

Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen, denen noch beigelegt werden mag, daß die Verrechnung mit der Obligationssforderung auch deshalb ausgeschlossen ist, weil ein Dritter diese Forderung schuldet.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 22. November 1910 in allen Teilen bestätigt.

24. Urteil vom 13. April 1911 in Sachen
Konservenfabrik Lenzburg, vorm. Hendell & Roth,
Kl. u. Hauptber.-Kl., gegen
Gebrüder Utermöhlen, Bekl. u. Anschlußber.-Kl.

Verbot der illoyalen Konkurrenz (Art. 50 OR). Aus diesem Rechtsgrunde angeblich unzulässige Nachahmung der von einer **Konservenfabrik** für ihre Produkte verwendeten **Gläser und Etiketten** durch ein Konkurrenzgeschäft: Nichtschutz der Gläser wegen mangelnder Originalität; deshalb auch Versagen des gesetzlichen Modellschutzes. — **Rechtswidrige Nachahmung der Etiketten.** Nichtanwendbarkeit des Art. 50 OR im Bereiche der markenrechtlichen Spezial-Schutzbestimmungen, wohl aber zu deren Ergänzung: Schutz der Etiketten als Bestandteil der zur individualisierenden Kennzeichnung der Produkte dienenden **Verpackung** (Etiketten von Fruchtkonserven, bestehend in einer bestimmten Kombination des jeweiligen Fruchtbildes mit der Angabe des Fruchtnamens und der Firma des Fabrikanten). Schutzfähigkeit der an sich nicht geschützten Sachbezeichnungen (Bild und Name der Frucht) in ihrer originellen Verbindung mit dem Firmenzeichen; Unzulässigkeit der (in casu objektiv gegebenen und auch beabsichtigten) Nachahmung des Gesamtbildes. — **Verbot weiterer Verwendung der nachgeahmten Etiketten** (mit Verpflichtung des Nachahmers zur Zurücknahme der zur Weiterveräußerung abgegebenen Exemplare). — **Bussandrohung für Nichtbefolgung des Verbots?** — **Schadenersatz:** Bemessung mangels bestimmten Nachweises. — **Urteilspublikation?** — **Markenfähigkeit der originellen Etiketten.** Fruchtbild als Phantasiebezeichnung.

A. — Durch Urteil vom 24. Juni 1910 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich in vorliegender Streitsache erkannt:

„Klage und Widerklagebegehren 1 werden abgewiesen. Auf das „Widerklagebegehren 2 wird nicht eingetreten.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klagebegehren 1—5 seien in vollem Umfange, das Klagebegehren 4 (20,000 Fr. Schadenersatz) eventuell in einem dem Ermessen des Gerichtes an=heimgestellten Betrage von unter 20,000 Fr. gutzuheissen.

2. Eventuell sei der Prozeß an die erste Instanz zur Abnahme der offerierten, eventuell der nötigen Beweise zurückzuweisen.

Die Beklagten haben sich der Berufung angeschlossen und beantragt, die Widerklagebegehren unter A 1 und eventuell unter B 3 gutzuheissen und demgemäß:

1. Die von der Klägerin eingetragenen Marken Nr. 16,377, 16,379, 20,114, 20,115 für nichtig zu erklären, eventuell in (näher bezeichnetem) Sinne, bis auf eine davon.

2. Eventuell der Beklagten zu gestatten, ihre angefochtenen Etiketten auf blauem Grund weiter zu benutzen.

C. — In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien die in der Berufungsinstanz gestellten Anträge erneuert und auf Abweisung der gegnerischen Anträge geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Klägerin, Konservenfabrik Lenzburg vorm. Hendell & Roth in Lenzburg, benützt zum Vertriebe ihrer Glasconserven (insbesondere Konstituren) zwei Gläser von verschiedenen Formen: ein geripptes mit 10 in gleichmäßigen Abständen angebrachten Ranten, das schon am 7. Juni 1898 von ihr als Modell Nr. 5197 beim Amt für geistiges Eigentum hinterlegt wurde, und ein flaches (glattes), das sie im Laufe des Jahres 1909 erstmals in den Handel brachte. Das letztere unterscheidet sich von dem ersteren außer durch die glatte Oberfläche auch durch eine weitere Öffnung des Halses; nach der Darstellung der Klägerin wurde indessen seit 1909 auch bei den neuerstellten kantigen Gläsern eine entsprechende Abänderung vorgenommen, so daß nunmehr beide Gläser mit weitem Hals vertrieben werden. Als Verschuß dient seit 1903

