

imputera leur défectuosité. Une réputation commerciale justement acquise pourra ainsi être ébranlée et le discrédit rejaillir sur les produits qui portent la marque imitée, quand même ceux-ci seraient différents des produits de l'imitateur (cf. FAUCHILLE, dans Annales de droit comp., 1894 II p. 267 s.).

Mais il est clair que la confusion entre les producteurs n'est à craindre que lorsque les deux marchandises, sans être pareilles, ont cependant entre elles une parenté suffisante pour qu'il soit vraisemblable de supposer qu'elles ont été produites par le même fabricant. Tel n'était pas le cas dans la cause Yale & Towne Manufactory Cy. contre Jakob Laib & C^{ie}, jugée par le Tribunal fédéral le 18 octobre 1927 (RO 53 II 355, JdT 1928 p. 72). Mais, dès le moment où une semblable parenté existe entre deux marchandises, on ne peut plus dire que celles-ci soient de nature totalement différente (ihrer Natur nach gänzlich abweichend), au sens de l'art. 6 al. 3 de la loi. En d'autres termes, l'application de cette disposition est exclue dès que les deux industries sont assez voisines pour que le public puisse raisonnablement admettre qu'elles sont exercées par un seul et même producteur (cf. RO 33 II 451 : papier simple et papier sensible pour la photographie ; 34 II 376 : articles de métal, etc., et ustensiles de ménage, instruments agricoles, etc. ; 38 II 709 : laine et coton ; — ADLER, System des österreichischen Markenrechts (1909), p. 199-200 ; HAGENS, p. 121 ; FINGER, Das RG z. Schutze der Warenbezeichnungen, 3^e édit. (1926), p. 159 ; PINZGER & Heinemann, Das d. Warenzeichenrecht, p. 99).

c) Il faut donc examiner si une confusion du genre qui vient d'être indiqué est possible en l'espèce, en d'autres termes, s'il est à craindre que le public attribue à la demanderesse la fabrication de l'apéritif de la recourante. La réponse à cette question ne saurait être douteuse. Il suffit de relever qu'en fait, de nombreux apéritifs — et parmi les plus réputés — sont fabriqués par des maisons dont la

principale production est celle de vins mousseux assimilables en tous points au champagne. Tel est notamment le cas de certains vermouths, dont les fabricants sont en même temps les producteurs des grands mousseux d'Italie. Si les demandeurs eux-mêmes ne fabriquent pas d'apéritif, il est constant que leurs marques n° 27 385 et 67 423 sont destinées à toute une variété de boissons alcooliques et non alcooliques. Il est donc parfaitement possible que les consommateurs s'imaginent que, parmi leurs nombreuses spécialités, Mathiss & C^{ie} comptent des apéritifs à base de vin ou de quinquina, et il n'y aurait rien d'étonnant à ce qu'ils leur attribuent la fabrication du produit de la défenderesse.

Le fait que la marque « Le Sportif » a coexisté depuis 1923 avec les marques des demandeurs ne permet nullement de dire qu'une confusion de ce genre soit peu probable. Ce laps de temps est en effet beaucoup trop bref pour qu'il soit possible d'en tirer une telle conclusion. Il en était tout autrement dans l'espèce, d'ailleurs très particulière, que le Tribunal fédéral a jugée le 28 juin 1921 (RO 47 II 237-238 ; JdT 1921, 524).

C'est donc à juste titre que la cour cantonale a rejeté l'exception tirée de l'art. 6 al. 3.

70. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Dezember 1930 i. S. Migros A.-G. und Produktions-A.-G. gegen Walz & Eschle.

Markenschutz.

Schutzunfähigkeit der Bezeichnung « Süssfett » für ein Kochfett (Erw. 1), sowie der Idee der Anbringung eines Städtebildes zur Hervorhebung der Herkunft eines Produktes (Erw. 2).

Die Schutzunfähigkeit eines oder mehrerer Elemente einer Marke schliesst die Schutzfähigkeit der letztern als ganzes nicht ohne weiteres aus (Erw. 2).

Der Markenschutz wird nicht erst durch die Hinterlegung, sondern durch den befugten Gebrauch einer Marke geschaffen (Erw. 3).

