

un termine, la cui inosservanza possa produrre la *decadenza* di un diritto acquisito (come nell'ipotesi dell'art. 5 o in altri casi di prescrizione e di perenzione), sibbene di una limitazione contrattuale e liberamente accettata dalle parti della responsabilità dell'assicuratore. La differenza delle due ipotesi è manifesta: nella prima, si tratta della *perdita* di un diritto, nella seconda *non* esiste diritto veruno.

Che siffatte restrizioni della responsabilità degli assicuratori, usuali nei contratti di assicurazione, siano vietate dalla legge, non è stato nemmeno asserito (confronta del resto Schweiz. Juristenzeitung, vol. 14 pag. 353 e seg.). Esse non soggiacciono al divieto dell'art. 98 della legge sul contratto di assicurazione, e, appunto perchè non sono disposizioni di prescrizione, non possono essere impugnate neanche in base all'art. 46 ibidem.

A suffragio della tesi sostenuta dall'istanza cantonale, l'attore ha preteso nell'odierna discussione della causa, che nel caso in esame l'infortunio sia avvenuto in realtà, non quando Ramazzina cadde dall'albero, ma quando si manifestarono le conseguenze dannose della caduta (agosto 1923), le quali costituirebbero « la disgrazia » o infortunio nel vero senso del termine. L'argomento non regge: Secondo la definizione, accettata dalle parti perchè contenuta nel contratto di assicurazione stesso (art. 1 delle condizioni generali), « per infortunio agli » effetti dell'assicurazione s'intende una lesione corporale » avvenuta contro la volontà dell'assicurato fortuitamente e repentinamente, per effetto di forza esterna. » Questa definizione non può applicarsi che alla caduta dall'albero, la quale causò una lesione corporea, quantunque non manifesta, dovuta a forza esterna. In quel momento avvenne l'infortunio e si è dunque da quel momento che decorreva il termine previsto dall'art. 11 della polizza.

Il Tribunale federale pronuncia:

Il ricorso è ammesso.

VIII. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

30. Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. März 1926

i. S. **Konservenfabrik Borschach** gegen **Konservenfabrik Lenzburg.**

MSchG Art. 6, 24, OR Art. 48. Marken für Frucht- und Gemüsekonserven. Die Wortmarke « Coro » unterscheidet sich nicht in genügender Weise von der Wortmarke « Hero ». Die naturgetreue Darstellung der Früchte und Gemüse auf den Etiketten der Konservenbüchsen ist an sich nicht geschützt, wohl aber, sei es markenrechtlich, sei es aus dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbes, in ihrer originellen Verbindung mit dem Firmenzeichen.

A. — Die Klägerin, Konservenfabrik Lenzburg, vorm. Henckell und Roth, ist Inhaberin der am 14. Februar 1910 unter Nr. 26,099 beim Eidg. Amt für geistiges Eigentum eingetragenen Wortmarke « Hero » (gebildet aus den Anfangsbuchstaben der Namen Henckell und Roth). Die Marke ist seit dem 21. Dezember 1910 unter Nr. 10,148 auch im internationalen Markenregister eingetragen.

Die Klägerin hat ferner folgende kombinierten Marken eintragen lassen:

a) Am 14. Februar 1910 unter Nr. 26,908 eine Marke, die das Wort « Hero » in weissen Buchstaben, umgeben von zwei konzentrischen Kreisen trägt, deren innerer mit schwarzer wagrechter Schraffierung ausgefüllt ist. Unter dem Worte « Hero » befindet sich ein schwarz-umrahmter, mit schräger schwarzer Schraffierung ausgefüllter Balken. Vom inneren gegen den äusseren Kreis gehen strahlenförmig kleine schwarze Striche aus (internationale Eintragung am 21. Dezember 1910 unter Nr. 10,147).

b) Am 5. Oktober 1912 unter Nr. 32,056 eine Marke in Gestalt eines schwarzen, weissumrandeten Rechtecks; dieses zeigt links oben in einem weissen Kreise das mit schwarzen Buchstaben geschriebene Wort « Hero » über einem breiten schwarzen Strich. Rechts davon befindet sich ein weisses Rechteck, das zur Aufnahme der Bezeichnung des Konserveninhaltes bestimmt ist. Unter diesem Rechteck steht in weissen Buchstaben, und weiss unterstrichen, das Wort « Conserven », und darunter in grosser Schrift, ebenfalls in weissen Buchstaben, das Wort « Lenzburg » (internationale Eintragung am 24. November 1921 unter Nr. 26,121).