eine um den Hals anliegende Kapsel aus Messingblech (sog. Phoenix-verschluß), die 1909 noch durch einen sogenannten „Sicherheitsstreifen“ aus gleichem Metall verstärkt wurde. Auf dem Bauche des Glases befand sich bis 1903 eine zur Aufnahme der früheren, entsprechend geformten Etiketten der Klägerin bestimmte rautenförmige Einpressung. In der Folge, das heißt in den Jahren 1903—5, wurde diese Einpressung mit Rücksicht auf die von der Klägerin damals eingeführten neuen Etiketten durch eine solche in der Form eines liegenden Rechtecks ersetzt. Diese neuen Etiketten, die seitdem ausschließlich und auf allen Produkten der Klägerin angebracht werden, enthalten auf einem als Untergrund dienenden rechteckigen Streifen weißen Papiers von einem der Glaseinpressung entsprechenden Umfang folgende Darstellungen und Angaben: Auf der linken Seite des Rechtecks, dessen ganze Höhe mit Ausnahme zweier schmaler Streifen oben und unten ausfüllend jeweilen das nach der Natur gezeichnete und farbig ausgeführte Bild derjenigen Frucht, aus welcher die im Gefäße befindliche Konserve hergestellt ist, je nach der Größe der Frucht in zwei oder mehreren Exemplaren am Zweig und mit Blättern (z. B. zwei Aprikosen), rechts davon oben in schwarzen Lettern zunächst den deutschen und unmittelbar darunter den französischen Namen der betreffenden Konserve (z. B. „Aprikosen-Konfitüre“, « Abricots ») und endlich weiter unten, hievon durch einen weißen Zwischenraum getrennt, die Firma: « Fabrique de Conserves Lenzburg (Suisse) ci-dev. Henckell & Roth ». Am 17. September 1903 ließ die Klägerin zu ihren Gunsten beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum die Marken Nr. 16,377 und 16,379 eintragen. Die letztere zeigt auf rechteckigem Untergrund links ein nach der obigen Beschreibung ausgeführtes Erdbeerenbild mit Zweig und Blättern, rechts davon unten die Firma nach dem oben angegebenen Wortlaut, die erstere ein sogen. „gemischtes“ Fruchtbild, d. h. eine Zusammenstellung mehrerer Früchte, und daneben wiederum die Firma. Beide Marken unterscheiden sich dadurch von den oben beschriebenen, tatsächlich gebrauchten Etiketten, daß der Raum rechts oben, welcher bei den letzteren durch den Konservennamen in Anspruch genommen wird, hier frei gelassen ist. Unterm 21. Februar 1906 ergänzte die Klägerin diese Eintragung durch zwei weitere Marken, Nr. 20,114

und 20,115. Auf der ersteren findet sich — genau wie bei den Etiketten kombiniert — links ein Kirschbild, daneben die Bezeichnung „Kirschen rote, große, Bigarreaux rouges“ und die Firma, auf der letztern ein Zwetschgenbild, daneben die Bezeichnung „Zwetschgen ganze, Pruneaux entiers“ und wiederum die Firma. Weitere Marken sind von der Klägerin nicht angemeldet worden.

Die Beklagten, Gebrüder Utermöhlen, Konservenfabrikanten in Bülach, vertrieben bis zum Jahre 1909 ihre Produkte — nach ihrer Darstellung vorzugsweise, nach derjenigen der Klägerin ausschließlich — in Eimern, Dosen und weißen Töpfen unter Verwendung einer von derjenigen der Klägerin vollständig verschiedenen kreisförmigen Etikette. Seit dem Winter 1909 verkauften sie ihre Erzeugnisse ebenfalls in gerippten Gläsern. Letztere besitzen 14 in regelmäßigen Abständen angebrachte Kanten, einen in der Weite ungefähr den neuen Modellen der Klägerin entsprechenden Hals und eine aus Messingblech hergestellte Kapsel als Verschluß. Auf dem Bauch des Glases findet sich genau wie bei dem kantigen Glas der Klägerin eine Einpressung in der Form eines liegenden Rechtecks und darauf aufgeklebt eine Etikette, die auf weißem Untergrund, ebenfalls jeweilen auf der linken Seite, das Bild der im Glas konservierten Frucht am Zweig und mit Blättern, rechts davon oben in schwarzen Lettern den deutschen und den französischen Namen der Konserve und weiter unten, hievon mittelst eines durch drei kleine Kreisfiguren unterbrochenen wagrechten Striches getrennt, die Firma: Konserven-Fabrik Gebrüder Utermöhlen, Heimgarten-Bülach, zeigt. Die Lettern der Worte „Konservenfabrik“ und „Heimgarten-Bülach“ sind etwas kleiner als die für den Konservennamen verwendeten. Dagegen sind die Worte „Gebr. Utermöhlen“ durch große Lettern und Fettdruck hervorgehoben. Solche Gläser mit entsprechender Etikettierung wurden unbestrittenermaßen seitdem bis zum Prozesse von den Beklagten in größeren Quantitäten an Zwischenhändler abgesetzt.

