

Dagegen ist mit der Vorinstanz die Auffassung von WEIDLICH und BLUM, Anm. 12 zu Art. 16 PatG, S. 301, abzulehnen, dass « eigentlich nur der Nachweis der reinen Schikane » zur Abweisung mangels Interesses führe. Wäre dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen, so hätte es der besonderen Erwähnung eines Interesses als Voraussetzung für die Klageberechtigung nicht bedurft, da nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine missbräuchliche Ausübung des Klagerechtes ohnehin ausgeschlossen gewesen wäre. Mag daher auch der Begriff des Interesses weit gefasst werden, so ist doch daran festzuhalten, dass für dessen Vorliegen eine rechtliche oder tatsächliche Behinderung des Klägers in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nachgewiesen sein muss.

Von einem derart umgrenzten Interesse kann jedoch hier nicht gesprochen werden. Es steht fest, dass der Beklagte den streitigen Artikel seit Mitte Februar 1934 nicht mehr vertreibt und nach seinen Erklärungen im Prozess auch nicht die Absicht hat, ihn in Zukunft wieder zu vertreiben. Diese Umstände muss er sich auch bei der Widerklage entgegenhalten lassen, wenn er nicht mit seinem gegenüber der Hauptklage eingenommenen Standpunkt in Widerspruch geraten will. Damit hat er in aller Form sein Interesse an der Erfindung der Kläger aufgegeben. Die blosse Möglichkeit, dass ihm bei Fortsetzung seiner Tätigkeit auf dem Gebiete der Tapeziererbranche wieder einmal die Vertretung eines gegen das Patent der Kläger verstossenden Artikels angeboten werden könnte und es dann für ihn wertvoll wäre, einen gerichtlichen Entscheid über die Gültigkeit dieses Patentbesitzes zu besitzen, kann nicht als ausreichendes Interesse gelten. Wohl genügt nach dem oben Gesagten schon ein erst in Zukunft aktuell werdendes Interesse, allein es ist notwendig, dass es nicht nur möglicherweise, wie es beim Beklagten der Fall ist, sondern zum mindesten mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit aktuell werden wird. Von einer zukünftigen Aktualität könnte aber erst gesprochen werden, wenn sich

der Beklagte tatsächlich durch ein Angebot eines solchen Artikels vor die Frage gestellt sähe, ob er dessen Vertrieb übernehmen könne oder dies mit Rücksicht auf das Patent der Kläger ablehnen müsse.

Dass die Herstellerin der beanstandeten Einlage, also die Strassburger Firma, zweifellos ein Interesse an einem Entscheid über die Gültigkeit des klägerischen Patentbesitzes hätte, und dass der Beklagte lediglich der vorgeschobene Strohmann seiner früheren Auftraggeberin ist, wie aus seiner Erklärung hervorgeht, dass diese für die ihn treffenden Prozesskosten aufkomme, vermag selbstverständlich ein im übrigen nicht vorhandenes eigenes Interesse des Beklagten nicht zu ersetzen.

## VI. MARKENSCHUTZ

### PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

#### 87. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. November 1935 i. S. Gaba A.-G. gegen G. Keller & Co.

Abgrenzung von Markenschutz und Ausstattungsschutz. Trotz genügender Verschiedenheit der Marken (Art. 6 MSchG) kann eine unter dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbes (Art. 48 OR) unzulässige Verwechselbarkeit der gesamten Ausstattung vorliegen.

A. — Die im Jahre 1917 gegründete Gaba A.-G. in Basel fabriziert und vertreibt die bekannten Wyberttabletten Marke « Gaba » in einer Packung, welche die folgende Gestaltung aufweist :

