

trag wesentlich auf den Erfolg an und sind Mass und Umfang der Tätigkeit des Mäklers, sofern wenigstens durch sie ein für die Abschlussbereitschaft des Dritten mitbestimmendes Motiv gesetzt wurde, für die Bemessung seines Lohnes nicht ausschlaggebend. Deshalb hat der Makler denn auch selbst dann Anspruch auf den ungeschmälernten Lohn, wenn der Auftraggeber die von jenem in Gang gebrachten Unterhandlungen selber in die Hand nimmt und es erst ihm gelingt, den Vertrag auf der Basis der vom Makler angeknüpften Beziehungen zum Abschluss zu bringen. Daraus folgt aber nicht notwendigerweise, dass dort, wo die schliessliche Herbeiführung des angestrebten Erfolges nicht den zusätzlichen Bemühungen des Auftraggebers selber zu verdanken ist, sondern dem Eingreifen weiterer, ebenfalls vom Verkäufer beauftragter Mäkler, jeder von diesen Anspruch auf den vollen Mäklerlohn habe. Diese Lösung ist vielmehr als unbillig abzulehnen, weil sie zu einer übermässigen Belastung des Auftraggebers führen würde. Es rechtfertigt sich daher, bei der Mitwirkung mehrerer Mäkler die Bedeutung ihrer Tätigkeit innerhalb der zum Erfolg führenden Zusammenhänge gegenseitig abzuwägen und jedem von ihnen nach Massgabe seines Anteils am Erfolg einen entsprechenden Anteil an dem vom Auftraggeber nur einmal zu entrichtenden Mäklerlohn zukommen zu lassen. Eine unbillige Härte gegenüber dem Makler liegt hierin nicht. Er muss damit rechnen, dass neben ihm noch andere Mäkler tätig sind; denn im Liegenschaftshandel beauftragt der Verkäufer regelmässig oder doch sehr oft mehrere Mäkler unabhängig voneinander. Will sich der Makler den ganzen Erfolg allein sichern, so kann er dies dadurch erreichen, dass er die Aufnahme einer Ausschlussklausel in den Vertrag verlangt.

Dem Umstand, ob die Aufträge an die verschiedenen Mäkler gleichzeitig oder zeitlich gestaffelt erfolgen, kann bei dieser Betrachtungsweise keine Bedeutung zukommen. An dem in den BGE 61 II 84 und 62 II 344 für den Fall gleichzeitiger Beauftragung mehrerer Mäkler — der da-

mals nicht zur Entscheidung stand — gemachten Vorbehalt kann daher nicht festgehalten werden. Damit entfällt der vom Kläger erhobene Einwand, die in den erwähnten Entscheiden vorgenommene Teilung des Mäklerlohnes komme nur in Frage bei zeitlich auseinanderfallender Beauftragung mehrerer Mäkler, und mangels einer Behauptung der Beklagten in dieser Hinsicht bedeute die Annahme der Vorinstanz, die Aufträge seien zeitlich gestaffelt erfolgt, einen Verstoss gegen die in Art. 8 ZGB aufgestellten Vorschriften über die Beweislast.

Vgl. auch Nr. 66. — Voir aussi n° 66.

### III. PROZESSRECHT

#### PROCÉDURE

Vgl. Nr. 62. — Voir n° 62.

### IV. MARKENSCHUTZ

#### PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

65. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. November 1946 i. S. Boehringer & Cie. A.-G. gegen Heilmittelwerke Wien G.m.b.H.

##### *Markenlizenz.*

Zulässigkeit der Markenlizenz und Unterlizenz, Voraussetzungen. Im Streit des Markeninhabers mit dem Lizenz- oder Unterlizenznehmer wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Marke kann der Lizenz- bzw. Unterlizenznehmer nicht das Markenrecht des Markeninhabers unter Hinweis auf seine Gebrauchspriorität bestreiten.

Art. 5, 11 MSchG; Art. 4 Madrider Übereinkommen.

*Marques de fabrique. Licence.*

Admissibilité de la licence et de la sous-licence.

Dans un procès pendant entre le titulaire de la marque et le licencié ou le sous-licencié au sujet d'un emploi de la marque contraire au contrat, le licencié ou le sous-licencié ne sont pas recevables à contester le droit à la marque au titulaire de celle-ci en invoquant la priorité d'usage.

LMF art. 5, 11 ; Arrangement de Madrid, art. 4.

*Marche di fabbrica ; licenza.*

Ammissibilità della licenza e della sottolicenza.