c) Am 21. Februar 1906 unter Nr. 20,112 bis 20,116 für den Vertrieb von « Apfelmus », « halben geschälten Pfirsichen », « roten grossen Kirschen », « ganzen Zwetschgen » und « weissen ganzen Birnen » fünf Marken, die sich wie folgt charakterisieren lassen: In einem weissen Rechteck befindet sich links in schwarz das Bild derjenigen Frucht, die in der betreffenden Packung enthalten ist, umgeben von den dazu gehörenden Blättern und Zweigen. Rechts davon steht der Name der betreffenden Fruchtkonserve in deutscher und französischer Sprache. Darunter folgt dreizeilig der Name der klägerischen Firma: Fabrique de Conserves (klein gedruckt) — Lenzbourg Suisse (gross gedruckt) — ci.-dev. Henckell und Roth (sehr klein gedruckt). Die Marke ist in den Farben schwarz und weiss ausgeführt. Im Verkehr wurde für die Zeichnung der Früchte deren natürliche Farbe verwendet.

d) Am 24. Juni 1907 unter Nr. 22,289, 22,290 und 22,292 drei Marken gleicher Ausgestaltung, wie die unter c) genannten, mit dem Unterschiede, dass (der Verwendung entsprechend) an die Stelle der Fruchtbilder Gemüsebilder getreten sind.

Auch diese Marken sind schwarz und weiss gehalten; sie sind eingetragen für « Haricots verts fins — Junge ganze Bohnen fein », « Pois moyens II — Grüne Erbsen

mittelfein II » und « Carottes printanières — Carotten sehr fein ». Die in den Verkehr gebrachten Etiketten zeigten die Gemüse ebenfalls in den Naturfarben.

e) Am 22. Juli 1924 unter Nr. 56,701 bis 56,709 9 Marken, die eine Verbindung der unter b und c hiervoor beschriebenen darstellen. Die linke Hälfte der Marke wird von der naturgetreuen Abbildung der betreffenden Früchte oder Gemüse eingenommen; rechts davon befindet sich, in schwarz und weiss ausgeführt, die unter b beschriebene « Hero »-Marke. Das weisse Rechteck, das diese Marke oben rechts aufweist, trägt den betreffenden Frucht- oder Gemüseamen in deutscher und französischer, gelegentlich auch in deutscher oder französischer und englischer Sprache, oder in diesen drei Sprachen zusammen.

Diese Marken bilden neben der Wortmarke « Hero » den Gegenstand des Prozesses; sie sind für folgende Konserven eingetragen, die für das gegenwärtige Verfahren von Interesse sind: Aprikosen halbe — Abricots coupés; Gemischte Früchte — Macédoine de fruits; Mirabellen — Mirabelles; Erdbeeren naturell, gezuckert — Fraises au naturel sucrées; Reineclauden — Reineclaudes; Eierschwämme — Chanterelles; Erbsen und Carotten mittel — Pois et carottes moyens; Grüne Schmalzbohnen ungegrünt — Haricots d'asperges verts; Wachsbohnen gelbe — Haricots d'asperges jaunes.

f) Am 2. Juli 1924 liess die Klägerin endlich unter Nr. 56,710 eine Marke für Tomatenkonserven aus Neapel eintragen: ein weisses (in der Ausführung rotes) Rechteck trägt links oben in schwarzem Kreis das Wort « Hero »; etwas rechts unten findet sich das Wort « Conserves » in schwarzen Buchstaben und schwarz unterstrichen, darunter in grösserer schwarzer Schrift, sich erstreckend über den ganzen Raum unter dem Kreis und dem Wort « Conserves », die Bezeichnung « Lenzbourg ». Rechts davon folgen in einigem Abstand dreizeilig die Worte « Prodotto — speciale di — NAPOLI »; daran reiht

sich neuerdings der schwarze Kreis mit der Wortmarke « Hero »; darüber und daneben findet sich dreizeilig die Bezeichnung des Inhalts der Packung: « Estratto di Pomodoro — doppio concentrato — Rossini », wiederum gefolgt von dem schwarzen Kreis mit der Wortmarke « Hero ». Rechts davon findet sich zum Schluss nochmals die dreizeilige Aufschrift: « Prodotto — speciale di — NAPOLI ».