Eine runde Blechdose von blauer Farbe trägt auf der Mitte des Deckels eine schwarze Kreisfläche. In dieser stehen drei weisse Rauten — in der Form den Tabletten

entsprechend —; die sich mit den stumpfen Winkeln berühren und mit den spitzen Winkeln auf ein weisses Band aufgesetzt sind, das in blauer Farbe die Inschrift « Gaba » trägt. Darunter, im schwarzen Feld, steht ebenfalls in blauer Farbe : « Schutzmarke, Marque déposée ». In dem blauen Ringe zwischen der schwarzen Kreisfläche und einer schwarzen Umrandung steht oben in weisser Blockschrift « Gaba », und auf beiden Seiten und unten in feiner, weisser Schrift weiterer Reklametext. Der Boden der Schachtel weist ausser einem eingepprägten stilisierten Kopf, der eine stark vergrösserte Tablette verschlingt, in deutscher und französischer Sprache einen Reklametext auf, der in schwarzer Schrift gehalten und zur Erreichung einer bildhaften Wirkung in bestimmter Weise gruppiert ist ; aus dem Text stechen oben das Wort « Gaba », in der Mitte in lateinischer und deutscher Schreibschrift das Wort « Wybert » und unten die charakteristischen drei Rauten mit dem Bande hervor. Die Seitenfläche der Dose ist mit einem weissen Verschlussstreifen aus Papier überklebt, der in schwarzem Drucke je zweimal die Bildmarke, die Firma der Klägerin, die Preisangabe und den Vermerk « Ausfuhr verboten » trägt. Ein roter Faden, der zum Aufreissen des Streifens beim ersten Öffnen der Dose dient, hängt an der Berührungsstelle der beiden Enden des Verschlussstreifens ungefähr einen Zentimeter weit heraus.

Am 27. März 1919 liess die « Gaba A.-G. » die damalige figürliche Gestaltung des Deckels ihrer Dose im Markenregister eintragen. Mit Eintrag vom 28. Januar 1930 beanspruchte sie den Markenschutz für den Deckel in der heutigen Ausführung mit der Bemerkung, dass die Marke in den Farben blau, weiss und schwarz ausgeführt werde. Am 21. August 1933 endlich hinterlegte sie die ganze Dose, Deckel, Boden und Seitenansicht mit Verschlussstreifen, mit Schrift, Bild und Farben in der beschriebenen Ausführung.

Die Firma Keller & C<sup>ie</sup>, die seit 1932 im Handelsregister eingetragen ist, befasst sich mit dem Vertrieb pharmazeu-

tischer Spezialitäten. Sie vertreibt u. a. auch Wyberttabletten, die ebenfalls die übliche Rautenform aufweisen, in blauen Blechdosen von ähnlicher, aber etwas dunklerer und stumpferer Tönung als die der « Gaba A.-G. ». Auf dem Deckel steht im oberen Drittel in grosser römischer Druckschrift, weiss mit schwarzer Schattierung, das Wort « Wybert », darunter in weisser, etwas kleinerer Schrift das Wort « Tabletten ». Auf der unteren Hälfte des Deckels steht links in weisser Schrift auf drei Zeilen « Gegen Husten und Katarrh » und rechts ist unmittelbar unterhalb des Wortes « Tabletten » eine schwarze Kreisfläche angebracht, in der längs des oberen Randes in blauer Blockschrift die Wortmarke « Kelco » steht, und darunter, durch eine ein grosses Omega bildende Linie davon getrennt, der Vermerk « Eingetragene Marke ». Unterhalb der schwarzen Kreisfläche ist in weisser lateinischer Schreibschrift die Firma « Keller & C<sup>ie</sup>, Zürich » angegeben. Zwischen diesen Schriften und Zeichen, von ihnen teilweise unterbrochen, verlaufen Streifen von je 5 parallelen schwarzen Linien ; drei dieser Streifen verlaufen wagrecht, 2 schräg. Die dadurch gebildeten Felder sind in den Ecken schwarz schattiert. Der Boden der Dose weist weder Schrift noch Bildzeichen auf. Die Seitenfläche der Dose ist ebenfalls mit einem weissen Verschlussstreifen überklebt, auf dem in dunkelblauer Schrift die Firma, der Preis und ein Reklametext stehen. Zum Öffnen der Dose dient ebenfalls ein roter Faden.

Die Firma Keller & C<sup>ie</sup> vertreibt sodann noch andere Hustentabletten unter dem Namen « Po-ho-Pastillen », die hellgelb und linsenförmig sind und einen andern Geschmack haben als die Wyberttabletten. Die Dosen sind dieselben wie für die Wyberttabletten, mit dem Unterschied, dass sie die Aufschrift « Po-ho-Pastillen » und einen etwas anderen Begleittext tragen.

