

schulden trifft. Auch unter der Voraussetzung, dass der Tierhalter alle ihm zuzumutenden Vorkehrungen gegen das Aufspringen, sowie gegen bösartige Tiere trifft, bietet eine frei dahin getriebene Herde immer gewisse Gefahren, besonders weil sich, wie ausgeführt, das Aufspringen trotzdem nicht gänzlich vermeiden lässt und weil auch nicht bösartige Tiere aus irgend einer Veranlassung plötzlich andere stossen können und endlich auch wegen unbändiger Bewegung der einzelnen Tiere. Diese Gefahren konnten Bühler nicht unbekannt sein. Durch seitliche Beaufsichtigung der Herde, deren Fehlen die Kläger vor allem rügen, hätten sie sich auch nicht beseitigen lassen, wie in dem von der Vorinstanz eingeholten Gutachten speziell hinsichtlich des Aufspringens dargetan wird. Indem Bühler der dicht neben ihm vorbeiziehenden Herde den Rücken kehrte, setzte er sich ausser Stand, den ihm allfällig drohenden Gefahren auszuweichen. Mochte er anfänglich auch angenommen haben, die Herde werde ihn nicht behelligen, weil die Strasse genügend Platz für deren reibungsloses Vorbeiziehen bot, so hatte er doch allen Anlass, auf das Vieh zu achten, als er durch eine Bemerkung Kohlers darauf aufmerksam gemacht wurde, dass es gegen den Wagen hin dränge. Indessen kann diese Selbstverschulden, obwohl es als grobes anzusehen ist, doch nicht die gänzliche Befreiung des Beklagten von seiner gesetzlichen Haftpflicht als Tierhalter zur Folge haben, sondern nur eine Ermässigung seiner Schadenersatzpflicht.

3. — Ob die Vorinstanz bei der Bemessung der Ersatzpflicht von dem von den Klägern behaupteten Einkommen auszugehen hatte oder aber das vom Experten berechnete höhere Einkommen hätte berücksichtigten dürfen, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechts, zu deren Nachprüfung das Bundesgericht nicht zuständig ist, ebensowenig wie zur Nachprüfung der Würdigung des Beweisergebnisses, welche die Vorinstanz veranlasste, der Behauptung der Kläger in diesem Punkte den

Vorzug vor den Mutmassung des Experten zu geben, da die Verletzung einer Beweisnorm des Bundesrechts dabei nicht in Betracht kommt. Dagegen erweist sich freilich als rechtsirrtümlich der von der Vorinstanz gemachte Abzug für die Vorteile der Kapitalabfindung, nachdem sie der Kapitalisierung den Zinsfuss von 4 ½ % zu Grunde gelegt hat (vgl. AS 46 II S. 53). Doch rechtfertigt sich deswegen eine Änderung des angefochtenen Urteils nicht, weil jener Abzug ausgeglichen wird durch die dem Bundesgericht richtig erscheinende stärkere Berücksichtigung des Selbstverschuldens des Getöteten. Den Abzug der aus Versicherung bezogenen Summen hat der Beklagte vor Bundesgericht mit Recht nicht mehr beansprucht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Haupt- und Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 12. Dezember 1923 wird bestätigt.

32. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Mai 1924 i. S. Genossenschaftsapotheke Biel gegen Vial.

Markenrecht und unlauterer Wettbewerb: Usurpation der Bezeichnung « Vin de Vial ». Diese ist nicht Gemeingut. Auch die Bezeichnung des Konkurrenzproduktes als « Vialersatz » ist unzulässig.

