

## V. UNLAUTERER WETTBEWERB

## CONCURRENCE DÉLOYALE

53. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Mai 1953  
i. S. Hauri gegen Levy fils A.-G.

*Nachahmung einer Ware*, Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG.

Tragweite der Bestimmung in Bezug auf die Nachahmung eines gemeinfreien Erzeugnisses; Unterscheidung von technischer Konstruktion, technisch bedingter und nicht technisch bedingter Ausstattung. Begriff und Bedeutung der Verkehrsgeltung einer Ausstattung (Erw. 2-4).

*Schadenersatz*, Art. 2 Abs. 1 lit. d UWG. Unzulässigkeit des Gesichtspunkts der Gewinnabschöpfung (Erw. 5).

*Genugtuung*, Art. 2 Abs. 1 lit. e UWG. Voraussetzungen (Erw. 6).

*Urteilsveröffentlichung*, Art. 6 UWG. Rechtsnatur und Voraussetzungen (Erw. 7).

*Imitation d'une marchandise*, art. 1 al. 2 lit. d LCD.

Portée de cette disposition légale en ce qui concerne l'imitation d'une marchandise non brevetée; distinction entre la construction technique, l'aspect techniquement déterminé et l'aspect non techniquement déterminé d'une marchandise. Notion et conséquence de la réputation acquise dans le commerce par une marchandise présentée sous un aspect donné (*Verkehrsgeltung*). Consid. 2 à 4.

*Dommages-intérêts*, art. 2 al. 1 lit. d LCD. Le demandeur ne saurait se faire adjuger le bénéfice réalisé par l'auteur de la concurrence déloyale. Consid. 5.

*Indemnité pour tort moral*, art. 2 al. 1 lit. e LCD. Conditions. Consid. 6.

*Publication du jugement*, art. 6 LCD. Nature juridique et conditions. Consid. 7.

*Imitazione d'una merce*, art. 1, cp. 2, lett. d LCS.

Portata di questo disposto per quanto concerne l'imitazione d'una merce non brevettata; distinzione tra la costruzione tecnica, l'aspetto tecnicamente determinato e l'aspetto non tecnicamente determinato d'una merce. Nozione e significato della riputazione acquisita nel commercio da una merce presentata sotto un dato aspetto (consid. 2-4).

*Risarcimento dei danni*, art. 2, cp. 1, lett. d LCS. L'attore non può farsi attribuire il guadagno conseguito dall'autore della concorrenza sleale (consid. 5).

*Riparazione morale*, art. 2, cp. 1, lett. e LCS. Condizioni (consid. 6).

*Pubblicazione della sentenza*, art. 6 LCS. Natura giuridica e condizioni (consid. 7).

A. — Die Firma Levy fils A.-G. in Basel vertreibt einen Zwischen- oder Schnurschalter zur Unterbrechung normaler elektrischer Leitungen, sowie einen Druckknopf- oder Einbauswitcher, der in Stehlampen, Nachttischlampen und andere elektrische Apparate eingebaut wird. Diese Schalter sind weder patent- noch modellrechtlich geschützt. Abnehmer derselben sind Fabriken für Beleuchtungskörper, Elektro-Grossisten und Installationsgeschäfte; Warenhäuser dagegen dürfen von der Firma Levy auf Grund von Verbandsabmachungen nicht beliefert werden.

Die Firma Max Hauri in Bischofzell vertreibt ebenfalls derartige Zwischen- und Druckknopfschalter, die sie durch die Firma Wagner A.-G. in Waldstatt herstellen lässt. Sie setzt die Schalter in den gleichen Abnehmerkreisen ab wie die Firma Levy, beliefert aber überdies noch Warenhäuser, da sie als Nicht-Verbandsmitglied keinem Belieferungsverbot solcher unterliegt.

B. — Die Firma Levy erblickte im Vertriebe der Zwischen- und Druckknopfschalter durch Hauri eine unlautere Wettbewerbshandlung. Sie reichte daher gegen Hauri Klage ein mit den Begehren

- 1) auf Feststellung, dass sich der Beklagte des unlauteren Wettbewerbs schuldig gemacht habe;
- 2) auf Verbot des weiteren Vertriebs der beanstandeten Schalter durch den Beklagten;
- 3) auf Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung einer Schadenersatzsumme von Fr. 20,000.— nebst Zins, sowie einer Genugtuungssumme von Fr. 5000.—;
- 4) auf Publikation des Urteils in den Zeitschriften « Elektro-Industrie » und « Bulletin des schweizerischen elektrotechnischen Vereins ».

