und für diese Ansicht spricht in der That die allgemeine Fassung des Art. 4 des Bundesgesetzes, welcher sagt, eine Marke habe nur dann Anspruch auf gerichtlichen Schutz, wenn die in den Art. 12 und 15 ibid. vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Hinterlegung und Eintragung erfüllt worden seien, sowie, im Zusammenhang hiemit, die Bestimmung des Art. 28, Abs. 3 ibid., wonach civilrechtliche oder strafrechtliche Verfolgungen wegen solcher Handlungen, die vor der Eintragung der Marke stattgefunden haben, nicht angestrengt werden können. Allein es muß doch Bedenken erregen, daß sich bei der Interpretation, wonach die Worte „Anspruch auf gerichtlichen Schutz“ und „civilrechtliche Verfolgungen“ in weitem Sinne genommen werden, ein solch unbefriedigendes Resultat ergäbe, wie es vom Gesetzgeber doch kaum gewollt sein konnte. Dieses Resultat bestünde einmal darin, daß derjenige, welcher

neben einem eingetragenen Waarenzeichen auch noch eine Etiquette als Unterscheidungs- oder Herkunftsbezeichnung für seine Waaren benutzt, gezwungen würde, auch die Etiquette als Marke eintragen zu lassen, wenn er nicht, wegen der Eintragsfähigkeit der Etiquette, überhaupt jedes Schutzes derselben verlustig gehen will, und sodann, daß eine Herkunfts- oder Unterscheidungsbezeichnung, welche nicht auf der Waare oder deren Verpackung, sondern nur auf Zirkularen, Geschäftsbriefen, Kellamen, u. dgl. gebraucht wird, hinsichtlich dieser Anwendung nach Art. 50 D.-R. geschützt wäre, diesen Schutz aber sofort verliere, sobald sie auch auf der Waare oder deren Verpackung angebracht, aber nicht in's Markenregister eingetragen wird. Berücksichtigt man aber, daß die Ausstattung der allgemeine Begriff ist, welcher den engern des Waarenzeichens einschließt (J. Seligsohn, Kommentar zum deutschen Gesetze betr. die Waarenbezeichnungen, S. 151), die Fabrikmarke also nur eine Spezialität der Unterscheidungs- oder Herkunftsbezeichnungen ist, daß ferner der Zweck des Markenschutzes dahin geht, dieser Spezialität unter gewissen Voraussetzungen einen besondern civil- und strafrechtlichen Schutz zu gewähren, so ist der Interpretation der Vorzug zu geben, nach welcher unter dem „gerichtlichen Schutz“, von welchem Art. 4 des Bundesgesetzes spricht, eben nur der spezielle Markenschutz zu verstehen ist, der ja auch inhaltlich vom gemeinen Recht in verschiedener Beziehung (z. B. hinsichtlich der Strafbestimmungen und der Verjährung) als ein erhöhter erscheint. Ist aber hievon auszugehen, so muß die vorliegende Klage auch bezüglich derjenigen Herkunftsbezeichnungen, welche die Eigenschaft von Marken im Sinne des Bundesgesetzes besitzen, als statthaft bezeichnet werden, immerhin, wie bereits bemerkt, nur für den Zeitraum, während dessen der spezielle Markenschutz durch Eintragung in's Markenregister noch nicht erworben war.

4. Fragt es sich nun, ob die Beklagten sich einer widerrechtlichen Nachahmung der klägerischen Herkunftsbezeichnungen und Waarenausstattung schuldig gemacht haben, so steht zunächst fest, daß die fragliche Ausstattung der Seifenstücke, Schachteln, u. s. w. zuerst von den Klägern und erst nachher von den Beklagten eingeführt worden ist, so daß es sich also jedenfalls nicht um eine Nachahmung auf Seite der Kläger, sondern nur auf Seite der

Beklagten handeln kann. Eine widerrechtliche Nachahmung liegt dann vor, wenn dieselbe geeignet ist, beim kaufenden Publikum eine Verwechslung herbeizuführen, daselbe zu veranlassen, die Waare des Nachahmers für die von ihm gesuchte, ihm bekannte Waare des Konkurrenten zu nehmen. Hierbei kommt es, wie das Bundesgericht mehrfach ausgesprochen hat, nicht darauf an, ob bei einer Gegenüberstellung der beiden Zeichen, bezw. Darstellungen, Verschiedenheiten überhaupt gar nicht bemerkbar seien; denn eine derartige, genaue Vergleichung pflegt vom kaufenden Publikum, speziell auch bei dem hier in Betracht kommenden Verkehrsartikel, nicht vorgenommen zu werden; sondern es muß sich lediglich fragen, ob die Gesamterscheinung, wie sie von dem durchschnittlich kaufenden Publikum erfasst und im Gedächtnis behalten wird, eine Verwechslung herbeizuführen geeignet sei. Nun sind aber die Beklagten in der Nachahmung der klägerischen Schachteln mit ihrer Etiquette, der Form und Ausstattung der Seifenstücke, der Plakate und Kellamezeddel, so weit gegangen, daß in der That nur eine Vergleichung mit der Aufmerksamkeit, wie sie im Verkehr nicht gemacht zu werden pflegt, die Unterschiede erkennen läßt. Es braucht hier nur verwiesen zu werden auf die oben im Detail ausgeführte Vergleichung der beiden Schachteln mit Etiquette, die mit ganz untergeordneten Abweichungen vollständig das gleiche Bild, in genau gleicher Größe, gleicher Disposition in Farbe und Motiven zeigen, auf die Nachahmung der Zwillingssform der Seifenstücke mit (abgesehen von dem Worte Sunlights-Seife) wörtlich kopierter Aufschrift, der genau gleichen Form und Farbengebung der Plakate mit durchaus ähnlicher Disposition und zum Teil vollständig übereinstimmenden Motiven, sowie auf die bereits bezeichneten äußern Ähnlichkeiten und auch inhaltlich übereinstimmenden Partien der Kellamezeddel. Durch diese von den Beklagten bewerkstelligten Nachahmungen wird die Eigenart der klägerischen Formen und Darstellungsweise in so starkem Maße wiedergegeben, daß dagegen der Unterschied in dem dabei verwendeten Namen Goldseife statt Sunlights-Seife die Vorstellung, daß die Herkunft dieser Artikel und Thaten eine und dieselbe sei, nicht zu verwischen vermag. Die bezeichneten Nachahmungen bestimmen den Eindruck der Identität der Herkunft vielmehr so sehr, daß die Verschiedenheit des Namens, soweit dieselbe über-