A. — Der Kläger H. Vial hat am 16. Juli 1921 unter Nr. 50,053 die Wortmarke « Vin de Vial » für einen von ihm erfundenen und hergestellten pharmazeutischen Wein im schweizerischen Markenregister eintragen lassen. Die Beklagte ihrerseits ist Inhaberin einer am 11. November 1920 unter Nr. 48,126 eingetragenen Bildmarke, welche in kreisförmiger Umrahmung das Bild eines Ratschherrn und eines Arbeiters zeigt, die, vor einem Hause mit der Aufschrift: « Genossenschaftsapotheke Biel,

Rue Centrale 45 stehend, sich die Hand reichen, und darunter den Aufdruck: « Genossenschaftsapotheke Biel » enthält. Die Beklagte verwendete diese Marke ungefähr seit Oktober 1921 in der Weise, dass sie dieselbe auf den Flaschen eines von ihr hergestellten tonischen Weines anbrachte, unter Beifügung der Bezeichnung: « Vin régénérateur » in grossen Lettern und darunter in kleinerer Schrift: « Vin de Vial des pharmacies coopératives, Vin tonique réconstituant, 3 fois par jour un verre à liqueur. » Die gleiche Bezeichnung ist auch in deutscher Sprache angebracht. Zugestandenermassen füllte die Beklagte auch einigemal Original-Vialflaschen, die im Glasguss die Marke « Vin de Vial » tragen, mit ihrem Weine ab und brachte sie in den Handel. Ihr eigenes Produkt priess sie als « Vialersatz » an und gab es zu 4 Fr. die Flasche ab; daneben verkaufte sie eine Zeitlang auch den echten Vin de Vial zu 6 Fr. 50 Cts. die Flasche, während der reglementierte Preis höher stand. Als sie der Aufforderung des Klägers zur Einstellung dieses Geschäftsbahrens keine Folge leistete, liess dieser ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen stellen, das indessen zweitinstanzlich vom Appellationshof des Kantons Bern abgewiesen wurde, weil hiezu nur der mit dem Markenrechtsprozess befasste Richter zuständig sei, und es im übrigen nach kantonalem Prozessrecht an den Voraussetzungen für die Anordnung solcher Massnahmen fehle. Daraufhin liess die Beklagte in der Zeitung « Express » die Einsendung erscheinen: « Klage abgewiesen. Unsern Freunden und Mitgliedern zur freundlichen Kenntnisnahme, dass die gegen uns auf Veranlassung eines hiesigen Apothekers anhängige Klage wegen angeblicher Markenschutzverletzung in Sachen Vin Vial vom Obergericht abgewiesen worden ist. »

B. — Mit der vorliegenden, auf das MSchG und Art. 48 OR gestützten Klage hat der Kläger die Rechtsbegehren gestellt:

« 1. Die Beklagte sei nicht berechtigt, ihre eigenen

Produkte oder irgend welche andere sog. Medizinalweine, welche nicht aus der Fabrikation des Klägers selbst herrühren, unter Gebrauch der Bezeichnung « Vin de Vial des pharmacies coopératives » in ihrem Geschäftsbetrieb anzubieten und in den Handel zu bringen, sondern es sei einzig der Kläger zur Verwendung dieser Marke berechtigt.

2. Dieselbe habe überhaupt jedes den Kläger in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigende Geschäftsbahren, sei es bei Auskündung oder Verkauf ihrer Produkte unter Gebrauch von Zusätzen, wie « Vialersatz », « Vin de Vial des pharmacies coopératives » oder ähnlichen Ausdrücken, oder sei es durch irgend welche andere unwahre Auskündigungen und Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen, zu unterlassen.

3. Namentlich sei die Beklagte auch nicht berechtigt, ihre eigenen Produkte mit einer Etikette, wie von ihr gebraucht, mit der Aufschrift « Vin de Vial des pharmacies coopératives » in den Handel zu bringen.

4. Diese Etiketten seien zu vernichten.

5. Die Beklagte sei dem Kläger gegenüber zu angemessenem Schadenersatz auf richterliche Bestimmung hin zu verurteilen.

6. Das Urteil sei auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen, und die Art und Weise der Veröffentlichung sei gerichtlich zu bestimmen. »

