

BBLP
MEYER LUSTENBERGER
Postfach
CH-8029 Zürich

Standort: CR

Klassifikation: 86

114
1987

**Schweizerische Mitteilungen
über Immaterialgüterrecht
(SMI)**

**Revue suisse
de la propriété intellectuelle
(RSPI)**

Heft 1 1987 Fascicule 1

Inhaltsverzeichnis

<i>Zum Hinschied von Alois Troller</i> LUCAS DAVID, ZÜRICH	9
---	---

Aufsätze

<i>Geographische Bezeichnungen in Firmen</i> EDUARD ACHERMANN, BASEL	11
<i>Aperçu de divers problèmes juridiques au sujet de la protection des systèmes de distribution sélective notamment dans le domaine des produits de consommation de luxe</i> KAMEN TROLLER, GENEVE	23

Schweizerische Rechtsprechung

I. Kennzeichnungsrecht

“MANDELFISCHLI”. Verwechslungsgefahr. Zu Dekorationszwecken gewählte Form. Sachbezeichnung und Verwendung der schweizer- deutschen Verkleinerungsform. OGer SO vom 21. Januar 1985	41
“L’AS WATCH”. Ähnlichkeit mit der Wort-Bildmarke “Swatch”. HGer BE vom 18. Dezember 1985 mit Bemerkung von Lucas David	45
“G-PAPIER”. Unterscheidung zu “G fig.” und “Goessler fig.” KGer ZG vom 15. Januar 1987	49
“FERRARI”. Usage d’une marque sur des marchandises étrangères au domaine d’activité du titulaire. ATF du 28 octobre 1985	51
“MORATTI”. Priorität des Firmengebrauchs bei Geschäftsübernahme. “Gebr. Moratti AG” neben “Moratti + Söhne AG”. Ablehnung der Namensverwendung durch Aktionär oder Verwaltungsrat. HGer BE vom 3. Juni 1985	54

“OPIUM”. Verstoss gegen das sittliche Empfinden. 57
 BAGE vom 15. April 1977 und vom 27. Januar 1978
 BGer vom 3. Oktober 1986
 mit Anmerkung von Lucas David

Hinweise auf die Rechtsprechung 65

II. Muster- und Modellrecht

“TETES DE LECTURE”. Protection du modèle. Imitation de la forme.
 Pièces de rechange. 67
 ATF du 27 janvier 1987

“EXAMEN ATTENTIF”. Distinction de modèles par la marque et le prix. 77
 CC GE du 9 octobre 1986

III. Urheberrecht

“GENOSSENSCHAFTSAPOTHEKE WINTERTHUR”. Bericht über
 die ordentliche Delegiertenversammlung einer Genossenschaftsapotheke
 kann ein geschütztes Werk darstellen. 78
 OGer ZH vom 20. Mai 1986 und
 BGer vom 26. Januar 1987

“N. DIFFUSION II”. Agent provocateur. 85
 CJ GE du 13 octobre 1986

“CHOOSE ME”. Schutz der deutschen Synchronfassung eines englischen
 Filmes. Herstellerin als Inhaberin der Urheberrechte an dieser Fassung.
 Video-Auswertung einer Filmkassette. Urheberrechtsverletzung. 86
 OGer ZH vom 24. Juni 1986

“AFFICHES LE CORBUSIER”. Confiscation et destruction. 89
 TC NE du 1er décembre 1986

IV. Wettbewerbsrecht

“KATALOGPHOTOS II”. Verwendung von Prospekten einer
 Konkurrenzfirma. Verwendung von Photographien der Konkurrenz
 in den eigenen Prospekten. 94
 HGer SG vom 27. Mai 1986

- “ORIO”. Übernahme von Produkten von einem Partner nach jahrelanger Zusammenarbeit. Rechnungslegungsanspruch im summarischen Verfahren. 97
HGer SG vom 12. November 1986
- “TREUEARBEIT”. Wettbewerbsverhältnis und Verletzung des Persönlichkeitsrechts wegen Verwechselbarkeit im Verhältnis Schweiz – Deutschland. 100
KGer ZG vom 24. Oktober 1986
- “MODELL TÖDI, MADE IN JAPAN”. Unterschied zwischen “Modell” und “Marke”. Verwendung schweizerischer Bergnamen für japanische Handelswaren irreführend. Veröffentlichung eines zivilrechtlichen Verbots. 104
ER ZH vom 7. Dezember 1984 und
OGer ZH vom 4. September 1985
- “SERIENMÄSSIG AUF SEMPERIT”. Werbeaussage in der Schweiz mit Auswirkungen auf den ausländischen Markt kann sich für den schweizerischen Konsumenten als irreführend erweisen. Serienmässige Ausrüstung. Zeitliche Auswirkung eines richterlichen Verbots. 120
OGer ZH vom 19. Juni 1985
- “REIN”. Primauté de droit à l’utilisation du nom patronymique. Reprise d’activité. 125
TC NE du 6 mai 1985
- “BROCKEHUS“. Verwendung dieses Namens ausserhalb von gemeinnützigen Zwecken ist unzulässig. 129
OGer AR vom 29. Juni 1982
- “SABAG LUZERN AG“. Verlegung der Betriebsstätte und Aufrechterhaltung eines Büros in Luzern. Hinweis auf den Sitz. 131
OGer LU vom 30. Juni 1986
- “LIDO“. Enseignes geniessen keinen firmenrechtlichen Schutz. Wettbewerbsverhältnis im Gastgewerbe. Verwechslungsgefahr zwischen Café Lido und Lido-Club. Keine Sachbezeichnung. Beseitigungsfrist. 134
OGer ZG vom 19. März 1985
- “MIL-COLOR II“. Relation entre l’inscription d’une marque dans le registre et sa titularité selon le droit civil. 142
ATF du 24 septembre 1982
mit Anmerkung von Lucas David

“HOTEL ROMANTICA”. Verwechselbarkeit. KGer VS vom 25. Februar 1986	147
“LANDSCHAFTSDESSIN”. Nicht musterrechtlich geschützte Stoffdessins. Nachahmung. Anwendung der Generalklausel. Gerichtliches Verbot und Individualisierungspflicht. KGer ZG vom 19. Dezember 1986	157
“SOZIALES DUMPING”. Kein Wettbewerbsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. OGer ZH vom 11. März 1986	160
“VORSORGLICHE VERFÜGUNG”. Vergleichende Aufklärung grundsätzlich zulässig, je nach dem Einzelfall unlauter. KGer NW vom 12. April 1985	160
“DECKELSPIEL”. Abgrenzung zwischen verbotenem Glücksspiel und erlaubtem Geschicklichkeitsspiel. BGer vom 7. Juni 1985	162
“SUPER-GEWINNSPIEL”. Abgabe andernorts unentgeltlich erhältlicher Lotterieteilnahmekarten an Kunden. OGer ZG vom 30. Dezember 1985	165
“SET-ANGEBOT”. Preisreduktion. Keine ausverkaufsmässige Vergünstigung. BezGer ZH vom 18. September 1985	179
V. Buchbesprechungen	
Association suisse d'étude de la concurrence: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence (Christian Englert)	184
Dutoit, Bernard: La lutte contre la contrefaçon moderne en droit comparé (Lucas David)	188
Blum, Jörg: Schutz der Werbung vor Nachahmung (Lucas David)	190
Schramm/Wiedemann: Der Patentverletzungsprozess (Lucas David)	191
Schachenmann, Beat: Begriff und Funktion der Aufgabe im Patentrecht	192

Cherpillod, Ivan: L'objet du droit d'auteur	192
Cherpillod, Ivan: Le droit d'auteur en Suisse	193
EDV-Software: Rechtsschutz, Vertragswesen, Checklisten/ Les logiciels et le droit: protection légale, contrats, check-lists	193
VI. Eingegangene Bücher	195
VII. Corrigenda	196

**Schweizerische Mitteilungen
über Immaterialgüterrecht
(SMI)**

**Revue suisse
de la propriété intellectuelle
(RSPI)**

Heft 2 1987 Fascicule 2

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

<i>10 Jahre Europäisches Patent</i> FELIX A. JENNY/DIETRICH MOHNHAUPT	203
<i>Die wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts</i> ULRICH UCHTENHAGEN	207

Schweizerische Rechtsprechung

I. Urheberrecht

“CAO”. Protection d’un programme informatique. Licence tacite. CJ GE du 6 août 1986	217
“BOUTIQUE LABORATOIRE”. Protection de l’oeuvre architecturale. Rapport de concurrence. CJ GE du 29 octobre 1986	221
“BOOTLEGS”. Lager an Raubkopien. Busse und Ersatzabgabe an den Staat. Beschlagnahmung. Publikation. AmtsGer Fraubrunnen/BE vom 28. August 1986	224
“KAISER BOKASSA”. Schwere Urheberrechtsverletzung. Genugtuung. OGH-FL vom 25. November 1985	227
“TAI-PAN”. Compétence matérielle. CJ GE du 15 septembre 1983	233

II. Markenrecht

“THERMA II”. Warengleichartigkeit. Verwechslungsgefahr. HGer BE vom 4. März 1986	235
“JEVER”. Verwechselbar mit der Phantasiemarke Juver. Warengleich- artigkeit zwischen alkoholfreien Getränken und Bieren. BGer vom 16. Juni 1987	237

III. Musterrecht

“BRACELET JEANS”. Nouveauté matérielle.
CJ GE du 29 juin 1987 240

IV. Wettbewerbsrecht

“CHANEL / VICTORIA”. Vente au-dessous du prix recommandé.
Effacement du code de référence.
CJ GE du 2 mai 1986 241

“OPTYL”. Vente d’articles démodés dans des pays auxquels ils
ne sont pas destinés.
TC VD du 24 janvier 1986 246

“SCHEINGEBOTE”. Unlauterkeit.
BGer vom 4. November 1986
Mit Anmerkungen von L. David. 249

“PACKUNGSBESCHÄDIGUNG”. Manipulationen des Händlers an
Originalpackungen.
OG ZH vom 21. Januar 1987 249

“CANAL PLUS GE”. Rapport de concurrence.
CJ GE du 16 février 1987 257

“CANAL PLUS VD”. Rapport de concurrence. Acte de concurrence
déloyale.
TC VD du 18 décembre 1986 259

“AGA”. Mesures provisionnelles contre une succursale.
Compétence territoriale.
CJ GE du 6 août 1986 266

“ELEKTRONISCHER LECKSUCHER II”. Verwechslungsgefahr.
Inverkehrbringen oder Absetzen der Ware ist nicht Voraussetzung
zur Anwendung dieser Bestimmung. Anwendbares Recht.
BGE vom 19. Februar 1979 und vom 20. April 1982
Bet.Ger. Bischofszell vom 4. Mai 1981 267

“HELIO”. Zuständigkeit und anwendbares Recht für die Beurteilung
der streitigen Behauptung, dass ausländische Patente verletzt worden
sind.
OG-BL vom 16. Juni 1987 273