A. — Die Migros A.-G. Zürich bringt seit September 1928 ein ursprünglich von den Alkoholfreie Wein- und Konservenfabriken Meilen A.-G., nunmehr von deren Rechtsnachfolgerin, der Produktions-A.-G., hergestelltes Kochfett in den Handel unter Verwendung einer nicht im Register eingetragenen, rechteckigen Marke, die auf einem ellyptisch gesprenkelten Grund (weiss und gelb) die Worte: « Meilener « Süssfett » gutes butterhaltiges Kochfett 400 gr. 1 Fr. » enthält. Das Wort « Meilener » befindet sich links oben, das Wort « Süssfett » in der Mitte, auf einem violetten, beidseitig dreigezackten, langgezogenen Band, während die Worte « gutes butterhaltiges Kochfett » unten angebracht sind und die ganze Breite der Etikette einnehmen. Die beiden Adjektive « gutes butterhaltiges » sind mit halb so grosser Schrift geschrieben, wie die Worte « Meilener » und « Kochfett ». Die Quantitäts- und Preisangabe « 400 gr. 1 Fr. » befindet sich in der rechten oberen Ecke. Das Wort « Süssfett » ist mit gelber, also heller Schrift auf violetter, also dunkeltem Grund geschrieben, während umgekehrt alle übrigen Worte mit violetter Schrift auf dem gelb und weiss ellyptisch gesprenkelten Grund geschrieben stehen.

Die Firma Walz und Eschle in Basel verwendet ihrerseits für ein ähnliches Produkt eine ebenfalls rechteckige Marke, die sie am 26. November 1928 unter Nr. 68,732 ins schweizerische Markenregister eintragen liess, und welche die Worte « Basler Süssfett feinstes Kochfett mit Rahmbutter-Zusatz » enthält. Auf der linken Seite ist in einem grossen Kreise das Basler Münster (von der Rheinseite gesehen) abgebildet, an welchen Kreis eine langgezogene, zweigezackte Flagge angefügt ist, die die ganze Marke überquert., und auf welcher das Wort « Süssfett » steht. Die Herkunftsbezeichnung « Basler » steht darüber, rechts der Mitte, während die Worte « feinstes Kochfett mit Rahmbutter-Zusatz » unten angebracht sind und die ganze Breite der Marke einnehmen. Die Worte « Basler » und « Kochfett » stechen gegenüber

den Worten « feinstes » und « mit Rahmbutter-Zusatz » durch doppelt so grosse, fette Schrift hervor. Auch hier ist das Wort « Süssfett » mit heller Schrift auf dunkeltem Grund (in der im Handel verwendeten Ausführung weiss auf rot), alle übrigen Worte mit dunkler Schrift auf hellem Grund (rot auf weiss) geschrieben.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangen die Migros A.-G. und die Produktion A.-G.: die zu Gunsten der Beklagten eingetragene Wortbildmarke Nr. 68,732 sei gerichtlich zu löschen. Sofern die Löschung erfolge, weil die Klägerinnen die Gebrauchspriorität besitzen, sei der Beklagten der weitere Gebrauch der Bezeichnung « Süssfett » gerichtlich zu untersagen. Sodann sei das Urteil auf Kosten der Beklagten in vier von den Klägerinnen zu bezeichnenden Zeitungen zu veröffentlichen. Die Klägerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass die Beklagte die von ihnen früher gebrauchte Marke — zumal infolge der Verwendung des Wortes « Süssfett » — in unzulässiger Weise nachgeahmt habe; eventuell sei die beklagte Marke gar nicht schutzfähig.

C. — Mit Urteil vom 5. September 1930 — den Parteien zugestellt am 12. September 1930 — hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Klage abgewiesen.

