

commune d'intérêt public, on n'est pas en présence d'un contrat de droit privé mais d'une convention de droit public. Et, pour que cette nature juridique doive être admise, il n'est pas nécessaire qu'une loi cantonale prévoie de pareilles ententes intercommunales.

Dans le cas particulier, les principes énoncés dans l'arrêt RO 52 II p. 459 trouvent leur application, car il n'y a entre les deux espèces aucune différence essentielle. Aux termes de l'art. 2 de la loi bernoise du 21 mars 1834 sur les ponts et chaussées, les routes et voies publiques appartiennent au domaine public ; elles comprennent, dans la quatrième classe, les chemins communaux servant à la communication des diverses sections d'une paroisse, hypothèse réalisée pour la route Montfavergier-St-Brais (art. 3). L'établissement de routes de quatrième classe doit être décrété par les communes intéressées (art. 5). Les dépenses pour la construction d'un chemin communal sont à la charge des communes dont il traverse le territoire (art. 12 al. 2). La construction est placée sous la surveillance et la direction immédiates du Département cantonal des travaux publics (art. 1^{er} et 25). Ce sont là des dispositions de droit public.

C'est donc bien en vue d'accomplir ensemble une tâche administrative commune que les parties en litige ont passé la convention du 22 avril 1912 (construction d'un chemin public prévu par la loi ; répartition des frais mis à la charge des communes par la loi) ; les stipulations complémentaires ultérieures n'ont pas un objet différent ; il s'agit, comme la Cour cantonale le relève, d'accords relatifs à la répartition des charges pécuniaires résultant de la construction du chemin intercommunal et incombant, en vertu de la loi de 1834, aux communes intéressées. La question de la faculté des communes de déroger à l'art. 12 al. 2 de cette loi est une question d'application et d'interprétation du texte légal, soit d'une disposition de droit public, et elle est donc elle-même une question relevant de ce droit. Le fait que c'est un tribunal civil

qui a été saisi de la cause et qui s'est déclaré compétent pour en connaître ne suffit pas à modifier la nature de la contestation quant au fond du droit (RO 52 II p. 464). Le Tribunal fédéral doit examiner d'office et en toute liberté la question du droit applicable *ratione materiae*. Or, ce droit est, dans la présente cause, le droit administratif cantonal.

Les conditions de recevabilité du recours en réforme, précisées à l'art. 56 OJ, ne sont par conséquent pas réalisées.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

déclare le recours irrecevable.

V. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

78. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Dezember 1932 i. S. Migros A.-G., St-Gallen gegen Henkel & Co. A.-G.

Markenschutz.

Bedeutung der Farbe einer Marke (Erw. 1).

Grundsätze für die Beurteilung einer unzulässigen Markennachahmung. — Kombinierte Wortbildmarke, deren Hauptbestandteil in einem rotgefärbten, liegenden Oval mit der Inschrift « Ohne Hänkel » besteht, verletzt die ein gleichartiges Oval mit der Inschrift « Henkel » aufweisende Marke, trotz Verschiedenheit der übrigen Elemente (Erw. 2).

Unlauterer Wettbewerb bei geschäftlicher Propaganda. Verunstaltung des Namens eines Konkurrenten, ständige Bezugnahme auf bekannte Konkurrenzprodukte, Kritisierung der Preise der Konkurrenz (Erw. 6 und 9).

Aus dem Tatbestand :

A. — Die Klägerin, Firma Henkel & Cie. A.-G. in Basel, fabriziert in Pratteln und vertreibt in der ganzen Schweiz und im Auslande das selbsttätige Waschpulver « Persil ».

Das Wort « Persil » hat sie als reine Wortmarke, sowie als kombinierte Wort-Bild-Marke, mit und ohne Angabe der Farben, im schweizerischen Markenregister eintragen lassen.

