

Recht II/1 S. 92 § 40, HOENIGER in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 27 S. 146 ; vgl. VON TUHR, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, S. 572).

Vorliegend geht es offenbar nicht um die Verwaltung fremden Gutes, sondern ausschliesslich um die Führung einer Buchhaltung. Aber wenn es sich noch anders verhielte, so würde die Nichterteilung der Entlastung dem Beauftragten kein retentionsähnliches Zurückbehaltungsrecht vermitteln. Zwar ist auch für das schweizerische Recht grundsätzlich das sogenannte obligatorische Retentionsrecht anzuerkennen, vermöge dessen ein Kontrahent selbst ausserhalb des Geltungsbereiches des Art. 82 OR seine Leistung verweigern kann, bis ihm die aus dem gleichen rechtlichen Verhältnis geschuldete Gegenleistung gewährt wird (VON TUHR S. 468). Indessen lässt sich von Gegenleistung in diesem Sinne bei der Entlastung nicht sprechen, da sie nicht Vertragsgegenstand ist, sondern lediglich eine der Vertragslösung zum Schutz des gewesenen Kontrahenten nachgehende Erklärung darstellt. Deshalb kann der Berechtigte auch nicht Zugumzugleistung fordern, sondern erst hinterher auf Entlastungsklagen (HOENIGER a.a.O.).

Die Vorinstanz findet, jede andere als die von ihr befürwortete Betrachtungsweise würde auf Seite des Beklagten zu Beweisschwierigkeiten führen. Das allein genügt aber nicht, um ein Abweichen von der in Art. 400 Abs. 1 OR festgelegten Rückgabepflicht zu rechtfertigen. Selbst wo das Gesetz eine Décharge-Erteilung eigens vorsieht, wie namentlich im Aktienrecht, kann der Berechtigte nicht verhindern, dass die für die Entlastung zuständige Stelle schon vor einem dahingehenden Beschluss über alle benötigten Unterlagen verfügt. Hier wie dort ist demjenigen, der Anspruch auf Entlastung hat, höchstens die Befugnis einzuräumen, unter besonderen Umständen, etwa im Hinblick auf die Gefahr einer Veränderung massgeblicher Dokumente, um Erlass einer provisorischen Verfügung nachzusuchen, wobei er gleichzeitig die dem

Auftraggeber gehörenden Bücher oder Belege, die er als Beauftragter besitzt, gerichtlich zu hinterlegen hätte.

Endlich hält auch die vorinstanzliche Auffassung nicht stand, die Pflicht des Beauftragten zur Rechnungsablegung enthalte das « korrespondierende Recht » darauf, wirklich Rechenschaft geben zu können. Denn im vorneherein hätte ein solches Recht nur Bedeutung in bezug auf eine anschliessende Entlastung. Diese aber vermag, wie dargelegt, keine Zurückhaltung zu begründen, weil eben jenes von der Vorinstanz angenommene Recht, wenn es besteht, auch ohne sie durchgesetzt werden kann.

Vgl. auch Nr. 50, 52, 60, 66. — Voir aussi nos 50, 52, 60, 66.

VI. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

65. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Oktober 1952 i. S. John Wyeth & Brother Ltd. gegen Dr. A. Wander A.-G.

Verwechselbarkeit der für gleichartige pharmazeutische Präparate bestimmten Marken Alucol und Aludrox. Art. 6 MSchG.

Possibilité de confusion des marques Alucol et Aludrox utilisées pour désigner des produits pharmaceutiques du même genre. Art. 6 LMF.

Possibilità di confusione delle marche Alucol e Aludrox adoperate per designare dei prodotti farmaceutici dello stesso genere. Art. 6 LMF.

A. — Die Firma Dr. A. Wander A.-G. in Bern ist Inhaberin der Fabrik- und Handelsmarke « Alucol ». Diese ist als Wortmarke seit 1919, erneuert 1939 unter Nr. 95 745, und als kombinierte Wort- Bildmarke seit 1925, erneuert

1945 unter Nr. 109 432, im schweizerischen Markenregister eingetragen für pharmazeutische und chemische Präparate. Sie wird benützt für ein Heilmittel gegen Magenübersäuerung und deren Folgen.