Zur Begründung führte er im wesentlichen aus: Die Beklagte mache sich einer Markenrechtsverletzung dadurch schuldig, dass sie ihr eigenes Produkt als « Vin de Vial » bezeichne. Die Anpreisung ihres Weines in den Tagesblättern als « Vialersatz » und der Verkauf desselben in, den Originalflaschen täuschend nachgeahmten Flaschen sodann stelle ein Akt illoyaler Konkurrenz dar. Ebenso habe die Beklagte durch die unwahre Einsendung im « Express » und den Verkauf des echten Vin de Vial unter dem reglementierten Preise eine rechtswidrige Handlung im Sinne von Art. 48 OR begangen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie stellte sich in erster Linie auf den Standpunkt, die Streit-sache sei durch einen für beide Parteien verbindlichen Vergleich erledigt worden, wonach sie sich verpflichtet habe, den Namen « Vial » für andere als die Original-produkte des Klägers nicht mehr zu verwenden, während dieser seinerseits auf die Geltendmachung weiterer An-sprüche wegen Verwendung seines Namens verzichtet habe. In der Sache selbst machte die Beklagte geltend, die Bezeichnung « Vin de Vial » sei längst zur Sachbezeich-nung für einen tonischen Wein von bestimmter Zusam-mensetzung geworden. In den Pharmakopöen sei das Rezept zur Herstellung desselben zum beliebigen Ge-brauch für jeden Apotheker aufgezeichnet. Abgesehen hievon könne von einer Markenrechtsverletzung deshalb keine Rede sein, weil die Beklagte ihr Produkt nicht als « Vin de Vial », sondern als « Vin régénérateur » bezeichne. Darin, dass sie zur Aufklärung des Publikums und der Fachleute über die Natur des Weines noch die Bezeich-nung « Vialersatz », « Vin de Vial des pharmacies coopé-ratives » oder « Stärkungs- und Kräftigungsmittel nach Vial » beifüge, liege keine unzulässige Markenbean-spruchung. Da die Beklagte ihren Wein ausdrücklich als Ersatzprodukt bezeichne, sei eine Verwechslungs-gefahr ausgeschlossen, umsomehr, als der « Vin régénéra-teur » in Flaschen ohne Papierumhüllung verkauft werde, während der « Vin de Vial » in solchen mit einer typischen, braunen Papierumhüllung in den Handel komme. Wenn die Beklagte den echten Vin de Vial unter dem festgesetzten Preise abgegeben habe, so könne ihr deshalb ein Vorwurf nicht gemacht werden. Das Scha-denersatzbegehren des Klägers sodann sei in keiner Weise substantiiert.

C. — Mit Urteil vom 14. Februar 1924 hat das Han-delsgericht des Kantons Bern erkannt :

« 1. In Erledigung der Klagebegehren 1 bis 3 wird der Beklagten untersagt: der Gebrauch der Vin de Vial

Originalflaschen für ihren Vin régénérateur, der Gebrauch der Etikette mit der Bezeichnung Vin de Vial der Ge-nossenschaftsapotheken und die Bezeichnung Vialer-satz. Die Widerhandlung gegen dieses auf Unterlassung lautende Urteil wird bestraft mit Busse bis zu 5000 Fr., womit Gefängnis bis zu 60 Tagen, oder Korrekionshaus bis zu einem Jahr verbunden werden kann.

2. Klagebegehren 4 wird zugesprochen, und die Be-klagte wird angehalten, die Etiketten mit der Bezeich-nung « Vin de Vial » der Genossenschaftsapotheken zu vernichten.

3. Klagebegehren 5 wird abgewiesen.

4. Klagebegehren 6 wird zugesprochen, und es ist Dis-positiv 1 und 2 dieses Urteils einmal zu publizieren auf Kosten der Beklagten im Inseratenteil des « Express ».

D. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf gänz-liche Abweisung der Klage.

Der Kläger hat sich der Berufung angeschlossen und Abänderung des Urteils in dem Sinne beantragt :

1. dass auch das zweite Klagebegehren in vollem Umfange aus dem Gesichtspunkte des unlauteren Wett-bewerbes geschützt werde, und

2. dass die Publikation des Urteils auch in der speziell interessierten fachmännischen Presse zu erfolgen habe, so z. B. in der Schweiz. Apothekerzeitung und in der Schweiz. medizinischen Wochenschrift.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Einrede des Vergleiches.)