Die für die beiden Breitseiten des « Persil »-Paketes bestimmte farbige Etikette ist der Form des Paketes entsprechend rechteckig (hochgestellt) mit olivgrünem Grundton. In der obern Hälfte ist zu oberst in grossen weissen, mit schwarzer Schattierung versehenen Buchstaben das Wort « Persil » und in der Mitte ein weissumrandertes, liegendes Oval mit rotem Grundton angebracht, in welchem in weissen Buchstaben der Name « Henkel » steht. Zwischen dem Worte « Persil » und diesem Oval ist auf dem olivgrünen Untergrund teils in weissen, teils in schwarzen Buchstaben die Aufschrift angebracht: « Von Henkel auf wissenschaftlicher Grundlage hergestelltes Selbsttätiges Waschmittel — Einfachste Anwendung ». Unter dem Oval findet sich in gleicher Druckart die Aufschrift: « Mit Persil erzielt man mühelos ohne Bleiche, ohne Reiben nach einmaligem Kochen eine reine blendend weisse Wäsche — Völlige Unschädlichkeit bei sachgemässer Anwendung gewährleistet — Ohne Chlor ». Die eine der Breitseiten enthält diese Aufschrift in gleicher Anordnung in französischer Sprache. Die Etiketten auf den Schmalseiten weisen den nämlichen olivgrünen Untergrund auf, der ein längliches weisses Feld umrahmt, auf welchem in rotem Druck die Gebrauchsanweisung (auf der einen Seite deutsch, auf der andern Seite französisch) angebracht ist; links und rechts davon befinden sich zwei weissumrandete, rote Kreisflächen. Die eine davon trägt, in weissen Buchstaben, die Aufschrift « Persil », die andere, ebenfalls in weissen Buchstaben, die Aufschrift « Preis Fr. 1.— ».

Die Beklagte, die Migros A.-G. in St. Gallen, brachte in der zweiten Hälfte November des Jahres 1931 ein Waschpulver mit der Bezeichnung « Ohä » in den Handel in einer Packung, die der äussern Form nach derjenigen

des « Persil » im wesentlichen ähnlich ist. Die beiden Breitseiten weisen folgende Etiketten auf: Auf blaugrünem, schwarzumrandetem Untergrund findet sich zuoberst, in weissen, mit roter Schattierung versehenen Buchstaben, schräg rechts aufwärts geschrieben, das Wort « Ohä »; in der Mitte ist ein rotes, weissumrandertes, liegendes Oval, dessen Rand links und rechts mit einem je durch einen schrägen roten Strich durchquerten Handgriff (dialektisch « Hänkel ») versehen ist. Dieses Oval ist nach unten zum Bilde eines Topfes ergänzt, dessen Aussenseite ebenfalls den blau-grünen Unterton aufweist. Links am obern Rand des Ovale beginnend und nach rechts eingerückt, untereinandergestellt sind im Oval in weisser Druckschrift die beiden Worte « Ohne Hänkel » angebracht, wobei je die beiden mit schwarzer Schattierung versehenen ersten Buchstaben « Oh » und « Hä » ganz in Weiss gehalten sind, während die übrigen Buchstaben infolge einer roten Schraffierung weniger deutlich aus dem Oval hervortreten. Zwischen dem Wort « Ohä » und dem obern Ovalrand findet sich in weissen Buchstaben die Aufschrift « das selbsttätige Waschmittel »; in gleicher Schrift ist unterhalb des Ovale auf der Vorderseite des Topfbildes zu lesen: « dafür nur 50 Rp. » (wobei die Preisangabe zufolge grossen Druckes stark hervortritt). Und unterhalb des Topfes ist die Aufschrift angebracht: « Nach einmaligem Kochen mit — « Ohä » erreicht man ohne Bleiche — und ohne Reiben eine saubere — blütenweisse Wäsche — Ohne Chlor ». Die beiden letzten Worte sind schwarz, die übrigen weiss gedruckt. Die Etiketten auf den Schmalseiten haben den nämlichen blau-grünen Grundton, der ein längliches weisses Feld umrahmt, auf welchem in rotem Drucke die Gebrauchsanweisung angebracht ist. Dieses Feld weist jedoch in der linken obern Ecke einen rechteckigen Einschnitt auf, in welchem auf blau-grünem Grundton schräg aufwärts geschrieben das Wort « Ohä » steht. Die unterste, fettgedruckte Linie der Gebrauchsanweisung lautet: « Gebrauchsanweisung ist also dieselbe

wie das bekannte Persil ». Auf dem Boden der Packung steht in einem kleinen Rechteck, über der stilisierten Abbildung einer Brücke das Wort « Migros ».