Die Firma John Wyeth & Brother Ltd. in London hinterlegte am 24. Juli 1950 in der Schweiz unter Nr. 134 394 die Wortmarke « Aludrox », die für medizinische und pharmazeutische Produkte eingetragen wurde und ebenfalls für ein Heilmittel gegen Magenübersäuerung verwendet wird.

B. — Die Firma Wander reichte unverzüglich unter Berufung auf die Bestimmungen des Marken- und Wettbewerbsrechts Klage gegen die Firma Wyeth ein, mit den Begehren auf Nichtigerklärung und Löschung der beklaglichen Marke « Aludrox »; ferner verlangte sie, es sei der Beklagten die Verwendung der Bezeichnung « Aludrox » im geschäftlichen Verkehr, insbesondere zur Kennzeichnung medizinischer und pharmazeutischer Produkte, gerichtlich zu untersagen.

Die Beklagte bestritt das Vorliegen der von der Klägerin behaupteten Verwechselbarkeit der beiden Zeichen und beantragte Abweisung der Klage.

C. — Das Handelsgericht Bern schützte die Klage mit Urteil vom 27. März 1952.

D. — Mit der vorliegenden Berufung beantragt die Beklagte erneut Klageabweisung. Die Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Da die beiden in Frage stehenden Warenzeichen für gleichartige Erzeugnisse, nämlich pharmazeutische Produkte, verwendet werden, ist gemäss Art. 6 MSchG die Marke der Beklagten nur zulässig, wenn sie sich von der früher eingetragenen Marke der Klägerin durch wesentliche Merkmale unterscheidet.

Ob diesem Erfordernis genügt ist, beurteilt sich gemäss

ständiger Rechtsprechung nach dem Gesamteindruck der zu vergleichenden Zeichen (BGE 77 II 324 in Verbindung mit 329, 62 II 333, 58 II 455 Erw. 2; vgl. auch BGE 78 I 280 f.). Die Verwechselbarkeit im Sinne des Gesetzes wird deshalb weder dadurch ausgeschlossen, dass alle Bestandteile der zu vergleichenden Marken verschieden sind (BGE 25 II 308), noch ist sie ohne weiteres gegeben, wenn einzelne von ihnen miteinander übereinstimmen (BGE 42 II 671 E. 6). Es geht daher nicht an, die zu vergleichenden Marken in ihre einzelnen Bestandteile zu zergliedern und diese gesondert zu betrachten. Deshalb kann im vorliegenden Falle nicht ausschlaggebend ins Gewicht fallen, dass die beiden Marken nur in den ersten beiden Silben « Alu » übereinstimmen, in den Endungen « -col » bzw. « -drox » dagegen voneinander abweichen. Dazu kommt, dass Endungen für die Wortbestimmung im allgemeinen ohnehin nicht typisch sind.

Der demnach entscheidende Gesamteindruck hängt bei Wortmarken vom Wortklang und Schriftbild ab (BGE 73 II 62, 186). Der Wortklang wird bestimmt durch Silbenmass, Kadenz und Aufeinanderfolge der sonoren (klangvollen) Vokale (BGE 73 II 62, 42 II 671). Das Schriftbild sodann wird durch die Wortlänge und durch die Gleichartigkeit oder Verschiedenheit der verwendeten Buchstaben gekennzeichnet.

Nach dem so umschriebenen Gesamteindruck beurteilt erscheinen aber die beiden Worte « Alucol » und « Aludrox » unzweifelhaft als leicht verwechselbar, wie schon die Vorinstanz zutreffend angenommen hat. Sie stimmen überein in Silbenzahl, Kadenz und Wortanfang, sowie in der Aufeinanderfolge aller Vokale, und sie sind von fast genau gleicher Länge (6 bzw. 7 Buchstaben). An dieser Verwechselbarkeit des Gesamteindrucks vermag die Verschiedenheit der Wortendungen nichts zu ändern, zumal wenn man in Betracht zieht, dass der Käufer die zu vergleichenden Marken häufig nicht nebeneinander vor sich hat, sondern aus der Erinnerung schöpfen muss, beruhe diese