B. — Die Beklagte, Konservenfabrik Rorschach A.-G., ist seit dem 11. September 1918 Inhaberin der Wortmarke « Coro » (zusammengesetzt aus den Anfangsbuchstaben der die Firma bildenden Worte « Konservenfabrik Rorschach »). In einer ersten Ausführung zeigt diese in lateinischen Schriftbuchstaben ein grosses, die drei Buchstaben « oro » umschlingendes C, das mit dem Endhaken des letzten o durch eine sich unten herumziehende Schleife direkt verbunden ist (schweiz. Eintragung Nr. 42,530). Eine zweite Eintragung Nr. 48,630 vom 10. Januar 1921 zeigt das gleiche Wort in grossen lateinischen Druckbuchstaben: CORO (internationale Eintragung Nr. 24,049 vom 9. Februar 1921). Seit dem 5. Januar 1925 endlich ist für die Beklagte folgende kombinierte Marke Nr. 57,948 im schweiz. Markenregister eingetragen: Ein auf die Spitze gestelltes weisses, schwarz umrandetes (in der Ausführung gelbes, rot oder braun umrandetes) Dreieck trägt zuoberst ein für die Aufnahme des (mit roten oder braunen Buchstaben) eingesetzten Frucht- oder Gemüsenamens bestimmtes, leeres Feld in der Form eines umgekehrten Trapezes. Darunter folgen in schwarzen (in der Ausführung braunen oder roten) Buchstaben zweizeilig die Worte

CORO
CONSERVE

 Je links und rechts vom ersten und letzten Buchstaben des Wortes Coro findet sich oben ein kleines Dreieck gleicher Farbe. Unter diesen Worten folgt eine, aus ziemlich starken Strichen bestehende schwarze (in der Ausführung rote oder braune) senk-

rechte Schraffierung, die ihr Ende an einer um sie gelegten Randlinie gleicher Farbe findet.

Zur Kennzeichnung ihrer Produkte verwendet die Beklagte heute diese Marke in Verbindung mit dem Bilde der in der betreffenden Packung enthaltenen Früchte- oder Gemüsekonserven mit Blättern, Blüten und Zweigen in den Naturfarben auf weissem Grund. Das oben geschilderte Dreieck überdeckt bei dieser Ausführung auf der linken Seite das sich über die ganze Fläche hinziehende Frucht- oder Gemüsebild. Unter diesem ist in verhältnismässig sehr kleiner Schrift die Firmenbezeichnung « Konservenfabrik-Rorschach (Suisse) — Fabrique de conserves alimentaires » angebracht. Da die Etiketten den ganzen Mantel der Büchsen decken, kommt die Firmaabzeichnung ganz an den untern Rand, und ist schon deswegen meistens nicht oder fast nicht sichtbar. In neuester Zeit hat die Beklagte diese Etiketten auf der rechten Seite oben mit einem gelben Rechteck versehen, das in roten oder braunen Buchstaben die Wortmarke « Coro » trägt.

Die Beklagte vertreibt ferner ein Tomatenextrakt, unter folgender Etikette: Auf rotem Grund findet sich links, in gleicher Anordnung und an gleicher Stelle wie bei der klägerischen Marke Nr. 56,710, die dreizeilige Aufschrift: « Prodotto — speciale di — NAPOLI ». Darauf folgt, ebenfalls dreizeilig, die Angabe des Inhalts: « Estratto di Pomodoro — doppio concentrato — CORO »; an diese schliesst sich nochmals die Aufschrift: « Prodotto speciale di Napoli » in der oben beschriebenen Ausführung an. Die Stellen, an denen die Klägerin ihre Wortmarke « Hero », sowie die Firmaabzeichnung « Conserves Lenzbourg » angebracht hat, sind auf der Etikette der Beklagten leer gelassen. Während des Prozesses verwendete die Beklagte für die Tomatenkonserven die gleiche Etikette in gelber Grundfarbe mit schwarzen Buchstaben und italienischer und deutscher Inhaltsbezeichnung.