Als die Beklagte im November 1931 das « Ohä »-Waschpulver auf den Markt brachte, setzte sie gleichzeitig mit einer schwunghaften Reklame für ihr Mittel ein. Sie hat die Gepflogenheit, in den Tageszeitungen wöchentlich einmal eine sogenannte « Zeitung in der Zeitung » erscheinen zu lassen, auch gibt sie selber ein privates Werbe-Blatt, die « Migros-Brücke », heraus. Darin veröffentlichte sie Artikel, in welchen sie in mannigfaltiger Art ihr neues Produkt anpries, und zwar geschah dies insbesondere in der Weise, dass sie es dem « Persil »-Waschpulver der Klägerin gegenüberstellte. Sie bezeichnete es als « Ersatz für Persil », den sie, obwohl es qualitativ dem letztern ebenbürtig sei, erheblich billiger abzugeben vermöge. Auf Schritt und Tritt wies sie auf das « teure Persil » hin; auch das Schweizervolk habe gemerkt, « dass etwas mit dem Persilpreis nicht stimmen » könne; die Beklagte biete den Hausfrauen Gelegenheit, « den Persil-Preis zu regulieren », man solle solange « Ohä » kaufen, bis das « Persil »-Frankenpaket auf 50 Rappen sei. Die Klägerin sei « ein grosskapitalistisches ausländisches Unternehmen, das seine Machtstellung unbedingt und masslos ausnütze ». Inskünftig werde neben « dem berühmten Götzenbild Persil » in der Schweiz ein offener Markt für Seifenpulver zu mässigen Preisen bestehen. Auch in Inseraten pries die Beklagte ihr Mittel in ähnlicher Weise an. Insbesondere bezeichnete sie es ständig als « Ersatz für Persil », « Das Franken-Paket (½ kg brutto) 50 Rp. » etc. Des fernern brachte sie an ihren Verkaufswagen grosse Plakate an, die eine Abbildung des « Ohä »-Paketes trugen. Solche Abbildungen erfolgten auch in Zeitungsinseraten.

B. — Die Klägerin erblickt in den geschilderten « Ohä »-Packungen, die die Beklagte inzwischen teilweise abgeändert hat, eine Verletzung ihrer Marken und gleichzeitig ihres Namensrechtes; sodann erachtet sie den ganzen

Feldzug, den die Beklagte in ihrer Reklame gegen sie eingeleitet hatte, als einen unlauteren Wettbewerb. Sie reichte deshalb eine bezügl. Feststellungs-, Unterlassungs- und Schadenersatzklage ein.

C. — Das Bundesgericht hat die Klage teilweise gutgeheissen.

Aus den Erwägungen :

1. — Die Klägerin verwendet auf den Paketen des von ihr hergestellten und vertriebenen Waschpulvers die bunte « Persil »-Marke, wie sie sie (unter ausdrücklicher Angabe der bezüglichen Farben) unter Nr. 49 630 und 66 747 im schweizerischen Markenregister hat eintragen lassen, und sie hält diese Marke durch die von der Beklagten auf ihren Waschpulverpaketen angebrachte « Ohä »-Etikette als verletzt, weil letztere sowohl zufolge ihrer Form wie hinsichtlich des darauf angebrachten Textes, des figürlichen Beiwerkes und der verwendeten Farben eine Ähnlichkeit aufweise, die zu Verwechslungen geeignet sei.

Dass sowohl die Form einer Marke, wie die darauf angebrachten Worte und bildlichen bzw. figürlichen Darstellungen — sofern sie charakteristisch sind — schützbares Element einer Marke darstellen, ist ständige Praxis und bedarf keiner weitem Erörterung. Dagegen fragt es sich, ob dies auch mit Bezug auf die für eine Marke verwendeten Farben zutreffe. Das MSchG enthält hierüber keine Bestimmung, es erwähnt die Farben nicht. Daraus kann jedoch nicht hergeleitet werden, dass diesen demzufolge vom Standpunkte des Markenrechtes aus keine Bedeutung zukomme; denn im MSchG finden sich überhaupt keine Vorschriften über die Gestalt und sonstigen Merkmale der Marken mit Ausnahme des Art. 3, wonach bestimmten Zeichen (öffentlichen Wappen oder andern, als Eigentum eines Staates oder einer schweizerischen Gemeinde anzusehenden Zeichen, sowie gemeinfreien und unsittlichen Zeichen) ausdrücklich der markenrechtliche Schutz verweigert ist. Die Frage ist daher aus dem Wesen und Zweck

