

dem vormaligen Besitzer der Schuldbriefe und Eigentümer des belasteten Grundstücks über das Recht Vogels, die Schuldbriefe für eigene Rechnung zu verpfänden, erkundigen sollen, worauf sie den wahren Sachverhalt erfahren hätte. Da sie dies unterlassen hat, kann sie sich gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf den guten Glauben berufen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Berufung der Erstbeklagten wird gutgeheissen, das Dispositiv 1 des Urteils der Vorinstanz aufgehoben und die Vindikationsklage gegen die Erstbeklagte abgewiesen.

2. Die Berufung der Zweitbeklagten wird abgewiesen und das Dispositiv 2 des Urteils der Vorinstanz bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

17. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. März 1944

i. S. Ostbye gegen Wehrli & Co. A.-G.

Unlauterer Wettbewerb, Ausstattungsschutz. Art. 48 OR.

Verhältnis des Markenschutzes zum Schutz der originellen und der nicht originellen Ausstattung.

Schutz der nicht originellen Ausstattung nur, wenn an ihr ein Individualrecht besteht. Voraussetzung für ein solches ist Verkehrsgeltung; Begriff derselben. Begriff der beteiligten Verkehrskreise.

Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage bei der Ermittlung der Verkehrsgeltung.

Concurrence déloyale. Protection de l'aspect donné à la marchandise. Art. 48 CO.

Relation entre protection de la marque et celle de l'aspect, original ou banal, de la marchandise.

L'aspect sans originalité n'est protégé que s'il fait l'objet d'un droit individuel. Notion et condition de la force distinctive de l'aspect sur le marché. Notion des milieux intéressés.

Délimitation du fait et du droit pour la détermination de la force distinctive.

Concorrenza sleale; protezione dell'aspetto dato ad una merce. Art. 48 CO.

Rapporto tra la protezione della marca e la protezione dell'aspetto originale o non originale della merce.

L'aspetto non originale è protetto soltanto se è l'oggetto d'un diritto individuale, ossia se si è affermato nel commercio.

Notione dei circoli commerciali interessati.

Delimitazione tra il fatto ed il diritto per stabilire se l'aspetto non originale si sia affermato nel commercio.

Aus dem Tatbestand:

Der Skifabrikant Ostbye in Oslo stellt unter der Marke «Splitkein» einen Ski her, dessen braune Oberfläche mit schmalen hellen Randstreifen verziert ist. Die Firma Wehrli & Co. A.-G. in Erlenbach bringt auf den von ihr hergestellten Skis, die sie unter dem Namen «No-split» vertreibt, ebenfalls solche hellen Randstreifen an. Die von Ostbye deswegen erhobene Klage aus unlauterem Wettbewerb wird vom Bundesgericht abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

I. — a) Der Individualisierung einer Ware zum Zwecke, sie als das Produkt eines bestimmten Herstellers zu charakterisieren, dient vorab das Markenzeichen. An diesem besteht kraft der ihm durch das Gesetz zuerkannten Ausschliesslichkeit ein Individualrecht seines Inhabers. Die Marke ist eine Erscheinungsform von dessen wirtschaftlicher Persönlichkeit und geniesst als solche den Schutz, den das Recht der Persönlichkeit zuteil werden lässt. Der Inhaber der Marke kann auf Grund ihres Bestehens allein jedem Konkurrenten den Gebrauch desselben oder eines ihm ähnlichen Zeichens verbieten. Bei der Marke hat man es deshalb mit der höchsten, für den Produzenten günstigsten Kennzeichnungsstufe zu tun.

b) Wer seine Ware aus irgendeinem Grunde nicht markenrechtlich schützen lassen will, kann sie — oder wenigstens ihre Verpackung — aber auch bloss originell ausstatten. Wie die Marke, so verschafft auch die originelle Ausstattung ihrem Schöpfer ein Individualrecht. Denn auch sie gehört um ihrer Originalität willen zu

den Kennzeichengütern der wirtschaftlichen Persönlichkeit. Dagegen ist ihr Schutz schwächer als derjenige der Marke. Er kann nur im Rahmen des Verbots des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 48 OR gewährt werden. Voraussetzung ist somit eine Verletzung oder mindestens Gefährdung des Individualrechts durch Machenschaften eines Konkurrenten, die gegen Treu und Glauben verstossen. Das trifft vorab dann zu, wenn infolge Nachahmung der originellen Ausstattung die Gefahr einer Verwechslung der beidseitigen Produkte und damit eine Beeinträchtigung des Urhebers der Ausstattung in seiner Geschäftskundschaft hervorgerufen wird. Im Vordergrund steht also hier die durch die Nachahmung geschaffene Gefahr einer Verwechslung der beiden Konkurrenzprodukte.

