

dei danni dovuti all'attrice o quella di rimandare la fissazione dei medesimi al giudice cantonale. Una fissazione *ex aequo et bono* da parte di questo giudice non è tuttavia contraria alla Legge sull'organizzazione giudiziaria federale e sembra altrettanto più indicata nel caso concreto, che nell'intenzione stessa della Ditta istante la questione dei danni ha un'importanza puramente accessoria, suo intento principale essendo, come fu dichiarato in corso di causa, quello di ottenere una decisione di massima. In relazione a questa dichiarazione è anche da ammettersi che una somma relativamente tenue di fr. 200 basti a salvaguardare i diritti e gli interessi dell'attrice; —

pronuncia:

L'appellazione della Ditta attrice, F. Moro-Simon, in Zurigo, è ammessa e la sentenza 6 luglio 1911 della Camera civile del Tribunale di Appello del Cantone Ticino riformata nel senso che è proibito alla Ditta convenuta di vendere sotto la leggenda « Toscana regia » ed in pacchi portanti i colori nazionali italiani (tricolore) i sigari cosiddetti toscani da essa fabbricati e la fabbrica convenuta obbligata a pagare alla Ditta attrice la somma di fr. 200 a titolo di indennizzo.

90. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Oktober 1912
in Sachen **Niegler, Bess. u. Ber.-Kl., gegen Zuban,**
Kl. u. Ber.-Bess.

Unlauterer Wettbewerb. Täuschende Nachahmung von Zigarettenschachteln. Objektive und subjektive Merkmale des unlauteren Wettbewerbes.

A. — Durch Urteil vom 3. Juli 1912 hat das Kantonsgericht St. Gallen in vorliegender Streitsache erkannt: Das Klagebegehren Ziff. 1 ist vollständig, das Klagebegehren Ziff. 2 im reduzierten Betrage von 100 Fr. geschützt, im übrigen ist die Klage abgewiesen.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte gültig die Beru-

fung an das Bundesgericht ergriffen und das Begehren gestellt und begründet: Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage im vollen Umfange abzuweisen, event. sei die Streitsache zur Abnahme der angetragenen Beweismittel an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C. — Der Kläger hat in seiner Berufungsantwort Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger G. Zuban betreibt in München eine Zigarettenfabrik. Seit Jahren bringt er seine Zigaretten unter dem Namen „Kleine Zuban“ in Schachteln von 10 oder 20 Stück in den Handel. Die Schachteln haben flache, quadratische Form und sind aus dünnem Karton mit hellbraunem Papierüberzug (sog. Reinwandimitation) hergestellt. Sie bestehen aus einem Schieber-Behälter, in den die Zigaretten eingeschlossen sind und einer diesen Schieber aufnehmenden, quadratischen, unten und oben offenen Kartonschale. Beim Öffnen wird der Schieber aus der Umhüllung herausgezogen und die Zigaretten können nunmehr in der Weise aus dem Schieber herausgenommen werden, daß die Klappe, die auf der einen Seite des Schiebers sich befindet, über eine auf der Rückseite angebrachte Nille zurückgebogen wird. Damit werden die oberen Enden der Zigarettenreihe von zwei Seiten freigelegt, was die Herausnahme erleichtert. Vor dem Anbrechen der Schachtel dient die Schieberklappe nicht zum (teilweisen) Abschluß des Schieber-Behälters, sondern sie ist über die Kartonschale gestülpt, so daß dann an ihrer Stelle und insoweit die Kartonschale unmittelbar den Zigaretten anliegt. Die über die Schale gestülpte Klappe wird auf jener bei den in Deutschland verkauften Schachteln durch die aufgeklebte Steuerbanderole festgehalten, bei den für die Schweiz bestimmten aber durch einen aufgeklebten weißen Papierstreifen, der mit der fortlaufend in blauer Farbe aufgedruckten Schutzmarke des Klägers verziert ist. Unmittelbar unter diesem Papierstreifen sind auf dem Schieber die Worte aufgedruckt: „Schieber gef. gesch. Hier öffnen. D. R. G. M. 383,808.“ Beim Öffnen der Schachtel wird die Bänderole oder der Streifen zerrissen und der Schieber-Behälter kann von nun an nur durch Einschieben

des Schiebers in die Kartonschachtel geschlossen werden. Ist die einmal geöffnete Schachtel in dieser Weise geschlossen worden so bleiben von dem Papierstreifen bloß noch die Endstücke sichtbar. Auf dem früher von der Klappe bedeckten, jetzt sichtbar gewordenen Teil der Kartonhülle findet sich eine Anleitung aufgedruckt, wie die Zigaretten am besten herauszunehmen sind. Darunter auf halber Höhe links enthält diese Seite der Umhüllung, auf zwei Zeilen verteilt die Aufschrift: „10 Zigaretten mit Goldmst.“ und weiter unten rechts die Schutzmarke des Klägers, die aus zwei aneinander gelegten Wappenschildern besteht. Zu unterst am Rand findet sich in großen Lettern die Aufschrift „Kleine Zuban“.

