

solche nicht mehr streitig ist, zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Hauptberufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 13. Mai 1938 wird bestätigt.

## VII. MARKENSCHUTZ

### PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

#### 42. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Mai 1938 i. S. Keller gegen Keller & Co.

Markenrecht, Firmenrecht. « Wollen-Keller » als Marke und als Geschäftsbezeichnung.

1. Markenrecht an Zeichen, die an sich nicht schutzfähig sind, sich aber durch langandauernden Gebrauch durchgesetzt haben. Erw. 1.
2. Firmenrecht. Individualrecht an sog. Geschäftszeichnungen (enseignes). Voraussetzungen und Geltungsbereich. Erw. 3.

A. — Die Klägerin betreibt in Zürich an zwei Geschäftsstellen mit Verkaufslokalen unter der Firma « Keller & Co<sup>e</sup> zum Wollenhof » ein Detailgeschäft für Woll- und Baumwollwaren, Bonneterie, Chemiserie und Garne. Sie ist beim Publikum seit Jahrzehnten bekannt unter dem Namen « Wollen-Keller » und bedient sich dieser Bezeichnung teils neben der eigentlichen Firma, teils ohne diese, auch als Firmenschild an den beiden Geschäftsstellen, ferner in der Zeitungsreklame, in Katalogen, in Prospekten, auf Briefbogen, Rechnungen und Verpackungsmaterial. Am 2. Februar 1932 liess die Klägerin die Bezeichnung Wollen-Keller auch als Marke eintragen und zwar in Verbindung mit einem Bild, das ein strickendes Mädchen darstellt.

Der Beklagte eröffnete Mitte April 1937 in Aarau ein Geschäft für Wollgarne, Tricotagen und Strickwaren. Dabei benützte er von Anfang an die Bezeichnung « Wollen-Keller » oder « Wollen-Keller Aarau » zur Ankündigung seines Geschäftes durch die Geschäftsschilder, durch Licht- und Zeitungsreklame, ferner auf Rechnungen, Lieferscheinen, sowie auf Verpackungen und Umhüllungen von Waren. Am 7. Juli 1937 liess er sich unter der Firma « Wollen-Keller » ins Handelsregister eintragen.

B. — Die Klägerin erblickt im Gebrauch der Bezeichnung Wollen-Keller durch den Beklagten einen Verstoß gegen ihre Rechte aus Marken- und Firmenrecht, eventuell die Verletzung eines ihr zustehenden Individualrechtes, und zudem unlautern Wettbewerb. Sie hat mit der vorliegenden Klage verlangt, dass dem Beklagten verboten werde, die Bezeichnung als Marke, als Firma und überhaupt irgendwie für geschäftliche Zwecke zu verwenden.

Die Klage ist vom Handelsgericht des Kantons Aargau durch Urteil vom 17. Februar 1938 geschützt worden. Das Bundesgericht hat dieses Urteil bestätigt.

*Aus den Erwägungen :*

1. — Die Klage stützt sich in erster Linie auf Markenrecht. Die eingetragene Marke der Klägerin besteht aus einer Kombination von Bild- und Wortzeichen. Der Beklagte benützt den einen Teil dieser Marke, die Worte Wollen-Keller.

Damit dem einzelnen Bestandteil eines zusammengesetzten Zeichens Schutzfähigkeit zukommt, muss er selbst wesentlich und unterscheidungskräftig sein. Sicher sind nun die einzelnen Worte « Wolle », « Keller » für sich allein nicht fähig, Warenzeichen im Sinne des Art. 1 MSchG zu sein, da das erste Wort eine reine Sachbezeichnung ist und das zweite einen sehr häufig vorkommenden Familiennamen darstellt. Es würde sich also fragen, ob die Zusammenfügung der beiden Worte zum Begriff « Wollen-Keller » eine eindrucksfähige Einheit hervorbringe, die geeignet

wäre, auf den Waren der Klägerin die Herkunft anzudeuten und sie von andern Waren der gleichen Art zu unterscheiden. Müsste diese Frage lediglich auf Grund der Schriftzeichen und der Wortbedeutung beantwortet werden, so könnte sie kaum bejaht werden. Denn die Bezeichnung « Wollen-Keller », die aus einer allgemeinen Sachbezeichnung und einem landläufigen Familiennamen zusammengesetzt ist, erscheint doch kaum so originell und markant, dass sie einen charakteristischen, individuellen Eindruck zu erwecken vermöchte.