c) Verzichtet ein Produzent sogar auf eine originelle Ausstattung seiner Ware oder ihrer Verpackung, so wird ihm zwar nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts der Ausstattungsschutz unter dem Gesichtspunkte des Art. 48 OR nicht mehr schlechthin versagt, wie dies nach der früheren Praxis der Fall gewesen war, die ein Individualrecht nur beim Vorliegen einer originellen Ausstattung anerkannt hatte. Dagegen setzt die Erwerbung eines Individualrechts an einer nicht originellen Ausstattung voraus, dass diese sich im Verkehr durchgesetzt hat als Hinweis auf denjenigen, der sie als sein Kennzeichen in Anspruch nimmt. Es muss erwiesen sein, dass ein nicht unerheblicher Teil der in Frage kommenden Verkehrskreise sich daran gewöhnt hat, die Ware des ersten Herstellers wegen ihrer zwar nicht originellen, aber immerhin doch noch kennzeichnenden Ausstattung mit einer bestimmten — und zwar immer derselben — Herkunftsstätte in Verbindung zu bringen (BGE 69 II 295 ff. und dort erwähnte Entscheide und Literatur). Der Hinweis muss überdies einen bestimmten Intensitätsgrad erreicht haben. Die Ausstattung muss so sehr zum Kennzeichen für das Produkt des ersten Herstellers geworden

sein, dass der Artikel ohne nähere Prüfung, lediglich auf Grund der Ausstattung, als Erzeugnis des betreffenden Herstellers hingenommen wird. Nur unter dieser Voraussetzung darf der Ausstattung trotz mangelnder Originalität Verkehrsgeltung zuerkannt werden. Es genügt somit nicht, wenn die beteiligten Verkehrskreise vielleicht auf den ersten Blick geneigt sind, auf eine bestimmte Herkunftsstätte zu schliessen, vor einem Erwerb sich aber noch eine nähere Prüfung vorbehalten; denn dann wird die Ware eben nicht auf Grund der Ausstattung schlechthin als die eines ganz bestimmten Produzenten hingenommen.

Im Gegensatz zu der originellen Ausstattung liegt also bei der nicht originellen das Hauptgewicht nicht auf der Frage der Verwechselbarkeit, sondern auf derjenigen der Verkehrsgeltung. Bei der originellen Ausstattung besteht das Individualrecht kraft der Originalität. Es genügt daher der Nachweis der Verwechslungsgefahr für den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs. Bei der nicht originellen Ausstattung reicht die Verwechselbarkeit allein noch nicht hin. Es muss darüber hinaus noch die Verkehrsgeltung im oben genannten Sinne dargetan sein. Fehlt diese, so stellt selbst eine sklavische Nachahmung der Ausstattung keinen unlauteren Wettbewerb dar, da kein Individualrecht besteht, das verletzt werden könnte. Ist aber die Verkehrsgeltung nachgewiesen, so ist damit zugleich dargetan, dass jede gleich ausgestattete Ware eines andern mit derjenigen des ersten Ausstatters verwechselbar ist. Insofern ist also die Verwechslungsgefahr der Verkehrsgeltung inhärent und bedarf nicht noch eines besonderen Nachweises. Lediglich bei nicht völliger Gleichheit der Ausstattung kann sich dann noch fragen, ob nicht die Verwechselbarkeit deswegen entfallt.

d) Als beteiligte Verkehrskreise im Sinne der vorstehenden Ausführungen kommen vorwiegend oder gar ausschliesslich die Verbraucher in Betracht. Der Händler scheidet im allgemeinen aus, weil er der Gefahr der Ver-

wechslung ähnlicher Ausstattungen infolge seiner Branchenkenntnis nicht so leicht erliegt (so auch das deutsche Reichsgericht in GRUR 1937 S. 704). Die Kenntnisse und Auffassungen der allein massgebenden Verbraucher können jedoch, weil ihre Zahl zu gross ist, nicht mit genügender Sicherheit unmittelbar erfasst werden. Der Richter wird daher im allgemeinen darauf angewiesen sein, diejenigen zu befragen, die mit dem letzten Verbraucher die engste Berührung haben, und das sind die Vertreter des Detailhandels. Auf diesem Wege kommt man somit gleichwohl zu einer Einvernahme der Händler. Diese sind indessen nicht über ihre eigenen Auffassungen hinsichtlich der Verwechselbarkeit, Kennzeichenkraft, Täuschung oder Verkehrsanerkennung zu befragen, sondern vielmehr über ihre Erfahrungen mit der Kundschaft, auf deren Anschauungen es ankommt (Vgl. hiezu MENZEL, Beweisführung und Beweiswertung in Fragen der Anschauung des Verkehrs, in GRUR 1938 S. 491 ff.).