der Marke heraus zu beurteilen, die darin bestehen, die damit versehenen Waren eines bestimmten Gewerbetreibenden zu individualisieren. Daraus folgt, dass grundsätzlich alle Elemente einer Marke, die charakteristische Merkmale für das Zeichen darstellen, vom Markenschutz umfasst sein müssen. Nun ist aber kein Zweifel, dass auch durch die Zusammenstellung mehrerer oder die eigenartige Verwendung einer einzelnen Farbe ein charakteristisches Bild geschaffen wird, das für die Kennzeichnung der Ware zur Unterscheidung von andern geeignet ist; und insbesondere kann die Färbung einzelner Bestandteile einer Bild- oder Wortbildmarke eine stärkere Individualisierung des betreffenden Zeichens bewirken. Die neue bundesrätliche Vollziehungsverordnung vom 24. April 1929 zum MSchG schreibt in Art. 6 Ziff 2 vor, dass, wenn im Antrag eine bestimmte farbige Ausführung der Marke beansprucht werde, zwei Exemplare der Marke in dieser Ausführung einzureichen seien. Und in Art. 16 Ziffer 7 ist bestimmt, dass die Veröffentlichung « gegebenenfalls eine Angabe über die vom Inhaber beanspruchte farbige Ausführung der Marke » enthalten müsse. Daraus ergibt sich, dass auch der Bundesrat der farbigen Ausgestaltung eines Zeichens markenrechtliche Bedeutung beimisst, d. h. die Farben als Bestandteile der Marke erachtet, denn sonst hätten ja die vorgenannten Vorschriften keinen Sinn. Dieselbe Auffassung wird auch von der ausländischen Rechtsprechung vertreten, zumal in Deutschland, wo das betreffende Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen ebenfalls keine ausdrückliche bezügliche Vorschrift enthält (vgl. statt vieler RAUTER, Der Schutzbereich farbig eingetragener Warenzeichen, Zeitschrift für GRUR Bd. 13, Jahrgang 1908 S. 314 ff. und die daselbst angeführten Entscheide des deutschen Reichsgerichtes; BUSSE, Farbenschutz im Warenzeichen, Zeitschrift für GRUR Bd. 32 Jahrgang 1927 S. 211 ff.; BECHER, Farbige Warenzeichen, Zeitschrift für GRUR Bd. 34 Jahrgang 1929 S. 51 ff.; SELIGSOHN, Kommentar zum deutschen Warenzeichen-

gesetz 3. Aufl. S. 293 unten; PINZGER & HEINEMANN, Kommentar zum deutschen Warenzeichengesetz S. 344 f.; ALLARD, Traité théorique et pratique des marques de fabrique Note 39 S. 77 f.). Das Bundesgericht hat freilich in zwei früheren Entscheiden aus den Jahren 1881 und 1894 die Auffassung vertreten, die Farbe stelle kein wesentliches, mit Unterscheidungskraft ausgestattetes Merkmal einer Marke dar (BGE 7 S. 430; 20 S. 102). Damals galt es jedoch, den Grundsatz zum Ausdruck zu bringen, dass eine unkoloriert angemeldete Marke auch alle Wiedergaben in irgendeiner Farbe decke. Das hat aber mit der vorliegenden Frage nichts zu tun, ob, wenn bei der Anmeldung ausdrücklich auf die verwendeten Farben Bezug genommen wurde, diese als ein wesentlicher Bestandteil der Marke mitzubersichtigen seien. Sofern jene Entscheide auch dies sollten haben verneinen wollen, könnte nach dem Gesagten hieran nicht festgehalten werden. Das Bundesgericht hat denn auch seither wiederholt, freilich ohne zur Frage grundsätzlich Stellung zu nehmen, bei der Beurteilung der Verwechselbarkeit von Marken deren farbige Ausgestaltung mitberücksichtigt (vgl. z. B. die ungedruckten Entscheide i.S. Henkel & Cie. c. Nyffenegger vom 2. Juli 1929 und i.S. Eagle Oil Company of New York G.m.b.H. ca. Vacuum Oil Company S.A. française vom 8. Dezember 1931).