2. — Mit der vorliegenden Klage hat nunmehr die Klägerin folgende Rechtsbegehren gestellt: Es sei

1. den Beklagten die weitere Benützung:

a) der zur Zeit der Klageeinleitung für die Konservengläser in Verwendung befindlichen Etiketten (von rechteckiger Form,

auf welchen sich links das bunte Bild derjenigen Frucht mit Blättern und Zweigen befindet, die in dem betreffenden Glase als Konserve verpackt ist, rechts oben in deutscher und französischer Sprache diese Konserve bezeichnet wird; darunter die Firma der Beklagten), sowie

b) der zur Zeit der Klageeinleitung als Konservengläser benutzten 7 (15) kantigen Gläser zu diesem Zwecke zu verbieten;

2. denselben aufzugeben, innert angemessener, vom Gerichte zu bestimmender Frist bei ihren Kunden, welche die Glasconserven weiter veräußern, den Vorrat an Etiketten und Gläsern der bezeichneten Art zurückzunehmen und zu beseitigen, und zwar unter einer angemessenen Androhung (Buße von 20 Fr.) für jedes nicht aus dem Verkehr genommene Glas bzw. jede Etikette;

3. ihnen für den Fall, als sie in Zukunft wieder Gläser und Etiketten der bezeichneten Art in den Verkehr bringen sollten, eine angemessene Buße (20 Fr.) für jedes in den Verkehr gebrachte Stück anzudrohen;

4. die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von 20,000 Fr. Schadenersatz zu statuieren, und endlich

5. ihr, der Klägerin, zu gestatten, das Urteil im Dispositiv auf Kosten der Beklagten in je zwei Zeitungen jedes Kantons zu publizieren.

Zur Begründung dieser Begehren wurde geltend gemacht: Die von den Beklagten seit dem Winter 1909 in Verkehr gebrachten Etiketten seien eine bewusste Nachahmung der klägerischen, und diese Nachahmung enthalte eine widerrechtliche, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung, und zwar liege eine solche nicht nur hinsichtlich derjenigen Etiketten vor, die in den Jahren 1903 und 1906 als Marken eingetragen wurden und bei denen der spezielle Schutz des Markenschutzgesetzes gegeben sei, sondern auch hinsichtlich aller übrigen, da der Produzent, der die Eintragung seiner Warenzeichen unterlasse, deshalb nicht rechtlos sei, sondern auf Grund der allgemeinen Bestimmungen der Art. 50 ff. OR Schutz gegen eine Nachahmung der seinen Waren gegebenen Ausstattung verlangen könne, um Verwechslungen bei dem für die betreffende Ware in Betracht kommenden Konsumentkreis vorzubeugen. Die von der Klägerin eingeführten — und übrigens als Muster hinterlegten

— Etiketten hätten sich, wie näher ausgeführt wird, durch eine Reihe charakteristischer Neuerungen und ihre künstlerische Erscheinung von den bisher gebräuchlichen unterschieden. Die Klägerin sei so hinsichtlich der Ausstattung ihrer Ware an die Spitze der Konservenindustrie in der Schweiz und in andern Ländern getreten. Ihr Absatz sei rasch gestiegen und die Leute hätten sich seit langem gewöhnt, nur noch die Etikette mit der schönen Frucht links zu verlangen; sie kannten diese Etikette besser, als den Namen der produzierenden Firma. Sodann sei auch die Form der Gläser und der Verschlüsse von den Beklagten nachgeahmt worden, was den täuschenden Eindruck noch verstärkt habe. Darin liege ebenfalls, ganz abgesehen von der Verletzung des der Klägerin an der Glasform zustehenden Modellrechtes, eine illoyale Konkurrenz. Der Schaden, den die Klägerin durch die Handlungsweise der Beklagten erlitten habe, bestehe zunächst in einer erheblichen Einbuße an ihrem geschäftlichen Ansehen, da die Erzeugnisse der Beklagten nicht gleichwertig seien, und sodann darin, daß ohne die von den Beklagten bewirkte Verwechslungsmöglichkeit ein großer Teil des von ihnen erzielten Absatzes der Klägerin zugeflossen wäre.