	201
“VERTRETERBERÜHMUNG”. OGer TG vom 13. Oktober 1981	282
“VUITTON MADE IN FRANCE”. Falsification. Concours idéal. CJ GE du 21 avril 1986	283
“20% DE RABAIS”. Vente de fin de saison? CJ GE du 12 mars 1985	289
V. Bücher und Zeitschriftenschau (Lucas David)	291
VI. Buchbesprechungen	303
Altenpohl, Martina: Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen (Magda Streuli-Youssef)	303
Eisenreich, Klaus: Die neuere Entwicklung des Ausstattungsrechts (Lucas David)	304
Vida, Alexander: Das Warenzeichen in der Wirtschaft der sozialistischen Länder (Lucas David)	304
Schmid, Leo: Gebietsbeschränkungen in Patentlizenz- und Know-how-Verträgen im Wettbewerbsrecht der USA und der EG.	305
Schönherr, Fritz/Wiltschek, Lothar: Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Anmerkungen und Entscheidungen (Lucas David)	306
Schulte, Rainer: Patentgesetz. Kommentar auf der Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung	307
VII. Mitteilung	308

Zum Hinschied von Alois Troller

In seinem Heim in Luzern hat Prof. Alois Troller am 15. Mai 1987, just an seinem 81. Geburtstag, plötzlich seine Augen für immer geschlossen. Noch am Vormittag arbeitete er an einer verwaltungsrechtlichen Beschwerde, und am Nachmittag nahm er einen Strauss von Geburtstagswünschen von Freunden und Kollegen aus dem In- und Ausland entgegen. Am Abend las er zur Entspannung ein Werk der Belletristik, wo ihn der Tod ereilte. Der letzte Tag seines Daseins ist symbolisch für sein ganzes Leben, das von seiner gründlichen Arbeit als Anwalt, seinen vielfältigen Kontakten mit wissenschaftlichen Kapazitäten und dem sinnvollen Verbringen seiner Mussestunden geprägt gewesen ist.

Kennzeichnend für den Verstorbenen waren sein internationales Ansehen und seine vielen Freundschaften. Er war an zahllosen Kongressen und Tagungen anzutreffen, und er hat hier eine Unzahl von Referaten gehalten. Mit den Berufskollegen im In- und Ausland sah er sich jedoch nicht nur durch gemeinsame Interessen verbunden, sondern pflegte mit ihnen die Kameradschaft und Gastfreundschaft auch ausserhalb des fachlichen Bereiches. Sein Interesse galt dabei nicht nur den Wissenschaftlern, sondern den Menschen an sich, einschliesslich ihren Familien. Mit Stolz erinnert sich der Unterzeichnete beispielsweise jenes Tages, als ihm Prof. Troller unversehens das Du anbot, und das nicht etwa wegen ähnlicher rechtlicher Ansichten, sondern vielmehr wegen gemeinsamer Erlebnisse in der Natur.

Grundlage und Voraussetzung der hohen Wertschätzung, die der Verstorbene überall genoss, waren freilich seine breit fundierten Kenntnisse des gewerblichen Rechtsschutzes und seine exakte juristische Arbeit. Es dürfte eine glückliche Fügung des Schicksals gewesen sein, dass er aus einer Kaufmannsfamilie stammte und seine juristischen Studien auf dem zweiten Bildungsweg erworben hatte, so dass er erst mit 31 Jahren Anwalt wurde. 1937 dissertierte er an der Universität Freiburg i.Ue. zum Thema "Das Delikt des unlauteren Wettbewerbes nach dem Entwurf des Bundesrates vom 11. Juni 1934". Damit war offenbar seine Liebe zum gewerblichen Rechtsschutz geweckt worden, weshalb er im Jahre 1948 sein Grundwerk über den schweizerischen gewerblichen Rechtsschutz verfasste. Dieses wurde bald zum internationalen Standardwerk und erschien noch kurz vor seinem 80. Geburtstag bereits in 4. Auflage, jetzt freilich unter dem umfassenden Titel "Immaterialgüterrecht". Nach wie vor stehen diese beiden Erstlingswerke ziemlich zerlesen in der Bibliothek des Unterzeichnenden, beide versehen mit einer freundlichen Widmung an dessen Vater.

Die schöpferische Kraft des Verstorbenen scheint immens gewesen zu sein. Neben den erwähnten Werken gibt es noch gegen 100 weitere Monographien und Aufsätze zu Themen des geistigen Eigentums, namentlich über Patentrecht, Markenrecht, Wettbewerbsrecht, Musterrecht, Urheberrecht und Lizenzrecht, ganz zu schweigen von seinen Arbeiten über Themen aus der Rechtsphilosophie. Zu diesen eigenen Arbeiten gesellen sich weit über 400 Rezensionen über Werke von Kollegen, die er mit Interesse durchlas und sich damit in seinen Schriften auseinandersetzte.

Es würde zu weit führen, alle seine Lieblingsthemen aufzuzählen. Als Beispiel sei lediglich sein Rapport zuhanden der Mitglieder der Schweizer Gruppe der AIPPI

erwähnt betreffend die Wiedergabe von technischen Zeichnungen, architektonischen Plänen, das Nachgiessen von Industrieerzeugnissen und ähnliche unmittelbare Benutzungen der Arbeitsleistungen, die im Rahmen eines Unternehmens erbracht werden. Dieser erschien im Jahre 1965 und forderte schon damals eine Spezialklausel des Wettbewerbsrechtes zur Bekämpfung unlauterer Verwertung fremder Arbeitsleistungen. 30 Jahre später sollte dieses Postulat mit dem Erlass von Art. 5 des revidierten UWG in Erfüllung gehen. So langsam mahlen zuweilen die Mühlen in der Schweiz. Glücklicherweise brauchte die Schweizer Gruppe nicht ganz so lange, um die Verdienste des Verstorbenen um das gewerbliche Eigentum zu würdigen: Sie ernannte ihn bereits im Jahre 1974 zu ihrem Ehrenmitglied.

Nicht unerwähnt bleiben dürfen die Verdienste des Verstorbenen um die Rechtsphilosophie, welche er seit 1971 an der Universität Freiburg dozierte. Je länger je mehr wuchs ihm dieses Rechtsgebiet ans Herz und gewährte ihm nicht nur Ansporn, sondern auch Erbauung. Solche fand er auch in einer Vielzahl von kulturellen und sportlichen Tätigkeiten, beispielsweise im Präsidium der Kunstgesellschaft Luzern und der Internationalen Musikfestwochen sowie bei seiner regelmässigen Teilnahme als begeisterter Langläufer an verschiedenen Meisterschaften. Über allem stand jedoch seine Liebe zu den Menschen und zur Natur, vor allem auch zu den Orchideen. Wir verlieren in ihm einen begabten Rechtsgelehrten, einen geschätzten Kollegen und einen guten Freund.

Dr. Lucas David, Zürich

Geographische Bezeichnungen in Firmen

Eduard Achermann, Rechtsanwalt

1. Einleitung

Neben dem vom Gesetz vorgeschriebenen wesentlichen Inhalt, auch Kern genannt, darf die Firma Angaben enthalten, die zur näheren Umschreibung der darin erwähnten Personen dienen, auf die Natur des Unternehmens hinweisen oder eine Phantasiebezeichnung darstellen¹. Zu diesen Zusätzen gehören auch die geographischen Bezeichnungen, wobei sie in der Regel ein Hinweis auf die Natur des Unternehmens sind²; sie können aber auch bloss Phantasiebezeichnungen darstellen³. Seltener dienen sie zur Umschreibung von in der Firma erwähnten Personen. Stellen geographische Bezeichnungen Phantasiebezeichnungen dar, so können sie sogar einziger Firmenbestandteil sein⁴. Selbstverständliche Voraussetzung ist immer, dass die Firma wahr und nicht täuschend ist, keine öffentlichen Interessen verletzt und nicht rein reklamehaften Charakter aufweist⁵.

Ziel dieser Abhandlung ist nicht eine systematische Darstellung der einschlägigen Bundesgerichtsurteile und der Praxis der Verwaltungsbehörden, sondern der Versuch, die geographischen Bezeichnungen zu sichten und deren verschiedenartige Behandlung im Firmenrecht dem Praktiker näherzubringen.

Für die Namen von Vereinen und Stiftungen ist folgendes zu beachten: Insoweit die nachfolgende Darstellung sich auf Art. 38 Abs. 1 HRegV abstützt, gilt sie grundsätzlich auch für Vereine und Stiftungen, auch wenn in der Praxis im Einzelfall ein weniger strenger Masstab angelegt wird. Vereine mit nicht ausschliesslich nichtwirtschaftlichen Zielen stehen hinsichtlich der Verwendung nationaler, territorialer oder regionaler Bezeichnungen unter den Bestimmungen von Art. 45/46 HRegV (vgl. Art. 47 HRegV)⁶.

1 Art. 944 Abs. 1 OR. Näheres in BGE 101 Ib 361 ff. und Achermann, Die Täuschungsgefahr im Firmenrecht, Der Bernische Notar, Nr. 1/1985, S. 47, N. 2, SMI 1986, S. 185 ff.

2 So zumeist die nationalen, territorialen und regionalen Bezeichnungen.

3 Insbesondere die Bergnamen. Bergnamen können aber auch den Eindruck erwecken, es bestehe ein Zusammenhang zwischen dem genannten Berg und der Gesellschaft (XYZ Titlissteinbrüche AG).

4 Nationale, territoriale und regionale Bezeichnungen dürfen nie den einzigen Firmenbestandteil bilden (eine Firma Togo AG würde daher heute nicht mehr zugelassen).

5 Art. 944 Abs. 1 OR sowie Art. 38 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 HRegV. Eine Verletzung dieser Bestimmungen fällt bei reinen Phantasiebezeichnungen ausser Betracht. Ergibt sich bei einer Firma eine Täuschungsgefahr, so enthält die Firma eine Aussage, und es liegen nicht mehr reine Phantasiebezeichnungen vor.

6 Für Vereine gelten weniger strenge Voraussetzungen für die Zulassung der Bezeichnung "schweizerisch" als für Einzelfirmen, Handelsgesellschaften und Genossenschaften. In früheren Entscheiden (noch unter der Herrschaft der Revidierten Verordnung II betreffend Ergänzung der Verordnung vom 6. Mai 1890 über das Handelsregister und das Handelsamtsblatt (vom 16. Dezember 1918) hielt dies das Bundesgericht sogar ausdrücklich fest; gestützt auf Art. 5 i.V.m. Art. 17 erklärte es in BGE 58 I 51: "an diese sind für die Bewilligung ... weniger strenge Anforderungen zu stellen"). Zur Illustration der unterschiedlichen Behand-

I. Begriffliches

Zuerst ist abzuklären, was unter geographischer Bezeichnung zu verstehen ist. "Geographisch" heisst vorerst "die Geographie (Erdkunde) betreffend"⁷. Eine genauere Umschreibung liefert Duden, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 3, Mannheim 1977. Danach bedeutet "geographisch" ein Dreifaches: a) die Geographie betreffend, zu ihr gehörend, auf ihr beruhend; erdkundlich; b) die Lage, das Klima usw. eines Ortes, Gebietes betreffend; c) sich auf einen bestimmten Punkt o.ä. der Erdoberfläche beziehend: *geographische Namen*. Eine noch konkretere Umschreibung des Begriffs "geographische Bezeichnung" liefert das Geographische Lexikon der Schweiz, Bd. I, Neuenburg 1902, in der Einleitung. Danach sind geographische Bezeichnungen: einerseits die physischen Verhältnisse des Landes (Gebirge, Täler, stehende und fliessende Gewässer), andererseits aber auch soziale und politische Einrichtungen seiner Bewohner (Weiler, Dörfer, Bezirke, Kantone).