nun auf vorausgegangenen Käufen, Empfehlungen Dritter, Reklame usw. Wie in der Rechtsprechung von jeher betont wurde, ist daher der Gedächtniseindruck, den eine Marke zurücklässt, für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr von besonderer Bedeutung (BGE 73 II 186, 34 II 372). Dies gilt im Zeitalter der mehr und mehr in der Fabrik verkaufsfertig präparierten medizinischen und pharmazeutischen Produkte auch für die hier in Frage stehenden Erzeugnisse. Handelt es sich doch um Präparate, die ohne Rezept — Alucol sogar in Drogerien — abgegeben, durch Reklame im breiten Publikum vertrieben und zur Bekämpfung eines weitverbreiteten alltäglichen Übels vom Laien weitgehend ohne Zutun des Arztes gekauft werden. Die von der Beklagten eingelegten Unterlagen, die sich vornehmlich an Ärzte und Apotheker wenden, sind deshalb belanglos, da sie über den freibleibenden Verkauf an das Publikum nichts aussagen. Unter diesen Verhältnissen ist es weder allgemein noch für den vorliegenden Fall angezeigt, hinsichtlich medizinischer und pharmazeutischer Präparate im Sinne des von der Beklagten angerufenen BGE 27 II 627 Erw. 5 (noch zitiert in BGE 73 II 60) eine Einschränkung zu machen. Denn selbst für solche Erzeugnisse sind spezielle Einschränkungen in der Beurteilung der Verwechslungsgefahr nur unter besonderen Verhältnissen geboten. Solche stehen heute indessen nicht in Frage.

Ob tatsächlich Verwechslungen vorgekommen sind, ist nach der Rechtsprechung nicht entscheidend (63 II 287, 40 II 288). Gerade im vorliegenden Fall kann dies auf den geringen Umsatz, den die Beklagte bisher in der Schweiz erzielte, zurückgeführt werden; abgesehen hievon können Verwechslungen unentdeckt bleiben.

2. — Die Beklagte wendet ein, dass die Verschiedenheit der Packungen und der grosse Preisunterschied der beiden Produkte Zweifel über deren verschiedene Herkunft ausschliessen. Für die Frage der genügenden Unterscheidbarkeit sind aber nur die Marken als solche, wie sie im Register eingetragen sind, unabhängig von der sonstigen

Ausstattung, zu vergleichen (BGE 63 II 286, 61 II 385, 35 II 667). Ebenso wird die Verwechselbarkeit der Marke der Beklagten nicht beseitigt, indem ihr für die Verwendung eine besondere Ausgestaltung gegeben wird. Die Klägerin hat Anspruch auf den *vollen* markenmässigen Gebrauch ihrer Wortmarke in irgendwelcher Ausgestaltung (Farbe, Schriftbild usw.) und auf den entsprechenden Schutz (BGE 52 II 167).

3. — Die Beklagte macht geltend, die Wahl der Wortmarke « Aludrox » sei für sie geboten gewesen mit Rücksicht darauf, dass das Medikament, gleich wie das « Alucol » der Klägerin, als Basis Aluminiumhydroxyd enthalte. Daher liege der Wahl der Bezeichnung « Aludrox » auf keinen Fall die Absicht zu Grunde, Verwechslungen hervorzurufen oder die Möglichkeit zu solchen zu schaffen. Allein eine solche Absicht bildet im Markenrecht keine Voraussetzung des Anspruchs des Inhabers der von der Verwechslungsgefahr bedrohten älteren Marke auf Ungültigerklärung (BGE 34 II 374) und auf Unterlassung des weiteren Gebrauchs der jüngeren Marke (58 II 171 Erw. 2). Ob aber die Verwechslungsgefahr bestehe, ist auf Grund der Lebenserfahrung nach objektiven Merkmalen zu beurteilen und hängt ebenfalls nicht vom Vorhandensein eines Verschuldens des Inhabers der späteren Marke ab.

4. — Im Zusammenhang mit der Frage der Absichtlichkeit führt die Beklagte noch aus, die Verwendung der Silben « Alu » sei frei. Das ergebe sich aus ihrer Verwendung in einer Reihe anderer schweizerischer und internationaler Marken, so dass der Schutz der Klage darauf hinauslaufen würde, der Klägerin ein ausschliessliches Recht an den Silben « Alu... » zuzuerkennen, was unzulässig wäre. Mit diesen Vorbringen behauptet die Beklagte also, dass die Marke « Alucol » der Klägerin schutzunfähige Bestandteile enthalte.