2. — In der Sache selbst geht die Vorinstanz mit Recht davon aus, dass die Bezeichnung « Vin de Vial » an sich markenfähig ist, indem ihr gerade zufolge des Umstan-des, dass sie den Namen des Erfinders und Herstellers des Weines enthält, in ganz besonderem Masse die Eignung und Kraft zukommt, als Sonderbezeichnung für dessen Produkte zu dienen. Fragen kann es sich nur,

ob sich diese Individualbezeichnung im Laufe der Zeit nicht zur generellen Sachbezeichnung für einen tonischen Wein von bestimmter Zusammensetzung erweitert habe, also zum Gemeingut geworden, und deshalb dem Alleingebrauch des ursprünglich Berechtigten entzogen sei. Entscheidend hiefür ist, ob in den Kreisen der Fachleute und der letzten Abnehmer, des Publikums, das Bewusstsein, dass es sich um eine Individualbezeichnung handle, erloschen sei, sodass die Bezeichnung ihren Unterscheidungszweck nicht mehr erfüllt. Die Vorinstanz hat über diese Gegenstand tatsächlicher Feststellung bildende Frage eine Expertise erhoben und gestützt auf deren Ergebnis angenommen, dass diese Wortmarke den Charakter einer Herkunftsbezeichnung für das Produkt des Klägers nicht verloren habe. An diese durch die Anbringen der Beklagten in keiner Weise erschütterte Feststellung ist das Bundesgericht gebunden. Der Aufnahme des « Vin de Vial » in einzelne Pharmakopöen kann deshalb nicht die Bedeutung einer den Individualcharakter des Zeichens zerstörenden Tatsache beigemessen werden, weil nach der Feststellung des Experten die wahre Zusammensetzung des Vin de Vial nicht mit Sicherheit bekannt ist.

3. — Ist somit die Marke des Klägers zweifelsohne als rechtsbeständig anzusehen, so ist zu prüfen, inwieweit die Klage markenrechtlich begründet sei. Hiebei ist davon auszugehen, dass eine Markenrechtsverletzung liegt in der markenmässigen Benutzung des Zeichens des Berechtigten durch einen andern, d. h. in der Verwendung auf der Ware selbst oder ihrer Verpackung. Danach ist klar, dass die Beklagte das Recht des Klägers auf den ausschliesslichen Gebrauch seines Zeichens dadurch verletzt hat, dass sie einigemal ihr eigenes Produkt in Original-Vialflaschen, die im Glasguss die Marke Vin de Vial tragen, abgefüllt und verkauft hat. Ebenso ist aber auch ein Eingriff in das Zeichenrecht des Klägers darin zu erblicken, dass die Beklagte auf der mit ihrer Marke

versehene Etikette auch die Bezeichnung Vin de Vial führt. Die Wortmarke des Klägers ist selbständiger Träger des Markenschutzes und darf von einem Dritten auch dann nicht für seine Produkte markenmässig verwendet werden, wenn er sie mit seinem Namen oder seiner Firma in Verbindung bringt (vgl. KOHLER, Recht des Markenschutzes S. 280; SELIGSOHN, Komm. zum Ges. betr. Schutz der Warenbezeichnungen S. 185). Der Zusatz: « des pharmacies coopératives » hebt das charakteristische Wesen des entlehnten Zeichens umso weniger auf, als der Anschein erweckt werden kann, die Beklagte sei die wirkliche Markenberechtigte. Diese Verwendung des Zeichens des Klägers stellt sich als missbräuchliche Markenbenützung dar und ist daher zu untersagen, unter gleichzeitiger Verpflichtung der Beklagten, die noch vorhandenen Etiketten dieser Art zu vernichten.