C. — Beide Parteien verwenden die beschriebenen Etiketten als Umhüllung ihrer zylindrischen Büchsen für Frucht- und Gemüsekonserven.

Die Klägerin sowohl als die Beklagte haben ihre Etiketten beim Eidg. Amt für geistiges Eigentum als Muster hinterlegt: die Klägerin am 7. November 1924 unter Nr. 36,761 (110 Stück), die Beklagte am 25. November 1922 unter Nr. 34,295 (vier Stück) und am 10. Dezember 1924 unter Nr. 36,874 (75 Stück).

D. — Am 28. März/2. April 1925 hat die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen die vorliegende Klage angehoben, mit den Rechtsbegehren:

1. Es sei der Beklagten die Führung der Marke « Coro » eingetragen im Schweiz. Markenregister unter Nr. 42,530 und Nr. 57,948 (als Bestandteil einer kombinierten Marke), sowie im internationalen Markenregister unter Nr. 24,049 für ihre Konserven und Konfitüren zu verbieten, und es seien diese Marken gerichtlich zu löschen.

2. Es sei der Beklagten die weitere Benützung der zur Zeit der Klageeinleitung für den Vertrieb ihrer Konserven von ihr verwendeten Etiketten, soweit sich dieselben als Nachahmungen der von der Klägerin verwendeten, im Eidg. Markenregister eingetragenen Etiketten darstellen, an sich und in ihrer Verwendung als Verpackung der Konservenblechbüchsen zu verbieten.

3. Es sei der Beklagten die weitere Verwendung der von ihr verwendeten Etikette: roter Untergrund mit den Aufschriften links und rechts: « Prodotto speciale di Napoli », in der Mitte « Estratto di Pomodoro doppio concentrato Coro », an sich wegen Verletzung der der Klägerin zustehenden, am Eidgen. Markenregister geschützten Marke Nr. 56,710, und auch sonst aus dem Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbs in ihrer Verwendung als Verpackung der betreffenden Konservenbüchsen zu verbieten.

4. (Ausser Streit.)

5. Es sei der Beklagten aufzugeben, innert einer vom Gerichte anzusetzenden, angemessenen Frist die in Verkehr gebrachten Etiketten gemäss Rechtsbegehren 2 und 3 bei den Kunden und aus dem Verkehr überhaupt zurückzuziehen, und den vorhandenen Vorrat zu vernichten.

6. Es habe die Beklagte der Klägerin einen Schadenersatz von 30,000 Fr., eventuell einen nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrag zu bezahlen.

7. Die Klägerin sei für berechtigt zu erklären, das Urteil im Dispositiv auf Kosten der Beklagten je zwei Mal im Schweiz. Handelsamtsblatt und nach Wahl der Klägerin in einer führenden Zeitung der Ostschweiz, der Zentralschweiz und der Westschweiz zu publizieren.

Die Klägerin hält dafür, dass diese Rechtsbegehren sowohl nach dem Markenrecht als nach den Grundsätzen über den unlauteren Wettbewerb begründet seien.

E. — Die Beklagte hat beantragt, die Klage sei in allen Teilen abzuweisen.

F. — Die vom Handelsgerichtspräsidium in den Geschäftsräumen der Beklagten vorgenommene Tatbestandsaufnahme führte zu folgenden Feststellungen:

Die Beklagte benützt die Marke « Coro » zum Vertrieb von Konserven und eingemachten Früchten seit der am 16. September 1918/7. Februar 1921 erfolgten Eintragung. Die Etiketten mit den im Streit liegenden Fruchtbildern werden seit Februar 1921, diejenigen mit den beanstandeten Gemüsebildern seit November 1922 verwendet. Im Jahre 1923 bezog die Beklagte insgesamt Etiketten im Werte von 21,609 Fr., im Jahre 1924 im Werte von 45,000 Fr. und in den ersten Monaten 1925 im Werte von 4000 Fr. Die Zahl der noch vorhandenen Etiketten belief sich am Tage der Tatbestandsaufnahme auf 1,030,000 Stück, der Ausgang in den ersten drei Monaten 1925 auf 200,000 Stück. Die Jahresumsätze der Konservenabteilung bewegen sich seit Einführung der Marke « Coro » zwischen 900,000 Fr. und 3,500,000 Fr.

