

Marke einzuführen, was nach dem früher Gesagten auf eine verwechslungsfähige Nachahmung hinauslief (vgl. BGE 64 II 249).

3. — Die Ansprüche auf Feststellung und auf Unterlassung der unerlaubten Handlungen der Beklagten sowie auf Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes stehen der Klägerin nach Wettbewerbs-, Firmen- und Markenrecht zu. Die vom Handelsgericht abgelehnten Begehren um Schadenersatz und Urteils publikation sind mit der Berufung nicht mehr aufgenommen worden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1. — In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 22. März 1951, soweit angefochten, aufgehoben und :

- a) festgestellt, dass die Beklagten durch Aufnahme der Bezeichnung « Silta » in ihren Firmanamen und die Verwendung derselben im Geschäftsverkehr, auf Drucksachen, Reklamen oder sonstwie das Recht der Klägerin an ihrer Firma verletzen und unlauteren Wettbewerb begehen ;
- b) festgestellt, dass die Beklagten durch das Anbringen der Firmabezeichnung « Silta » auf den Erzeugnissen und deren Verpackung, und durch die Verwendung derselben im Geschäftsverkehr, auf Drucksachen, Reklamen oder sonstwie das Recht der Klägerin an ihrer Firma und an ihrer Marke « Sihl » verletzen und unlauteren Wettbewerb begehen ;
- c) den Beklagten die Fortsetzung der sub lit. a und b hievorgenannten unerlaubten Handlungen untersagt und die Verpflichtung auferlegt, den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen sowie die Handelsregistereintragung der Firma der Beklagten 1 abzuändern.

2. — Im übrigen wird für das materielle Ergebnis das vorinstanzliche Urteil bestätigt.

IV. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

62. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. November 1951 i. S. Dr. W. Schaufelberger Söhne gegen Quarzlampen-Gesellschaft m.b.H.

Warenverschiedenheit, Art. 6 Abs. 3 MSchG, Begriff.
Elektrische Heizkissen und künstliche Höhensonne sind nicht gänzlich verschiedenartige Waren.

Nature différente des marchandises, art. 6 al. 3 LMF. Notion.
Des coussins électriques et des lampes de quartz ne sont pas des marchandises d'une nature totalement différente.

Diversità delle merci. Art. 6 cp. 3 LMF. Concetto.
Cuscini elettrici e lampade di quarzo non sono merci di natura totalmente diversa.

Aus dem Tatbestand :

Die Firma Dr. W. Schaufelberger Söhne stellt unter den Marken « Solis » und « Liliput » elektrische Heizkissen her. Die Quarzlampen-Gesellschaft m.b.H. brachte eine künstliche Höhensonne, die sowohl ultraviolette als auch Wärmestrahlen erzeugt, unter der Bezeichnung « Soliput » auf den Markt. Die deswegen von der Firma Schaufelberger erhobene Unterlassungs- und Schadenersatzklage aus Markenrecht wurde vom Handelsgericht Zürich wegen gänzlicher Verschiedenheit der in Frage stehenden Waren abgewiesen. Das Bundesgericht verneint die gänzliche Warenverschiedenheit und weist die Sache an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen :

2. — In der Sache selbst ist zu prüfen, ob das Erzeugnis, welches die Beklagte unter der angefochtenen Bezeichnung « Soliput » vertreibt, im Sinne von Art. 6 Abs. 3 MSchG seiner Natur nach gänzlich von den Waren abweicht, welche die Klägerin mit ihren Marken « Solis » und « Liliput » versieht.

a) Bei der Entscheidung dieser Frage ist zunächst zu beachten, dass das Gesetz für die Anwendung der Ausnahmebestimmung von Art. 6 Abs. 3 MSchG eine *gänzliche* Warenverschiedenheit verlangt. Es geht also weiter als andere Gesetze, die, wie z.B. das deutsche (§ 9 Abs. 1 Ziff. 1 Warenzeichengesetz) verwechselbare Zeichen nur für gleiche oder gleichartige Waren ausschliessen (BGE 56 II 404). Mit dem Erfordernis der gänzlichen Warenverschiedenheit will somit das schweizerische Gesetz einen besonders strengen Massstab angelegt wissen. Das brachte schon die Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf deutlich zum Ausdruck, indem dort als Beispiel für die gänzliche Warenverschiedenheit Seidenfabrikate und Strohwaren einander gegenübergestellt wurden (BBl 1879 III S. 728). Im Hinblick auf diese Ausführungen der Botschaft erklärt denn auch DUNANT, *Traité de Marques de Fabrique et de Commerce*, S. 148, der Richter habe bei der Beurteilung der Frage der gänzlichen Verschiedenheit Strenge walten zu lassen « *et d'interdire rigoureusement toute analogie entre deux marques* » bei Erzeugnissen, die in den Augen des Publikums als Gegenstand « *de la même industrie ou d'industries similaires* » erscheinen können.