Die Vorinstanz hat indessen als gerichtsnotorisch, sowie als aktenkundig und als einheitliches Ergebnis des Beweisverfahrens festgestellt, dass die Klägerin seit langer Zeit unter dem Namen Wollen-Keller beim Publikum in Zürich und in weiten Teilen der Schweiz, insbesondere auch in Aarau und Umgebung und im ganzen Kanton Aargau, bekannt ist, dass sie in diesen Gebieten ihre Kunden hat und dass sie die Bezeichnung Wollen-Keller auf der Ware und dem Verpackungsmaterial markenmässig benützt. Die Bezeichnung ist dadurch zum eigentlichen Kennzeichen, zur schlagwortartigen Benennung der Klägerin geworden, und diese wird im breiten Publikum und in den Abnehmerkreisen so genannt und unter dieser Benennung erkannt. Damit werden naturgemäss auch die mit Wollen-Keller bezeichneten Waren als von der Klägerin stammend gekennzeichnet. Der Klägerin ist damit ein Individualrecht auf die Führung der Bezeichnung Wollen-Keller zugewachsen.

Dieses durch die tatsächlichen Vorgänge erworbene Individualrecht wirkt sich in erster Linie markenrechtlich aus. Unter dem Einfluss der Pariser Übereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums, insbesondere des Art. 6 Abs. 2 Ziff. 2 Schlusssatz, hat sich in den Verbandsländern der Grundsatz Geltung verschafft, dass sich nicht schutzfähige Bezeichnungen durch langedauernden und umfangreichen Gebrauch als Kennzeichen der Waren eines bestimmten Geschäftes durchsetzen können, und dass

diese sog. durchgesetzten Zeichen markenrechtlich anzuerkennen sind. Die Eintragung derartiger Zeichen stellt eine Bestätigung des im Verkehr vorliegenden tatsächlichen Zustandes dar. Das Recht will unter Verzicht auf eine rein formale Anwendung dem lebendigen Verkehr und dem bewährten Erfolg dienen. Die neuere Theorie und Praxis stehen einheitlich auf diesem Boden: HAGENS, Warenzeichengesetz S. 86, 88 und 89, FINGER, Warenzeichengesetz S. 118 und 223, PINZGER, Warenzeichenrecht, 1937, S. 54 und 55, 71 und 72. Der erwähnte Grundsatz bedeutet indessen nicht allein ein Zurückweichen des formalen Rechtes vor der Stärke der Tatsachen, sondern entspringt auch dem Bedürfnis, Treu und Glauben im Verkehr zur Anerkennung zu verhelfen, welcher Grundsatz gerade im Markenrecht immer mehr durchbricht. Es dient der Lauterkeit in Handel und Wandel, wenn der Gebrauch von Zeichen, die als Kennzeichen des Unternehmens eines andern allgemein bekannt und in Geltung sind oder mit solchen verwechselt werden können, verhindert wird.

Bedeutungslos ist für den Schutzanspruch, wie sich das Zeichen gebildet hat, ob durch den Berechtigten oder durch die beteiligten Kreise, wie letzteres bei Wollen-Keller der Fall zu sein scheint. Entscheidend ist die Anschauung der Abnehmer, also hier des Wolle kaufenden Publikums, bei dem sich das Zeichen als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb durchgesetzt haben muss. Die Vorinstanz hat die Beweisaufnahmen durchgeführt und diese Voraussetzung bestätigt gefunden. Es steht also fest, dass « Wollen-Keller » in den beteiligten Kreisen allgemein als Kennzeichen für die Waren der Klägerin gilt. Dass diese die Waren nicht selber herstellt, sondern sie von Fabrikanten oder Grossisten bezieht und im Detail weiterverkauft, spielt entgegen der Auffassung des Beklagten keine Rolle. Es genügt, in dieser Hinsicht auf Art. 1 MSchG zu verweisen, wonach ein Schutzanspruch nicht nur für Fabrik-, sondern ausdrücklich auch für Handelsmarken besteht.