Der Beklagte bestritt das Vorliegen eines unlauteren Wettbewerbs und beantragte Abweisung der Klage.

C. — Das Bezirksgericht Bischofzell wies mit Urteil vom 7. Oktober 1949 die Klage ab. Es anerkannte, dass die Druckknopf- und Zwischenschalter des Beklagten den-

jenigen der Klägerin zum Verwecheln ähnlich seien, verneinte aber einen unlauteren Wettbewerb des Beklagten, weil beim Druckknopfschalter die Ähnlichkeit technisch bedingt sei, und beim Zwischenschalter, bei dem eine abweichende äussere Gestaltung an sich möglich gewesen wäre, eine Verkehrsgeltung zu Gunsten des klägerischen Erzeugnisses fehle.

D. — Das Obergericht des Kantons Thurgau bejahte mit Urteil vom 30. Mai 1950 das Vorliegen eines unlauteren Wettbewerbs. Es erblickte in den vom Beklagten vertriebenen Druckknopf- und Zwischenschaltern eine sklavische Nachahmung der Erzeugnisse der Klägerin, die Verkehrsgeltung besässen. Eine solche Nachahmung hätte sich aber vermeiden lassen, da zahlreiche Unterschiede möglich seien, die sich beim Druckknopfschalter in erster Linie auf die Konstruktion und Wirkungsweise, beim Zwischenschalter dagegen nicht nur auf diese, sondern auch auf die äussere Form beziehen könnten. Demgemäss schützte das Obergericht das Feststellungs- und Untersagungsbegehren der Klägerin und wies die Sache zur Behandlung der übrigen Begehren an das Bezirksgericht zurück.

E. — Dieses schützte mit Urteil vom 30. Mai 1952 die Klage im reduzierten Betrage von Fr. 20,000.— (Fr. 15,000.— Schadenersatz, Fr. 5000.— Genugtuung) und ermächtigte die Klägerin zur einmaligen Publikation des Urteils in den beiden im Klagebegehren genannten Zeitschriften.

F. — Auf Appellation beider Parteien hin schützte das Obergericht mit Urteil vom 16. Dezember 1952 die Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren der Klägerin im vollen Umfange von Fr. 20,000.— bzw. Fr. 5000.— und bestätigte den angefochtenen Entscheid in Bezug auf die Frage der Publikation.

G. — Gegen die beiden Urteile des Obergerichts vom 30. Mai 1950 und 16. Dezember 1952 erklärte der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht mit dem erneuten Antrag auf gänzliche Klageabweisung.

Die Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Wie die beiden Vorinstanzen zutreffend angenommen haben, stellen die vom Beklagten vertriebenen Druckknopf- und Zwischenschalter in Konstruktion und Ausstattung sklavische Nachahmungen derjenigen der Klägerin dar.

2. — Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG nennt als Beispiel einer als Missbrauch des freien wirtschaftlichen Wettbewerbs anzusehenden und darum unlauteren Wettbewerbshandlung die Anwendung von Massnahmen, « die bestimmt und geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren... oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen.»

a) Diese Vorschrift kann sich nur auf die *Ausstattung* einer Ware, also auf die äussere Form, die Aufmachung, wie Farbe und dergleichen, beziehen, nicht dagegen auch auf die technische Konstruktion eines Erzeugnisses. Ob eine solche geschützt ist und darum nicht nachgeahmt werden darf, bestimmt sich ausschliesslich nach den Sondervorschriften des Patentgesetzes. Ist die technische Konstruktion nicht geschützt — sei es weil mangels Erfindungscharakter ein Patentschutz überhaupt nicht in Betracht kam, sei es weil der Erfinder sich um den Schutz nicht beworben hat —, oder ist sie wegen Ablaufs der vom Gesetz festgelegten Schutzdauer nicht mehr geschützt, so darf sie von jedem Dritten ausgeführt und selbst sklavisch nachgebaut werden, ohne dass darin ein unlauterer Wettbewerb zu erblicken wäre; denn die Konstruktion ist gemeinfrei, steht jedermann zur Verfügung und darf von jedermann benützt werden. Diese Ordnung ist im Interesse der Allgemeinheit so getroffen, um eine erspriessliche Weiterentwicklung der Technik zu gewährleisten. Eine Verwechselbarkeit zweier Erzeugnisse, die ausschliesslich auf der Übernahme der technischen Konstruktion beruht, kann daher auch unter dem Gesichts-

punkt des Wettbewerbsrechts nicht beanstandet werden. Denn sonst ergäbe sich auf dem Umwege über das Wettbewerbsrecht ein zeitlich unbegrenzter Monopolschutz, der durch das Patentgesetz gerade ausgeschlossen werden sollte.