Trotz Vorkommens schutzunfähiger Bestandteile in einer Marke bleibt aber für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr der durch die Marke hervorgerufene Gesamt-

eindruck massgebend, d. h. jene Bestandteile sind für den Gesamteindruck mitbestimmend und bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr mitzuberoücksichtigen (BGE 38 II 308 f.). Die Frage, ob die Vorsilben « Alu... » für jedermann frei verwendbar, d. h. Freizeichen sind, ist für die Beurteilung der Unterscheidbarkeit der Marken « Alucol » und « Aludrox » von untergeordneter Bedeutung. Die Behauptung der Beklagten, dass der Klägerin durch den Schutz ihrer Marke ein Monopol auf die Silben « Alu » eingeräumt werde, ist nicht richtig. Geschützt ist nur die Wortmarke « Alucol » in ihrer *gesamten*, besonderen Zusammensetzung im Hinblick auf den durch sie hervorgerufenen Gesamteindruck. Die Verwechselbarkeit anderer ähnlicher von der Beklagten aufgeführter Marken, von denen nach Feststellung der Vorinstanz in der Schweiz durch Dritte « Alutan », « Aluzunol » und « Aluctyl » für pharmazeutische Produkte Verwendung finden, steht nicht zur Diskussion; mit Recht verweist übrigens die Vorinstanz darauf, dass dieselben sich stärker von der Marke der Klägerin unterscheiden als das von der Beklagten gewählte Wortzeichen. Andererseits wagt die Beklagte selber nicht zu behaupten, die Marke der Klägerin laufe auf eine blosse Sachbezeichnung hinaus, sei also nicht geeignet, zur Unterscheidung der Herkunft im Sinne von Art. 1 MSchG zu dienen (vergl. hiezu BGE 27 II 626 f. Erw. 4).

5. — Mit dem grundsätzlichen Schutz der Klage hat somit der kantonale Richter keine bundesrechtlichen Vorschriften verletzt. Die von ihm gezogenen Rechtsfolgen, die von der Berufung nicht speziell angefochten werden, stehen mit den einschlägigen Vorschriften des Marken- und Wettbewerbsrechts im Einklang.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts Bern vom 27. März 1952 wird bestätigt.

VII. VERFAHREN

PROCÉDURE

66. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. November 1952 i. S. Kurz gegen Barsoe.

Internationales Privatrecht. Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Ansprüchen aus *ungerechtfertigter Bereicherung*. (Änderung der Rechtsprechung).

Droit international privé. Détermination de droit applicable en matière de prétentions dérivant de *l'enrichissement illégitime* (changement de la jurisprudence).

Diritto internazionale privato. Determinazione del diritto applicabile in materia di pretese derivanti da *indebito arricchimento* (cambiamento della giurisprudenza).

A. — Die Firma Fanny Kurz in Zürich, die Grosshandel mit Fischen, Wild und Geflügel treibt, lieferte anfangs 1948 Gänse an die Firma Engels in Amsterdam. Da die Bezahlung über das schweizerisch-holländische Clearing nicht möglich war und auch keine freien Hartdevisen zur Verfügung standen, sollte die Befriedigung der Verkäuferin dadurch bewerkstelligt werden, dass ihr die Firma Engels ein Clearingguthaben von 98,000.— dän. Kr., das diese in Dänemark hatte, zur Verfügung stellte. Weil dieses Guthaben aber nur für den Ankauf dänischer Waren für den Export nach Holland verwendet werden durfte, musste vorerst dessen Verwendung für die Bezahlung dänischer Lieferungen nach der Schweiz ermöglicht werden. Die Firma Kurz, die selber für solche keinen Bedarf hatte, wandte sich an die Frigalimint GmbH St. Margrethen (SG), welche der dänischen Firma Barsoe für Geflügel-lieferungen 700,000.— dän. Kr. schuldete. Kurz, die Frigalimint und Engels vereinbarten nun, letzterer solle die 98,000.— dän. Kr. an Barsoe überweisen, damit dieser sie zur teilweisen Bezahlung seiner Lieferungen an die Friga-