D. — Hiegegen haben die Kläger am 1. Oktober 1930 die Berufung an das Bundesgericht erklärt, indem sie erneut um Schutz der Klage ersuchten, eventuell sei die Angelegenheit zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Vorinstanz hat mit Recht festgestellt, dass der von beiden Parteien in ihren Marken verwendete Ausdruck « Süssfett » an sich kein schutzfähiges Wortzeichen sei, da dieser lediglich eine Beschaffenheits- bzw. Eigenschaftsbezeichnung darstelle. Solchen Bezeichnungen

hat aber das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung den markenrechtlichen Schutz versagt (vgl. BGE 54 II S. 406 und die daselbst aufgeführten frühern Entscheide). Allerdings wurde in dem erwähnten Entscheide ausgeführt, es könne nicht schon jede Anspielung auf die Natur oder Bestimmung der Ware genügen, um ein Wortzeichen als markenunfähig erscheinen zu lassen, so jedenfalls dann nicht, wenn es sich nur um eine entfernte, erst unter Zuhilfenahme der Phantasie im Wege besonderer Ideenverbindungen erkennbare sachliche Beziehung handle. Erforderlich sei vielmehr, dass die Bezeichnung in einem so engen Zusammenhange mit der Ware stehe, dass sie unmittelbar auf eine Beziehung zur Beschaffenheit, Eigenschaft, Herstellung oder Bestimmung der Ware schliessen lasse und infolgedessen der Eignung und der Kraft, als Sonderzeichen für die Erzeugnisse eines bestimmten Produzenten zu dienen, ermangle. Letzteres trifft nun aber im vorliegenden Falle, entgegen der Auffassung der Klägerinnen, offensichtlich zu. Dass das Wort *Fett* eine reine, jedermann geläufige und von jedermann verwendete Sachbezeichnung ist, bedarf keiner weitem Erörterung. Und wenn nun hieran noch das Wort *süss* angefügt wurde, so wurde dadurch lediglich eine Eigenschaft noch besonders hervorgehoben. Allerdings weist *süss* im gewöhnlichen Sprachgebrauch auf Zucker hin, während hier mit diesem Ausdruck ganz allgemein der infolge der Reinheit und Unverdorbenheit des Produktes diesem anhaftende Wohlgeschmack hervorgehoben werden soll. Das springt aber ohne weiteres in die Augen, ohne dass es hierzu der Zuhilfenahme der Phantasie bezw. besonderer Ideenverbindungen bedürfte. Es sei hiebei nur an ähnliche, jedermann geläufige Übertragungen dieses Wortes in den Ausdrücken Süsswasser, süsse Butter u. a. hingewiesen (ganz abgesehen von den zahllosen vulgären Redensarten, in denen das Wort *süss* an Stelle von angenehm verwendet wird: ein süsser Mensch, das süsse Nichtstun u. s. w.).

2. — Erweist sich somit der Ausdruck « Süssfett » nicht als schutzfähiges Wortzeichen, so hat dies aber an sich nicht ohne weiteres zur Folge, dass deshalb der Marke der Beklagten der markenrechtliche Schutz zu versagen sei; denn die Schutzunfähigkeit eines oder mehrerer Elemente einer Marke schliesst die Schutzfähigkeit der letztern nicht aus, wenn das Gesamtbild der Marke zufolge der eigenartigen Anordnung und Gestaltung (originelle Schrift etc.) oder zufolge Kombination mit originellem, figurativem Beiwerk einen charakteristischen, individuellen Eindruck zu erwecken vermag (vgl. BGE 20 S. 104; 30 II S. 123 Erw. 5; 38 II S. 308 f.). Das trifft nun aber bei der beklagten Marke zu. Zwar entbehren auch die übrigen auf der Marke angebrachten Worte als reine Sachbezeichnungen ebenfalls an sich jeden schutzfähigen Charakters. Und auch die Idee, die Herkunft des Produktes durch eine Abbildung des Basler Münsters noch besonders hervorzuheben, kann an sich nicht als schutzfähig erachtet werden. Allein die gesamte Kombination aller dieser Elemente, verbunden mit dem übrigen figurativen Beiwerk (die Darstellung des Basler Münsters in einem Kreise, an den sich, wie an einem Ring befestigt, die die ganze Marke durchquerende Flagge anschliesst, auf der das Hauptkennwort « Süssfett » geschrieben steht) erzeugt doch, wie die Vorinstanz mit Recht ausgeführt hat, als Ganzes betrachtet, eine eigenartige Wirkung und ist daher geeignet, das dazugehörnde Produkt von Erzeugnissen anderer Herkunft zu unterscheiden. Zwar ist nicht zu leugnen, dass das an sich nicht schutzfähige Wort « Süssfett » — was auch zweifellos von der Beklagten beabsichtigt war — besonders in die Augen springt. Dem kommt jedoch für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit der gesamten Marke deshalb keine ausschlaggebende Bedeutung zu, weil es sich hiebei um eine reine, jeder Originalität entbehrende Beschaffenheits- bezw. Eigenschaftsbezeichnung handelt. Das kaufende Publikum wird daher angesichts der Farblosigkeit dieses Ausdruckes