3. — Die Beklagten haben auf Abweisung der Klage angetragen und zugleich folgende Widerklagebegehren gestellt:

A. 1. Die von der Klägerin eingetragenen Marken Nr. 16,377, 16,379, 20,114 und 20,115 seien für nichtig zu erklären, in der Meinung, daß die Klägerin zu deren Löschung angehalten werde.

2. Es sei festzustellen, daß die Beklagten berechtigt seien, die in lit. a und b des ersten Rechtsbegehrens der Klägerin erwähnten Konservengläser und Etiketten zu benutzen.

B. Eventuell:

3. Es sei festzustellen, daß sie diese Etiketten, anstatt mit weißem, mit blauem Grund verwenden dürften.

4. Das von der Klägerin hinterlegte Modell Nr. 5197 sei als nichtig zu erklären und die Klägerin zu dessen Löschung zu verpflichten.

Diese Anträge werden auf folgende Gründe gestützt: Die angefochtenen Etiketten seien direkt und getreu nach Früchten aus der Anlage der Beklagten hergestellt worden, ohne daß der Zeichner die

klägerischen Etiketten je vorher gesehen hätte. Von einer Nachahmungsabsicht könne so nicht die Rede sein. Ebenso fehle es objektiv an einer Nachahmung: Die Fruchtbilder auf den beiderseitigen Etiketten seien so verschieden, als es bei der Gleichheit der Aufgabe, der Abbildung einer Frucht nach der Natur, überhaupt möglich sei. Die Verwendung weißen Papiers, von dem sich die Farben der Früchte am besten abheben, und die Anordnung — Fruchtbild links, Aufschrift rechts — beruhe auf den einfachsten künstlerischen Erwägungen, und die Größe der Etikette sei durch die Größe und Form der Gläser gegeben. Daß der Name der Frucht und die Firma darauf stehe, sei etwas durchaus selbstverständliches, gleich wie die Anordnung des Textes. Die Schriftzeichen seien gänzlich verschieden, und die Firma werde zudem auf den Etiketten der Beklagten noch mittelst des wagrechten Striches und der Kreisfiguren auf das deutlichste hervorgehoben. Eine Verwechslungsmöglichkeit bestehe nach alledem nicht. Sodann sei die Idee, den Inhalt der Konserve durch das Bild der betreffenden Frucht kenntlich zu machen, sehr naheliegend und durchaus nicht neu, sondern in der Schweiz und in andern Ländern schon längst verwendet, und zwar nicht nur von der Konservenindustrie, sondern auch von andern Branchen, z. B. Samenhandlungen. Solche Fruchtbilder stellten auch deshalb keine schutzfähigen Marken dar, weil sie auf die Beschaffenheit der Marken hinweisen, also Sachbezeichnungen und gleichzeitig auch Freizeichen seien. Die Klägerin verwende die ihrigen auch nicht etwa in einer individualisierenden oder originellen Form und namentlich bestehe zwischen ihnen und der Firma keine charakteristische Verbindung. Vielmehr habe es die Klägerin damit nur auf eine Dekoration, eine schöne Aufmachung, abgesehen. Seien sonach die klägerischen Marken nichtig, so müsse zunächst das auf ihre Löschung gerichtete Begehren der Widerklage gutgeheißen werden. Unbegründet sei sodann der Klageanspruch aus illoyaler Konkurrenz. Denn Bezeichnungen, die als Marken ungültig seien, könnten nicht unter dem Gesichtspunkte der illoyalen Konkurrenz geschützt werden, und zudem fehle es an den Voraussetzungen einer solchen, besonders der dafür wesentlichen Absicht, die Kundschaft der Klägerin in einer gegen Treu und Glauben im Verkehr verstößenden Weise an sich zu ziehen. Eventuell müsse den Beklagten jedenfalls gestattet sein,

ihre Etiketten mit blauem Untergrunde zu verwenden. Unzutreffend seien auch — wird sodann näher ausgeführt — die klägerischen Ausführungen über die Gläser und Verschlüsse und ebenso sei die klägerische Schadenersatzforderung sowohl grundsätzlich als auch quantitativ unbegründet.