2. — Bei der Beurteilung der Verwechselbarkeit zweier Marken ist nicht darauf abzustellen, ob der Beschauer, wenn er sie gleichzeitig vor Augen hat, in der Lage sei, sie von einander zu unterscheiden. Denn der Käufer, der eine mit einer Marke versehene Ware kauft, hat die andere in der Regel nicht vor sich; er ist daher auf die Erinnerung angewiesen. In der Erinnerung aber schwächt sich die Prägung einer Vorstellung im allgemeinen bedeutend ab. Demzufolge genügt es für die Annahme einer Verwechselbarkeit, wenn die den Gesamteindruck bestimmenden, charakteristischen Merkmale einer Marke — weil in der Regel nur diese in die Augen springen und deshalb

im Gedächtnis haften bleiben — nachgeahmt worden sind, während umgekehrt die Nachahmung nebensächlicher oder unorigineller Bestandteile einer Marke ohne Bedeutung ist. Die von der Beklagten auf den Breitseiten ihres Waschpulverpaketes angebrachte ursprüngliche « Ohä »-Etikette stimmt nun mit der klägerischen « Persil »-Etikette in folgenden Punkten überein: einmal weisen beide Etiketten die Form eines hochgestellten Rechteckes auf, sodann ist in der Mitte beider Etiketten ein liegendes, rotes, weiss-umrändertes Oval angebracht, in dem die Worte « Henkel » bzw. « Ohne Hänkel » stehen, und endlich sind auch gewisse Ausdrücke im Texte gleich. Von diesen Merkmalen fällt die grundsätzliche Übereinstimmung der Form für eine Verwechslung zum vorneherein ausser Betracht, da es allgemein üblich ist, Waschpulver in rechteckigen Paketen mit entsprechend geformter Etikette versehen zu verkaufen. Die Packung und dementsprechend auch die Etikette der Beklagten ist zudem weniger hoch als diejenige der Klägerin. Ohne Bedeutung ist auch die Ähnlichkeit des Textes. Es handelt sich hierbei lediglich um eine Beschreibung der Eigenschaften bzw. Wirkungen des fraglichen Mittels, der, da sie an sich jeder Originalität entbehrt, höchstens mit Bezug auf die äussere Anordnung der Worte und Gestaltung der Buchstaben Schutzwirkung zukommen könnte. In dieser Hinsicht, insbesondere bezüglich des Schriftcharakters, weichen aber die beiden Etiketten erheblich voneinander ab. Auf der klägerischen Etikette ist der Text in gotischer Schrift angebracht, wobei die Buchstaben teils schwarz, teils weiss gehalten und zudem auch verschieden gross gestaltet sind, während der entsprechende Text der beklagten Etikette in lateinischer Schrift mit weissen, durchwegs gleich grossen Buchstaben gedruckt ist (mit Ausnahme der Worte « Ohne Chlor », die schwarz gehalten sind). Von entscheidender Bedeutung ist jedoch, dass die Beklagte in der Mitte ihrer Etikette, entsprechend der klägerischen Marke, ein liegendes, weissumrändertes,

rotes Oval angebracht hat, in dem die Worte « Ohne Hänkel » stehen. Dieses Oval mit der Aufschrift « Henkel » bildet neben dem Worte « Persil » den wichtigsten Bestandteil der klägerischen Marke. Es springt, zumal zufolge seiner roten Färbung, geradezu in die Augen, und prägt sich daher im Gedächtnis des Beschauers ein. Die Gefahr ist daher durchaus gegeben, dass der Käufer, der die « Persil »-Marke kennt, wenn er die beklagte Etikette vor sich hat, zufolge dieser Übereinstimmung der beiden Ovale an die klägerische Marke erinnert wird und deshalb die beiden Packungen miteinander in Beziehung bringt dergestalt, dass er die betreffenden Produkte als Waren gleicher Herkunft erachtet. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die klägerische Firma mit e geschrieben wird und dass deshalb im Oval der klägerischen Marke das Wort « Henkel » steht, während die Beklagte auf dem Oval ihrer Etikette das Wort « Hänkel » (mit ä geschrieben) angebracht hat. Dieser Unterschied ist derart gering, dass damit gerechnet werden muss, er werde dem Beschauer, zumal wenn er nicht beide Etiketten gleichzeitig vor sich hat, entgehen. Nun ist freilich richtig, dass im Oval der beklagten Etikette links über dem Worte « Hänkel » das Wort « Ohne » steht, womit die Beklagte gerade andeuten wollte, dass es sich bei ihrem Produkte um eine vom klägerischen Waschpulver verschiedene Ware handle. Allein dieser Hinweis ist nicht derart augenfällig und einleuchtend, dass anzunehmen wäre, er werde sofort von jedermann erkannt und verstanden. Wo es sich um Artikel des täglichen Gebrauchs handelt, darf beim Käufer nicht mit einem besonderen Mass von Aufmerksamkeit gerechnet werden. Mag dieser auch, wenn er eine Ware zum ersten Male kauft, die Packung bzw. die Marke einer nähern Betrachtung unterziehen, so wird er sich doch bei Nachbezügen in der Regel mit einem flüchtigen Blick begnügen. Es ist daher keineswegs ausgeschlossen, dass einem Käufer, der die « Persil »-Marke kennt, wenn er bei einem Nachbezug unversehens auf das beklagte

