

und des deutschen Drogistenverbandes bewilligt worden ist.

4. — Verstösst demnach die Verwendung des Namens Botot für die eigenen Produkte des Beklagten gegen die im internationalen Register unter Nr. 55 900 eingetragene Wortmarke, so ist sie ihm gemäss Klagebegehren 1 zu untersagen. Davon wird ohne weiteres auch die Verwendung der bisherigen Etikette mit der Aufschrift Eau dite Botot betroffen (Klagebegehren 3 und 4), ohne dass zu untersuchen wäre, ob diese Etikette ausserdem die kombinierte Wort- und Bildmarke Nr. 85 581 verletzt. Einer besondern Feststellung im Urteilsdispositiv, dass die vom Beklagten bisher verwendete Etikette unzulässig sei (Klagebegehren 2), bedarf es indessen nicht; die Feststellung bildet lediglich das Motiv für das Verbot der weitem Verwendung der Etikette und gegebenenfalls für die Urteilspublikation.

Nun hat allerdings der Beklagte sich schon im kantonalen Verfahren bereit erklärt, den Rechtsbegehren 1, 3 und 4 nachzukommen, «jedoch ohne eine Rechtspflicht seinerseits oder einen Rechtsanspruch der Klägerinnen anzuerkennen». Allein mit einer derart verklausulierten Anerkennung müssen sich die Klägerinnen nicht begnügen. Die Pflicht des Beklagten, die klägerische Marke zu respektieren, ist in Wirklichkeit eine rechtlich gegebene und beruht nicht bloss auf einem freiwilligen Zugeständnis seinerseits, das als solches eventuell später nach den Vorschriften des kantonalen Prozessrechtes wieder anfechtbar wäre; deshalb haben die Klägerinnen einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, dass ihre Begehren urteilsmässig im Dispositiv gutgeheissen werden.

Mit Rücksicht auf die langandauernde Verletzung ihrer Rechte durch den Beklagten besteht bei den Klägerinnen auch ein schutzwürdiges Interesse an der Publikation des Urteilsdispositivs in der Schweizerischen Apotheker- und in der Schweizerischen Drogistenzeitung (Klagebegehren 6).

Ebenso wäre der Beklagte grundsätzlich zum Ersatze

des den Klägerinnen durch die Markenrechtsverletzungen verursachten Schadens verpflichtet (Klagebegehren 5). Die Klägerinnen haben jedoch vor Bundesgericht darauf verzichtet für den — nunmehr eingetretenen — Fall, dass die Klage im übrigen geschützt werde.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass

a) dem Beklagten verboten wird, seine Produkte unter der Bezeichnung « Eau de Botot », « Eau dite Botot » oder unter einer andern den Namen Botot enthaltenden Bezeichnung in den Verkehr zu bringen ;

b) die Zerstörung aller beim Beklagten liegenden Etiketten angeordnet wird, die die Aufschrift « Eau de Botot », « Eau dite Botot » oder eine andere den Namen Botot enthaltende Aufschrift tragen ;

c) den Klägerinnen das Recht eingeräumt wird, das Urteilsdispositiv auf Kosten des Beklagten je einmal in der Schweizerischen Apotheker- und in der Schweizerischen Drogistenzeitung zu veröffentlichen.

**81. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile
du 4 novembre 1936 dans la cause Hofstetter frères
contre Vaucher.**

Marques de commerce.

Action en radiation intentée par le titulaire d'une marque figurative contre un concurrent titulaire d'une marque composée d'un élément figuratif et de la raison de commerce. Confusion possible des deux marques, en raison de la ressemblance des éléments figuratifs, malgré l'adjonction de la raison. Défaut de valeur du moyen tiré du fait que les commerces s'exploitent dans deux villes différentes de la Suisse.