Während die Gabatabletten in 4 Schachteln von verschiedener Grösse in den Handel kommen, sind die Wyberttabletten- und Po-ho-Pastillen-Dosen der Firma Keller &

C<sup>1e</sup> in zwei Grössen erhältlich, die den beiden mittleren Grössen der Gaba-Dosen entsprechen.

B. — In dieser Gestaltung der Dosen durch Keller & C<sup>1e</sup> und der Verwendung von Abbildungen derselben in der Reklame sieht die Gaba A.-G. eine Verletzung ihrer Markenrechte, sowie einen unlauteren Wettbewerb, weshalb sie gegen Keller & C<sup>1e</sup> Klage erhob

1. auf Unterlassung des weiteren Gebrauches der beanstandeten Dosen, sowie der Reklamedrucksachen mit Abbildungen derselben,

2. auf Rückzug der bereits im Verkehr befindlichen Dosen innert 14 Tagen, der Drucksachen innert 4 Wochen seit Rechtskraft des Urteils,

3. auf Bezahlung des Betrages von 2000 Fr. als Schadenersatz unter allen Titeln.

C. — Die Beklagte hat Abweisung der Klage sowohl unter dem Gesichtspunkt des Markenrechtes, wie demjenigen des unlauteren Wettbewerbes beantragt.

D. — Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat mit Urteil vom 4. Juni 1935 das Vorliegen einer Markenrechtsverletzung bezüglich der beiden beanstandeten Dosen der Beklagten verneint, und bezüglich der Dose für « Po-ho-Pastillen » auch dasjenige eines unlauteren Wettbewerbes ; hinsichtlich der Dose für Wyberttabletten hingegen hat es den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes als erfüllt betrachtet und demgemäss der Beklagten die weitere Verwendung dieser Dose sowie die Verwendung von Abbildungen derselben zu Reklamezwecken auf Drucksachen untersagt und sie verpflichtet, binnen zwei Monaten seit Rechtskraft des Urteils sowohl die kommissionsweise in Verkehr gebrachten Dosen dieser Art, als auch die Drucksachen zu Reklamezwecken zurückzuziehen ; ferner hat es der Klägerin eine Schadenersatzsumme von 1000 Fr. zugesprochen.

E. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Die Klägerin hat um Schutz ihrer Klage im vollen Umfang ersucht, während die Beklagte deren gänzliche Abweisung beantragt hat.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Marke, welche die Klägerin im Register hat eintragen lassen und deren sie sich für ihre Gabatabletten bedient, ist eine kombinierte Wort- und Bildmarke. Sie setzt sich aus verschiedenen Bestandteilen zusammen, nämlich aus der Wortmarke « Gaba » einerseits und einer Reihe figurativer Elemente andererseits ; zu diesen letzteren gehören die charakteristischen drei Rhomben, das unter diesen befindliche Band, die besondere Anordnung des Reklametextes auf dem Deckel und dem Boden der Dose, der eingeprägte Kopf auf dem Boden und schliesslich auch, seit dem Jahre 1930, die Ausführung der Marke in den Farben blau-weiss-schwarz. Dass auch die Farbe einer Marke, bzw. eine bestimmte, durch die Aufteilung des Raumes originell wirkende Zusammenstellung mehrerer Farben schutzfähiges Element einer Marke sein kann, ist vom Bundesgericht bereits in Band 58 II S. 453 f. ausgesprochen worden, da sehr oft die Farbe es ist, die in den Augen springt und in der Erinnerung haften bleibt. Markenrechtlich nicht schutzfähig ist dagegen die Gestaltung der Verpackung der Ware, also die besondere Ausstattung der Dose im vorliegenden Falle, abgesehen von der auf ihr angebrachten Marke ; dies ist mit besonderem Nachdruck hervorzuheben angesichts des Umstandes, dass die Klägerin im Jahre 1933 eine Wiedergabe sowohl des Deckels, wie des Bodens und der in die Ebene projizierten Seitenansicht der Dose, d. h. praktisch eben die gesamte Gestaltung derselben, hat eintragen lassen und den Markenschutz dafür beanspruchen will. Trotz dieser Einschränkung des spezifischen Markenschutzes ist jedoch ein in der Ausstattung liegender Hinweis auf einen bestimmten Hersteller nicht schutzlos ; Gegenüber einer durch Nachahmung der Ausstattung geschaffenen Ver-