b) Anspruch auf Wettbewerbsschutz kann somit nur die äussere Ausstattung einer Ware erheben. Aber nicht jede Ausstattung ist dieses Schutzes teilhaftig. Soweit sie durch die Herstellungsweise und den Gebrauchszweck des in Frage stehenden Erzeugnisses bedingt ist, steht auch das Wettbewerbsrecht ihrer Übernahme nicht entgegen (BGE 73 II 196, 69 II 298, 57 II 461). Durch die Herstellungsweise bedingt ist die äussere Gestaltung, die sich bei Ausführung einer gemeinfreien Konstruktion notwendigerweise ergibt, die sich also nicht vermeiden lässt, wenn man die Konstruktion überhaupt soll ausführen können. Durch den Gebrauchszweck (die technische Funktion) bedingt ist eine Ausstattung, die erforderlich ist, damit das unter Übernahme einer freien Konstruktion hergestellte Erzeugnis für die dafür vorausgesetzte Verwendung überhaupt brauchbar ist. Es leuchtet ein, dass unter diesen Voraussetzungen die Übernahme einer Ausstattung auch wettbewerbsrechtlich zulässig sein muss, wenn die patentrechtlich statthafte Verwendung einer gemeinfreien Konstruktion nicht weitgehend verunmöglicht sein soll. Als unlauter kann daher die Übernahme einer Ausstattung nur angesehen werden, wenn ohne Änderung der technischen Konstruktion und ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszwecks die Wahl einer andern Gestaltung möglich und — was in der bisherigen Rechtsprechung nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist — auch zumutbar gewesen wäre, aber vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen worden ist. Nicht nur möglich, sondern überdies zumutbar muss eine Abweichung in der Ausstattung deswegen sein, weil bei der Übernahme einer gemeinfreien Konstruktion vom Übernehmer billigerweise nicht verlangt werden kann, auf eine

nach Herstellungsweise und Gebrauchszweck naheliegende und zweckmässige Ausstattung zu verzichten und an ihrer Stelle eine weniger praktische, weniger solide oder mit grösseren Herstellungskosten verbundene Ausführung zu wählen und damit die Konkurrenzfähigkeit seines Erzeugnisses herabzumindern.

c) Aber auch eine Ausstattung, die nicht als technisch bedingt im Sinne der vorstehenden Ausführungen zu betrachten ist, vermag nicht ohne weiteres und unter allen Umständen Anspruch auf Wettbewerbsschutz zu verschaffen. Hiezu ist vielmehr gemäss der Rechtsprechung (BGE 72 II 396 f.) weiter erforderlich, dass sie die Wirkung eines Hinweises auf einen bestimmten Hersteller oder doch auf eine bestimmte Qualität der Ware hat. Nur unter dieser Voraussetzung kann die Nachahmung einer Ausstattung dazu angetan sein, eine Verbesserung der wirtschaftlichen Stellung ihres Urhebers herbeizuführen, die als sachlich ungerechtfertigt und daher unlauter erscheint, weil sie nicht auf eigener Leistung, sondern auf der Ausnützung des guten geschäftlichen Rufes eines Konkurrenten, seiner Arbeit und seiner Leistungen oder der Wertschätzung einer bestimmten Qualitätsware beruht.

Eine solche hinweisende Wirkung kann eine Ausstattung in ersten Linie dank ihrer Originalität haben. Sie kann aber auch einer nicht originellen Ausstattung zukommen, sofern diese sich im Verkehr durchgesetzt, Verkehrsgeltung erlangt hat, weil die in Betracht kommenden Abnehmerkreise sich daran gewöhnt haben, die betreffende Ware ihrer Ausstattung wegen mit einer bestimmten Herkunftsstätte in Verbindung zu bringen oder daraus auf eine bestimmte Qualität zu schliessen.