4. — Nach feststehender Praxis des Bundesgerichts stellt dagegen die Verwendung einer geschützten Marke in Prospekten, Reklamen, Inseraten u. s. w. nicht ein Markenrechtsdelikt dar, wie das Handelsgericht rechtsirrtümlich annimmt. Eine solche Zeichenbenützung kann vielmehr einzig aus dem Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbes untersagt werden. So betrachtet erscheint aber die Unterlassungsklage ohne weiteres begründet, soweit das Produkt der Beklagten als « Vin de Vial » schlechthin oder « Vin de Vial des pharmacies coopératives » angepriesen und vertrieben wird. Der Markenberechtigte hat ein besonderes Interesse daran, gerade gegen Auskündungen dieser Art Einsprache zu erheben, da sie allmählich dazu führen können, dass sein Individualzeichen diesen Charakter verliert und zu einer dem freien Gebrauch anheimfallenden Sachbezeichnung wird.

In der Anpreisung als « Vialersatz » sodann liegt eine Verletzung des Namenrechts des Klägers, die ebenfalls geeignet ist, die Umwandlung dieses Individualnamens zum Gattungsnamen zu begünstigen. Dass eine solche

missbräuchliche Namenbenützung zu Verwechslungen Anlass gebe, ist nicht erforderlich; es genügt begrifflich die Tatsache des widerrechtlichen Eingriffes in dieses Persönlichkeitsrecht. Die Untersagung des Gebrauches dieser Bezeichnung rechtfertigt sich umsomehr, als die allgemeine Tendenz der gegenwärtigen Gesetzgebung und Rechtsprechung dahin geht, im Gebiete des wirtschaftlichen Wettbewerbes auf möglichst wirksame Weise den Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr und den Schutz der Persönlichkeit zur Geltung zu bringen.

5. — Soweit sich der Kläger darauf beruft, die Beklagte mache sich durch den Gebrauch von, den Originalflaschen täuschend nachgeahmten Flaschen des unlauteren Wettbewerbes schuldig, scheidet dieser Standpunkt daran, dass die Vial-Flaschen keine irgendwie originelle, charakteristische Form haben. Infolgedessen vermochten sie auch nicht die Bedeutung eines besondern Kennzeichens für den darin befindlichen Wein zu erlangen, und insofern ein Individualrecht des Klägers auf die ausschliessliche Verwendung derselben zu begründen.

Dass endlich die Preisunterbietung durch Verkauf des echten Vin de Vial zu 6 Fr. 50 Cts. statt 7 Fr. die Flasche seitens der Beklagten keinen Akt illoyaler Konkurrenz darstellt, hat der Vertreter des Klägers heute selbst anerkannt.

6. — (Publikation.)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Haupt- und Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 14. Februar 1924 wird bestätigt.

VI. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

33. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Mai 1924

i. S. **Karl Hürlimann's Söhne in Liq.** gegen **Gottfried & Josef Hürlimann.**

Art. 58 OG: Ein Entscheid, der die Prozesslegitimation des Liquidators einer Kollektivgesellschaft verneint, ist kein Haupturteil.

A. — Die Brüder Leopold Hürlimann in Mailand, Gottfried und Josef Hürlimann in Luzern bildeten eine Kollektivgesellschaft unter der Firma Karl Hürlimann's Söhne, — Käsefabrikation, Handel en gros und Export, — mit Hauptsitz in Küsnacht.

Am 18. März 1920 schlossen sie miteinander eine « Vereinbarung » ab, aus welcher folgende Bestimmungen hervorzuheben sind:

« I. Die Kollektivgesellschaft Karl Hürlimann's Söhne wird auf 1. Januar 1920 aufgelöst und tritt in Liquidation.

II. Die förmliche Ernennung der Liquidatoren im Sinne von Art. 580 OR erfolgt heute noch nicht. Die Gesellschaft wird nach aussen in bisheriger Weise vertreten. Die Rechte und Pflichten unter den Gesellschaftern werden wie folgt fixiert:

III. Als vorläufigen Liquidatoren bestellen sie den Rechtsagenten Alois Häfliger in Luzern.

IV. Dem Liquidatoren Häfliger wird speziell der Auftrag erteilt, möglichst bald die Vermögenslage der Gesellschaft genau festzustellen. Zu diesem Zwecke und zur Feststellung des Verhältnisses unter den Gesellschaftern ist er berechtigt und bevollmächtigt, wenn