

Grund von Art. 684 ZGB durchaus zu billigen ist. Es lässt sich daher nichts dagegen einwenden, wenn eine Lösung, welche diese Sicherheit bietet, einer Lösung vorgezogen wird, welche die Verhinderung künftiger Schädigungen nur möglich, nicht aber gewiss macht. Zu Unrecht bezeichnet nun die Beklagte die Annahme der Vorinstanz, dass « nur durch entsprechend dimensionierte Sedimentiergruben » eine weitere Schädigung verhütet werde, deswegen als aktenwidrig, weil die Experten ausgeführt haben, dass sich die Verunreinigung des Wassers auch schon durch sorgfältiges Vorgehen beim Lehmaushub verhindern lasse. Der Sinn der Ausführungen der Vorinstanz geht offensichtlich dahin, dass diese letztere Lösung, obwohl sie an sich zum gewünschten Erfolg führen könnte, deswegen zu verwerfen sei, weil sie diesen Erfolg doch auf die Dauer nicht sicherzustellen vermag. In der Tat muss nach allgemeiner Lebenserfahrung damit gerechnet werden, dass auch die strengsten Vorschriften der Beklagten an ihre Arbeiter nicht verhindern werden, dass gelegentlich Nachlässigkeiten vorkommen, welche wieder zu einer Trübung des der Klägerin zufließenden Wassers führen könnten. Unter diesen Umständen beruht die Anordnung der Vorinstanz weder auf einer aktenwidrigen tatsächlichen Annahme, noch kann sie als unangemessen bezeichnet werden. Dieser Lösung darf umso eher zugestimmt werden, als die Vorinstanz in ihren Erwägungen der Beklagten ausdrücklich das Recht wahrt, bereits vorhandene Vertiefungen ausgebeuteter Gruben als Klärbecken zu verwenden, sodass ihr daraus keine nennenswerten Kosten erwachsen können. Durch diese Ausführungen ist gleichzeitig auch die Unerheblichkeit des Eventualantrages der Berufung dargetan: Auch wenn sich während einer gewissen Kontrollzeit bei schonendem Betrieb der Beklagten keine Unzukömmlichkeiten zeigen, so ist damit noch nicht bewiesen, dass dies auch in aller Zukunft so bleiben werde.

V. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

54. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. September 1929 i. S. Ewald & Cie gegen Eisenmann.

- Unlauterer Wettbewerb. Art. 49 OR.
Verwendung einer täuschend ähnlichen Verpackung (für Brennessel-Petrol).
Ungerechtfertigte Nachahmung einer als Marke im Register eingetragenen Etikette beurteilt sich nach Art. 49 OR, wenn die ganze bezügl. Verpackung, von der die Etikette nur einen Bestandteil bildet, als widerrechtliche Nachahmung angefochten wird (Erw. 1).
Durch Jahre — langes Gewährenlassen des Nachahmers geht der Anspruch des Geschädigten auf Unterlassung nicht verloren (Erw. 6).
Abtretbarkeit des Unterlassungsanspruches (Erw. 6).
Verjährung nach Art. 60 OR.
Unter « Schaden » im Sinne dieser Vorschrift ist der als abgeschlossen gedachte Verlust zu verstehen (Erw. 2).

A. — Der deutsche Reichsangehörige Adolf Mier betrieb in den Jahren 1909—1914 in Basel ein Parfümeriegeschäft, wobei er unter anderm sog. « Brennessel-Petrol », ein Haarwasser gegen Schuppen und Haarausfall, in den Handel brachte. Er vertrieb das Produkt in besonderen, von ihm bei Wilhelm Mutschler in Basel bestellten rechteckigen Flaschen. Auf diesen brachte er ebenfalls rechteckige Etiketten mit goldenem Grund, grüner Umrandung und grünen Blattornamenten an, welche Etiketten im oberen Teil in weissen Buchstaben die Aufschrift: « Adolf Miers Brennessel-Petrol mit Camille und Klettenwurzel » und darunter, auf einem weissen Wappenschild in schwarzen Buchstaben, die Gebrauchsanweisung enthielten. Dabei waren die Worte « Adolf Miers Brennessel » schräg aufwärts, das Wort « Petrol » wagrecht gedruckt, während die Buchstaben der Bezeichnung « mit Camille und

Klettenwurzel » (in bedeutend kleinerer Schrift) wellenförmig, parallel dem obern weissen Wappenschildrand angebracht waren. Sodann stand am obern Ende der Etiketten, in der grünen Umrandung, mit schwarzen Buchstaben, die Bezeichnung « ohne Fett », bzw. « mit Fett » und am Fusse der Etiketten, ebenfalls in der grünen Umrandung und mit schwarzen Buchstaben, die Anweisung: « Vor dem Gebrauch zu schütteln ». Gleichartige Etiketten, aber mit französischem Text, waren auf der Rückseite der Flaschen angebracht.