Eine Einschränkung bei der Zulassung von durchgesetzten Zeichen zum markenrechtlichen Schutz muss immerhin gemacht werden. Es dürfen dadurch dem Verkehr nicht Begriffe entzogen werden, die schlechterdings unentbehrlich sind, wie etwa Brot, Schuhe, Kleider, Wolle, Baumwolle usw. Bei der zusammengefügtten Bezeichnung Wollen-Keller handelt es sich indessen nicht um einen derartigen Begriff. Das Wortzeichen verengert den Begriff Wolle durch den Hinweis auf ein bestimmtes Geschäft. Der Verkehr kann ohne den Begriff Wollen-Keller auskommen. Und jeder Firma namens Keller, die mit den nämlichen Waren handelt wie die Klägerin, steht unter Vermeidung des Wortes Wolle eine ähnliche Wortbildung zur Verfügung, durch die eine Gattung aus den verschiedenen von ihr geführten Handelsartikeln zum Charakteristikum des Unternehmens erhoben werden kann, Wortbildungen etwa wie « Tricot-Keller », « Hemden-Keller », « Garn-Keller » usw.

Der Beklagte hat in den Rechtsschriften andeutungsweise in Anspruch genommen, für die Bezeichnung Wollen-Keller die Priorität zu besitzen. Er verweist dafür auf den Umstand, dass seine Postscheckadresse seit 30 Jahren so laute. Dadurch allein wird indessen ein Kennzeichen nicht zum allgemein anerkannten Kenn- oder Schlagwort. Zudem zeigt das Ergebnis des Beweisverfahrens eindeutig, dass die Bezeichnung Wollen-Keller beim Publikum ausschliesslich im Hinblick auf die Klägerin Anerkennung geniesst.

Der markenrechtliche Anspruch der Klägerin auf die ausschliessliche Führung des einen Bestandteiles ihrer Marke, der Worte Wollen-Keller, ist deshalb grundsätzlich zu schützen. Es ist nach dem Gesagten auch ohne weiteres klar, dass dieser Teil der Marke der wesentliche ist, d. h. derjenige Teil, der in den Augen der beteiligten Verkehrskreise die Waren der Klägerin entscheidend charakterisiert. Nach BGE 43 II 95 ff. kann sehr wohl der wesentliche Teil einer aus Bild und Worten kombinierten Marke allein in

den Worten liegen. Es kommt dabei, wie stets im Markenrecht, auf die Verkehrsauffassung an.

Der Zusatz « Aarau », den der Beklagte — übrigens nur teilweise — der Bezeichnung Wollen-Keller hinzugefügt hat, ist, wie die Vorinstanz feststellt, nicht geeignet, seine Waren oder sein Geschäft von denjenigen der Klägerin zu unterscheiden, da die Kunden, was durchaus natürlich ist, nicht auf ein selbständiges Unternehmen, sondern auf eine Filiale der Klägerin schliessen.

Dem Beklagten ist deshalb der markenrechtliche Gebrauch des Kennzeichens Wollen-Keller mit oder ohne Beifügung des Ortsnamens Aarau zu verbieten.

2. — (Unlauterer Wettbewerb).

3. — Besonders geprüft werden muss noch die firmenrechtliche Seite des Rechtsstreites, an der die Vorinstanz mit einigen allgemeinen Bemerkungen vorbeigegangen ist. Dass der Beklagte die Bezeichnung Wollen-Keller auch nicht als Firma verwenden darf, ergibt sich nicht nur aus den Grundsätzen über den unlauteren Wettbewerb, sondern folgt ebenso aus dem markenrechtlichen Schutz dieses Kennzeichens zugunsten der Klägerin. Denn da nach Art. 1 Ziff. 1 MSchG die Geschäftsfirmen ohne weiteres als Marken betrachtet werden, könnte der Beklagte bei Zulassung der Bezeichnung Wollen-Keller als Geschäftsname diese Bezeichnung auf dem Umweg über das Firmenrecht als Marke einführen, was nach den früheren Ausführungen die Rechte der Klägerin verletzen würde.