3. — Gemäss den im Vorstehenden dargelegten Grundsätzen ist somit im vorliegenden Fall vorerst zu untersuchen, ob die Übereinstimmung der vom Beklagten vertriebenen Schalter mit denjenigen der Klägerin ausschliesslich auf erlaubter Übernahme der Konstruktion oder der durch diese technisch bedingten Ausstattung

zurückzuführen ist oder ob Nachahmung einer nicht technisch bedingten Ausstattung vorliegt.

a) Hinsichtlich der *Druckknopfschalter* erklärt die Vorinstanz, dass deren Form weitgehend technisch bedingt sei, dass aber doch zahlreiche Unterschiede, in erster Linie bezüglich Konstruktion und Wirkungsweise, möglich wären. Abweichungen in Konstruktion und Wirkungsweise können aber, wie oben ausgeführt wurde, gerade nicht verlangt werden, weil sie nicht Gegenstand des Schutzes nach Wettbewerbsrecht bilden können. Daher kann auch in der Nachahmung des Merkmals der Geräuschlosigkeit des Schalters, das nach Ansicht der Klägerin ein wesentliches Kennzeichen ihres Erzeugnisses darstellt, nichts Unerlaubtes erblickt werden; denn dabei handelt es sich ebenfalls um eine ausschliesslich konstruktiv bedingte Eigenschaft. Die allein in Betracht kommende äussere Form des Schalters als Ganzem und seiner Bestandteile aber ist auch nach der Ansicht der Vorinstanz weitgehend, mit andern Worten im wesentlichen, somit entscheidend, technisch bedingt, und die Klägerin selber gibt zu, dass mit Rücksicht auf den Verwendungszweck des Druckknopfschalters (Einbau in Tisch- oder Ständerlampen) in Bezug auf die Form von gleichen Grundlagen ausgegangen werden müsse und deshalb bei der Herstellung für Grösse und äussere Form Grenzen gezogen seien. In der Tat kann, wer sich die Aufgabe stellt, einen für den genannten Zweck dienlichen, möglichst geräuschlos funktionierenden Schalter gleicher Konstruktion wie derjenige der Klägerin herzustellen, zu keinem Ergebnis kommen, das in der Erscheinungsform von diesem wesentlich abweichen würde. Notwendig für die Herstellung eines solchen Schalters ist ein Druckknopfstift, der in eine Führungsmutter (Überwurfmutter) eingebaut wird, ferner ein Sockel, der zum Versenken in den Lampenfuss zweckmässig geformt ist und den Stromunterbrechungsmechanismus enthält. Es ist nun nicht ersichtlich, was an der Form dieser Bestandteile und des ganzen Schalters so geändert werden könnte,

dass sich eine wesentliche, ernstlich kennzeichnende Verschiedenheit ergäbe. Material, Form und Grösse der einzelnen Bestandteile sind durch die ihnen zukommenden Funktionen im wesentlichen bestimmt. An Stelle der auch von der Klägerin verwendeten allgemein gebräuchlichen Ausführungen der Bestandteile andere, weniger zweckmässige zu wählen, nur um zu einer anderen Gestaltung des Erzeugnisses zu gelangen, ist dem Beklagten nicht zuzumuten, wie oben dargelegt wurde. Insbesondere sind ihm auch in bezug auf die Grösse des Schalters, namentlich des Sockels durch den Verwendungszweck (Einbau in Lampenfuss) enge Grenzen gezogen, die ihm entgegen der Meinung der Klägerin verunmöglichen, ein von ihrem Erzeugnis vollständig abweichendes Produkt herzustellen. Es ist denn auch bezeichnend, dass weder die Klägerin, noch die Vorinstanz in der Lage sind, konkrete Möglichkeiten für eine deutlich abweichende Gestaltung aufzuzeigen. Für die technische Bedingtheit der in Frage stehenden Ausstattung spricht im weiteren auch schlüssig die Tatsache, dass sämtliche von den Parteien vorgelegten Druckknopfschalter anderer Hersteller miteinander wie auch mit denjenigen der Parteien in der äusserlichen Erscheinungsform, abgesehen von belanglosen Kleinigkeiten, vollständig übereinstimmen.