Als Mier bei Ausbruch des Weltkrieges im Jahre 1914 zum deutschen Heeresdienst einrücken musste, trat sein bisheriger Angestellter Richard Paul bei der Firma Ewald & C^{ie}, Parfümerie Franco-Suisse, damals in Basel, heute in Pratteln, als Reisender in Stellung, bei welcher Tätigkeit er überall nach dem von ihm früher für Mier vertriebenen Brennessel-Petrol gefragt wurde. Daraufhin kaufte die Firma Ewald & C^{ie} bei Mutschler den gesamten noch übrig gebliebenen Bestand (6000 Stück) der für Mier angefertigten Flaschen, füllte sie mit ihrem eigenen entsprechenden Produkt und brachte darauf eine in der Hauptsache der Etikette des Mier nachgeahmte Etikette an. Der Unterschied der beiden Etiketten bestand, mit Ausnahme einiger zum vorneherein unwesentlichen Abweichungen in der Detailzeichnung, lediglich darin, dass auf der Ewald'schen Etikette die Herkunftsbezeichnung (« Adolf Miers ») weggelassen und an deren Stelle ein violetter bzw. blauer Streifen mit der weissen Inschrift: « Bande de Garantie Parfumerie Franco-Suisse » aufgeklebt worden war. Sodann war die Bezeichnung « mit Fett », bzw. « ohne Fett » statt mit schwarzen Buchstaben am obern Ende der grünen Umrandung der Etikette, mit weissen Buchstaben im untern Teil der Etikette auf dem goldenen Grund, beidseitig der Wappenschildspitze aufgedruckt. Ferner bestand auch ein geringer Unterschied in der Farbe, indem das Grün der Ewald'schen Etikette eine etwas hellere, mattere und das Gold eine etwas bräun-

lichere Tönung aufwies. In dieser Aufmachung brachte die Firma Ewald & C^{ie} ihr Produkt in den Handel, wobei sie, als der von ihr bei Mutschler bezogene Flaschenbestand erschöpft war, das gleiche Flaschenmodell bei der Firma Contat & C^{ie}, Verrerie Monthey, erstellen liess.

Nachdem Mier aus dem Weltkrieg und aus der französischen Gefangenschaft, in die er geraten, zurückgekehrt war, verkaufte er mit Vertrag vom 16. März 1920 sein Basler Warenlager mit sämtlichen Einrichtungen für 7000 Fr. an die Firma Eisenmann & Raas, Parfümerie « Mignon », in Basel. In Absatz 2 dieses Vertrages wurde bestimmt: « Im Kaufe zu dem genannten Preise von 7000 Fr. sind inbegriffen sämtliche Rezepte, Transparente und verschiedene Etiketten und Marken, speziell die Marke « Adolf Miers Brennessel-Petrol ». Herr Adolf Mier verpflichtet sich, bzw. ermächtigt ausdrücklich die Firma Eisenmann & Raas, die gekauften Marken und Etiketten, soweit dies während des Weltkrieges dem Verkäufer Herr Adolf Mier nicht möglich war, beim Eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum schützen und eintragen zu lassen. » Auf diese Vereinbarung hin liess die Firma Eisenmann & Raas sowohl die deutsche als auch die französische Brennessel-Petrol-Etiquette unter Nr. 48,491 und 48,492 als Marken im schweizerischen Markenregister für Parfümerieartikel eintragen und forderte in der Folge am 17. Januar 1921 die Firma Ewald & C^{ie} auf, die Verwendung dieser Marke einzustellen. Die Letztere weigerte sich jedoch, diesem Begehren Folge zu geben, da die Firma Eisenmann & Raas selber bis zum Jahre 1920 das Brennessel-Petrol der Firma Ewald & C^{ie} bezogen habe und zudem wegen des von der Firma Ewald & C^{ie} auf ihren Flaschen angebrachten Firmabandes eine Verwechslung ausgeschlossen sei.