Der Klägerin steht indessen noch ein anderer Rechtsbehelf zu Gebote, um dem Beklagten die Führung der Firma Wollen-Keller zu versagen, und zwar unter der Herrschaft sowohl des neuen als des alten Firmenrechtes. Die eingetragene, kaufmännische Firma der Klägerin lautet « Keller & C<sup>ie</sup> zum Wollenhof ». Die Klägerin selbst erklärt mit Recht, dass die Bezeichnung Wollen-Keller nicht ihre Firma und auch nicht ein Teil oder Zusatz ihrer Firma ist. Dagegen wird von ihr und wird vom Publikum die Zusammenstellung Wollen-Keller nicht nur

benützt zur Bezeichnung der von der Klägerin stammenden Waren, sondern auch zur landläufigen Kennzeichnung ihres Geschäftsbetriebes. Der Begriff dient also zur Kenntlichmachung und Unterscheidung des klägerischen Unternehmens. Er ist die sog. Geschäftsbezeichnung eines gewerblichen Unternehmens, dessen Kennzeichnung durch ein Schlagwort. Solche Geschäfts- oder Etablissementsbezeichnungen sind den meisten modernen Rechten bekannt, in Deutschland unter dem Begriff der « besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäftes » (vgl. deutsches Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb Art. 16), in Frankreich als « nom-enseigne », in Italien als « insegna » und in England als « Trade-name ». Allgemein ist anerkannt, dass solche Geschäftsbezeichnungen neben der eigentlichen Firma bestehen können und dass ihnen, wenn sie inhaltlich bestimmte Voraussetzungen erfüllen, rechtlicher Schutz gebührt. Bald wird das Recht an der Geschäftsbezeichnung als ein Recht der Persönlichkeit, bald als ein Immaterialgut und bald als ein Vermögensrecht aufgefasst, letzteres namentlich in Frankreich. Dabei handelt es sich in allen Rechten nicht etwa bloss, wie der französische Name anzudeuten scheint, um den an der Geschäftsstelle angebrachten Schild, sondern um die Bezeichnung, wie sie auf Briefbogen und Geschäftspapieren und anderweitig im Verkehr gehandhabt wird.

In der Schweiz bestehen solche Geschäftsbezeichnungen seit langem und in vielfacher Art. Man denke an die Hotelnamen, an Zusammensetzungen nach dem klägerischen Muster wie « Seiden-Grieder » und « Blumen-Krämer », an die Bezeichnung einer Konditorei mit « Chez Lisette » oder an die Bezeichnung eines Coiffeurgeschäftes « Chez Eugène ». Für schweizerische Rechtsverhältnisse ist das Recht an der Geschäftsbezeichnung ebenfalls anerkannt, und in Anlehnung an die Behandlung ähnlicher immaterieller Güter ist es in die Individualrechte einzureihen im Sinne von Art. 28 ZGB. Zur ganzen Materie sind zu vergleichen: SCHLEGELBERGER, Rechtsvergleichendes Hand-

wörterbuch, Band 3, S. 417 ff.; FINGER, Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb nebst den Rechten am Namen, S. 309 ff.; POUILLET, Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale, Paris 1906, S. 822.