Die Rechtsprechung hat sich dann in der Folge allerdings gelegentlich toleranter gezeigt, möglicherweise unter dem Einfluss der Ordnung in den andern Gesetzgebungen. Nur so lässt sich erklären, dass z.B. in BGE 47 II 235 zwischen Garnen aus Schafwolle und Baumwollfäden genügende Warenverschiedenheit angenommen wurde. Zu Unrecht glaubt die Beklagte dagegen, sich in diesem Zusammenhang darauf berufen zu können, dass in BGE 70 II 248 Rasierklingen und elektrische Rasierapparate als gänzlich verschiedenartige Waren bezeichnet worden seien. Im genannten Entscheid wurde vielmehr die Frage der gänzlichen Verschiedenartigkeit der beiden erwähnten Artikel ausdrücklich offen gelassen (a.a.O. S. 249). Sie brauchte nicht entschieden zu werden, weil Rasierklingen im Verzeichnis der Waren, für welche die klägerische Marke ein-

getragen war, nicht figurierten, sodass eine Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 3 MSchG in Bezug auf Rasierklingen zum vorneherein ausser Betracht fiel. Die an sich vorhandene Verwechselbarkeit der beiden in Frage stehenden Marken wurde aus andern Gründen als belanglos erklärt, nämlich deshalb, weil angesichts der gesamten Umstände nicht anzunehmen war, dass der Ruf der mit der Marke der Klägerin versehenen Rasierklingen zu Gunsten des elektrischen Rasierapparates der Beklagten ausgenützt werden könnte. Lediglich in diesem Zusammenhang, unter dem Gesichtspunkte des Wettbewerbs- und Persönlichkeitsrechts, wurde unter anderm auch der sachliche Unterschied der beiden Erzeugnisse mit herangezogen. Für den hier in Frage stehenden Begriff der gänzlichen Warenverschiedenheit im Sinne von Art. 6 Abs. 3 MSchG dagegen ist dem genannten Entscheid nichts zu entnehmen.

b) Auch wenn man aber der Verschiedenheit des Gesetzeswortlauts im schweizerischen Recht einerseits und den Gesetzgebungen anderer Staaten andererseits kein besonderes Gewicht beimessen wollte, so steht doch fest, dass nach der Rechtsprechung die Zulässigkeit verwechselbarer Zeichen auf jeden Fall dort zu verneinen ist, wo deren Nebeneinanderbestehen beim Publikum Irrtümer und Unsicherheiten hervorrufen könnte (BGE 47 II 237). Warenverschiedenheit im Sinne von Art. 6 Abs. 3 MSchG ist demgemäss nicht schon dann anzunehmen, wenn zwischen den in Frage stehenden Waren als solchen keine Verwechslungsgefahr besteht. Es kommt daher nichts darauf an, dass nicht zu befürchten ist, es könnte ein Kunde, der ein Heizkissen « *Solis* » oder « *Liliput* » kaufen will, statt dessen eine Höhensonne « *Soliput* » der Beklagten erstehen. Die beiden in Frage stehenden Warengattungen dürfen vielmehr keine so nahe Beziehung zueinander aufweisen, dass das Publikum sie dem gleichen Produzenten zuschreiben könnte (BGE 56 II 405 f. und dort erwähnte Entscheide, 62 II 64, 65 II 207) Die Gefahr eines solchen Irrtums über den Hersteller darf in der Tat nicht leichter genommen