B. — Daraufhin reichte die Firma Eisenmann & Raas unter Berufung auf Art. 49 OR beim Bezirksgericht Liestal — nachdem sie eine vor Zivilgericht Basel-Stadt sowohl auf Verletzung des Markenschutzgesetzes als auf unlau-

tern Wettbewerb gestützte Klage zurückgezogen hatte — Klage ein mit dem Begehren: « 1. Es sei die Beklagte zu verurteilen, den Vertrieb von Brennessel-Petrol in der gleichen Packung und Aufmachung wie das Brennessel-Petrol der Klägerin sofort einzustellen, und es sei der Beklagten die weitere Benützung der klägerischen Aufmachung für ihr Brennessel-Petrol gerichtlich zu untersagen. 2. Es sei die Beklagte zu verurteilen, ihre noch im Handel befindlichen Flaschen Brennessel-Petrol mit der nachgemachten klägerischen Aufmachung aus dem Verkehr sofort zurückzuziehen. 3. Es sei die Beklagte zu verurteilen, an Klägerin 6000 Fr. Schadenersatz zu zahlen. »

C. — Mit Urteil vom 12. Juli 1927 hat das Bezirksgericht Liestal die Klage geschützt, wobei es jedoch den geltend gemachten Schadenersatzanspruch auf 2000 Fr. herabgesetzt hat.

D. — Dieser Entscheid ist vom Obergericht des Kantons Baselland mit Urteil vom 5. Oktober 1928 bestätigt worden.

E. — Hiegegen hat die Beklagte am 3. Juni 1929 die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Begehren um vollständige Abweisung der Klage.

Die Klägerin beantragt die Abweisung der Berufung und verlangt im Wege einer Anschlussberufung die Erhöhung der von der Vorinstanz zugesprochenen Schadenersatzsumme auf 6000 Fr.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Beklagte hat schon vor den Vorinstanzen und auch heute wieder den Standpunkt eingenommen, die Klägerin hätte, wenn sie in der von der Beklagten verwendeten Etikette eine Verletzung der von ihr eingetragenen Marke erblickt, auf Grund des Markenrechtes klagen müssen; da sie dies nicht getan, sondern sich statt dessen auf die obligationenrechtliche Bestimmung über den unlauteren Wettbewerb stütze, könne ihr Anspruch im vorwürfigen Verfahren ohnehin nicht gutgeheissen werden. Die Vorinstanz ist auf diese Einrede nicht ein-

getreten, weil sie von der Beklagten erst am Schlusse ihres mündlichen Vortrages in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und deshalb verspätet erhoben worden sei. Das ist — zum mindesten für das Bundesgericht — nicht schlüssig, da es sich hiebei um eine Frage der Anwendung bundesrechtlicher Vorschriften handelt, die das Bundesgericht von Amtes wegen zu überprüfen hat.

Die Einrede der Beklagten kann jedoch nicht geschützt werden. Richtig ist zwar, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes eine Markenrechtsverletzung nur auf dem Wege der Markenschutzklage, nicht aber durch eine obligationenrechtliche Klage wegen unlauteren Wettbewerbes verfolgt werden kann (vgl. statt vieler BGE 37 II S. 172 und die daselbst angeführten Entscheide). Allein, hier will die Klägerin gar nicht eine Markenrechtsverletzung geltend machen; sie behauptet keinen Eingriff in eine markenmässige Verwendung ihrer Etikette; vielmehr ficht sie die gesamte Aufmachung der von der Beklagten für ihr Produkt verwendeten Verpackung als eine unlautere und daher rechtswidrige Nachahmung ihrer eigenen Verpackung an, wobei die Etikette nur einen Bestandteil bildet. Eine solche Klage beurteilt sich aber, wie vom Bundesgericht im vorgenannten Entscheide ebenfalls ausgeführt worden ist, nach den Grundsätzen über den unlauteren Wettbewerb.