Waschpulver verfällt, das Wort « Ohne » auf der beklagti-
schen Etikette oder doch wenigstens dessen Sinn entgegen,
zumal da die beiden Endbuchstaben « ne » nur in rot
schraffierter und daher zufolge des roten Untergrundes
wenig sichtbarer Schrift geschrieben sind, so dass nur
die beiden Buchstaben « Oh », denen an sich eine mannig-
faltige Bedeutung beigemessen werden könnte, in die
Augen springen. Dem kann nicht entgegengehalten
werden, dass die Beklagte die Bedeutung dieser Worte
noch durch die bildliche Darstellung eines Topfes mit
durchstrichenen Handhaben (dialektisch « Hänkeln ») au-
genfällig gestaltet habe. Es bedarf schon einer gewissen
Aufmerksamkeit, um nur das Bild des Topfes überhaupt
zu erkennen. Umsoweniger kann davon die Rede sein, dass
dem kaufenden Publikum der Sinn, der den durch die
beiden Handhaben gezogenen Strichen zukommt, sofort
in die Augen spränge.

Es ist zuzugeben, dass die beklagtische Etikette inso-
fern stark von der klägerischen Marke abweicht, als sie
an Stelle des im obersten Viertel der klägerischen Marke
angebrachten, horizontal geschriebenen Wortes « Persil »
schräg aufwärts geschrieben das Wort « Ohä » enthält.
Da das Wort « Persil » für das klägerische Produkt charak-
teristisch und dieser Name als Bezeichnung des klägerischen
Produktes allgemein geläufig ist, dürfte dieser Unter-
schied, auch abgesehen von der Schrägstellung des Wortes
« Ohä » auf der beklagtischen Etikette, dem kaufenden
Publikum kaum entgehen. Daraus lässt sich indessen
trotzdem nicht herleiten, dass deswegen von einer Ver-
letzung der klägerischen Marke nicht die Rede sein könne.
Wohl schliesst diese Verschiedenheit die Vermutung aus,
dass der Käufer durch die Gestaltung der beklagtischen
Etikette verleitet werde, das beklagtische Waschpulver
mit dem von der Klägerin mit der « Persil »-Marke ver-
sehenen Produkt zu identifizieren. Allein da auf beiden
Etiketten in der Mitte ein liegendes, rotes, weissumrän-
dertes Oval mit der Aufschrift « Henkel » bzw. « Hänkel »

angebracht ist, wird oder kann er nach dem Gesagten
versucht sein, die beiden an sich verschiedenen Erzeug-
nisse als Waren gleicher Herkunft, d. h. eben als Produkte
der Firma Henkel, zu erachten. Bei dieser Sachlage
entfällt auch der Einwand der Beklagten, dass das Publi-
kum durch die verschieden hohen Preise, die auf beiden
Paketen (besonders sichtbar auf demjenigen der Be-
klagten) angebracht sind, auf die bestehende Verschieden-
heit aufmerksam werde. Das gilt wiederum nur hinsicht-
lich der Verschiedenheit der Beschaffenheit der beiden
Erzeugnisse, nicht aber mit Bezug auf die Herkunft. Es
soll denn auch, als die Beklagte ihr « Ohä »-Waschpulver
auf den Markt brachte, bei der Käuferschaft mancherorts
die Auffassung gewaltet haben, es handle sich hiebei um
verbilligtes « Persil », d. h. um ein von der Klägerin her-
gestelltes, dem « Persil » ähnliches, aber billigeres Ersatz-
erzeugnis. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Pakete
der Beklagten auf ihrem Boden ein Zeichen mit dem Worte
« Migros » tragen. Denn einmal wird dieses zufolge des
Ortes, wo es angebracht ist, wie auch im Hinblick auf seine
geringe Grösse vom Käufer in der Regel gar nicht beachtet
werden; selbst wenn dies aber auch geschieht, so bleibt
immer noch die Möglichkeit bestehen, dass der Käufer
darin nur ein blosses Verkäuferzeichen erblickt, das über
den Produzenten der Ware keinen Auschluss gibt.