haupt gegenüber dem gesamten Aspekt Beachtung findet, eher den Schluß auf eine Variante von Waare gleicher Provenienz, als auf die Verschiedenheit der Herkunft nahe legt. Daß die Beklagten auf der Etiquette (am Fuß der kleinen Bignette), sowie am Fuß ihres Plakates und der Reklamezettel ihre Firma beigefügt haben, kann nicht entscheidend in's Gewicht fallen, da beides in einer, im Verhältnis zu dem Gesamtaspekt durchaus unauffälligen Weise geschehen ist.

5. Daß die Beklagten bei den bezeichneten Nachahmungen subjektiv schuldhaft gehandelt haben, bedarf einer weiteren Ausführung nicht; es liegt vielmehr auf der Hand, daß diese so weit gehenden Nachahmungen absichtlich vorgenommen worden sind, zu dem Zwecke, die Kunden der Kläger irre zu leiten. Über den entstandenen Schaden haben die kantonalen Instanzen, da sie eine widerrechtliche Handlungsweise der Beklagten nicht angenommen hatten, keine Feststellungen vorgenommen. Da die Vervollständigung des Thatbestandes nach dieser Richtung auf Grund der vorhandenen Akten nicht geschehen kann, ist daher die Sache an die Vorinstanz zur Abnahme der Beweise zurückzuweisen, welche die Kläger hinsichtlich des durch die unredliche Konkurrenz der Beklagten ihnen entstandenen Schadens offeriert haben, sowie zur Abnahme der von den Beklagten anbotenen Gegenbeweise, wobei nach den vorstehenden Ausführungen zu bemerken ist, daß die Nachahmung derjenigen Herkunftszeichen, für welche die Kläger ein Markenrecht erworben haben, für die Zeit seit der Eintragung der betreffenden Marken von der gegenwärtigen Klage nicht betroffen wird.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird dahin als begründet erklärt, daß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an das Obergericht des Kantons Thurgau zurückgewiesen wird, behufs Abnahme des von den Klägern anbotenen Beweises und eventuell des Gegenbeweises der beklagten Partei.

95. Urteil vom 19. Juni 1896 in Sachen
Schweitzer gegen Härtisch.

A. Durch Urteil vom 8. Januar 1896 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt:

I. Die Klage ist geschützt für den Fall, daß der Kläger den von ihm angetragenen Erfüllungseid laut Schwörsatz 1—7 ableistet; in diesem Falle hat der Beklagte dem Kläger an außerrechtlichen Kosten, einschließlich der vom Kläger vor erster Instanz und heute erlegten Gerichtsgebühren, 400 Fr. zu vergüten.

II. Sollte der Kläger den ihm überbundenen Erfüllungseid nicht ableisten, ist die Klage abgewiesen und hat der Kläger dem Beklagten an außerrechtlichen Kosten 115 Fr. zu vergüten.

Nachdem eine vom Beklagten gegen dieses Urteil eingelegte Berufung gestützt auf Art. 58 Abs. 1 O.-G. vom Bundesgerichte durch Entscheid vom 21. Februar 1896 als unzulässig erklärt worden war, hat das Kantonsgericht die Parteien in Fortsetzung der Verhandlung vom 8. Januar 1896 auf den 8. April 1896 behufs Ableistung des dem Kläger zuerkannten Erfüllungseides vorgeladen. Die Parteien sind persönlich erschienen; nachdem der Kläger sich bereit erklärt hatte, den ihm überbundenen und im kantonsgerichtlichen Urteil vom 8. Januar 1896 formulierten Erfüllungseid abzuleisten, ist demselben dieser Eid sofort in gesetzlicher Form abgenommen worden. Darauf hat das Kantonsgericht erkannt, in Folge dieser Eidesleistung sei die Klage im Sinne des Urteilsdispositivs vom 8. Januar 1896 geschützt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte neuerdings die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, dasselbe aufzuheben und das Rechtsbegehren der Widerklage aufrecht zu stellen. In der mündlichen Verhandlung hält der Anwalt des Berufungsklägers an diesem Antrage fest. Der Antrag des Berufungsbeklagten beantragt Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Dezember 1894 hatte der Beklagte Dr. Schweitzer zum Preise von 15,500 Fr. zwei auf einer Liegenschaft des Schlosser Lenhard in St. Gallen haftende Titel von je 10,000 Fr. erworben und trat dann mit J. Ulrich Thurnheer, welcher mit dem