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist neben einer kurzen Darstellung der verschiedenen Kategorien geographischer Bezeichnungen der Umfang der Prüfung dieser Bezeichnungen durch die Handelsregisterbehörden⁸. Während sich bei geographischen Lexika die Frage stellt, welche Bezeichnungen aufzunehmen seien⁹, haben die Handelsregisterbehörden abzuklären, bei welchen geographischen Bezeichnungen das Publikum darauf schliesst, es bestehe ein Zusammenhang zwischen dieser Bezeichnung und der Gesellschaft, bzw. ob eine Phantasiebezeichnung vorliegt. Die Handelsregisterbehörden haben sich dabei die Sicht des Publikums, d.h. des sog. Durchschnittsbürgers, zu eigen zu machen¹⁰.

lung von Firmen und Namen von Vereinen vgl. auch: für Firmen BGE 92 I 302; für Vereinsnamen BGE 99 Ib 34 ff. und 89 I 219 ff. Für Stiftungen wird auf BGE 103 Ib 6 ff. verwiesen. Unklar wieder BGE 111 II 86 ff.

- 7 Näheres zum Begriff "Geographie": Meyer, Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 10, Mannheim/Wien/Zürich 1974, wonach drei Ansätze der Definition moderner geographischer Wissenschaft unterschieden werden (nach Zielsetzung und Arbeitsweise): a) nach der Methodik, b) nach der inhaltlichen Grundperspektive und c) nach Hauptproblemen.
- 8 Der Umfang der Prüfung (welche abgesehen von der Befugnis zur Erteilung von Bewilligungen gemäss Art. 45 ff. HRegV auch Sache der kantonalen Handelsregisterämter ist) ist sehr unterschiedlich: Die nationalen, territorialen und regionalen Bezeichnungen dürfen nur aufgrund einer vom Eidg. Amt für das Handelsregister (EHRA) erteilten Ausnahmegewilligung ins Handelsregister eingetragen werden, der Hauptharst der geographischen Bezeichnungen ist im Lichte der in N. 5 zitierten Bestimmungen zu prüfen, und die reinen Phantasiebezeichnungen entziehen sich einer besonderen Prüfung (abgesehen von der Prüfung auf ihren Charakter als Phantasiebezeichnung).
- 9 Egli, Nomina geographica, 2. Aufl. 1893, stellt die Frage, was man wohl in einem geographischen Namensbuch suche, und antwortet, man werde erwarten, über die Namen hervorragender Städte, Flüsse, Berge, Inseln usw. aller Erdräume eingehend und zuverlässig Auskunft zu finden.
- 10 Achermann, a.a.O., S. 51 f. Im Zusammenhang mit fremdsprachigen Firmen und den dem EHRA mit der Zulassung von Transkriptionen solcher Firmen entstehenden Problemen bei der Führung seines Zentralregisters (Art. 119 HRegV) erklärt das Bundesgericht, das Handelsregister dürfe sich nicht mit den Erkenntnissen des Durchschnittsbürgers begnügen, vgl. BGE 106 II 65. Vgl. dazu auch Art. 12 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021). Die Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörden ist hier also äusserst weit gefasst.

Bezeichnungen, die sich nicht auf die Erde, sondern das Weltall beziehen, werden ausgeklammert¹¹. Abgesehen von den Fällen, wo sie Bestandteil einer Sachbezeichnung sind (z.B. Sonnenenergie), werden sie als reine Phantasiebezeichnung behandelt.

II. Die einzelnen Kategorien geographischer Bezeichnungen

Zuerst werden die nationalen, territorialen und regionalen Bezeichnungen behandelt (Ziff. 1), dann die übrigen bestimmten geographischen Bezeichnungen (Ziff. 2) und in einem Exkurs schliesslich noch jene Bezeichnungen, die unbestimmt sind, d.h. weder einen bestimmten geographischen Raum umschreiben noch auf einen solchen Bezug nehmen (die den bestimmten geographischen Bezeichnungen zugeordneten Adjektive werden selbstverständlich auch als bestimmte geographische Bezeichnungen behandelt).

1. Nationale, territoriale und regionale Bezeichnungen

Nationale, territoriale und regionale Bezeichnungen dürfen auch dann nicht Bestandteil einer Firma bilden, wenn (gleichgültig, ob eine Pflicht zur Eintragung besteht) ein Handelsregistereintrag nicht besteht; in diesem Sinn ist auch Art. 3 des Bundesgesetzes betreffend Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht vom 6. Oktober 1923 (SR 221.414) formuliert.

Solche Bezeichnungen dürfen gemäss Art. 45/46 HRegV grundsätzlich nicht Bestandteil einer Firma bilden; Ausnahmen dürfen vom Eidg. Amt für das Handelsregister (im folgenden als "Amt" bezeichnet) nur bewilligt werden, wenn besondere Umstände eine solche rechtfertigen (Näheres siehe unten 1.3.).

Bei Enseignes von Gastwirtschaftsbetrieben wird – trotz Art. 48 HRegV – seit jeher auf die Durchführung eines Bewilligungsverfahrens verzichtet. Das Bundesgericht hat diese Praxis nicht kritisiert (Entscheid der II. Zivilabteilung vom 13. November 1986 i.S. Leo Sutter gegen Kanton Appenzell-Innerrhoden & Konsorten betreffend die Enseigne "Appenzell", welche das Bundesgericht im Gegensatz zum Kantonsgericht für zulässig hielt).

1.1. Nationale Bezeichnungen¹²

Obwohl eine grammatikalische Auslegung (auch die vom Gesetzgeber verwendete Mehrzahlform "nationale Bezeichnungen") zu einem anderen Ergebnis führt, hat man unter diesen stets nur die schweizerisch-nationalen Bezeichnungen verstanden¹³.

11 Die Bezeichnungen "Weltall", "Kosmos", "Galaxis", "Universum", die Namen der Planeten und Sterne sowie die Bezeichnungen "Sonne" und "Mond". "Universell" wird dagegen im Sinne von "weltumfassend" aufgefasst, vgl. unten, Exkurs.

12 Nicht zu den nationalen Bezeichnungen im Sinne von Art. 45 HRegV gehören die amtlichen Bezeichnungen der Schweiz (Eidgenossenschaft, Bund, eidgenössisch) oder Ausdrücke, die mit diesen verwechselt werden können; sie sind gemäss Art. 6 und 17 des Wappenschutzgesetzes vom 5. Juni 1931 (SR 232.21) als Firmenbestandteile nicht zulässig. Sollten solche Bezeichnungen gerechtfertigterweise Bestandteil von Firmen bzw. Namen

Nationale Bezeichnungen sind auch in ihren Übersetzungen bewilligungspflichtig: Neben nationalen Bezeichnungen in Amtssprachen (u.a. Schweiz [Schweiz], schweizerisch; Suisse [Suisse], suisse; Svizzera [Svizzera], svizzero) sind daher auch die in anderen Sprachen gefassten schweizerisch-nationalen Bezeichnungen zu beachten (z.B. die romanische Bezeichnung "Svizra", die englischen Bezeichnungen "swiss" und "Switzerland", die spanischen Bezeichnungen "Suiza" und "suizo" u.a.m.). Selbst Transkriptionen fremdländischer Sprachen (aus der japanischen Sprache "Suisu", aus dem Arabischen "Swissri" usw.) sind zu berücksichtigen. Von Übersetzungen abgesehen, ist indessen Voraussetzung, dass diese Bezeichnungen als nationale Bezeichnungen erkennbar sind; bei der Bezeichnung "Ruishi Lienhe-Yinhang" wäre für das Publikum aber nicht erkennbar, dass es sich um die Transkription aus dem Mandarin für "Schweizerischer Bankverein" handelt¹⁴.

Zu den nationalen Bezeichnungen gehören auch die Bezeichnungen "National" (national, nazionale), und "Helvetia"¹⁵ sowie "Confoederatio helvetica" und deren Abkürzung "CH". Schliesslich sind dazu auch Bezeichnungen zu zählen, deren Verwendung in Firmen das nationale Empfinden verletzen würde¹⁶.

Als nationale Bezeichnungen gelten auch Anspielungen auf solche, sofern sie vom Publikum erkannt werden¹⁷. Der Umstand, dass einer Bezeichnung eine mehrfache (also auch nicht nationale) Bedeutung zukommt, ändert nichts am Charakter als nationale Bezeichnung¹⁸.

von Vereinen oder Stiftungen bilden, so würde in der Praxis wohl eine Bewilligung gemäss Art. 45 f. HRegV erteilt oder gestützt auf Art. 38 Abs. 1 HRegV das Einverständnis erklärt (vgl. Stiftung für eidg. Zusammenarbeit). Analoges gilt für die Bezeichnungen "Kanton", "kantonal", "Gemeinde" und "kommunal". Voraussetzung des Verbots ist die Eignung der fraglichen Bezeichnung, Täuschungen über amtliche Beziehungen herbeizuführen. Auch die Übersetzungen der obgenannten Bezeichnungen sind zu beachten (fédéral, federale federal; confédération, confederazione). Im weiteren sind auch die Bezeichnungen "amtlich", "offiziell", "offiziös" sowie die entsprechenden Übersetzungen hier einzustufen (eine Täuschungsgefahr wäre allerdings z.B. bei der Firma "X. Y., offizieller VW-Vertreter", nicht gegeben).

- 13 In einem Departementsentscheid vom 26. Juni 1919 i.S. Fédération Nationale de l'Hôtellerie Suisse (siehe Stampa Ulrich, Sammlung von Entscheiden des Bundesrates und seines Justiz- und Polizeidepartementes in Handelsregistersachen [1904–1923], Nr. 157) ist noch ausdrücklich von "schweizerisch-nationaler" Bezeichnung die Rede. Laut His, N. 120 zu Art. 944 OR, fallen auch kantonale Bezeichnungen und schweizerische Landesgegenden unter den Begriff "national", doch ist die Praxis differenzierter; letztere werden als territoriale Bezeichnungen behandelt, BGE 96 I 606 f.
- 14 BGE 106 II 58 ff.
- 15 Entscheid des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 24. Dezember 1919 betreffend die Zulässigkeit der Firma "Schweizerische Uhren-Industrie Helvetia", vgl. Stampa, Nr. 161.
- 16 His, N. 118 und 123 zu Art. 944 OR. Zu dieser Gruppe gehören u.a. die Bezeichnungen "Rütli" bzw. "Grütli" (vgl. BGE 66 I 280), "Tell", "Wilhelm Tell" und "Winkelried".
- 17 Z.B. die Firmenbestandteile "Helv", "Helve" und "Swis" (Helvetinvest, Helvinvest, Helvefinanz oder Swistrade).
- 18 Die Firma CH Cueni & Huber AG könnte nicht damit gerechtfertigt werden, "CH" stelle die Initialen von Familiennamen dar (Art. 44 Abs. 2 HRegV). Zulässig wäre höchstens: C & H Cueni & Huber AG.