b) Ist somit die Ähnlichkeit der Druckknopfschalter der Parteien lediglich die Folge der Übernahme von Konstruktionsweise und technisch bedingter Ausstattung, so ist ein unlauterer Wettbewerb des Beklagten insoweit zu verneinen, und zwar ohne Rücksicht darauf, dass das Erzeugnis der Klägerin gemäss Feststellung der Vorinstanz Verkehrsgeltung genießt. Denn diese kann nicht dazu führen, einem Hersteller ein ausschliessliches Recht auf die bloss technisch bedingte Ausstattung eines gemeinfreien Erzeugnisses zu verschaffen. Sonst könnte ein einmal patentrechtlich geschützt gewesenes Erzeugnis mit bloss technisch bedingter Ausstattung auch nach Wegfall des Patentschutzes überhaupt von keinem Dritten herge-

stellt werden. Denn dank dem während der Laufzeit des Patentes, d. h. möglicherweise während 15 Jahren, genossenen Schutz gegen Nachahmung wird ein solches Erzeugnis bei Ablauf des Patentes in der Regel Verkehrsgeltung zu Gunsten seines Herstellers erlangt haben, da doch die Abnehmerkreise sich daran gewöhnt haben werden, dieses Erzeugnis mit einer bestimmten Herstellungsstätte in Verbindung zu bringen. Wollte man diese Verkehrsgeltung zu Gunsten des bisherigen Alleinherstellers berücksichtigen, so käme man wiederum zu einem praktisch unbegrenzten Schutz des Erzeugnisses, was gegen die gesetzliche Ordnung des Patentschutzes verstiesse. Kann aber bei vormals patentgeschützten Erzeugnissen der Verkehrsgeltung im Falle bloss technisch bedingter Ausstattung keine Bedeutung zukommen, so muss das auch gelten für Artikel, die überhaupt immer gemeinfrei waren, da sich eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen liesse.

Hinsichtlich des Druckknopfschalters ist daher die auf unlauteren Wettbewerb gestützte Klage abzuweisen.

4. — a) Mit Bezug auf den *Zwischenschalter* sagt die Vorinstanz zunächst zwar auch, dass seine Form weitgehend technisch bedingt sei. Aus ihren weiteren Ausführungen ergibt sich dann aber, dass diese Feststellung vernünftigerweise nur bezogen werden darf auf die längliche Form des Schalters sowie auf den quer durch diesen verlaufenden Schalterbalken, der sich bei fast allen vorliegenden Konstruktionen vorfindet. Denn die Vorinstanz hebt im weiteren ausdrücklich hervor, dass beim *Zwischenschalter* — im Gegensatz zum *Druckknopfschalter* — ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszweckes nicht nur die Konstruktion und die Wirkungsweise, sondern vor allem auch die äussere Form anders und zwar deutlich anders hätte gestaltet werden können. Diese Feststellung ist, da sie auf rechtlich zutreffender Auffassung des Begriffes der nicht technisch bedingten Ausstattung beruht, für das Bundesgericht verbindlich. Ein Vergleich mit den

bei den Akten liegenden *Zwischenschaltern* anderer Herkunft bestätigt übrigens die Richtigkeit dieser Auffassung; denn unter diesen finden sich in der Tat verschiedene Ausführungen, die sich deutlich von derjenigen der Klägerin unterscheiden, indem sie statt der länglich-ovalen, flachen Form eine walzenförmige, an beiden Enden abgerundete Gestalt aufweisen, oder dann zwar flach, aber erheblich breiter sind und an beiden Enden spitz zulaufen, oder endlich ausgeprägt kantig gestaltet sind. Eine solche abweichende äussere Form zu wählen wäre auch dem Beklagten möglich gewesen, so dass er nicht geltendmachen kann, die Übereinstimmung in der Form der *Zwischenschalter* habe sich ohne unzumutbare Vorkehren nicht vermeiden lassen.

b) Die von der Klägerin für ihren *Zwischenschalter* gewählte Form kann jedoch an sich keineswegs als originell bezeichnet werden, weshalb sie für sich allein nicht schon ein unterscheidungskräftiges, auf die Klägerin hinweisendes Kennzeichen zu bilden vermöchte. Damit die Nachahmung durch den Beklagten den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs erfüllt, ist deshalb nach den eingangs gemachten Ausführungen weiter erforderlich, dass die Formgebung der Klägerin Verkehrsgeltung erlangt hat.