Seit dem Sommer 1911 verwendet der Beklagte, Siegmund Kiegler, für die von ihm vertriebenen, in St. Gallen hergestellten Zigaretten eine der genannten ähnliche Verpackung: Sie besteht nämlich in einer nur ganz unmerklich größeren, sonst aber gleichen, ebenfalls mit hellbrauner Leinwandimitation überzogenen Kartonhülle und in einem darin eingeschobenen Kartonbehälter mit Klappe. Auf der Hülle befindet sich, an gleicher Stelle wie beim Kläger, eine Anleitung zum Herausnehmen der Zigaretten und am gleichen Orte, links darunter eine Angabe über den Inhalt, nämlich entweder zweifach: „10 Zigaretten mit Goldmundstück“ oder einfach: „10 Zigaretten“. An der Stelle, wo der Kläger seine Schutzmarke angebracht hat, findet sich bei dem Beklagten dessen eingerahmtes Monogramm und zu unterst, anstatt der Angabe „Kleine Zuban“ die Angabe „Kleine Kiegler.“ Alle diese Aufschriften und das Monogramm sind wie beim Kläger mit blauer Farbe und mit jeweilen nach Größe und Form entsprechenden Lettern gedruckt. Die Konstruktion der Schachtel ist im Behälter und in der Umhüllung gleich wie beim Kläger. Nur fehlt die Banderole; die Schieberklappe ist hier schon beim Verkauf in die Kartonhülle eingeschoben.

Im nunmehrigen Prozeß hat der Kläger die Begehren aus Recht gestellt: 1. Es sei dem Beklagten zu untersagen, seine Zigaretten fernerhin in der bisherigen Verpackung, welche die des Klägers rechtswidrig nachahme, zu vertreiben, und er sei zu verpflichten, den Vorrat der rechtswidrig nachgeahmten Zigaretten-

schachteln zu vernichten. 2. Der Beklagte habe dem Kläger wegen illoyaler Konkurrenz 2000 Fr. — eventuell eine richterlich zu bestimmende Entschädigung zu bezahlen nebst Zins seit dem 6. Oktober 1911 (Friedensrichtervorstand).

2. — Die Klage ist eine solche wegen unlautern Wettbewerbs. Der Kläger macht geltend, der Beklagte verwende für seine Ware eine der des Klägers täuschend ähnliche Verpackung und beeinträchtige ihn dadurch in seiner Geschäftskundschaft. Ein besonderes Schutzrecht — Marken- oder Patentrecht u. s. w. — steht dem Kläger, wie unbestritten, an seiner Verpackung in der Schweiz nicht zu und ihre Schutzfähigkeit beurteilt sich daher ausschließlich nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen über den unlautern Wettbewerb (vergl. auch Bundesgerichtsentscheid vom 4. Oktober 1912 i. S. Tabak- und Zigarrenfabrik J. J. Geiser c. Säuberli, Erw. 2*).

Die Voraussetzungen des unlautern Wettbewerbs sind zunächst objektiv, in Hinsicht auf die erforderliche Möglichkeit der Verwechslung beider Verpackungen, gegeben: Die beiden Schachteln sind sozusagen identisch nach ihrer äußern Form, ihrer Größe, ihrer Farbe, der Anordnung der Aufschriften und der Art der für diese gewählten Lettern sowie nach dem für den Behälter verwendeten Verschuß. Nennenswerte Unterschiede bestehen nur insoweit, als der Beklagte nicht wie der Kläger, auf der Schachtel einen Papierstreifen aufklebt, der vor dem Gebrauche den Behälter an seiner Umhüllung festhalten und die Ware besser abschließen soll, und daß er das Markenbild des Klägers durch ein Monogramm und die Bezeichnung „Kleine Zuban“ durch „Kleine Kiegler“ ersetzt. Allein angesichts der beinahe völligen Übereinstimmung aller sonstigen Elemente besitzen diese Unterschiede, weder einzeln für sich, noch nach ihrer Gesamtwirkung gewürdigt, die Fähigkeit, den Eindruck des Ganzen zu einem andern zu machen und der Verwechslungsgefahr vorzubeugen: Das Monogramm bietet freilich für sich allein ein von der Marke des Klägers abweichendes Bild dar. Aber im Zusammenhang mit allen sonstigen graphischen Bestandteilen aufgefaßt, wird dieses Unterschiedsmerkmal verwischt durch die gleiche räumliche Anordnung der genannten Bestandteile, die gleichartige Verwendung der verschiedenen Schrifttypen, deren überein-