2. — Gegenüber einem solchen Anspruch erhebt nun die Beklagte in erster Linie die Einrede der Verjährung, da die Klägerin schon viele Jahre vor der Klageeinleitung von der angeblichen Nachahmung durch die Beklagte Kenntnis gehabt habe. Diese Auffassung ist unrichtig. Wenn in Art. 60 OR bestimmt ist, dass der Anspruch auf Schadenersatz in einem Jahre vom Tage hinweg, « wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt hat », verjähre, so ist unter « Schaden » der als abgeschlossen gedachte Verlust zu verstehen. Solange also das schädigende Ereignis fort dauert, tritt die Verjährung nicht ein (vgl. auch BGE 14 S. 630 Erw. 5). Nun besteht vor-

liegend das streitige schädigende Ereignis darin, dass die Beklagte ihr Produkt in einer der der Verpackung der Klägerin nachgeahmten Aufmachung in den Handel brachte. Dass dies schon länger als ein Jahr vor Einleitung der vorliegenden Klage nicht mehr geschehen sei, hat aber die Beklagte selber nicht behauptet; es handelt sich also um einen fortdauernden Zustand und um eine fortgesetzte Verletzung.

3. — Dagegen macht die Beklagte geltend, dass sie heute ihr Produkt in einer andern, von derjenigen der Klägerin völlig verschiedenen Aufmachung in den Handel bringe, weshalb die Klageansprüche 1 und 2 (Verbot des weiteren Vertriebes des beklagtischen Produktes in der bisherigen Aufmachung und Rückzug der noch im Handel befindlichen bezüglichen Verpackungen) ohne weiteres als gegenstandslos entfallen. Auch das trifft nicht zu, da die Beklagte vor I. Instanz ausdrücklich zugegeben hat, dass sie die alte — d. h. die beanstandete — Flasche immer noch führe und die Klägerin daher im Hinblick auf das bisherige Geschäftsgebahren der Beklagten einen rechtlichen Anspruch darauf hat, dass der Beklagten dieser Vertrieb, falls darin wirklich ein unlauterer Wettbewerb zu erblicken ist, untersagt werde.

4. — Dass die von der Beklagten verwendete Verpackung der klägerischen täuschend ähnlich sieht, kann nicht in Abrede gestellt werden. Die Flaschen sind sich völlig gleich, und auch die darauf angebrachten Etiketten weisen nur unwesentliche Verschiedenheiten auf. Die einzige einigermaßen in die Augen springende Abweichung besteht darin, dass die Beklagte ihre Etiketten in der linken obern Ecke, mit einem blauen bzw. violetten Firmaband schräg überklebt. Dieser Umstand allein ist jedoch nicht geeignet, die Verschiedenheit der beiden Produkte dem kaufenden Publikum — auf dessen Unterscheidungsvermögen es hier ankommt — in genügender Weise erkennbar zu machen; denn solche Bänder werden oft von den betreffenden Migrossisten selber zur Bezeich-

nung ihrer eigenen Firma aufgeklebt, sodass das kaufende Publikum ihnen in der Regel keine weitere Beachtung schenkt. Diese von der Beklagten verwendeten Bänder sind daher eher geeignet, die Verwechslungsgefahr noch zu erhöhen. Sie sind nämlich gerade an der Stelle aufgeklebt, wo auf der klägerischen Etikette die Firma-bezeichnung « Adolf Miers » aufgedruckt ist, sodass das Fehlen dieser beiden Worte auf der beklagtischen Etiquette dadurch dem Auge, bei flüchtiger Beobachtung, entgeht.

5. — Es fragt sich nun aber, ob unter den gegebenen Umständen in der Verwendung einer täuschend ähnlichen Verpackungsart durch die Beklagte ein unlauterer Wettbewerb zu erblicken sei. Auch das ist unbedenklich zu bejahen. Aus den von der untern kantonalen Instanz bei einigen Parfümerie-Geschäften eingezogenen Erkundigungen hat sich ergeben, dass die verschiedenen Parfümerie-Fabrikanten für ihr Brennessel-Petrol alle verschiedene Flaschen-Modelle führen. Die Klägerin musste sich also als fachkundige Firma bewusst sein, dass, wenn sie trotz dieser Gepflogenheit ihr Produkt ausgerechnet in der Mier'schen Flasche in den Handel brachte, sie dadurch beim Publikum den Eindruck erweckte, dass es sich um das Mier'sche Brennessel-Petrol handle, zumal wenn sie auf dieser Flasche auch noch eine der Mier'schen täuschend ähnlichen Etikette anbrachte. Diese Etikette kann zwar — mit Ausnahme der von der Beklagten nicht kopierten Herkunftsbezeichnung — nicht als besonders originell bezeichnet werden, doch weist sie immerhin gewisse individuelle Züge auf, sodass sie in Verbindung mit der übrigen Aufmachung, d. h. eben der verwendeten speziellen Flaschenform, geeignet war, das darin enthaltene Brennessel-Petrol als Produkt des Mier zu charakterisieren. Die Verwendung einer täuschend ähnlichen Verpackungsart durch die Beklagte war daher unlauter, da dies in der offenkundigen Absicht geschah, das Publikum durch diese Nachahmung über die Herkunft dieses Produktes irrezuführen und den Ruf, den Mier sich für sein Produkt