G. — Mit Urteil vom 26. Mai 1925 hat das Handelsgericht St. Gallen erkannt :

« 1. Die Rechtsbegehren Ziffer 1 und 3 der Klage werden gutgeheissen, Rechtsbegehren Ziffer 2 wird im Sinne der Erwägungen geschützt.

2. Die Beklagte wird pflichtig erklärt, binnen einer Frist von 4 Monaten von der Rechtskraft des Urteils an die in Verkehr gebrachten Etiketten und Blechpackungen bei den Kunden und aus dem Verkehr überhaupt zurückzuziehen.

3. Die Beklagte hat die Klägerin mit 2000 Fr. nebst 5% Zinsen seit 2. April 1925 zu entschädigen.

4. Die Klägerin ist berechtigt, das Urteil im Dispositiv auf Kosten der Beklagten einmal im Schweizer. Handelsamtsblatt zu publizieren. »

H. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, es sei die Klage in allen Teilen vollständig abzuweisen.

J. — Die Klägerin hat sich der Berufung der Beklagten angeschlossen und beantragt, es sei Disp. 1 des handelsgerichtlichen Urteils dahin abzuändern, dass das Klagebegehren 2 vorbehaltlos und nicht nur «im Sinne der Erwägungen» gutgeheissen werde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Es fragt sich in erster Linie, ob die Marke «Coro» der Beklagten sich von der Marke «Hero» der Klägerin hinlänglich unterscheidet, um einer Verwechslung vorzubeugen (MSchG Art. 6). Bei der Prüfung dieser Frage hat die Vorinstanz zutreffend darauf abgestellt, dass beide Marken reine Phantasiebezeichnungen darstellen und das Publikum nicht in der Lage sei, aus der Art und Weise ihrer Zusammensetzung auf die Verschiedenheit der Herkunft der unter diesen Bezeichnungen in den Handel gebrachten Konserven zu schliessen. Richtig ist ferner, dass bei Phantasienamen, und vollends bei solchen, die für Waren genau gleicher Art verwendet

werden, an die Beurteilung der Unterscheidbarkeit ein verhältnismässig strenger Masstab anzulegen ist, sowie dass es auf das Unterscheidungsvermögen der Konsumenten, nicht der Wiederverkäufer ankommt, und an die Aufmerksamkeit und das Erinnerungsvermögen der als Detailabnehmer hauptsächlich in Betracht kommenden Kreise (Hausfrauen, Dienstboten, Kinder) erfahrungsgemäss keine zu grossen Anforderungen gestellt werden dürfen. Der Vorinstanz ist auch darin beizustimmen, dass bei Wortmarken, im Gegensatz zu den Bildmarken, nicht sowohl der bildliche als der Gehörseindruck im Gedächtnis zurückbleibt; deshalb kann die Klägerin aus der etwelchen Verschiedenheit in der bildlichen Darstellung und, bei den klägerischen Marken Nr. 26,908 und 32,056 und der beklagtischen Marke Nr. 57,948, im figurativen Beiwerk nichts herleiten, was zu Gunsten ihrer Auffassung, dass eine Verwechslung der beiderseitigen Marken ausgeschlossen sei, entscheidend ins Gewicht fiele (BGE 36 II 259). Noch weniger schlüssig erscheint der Hinweis auf die durch die Worte «Hero» und «Coro» angeblich geweckten verschiedenen Ideenassoziationen («Heros», «Herero», «Herodes» auf der einen, «Cora» oder «Koran», also etwas Orientalisches auf der andern Seite), sowie auf den Umstand, dass die klägerischen Konserven im Publikum vornehmlich als «Lenzburger»-Konserven bekannt seien und unter dieser Bezeichnung, nicht als «Hero»-Konserven, verkauft werden. Selbst wenn dem so wäre, was nicht feststeht, so hätte die Klägerin nichtsdestoweniger Anspruch auf Schutz ihrer rechtsförmlich eingetragenen «Hero»-Marke gegen unerlaubte Nachahmungen, und es kann ein Verzicht auf Anfechtung der «Coro»-Marke weder aus deren anfänglichen Duldung, noch aus der Stellungnahme der Klägerin während der gepflogenen Vergleichsunterhandlungen abgeleitet werden.