Verkehrsgeltung ist ein Begriff des Bundesrechts. Dieses sagt insbesondere auch, welches die Abnehmerkreise sind, auf deren Auffassung es ankommt. Tatsächlicher Natur und daher vom kantonalen Richter nach seinem Prozessrecht festzustellen ist dagegen, ob im gegebenen Fall die massgeblichen Verkehrskreise die Verkehrsgeltung bewirkende Vorstellung haben bzw. in der entscheidenden Zeitspanne hatten (BGE 70 II 115, 72 II 397). Die Vorinstanz hat nun erklärt, « der Käufer » habe von den Schaltern der Klägerin einen bestimmten Begriff; sie seien für ihn die *Levy-Schalter*, weil sie bestimmte innere und äussere Eigenschaften aufweisen, und sie hätten unter all den verschiedenen, auf dem Markt befindlichen Schaltern eine besondere Verkehrsgeltung. Wie aus den in diesem Zu-

sammenhang gemachten Hinweisen auf massgebliche Bundesgerichtsentscheide hervorgeht, hat die Vorinstanz den richtigen Begriff der Verkehrsgeltung zugrunde gelegt. Weniger sicher ist dagegen, ob sie unter « dem Käufer » der klägerischen Schalter nicht nur die als massgebliche Verkehrskreise anzusehenden Fachleute (Grossisten, Fabrikanten, Installateure) verstanden, sondern auch Laien als Käufer von Einzelstücken miteinbezogen hat. Aber selbst wenn letzteres der Fall sein sollte, könnte man nicht von unrichtiger Anwendung des Begriffs der Verkehrsgeltung sprechen, weil unter den umfassenderen Begriff « Käufer » unzweifelhaft auch die fachkundigen Abnehmer fallen und die vorinstanzliche Feststellung sicher auch für diese, ja sogar in erster Linie für diese, gilt.

Die Vorinstanz ist also vom zutreffenden rechtlichen Begriff der Verkehrsgeltung ausgegangen. Das übrige aber ist Tatbestandsfrage und daher vom Bundesgericht nicht überprüfbar. Allerdings hat die Vorinstanz das Bestehen der für die Verkehrsgeltung notwendigen Vorstellung der massgebenden Abnehmerkreise nicht durch Befragung von Abnehmern ermittelt, noch hat sie eine Expertise eingeholt oder eine auskunftsfähige Fachstelle angefragt. Der vom Beklagten mit Rücksicht hierauf erhobene Vorwurf, die Vorinstanz habe eine von der Klägerin behauptete, von ihm bestrittene Tatsache ohne weiteres als erwiesen hingenommen und damit Bundesrecht verletzt, ist indessen gleichwohl nicht gerechtfertigt. Es steht nämlich fest, dass in der fraglichen Zeit (d. h. in den letzten Kriegsjahren und den ersten Nachkriegsjahren bis etwa 1948) keine ins Gewicht fallenden Konkurrenzprodukte auf dem schweizerischen Markt waren, dass die Klägerin infolgedessen tatsächlich auf diesem Gebiete eine Monopolstellung innehatte und von den streitigen Schaltern viele Hunderttausend Stück verkaufte. Wenn die Vorinstanz aus dieser Sachlage den Schluss auf das Bestehen der behaupteten Verkehrsgeltung zog, ohne die Durchführung weiterer Erhebungen und die Abnahme der

vom Beklagten angetragenen Gegenbeweise als nötig zu erachten, so handelte sie damit im Rahmen der ihr vorbehaltenen Beweiswürdigung, die vom Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht nachgeprüft werden kann, und zwar auch nicht, soweit die antizipierte negative Würdigung von Gegenbeweisansprüchen in Frage steht.

c) Mit der vermeidbaren Nachahmung der Verkehrsgeltung besitzenden Gestaltung des klägerischen Zwischenschalters hat sich der Beklagte des unlauteren Wettbewerbes schuldig gemacht. Denn es steht ausser Frage, dass er durch dieses Vorgehen den guten Ruf des klägerischen Erzeugnisses ohne entsprechende eigene Leistung zur Verbesserung seiner wirtschaftlichen Stellung ausgenützt und damit das Recht zum freien Wettbewerb missbraucht hat. Insoweit erweist sich daher die Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz als unbegründet.

5. — Mit der Guttheissung der Berufung in Bezug auf den Druckknopfschalter ist dem Entscheid der Vorinstanz über die Schadenersatzfrage der Boden zum Teil entzogen. Die Sache ist daher zur neuerlichen Beurteilung dieses Punktes auf Grund der durch den vorliegenden Entscheid gegebenen Rechtslage an die Vorinstanz zurückzuweisen. Indessen ist es geboten, heute schon zu den folgenden grundsätzlichen Fragen Stellung zu nehmen.