wechslungsgefahr kann der Hersteller nach den Grundsätzen über den unlauteren Wettbewerb sich zur Wehr setzen, wie das Bundesgericht in ständiger Praxis entschieden hat (vgl. BGE 55 II S. 253, 37 II S. 172).

2. — Eine Verwechselbarkeit der Marken als solche ist nun mit der Vorinstanz zu verneinen, weil die Unterscheidungskräftigsten und daher wichtigsten Bestandteile derselben, nämlich die Firma Gaba einerseits, Kelco bezw. Keller & C<sup>ie</sup> andererseits, völlig voneinander abweichen, und für die charakteristischen drei Rhomben der Klägerin sich überhaupt nichts findet bei der Marke der Beklagten, was mit jenen in Parallele gesetzt werden könnte. Von besonderer Unterscheidungskraft sind diese Elemente aber deshalb, weil sie in unmissverständlicher Weise auf den Produzenten der Ware hinweisen, was ja der Hauptzweck jeder Schutzmarke ist. Ebenso besteht ein erheblicher Unterschied in der Art, wie der Raum unter die Farben blau, weiss und schwarz aufgeteilt ist: Während bei der Marke der Klägerin die Anordnung von konzentrischen Kreisen dominiert, ist es bei der Beklagten weit mehr das lineare Element, das überwiegt. Die Verwendung derselben Farben an und für sich aber — denn um dieselben Farben handelt es sich praktisch, da die Verschiedenheit in der Tönung des Blau zu gering ist, als dass sie irgendwelche Bedeutung haben könnte — stellt schon deshalb keine Markenrechtsverletzung dar, weil die Farbenzusammensetzung blau-weiss-schwarz als solche nicht markenschutzfähig ist, wie auch die Klägerin selber anerkennt. Die Verschiedenheiten der einzelnen Markenelemente sind nun derart, dass die beiden Marken auch ihrem Gesamteindruck nach sich genügend von einander abheben, selbst wenn man sie nicht nebeneinander betrachtet, sondern berücksichtigt, dass eine ausreichende Verschiedenheit erst dann vorliegt, wenn auch die Erinnerungsbilder, die die beiden Marken bei separater Betrachtung hinterlassen, nicht zu Verwechslungen führen (BGE 58 II S. 455).

3. — Die täuschende Ähnlichkeit der beiden Dosen, die

trotz dieser Verschiedenheit der beiden Marken nicht gezeugnet werden kann, ist vielmehr die Folge der gesamten Aufmachung und Gestaltung der Verpackung, d. h. der Dose, die nach den eingangs gemachten Ausführungen markenrechtlich nicht geschützt ist. Die Aufmachung ist bei beiden Dosen sozusagen genau dieselbe: Beide sind in den Farben blau, weiss und schwarz gehalten; beide sind von genau gleicher Grösse und Höhe; beide haben einen weissen Verschlussstreifen, wobei derjenige der Beklagten nur um 2 mm schmaler ist als jener der Klägerin; beide haben schliesslich einen roten Faden zum Aufreissen des Streifens. Gewiss können alle diese Elemente, jedes für sich allein betrachtet, von der Beklagten benützt werden, da sie ja markenrechtlich nicht geschützt sind. Allein die Verwendung von ihnen allen zusammen in der vorliegenden Weise, die zu Verwechslungen mit der Dose der Klägerin Anlass geben kann, muss mit der Vorinstanz als eine gegen Treu und Glauben verstossende Veranstaltung bezeichnet werden. Denn darüber, dass diese Übereinstimmung der Ausstattung von der Beklagten bewusst gewollt ist, kann kein Zweifel bestehen angesichts der vielen Möglichkeiten, eine andere Gestaltung zu wählen. Es geht dies auch mit aller Deutlichkeit daraus hervor, dass die Beklagte die rote Dose, die sie während einiger Zeit verwendete und bei der jede Verwechslungsgefahr ausgeschlossen wäre, durch die blaue Dose ersetzte. Aber selbst wenn man der Beklagten zugestehen wollte, dass das Publikum nun einmal gewohnt sei, Wyberttabletten allgemein in blauen Dosen zu erhalten — es bestehen in der Tat eine Reihe von Ausführungen von solchen, die sich hinreichend von jenen der Klägerin unterscheiden — so hätte die Beklagte gleichwohl durch Verwendung eines roten oder schwarzen Verschlussstreifens mit weissem Faden eine deutliche Verschiedenheit bewirken können, wenn ihr hieran ernsthaft gelegen gewesen wäre.