Ob die Ähnlichkeit, welche im Klange zwischen «Coro» und «Hero» besteht und die namentlich auf der

gänzlichen Übereinstimmung der zweiten Silbe beruht, derart bedeutend sei, und der Eindruck, den die beiden Marken speziell ihrem Klange nach in der Erinnerung der Abnehmer zurücklassen, ein dermassen gleichartiger sei, dass das Bestehen einer Verwechslungsgefahr angenommen werden muss, ist eine Ermessensfrage. Wenn die Vorinstanz in Würdigung aller Umstände und vermöge ihrer besonderen Kenntnisse über die Gepflogenheiten im Verkehr zur Bejahung der Frage gelangt ist, so besteht für das Bundesgericht umso weniger Grund, dieser Auffassung entgegenzutreten, als nach der ganzen Sachlage nicht bezweifelt werden kann, dass die Beklagte ihre Warenbezeichnungen denjenigen der Klägerin nachgebildet hat, und in Fällen, in denen trotz eines solchen Gebarens ein Zweifel über das Vorliegen einer effektiven Verwechslungsgefahr obwalten kann, zu Ungunsten des Nachahmers zu entscheiden ist, insbesondere wenn ihm eine so beträchtliche Auswahl an Warenbezeichnungen zu Gebote steht, wie im vorliegenden Falle der Beklagten; es wäre für sie ein Leichtes gewesen, einen für ihre Zwecke geeigneten Phantasienamen ausfindig zu machen, der sich von dem von der Klägerin geführten deutlich unterschieden hätte, wenn sie nicht vorzog, einfach ihre Geschäftsfirma als Marke zur Kennzeichnung der von ihr hergestellten Frucht- und Gemüsekonserven zu verwenden. Die Berufung der Beklagten auf angeblich mit dem vorinstanzlichen Urteil nicht im Einklang stehende Entscheidungen des Bundesgerichts geht fehl: der Fall: «Dido» - «Lilo» (BGE 31 II 738 ff.) kann schon deshalb nicht zum Vergleich herangezogen werden, weil es sich dort um Marken handelte, die zur Bezeichnung von Uhren dienten, und auf diesem Gebiet an das Unterscheidungsvermögen der Käufer höhere Anforderungen gestellt werden dürfen; die Marken «Bursolin» und «Basolin» (BGE 42 II 672) hat das Bundesgericht namentlich deswegen als nebeneinander zulässig angesehen, weil die Schlussilbe «lin» bei chemi-

schen Präparaten stereotyp geworden sei und die beiden ersten Silben ganz verschiedenen Ideenassoziationen rufen. Dagegen hat das Bundesgericht entschieden, dass die Wortmarken «Citrogen» und «Citrovin», «Honneur» und «Bonheur», «Gênes» und «Génie» (BGE 36 II 250 f., 428 f.; 50 II 77) sich nicht genügend voneinander unterscheiden, obschon der Wortsinn der letzteren, wie auch der Marken «Honneur» und «Bonheur», ein durchaus verschiedener ist: ein Umstand, der bei den begrifflich nichtssagenden Marken «Hero» und «Coro» ganz ausser Betracht fällt. Das Klagebegehren 1 ist daher in Übereinstimmung mit der Vorinstanz gutzuheissen.

2. — Gegenüber dem Klagebegehren 2 macht die Beklagte geltend, dass in der naturgetreuen Darstellung der konservierten Früchte und Gemüse auf den in Frage stehenden Etiketten keine Spezialität der Klägerin liege, sondern alle Konservenfabriken solche Darstellungen auf ihren Etiketten zur Kenntlichmachung des Inhalts ihrer Eimer und Büchsen verwenden, und eine derartige, zu rein praktischen Zwecken erfolgende Ausstattung der Verpackungen nicht markenrechtlich appropriert werden könne. Das Bundesgericht hat zu dieser Frage bereits im früheren Prozess der Klägerin gegen die Gebr. Utermöhlen, in dem über die Markenfähigkeit von Etiketten, die in der Hauptsache mit den vorliegenden übereinstimmen, zu entscheiden war, in dem Sinne Stellung genommen, dass es die Schutzfähigkeit der an sich nicht geschützten Sachbezeichnungen (Fruchtbild und Fruchtname) in ihrer originellen Verbindung mit dem Firmenzeichen bejaht hat; es hat hiebei die Eigenart in der Ausgestaltung, Anordnung und Verbindung der einzelnen Bestandteile der Etikette, nach Grösse, Fläche, Verteilung von Bild und Untergrund, und in der besonderen Behandlung des Fruchtmotivs (Zweig mit Blättern und Früchten) erblickt, und ausgeführt, dass aus dem Zusammenwirken dieser Momente ein bestimmter Gesamteindruck resul-