1.2. Territoriale und regionale Bezeichnungen

Gemäss bundesgerichtlicher Definition¹⁹ gilt als territoriale Bezeichnung ein Firmenzusatz, der ein Staatsterritorium oder einen rechtlich abgeschlossenen Teil eines solchen, vor allem die Schweiz, die Kantone, Bezirke, Gemeinden, umschreibt oder auf einen geographischen Raum Bezug nimmt²⁰. Für regionale Bezeichnungen bleibt somit kein Platz, was indes ohne praktische Bedeutung ist, weil die Bewilligungskriterien für territoriale und regionale Bezeichnungen dieselben sind. Der einzige Unterschied liegt darin, dass bei regionalen Bezeichnungen ein weniger streng erscheinender Massstab angelegt wird; dies ist aber dadurch begründet, dass es einem Betrieb in einer kleineren Region eher möglich ist, eine für die ganze Region repräsentative Bedeutung zu erlangen als einem Betrieb in einer grossen Region oder Landesgegend.

Das Amt unterscheidet dagegen zwischen territorialen und regionalen Bezeichnungen²¹.

19 BGE 104 Ib 267, 102 Ib 112, 96 I 611, 86 I 247.

20 Laut Bundesgericht sind daher auch Kontinente, Regionen, Provinzen und Inseln territoriale Bezeichnungen (ausdrücklich: BGE 102 Ib 112). Die Definition ist in zweierlei Hinsicht zu weit: Erstens umfasst sie die nationalen Bezeichnungen, zweitens auch die Gemeinden; Gemeindennamen werden aber in substantivischer Form als blosser Hinweis auf den Sitz des Unternehmens verstanden, und auch in adjektivischer Form fallen sie nur unter Art. 45 ff. HRegV, wenn sie gleichzeitig auch Kantonsnamen darstellen. Gemäss Praxis des EHRA ist auch eine Firma "Landwirtschaftliche Genossenschaft Gemeinde X und Umgebung" bewilligungspflichtig, was indes sehr weit geht (in der Regel wird damit ja bloss darauf hingewiesen, dass sich die Mitglieder auch aus den umliegenden Gemeinden rekrutieren; eine Überprüfung auf Täuschungsgefahr würde genügen).

Beispiele territorialer Bezeichnungen (gemäss bundesgerichtlicher Terminologie):

- Oriental (104 Ib 264 ff.)
- African (102 Ib 16 ff.)
- American (91 I 212 ff.)
- Romand (96 I 606 ff.)
- Euro (86 I 243 ff.; 93 I 561 ff.; 97 I 73 ff.)
- Middle East (nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid vom 11. März 1976 i.S. Jaquet Middle East S.A. – EHRA)
- Oberwallis (98 Ib 298 ff.)
- of Berne (95 I 276)
- Bern (bei Sitz ausserhalb der Gemeinde Bern) (100 Ib 240)
- Airgenève (85 I 128 ff.)
- fribourgeoise (99 Ib 34 ff.)
- russe (nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid vom 6. Oktober 1970 i.S. Société coopérative Boutique russe – EHRA).

21 Beispiele für regionale Bezeichnungen gemäss EHRA: z.B. Oberwallis (BGE 98 Ib 298 ff.), Mendrisiotto, Mesolcina, "Gemeindename" und Umgebung, Region Baden, Regionalbäckerei, Engadin, Fricktal, Rottal, Namen grosser Seen (z.B. Zürichsee Immobilien AG), Oberland (Zürcher, Berner), Rätisch, Seetal, Oberraargau, Wyland, Glattal, Fürstenland, Gäu, Gasterland, Aaretal, Schwarzbubenland, Werdenberg, Saanenland, Malcantone, Furttal, Domleschg.

Die Namen der Kantone und grösserer Landesgegenden (Zentralschweiz, Nordwestschweiz, Romandie usw.) qualifiziert das EHRA als territoriale Bezeichnungen.

Keine territorialen Bezeichnungen sind unbestimmte Bezeichnungen wie “Welt”, “Ozean”, “Meer” und “Erde”²².

Was im Abschnitt betreffend nationale Bezeichnungen (oben II. 1.1.) über Abkürzungen (hier z.B. US, USA, GB und BRD)²³, Anspielungen auf nationale Bezeichnungen (hier z.B. Ital und Euro) und die verwendete Sprache gesagt wurde, gilt auch für territoriale Bezeichnungen. Es ist daher schwer verständlich, dass die Bezeichnung “Scan” gemäss Praxis des Amtes im Gegensatz zu “Scand” keiner Bewilligung bedarf und auch eine Firma “Schwedbau” ohne weiteres eingetragen werden konnte. Auf der anderen Seite erscheint es dagegen streng, wenn die Bezeichnung “Albion” (alter Name für England) als bewilligungspflichtig behandelt wird (es ist fraglich, ob “Albion” in einer deutschsprachigen Firma vom Publikum als territorialer Hinweis erkannt wird).

1.3. Bewilligungskriterien

Die Art. 45 ff. HRegV haben ihre Rechtsgrundlage in Art. 944 Abs. 2 OR, welcher den Bundesrat ermächtigt, Bestimmungen über die Verwendung nationaler und territorialer Bezeichnungen in Firmen zu erlassen. Der Bundesrat hätte deren Verwendung somit auch absolut verbieten können. Er ist jedoch nicht so weit gegangen und hat ein Verbot, verknüpft mit der Möglichkeit der Erteilung von Ausnahmegewilligungen, erlassen; der Bundesrat hat dabei bestimmt, dass eine Ausnahmegewilligung nur erteilt werden darf, wenn besondere Umstände eine solche rechtfertigten. Wenn daher das Bundesgericht erklärt, ein “Interesse zur Individualisierung des Unternehmens” stelle schon einen besonderen Umstand dar, so wird damit in die in Art. 944 Abs. 2 OR enthaltene Kompetenz zur Legiferierung über nationale und territoriale Bezeichnungen eingegriffen; dies um so mehr, wenn das Bundesgericht trotz gegenteiliger Erklärungen die Entscheide des Amtes nicht bloss auf Ermessensfehler, sondern auf Angemessenheit hin überprüft²⁴.

22 BGE 102 Ib 112, 104 Ib 267. Hinweise auf bestimmte Ozeane (u.a. die Bezeichnung “atlantisch”) werden in der Praxis aber als territoriale Bezeichnungen behandelt.

Zur Bezeichnung “Welt” Näheres im Exkurs.

23 Entscheidend ist, ob die Abkürzung für das Publikum als solche erkennbar ist; sicher zu bejahen ist dies bei einer Firma “US Trading Ltd.”, zu verneinen wäre dies bei einer Firmenänderung der “Crédit Suisse” in “CS Crédit Suisse” (CS als Hinweis auf die Tschechoslowakei). Als territoriale Bezeichnungen werden in der Praxis auch die Abkürzungen der Kantone betrachtet, selbst wenn sie Abkürzungen von in der Firma verwendeten Wörtern darstellen.

24 Vgl. insbesondere BGE 94 I 559 ff. und 102 Ib 16 ff.

Art. 45 HRegV überbindet den Gesuchstellern die Geltendmachung der besonderen Umstände und nicht dem Amt den Nachweis, dass mit der nationalen/territorialen Bezeichnung kein Missbrauch bezweckt werde (ein schutzwürdiges Interesse ist gegenüber den objektiven besonderen Umständen ein bloss subjektives Element).

1.3.1. Nationale Bezeichnungen

Es ist zu unterscheiden zwischen Verwendung in adjektivischer und substantivischer Form.

a) In substantivischer Form²⁵

Schweiz: zulässig für das schweizerische, auf den schweizerischen Markt besonders ausgerichtete Glied eines Konzerns, der auch in anderen Ländern (mindestens zwei) über Gesellschaften verfügt, deren Firmen aus dem Konzernnamen und einem Territorialzusatz gebildet sind.

Die Setzung von Klammern wird heute fast ausnahmslos verlangt, um damit den bloss erläuternden Charakter der nationalen Bezeichnung hervorzuheben (vgl. BGE 92 I 301).

b) In adjektivischer Form²⁶

Schweizerisch: nur zulässig für Unternehmen, die einen offiziellen oder offiziellen Charakter aufweisen oder eine Bedeutung innehaben, die die Firma zur tatsächlichen Vertreterin gesamtschweizerischer Interessen stempeln, und zwar bezogen auf die Branche, in der das Unternehmen tätig ist (in der Regel muss in der Firma zum Ausdruck kommen, in welcher Branche die Gesellschaft tätig ist).

1.3.2. Territoriale und regionale Bezeichnungen^{20,21}

Die Kriterien für nationale Bezeichnungen sind mutatis mutandis auf die territorialen und regionalen Bezeichnungen übertragbar. Wo eine Täuschungsgefahr besonders aktuell ist (z.B. bei "Euro", als Hinweis auf einen europäischen Zusammenschluss im Rahmen der EG auffassbar), sind die Bewilligungskriterien entsprechend streng (Bewilligungsgründe und Täuschungsgefahr sind aber auseinanderzuhalten).

1.3.3. Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen

Art. 45 ff. HRegV sind grundsätzlich anwendbar, doch wird bei Unternehmen, die ihren Hauptsitz in Ländern haben, die der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (SR 0.232.04), angeschlossen sind, ein weniger strenger Massstab angelegt²⁷.

25 Beispiele: Verkauf Schweiz: BGE 92 I 293 ff. (Schweiz): BGE 92 I 298 ff. Suisse: 94 I 559 (nicht als Modellfall zu behandeln, da zu large). Zweigniederlassung (Schweiz): nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid i.S. Bosal Distribution AG, Vaduz, Zweigniederlassung (Schweiz) Dietikon gegen EHRA vom 14. November 1980.

26 Beispiele: Schweizerische Wohnbaugenossenschaft: BGE 92 I 303 ff.; Schweizerische Prospektzentrale: 82 I 40 ff.

27 BGE 102 Ib 114.

Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil bei korrekter Firmierung (vgl. Art. 952 Abs. 2 OR) aus der Firma ja ersichtlich ist, dass es sich um eine ausländische Firma handelt.

1.4. Das Bewilligungsverfahren

Die gemäss Art. 45 ff. HRegV bewilligungspflichtigen Bezeichnungen dürfen nur aufgrund einer vorgängig erteilten Bewilligung des Amtes ins Handelsregister eingetragen werden. Das Gesuch ist beim Amt durch die betroffene Gesellschaft bzw. deren Vertreter zu stellen, nicht durch das kantonale Handelsregisteramt; dabei sind die besonderen Umstände, welche eine Ausnahmebewilligung rechtfertigen sollen, zu nennen und zu belegen²⁸. Vor der Erteilung bzw. Verweigerung einer Bewilligung hat das Amt eine Stellungnahme der nach den Umständen zuständigen Amtsstelle oder Vertretung von Handel, Industrie oder Gewerbe einzuholen (bei territorialen und regionalen Bezeichnungen ist die Einholung einer Vernehmlassung fakultativ). Infolge dieses Vernehmlassungsverfahrens nimmt ein Bewilligungsverfahren in der Regel ca. 4–5 Wochen in Anspruch²⁹. Konsultierte Instanzen sind in erster Linie der Vorort des Schweizerischen Handels- und Industrie-Vereins und die kantonalen Handelskammern sowie gewisse Amtsstellen³⁰. In die vom Amt eingeholten Stellungnahmen kann durch die Parteien Einsicht genommen werden³¹.