... c) Unter Hinweis auf BGE 72 II 399 wird im angefochtenen Entscheid ausgeführt, es sei bei der Bemessung des Schadenersatzes darauf Bedacht zu nehmen, dass der unlautere Wettbewerb nach Bezahlung des Schadenersatzes und der Kosten für den Beklagten nicht doch noch ein gutes Geschäft darstelle. Die Vorinstanz hat jedoch, wie die Berufung mit Recht bemerkt, ausser acht gelassen, dass in BGE 73 II 197 f. eine über den dem Verletzten nachweisbar erwachsenen Schaden hinausgehende Gewinnabschöpfung als unzulässig erklärt worden ist. Die Vorinstanz wird sich daher auf die Feststellung des wirklichen Schadens der Klägerin zu beschränken und den Ersatz unter Weglassung von Gesichtspunkten einer über den

Schaden hinausgehenden Gewinnabschöpfung festzulegen haben. Immerhin steht es ihr frei, es zu berücksichtigen, falls die Klägerin sich tatsächlich unterklagt haben sollte, wie sie behauptet.

6. — In Anwendung von Art. 2 Abs. 1 lit. e UWG hat die Vorinstanz der Klägerin eine Genugtuungssumme von Fr. 5000.— zugesprochen. Da ein unlauterer Wettbewerb in Bezug auf den Vertrieb des Druckknopfschalters zu verneinen ist, fällt jedoch ein Genugtuungsanspruch der Klägerin insoweit zum vorneherein ausser Betracht. Aber auch der vom Beklagten durch den Vertrieb der Zwischenschalter begangene unlautere Wettbewerb vermag, wie heute schon entschieden werden kann, einen Genugtuungsanspruch entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht zu begründen.

Nach Art. 2 Abs. 1 lit. e UWG besteht ein solcher Anspruch nur « im Falle des Art. 49 OR ». Danach muss also die unlautere Wettbewerbshandlung eine besonders schwere Verletzung des Betroffenen in seinen persönlichen Verhältnissen bedeuten, und weiter ist eine besondere Schwere des Verschuldens auf seiten des Urhebers des unlauteren Wettbewerbes erforderlich. Ob diese zweite Voraussetzung im vorliegenden Falle gegeben wäre, mag dahingestellt bleiben; denn schon das Erfordernis einer Verletzung der Klägerin in ihren persönlichen Verhältnissen, und gar noch eine solche von besonderer Schwere, ist zu verneinen. Dass die Klägerin durch das Vorgehen des Beklagten eine empfindliche finanzielle Einbusse erlitten hat, vermag noch keinen Genugtuungsanspruch zu begründen; denn dabei handelt es sich lediglich um einen Eingriff in Vermögensrechte, der auf dem Wege des Schadenersatzes auszugleichen ist, nicht dagegen um eine Verletzung des Rechtsgutes der Persönlichkeit. Von einer solchen könnte nur gesprochen werden, wenn die Klägerin durch die Wettbewerbshandlungen des Beklagten in ihrem geschäftlichen Ansehen, in ihrem guten Ruf beein-

trächtig worden wäre (vgl. Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. September 1947 i. S. Gillette Safety Razor Comp. c. Belras A.-G., nicht publ. Erw. 7). Das wäre beispielsweise dann der Fall, wenn es sich bei den vom Beklagten auf den Markt geworfenen nachgeahmten Zwischenschaltern um minderwertige Erzeugnisse gehandelt hätte, die von den Abnehmern der Klägerin zugeschrieben worden wären. Etwas derartiges ist jedoch nicht nachgewiesen. Die Genugtuungsforderung der Klägerin ist daher abzuweisen.