tiere (BGE 37 II 173 ff.). Mit der Anerkennung der Markenfähigkeit einer ein originelles Gesamtbild darstellenden Etikette steht auch das von der Beklagten angerufene neuere Urteil i. S. Bertsch gegen Ernst (BGE 49 II 312 ff.) nicht im Widerspruch, in dem das Bundesgericht ausgesprochen hat, dass einem auf das Produkt oder eine Eigenschaft desselben deutenden «schwachen» Warenzeichen zwar nicht an sich, wohl aber der besonderen Gestaltung desselben individualisierende Kraft zur Bezeichnung der Produkte eines bestimmten Handel-treibenden zukomme.

Es ist der Beklagten zuzugeben, dass ihre Etiketten Elemente enthalten, die trotz dem gleichartigen Frucht- oder Gemüsebild einen von demjenigen der klägerischen Etiketten verschiedenen bildlichen Gesamteindruck bewirken. Der Unterschied im Gesamtaussehen beruht hauptsächlich auf dem grossen Dreieck, welches links auf der Etikette angebracht ist und das auch wegen der intensiv rot-gelben Farbe gegenüber dem schwarz-weissen Rechteck, das sich auf der rechten Seite der klägerischen Etiketten befindet, differenzierend wirkt, während auf den Unterschied in der Schreibart (grosse oder kleine Buchstaben) kaum abgestellt werden darf, und die Bezeichnung «Coro» aus den in Erwägung 1 angeführten Gründen als Unterscheidungsmerkmal ausser Betracht fällt. Allein die Vorinstanz hebt zutreffend hervor, der Unterschied im Gesamteindruck komme infolge der Verwendung der Etiketten zur Umhüllung runder Büchsen nicht zur Geltung, indem die Etiketten für den Käufer nicht in ihrer Gesamtheit, sondern nur von einer Seite sichtbar werden; und zwar werde bei der in den Ladenräumen üblichen Aufstellungsweise das Frucht- oder Gemüsebild dem Verkaufspersonal und dem Publikum zugekehrt, damit der Inhalt der Büchsen sofort erkennbar sei. Die Frucht- und Gemüsebilder aber sehen bei den beklagtischen Etiketten in der ganzen Anordnung, Ausgestaltung und Farbgebung so auffallend

ähnlich aus, wie bei denjenigen der Klägerin, dass bei Betrachtung dieser Bilder allein eine nicht zu unterschätzende Verwechslungsgefahr besteht, und mit der Vorinstanz geradezu angenommen werden muss, die eine Darstellung habe als Vorlage für die andere gedient. Die Verwechslungsgefahr wird dadurch, dass die Beklagte ihre Firmabezeichnung unter den Frucht- und Gemüsebildern angebracht hat, mit Rücksicht auf die Kleinheit der Buchstaben nicht vermindert, noch dadurch, dass die Beklagte mit ihren Bildern die ganze Etikette ausfüllt, während bei den Etiketten der Klägerin das Bild dort abbricht, wo das Rechteck mit der Marke «Hero», der Firmabezeichnung und dem Frucht- oder Gemüseamen beginnt, weil nach den sachverständigen Ausführungen der Vorinstanz auch dieser Unterschied bei der im Detailhandel üblichen Aufstellung der Büchsen nicht zur Geltung kommt. Von diesem Gesichtspunkt aus erscheint das Gebaren der Beklagten als unzulässig, gleichgültig ob man, gemäss der in der Literatur mehrfach vertretenen Auffassung (KÖHLER, Markenschutz S. 285 und 337, Warenzeichenrecht S. 182/3; POUILLET, Traité des marq. de fabr. Nr. 419; DUNANT, Marq. de fabr. Nr. 194 S. 318 ff.), bei Verdeckung oder mangelnder Sichtbarkeit des Unterscheidungsmerkmals beim Gebrauch der Marke Täuschung durch Markennachahmung, im Gegensatz zur Täuschung mit Hilfe einer an sich berechtigten Marke, also eine eigentliche Markenrechtsverletzung annehmen will oder nicht; denn im letzteren Falle würde eine Haftung aus unlauterem Wettbewerb Platz greifen, indem mit dem angefochtenen Urteil in der Bewirkung der Verwechslungsmöglichkeit eine Treu und Glauben verletzende Veranstaltung im Sinne von Art. 48 OR zu erblicken wäre (vergl. BGE 38 II 701 ff.).