In una causa pendente tra il titolare della marca e il concessionario d'una licenza o d'una sottolicenza in merito ad un uso della marca contrario al contratto, il titolare della licenza o della sottolicenza non può contestare il diritto della marca al titolare di essa invocando la priorità dell'uso.

Art. 5, 11 della legge federale sulla protezione delle marche di fabbrica ; art. 4 dell'Accordo di Madrid.

*Aus dem Tatbestand :*

Die Klägerin, die Heilmittelwerke Wien G.m.b.H., ist Inhaberin der 1926 im österreichischen und 1927 im internationalen Markenregister eingetragenen Marke « Causyth » für ein Arzneimittel, dessen Herstellungsverfahren von dem 1938 verstorbenen Direktor Griese erfunden worden ist. Die Markeninhaberin räumte Griese eine Lizenz an der Marke Causyth ein. Griese seinerseits gewährte der Beklagten, der Boehringer & Cie. A.-G. in Basel, eine Unterlizenz für die Schweiz. Nach diesem Vertrag hatte die Beklagte das Alleinvertriebsrecht für das Arzneimittel Causyth in der Schweiz, das von Griese oder im Falle seines Todes von seinen Rechtsnachfolgern in den Räumen der Beklagten hergestellt werden sollte. Infolge von Differenzen stellte Griese die Lieferung von Causyth an die Beklagte ein. Diese ging hierauf dazu über, ein von ihr selber hergestelltes Präparat unter der Bezeichnung Causyth zu vertreiben, weshalb die Heilmittelwerke Wien G.m.b.H. gegen sie Klage auf Untersagung der Verwendung der Marke Causyth für das von ihr selbst hergestellte Präparat erhob. Die Beklagte bestritt die Aktivlegitimation der Klägerin mit der Begründung, trotz dem Registereintrag sei in Wirklichkeit nicht sie Inhaberin der Marke, sondern, kraft ersten Gebrauchs der Marke in der Schweiz, die

Beklagte. Das Bundesgericht weist diese Einwendung zurück auf Grund der folgenden

*Erwägung :*

6. — Die Beklagte wendet ein, die Rechtsvermutung zugunsten der Klägerin aus Art. 5 MSchG in Verbindung mit Art. 4 des Madrider Abkommens vom 14. April 1891 betr. die internationale Eintragung der Fabrik- und Handelsmarken, letztmals revidiert in London am 2. Juni 1934, falle dahin, weil die Beklagte die erste gewesen sei, welche die Marke *in der Schweiz* gebraucht habe und infolgedessen die wahre Berechtigte sei.

Die Vorinstanz hat diese Einwendung zurückgewiesen aus der Erwägung, der erste Gebrauch der Marke durch die Klägerin in Oesterreich genüge, um ihr einen Anspruch auf Schutz ihrer internationalen Marke auch in der Schweiz zu verschaffen.

In ihrer Berufungsschrift greift die Beklagte diese Auffassung an mit der Behauptung, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf das Universalitätsprinzip abgestellt, während nach der heute in der Literatur herrschenden Meinung das Territorialitätsprinzip massgebend sei und deshalb der erste Gebrauch der Marke durch die Klägerin in Oesterreich für die Frage des Bestehens eines ihr zustehenden Markenrechtes in der Schweiz belanglos sei.

a) Die Frage der Priorität ist auch bei internationalen Marken, die Gegenstand eines Rechtsstreites in der Schweiz bilden, gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts nach schweizerischem Recht zu entscheiden (BGE 63 II 123 und dort erwähnte Entscheide). Ob nach schweizerischem Recht der erste Gebrauch einer Marke im Ausland zur Geltendmachung der Priorität auch in der Schweiz ausreiche, kann indessen im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, weil die Klägerin den ersten Gebrauch der Marke auch in der Schweiz für sich in Anspruch nehmen kann. Denn wie bereits dargelegt wurde, hat das Bundesgericht davon auszugehen, dass die Beklagte sich