erworben hatte, für sich auszubeuten. Dies ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus den Angaben des Zeugen Paul, der in seiner Einvernahme erklärt hat, dass er, als er für die Beklagte gereist, überall nach dem Brennessel-Petrol gefragt worden sei, da er früher das bezügliche Mier'sche Produkt vertrieben hatte. Daraufhin habe er die Mier'sche Etikette der Beklagten gebracht, welche dann die ihrige diesem Muster nachgebildet habe. Aus diesen Aussagen geht gleichzeitig hervor, dass die Beklagte sich nicht nur nicht geschaut, die Mier'sche Verpackung nachzuahmen, sondern dass sie auch diese Nachahmung durch denselben Reisenden, der früher für Mier gereist war, in den Handel bringen liess, wodurch die falsche Vermutung, dass sein Produkt mit demjenigen Miers identisch sei, noch besonders gefördert werden musste. Die Beklagte hat noch einzuwenden versucht, dass Mier selber seine Etikette einer fremden Etikette, nämlich derjenigen eines gewissen Velters, nachgebildet habe. Dies trifft jedoch nicht zu, da die Velters'sche Etikette, wovon Muster bei den Akten liegen, von derjenigen Miers völlig verschieden ist.

6. — Endlich ist noch zu prüfen, ob die Klägerin aus diesem unlauteren Wettbewerb Ansprüche gegen die Beklagte herzuleiten vermag, obwohl sie das Recht zum Vertrieb der Mier'schen Produkte erst im Jahre 1920 erworben hat. Dass das dem Mier zustehende Individualrecht auf ausschliessliche Verwendung der von ihm eingeführten Verpackung — das den Unterlassungsanspruch gegen rechtswidrige Nachahmungen in sich schloss — an sich übertragbar war, steht ausser Zweifel (vgl. auch BGE 20 S. 1048). Doch nimmt die Beklagte den Standpunkt ein, dass im Momente, da die Übertragung an die Klägerin erfolgte, d. h. am 10. März 1920, gar kein derartiges Individualrecht mehr bestanden habe, weil Mier damals schon längst von der Beklagten aus dem Felde geschlagen worden sei und letztere nunmehr infolge des Schweigens Miers im Besitze des Alleinvertriebsrechtes der von ihr verwendeten Verpackung gewesen sei. Dieser Auffassung

kann nicht beigetreten werden; denn nachdem die Beklagte, wie sich aus den vorgehenden Ausführungen ergibt, sich auf unlautere Weise an die Stelle Miers gesetzt hat, ist ihr Besitzstand kein rechtmässiger, und es kann dieser daher immer noch vom Besserberechtigten — als welcher nunmehr, im Hinblick auf die im Vertrag enthaltene Abtretung, die Klägerin zu erachten ist — angefochten werden. Dem kann die Beklagte nicht entgegenhalten, die Klägerin habe ja selber bis zum Jahre 1920 das Brennessel-Petrol in der angefochtenen Verpackung bei der Beklagten bezogen und hierauf in den Handel gebracht, sodass sie mit Bezug auf das Mier'sche Produkt auch ihrerseits nicht gutgläubig gewesen sei. Die Beklagte hat ja nicht dargetan, dass sie ihre Abnehmer darüber orientiert, oder dass die Klägerin sonstwie davon Kenntnis besessen habe, dass die von der Beklagten in den Handel gebrachte Verpackung s. Z. derjenigen von Mier nachgeahmt worden sei.

7. — Aus all diesen Gründen ist somit die Hauptberufung abzuweisen. Aber auch die Anschlussberufung, mit der die Klägerin eine Erhöhung der ihr zugesprochenen Entschädigung verlangt, kann nicht gutgeheissen werden, da keine genügenden Anhaltspunkte gegeben sind, die den von der Vorinstanz nach freiem Ermessen festgesetzten Betrag als den Verhältnissen nicht entsprechend erscheinen liessen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Haupt- und Anschlussberufung werden abgewiesen, und es wird demgemäss das Urteil des Obergerichtes des Kantons Baselland vom 5. Oktober 1928 bestätigt.