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist deshalb Klagebegehren 2 insoweit gutzuheissen, als der Beklagten die weitere Benützung der streitigen Etiketten zu verbieten

ist, sofern sie nicht durch Einfügung weiterer Markenelemente, die von den von der Klägerin verwendeten gänzlich abweichen, bewirkt, dass sich ihre Etiketten bei Betrachtung von allen Seiten von denjenigen der Klägerin deutlich unterscheiden, oder das nämliche Resultat auf andere zweckentsprechende Weise (durch Verwendung von Etiketten, die nur die halbe Fläche der Konservenbüchsen umhüllen, oder dergl.) erzielt. Die von der Klägerin mit der Anschlussberufung verlangte Ausdehnung des Verbots auf die naturalistische Wiedergabe und die Bezeichnung des Büchseninhalts überhaupt würde sich nicht rechtfertigen, da die klägerischen Etiketten ja nur insoweit als schutzfähig angesehen werden können, als die Firma der Klägerin und die Marke « Hero » mit dem Bild und dem Namen der Frucht oder des Gemüses zu einem originellen Ganzen verbunden sind, und infolgedessen ein Eingriff in die Rechtssphäre der Klägerin ausgeschlossen ist, wenn die Beklagte ihrerseits eigenartige Bilder verwendet, die sich bei jeder Betrachtungsweise von der klägerischen Darstellung scharf abheben.

3. — Als markenfähig sind auch die von der Klägerin für Tomatenkonserven verwendeten, Gegenstand des Klagebegehrens 3 bildenden Etiketten zu betrachten, weil die Kombination der verschiedenen Elemente, aus denen sie zusammengesetzt sind, ein die Sachbezeichnung überragendes, originelles Gesamtbild ergibt. Darüber, dass die Beklagte diese Etiketten nachgeahmt hat, kann ein Zweifel nicht bestehen; der Umstand, dass sie nunmehr für ihre Tomatenkonserven andere Etiketten (mit gelbem, statt rotem Grundton) benutzt, die sich von denjenigen der Klägerin wesentlich unterscheiden, bietet keine genügende Garantie gegen Wiederholungen der erfolgten Markenrechtsverletzung. Die Vorinstanz hat daher mit Recht das Klagebegehren 3 geschützt.

4. — Ebensowenig rechtfertigt sich eine Abänderung des vorinstanzlichen Urteils in Bezug auf die in teil-

weiser Gutheissung der Klagebegehren 5 und 6 der Beklagten auferlegte Verpflichtung, innert einer Frist von 4 Monaten von der Rechtskraft des Urteils an die in Verkehr gebrachten Etiketten und die mit der Marke « Coro » versehenen Blechpackungen bei den Kunden und aus dem Verkehr überhaupt zurückzuziehen, und der Klägerin den ihr verursachten Schaden mit 2000 Fr. nebst 5% Zins seit 2. April 1925 zu ersetzen. Das Gleiche gilt in Bezug auf das der Klägerin eingeräumte Recht zur einmaligen Veröffentlichung des Urteilsdispositivs auf Kosten der Beklagten im Schweiz. Handelsamtsblatt. Ein Grund zur Aufhebung dieser, sowohl nach dem Markenschutzgesetz als nach Art. 43 OR zulässigen Massnahmen ist nicht ersichtlich.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Hauptberufung und die Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. Mai 1925 wird bestätigt.

IX. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. III Teil Nr. 15 und 16. — Voir III partie nos 15 et 16.