werden als diejenige einer Verwechslung der Waren selbst, wenn das Grundprinzip des Markenrechts, den durch die Marke geschaffenen Hinweis auf eine bestimmte Herstellung- oder Betriebsstätte und den in solchem Hinweis liegenden geschäftlichen Wert zu schützen, im vollen Umfang gewährleistet sein soll. Wenn nämlich infolge einer Markenähnlichkeit das Erzeugnis eines Unternehmens einem andern zugeschrieben wird, so kann diesem letzteren daraus ein Nachteil in der Gestalt einer Schädigung des guten Rufes erwachsen, falls die Qualität des fälschlicherweise ihm zugeschriebenen Erzeugnisses zu wünschen übrig lässt. Dass im konkreten Falle eine solche Rufschädigung tatsächlich eingetreten oder zu befürchten sei, ist nicht erforderlich. Die blosse Möglichkeit einer solchen Rechtfertigt es an sich schon, eine bestehende Verwechslungsgefahr zu unterbinden.

3. — a) Die Vorinstanz verneint die Gefahr, dass die beiden hier in Frage stehenden Waren demselben Produzenten zugeschrieben werden könnten, weil ihre Herstellung nach grundverschiedenen Verfahren erfolge, die ganz andere Fabrikationseinrichtungen und ein für andere Zwecke ausgebildetes Personal bedingen, was sie in einlässlichen Ausführungen darlegt.

Diese Überlegungen mögen auf den technisch gebildeten Fachmann zutreffen, der in die Herstellungsweise der beiden Erzeugnisse Einblick hat. Ebenso dürfte der Grossist, ja sogar der Detailverkäufer kraft seiner Kenntnisse über die Struktur des in Betracht fallenden Fabrikationsgewerbes gegen unzutreffende Rückschlüsse in Bezug auf die Herkunft der Waren gefeit sein. Anders verhält es sich dagegen mit der breiten Masse der letzten Abnehmer, die nicht über solche besondere Kenntnis verfügen. Auf sie und ihre Verkehrsauffassung aber kommt es gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes gerade an (BGE 69 II 204, 56 II 466 und dort erwähnte Entscheide, 56 II 406).

Zwar wird der Durchschnittskäufer nicht schon darum

auf gleiche Herkunft der beiden Artikel schliessen, weil sie beide am elektrischen Strom laufen. Das trifft für die verschiedenartigsten Gegenstände zu, so auf Haushaltmaschinen, wie Waschmaschinen, Staubsauger, Kochherde, Küchenmixer usw. Bei diesen wird niemand auf die Idee verfallen, sie könnten von einer Fabrik stammen, die Heizkissen herstellt. Das ursprüngliche Rechtsbegehren der Klägerin, das von elektrischen Apparaten schlechthin sprach, war somit zu weit gefasst. In richtiger Erkenntnis dessen hat die Klägerin es dann auch in der Berufung auf elektrische Apparate zu medizinischen und hygienischen Zwecken beschränkt.

Auch diese Umschreibung erweist sich jedoch noch als zu umfassend und bedarf daher noch einer weiteren Einschränkung. Denn es gibt auch medizinische Apparate, bei denen es auf der Hand liegt, dass sie nicht in den Geschäftsbereich einer Fabrik für Heizkissen fallen können, wie z.B. Röntgenapparate, Apparate für zahnärztliche Behandlung, chirurgische Instrumente. Bei solchen Erzeugnissen fällt übrigens das breite Publikum als Abnehmer gar nicht in Betracht; sie werden von Spezialisten gekauft, von Spitälern, Ärzten und Zahnärzten, also von einem fachlich geschulten Abnehmerkreis, bei dem erhöhte Unterscheidungskraft auch in Bezug auf Marken vorausgesetzt werden darf und der darum der Gefahr eines Irrtums über die Herkunft verschiedener Waren nicht leicht erliegt. Auch handelt es sich dabei um sehr teure Objekte, bei deren Anschaffung besondere Aufmerksamkeit aufgewendet wird, so dass an die Warenverschiedenheit weniger strenge Anforderungen gestellt werden dürfen.