28 Das Gesuch muss *begründet* sein. Bei juristischen Personen sind als Belege ein Gründer- oder Mitgliederverzeichnis und die Statuten einzureichen (bei Einzelfirmen/Personengesellschaften sind die Personalien des Inhabers bzw. der Gesellschafter anzugeben). Im weiteren sind die zum Nachweis des geltend gemachten Sachverhaltes geeigneten Beweismittel einzureichen: Zum Nachweis der Strukturen eines Konzerns ist in der Regel ein Geschäftsbericht der Muttergesellschaft beizubringen; ist dieser gedruckt, so genügt er auch zum Nachweis des Firmenwortlautes anderer Konzerngesellschaften (was im Lichte von BGE 92 I 298 ff. von Bedeutung ist [liegt kein gedruckter Geschäftsbericht vor, so sind Handelsregisterauszüge von mindestens zwei Konzerngesellschaften, welche in ihrer Firma ebenfalls nationale/territoriale Zusätze führen, einzureichen]).

29 Bei problemlosen Regelfällen und in Zeiten geringer Belastung der konsultierten Instanzen kann sich die Dauer des Verfahrens u.U. wesentlich verkürzen. Das Gegenteil ist der Fall, wenn mehrere Instanzen konsultiert werden müssen; ist dies zum vornherein absehbar, so empfiehlt es sich, die Gesuchsakten im Doppel einzureichen, damit die Konsultationsverfahren parallel durchgeführt werden können.

30 Z.B. kantonale Justiz-, Erziehungs-, Landwirtschafts- und Gesundheitsdirektionen, die Eidg. Bankenkommision, das Bundesamt für Landwirtschaft, das Bundesamt für Gesundheitswesen, das Bundesamt für Kulturpflege, das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, das Bundesamt für Aussenwirtschaft u.a.m.

Konsultiert das Amt den Vorort des Schweizerischen Handels- und Industrie-Vereins, so holt dieser seinerseits jeweils eine Stellungnahme der zuständigen kantonalen Handelskammer und eventuell von betroffenen Branchenverbänden ein. Letztere werden gelegentlich auch direkt durch das Amt zur Vernehmlassung eingeladen, so z.B. die Schweizerische Bankiervereinigung und der Schweizerische Hotelier-Verein. Konsultiert wird auch gelegentlich die Zentralauskunftsstelle für Wohlfahrtsunternehmungen in Zürich (wenn es um nicht kommerzielle Institutionen geht).

Die eingeholten Stellungnahmen verfolgen das Ziel, dem Amt die Feststellung und Beurteilung des Sachverhaltes zu erleichtern. Enthalten die Stellungnahmen rechtliche Würdigungen, so hat das Amt seinen Entscheid dadurch nicht beeinflussen zu lassen.

31 BGE 96 I 610.

Die Entscheide des Amtes können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 5 HRegV). Bei Vorliegen neuer Tatsachen kann auch jederzeit ein Wiedererwägungsgesuch eingereicht werden; die Beschwerdefristen werden dadurch aber nicht unterbrochen, was von Bedeutung ist, wenn das Amt auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eintritt und keinen neuen Entscheid trifft.

2. Andere geographische Bezeichnungen

2.1. Städtenamen, weitere Ortsbezeichnungen, Quartiernamen

a) In der Schweiz

Gemeindenamen können als Hinweis auf den Sitz des Unternehmens oder als Hinweis auf die Natur des Unternehmens aufgefasst werden; ist der Gemeindename hintangestellt, so wird er in der Regel als blosse Sitzbezeichnung verstanden. Die Prüfung auf Firmenwahrheit und Täuschungsgefahr ist hier streng (Art. 944 Abs. 1 OR und Art. 38 Abs. 1 HRegV)³².

Namen von Ortschaften: Eine Täuschungsgefahr wird bejaht, wenn die in der Firma genannte Ortsbezeichnung nicht in der Gemeinde liegt, in der sich der Sitz der Gesellschaft befindet (vgl. aber die in Fussnote 32 erwähnte Ausnahme). Je weniger bekannt eine Ortsbezeichnung ist, desto geringer ist die Täuschungsgefahr einzustufen³³. Voraussetzung für die Bejahung einer Täuschungsgefahr ist aber in jedem Fall, dass das Publikum eine Ortsbezeichnung überhaupt als solche erkennt.

32 In den Firmen XYZ Treuhand Zürich AG und XYZ Treuhand AG Zürich wird "Zürich" als Sitzbezeichnung aufgefasst; vgl. dazu auch BGE 100 Ib 240 ff. betreffend die Sitzverlegung der Firma "Isolationswerk Bern ..." nach Schüpfen, wo "Bern" nicht mehr Bestandteil der Firma bilden durfte, weil nun eine territoriale Bezeichnung vorlag und die Voraussetzungen einer Bewilligung nicht erfüllt waren. Zürcher Garage XYZ AG fiel unter Art. 45/46 HRegV ebenso wie Zurich Trade XYZ Ltd.

Fallen Ort der Betriebsstätte und Sitz auseinander, so muss eine Täuschungsgefahr durch die Beifügung eines klärenden Zusatzes ausgeschaltet werden: XYZ Kieswerk Köniz AG, Bern, oder Restaurant Rössli Dübendorf AG, Zürich (das Kieswerk bzw. das Restaurant befinden sich in Köniz resp. in Dübendorf, während der Sitz in Bern bzw. Zürich liegt). Stellt eine Bezeichnung gleichzeitig einen Familien- und einen Gemeindennamen dar, so ist im Einzelfall der beim Publikum erweckte Eindruck abzuklären. Gegebenenfalls ist die Beifügung eines Vornamens oder von Initialen zu verlangen (also Treuhand B. Uster AG [in Zürich] und nicht Treuhand Uster AG; zulässig dagegen: Rohr Treuhand und Finanz AG [in Zürich], d.h. vorangestellte Familiennamen werden in der Regel als solche und nicht als Gemeindennamen aufgefasst).

33 Zu streng die Praxis des Amtes, wonach bei mehrfach vorkommenden Ortsbezeichnungen grundsätzlich die Beifügung der Sitzbezeichnung verlangt wird (es gibt eine grosse Zahl häufig vorkommender Ortsbezeichnungen, z.B. Bach, Matte, Mattenhof, Sonnenberg, Schachen, Riet, Neugut, Moos, Kehr, Hubel, Hübeli u.v.m.; Näheres im ca. 600seitigen Inhaltsverzeichnis des vom Eidg. Statistischen Amt 1965–1967 herausgegebenen Schweizerischen Ortschaftenverzeichnisses).

Quartiernamen und Namen von Viertelsgemeinden sind wie Ortsbezeichnungen zu behandeln, es sei denn, sie kämen von ihrer Bedeutung her sogar den Gemeindennamen gleich (letzteres wäre bei Oerlikon und Bümpliz oder Wabern der Fall)³⁴.

b) Im Ausland

Wie bei den schweizerischen Ortsbezeichnungen ist auch hier zu prüfen, ob durch die Verwendung der Ortsbezeichnung eine Täuschungsgefahr entsteht³⁵. Die Täuschung kann darin liegen, dass der Eindruck erweckt wird, das Unternehmen habe seinen Sitz im Ausland (dies wäre bei einer Firma "Miller Trust London Ltd." der Fall). In anderem Kontext kann ein ausländischer Städtenamen aber auch als blosser Hinweis auf die Geschäftsnatur verstanden werden.

In der Regel – von bekannteren Städtenamen abgesehen – stellen ausländische Ortsnamen indessen Phantasiebezeichnungen dar, es sei denn, es ergebe sich etwas anderes aus dem Kontext³⁶.

2.2. Namen von Bergen, Gewässern usw.

Namen von Gewässern oder Gebirgen können auch als territoriale Bezeichnungen zu qualifizieren sein (Zürichsee-Finanz AG, Fiduciaire du Léman S.A. oder Apennin Handels AG).

34 Nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid vom 30. Oktober 1979 i.S. EJPD gegen Kanton Waadt i.S. "Croix d'Ouchy" (der Restaurantname wurde als täuschend bezeichnet, weil das Lokal nicht direkt an der so genannten Kreuzung lag).

Die Gleichstellung mit Gemeindennamen erfolgt beim Problemkreis "Monopolisierung von Sachbezeichnungen"; so wird z.B. Oerlikon in der Praxis so wenig als individualisierender Zusatz anerkannt wie ein Gemeindename.

35 Betreffend die Zulässigkeit der Enseigne "Paris-Tissus" (abgelehnt) nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid vom 16. März 1951 i.S. Adèle Gachet gegen EHRA (mehr als die Hälfte der Lieferanten waren Schweizer).

Vgl. auch den markenrechtlichen Entscheid i.S. "Cusco" (einer peruanischen Stadt): BGE 97 I 80.

Bei Namen von Boutiquen ist die Praxis wie bei Namen von Hotels und Restaurants weniger streng: Zugelassen wurde z.B. "Boutique Dallas" (als Firmenbestandteil); problemlos Ristorante Milano S.A. oder London Pub als Enseigne.

Bei Namen von Stadtteilen (z.B. Soho oder Manhattan) oder Plätzen von Grossstädten (Piccadilly) oder bekannten Bauwerken (Big Ben) wird geprüft, ob der vom Publikum angenommene Zusammenhang zu diesen Örtlichkeiten bzw. Gebäulichkeiten vorliegt.

36 Während möglicherweise verschiedene japanische Millionenstädte dem Publikum nicht bekannt sind und daher als Phantasiebezeichnungen behandelt werden können, muss u.U. bei kleineren Orten, welche durch sportliche Anlässe oder aus kulturellen Gründen einen grossen Bekanntheitsgrad erreicht haben, geprüft werden, ob ein Zusammenhang zwischen Ortsbezeichnung und Gesellschaft besteht. Es ist aber nicht Sache der Handelsregisterbehörden, anhand von Ortslexika nachzuforschen, ob eventuell Ortsnamen in Firmen enthalten sind.

Im übrigen ist auch hier im Einzelfall zu prüfen, ob eine Phantasiebezeichnung vorliegt oder ob der Eindruck eines Sachzusammenhanges und damit zusammenhängend eine Täuschungsgefahr entsteht³⁷.

Exkurs: unbestimmte geographische Bezeichnungen

Darunter werden hier Bezeichnungen verstanden, durch welche kein abgeschlossenes geographisches Gebiet umschrieben wird oder sich auf die Erde selbst beziehen, wobei zu beachten ist, dass "Welt" selbst nicht als territoriale Bezeichnung betrachtet wird (was nicht ganz folgerichtig erscheint)³⁸.

Hinsichtlich der Behandlung solcher Bezeichnungen ist zu unterscheiden zwischen nichtssagenden Bezeichnungen³⁹ und Bezeichnungen, die dem Unternehmen eine besondere Geltung verschaffen, es als gross, wichtig oder besonders leistungsfähig erscheinen lassen; dies ist insbesondere bei den Bezeichnungen "International", "Intercontinental", "Overseas" und "Universal" der Fall⁴⁰.