6. — Die Klägerin erblickt nun aber in der streitigen
« Ohä »-Packung mit Bezug auf die an den Breitseiten
angebrachten Etiketten neben der Beeinträchtigung ihrer
Markenrechte auch eine Verletzung ihres Namensrechtes.
Es ist unverkennbar und wird von der Beklagten auch
zugegeben, dass die Beklagte mit dem Worte « Hänkel »
auf den Namen der Klägerin anspielen wollte. Dies
ist aber in einer Weise geschehen, die in der Tat geeignet
war, die Klägerin in der Öffentlichkeit lächerlich zu
machen. Auf alle Fälle muss dieses Vorgehen als unlauter
bezeichnet werden; denn es widerspricht durchaus den

Gepflogenheiten eines anständigen Kaufmanns, sich durch derartige Wortspiele, die immer auf eine Verspottung und damit auf eine Verunglimpfung des betreffenden Konkurrenten hinauslaufen, geschäftliche Vorteile zu verschaffen

9. — Die Klägerin bestreitet der Beklagten nicht nur das Recht, die vorerörterten Etiketten zu verwenden, sondern sie ficht auch die ganze Propaganda, die die Beklagte für ihr « Ohä »-Waschpulver eingeleitet hat, soweit sich diese gegen die Klägerin richtet, als unlauter und deshalb unzulässig an. Dem hält die Beklagte entgegen, sie habe in ihren Artikeln und Inseraten die Klägerin bzw. deren Produkt nur insoweit erwähnt, als sie auf deren ungerechtfertigt hohen Preise hingewiesen, denen sie den billigen Preis ihres eigenen Produktes entgegengehalten habe; eine solche Vergleichung sei jedoch erlaubt. Es ist richtig, dass das Bundesgericht schon mehrfach den Grundsatz ausgesprochen hat, eine Anpreisung, die sich im Rahmen einer objektiven Vergleichung der Eigenschaften des eigenen Produktes mit demjenigen von Erzeugnissen von Konkurrenzunternehmen bewege, überschreite die Grenzen der erlaubten geschäftlichen Propaganda nicht, sofern der Vergleich auf richtigen Angaben fusse. Doch wurde jeweils ausdrücklich hinzugefügt, dass eine Anpreisung, die augenscheinlich auf eine Herabsetzung bzw. eine Anschwärzung der Konkurrenz hinauslaufe, vor dem Gesetze nicht Stand zu halten vermöge (vgl. statt vieler BGE 56 II S. 30). Nun ist aber kein Zweifel, dass die Art und Weise, wie die Beklagte hier vorgegangen ist, offensichtlich eine Anschwärzung der Klägerin darstellt. Es ist bereits auf das unzulässige Wortspiel hingewiesen worden, das die Beklagte mit dem Namen der Klägerin getrieben hat, um sie damit dem Spott des Publikums preiszugeben. Ungehörig war es aber auch, wenn die Beklagte von dem « berühmten Götzenbild Persil » sprach und die Klägerin als ein « grosskapitalistisches ausländisches Unternehmen »