2. — a) Im vorliegenden Falle entbehren die hellen Randstreifen, welche der Kläger auf der Oberseite seiner Splitkeinskis anbringt, zweifellös der Originalität. Ein Anspruch darauf, dass ein anderer Skifabrikant sie nicht ebenfalls verwende, besteht somit von vorneherein nur, wenn sie im eingangs dargelegten Sinne Verkehrsgeltung zugunsten der Produkte des Klägers erlangt haben.

Die Vorinstanz hat diese Frage bejaht. Allein aus den tatsächlichen Feststellungen, die sie getroffen hat, ist ersichtlich, dass sie von einer anzutreffenden Auffassung des Begriffes der Verkehrsgeltung ausgegangen ist.

Auf Grund der Aussagen einer Anzahl von Detailhändlern der Skibranche, die sie in richtiger Weise über ihre Erfahrungen mit der Käuferschaft befragt hat, ist die Vorinstanz nämlich zum Schlusse gelangt, dass der Durchschnittskäufer beim Kaufe eines Skis keineswegs nur auf den hellen Randstreifen abstelle. Er sehe nicht jeden so ausgestatteten Ski schlechthin als Splitkeinski des Klägers an, sondern ziehe vielmehr weitere Erkundigungen über die Identität des Produktes ein. Sodann

hat die Vorinstanz einzelne Verbraucher einvernommen, vorab Skilehrer und bekannte Skifahrer. Dabei hat sich ergeben, dass diese Kategorie von Verbrauchern, die Spezialisten sind, sich zwar vielleicht auf den ersten Blick, auf Distanz, täuschen lassen, dass auch sie indessen ohne nähere Prüfung nichts Entscheidendes unternehmen.

Diese Feststellungen der Vorinstanz, die das Ergebnis einer nicht gegen bundesrechtliche Bestimmungen verstossenden Beweiswürdigung darstellen, sind für das Bundesgericht nach Art. 81 OG verbindlich. Entgegen der Ansicht des Klägers ist es eine rein tatsächliche Frage, ob ein Ski mit weissen Randstreifen vom massgebenden Publikum ohne nähere Prüfung als Produkt des Klägers hingenommen werde, ob mit andern Worten diese Ausstattung Verkehrsgeltung zugunsten des Klägers erlangt habe. Diese Frage ist sorgfältig zu trennen von derjenigen der Verwechselbarkeit zweier Ausstattungen, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Rechtsfrage zu behandeln ist. (BGE 69 II 205 ff.). Denn während die letztere Frage an Hand von überprüfbaren Erfahrungssätzen zu entscheiden ist, handelt es sich bei der ersteren darum, die konkreten Verhältnisse in Bezug auf einen ganz bestimmten Artikel zu ermitteln.

b) Aus den Feststellungen der Vorinstanz ergibt sich in rechtlicher Hinsicht, dass der in Frage stehenden Ausstattung die vom Kläger behauptete Verkehrsgeltung nicht zukommt. Denn die massgebenden Verkehrskreise schliessen aus der Ausstattung nicht schlechthin, sondern gewissermassen nur vorläufig auf einen bestimmten Hersteller, um dann vor der definitiven Entscheidung noch eine nähere Prüfung vorzunehmen, bzw. sich aufklären zu lassen.

Geht man vom richtigen Begriff der Verkehrsgeltung aus, so erweist sich auch die Auffassung des Klägers als unstichhaltig, es sei nicht erforderlich, dass der Irrtum des Käufers auch im Laden noch anhalten müsse. Die Verwechslung, die den Käufer in den Laden führt, ist eben noch nicht entscheidend, weil sie nicht den Kaufentschluss

zu veranlassen vermag, in dessen gleichsam automatischer Auslösung das Wesen der Verkehrsgeltung liegt. Auch hier vermischt der Kläger die Frage der Verkehrsgeltung mit derjenigen der Verwechslungsgefahr. Seine Ausführungen über die letztere, sowie darüber, wie weit die Kognitionsbefugnis des Bundesgerichtes in Bezug auf sie reiche, treffen zwar an sich zu, gehen aber an der Sache vorbei. Mangels Verkehrsgeltung stellt sich die Frage der Verwechslungsgefahr in diesem Sinne überhaupt nicht mehr.