4. — Durch die Verwendung der täuschend ähnlichen

D o s e n hat sich die Beklagte daher des unlauteren Wettbewerbes schuldig gemacht, soweit wenigstens ihre Wyberttabletten in Frage stehen. Bezüglich der Po-ho-Pastillen dagegen ist mit der Vorinstanz wegen der gänzlichen Verschiedenheit in Aussehen und Geschmack des Produktes selber ein unlauterer Wettbewerb zu verneinen. Für die Wyberttabletten ist daher entsprechend dem Entscheid der Vorinstanz der Beklagten die weitere Verwendung der beanstandeten Dose zu untersagen, und ebenso ist sie zu verpflichten, die bei den Wiederverkäufern befindlichen Dosen zurückzurufen, soweit es sich um Kommissionsware handelt; für den Rückruf der bereits fest verkauften Ware dagegen hat die Beklagte, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, keine rechtliche Handhabe, so dass sie hiezu nicht verhalten werden kann. Auch die Frist von 2 Monaten, welche die Vorinstanz der Beklagten für den Rückruf der Kommissionsware eingeräumt hat, mit Rücksicht darauf, dass die Herstellung neuer Dosen eine gewisse Zeit beansprucht, ist gerechtfertigt und angemessen.

Da auch in der Verwendung von Abbildungen der unzulässigen Wybertdosen zu Reklamezwecken und dergl. ein unlauterer Wettbewerb liegt, so ist auch der Entscheid auf Untersagung des weiteren Gebrauches, sowie Rückzug derselben gerechtfertigt.

Was schliesslich die Schadenersatz- und Genugtuungsforderung der Klägerin anbelangt, so ist der Vorinstanz ebenfalls beizupflichten, dass für einen Genugtuungsanspruch die Voraussetzungen hier nicht erfüllt sind. Selbst wenn man nämlich angesichts des auf bewusste Täuschung des Publikums angelegten Vorgehens der Beklagten die besondere Schwere des Verschuldens als gegeben betrachten wollte, so kann doch von einer besonderen Schwere der Verletzung der Klägerin nicht die Rede sein.

Dass der Klägerin durch den Vertrieb der Wyberttabletten der Beklagten in der beanstandeten Packung ein gewisser Schaden entstanden ist, muss nach dem normalen

Lauf der Dinge zweifellos angenommen werden. Dies reicht für die Entstehung eines Schadenersatzanspruches aus, da nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts Art. 42 Abs. 2 OR, wonach der Richter den ziffermässig nicht nachweisbaren Schaden nach seinem Ermessen abschätzt, sich nicht nur auf die Schadenshöhe, sondern auch auf die Frage des Vorhandenseins eines Schaden bezieht (BGE 60 II S. 131 und dort angeführte frühere Entscheide). Wenn die Vorinstanz von ihrem Ermessen in der Weise Gebrauch gemacht hat, dass sie den Schaden der Klägerin infolge des Vertriebs der Wyberttabletten in der unzulässigen Packung auf 1000 Fr. veranschlagt hat, so besteht für das Bundesgericht kein Anlass, hievon abzuweichen, da der Sachrichter wohl am ehesten in der Lage ist, sich über die Verhältnisse ein Bild zu machen.

Das angefochtene Urteil ist daher in Abweisung beider Berufungen zu bestätigen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Beide Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juni 1935 wird bestätigt.