Bei den hier in Frage stehenden Waren — Höhengsonne einerseits, Heizkissen andererseits — hat man es dagegen mit Apparaten zu medizinischen und hygienischen Zwecke *des allgemeinen Gebrauchs* zu tun. Beide werden dem breiten Publikum zum Kauf angeboten, wie die zahlreichen Inserate der verschiedenen Fabriken und Handelsunternehmen in Tageszeitungen, Wochenblättern und Maga-

zinen zeigen, und sie werden auch vom breiten Publikum gekauft. Für Heizkissen versteht sich dies im Hinblick auf ihre Zweckbestimmung von selbst. Aber auch der Erwerb einer Höhensonne für Gesundheits- und Schönheitspflege stellt heute keine seltene Ausnahme mehr dar. Die beiden Artikel werden auch, ausser in Elektrizitätsgeschäften, die elektrische Artikel jeder Art vertreiben, in den gleichen Spezialgeschäften, wie namentlich Sanitätsgeschäften, feilgeboten. Identität der Vertriebsstätten darf aber im allgemeinen als Indiz für Warengleichartigkeit aufgefasst werden (BGE 38 II 706). Das gilt nicht nur für Handelsmarken, sondern, vielleicht in etwas geringerem Masse, auch für Fabrikmarken. Es ist daher sehr wohl denkbar, dass der technische Laie bei Ähnlichkeit der Marken auf den Gedanken kommen könnte, die beiden Artikel stammen vom gleichen Produzenten.

b) Nach der Meinung der Vorinstanz ist ein solcher Irrtum des Käufers nicht wahrscheinlich wegen der verschiedenen Wirkungsweise und Verwendungsart der beiden Erzeugnisse, indem das Heizkissen ausschliesslich Wärmespender ist, direkt auf den Körper aufgelegt wird und zeitlich unbeschränkt angewendet werden kann, während die Höhensonne zur Bestrahlung des Körpers aus gewisser Distanz dient, Gesundheit, Leistungsfähigkeit und Lebensfreude zu steigern bezweckt und nur zu Bestrahlung von relativ kurzer Dauer Anwendung finden darf, wenn nicht erhebliche Schädigungen eintreten sollen. Diese Verschiedenheit des Zwecks und der Anwendungsweise schliesst aber einen Irrtum der Abnehmerschaft über die Herkunft der Waren nicht aus. Der Satz, dass Gleichheit des Gebrauchszwecks für Warengleichartigkeit spreche (BGE 56 II 404 und dort erwähnte Entscheide), darf nicht dahin umgekehrt werden, dass verschiedene Zweckbestimmung auch auf verschiedene Hersteller schliessen lasse. Vielmehr kann auch bei solcher Verschiedenheit Warengleichartigkeit gegeben sein. So werden z.B. Kochherde und Bügeleisen trotz ihres verschiedenen Verwendungszweckes bekanntlich häu-

fig von ein und demselben Fabrikationsunternehmen hergestellt. Es genügt für die Verneinung der Warenverschiedenheit, dass die allgemeine Richtung der Zweckbestimmung dieselbe ist oder eine gewisse Verwandtschaft aufweist. Das ist aber bei den hier zur Vergleichung stehenden Waren zweifellos der Fall, indem beide hygienischen und therapeutischen Zwecken dienstbar sind.

Der Einwand der Vorinstanz, das Heizkissen sei ausschliesslich Wärmespender, während die vom Apparate der Beklagten erzeugten heilenden und gesundheitsfördernden Ultraviolettstrahlen kalt seien, büsst übrigens sein Gewicht zum guten Teil schon deswegen ein, weil die « Soliput »-Lampe neben dem Quarzbrenner, der die ultravioletten Strahlen aussendet, auch einen elektrischen Heizkörper aufweist, der Wärme spendet. Dieser ist nach Ansicht der Vorinstanz allerdings von sekundärer Bedeutung und soll lediglich verhindern, dass man sich bei der Bestrahlung des nackten Körpers erkältet, während die Wärmespenderung als Selbstzweck praktisch ausser Betracht falle. In ihrer Reklame hebt die Beklagte jedoch die Vereinigung « von Ultraviolett und Wärme » als besondern Vorteil der « Soliput »-Lampe hervor und weist überdies noch ausdrücklich darauf hin, dass die Wärmestrahlen auch allein benützt werden können. Diese Reklame ist dazu angetan, den von der Vorinstanz in den Vordergrund gerückten Unterschied der beiden Apparate weitgehend zu verwischen und der Vermutung gleicher Herkunft Vorschub zu leisten. Auch der Name « Höhensonne » weckt beim Durchschnittspublikum die Vorstellung von Sonnenwärme und damit von Wärme überhaupt; denn dass die Ultraviolettstrahlen kalt sind, darf nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden.

Vgl. auch Nr. 61. — Voir aussi n° 61.