4. — Die Klage wendet sich gegen den Gebrauch der Etiketten und der 7 (15) kantigen Konservengläser, die die Beklagten bei der Klageeinleitung für ihre Erzeugnisse verwendet hatten. Dieser Gebrauch wird unter dem Gesichtspunkte der illoyalen Konkurrenz mit der Behauptung als unzulässig angefochten, die Beklagten hätten es auf eine Verwechslung mit den klägerischen Etiketten und Gläsern abgesehen. Daneben weist die Klägerin freilich noch darauf hin, daß vier der von ihr verwendeten Etiketten als Marken eingetragen sind. Hiemit will sie aber diese Etiketten nicht etwa von dem allgemeinen auf die Art. 50 ff. OR gegründeten Klagefundament ausnehmen und nur Ansprüche markenrechtlicher Natur erheben, sondern sie beabsichtigt damit wohl, solche Ansprüche mit den aus dem gemeinen Rechte fließenden zu kumulieren. Die Frage, ob eine concurrence déloyale vorliege, stellt sich also für die sämtlichen klägerischen Etiketten, sowie für die Konservengläser.

5. — Was zunächst die letzteren betrifft, so ist die Frage zu verneinen: Mit der Vorinstanz muß gesagt werden, daß das Anbringen von Ranten an Gläsern etwas allgemein Bekanntes und Gebräuchliches ist. Für sich allein vermögen daher solche Ranten einem Glase keine irgendwie originelle und charakteristische Form zu geben. Soweit es sich um diese Ranten handelt, besteht daher auch an dem als Modell Nr. 5197 hinterlegten klägerischen Glase kein Modellschutz. Übrigens scheint die Klägerin bei dieser Hinterlegung nur den Schutz der rautenförmigen Etiketteneinpressung im Glase bezweckt zu haben, die allein im Hinterlegungszeugnis als Gegenstand des Modells genannt wird. Selbstverständlich konnte sodann den Beklagten auch nicht verwehrt werden, ihre Gläser ebenfalls mit weiten Öffnungen zu versehen. Von den Verschlüssen endlich ist in den Klagebegehren nicht die Rede, und es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob in diesem Punkte für sich allein eine illoyale Konkurrenz vorliege. Sachlich wäre das übrigens mit der Vorinstanz, auf deren Ausführungen hierüber verwiesen werden kann, zu verneinen.

6. — Hinsichtlich der Frage nun, ob die Beklagten die klägerischen Etiketten nachgeahmt und sich dadurch einer illoyalen Konkurrenz schuldig gemacht haben, ist den Beklagten zunächst zuzugeben, daß die Klägerin hierbei nicht auf eine Handlungsweise der Beklagten abstellen kann, gegenüber der sie auf Grund des Marken- schutzgesetzes vorzugehen hätte: Sofern die Etiketten inhaltlich den Anforderungen an eine schutzfähige Marke genügen und nach dem Willen der Klägerin als wirkliche Marke, als Warenzeichen im Sinne von Art. 1 Ziff. 2 MSchG, dienen sollen, so ist die Klägerin auf den ihr durch dieses Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsschutz angewiesen und kann, falls ein solcher nach der Lage des Falles mangelt, nicht statt dessen auf dem Wege einer Klage wegen illoyaler Konkurrenz vorgehen (vergl. AS 22 S. 91 f. und 27 II S. 625 Erw. 3). Wohl aber bleibt nach geltender Rechtsprechung (vergl. z. B. die genannten Entscheide an den angeführten Stellen) für eine solche Klage insoweit Raum, als die Klägerin keine Markenrechtsverletzung, keinen Eingriff in eine markenmäßige Verwendung ihrer Etiketten behauptet, sondern, worauf die Klagebegründung im wesentlichen basiert, geltend macht, daß die Etikette mit zur Verpackung der Ware gehöre und daß die Beklagten sie als Bestandteil dieser Verpackung nachgeahmt hätten. Wenn auch vor allem und ihrer Bestimmung nach die Marke dazu dient, die Herkunft der Ware kenntlich zu machen, so können doch auch noch andere Momente auf diese Herkunft hinweisen, so namentlich eine besonders gestaltete Verpackung der Ware. Hat ein Produzent oder Händler eine solche eingeführt und bewirkt, daß die Abnehmer darin die für seine Ware charakteristische Verpackungsart erblicken, so geht es nicht an, daß nun ein Konkurrent hier einsetzt, um eine Verwechslungsmöglichkeit zwischen den beiderseitigen Waren zu schaffen, indem er für die seinige eine täuschend ähnliche Verpackung einführt. In einem solchen Vorgehen liegt vielmehr eine rechtswidrige Handlung im Sinne von Art. 50 OR, und im besondern die Verletzung eines Individualrechtes. Denn wer den Ruf, den sein Mitbewerber für seine Ware erworben hat, durch Vorkehren ausbeutet, die im Publikum über die Herkunft der Ware irreführen sollen, greift in die Rechtssphäre seines Mitbewerbers ein, die nicht nur durch die speziellen Normen über den

Markenschutz, sondern ergänzend daneben auch durch die allgemeine Bestimmung des Art. 50 OR gegen solche Eingriffe geschützt ist (vergl. AS 20 S. 1047 und dortige Zitate).