Hier ist also zu prüfen, ob die Firma wahr ist, zu Täuschungen Anlass gibt, keine öffentlichen Interessen verletzt und nicht rein reklamehaft ist (Art. 944 Abs. 1 OR sowie Art. 38 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 HRegV).

Schlussbemerkung

Es empfiehlt sich, vorgängig der Gründung einer Gesellschaft, die in ihrer Firma eine geographische Bezeichnung führt, beim Amt eine schriftliche Auskunft über die Zulässigkeit der Firma einzuholen.

- 37 In BGE 108 II 132 erklärte das Bundesgericht, die Verwendung des Bergnamens Bachtel wäre dann täuschend, wenn beim durchschnittlich aufmerksamen Publikum der Eindruck einer Beziehung der Firma (Bachtel Versand AG) zu diesem Berg erweckt werden könnte. Es verneinte die Täuschungsgefahr indes zu Recht, wies aber darauf hin, dass in einem anderen Kontext sehr wohl eine Täuschungsgefahr bejaht werden könnte (a.a.O., S. 134). Bei Flussnamen genügt in der Regel die Lage im Einzugsgebiet des betreffenden Flusses. Bei Kombinationen von Flüssen kann aber eine territoriale Bezeichnung entstehen (z.B. Rhein-Rhone Finanz AG).
- 38 Da sämtliche Kontinente territoriale Bezeichnungen darstellen, sollte eigentlich auch deren Summe, die Welt, als solche gelten. Neben den allgemeinen Bezeichnungen betreffend Meer und Ozean (nicht aber Bezeichnungen bestimmter Meere, wie z.B. Mittelmeer oder Nordsee, welche unter die territorialen Bezeichnungen fallen) gehören hierher auch die Bezeichnungen "world", "transworld" und "global"; solche Bezeichnungen haben in der Regel rein reklamehaften Charakter und sind gemäss Art. 44 Abs. 1 HRegV abzulehnen.
- 39 Die Firmen "Oceanic Sun Travel Ltd." und "Seven Seas Schifffahrts AG" könnten z.B. ohne weiteres zugelassen werden, vorausgesetzt natürlich, dass Firma und Zweck übereinstimmen.
- 40 Zu International: BGE 87 I 305 ff. und 95 I 276 ff. sowie nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid i.S. Batima S.A. Lausanne gegen EHRA vom 9. Dezember 1977. Beachte: Wenn mit der Bezeichnung "International" nur darauf hingewiesen werden soll, dass die Tätigkeit sich im Ausland abspielt, so ist sie täuschend (die Internationalität der Tätigkeit ist heute z.B. bei Handels- oder Bankgesellschaften eine Selbstverständlichkeit, die nicht besonders hervorgehoben werden darf). Zu Overseas (Übersee, outre-mer, oltramare): BGE 102 Ib 110 ff. Zu Universal: BGE 69 I 131 ff.

Im übrigen kann bei der grossen Zahl der zu beurteilenden Firmen nicht verhindert werden, dass gewisse Firmen zu Unrecht eingetragen werden. Daraus darf aber nicht unter Hinweis auf das Gebot rechtsgleicher Behandlung der Anspruch abgeleitet werden, ebenfalls eine unzulässige Firma führen zu dürfen (das Gebot der Rechtsgleichheit wäre erst verletzt, wenn die Ausnahmen praktisch die Regel darstellen würden⁴¹).

41 BGE 91 I 217 f.

Aperçu de divers problèmes juridiques au sujet de la protection des systèmes de distribution sélective notamment dans le domaine des produits de consommation de luxe

Kamen Troller, Dr. en droit, avocat aux barreaux de Genève et de Lucerne

I. Analyse de la question

Le principe de l'écoulement de produits par un système de distribution sélective est admis en Suisse; les importations parallèles des mêmes produits sont également admises.

La distribution sélective est licite pour autant qu'elle ne conduit pas à des abus (abus du pouvoir d'achat, anéantissement du concurrent, abus du consommateur en l'obligeant à s'approvisionner à des prix surfaits).

Les importateurs parallèles sont, par la force des choses, des concurrents du distributeur sélectif. Dès lors, ils doivent se conformer, comme tout autre commerçant, aux règles régissant la concurrence loyale.

Les tribunaux suisses ont eu souvent l'occasion de se prononcer, pour trancher un litige ou un abus, sur l'admissibilité de tel ou tel autre système de distribution (ou approvisionnement) sélectif, et ce en application du droit des cartels. Cet aspect du problème ne sera donc pas traité ci-après. L'objet du présent article est l'examen des activités des importateurs parallèles des produits de consommation de luxe sous l'angle de vue du droit suisse de la concurrence déloyale et de la protection de la personnalité. Nous essaierons, par la suite, d'élaborer les critères pouvant régir ce segment du marché.

Il est logique que les systèmes de distribution sélective n'aient été étudiés, jusqu'à présent, presque exclusivement sous l'angle du droit des cartels. C'est ce droit qui les a engendrés, pour contrecarrer les interdictions frappant les refus d'approvisionnement et les interdictions de vente.

Le fait qu'en Suisse la distribution sélective est admise par le droit des cartels prouve que l'ayant droit d'un produit peut choisir la méthode par laquelle son produit peut être vendu et distribué. Le détenteur de ce droit a-t-il le pouvoir d'imposer le respect de son système à ses concurrents? En Suisse, à ce jour, les tribunaux refusent souvent de lui accorder une protection judiciaire. A notre avis, le refus est le résultat de la méconnaissance de ce nouveau système de vente et du fait que les tribunaux ne font pas de différence entre les divers genres de produits objets de la distribution sélective.

II. Les motifs du choix d'un système de distribution sélective

Mais avant d'entamer la discussion sur cette différenciation, nous examinerons quelles sont les raisons qui poussent un commerçant ou industriel à préférer un système de distribution sélective à une vente générale.

En premier lieu, le système de distribution sélective permet au titulaire de procéder à un choix limitatif des personnes (physiques ou juridiques) auxquelles il confie la distribution de ses produits.

En outre, il établit des critères pour la diffusion des produits. Les distributeurs agréés choisis par l'ayant droit doivent respecter ces critères, tels que: formation du personnel de vente en vue de conseiller les clients, service après-vente, aménagement des locaux dans lesquels la distribution a lieu, obligation d'offrir une gamme complète de produits définie par l'ayant droit, obligation de retourner des produits que l'ayant droit veut retirer du marché, obligation d'entreposer les produits dans les conditions spécifiquement adaptées aux produits, activité promotionnelle et publicité en exécution de programmes établis par l'ayant droit et, le cas échéant, dans les pays dont la législation l'admet, obligation de respecter des prix de revente imposés ou des prix minimum.

De surcroît, les systèmes de distribution sélective permettent de suivre chaque produit du fabricant jusqu'à l'acheteur final. Ainsi, le produit est gardé sous un contrôle constant.

Il résulte de cette énumération que les raisons les plus variées, d'origine industrielle ou commerciale, décident un industriel ou un commerçant à diffuser un produit par la méthode dite sélective:

- la volonté de garder à ses produits une aura d'exclusivité,
- d'en garantir une qualité constante,
- d'offrir à chaque client un choix de produits complet,
- de garantir un bon service après-vente,
- de garder un certain niveau de prix de revente au public.

Chacun de ces motifs, pris séparément, peut être suffisant comme motif pour choisir la distribution sélective.

Le nombre de facteurs conduisant un industriel ou un commerçant à choisir la distribution sélective n'est limité que par son imagination et l'inclination des consommateurs de répondre favorablement aux incitations les plus variées pour préférer un produit à un autre.

Il ressort de cette liste des motifs, liste qui n'est pas exhaustive, que le maintien d'un prix de revente n'est qu'un des motifs possibles. Dès lors, il faut dissiper le malentendu trop fréquent dans l'esprit des consommateurs qui assimilent "système de distribution sélective" à "système de prix imposés".

III. Le titulaire du système de distribution sélective

Qui peut être titulaire du droit à faire prévaloir un système de distribution sélective?

Dans la plupart des cas, la personne qui décide d'avoir recours à la distribution sélective n'est pas le propriétaire juridique du produit. C'en est peut-être le fabricant, peut-être son agent exclusif pour une certaine région géographique, éventuellement le titulaire de la marque sous laquelle est vendu le produit, ou encore l'inventeur de celui-ci. Toutes ces personnes, qui sont liées au produit par des rapports économiques et de droit différents, sont cependant animées par la même raison pour

adopter un système de distribution sélective: ils essaient de protéger l'aura et le goodwill qu'ils ont créés pour un produit. L'aura et le goodwill du produit peuvent découler de la technicité de pointe de ce dernier, de la qualité extraordinaire de sa fabrication, de la renommée de sa marque, des efforts de publicité entrepris, d'une promotion visant à le lier à une certaine classe de consommateurs, et de tout autre moyen destiné et idoine à faire émerger un produit de la masse des produits concurrents.

Ainsi, nous identifions comme titulaire du droit à invoquer un système de distribution sélective la personne (physique ou morale) qui a fourni un effort considérable pour créer un produit possédant une aura particulière et qui a établi un réseau de distributeurs agréés, soumis à des règles bien définies.

IV. Les produits vendus par les systèmes de distribution sélective

Quels sont les produits pouvant faire l'objet d'une distribution sélective?

Compte tenu des efforts considérables requis pour créer le système et son produit, une première réponse logique s'impose: seul un produit qui en vaut la peine sera choisi comme objet d'un tel système.

La nature du produit ne joue aucun rôle: le produit issu d'une technique de pointe, tel un ordinateur ou autre appareil électronique, peut aussi bien être distribué de façon sélective que des pommes de terre ou des chaussures, un club de golf aussi bien qu'une rose, un parfum ou une bande dessinée.

Ce qui distingue le produit destiné à être distribué de manière sélective d'autres produits de la même catégorie, c'est l'effort dont il a fait l'objet, soit au moment de sa création ou de sa fabrication, soit par sa mise sur le marché, sous une marque renommée, laquelle est le fruit de considérables efforts promotionnels et autres, soit encore par les services qui l'accompagnent ou par les endroits où il est vendu.

V. L'importateur parallèle

Le produit diffusé dans un système de distribution sélective est un produit de valeur, en partie par ses qualités matérielles inhérentes, mais surtout grâce aux efforts qui lui ont été voués. Sa valeur a pour conséquence que le consommateur le préfère à des produits concurrents de même type. Or, l'importateur parallèle veut tirer profit de l'attrait que le produit de valeur exerce sur les acheteurs, et l'offrir à ceux-ci, sans fournir les mêmes efforts que ceux prodigués par les ayants droit du système, ou, pour le moins, sans participer aux frais de ceux-ci.

Etant donné le contrôle strict des produits que peut exercer le titulaire d'un système de distribution sélective, l'importateur parallèle devra se les procurer par des voies occultes, le plus souvent en exploitant la violation des contrats liant un distributeur agréé au système sélectif. Pour en tirer un bénéfice maximum, il les écoulera sur le marché par des voies de distribution simples, sans respecter les nombreuses contraintes imposées par le titulaire à ses distributeurs agréés.