* Unten Nr. 107.

stimmende blaue Farbe und den im nämlichen Hellbraun gehaltenen Untergrund. Die Bezeichnungen „Kleine Zuban“ und „Kleine Kiegler“ sojann sind, was die Schriftbilder anbelangt, einander völlig ähnlich und bilden insofern sogar ein wesentliches Moment für die Übereinstimmung der beiden Verpackungen. Distinktive Kraft kommt ihnen nicht für das Auge, nicht in bildlicher Hinsicht zu, sondern nur in Hinsicht auf die begriffliche Verschiedenheit der beiden Worte „Zuban“ und „Kiegler“, die einen verschiedenen Ursprung der Ware angeben (vergl. NS 36 II S. 429). Dieser Unterschied vermöchte aber die sonst in so hohem Grade bestehende Verwechslungsgefahr nur zu beseitigen, wenn solche Zigaretten allgemein nur nach ihrem Namen verlangt und gekauft würden. Erfahrungsgemäß ist das aber nicht der Fall und es muß im Anschluß an die tatsächliche Würdigung der Verhältnisse, wie sie die Vorinstanz diesem Punkte gegeben hat, angenommen werden, daß bei diesen Artikeln die Käufer vielfach ihre Aufmerksamkeit nicht noch besonders auf den Namen des Fabrikanten richten, sondern sich nur mit einer allgemeinen Prüfung der Verpackung begnügen und sich vom bildlichen Gesamteindruck leiten lassen. Das gilt hier um so mehr, als auch begrifflich in Hinsicht auf das beiderseits verwendete Wort „Kleine“ eine Übereinstimmung besteht, was dazu führt, die Bedeutung der Worte „Zuban“ und „Kiegler“ als Herkunftsbezeichnungen weniger hervortreten zu lassen. Der vom Kläger angebrachte Papierstreifen endlich bewirkt zwar eine gewisse Verschiedenheit im Aussehen der ganzen Verpackung; aber der Betrachter wird in der Regel auf dieses Unterscheidungsmerkmal deshalb kein besonderes Gewicht legen, weil der Streifen keinen wesentlichen Bestandteil der Schachtel selbst bildet, sondern lediglich eine zum bessern Verschuß noch beigelegte Zutat und weil sich der Gedanke aufdrängen kann, der Kläger beabsichtige seine Schachteln nicht immer mit solchen Papierstreifen. Nach all dem sind also die beiden Verpackungen einander so ähnlich, daß eine Beeinträchtigung des Klägers in seiner Geschäftskundschaft anzunehmen ist.

Hieraus darf unter den gegebenen Umständen in subjektiver Beziehung ohne weiteres auf die Absicht des Beklagten, eine solche Beeinträchtigung herbeizuführen, geschlossen werden. Der Beklagte behauptet freilich, er habe die Verpackung des Klägers nicht nach-

ahmen wollen und seinen Lieferanten ausdrücklich angewiesen, jede Verwechslung mit den von der Konkurrenz verwendeten Schachteln zu vermeiden. Hätte er aber auch eine solche Weisung erteilt, so müßte er sich dann doch nach der Ablieferung der bestellten Schachteln aus den oben erörterten Gründen der täuschenden Ähnlichkeit mit denen des Klägers bewußt geworden sein und wenn er nunmehr trotzdem seine Verpackung im Handel verwendete, so konnte ihm hierbei die Einsicht nicht fehlen, daß er zu seinem Vorteile und zum Nachteil des Klägers bei dessen Abnehmern die Gefahr der Verwechslung hervorrufe. Die bestehende Ähnlichkeit läßt sich hienach nicht auf den Eintritt einer bloßen „Zufallsmöglichkeit“ zurückführen, wie der Beklagte es tun will.

Der Beklagte behauptet endlich noch, solche zur Verpackung einer kleinern Zahl Zigaretten dienende Kartonschachteln stimmten notwendig nach ihren wesentlichen Merkmalen überein. Wäre dem so, wäre also die vom Beklagten verwendete Art der Verpackung, auch was ihre Einzelheiten betrifft, die technisch allein mögliche, so läge in ihrer Verwendung durch den Beklagten in der Tat keine unerlaubte Handlung, da der Kläger daran kein Sonderrecht besäße, und ihre Verwendung jedermann freistünde. Und das Gleiche würde gelten, wenn die Verpackungsart des Klägers zwar nicht die technisch einzig ausführbare, wenn sie aber, wie weiter behauptet wird, allgemein gebräuchlich und für jedermann verwendbar wäre.