Prüft man nun, ob die klägerischen Etiketten in der erörterten Weise die Herkunft der Ware kenntlich machen, so ist zunächst zu bemerken, daß nach den Akten die Klägerin zuerst den Gedanken ausgeführt hat, als Etiketten von Fruchtkonserven die vorliegende Kombination des Fruchtbildes mit dem Fruchtnamen und der Firmabezeichnung zu benutzen, und zwar derart, daß für die verschiedenen Konservensorten eine zusammenhängende Serie von Etiketten verwendet wird, von denen jede einzelne das dem Inhalt des Glases entsprechende Fruchtbild enthält. Es ist auch klar, daß diese Idee in ihrer einheitlichen Durchführung und unterstützt durch die gefällige Darstellung, die den Fruchtbildern und jeder Etikette als Ganzes gegeben worden ist, mit dazu beigetragen hat, die klägerischen Erzeugnisse im Verkehr unter diesen Etiketten bekannt und beliebt zu machen; und da die Konkurrenz noch keine ähnlichen verwendete, mußten unter diesen Umständen die klägerischen Etiketten in der Verkehrsauffassung immer mehr die Funktion von Herkunftsbezeichnungen annehmen, indem man zur Bergewisserung über den Ursprung der Ware in zunehmendem Maße nur noch auf den Gesamteindruck der Etikette und nicht mehr auf den Firmennamen sah. Nun sind freilich zwei von den drei Bestandteilen der Etikette, nämlich das Fruchtbild und der Fruchtname, an sich nicht geeignet, eine besondere Beziehung zu der Klägerin als Fabrikantin solcher Erzeugnisse auszudrücken; sie deuten vielmehr auf das Erzeugnis hin und funktionieren so als Sachbezeichnungen. Ob nun die markenrechtlichen Grundsätze über die Schugunfähigkeit von Sachbezeichnungen auch hier entsprechend Platz greifen, wo es sich um die illoyale Nachahmung der Ausstattung handelt, kann dahin gestellt bleiben. Denn auch wenn man davon ausgeht, daß jeder Konkurrent nicht nur den Fruchtnamen, sondern auch das Frucht- bild, und zwar nach der Natur koloriert, auf seiner Etikette als Sachbezeichnung frei verwenden könne, so kommt doch hier noch ein mehreres dazu, nämlich die ganze Ausgestaltung, Anordnung und Verbindung der einzelnen Bestandteile, nach Größe, Fläche, Verteilung des weißen Untergrundes und des farbigen Bildes,

und sodann auch die besondere Behandlung des Fruchtmotivs (Zweig mit Blättern und Früchten). Aus dem Zusammenwirken dieser Momente resultiert ein bestimmter Gesamteindruck; und dieser läßt sich mit Leichtigkeit in einen andern, deutlich unterschiedenen umwandeln, sobald man darauf sieht, die (als frei verwendbar vorausgesetzten) Grundbestandteile anderswie und selbständig zu einem einheitlichen Ganzen zu verbinden, nötigenfalls durch Einfügung weiterer differenzierender Elemente (Ersetzung der Rechteck- durch eine Quadrat- oder Wappenform usw.). Ein solch' neues eigenartiges Gesamtbild muß aber der Wettbewerber, der seinerseits aus den von der Klägerin verwendeten Bestandteilen eine Etikette bilden will, bezwecken, wenn es ihm darum zu tun ist, nach den Anforderungen des redlichen Verkehrs einer Verwechslungsmöglichkeit vorzubeugen. Statt dieses Bestrebens hat nun aber zweifellos bei den Beklagten die gegenteilige Absicht obgewaltet, den Gesamteindruck ihrer Etiketten demjenigen der klägerischen möglichst ähnlich zu machen, indem sie die Einführung anderweitiger Unterscheidungsmerkmale vermieden und dadurch ein durchaus ähnliches Gesamtbild erzielt hat. Für eine bewußte Täuschungsabsicht sprechen zudem bestärkend noch weitere Umstände: So, daß die Beklagten, was sie ja freilich an sich tun dürfen, ebenfalls Gläser mit Namensform und von sonst ähnlichem Aussehen, namentlich mit einer für die Anbringung der Etikette abgegrenzten Fläche, verwendet, daß sie ferner ein von der Klägerin zu Zeitungsreklamen gebrauchtes Eimerbild nachgeahmt und daß sie endlich ihre früher ganz anders beschaffenen Etiketten auf einmal den von der Klägerin benutzten so nahe angepaßt haben. Nach dem Gesagten kann endlich auch ihr eventuell gestelltes Begehren nicht geschützt werden, ihnen die weitere Benutzung der angefochtenen Etiketten unter Verwendung eines blauen statt des bisherigen weißen Grundes zu gestatten. Eine genügende Abänderung, die eine Verwechslung, namentlich auch in Hinsicht auf den bereits erfolgten unzulässigen Gebrauch, ausschließt, würde dadurch nicht erzielt.