VI. Les conséquences des atteintes portées aux systèmes de distribution sélective

Selon la nature du produit faisant l'objet d'un système sélectif, le non-respect par un importateur parallèle des règles régissant le système a des répercussions différentes, tant sur la renommée du titulaire que sur la réputation de son produit.

L'image de marque d'un fabricant de voitures est plus gravement ternie par l'absence du service après-vente pour des voitures vendues sur les marchés parallèles que celle d'un fabricant de robes. Un fabricant de produits pharmaceutiques subira un dommage irréparable en raison de la publicité négative née d'une atteinte à la santé provoquée par un médicament périmé en provenance du marché parallèle. Un fabricant de chaussures ou de robes aura à craindre une pareille conséquence dans une moindre mesure, si des modèles démodés sont trouvés sur le marché.

VII. Le conflit d'intérêts entre la distribution sélective et l'importation parallèle

Il existe un conflit d'intérêts entre le titulaire du système de distribution sélective et l'importateur parallèle.

Le premier invoque son droit de pouvoir choisir de quelle façon, par quels canaux de distribution, accompagnés et soutenus de quelle publicité, dans quels magasins et enfin, à quels prix ses produits peuvent être vendus.

Le second invoque sa liberté commerciale de pouvoir vendre tout produit comme bon lui semble.

Le législateur ou le juge appelé à protéger l'un ou l'autre des protagonistes doit procéder à une pesée des intérêts contradictoires. Dans cette évaluation, des considérations d'ordre public jouent, en règle générale, un rôle très important:

- La sécurité routière exige que le contrôle technique des voitures, avant et après la vente, soit assuré par les distributeurs (ou leur personnel) qualifiés.
- Pour des raisons de santé publique, les dates d'échéance des produits pharmaceutiques et cosmétiques doivent être rigoureusement respectées, ce qui n'est pas possible si le contrôle du produit échappe à son ayant droit.
- Des motifs politiques peuvent rendre souhaitable que certains ordinateurs et autres logiciels ne puissent pas être vendus sans contrôle de l'Etat.

Ces motifs feront pencher la balance en faveur du distributeur sélectif.

Mais, pour ce qui est d'autres produits, des arguments en faveur de l'importateur parallèle existent. Par exemple, tel est le cas des produits alimentaires de base ou des matières combustibles de chauffage ou autres biens de grande consommation, où l'argument de la disponibilité dans un maximum de points de vente et aux meilleurs prix possible n'est certainement pas dépourvu de valeur¹.

1 Il est toutefois intéressant de constater que l'argument de vouloir offrir au consommateur la possibilité de se procurer des biens à meilleur compte n'est plus eo ipso favorablement accueilli. Il en alla ainsi de la dernière initiative Denner "pour la protection du consommateur". Celle-ci prévoyait: "Toutes mesures prises et tous accords passés par des entreprises, des organisations ou des particuliers qui visent, par une action concertée, à restreindre la concurrence dans le commerce des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation au moyen de clauses sur les prix minimaux, d'interdictions de livrer ou d'autres condi-

VIII. Les produits de luxe

L'un des domaines préférés des importateurs parallèles est celui des produits de luxe, tels que les voitures de luxe, les articles de loisirs électroniques et les produits de consommation de luxe, tels que les articles d'habillement dans le sens le plus large (vêtements, chaussures, parapluies et autres accessoires), les cosmétiques et parfums, les bijoux fantaisie et les articles de papeterie.

Ces produits sont vendus dans des magasins luxueusement aménagés. Leurs prix sont élevés et, parfois, volontairement hauts. Ces produits ne sont pas indispensables, il existe un grand nombre de produits remplissant la même fonction, dans toutes les catégories de prix, accessibles à tous et à toutes les bourses.

Les produits de luxe ne correspondent à aucun besoin vital du consommateur. Ils sont caractérisés et par une aura de luxe qui les entoure, qui a été créée et est maintenue par de grands efforts de promotion et de publicité, et par leur aspect extérieur soigné et raffiné ainsi que par leur bonne qualité.

IX. La protection légale des systèmes de distribution sélective conférée par les lois actuellement en vigueur en Suisse

1. *Considérations d'ordre général*

Celui qui ne veut pas respecter l'exclusivité d'un système de distribution sélectif sera toujours un concurrent de son ayant droit. Dès lors, les règles interdisant les agissements déloyaux entre concurrents seront applicables.

En Suisse, contrairement aux pays faisant partie du marché commun, l'ayant droit d'un système sélectif, qui est au bénéfice d'un brevet ou d'un modèle déposé en Suisse, peut invoquer la protection des lois y relatives pour interdire à un concurrent l'importation d'un produit original mis sur le marché à l'étranger. Ce n'est pas le cas pour le titulaire d'une marque suisse. Le Tribunal fédéral refuse la protection au motif que le client acheteur n'est pas trompé sur l'origine de la marchandise.

Toutefois, une étude approfondie de la jurisprudence suisse permet de constater que des activités telles que celles déployées par les importateurs parallèles des produits de luxe ont été condamnées, à maintes reprises, par le Tribunal fédéral. Celui-ci les a qualifiées d'abus de la concurrence économique et comme contraires aux règles de la bonne foi, ce qui les fait tomber sous le coup de l'art. 1 al. 1 LCD et sous les règles protégeant le droit de la personnalité (art. 28 CC).

tions de livraison discriminatoires, ou à abuser des consommateurs ainsi que toutes dispositions sur les prix minimaux prises par les autorités dans ce secteur commercial, sont illicites." Ce nonobstant, ce "cadeau aux consommateurs" rencontra des oppositions et le Conseil fédéral propose le refus pur et simple de l'initiative (cf. message du Conseil fédéral du 29 septembre 1986, p. 77).

2. *Le parasitisme*

a) Il ne fait aucun doute que l'importateur parallèle profite des efforts que l'ayant droit au système de distribution sélective et ses distributeurs agréés déploient pour créer et maintenir la renommée ainsi que la qualité de leur produit. L'importateur parallèle accapare le fruit de ces efforts, sans en fournir lui-même, et sans y contribuer. Or, dans l'arrêt Weissenburger, il y a trente ans déjà, le Tribunal fédéral a constaté que celui qui profite de la réputation des produits d'un concurrent commet une concurrence parasitaire contraire à la LCD². En 1978 le Tribunal fédéral a expliqué qu'il fallait entendre, par concurrence parasitaire déloyale, toute exploitation abusive des réalisations d'un concurrent³.

Enfin, dans l'arrêt Van Cleef & Arpels, le Tribunal fédéral a confirmé que celui qui cherche, de manière systématique et raffinée, à tirer profit de la réputation de son concurrent, est un parasite⁴.

b) En quoi consiste "la manière systématique et raffinée" condamnée par notre Cour suprême?

Pour contourner les systèmes de distribution sélective, les importateurs parallèles s'approvisionnent, en règle générale, auprès des centres d'approvisionnement du marché gris, qui sont de véritables centres de recel des produits détournés.

Ces centres obtiennent leurs marchandises par des distributeurs agréés qui, en dépit des contrats de distribution les liant au système de distribution sélective, commandent plus de marchandises qu'ils ne peuvent écouler dans leurs propres points de vente, pour les revendre aux fournisseurs des importateurs parallèles. Dans ces centres d'approvisionnement du marché gris, les produits sont très souvent démunis des numéros de contrôle ou autres marques d'identification.

Le produit détourné du réseau de vente sélectif parcourt, en règle générale, plusieurs étapes avant d'arriver chez l'importateur parallèle. Il convient donc de considérer que celui-ci s'approvisionne volontairement par des voies tortueuses.

2 ATF 82 II 346, JT 1957 I 561. Cf. aussi ATF 72 II 390: "L'art. 1er al. 2 litt. a–h de la loi de 1943 énumère un certain nombre de cas de concurrence déloyale. Cette énumération n'est pas limitative. D'autres actes peuvent constituer une concurrence déloyale s'ils répondent à la définition de l'art. 1er al. 1 et si, par ces actes, le concurrent est, au sens de l'art. 2, atteint ou menacé dans sa clientèle, son crédit, ses intérêts etc."

3 ATF 104 II 322, JT 1979 I 264: "... certaines circonstances peuvent conférer un caractère illicite à un comportement ... suivant le caractère méthodique systématique et raffiné avec lequel on a cherché à se rapprocher le plus possible ... d'un concurrent"

4 ATF 105 II 297. Selon la doctrine, est un parasite, tombant sous le coup de la LCD, le commerçant ou l'industriel qui tire profit des réalisations d'un concurrent et du renom acquis légitimement par celui-ci en ayant recours à des moyens contraires aux règles de la bonne foi (cf. la concurrence parasitaire en droit comparé, actes du colloque de Lausanne, Genève 1981, p. 334 et ss, pour le droit suisse – ibidem – Dr. K. Spöndlin, Schmarotzerkonkurrenz im Schweizerischen Recht, p. 106 ss, notamment pp. 112–120). Le Prof. Bernard Dutoit a précisé: "Toutefois, entendu comme le fait, pour un agent économique, de vivre aux crochets d'un autre et ainsi de moissonner où il n'a pas semé, le concept de concurrence parasitaire ne paraît pas dépourvu de toute utilité, car il permet de concrétiser plus facilement certains abus de la concurrence, non explicitement prohibés par la loi sur la concurrence déloyale (ci-après LCD), et de les soumettre ainsi à la clause générale, en mettant en évidence le parasitisme qui les sous-tend." (Réflexions comparatives sur la concurrence parasitaire – droit de la concurrence déloyale, JT 1982 I 258).

Or, dans un arrêt paru dans la Semaine judiciaire 1978, p. 465, la Cour de justice de Genève a déclaré:

“... la violation d'une clause d'exclusivité ou l'avisement des prix ne sauraient constituer en eux-mêmes un acte de concurrence déloyale. Il faut toutefois retenir, au vu de la doctrine et de la jurisprudence, la principale exception du recours à un moyen déloyal ou contraire aux bonnes moeurs et notamment à l'acquisition de marchandises par des voies tortueuses”⁵.

3. *L'incitation à l'exploitation de la violation d'un engagement contractuel*

a) L'importateur parallèle s'adresse aux distributeurs agréés afin que ceux-ci lui fournissent, en violation de leurs engagements contractuels, les produits qu'il ne pourrait obtenir du titulaire du système collectif. Ce faisant, l'importateur parallèle incite le distributeur agréé à rompre le contrat le liant au système de distribution sélective.

Le concept d'incitation à la rupture des relations contractuelles ne trouve pas encore d'applications dans le droit positif suisse, bien que cette notion apparaisse dans le message du Conseil fédéral sur la nouvelle loi contre la concurrence déloyale ainsi que dans le message du Conseil fédéral y relatif, p. 66:

“L'article 4 regroupe les faits constitutifs particuliers qui sont caractérisés par un comportement incitant à violer ou à résilier un contrat. La déloyauté consiste en ce que les relations de concurrence sont alors perturbées par un comportement illégal, à savoir par une résiliation de contrat ou par une incitation à le faire.”

b) Le fait d'acquérir de manière constante et régulière des produits, ainsi que le fait de se présenter ou de se faire connaître sur le marché comme un acquéreur potentiel, constituent une incitation pour le distributeur agréé qui voit ainsi une occasion de se procurer un gain supplémentaire en rompant le contrat qui le lie à l'ayant droit du système sélectif. Dans un tel cas, l'attitude univoque de l'importateur parallèle ou de son fournisseur conduit le distributeur agréé à envisager, avant même les premières sollicitations directes du futur acquéreur, de rompre le contrat de distribution agréée. Il y a incitation directe ou pour le moins indirecte.