In Wirklichkeit verhält es sich aber anders: Was zunächst den letztern Punkt betrifft, so steht fest, daß der Kläger seine Verpackung in ihren Besonderheiten selbst geschaffen hat. Sie ist auch nicht etwa in der Folge zu einer für solche Erzeugnisse üblichen geworden. Der Kläger hat sich vielmehr gegen die Konkurrenten, die sich seine Verpackungsart ebenfalls aneignen wollten, mit Erfolg zur Wehre gesetzt, wie nicht nur der vorliegende Prozeß darthut, sondern noch ein bei den Akten liegender Protokollauszug über einen in Zürich angehobenen Rechtsstreit (i. S. Zeloni). Und ebensowenig ist die Ausgestaltung, die der Kläger seiner Kartonschachtel gegeben hat, die technisch allein ausführbare: Dies trifft vor allem nicht zu in Hinsicht auf die Färbung der Schachtel und die Wahl, Ordnung und Ausführung der graphi-

ischen Elemente, also gerade in Beziehung auf die Merkmale, die neben der räumlichen Form beim äußern Anblick bestimmend wirken. Die Verpackung des Klägers bildet in den genannten Beziehungen nur eine der denkbaren individuellen Ausgestaltungen und der Kläger kann schon insoweit von seinem Konkurrenten verlangen, daß er sich diese Charakterisierung nicht ebenfalls aneigne, sondern aus den vielen Möglichkeiten besonderer Ausgestaltung eine andere wähle. Angesichts dessen braucht des nähern nicht geprüft werden, ob und in welchen Punkten auch in konstruktiver Hinsicht die Kartonschachtel des Klägers als eigenartig gelten müsse. Es mag lediglich bemerkt werden, daß jedenfalls der Ausführung der Schieberklappe, insofern diese ein leichtes Herausnehmen der Zigaretten ermöglicht, eine originelle technische Idee zu Grunde liegt, wie denn auch der Kläger hierfür in Deutschland den Gebrauchsmusterschutz erlangt zu haben scheint.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich von selbst, daß eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz unnötig und daher der in diesem Sinne gestellte Eventualantrag abzuweisen ist.

3. — Die Höhe der vorinstanzlich gesprochenen Entschädigung von 100 Fr. hat der Beklagte nicht (eventuell) angefochten und es läßt sich in dieser Beziehung einfach auf die vorinstanzlichen Ausführungen verweisen, die zutreffend dartun, daß der Kläger durch die geschaffene Verwechslungsmöglichkeit einen gewissen unmittelbaren und mittelbaren Schaden erlitten hat, daß dieser aber nur von geringer Höhe sein kann.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 3. Juli 1912 in allen Teilen bestätigt.

91. Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Oktober 1912 in Sachen *Aktienbrauerei zum Gurten*, Kl. u. Ber.-Kl., gegen *Witz*, Bell. u. Ber.-Bell.

I. *Parteivertretung vor Bundesgericht*, Art. 85 OG, Art. 31 BZP.
Das Verbot mehrerer Parteivertreter gilt auch für das schriftliche Verfahren.

II. *Miete und Untermiete*, Verurteilung des Mieters (und Untervermieters) zu Schadenersatz an den Untermieter wegen Weigerung der Ausführung des Mietvertrages durch den Vermieter; Regressklage des Mieters gegen den Vermieter. Keine Präjudizialität der Urteile im Vorprozess, trotz damaliger Streitverkündung.

A. — Durch Urteil vom 13. Juni 1912 hat das Obergericht des Kantons Solothurn in vorliegender Streitsache erkannt: „Die Klage ist abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gütig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt und begründet: Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das Klagebegehren zuzusprechen. Zugleich hat sie beantragt: Es sei die gegen das Beweisdekret des Instruktionsrichters erklärte Rechtsverwahrung vom Bundesgericht zu schützen und Dr. L. Maisch als Zeuge abzuheören.

Der Vertreter der Klägerin, Fürsprech Dr. R. Schöpfer, hat seiner Berufungserklärung außer seiner eigenen noch eine weitere die Berufung begründende Rechtschrift des Fürsprechers Dr. Maisch in Bern, des Anwalts der Klägerin im frühern Prozeß gegen Imbach, beigelegt.

C. — Der Vertreter der Beklagten, Fürsprech Dr. M. Studer in Solothurn, hat in seiner Antwort die Begehren gestellt und begründet: 1. Die Berufung sei als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. 2. „Für den Fall der Begründeterklärung der Berufung seien die Rechtsbegehren b und d der Klage vollständig abzuweisen.“ Des fernern sei von den zugesprochenen Beträgen Zins bloß vom Tage der Klagerhebung (4. August 1910) an zuzuerkennen. Eventuell sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. 3. Die Be-