Résumé des faits :

Le 5 octobre 1929, Denis Vaucher, commerçant en articles de sports à Berne, a déposé au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, la marque N° 70993 se composant d'un fanion en forme de triangle allongé tourné à droite et fixé à une hampe traversée en sa partie inférieure par une barre horizontale.

Le 10 décembre 1934, Hofstetter frères, Société en nom collectif, s'occupant de la vente d'articles de sports à Genève, ont déposé au même bureau sous le N° 84703 une marque comprenant les mots « Hofstetter frères Sports » et un élément figuratif, ce dernier consistant également en un fanion tourné à droite mais qui au lieu d'être triangulaire se termine en deux pointes, c'est-à-dire dont l'extrémité est découpée en angle rentrant. La hampe du fanion, à peu près verticale est aussi coupée par une barre horizontale qui se prolonge sous le nom Hofstetter.

Vaucher, voyant dans la marque Hofstetter frères une imitation de la sienne, a ouvert action en radiation de leur marque.

Hofstetter frères ont conclu au déboutement, soutenant notamment que leur marque se distinguait suffisamment de celle de Vaucher pour empêcher toute confusion ; qu'en effet son élément principal était la dénomination verbale et qu'en outre le fanion n'était pas la reproduction de celui qui avait été adopté par le demandeur, et que, les objets revêtus de ces marques étant offerts à des clients recrutés dans des régions différentes, aucune confusion n'était possible.

Par jugement du 2 juin 1936, la Cour de Justice civile de Genève a alloué au demandeur ses conclusions.

Sur recours des défendeurs, le Tribunal fédéral a confirmé le jugement de la Cour de Justice civile.

Extrait des motifs :

Le Tribunal fédéral ne peut également que se rallier à l'opinion des premiers juges en ce qui concerne la question d'imitation. Sans doute, si l'on compare les deux marques et même si on les regarde l'une après l'autre, mais à un court intervalle, l'impression qu'elles laissent est-elle assez différente. Mais cette différence ne réside pas tant dans la forme des fanions, qui constituent les éléments figuratifs des marques, que dans le fait que si l'une n'est composée que de cet élément, l'autre, celle des recourants, comprend en outre leur raison de commerce. Or cette adjonction n'est

pas de nature à exclure toute possibilité de confusion. Car il est de fait qu'un signe entre et reste plus facilement dans la mémoire qu'un nom, à moins qu'il ne s'agisse d'un nom de fantaisie très spécial, particulièrement frappant ou écrit en caractères originaux, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Cette prépondérance de l'image s'impose d'autant plus dans le cas particulier que la marque de Vaucher a été utilisée la première et que précisément elle n'est faite que de l'image. Or si les deux images, les deux fanions, ne sont pas identiques, elles se ressemblent suffisamment cependant pour pouvoir être confondues. Il faut rappeler en effet que, en règle générale, un acheteur n'examine pas la vignette qu'il voit sur le produit qu'on lui offre avec assez d'attention pour qu'elle reste gravée dans sa mémoire en tous ses détails. Il en garde un souvenir grossier, et ce ne sont pas les petites différences existant entre les deux fanions qui en l'espèce empêcheront l'acheteur de les confondre. Au contraire, l'impression du triangle que donneront les deux marques aidera à les confondre, bien qu'il y en ait un dans l'une et deux dans l'autre. A quoi s'ajoutera aussi le trait horizontal qui dans la marque Vaucher barre le pied de la hampe et qu'imité à peu près la barre horizontale qui souligne en paraphe le mot Hofstetter. En ce qui concerne les éléments figuratifs, le risque de confusion existe donc et cela suffit pour interdire l'emploi de la marque la plus récente (RO 40 II p. 288 ; 47 II p. 235).