bezeichnete, « das seine Machtstellung unbedingt und masslos ausnütze ». Derartige Anwürfe stellen keine objektive Kritik mehr dar, sondern sind als gehässige Angriffe zu bezeichnen, die den Regeln eines anständigen Konkurrenzkampfes durchaus widersprechen. Es kann und soll der Beklagten nicht verwehrt werden, auf den billigeren Preis ihres Produktes hinzuweisen; dies darf aber nicht auf die Weise geschehen, dass sie die höheren Preise der Konkurrenz schlechtweg als unanständig hinstellt. Die blosser Tatsache eines Preisunterschiedes zwingt nicht ohne weiteres zum Schlusse, dass der verlangte Mehrpreis eine unlautere Ausnützung des kaufenden Publikums darstellt; dieser kann sehr wohl durch höhere Produktionskosten, Verkaufsprovisionen an Zwischenhändler und andere Zwischenspesen etc. bedingt sein. Auch ist, was gerade vorliegend von Bedeutung sein dürfte, nicht zu bestreiten, dass derjenige, der den Markt für ein Produkt erschlossen und damit Pionierdienste für alle nachfolgenden geleistet hat, — zumal im Hinblick auf das damit verbundene Risiko — einen höhern Gewinn wird beanspruchen dürfen, ohne dass ihm deshalb ohne weiteres Ausbeutung vorgeworfen werden kann. Bei dieser Sachlage, d. h. angesichts der Schwierigkeit einer zutreffenden und objektiven Beurteilung der Angemessenheit bzw. Anständigkeit verlangter Preise, muss es grundsätzlich als verpönt erachtet werden, wenn ein Geschäftsmann in seiner Propaganda sich gegenüber einem Konkurrenten derartige Werturteile erlaubt, zumal wenn er dies, wie dies hier geschehen ist, tut, ohne den Dingen auf den Grund zu gehen. Vorliegend kommt weiter in Betracht, dass es der Beklagten bei ihrer beständigen Bezugnahme auf das Waschpulver der Klägerin zudem nicht nur darum zu tun war, den billigeren Preis ihres eigenen Produktes hervorzuheben; vielmehr hatte sie es offensichtlich in erster Linie darauf abgesehen, sich hiedurch den guten Ruf, den die Klägerin sich beim Publikum verschafft hatte, zunutze zu machen. Ein Gewerbetreibender, der sich mit

einem Erzeugnis bekannt gemacht hat, braucht sich indessen nicht gefallen zu lassen, dass seine Konkurrenten bei der Anpreisung ihrer Waren beständig auf seinen Namen bzw. sein Produkt hinweisen, um dergestalt seine mit Mühe und Geld erzielten Erfolge kostenlos für sich auszuheuten. Es widerspricht daher ebenfalls unter den hier obgewalteten Umständen den Regeln eines loyalen Konkurrenzkampfes, wenn sich die Beklagte in ihren Zeitungsartikeln und Inseraten Ausdrücken wie « Ersatz für Persil », « Kein Persil aber gleich gut » und dergleichen bediente (vgl. auch BGE 50 II 201 f. Erw. 4). Der klägerische Feststellungs- und Unterlassungsanspruch ist daher im Sinne der vorgehenden Ausführungen auch hinsichtlich der in der Propaganda der Beklagten erfolgten Bezugnahme auf die Klägerin und ihr Produkt, sofern diese den Rahmen einer blossen objektiv gehaltenen Vergleichung überschritt, gutzuheissen.

VI. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. III. Teil Nr. 43. — Voir III^e partie N^o 43.

I. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

79. Urteil der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung vom 14. Oktober 1932 i. S. Gschwind gegen Eidgenossenschaft.

Schädigung eines Schweizerbürgers durch Massnahmen eines fremden Staates, die gegen das Völkerrecht verstossen sollen. Rechtliche Bedeutung der von den Organen des politischen Departements dem Bürger erteilten « Zusage », deshalb bei dem fremden Staate intervenieren zu wollen. Angebliche Begründung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Geschädigten und dem Bund, wodurch dieser als Geschäftsführer dem Geschädigten für Anwendung der in dessen Interesse gebotenen Sorgfalt bei Durchführung der übernommenen Aufgabe haftbar würde. Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung einer Schadenersatzklage gegen den Bund, die auf die Verletzung jener behaupteten Vertragspflicht gestützt wird. Zivilrechtliche Streitigkeit nach Art. 48 Ziff. 2 OG oder « in der Bundesgesetzgebung begründeter vermögensrechtlicher Anspruch an den Bund aus öffentlichem Rechte » nach Art. 17 VDG. Abweisung der Klage, weil höchstens eine Verantwortlichkeit aus pflichtwidriger Amtsführung von Bundesbeamten in Betracht kommen könnte, für die die beschränkenden Voraussetzungen des Verantwortlichkeitsgesetzes von 1850 gelten würden.

A. — Der Kläger Gschwind, Schweizerbürger, war seit 1899 Inhaber eines Exporthauses für Baumwollgarne, Baumwollgewebe und Textilmaschinen in Manchester, mit Zweigniederlassung in St. Gallen. Während des Weltkrieges hielten die englischen Behörden Waren, die der Kläger ausführen wollte, zurück und trafen eine Reihe anderer Massnahmen, durch die dieser in seiner Geschäftstätigkeit gehemmt wurde. Zwei von ihm im Januar 1921 und Dezember 1920 eingeleitete (später abgeänderte und ergänzte) Klagen, womit er von der englischen Regierung Schadenersatz dafür verlangte, dass sie