in der Rechtsstellung eines Unterlizenznehmers befindet. Dass eine derartige Lizenz nach schweizerischem Recht, insbesondere auf Grund von Art. 11 MSchG, nicht zulässig wäre, behauptet die Beklagte selber nicht. Abgesehen hiervon hat das Bundesgericht die Zulässigkeit einer Markenlizenz bejaht, sofern nicht die Gefahr einer Täuschung des Publikums über die Herkunft der vom Lizenznehmer mit der Marke des Lizenzgebers versehenen Waren besteht (BGE 61 II 61, 58 II 180). Diese Gefahr fällt im vorliegenden Falle ausser Betracht, da ja die Beklagte grundsätzlich nur zum Vertrieb des von Griese für sie hergestellten Originalproduktes Causyth befugt sein sollte und tatsächlich, wie nicht streitig ist, in den ersten Jahren des Vertragsverhältnisses mit Griese die Marke nur für das Originalprodukt gebraucht hat. Unter solchen Umständen ist aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Gebrauch der Marke durch den Lizenznehmer dem Lizenzgeber und Markeninhaber als eigener Gebrauch zuzurechnen (BGE 61 II 62). Dass im vorliegenden Fall die Klägerin mit der Beklagten selber in keinem Vertragsverhältnis steht, sondern nur mit Griese, der seinerseits auf Grund der ihm von der Klägerin eingeräumten Lizenz der Beklagten eine Unterlizenz erteilt hat, ist ohne Belang. Auch der Markengebrauch durch den Unterlizenznehmer ist als Gebrauch des Markeninhabers zu bewerten, sofern in diesem Verhältnis die generelle Voraussetzung der Zulässigkeit der Markenlizenz, nämlich das Fehlen einer Täuschungsgefahr, ebenfalls erfüllt ist.

b) Gegenüber dem BGE 61 II 62 ist allerdings geltend gemacht worden, das Gesetz stelle ab auf den Gebrauch als tatsächlichen Vorgang; mangels eines Hinweises auf einen Dritten werde der Abnehmer das Zeichen dem Benützer zurechnen; diese Rechtslage könne nicht durch eine interne Vereinbarung verschoben werden (MATTER, Kommentar zum MSchG, Art. 1 N. VI 3 lit. e, S. 49).

Dies steht indessen nicht in unvereinbarem Widerspruch mit jenem Entscheid. Denn der Gebrauch eines Markenzeichens als solcher, ohne Rücksicht darauf, ob er originär

erfolgt oder derivativ (d. h. auf Grund vertraglicher Vereinbarung mit dem Markeninhaber), verschafft dem Gebraucher gewisse im Markenrecht verwurzelte Befugnisse (vgl. MATTER a.a.O.). Infolgedessen kann sich z. B. der Lizenznehmer, der nachträglich durch Übertragung das volle Recht an der Marke erwirbt, zweifellos gegenüber einem Dritten, der das betreffende Zeichen vor der Übertragung auf den Lizenznehmer gebraucht hat, auf seinen früheren Gebrauch berufen, ungeachtet des Umstandes, dass er damals noch nicht Markeninhaber, sondern nur Lizenznehmer war. In einem solchen Falle wäre wohl der tatsächliche Gebrauch als ausschlaggebend zu betrachten, während auf die diesem zu Grunde liegenden internen Beziehungen nichts ankäme.

Anders verhält es sich dagegen, wenn jemand, der lediglich auf Grund vertraglicher Abmachungen mit dem Inhaber, also im Einverständnis mit diesem und gestützt auf seinen Willen, die Marke gebraucht, hernach die Priorität dieses Gebrauches dem Markeninhaber oder einem vertraglichen Rechtsnachfolger desselben entgegenhalten will. So verhielt es sich in dem in BGE 61 II 61 f. veröffentlichten Fall. Dort hatte die Klägerin (Thiele A.G.) auf Grund einer Lizenz der Markeninhaberin Prée G.m.b.H. als erste in der Schweiz die Marke « Contrazol » gebraucht, die in Deutschland für die Prée eingetragen war. In der Folge kündigte die Prée der Thiele A.G. den Lizenzvertrag und übertrug die Lizenz für die Schweiz der Preola A.G. Als die Prée die Marke im internationalen Register eintragen liess, erhob die Thiele A.G., die kurz zuvor dieselbe Marke im schweizerischen Register auf ihren eigenen Namen hatte eintragen lassen, gegen die Preola A.G. unter Berufung auf ihre Gebrauchspriorität in der Schweiz Klage. Das Bundesgericht wies die Klage jedoch ab aus der Erwägung, die Thiele A.G. habe auf Grund der Lizenz die Marke nicht in ihrem eigenen Namen gebraucht, sondern im Namen der Markeninhaberin und Lizenzgeberin Prée G.m.b.H.

Diese Betrachtungsweise war durchaus gerechtfertigt.