7. — Nach diesen Ausführungen erweist sich zunächst das Klagebegehren 1 a, wonach den Beklagten die weitere Verwendung der angefochtenen Etiketten verboten werden soll, nach Art. 50 OR als begründet, und es wird damit die Frage gegenstandslos, ob

dieses Begehren, namentlich hinsichtlich der im Markenregister eingetragenen vier Etiketten, auch auf Grund des Markengesetzes zu schützen wäre. Ferner muß das Begehren 2 dahin gutgeheißen werden, daß den Beklagten aufzugeben ist, innert drei Monaten bei ihren Kunden, die die Glasconserven weiter veräußern, den Vorrat an Etiketten zurückzunehmen und zu beseitigen. Zu verwerfen dagegen ist dieses Begehren, soweit es sich auf die Gläser bezieht, und damit auch das ebenfalls die Gläser betreffende Begehren 1 b. Weiterhin läßt sich auch den auf eine Busandrohung gerichteten Anträgen — Begehren 2 in seinem Schlußteil und Begehren 3 — nicht entsprechen, da man es hier mit Verfügungen zu tun hat, die nur wirksam werden, falls die Beklagten dem Urteile nicht nachleben, und die zweckmäßiger erst in dem alsdann notwendig werdenden Vollstreckungsverfahren auf Grund der dann gegebenen Sachlage erlassen werden. Die in Klagebegehren 4 geltend gemachte Schadenersatzforderung von 20,000 Fr. ist unter allen Umständen weit überseht. Nach den Verhältnissen scheint die Zubilligung eines Betrages von bloß 100 Fr. den Verhältnissen angemessen, indem zwar einerseits der Klägerin ein gewisser Schaden unbestreitbar entstanden ist, sie es aber unterlassen hat, sich über den wirklichen Schadensbetrag auszuweisen. Endlich fehlt es auch an genügenden Gründen, die die in Begehren 5 verlangte Veröffentlichung des Urteils zu rechtfertigen vermöchten; daß ohne eine solche auch noch für die Zukunft eine Schädigung der Klägerin zu gewärtigen wäre, ist in keiner Weise ersichtlich.

8. — Von den zwei noch aufrecht erhaltenen Widerklagebegehren ist zunächst das eventuelle, das auf die weitere Benutzung der angefochtenen Etiketten mit blauem Grunde abzielt, nach dem schon Gesagten zu verwerfen. Ebenso läßt sich aber auch das Hauptbegehren nicht zusprechen, wonach die Beklagten die Marken, als welche die Klägerin vier ihrer Etiketten hat eintragen lassen, als nichtig erklärt wissen will, weil es sich um Sachbezeichnungen oder Freizeichen handle. Diese vier Etiketten sind schon deshalb markenfähig, weil sie als wesentlichen Bestandteil die Firma der Klägerin enthalten und diese mit den übrigen Bestandteilen, mögen sie als solche nun schützbar sein oder nicht, zu einem selbständigen Ganzen verbunden ist. Im übrigen läßt sich mit der Vorinstanz noch darauf

hinweisen, daß das Fruchtbild in dem Fall als Phantasiebezeichnung funktioniert, wo die Klägerin es in anderer Weise als zur Bezeichnung der entsprechenden Konserven verwendet.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird unter Aufhebung des angefochtenen Urteils teilweise, nämlich im Sinne von Erwägung 7 hievon, gutgeheißen, die Anschlußberufung abgewiesen.

25. Urteil vom 5. Mai 1911 in Sachen

Luchfinger & Cie., Kl. u. Ber.=Kl.,

gegen Licht- und Wasserwerke der Stadt Schaffhausen

und Rossi, Bekl. u. Ber.=Bekl.