darin nur eine allgemeine Gattungsbezeichnung erblicken und deshalb, wenn es ein Kochfett bestimmter Provenienz einkaufen will, sein Augenmerk gerade nicht auf diese Bezeichnung, sondern auf die übrigen Merkmale der Marke richten.

3. — Muss somit der Marke der Beklagten die Schutzwürdigkeit grundsätzlich zuerkannt werden, so fragt sich nun aber noch, ob sie wegen Nachahmung der klägerischen Marke zu löschen sei. Es ist nicht bestritten, dass die Klägerinnen ihre Marke zuerst verwendet haben. Allerdings haben sie sie nicht ins schweizerische Markenregister eintragen lassen. Das schliesst jedoch ihre bessere Berechtigung nicht aus; denn der Schutz wird, wie sich *e contrario* aus Art. 5 MSchG ergibt, nicht erst durch die Hinterlegung bzw. die Eintragung, sondern durch den befugten Gebrauch geschaffen (vgl. statt vieler BGE 26 II S. 649 Erw. 4). Die Klägerinnen hätten daher einen Anspruch auf Löschung der beklagtischen Marke, wenn mit Bezug auf die beiden Marken eine Verwechslungsgefahr als bestehend erachtet werden müsste. Das trifft jedoch, wenn man berücksichtigt, dass die Klägerinnen das Wort « Süssfett » nicht für sich allein beanspruchen können, nicht zu. Denn ausser der analogen Verwendung dieses Ausdruckes weichen die beiden Marken, sowohl mit Bezug auf den übrigen Text, wie auch bezüglich der Kombination und figurativen Ausgestaltung, fast in allen Teilen völlig von einander ab. Einzig zwischen dem gezackten Band der klägerischen Marke und der Flagge der beklagtischen Marke, auf welchen das Wort « Süssfett » (und zwar mit ähnlicher Steilschrift) aufgedruckt ist, mag eine gewisse entfernte Ähnlichkeit bestehen. Dieser Umstand allein genügt jedoch nicht zur Annahme einer Verwechslungsgefahr, zumal da in der beklagtischen Marke die grosse kreisrunde Zeichnung des Basler Münsters als wichtiges Merkmal in die Augen springt, während der klägerischen Marke ein ähnlich gestaltetes Motiv völlig mangelt. Ein weiteres, jedermann auffälliges Unter-

scheidungsmerkmal bilden auch die auf beiden Marken in grosser, fetter Schrift aufgedruckten örtlichen Herkunftszusammenhänge « Meilener » bzw. « Basler », und endlich verleiht auch der elliptische, gesprenkelte Untergrund der klägerischen Marke ein völlig anderes Aussehen gegenüber dem gänzlich neutralen Untergrund des beklagtischen Markenbildes.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und demgemäss das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 5. September 1930 bestätigt.

VIII. URHEBERRECHT

DROIT D'AUTEUR

71. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. November 1930 i. S. Berli gegen Schneider's Erben.

Urheberrecht an Werken der Baukunst.

Die Bestellung eines Projektes bei einem Architekten für einen bestimmten Bau berechtigt den Besteller nur zur einmaligen Ausführung des betr. Baues (Erw. 1).

Auslegung des Begriffes eines Werkes der Baukunst (Art. 1 Abs. 4 URG) und der erneuten Wiedergabe eines solchen (Art. 14 URG) (Erw. 2 ff.).

A. — Im Jahre 1927 übertrug der heutige Beklagte Eugen Berli, Baumeister in Basel, den Architekten Gottfried Schneider und H. Hindermann, die unter der Firma Schneider und Hindermann in Bern gemeinsam ein Architekturbureau betrieben, die Schaffung eines Bau-