Les recourants objectent, il est vrai, que leur marque étant avant tout une marque verbale, en ce sens que c'est la raison de commerce qui en forme l'élément essentiel, il ne peut y avoir de risque sérieux de confusion. C'est mal poser la question : En matière d'imitation, c'est la première marque enregistrée qui doit servir de base, en sorte que la question à résoudre est celle de savoir si l'adjonction d'un texte à une marque purement figurative peut écarter le risque de confusion. Or cette question doit être tranchée négativement, parce que, comme on l'a déjà dit, en général un texte ne frappe pas autant que le signe auquel il est ajouté, et spécialement lorsque ce texte consiste en une

simple raison de commerce sans caractère distinctif spécial. L'élément caractéristique principal reste constitué par le fanion et l'effet de cette image est tel que l'acheteur qui voudra s'assurer de l'origine de la marchandise s'enquerra moins du nom du fabricant ou du vendeur que du signe dont elle est munie (cf. RO 21 p. 1058 et 39 II p. 357). A cet égard, l'adjonction du mot « sports », loin d'empêcher la confusion entre les deux maisons, est plutôt de nature à en augmenter le risque (cf. DUNANT § 195 p. 320).

Peu importe également le fait que les parties exploitent leur commerce dans deux villes différentes, c'est-à-dire le demandeur à Berne et les recourants à Genève. Non seulement la protection de la loi fédérale s'étend à tout le territoire suisse, mais il est établi en l'espèce par les documents produits que la maison du demandeur est connue dans tous les milieux sportifs, de sorte que la confusion des deux marques peut se faire aussi bien à Genève qu'à Berne. Peu importe aussi qu'il s'agisse de marques servant à distinguer deux commerces plutôt que deux fabriques, car la protection légale est la même dans les deux cas.

Il y a lieu de relever enfin deux circonstances qui justifient une certaine rigueur dans l'appréciation de l'imitation, c'est d'une part le fait que les deux marques sont apposées sur des marchandises de même genre (cf. RO 52 II p. 166) et, d'autre part, le fait que les recourants, avant de faire le choix de leur marque, connaissaient bien celle du demandeur, puisque l'un d'eux s'est rendu souvent dans son atelier.

VI. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

POURSUITTE ET FAILLITE

Vgl. Nr. 76. — Voir n° 76.

Vergl. III. Teil Nr. 50 und 51. — Voir III^e partie
N° 50 et 51.

I. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

82. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Dezember 1936 i. S. Menge gegen Schonlau.

Auflösung des Güterstandes der Güterverbindung durch Tod; Ermittlung des Vorschlages (Art. 214 ZGB):

Wie sind Gesellschaftsschulden eines Ehegatten zu berücksichtigen? (Erw. 1.)

Für vom Ehemann eingebrachtes verkauftes Gut erhält dieser regelmässig einfach den (Mehr- oder Minder-) Erlös. (Erw. 2.)

A. — Die Parteien sind die Erben der am 21. April 1927 verstorbenen Frau Menge, die Kläger als ihre Nachkommen aus erster, geschiedener Ehe mit Louis Schonlau, der Beklagte als deren Ehemann zweiter, am 6. Februar 1917 geschlossenen, kinderlos gebliebenen Ehe, die unter dem Güterstand der Güterverbindung des schweizerischen ZGB stand.

Beim Abschluss dieser Ehe war der Beklagte Eigentümer einer Zellulosefabrik und weiterer Grundstücke in Zell im badischen Wiesental. Am 18. Februar 1922 verkaufte er diesen Grundbesitz für 18,000,000 Papiermark, wovon 500,000 bei der Auflassung und der Rest nach 5 Jahren zu bezahlen waren, sowie 250,000 in 20 vierteljährlichen Raten zahlbare Schweizerfranken. Die ausstehenden 17,500,000 Papiermark wurden später auf 200,000 Reichsmark aufgewertet. In der güterrechtlichen Auseinandersetzung beansprucht der Beklagte, dass ihm für den verkauften Grundbesitz in Zell dessen Wert zur Zeit der Eheschliessung vergütet werde, den er schliesslich noch auf 550,000 Gold-