7. — Die Vorinstanz hat schliesslich die Publikation des Urteils in zwei Fachzeitschriften angeordnet. Demgegenüber macht die Berufung geltend, der Urteilspublikation gemäss Art. 6 UWG komme entgegen der Meinung der Vorinstanz kein selbständiger Charakter zu, sondern sie könne nur als Schadenersatz- oder Genugtuungsmassnahme angeordnet werden, was dann bei der Bemessung der Schadenersatz- und Genugtuungssumme entsprechend berücksichtigt werden müsse. Dieser Einwand ist unbegründet. Wie schon unter der Herrschaft von Art. 48 OR, so kommt auch nach Art. 6 UWG die Publikation nicht nur als Schadenersatz- und Genugtuungsmassnahme in Betracht, sondern sie ist, ohne dass es eines Verschuldens des Urhebers oder einer Verletzung des Betroffenen in seinen Persönlichkeitsrechten bedarf, auch zulässig als Massnahme zur Abwendung der Gefahr weiterer Bedrohung des Verletzten in seiner Kundschaft (BGE 67 II 59). Es soll durch die Bekanntgabe der Feststellung der Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung die eingetretene Störung des Wettbewerbsverhältnisses behoben und nachteiligen Auswirkungen derselben auf die Stellung des Betroffenen im wirtschaftlichen Wettbewerb vorgebeugt werden (nicht publ. Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. April 1952 i. S. Oel- und Fettwerke SAIS A.-G. c. Migros-Genossenschaftsbund, Erw. 4). Für eine Publikation mit diesem Zweck sind aber die Voraussetzungen im vorliegenden Fall zweifellos erfüllt. Das Erscheinen der vom Beklagten vertrie-

benen Zwischenschalter auf dem Markt hat in den Abnehmerkreisen Verwirrung und Unsicherheit über die Rechtslage erzeugt, zu deren Beseitigung die Publikation das geeignete Mittel bedeutet.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 16. Dezember 1952 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

Vgl. auch Nr. 52. — Voir aussi n° 52.

## VI. VERFAHREN

### PROCÉDURE

#### 54. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 31. August 1953 i. S. Gschwind gegen Charrière.

*Art. 36 Abs. 1 und 3 OG.*

Bedeutung des Vorbehaltes einer Urteilsabänderung im Sinne von Art. 46 Abs. 2 OR, wo der einstweilen zugesprochene Betrag die für die Berufung gesetzte Streitwertgrenze nicht erreicht.

*Art. 36 al. 1 et 3 OJ.*

Portée de la réserve d'une modification du jugement dans le sens de l'art. 46 al. 2 CO lorsque la somme provisoirement allouée n'atteint pas le montant nécessaire pour permettre le recours en réforme.

*Art. 36, cp. 1 e 3 OJ.*

Portata della riserva d'una modifica della sentenza a norma dell'art. 46 cp. 2 CO, quando la somma provvisoriamente accordata non raggiunge l'ammontare necessario in caso di ricorso per riforma.

### *Erwägungen :*

Nach Art. 36 Abs. 1 OG wird der Wert des Streitgegenstandes zunächst durch das klägerische Rechtsbegehren bestimmt.

Nun hat der Kläger anfänglich einen mehr als Fr. 4000.— betragenden Anspruch geltend gemacht, indem er Ersatz für ungedeckten Einkommensverlust von monatlich Fr. 114.— seit dem 10. März 1951 teils konkret und ab 10. März 1952 in Form einer lebenslänglichen Rente forderte. Zwar wollte er beiden Parteien ein Recht auf Abänderung des Urteils im Sinne des Art. 46 Abs. 2 OR gewahrt wissen. Gleichwohl hatte der Streitgegenstand zumindest nach Massgabe des ursprünglichen Klagebegehrens einen Fr. 4000.— übersteigenden Wert, was die Zuständigkeit des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz begründet hätte.

Das Zivilgericht sprach indessen nur Fr. 2394.— zu und behielt im übrigen für die Dauer von zwei Jahren die Abänderung seines Entscheides vor. Da sich der Kläger zufrieden gab, war die Auseinandersetzung vor Appellationsgericht auf diese beiden Punkte beschränkt. Damit verlor die Streitsache ihre Berufungsfähigkeit. Nach der im Jahre 1943 neu eingeführten Bestimmung des Art. 36 Abs. 3 OG sind Vorbehalte bei Ermittlung des Streitwertes unbeachtlich. Die bundesrätliche Revisionsbotschaft (BBl. 1943 I S. 114) erwähnt als Beispiel eines derartigen Vorbehaltes den Art. 10 EHG, der in Abs. 1 vorschreibt : « Sind im Zeitpunkt der Urteilsfällung die Folgen einer Körperverletzung nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen, so kann der Richter ausnahmsweise für den Fall des nachfolgenden Todes oder einer wesentlichen Verschlimmerung des Gesundheitszustandes des Verletzten die Abänderung des Urteils vorbehalten ». War also in einem solchen Streitverhältnis vorerst nur eine geringe Arbeitsunfähigkeit dargetan und wurde daher unter dem Vorbehalte der Abänderung eine Rente zuerkannt, welche kapitalisiert die Summe von Fr. 4000.— nicht erreicht, so ist