Ein Vertrag über Rechtsverhältnisse an einem Wasserlauf untersteht gemäss Art. 10 OR dem kant. Recht. — Belangung des Eigentümers eines Wasserrechens wegen angeblich mangelhafter Instandhaltung desselben: Mangel einer widerrechtlichen Handlung im Sinne des Art. 50 OR. Nichtzutreffen des Art. 67 OR, weil der streitige Schaden nicht durch den Wasserrechen an sich, infolge eines Konstruktions- oder Unterhaltungsmangels desselben, sondern bei normaler Wirksamkeit des Rechens durch eine daran vorgenommene menschliche Handlung (Reinigungsarbeit) verursacht worden ist. — Haftung des Dienstherrn, wegen der angeblich pflichtwidrigen Reinigung des Rechens durch einen seiner Arbeiter, aus Art. 62 OR? Mangelnder Nachweis eines pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeiters. Anerkennung seiner Haftbarkeit seitens des Dienstherrn?

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Die von der klagenden Firma Luchfinger & Cie. betriebene, im Eigentum ihres Teilhabers Fridolin Luchfinger stehende „Neumühle“ in Schaffhausen hat ein Wasserrecht am sog. Innern Wuhr, einem vom Rhein gespeisten Gewerbekanal; sie nutzt die Wasserkraft vermittelt eines Wasserrades. Weiter oben am gleichen Wuhr ist u. a. die Stadtgemeinde Schaffhausen, die zur Zeit die erstbeklagten städtischen Licht- und Wasserwerke betreibt, als Eigen-

tümerin der ehemals Schenk'schen Mühle, der Dele und der ehemaligen Holzstoff-Fabrik wasserberechtigt. Die Rechtsvorgängerin jenes städtischen Betriebes, die Wasserwerk-Gesellschaft Schaffhausen, hatte am 29. Oktober 1888 mit den Wasserwerkbesitzern am Innern Wuhr zur Beseitigung einer Einsprache derselben gegen die von ihr geplante Erweiterung ihrer Kraftanlage, von der jene eine Gefährdung ihres Wasserzuflusses befürchteten, eine Vereinbarung getroffen, wonach sie sich verpflichtete, dem Innern Wuhr einen Wasserzufluß von $3\frac{1}{2}$ m³ per Sekunde zu sichern und ohne Beeinträchtigung der Rechte der Wasserwerkbesitzer, durch Regulierung der Kanalfalle, selbst für die Zuleitung des Wassers bis zu diesem Quantum zu sorgen. Ferner wurde bestimmt, die Vereinbarung solle dem Regierungsrat des Kantons Schaffhausen zur Genehmigung unterbreitet werden, in der Meinung, daß von ihrem Inhalte im Wasserrechtskataster der kantonalen Wasserbaudirektion Vormerkung genommen werde. Im Jahre 1908 projektierte die Verwaltung der Erstbeklagten die Erstellung einer Hochdruck-Affluenkmulder-Anlage, die einen Umbau der erwähnten städtischen Biegeschäften am Innern Wuhr, verbunden mit einer Verlegung und Verbreiterung des Wuhrs selbst, bedingte. Dieses Bauprojekt führte zu einem Anstande der Klägerin mit der Stadt, der durch einen Vergleich vom 11. März 1908 erledigt wurde. Darin gab die Stadt die rechtsverbindliche Erklärung ab, daß die bisherigen Wasserrechte der „Neumühle“ durch die beabsichtigten Bauten nicht beeinträchtigt würden, daß insbesondere der von der Stadt übernommene Vertrag der Wuhr-Wasserberechtigten mit der Wasserwerkgesellschaft Schaffhausen dadurch nicht berührt werde; ferner verpflichtete sie sich, dafür zu sorgen, daß störende Niveauauschwankungen im Kanal nicht vorkommen (zu welchem Zweck an näher bezeichneter Stelle eine Regulierschleuse eingebaut wurde), sowie, die Einlauffalle und den Rechen stets in gutem Zustande zu erhalten, zu bedienen und zu reinigen. Mit den Umbauarbeiten am Innern Wuhr wurde der Zweitbeklagte, Bauunternehmer Rossi in Schaffhausen, betraut.

Während der Ausführung dieser Arbeiten, am 21. August 1908, staute sich das Wasser an einem auf der Baustrecke im neuen Wuhr eingesetzten, an jener Stelle früher ebenfalls vorhandenen Rechen,