Unter derartigen Umständen ist es in der Tat unumgänglich notwendig, für die Beurteilung der markenrechtlichen Befugnisse der Beteiligten, selbst soweit sie unter sich nicht in einem direkten Vertragsverhältnis stehen, die verschiedenen internen vertraglichen Beziehungen mit heranzuziehen. Diese Lösung trägt allein dem fundamentalen Prinzip des Gebotes zum Handeln nach Treu und Glauben Rechnung. Eine absolute, die internen Vertragsbeziehungen aus dem Spiel lassende Betrachtung des Markengebrauches durch den Lizenznehmer würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Die Rechtslage weist weitgehende Ähnlichkeit auf mit derjenigen gemäss Art. 931 Abs. 2 ZGB, wonach z.B. der Mieter einer beweglichen Sache sich gegenüber dem Eigentümer nicht auf die durch den Besitz geschaffene Eigentumsvermutung berufen kann.

Mit dem in Frage stehenden Entscheid sollte aber lediglich gesagt werden, dass der Lizenznehmer dem Markeninhaber den früheren, auf den internen Abmachungen beruhenden Gebrauch nicht entgegenhalten könne. Dagegen sollte keineswegs der allgemeine Grundsatz aufgestellt werden, dass der Lizenznehmer die Marke nur im Namen und in Vertretung des Markeninhabers gebrauchen und sich einem Dritten gegenüber auf diesen Gebrauch nicht berufen könne. Hiegegen allein richtet sich aber offenbar die Kritik Matters.

c) ... Der vorliegende Fall liegt im wesentlichen gleich wie derjenige von BGE 61 II 61: Die Beklagte ist zum Gebrauch der Marke Causyth in der Schweiz lediglich auf Grund der zwischen Griese und ihr einerseits und Griese und der Klägerin andererseits getroffenen vertraglichen Vereinbarungen befugt. Ihr Markengebrauch beruht somit, wenn auch nur indirekt, auf der Zustimmung und dem Willen der Klägerin. Auch hier ist es deshalb ausgeschlossen, die Rechtswirkungen des Markengebrauches durch die Beklagte absolut und ohne Rücksicht auf die Vertragsbeziehungen zwischen den verschiedenen Beteiligten zu beurteilen; das Schwergewicht liegt vielmehr auch hier auf diesen internen Beziehungen.

Es ist somit, wenn auch auf Grund anderer Erwägungen, der Vorinstanz im Ergebnis darin beizupflichten, dass die Beklagte sich der Klage nicht mit dem Hinweis auf ihren früheren Gebrauch der Marke erwehren kann.

## V. KRANKEN- UND UNFALLVERSICHERUNG

### ASSURANCE MALADIE ET ACCIDENTS

#### 66. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. November 1946 i. S. Vonwyl gegen Banz.

*Haftung des Dienstherrn bei obligatorisch versicherten Betriebsunfällen.*

Die Haftungsbeschränkung des Art. 129 Abs. 2 KUVG zugunsten des Arbeitgebers tritt auch ein, wo dieser grundsätzlich als Werkeigentümer (Art. 58 OR) oder Geschäftsherr (Art. 55, 101 OR) kausal haften würde (Erw. 2).

Beweislastverteilung im Anwendungsbereich von Art. 129 Abs. 2 KUVG (Erw. 4).

Der Genugtuungsanspruch des verletzten Arbeitnehmers unterliegt der Haftungsbeschränkung von Art. 129 Abs. 2 KUVG nicht (Erw. 7).

*Responsabilité de l'employeur en cas d'accidents professionnels couverts par l'assurance obligatoire.*

La limitation de la responsabilité, que l'art. 129 al. 2 LAMA institue en faveur de l'employeur, s'applique aussi lorsque celui-ci aurait en principe à répondre causalement du dommage comme propriétaire d'un ouvrage (art. 58 CO) ou comme employeur (art. 55 et 101 CO). (Consid. 2.)

Répartition du fardeau de la preuve dans le domaine d'application de l'art. 129 LAMA (consid. 4).

Le droit de l'employé blessé à une réparation morale n'est pas soumis à la limitation de la responsabilité de l'art. 129 al. 2 LAMA (consid. 7).

*Responsabilità del padrone in caso d'infortuni professionali coperti dall'assicurazione obbligatoria.*

La limitazione della responsabilità che l'art. 129 cp. 2 LAMI istituisce a favore del padrone s'applica anche quando egli dovrebbe in massima rispondere a titolo causale come proprietario d'un'opera (art. 58 CO) o come padrone (art. 55 e 101 CO). (Consid. 2.)

Divisione dell'onere della prova nel campo d'applicazione dell'art. 129 cp. 2 LAMI (consid. 4).

Il diritto del lavoratore ferito ad una riparazione morale non soggiace alla limitazione di responsabilità a' sensi dell'art. 129 cp. 2 LAMI (consid. 7).