Die Verkehrsgeltung wird auch nicht erstellt dadurch, dass nach den Feststellungen der Vorinstanz bisweilen oberflächliche Käufer der Täuschung erliegen und Nospitskis erwerben im Glauben, es handle sich um das Produkt des Klägers. Ebenso ist ohne Bedeutung, dass gelegentlich unseriöse Händler durch absichtliche Täuschung der Käufer die Aufklärung des primär vorhandenen Irrtums verhindern. Denn Fälle der einen wie der andern Art bilden nach der wiederum verbindlichen Feststellung der Vorinstanz seltene Ausnahmen. Sie können also selbstverständlich nicht einen erheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise ausmachen, wie dies für die Annahme der Verkehrsgeltung erforderlich wäre.

Der Kläger glaubt die Feststellung der Vorinstanz über die Seltenheit der Täuschung der Käufer durch die Verkäuferschaft anfechten zu können. Er ist der Meinung, die Frage, ob die Käufer in den Läden regelmässig über die Verschiedenheit der Produkte aufgeklärt werden, sei keine tatbestandliche Feststellung, sondern beruhe auf einem vom Bundesgericht überprüfbaren Erfahrungssatz. Diese Ansicht ist jedoch irrtümlich. Die Feststellungen der Vorinstanz betreffen vielmehr tatsächliche Vorgänge in einer bestimmten Branche, in der sich das Bundesgericht keine eigenen Kenntnisse anmassen darf, die es dem Ergebnis einer sorgfältigen kantonalen Beweiswürdigung entgegensetzen könnte.

18. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Februar 1944 i. S. Utzinger gegen Meister.

Art. 62, 68 OR. Stellt sich bei Erfüllung einer Schuld durch einen Dritten nachträglich der Nichtbestand der Schuld heraus, so ist auf Grund der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ob die Bereicherungsklage dem Dritten oder dem vermeintlichen Schuldner zusteht.

Art. 62, 68 CO. Lorsque, après l'exécution d'une obligation par un tiers, la dette se révèle inexistante, il y a lieu de décider suivant les circonstances si l'action pour enrichissement illégitime appartient au tiers ou au débiteur supposé.

Art. 62, 68 CO. Se, dopo l'adempimento d'un'obbligazione da parte d'un terzo, il debito risulta inesistente, devei decidere secondo le circostanze se l'azione per indebito arricchimento spetti al terzo o al debitore supposto.

A. — John Meister und Emil Utzinger schlossen am 20. September 1940 einen Vertrag mit dem Ziel, ein angeblich von Meister erfundenes Verfahren zur Herstellung von Zinn aus Blei zu verwerten. Utzinger verpflichtete sich u. a., Meister Fr. 30,000.— zu beschaffen und ihm davon Fr. 20,000.— bei Abschluss des Vertrages auszuhändigen. Am gleichen Tag erhielt Meister die Fr. 20,000.— und stellte dafür eine Quittung aus, worin er bescheinigte, von Martha Utzinger, der Ehefrau des Emil Utzinger, für « Vertrag vom 20. September 1940 zwischen J. Meister und E. Utzinger » Fr. 20,000.— erhalten zu haben.

Der Vertrag vom 20. September 1940 wurde im übrigen nicht vollzogen. Utzinger, der erst nachträglich erfahren haben will, dass es unmöglich ist aus Blei Zinn herzustellen, reichte am 15. April 1941 gegen Meister Strafklage wegen Betruges ein. Das Strafverfahren wurde in der Folge eingestellt, « da es sich um eine Zivilsache handle ». Noch vor der Einstellung, am 26. Mai 1941, schlossen Meister und Utzinger einen zweiten Vertrag ab, durch den Meister an Utzinger « sein von ihm erfundenes Leinölersatzmittel, genannt Lubinol » für die Herstellung und den Vertrieb im Ausland verkaufte. Ziff. 1 des Vertrages lautete: « Der Kaufpreis beträgt Fr. 50,000.— und wird getilgt durch Aufhebung des zwischen den gleichen Partnern am 20. September 1940 abgeschlossenen Vertrages. Der nach dem