Gleich wie die Marke muss nach allgemein anerkannten Grundsätzen auch die Geschäftsbezeichnung nach ihrem Inhalt individualisierend und unterscheidungskräftig sein. Freizeichen, insbesondere Sachbezeichnungen, sind dafür grundsätzlich untauglich. Doch gelten auch hier markenrechtliche Anschauungen insofern, als eine aus Freizeichen gebildete Geschäftsbezeichnung sich durch langen Gebrauch und durch die Anerkennung in den beteiligten Kreisen zum unterscheidungskräftigen Kennzeichen eines Unternehmens durchsetzen kann. Es ist zu verweisen auf FINGER, Wettbewerbsgesetz S. 317 und BGE 59 II 160, wo das Bundesgericht denselben Grundsatz für die Zulässigkeit und Anerkennung sogar einer eigentlichen Firma-bezeichnung aufgestellt hat.

Die Wortbildung Wollen-Keller ist darnach eine der Klägerin zustehende, rechtlich schützbares Geschäftsbezeichnung. Es verschlägt dabei nichts, dass durch das nämliche Zeichen auch die Ware geschützt ist, was durchaus nicht selten vorkommt (vgl. FINGER a.a.O., S. 311). Hingegen ist im Gegensatz zum Marken- und Firmenrecht das Recht an der Geschäftsbezeichnung ein örtlich beschränktes. Das Alleinrecht an einer solchen Bezeichnung besteht nur im Geschäftskreis ihres Trägers. Dies hängt damit zusammen, dass das Recht ausschliesslich durch die Tatsache des Gebrauchs, eventuell auch der Anerkennung der Geschäftsbezeichnung entsteht und deshalb nicht weiter reichen kann als die tatsächliche Auswirkung.

Da nachgewiesen ist, dass der Geschäftskreis der Klägerin die Stadt Aarau und den Kanton Aargau mitumfasst, verletzte der Beklagte — abgesehen vom unlautern Wettbewerb — auch das Recht der Klägerin auf alleinige Führung der Geschäftsbezeichnung Wollen-Keller, als er sich die gleichlautende Firma zulegte. Er kann das nicht

mit dem Hinweis auf Art. 944 rev. OR bestreiten, wonach es zulässig sei, in die Firma Angaben über die Natur des Unternehmens aufzunehmen. Diese Bestimmung gilt nur unter Vorbehalt der allgemeinen Grundsätze, insbesondere des Grundsatzes, dass durch die Firma nicht Rechte Dritter verletzt werden dürfen.

VIII. SCHULDBETREIBUNGS-  
UND KONKURSRECHT  
POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. Nr. 37. — Voir n° 37.

I. FAMILIENRECHT  
DROIT DE LA FAMILLE

43. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung  
vom 30. September 1938 i. S. Frisch gegen Baumann.

Art. 314 Abs. 2 ZGB. Erhebt der Vaterschaftsbeklagte die Einrede, die Kindsmutter habe in der kritischen Zeit noch mit einem andern Manne geschlechtlich verkehrt, so kann die Klägerschaft die Durchführung der Blutgruppenuntersuchung bezüglich des Andern verlangen.

.....

3. Nachdem die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts die Blutgruppenuntersuchung als schlüssiges Beweismittel zur Zerstörung der Vermutung der Vaterschaft des Beklagten und einen daherigen Anspruch des letztern auf deren Durchführung anerkannt hat (BGE 60 II 84, 61 II 75), ist es ein Gebot der Logik und der Billigkeit, dass sie auch der Klägerin gewährt werde zum Nachweise, dass ein Dritter, mit dem sie verkehrt hatte, nicht der Vater sein könne; denn sobald — bei einem solchen positiven Resultat der Blutprobe — dies feststeht, ist der aus dem Verkehr mit diesem Dritten sich ergebende Zweifel beseitigt, also die Exceptio nach Art. 314 Abs. 2 entkräftet und die Vermutung der Vaterschaft des Beklagten wieder hergestellt. Ob allerdings für einen am Prozesse nicht beteiligten Dritten eine Rechtspflicht zur Hergabe einer Blutprobe bestände, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechts. Da die Klägerin das Begehren um Durchführung der Blutuntersuchung bezüglich des G. gestellt hat, muss diese angeordnet werden mit der Wirkung, dass im Falle des Ausschlusses der Vaterschaft des G. die Klage gegen F. geschützt, im gegenteiligen Falle aber abgewiesen