En 1926 déjà, le Tribunal fédéral a considéré que l'utilisation systématique d'une rupture d'obligations contractuelles liant des tiers tombait sous le coup de l'art. 41 al. 2 CO dans certaines conditions seulement, notamment si les moyens employés étaient contraires aux bonnes moeurs⁶. Depuis lors, il a maintenu cette position.

5 SJ 1978, p. 465, affaire Siegwart & Co. AG. Selon von Büren, Kommentar zum unlauteren Wettbewerb, p. 65, la vente parallèle constitue un acte de concurrence déloyale lorsque les circonstances spéciales font apparaître que le vendeur a acquis les produits par des moyens contraires aux usages commerciaux ou que le but poursuivi est incompatible avec les règles de la bonne foi (cf. aussi à ce sujet Guyet, Les importations parallèles en droit suisse, RIPIA 1963, p. 181).

6 ATF 1926 II 370, Schweiger & Horn Arraks Tschmkerten & Cie.

Les tribunaux *allemands* et *français* condamnent l'incitation à rompre des contrats comme concurrence déloyale. Outre-Rhin, le “Bundesgerichtshof” considère comme incitation tout agissement d'un tiers qui conduit les parties d'un contrat à rompre celui-ci, même si la partie fautive n'a quasiment plus montré de réticence à violer ses obligations contractuelles. Selon la jurisprudence allemande, il peut y avoir incitation lorsque celui qui rompt ses engagements avait déjà décidé de ne plus les respecter avant l'intervention de l'incitateur.

c) Très récemment la doctrine a réaffirmé clairement que celui qui tire profit de la violation des engagements contractuels d'autrui commet un acte de concurrence déloyale, agissant soit à titre principal, soit comme complice, soit comme instigateur⁷.

Beat Widmer précise⁸ :

“Par contre, la simple utilisation de la rupture des obligations contractuelles convenues entre des tiers est illicite dans certaines conditions seulement, par exemple, par des actes planifiés dans un dessein d’anéantissement des concurrents ou dans le cadre d’un système de prix fixes rendu nécessaire, d’une manière inévitable, par le maintien de rapports équilibrés dans la branche de concurrence économique considérée.”

Dans une affaire opposant deux fleuristes genevois, le Tribunal fédéral a considéré, en 1945, sous le régime de l’ancien art. 48 CO que :

(Cf. P. Eulau, *Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs*, thèse Zurich 1976, p. 19 et jurisprudence citée, notes 5/6.)

En droit *français, allemand et autrichien*, la participation d’un tiers à la violation d’un engagement contractuel entre les parties est considérée comme un acte délictuel.

Ainsi, en date du 13 novembre 1985, la Cour d’appel de Nîmes a déclaré: “Attendu que si, aux termes de l’art. 1165 du Code civil, les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes, un tiers commet une faute engageant sa responsabilité délictuelle lorsqu’il participe, en toute connaissance de cause, à la violation de l’engagement contractuel ou tout au moins enfreint sciemment le droit d’autrui.”

Le 4 novembre 1985, le Tribunal de commerce de la Seine condamnait pour les mêmes motifs une société du marché parallèle pour avoir incité des détaillants à rompre leurs contrats:

“Qu’en conséquence A peut donc valablement opposer à B les contrats qu’elle a conclus avec ses revendeurs.

Attendu que B, ne pouvant se fournir lesdits produits chez A, a créé une filière d’achat et de vente parallèle.

Attendu qu’en adressant une lettre circulaire aux détaillants pour tenter de s’approvisionner auprès d’eux, B a apporté la preuve de ce qu’elle savait indiscutablement que la distribution sélective lui serait opposée et qu’elle cherchait à en tourner les règles.”

Le “Hanseatisches Oberlandesgericht” de Hambourg a conclu ainsi son jugement du 19 février 1987 dans une affaire visant les importations parallèles de parfums:

“En utilisant l’exploitation de la violation d’engagements contractuels commise par un tiers (en cas d’achat de marchandises volées, il s’agirait de l’exploitation de la violation des droits d’un tiers), la défenderesse se procure un avantage injustifié dans la concurrence vis à vis des autres outsiders, qui respectent le système de distribution liée.” (Traduction de l’auteur.)

Et, finalement, l’“Oberste Gerichtshof” autrichien a déclaré dans un arrêt du 14 octobre 1986 “Guerlain” (publiée dans la GRUR International 1987, p. 264):

“Comme la Cour Suprême l’a exposé dans son arrêt du 27 février 1987 (4 Ob 387/84 – Réseau de distribution – Grundig – ÖBl 1985, 68), avec une argumentation détaillée, le principe de la liberté de la concurrence interdit d’imposer à un outsider, qui n’est pas lié contractuellement à un réseau de distribution, le respect de celui-ci.

Par contre, on peut interdire à un tiers, qui réussit à se faire livrer des marchandises en contournant le réseau exclusif, de mettre ces marchandises sur le marché, s’il a pu se les procurer par des moyens qui doivent être considérés comme contraires aux bonnes moeurs commerciales, comme, par exemple, l’incitation d’un commerçant lié à violer ses engagements contractuels, ou encore la tromperie d’un commerçant afin de pouvoir capter un lot de marchandises.” (Traduction par l’auteur.)

7 P. Eulau, op. cit., p. 49, 70/71/77; Dr. Beat Widmer, *Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten*, 1984.

8 Op. cit., p. 48.

“Sur le marché libre, celui qui vend à bas prix et porte ainsi préjudice aux concurrents ne commet un acte illicite que s’il use des procédés contraires aux règles de la bonne foi, par exemple, s’il se procure, à bon marché, par des moyens frauduleux la marchandise qu’il vend”⁹.

d) L’exploitation de la violation d’une obligation contractuelle est certainement illicite lorsque celle-ci constitue en elle-même un acte de concurrence déloyale¹⁰. Or, en vendant des produits en-dehors du système, le distributeur agréé viole intentionnellement son contrat, ce qui est illicite. Les ventes non-autorisées lui procurent un bénéfice supplémentaire qui ne devait pas lui revenir, ce qui fait tomber cet acte sous le coup de l’art. 1 al. 2 litt. e LCD. Le distributeur agréé jouit de la confiance du titulaire du système de distribution sélective. Celui-ci lui confie ses produits pour qu’il les diffuse en respectant les règles intrinsèques au système. En commandant plus de produits qu’il ne peut en vendre et en les revendant à un importateur du marché gris, le distributeur infidèle trahit la loyauté qu’il doit au titulaire du système. Par la vente de ses produits à un tiers revendeur, il se transforme en concurrent du titulaire du système. Il est un concurrent déloyal de celui-ci, dans le strict sens du terme. Dès lors, l’importateur parallèle qui tire profit des agissements déloyaux du distributeur infidèle commet lui-même un acte de concurrence déloyale¹¹.

4. *La soustraction des produits au contrôle du producteur*

a) Il a été mentionné que, très souvent, les acteurs des marchés gris font disparaître les numéros de contrôle apposés par le titulaire du système sélectif afin de pouvoir suivre son produit jusqu’au consommateur. Ils ne peuvent le faire sans endommager le produit ou, pour le moins, son emballage.

A ce sujet, la parfumerie de luxe peut servir d’exemple. Le produit se compose du parfum, du flacon qui le contient et de l’emballage qui sert à le protéger et à le mettre en évidence. L’emballage lui-même est recouvert d’un film transparent qui le protège et qui empêche l’accès direct au produit. Des numéros de contrôle sont apposés, soit sur le carton d’emballage, soit sur le film les protégeant. Pour les faire disparaître, les acteurs des marchés parallèles doivent découper ou enlever le film de protection. L’absence ou l’état défectueux du film protecteur permet l’infiltration d’eau ou de poussière, d’où risque d’avilissement du produit. Mais il existe aussi le danger qu’un tiers manipule le contenu du carton, qui est facilement accessible. En conséquence, le fabricant ne peut plus garantir la qualité de celui-ci, qui, de surcroît, a perdu son aspect de produit neuf et intact.

b) Dans un arrêt *Verband Schweizerischer Radio- und Television-Fachgeschäfte et Consorts contre Eschenmoser* (ATF 86 II 108) le Tribunal fédéral a estimé que la suppression du numéro de fabrication constitue un acte de concurrence déloyale si cette opération:

- risque d’endommager le produit,
- fait perdre au produit le caractère d’article neuf.

⁹ ATF 71 II 233.

¹⁰ Cf. P. Eulau, op. cit., p. 71.

¹¹ A. Troller, *Immaterialgüterrecht*, 3ème éd., p. 920 ss.

Il faut rapprocher la jurisprudence sus-indiquée de l'arrêt du TF du 17 novembre 1953. Dans une affaire OMEGA (SJZ 1957, p. 367 et ss), le Tribunal fédéral a dit:

“L'appréciation d'ensemble fait apparaître l'effacement des chiffres ou du numéro de fabrication des montres Omega et leur offre ou vente comme articles neufs à plein prix, comme contraire à la bonne foi, au sens de l'art. 1 LCD. La renommée universelle, qui est le propre de l'entreprise et de la marque horlogère, peut seulement être acquise et défendue par des prestations de qualité, assurées de manière traditionnelle et permanente. En conséquence, il est facile de porter atteinte à sa réputation. Les méthodes déloyales de la citée sont propres à frustrer les efforts nombreux et constants de la fabrique de montres Omega pour le maintien de sa réputation, et de porter atteinte au commerce des montres Omega. De tels agissements nuisent aux intérêts économiques, à savoir à la réputation professionnelle de la demanderesse, à son industrie, à sa clientèle ou, pour le moins, les mettent en danger”¹².

5. *La tromperie du public acheteur*

Un autre aspect de l'activité de l'importateur parallèle — et pas le moindre — tombe aussi sous le coup de la clause générale. En effet, le client qui achète un produit sur le marché parallèle est trompé car il ne peut plus faire la distinction entre deux sortes de produits:

¹² A ce propos, le Prof. Alois Troller écrit (Immaterialgüterrecht, 3ème éd., p. 940/941): “Le vendeur doit éviter, dans chaque cas où des produits originaux sont livrés avec garantie ou avec un service d'entretien particulier, que l'acheteur s'attende à cette prestation. S'il offre ou vend des produits sur lesquels ont été inscrits des numéros de contrôle par le fabricant, le vendeur doit rendre les clients attentifs si le numéro de contrôle est enlevé ou rendu inidentifiable. Le client doit pouvoir s'en rendre compte s'il veut accepter les inconvénients grevant les articles (pas de garantie d'usine, difficultés pour les réparations, etc.).” (Traduction de l'auteur.)

Ainsi, le Prof. Alois Troller rejoint l'arrêt du Tribunal fédéral et l'avis exprimé par le Prof. E. Martin-Achard, dans un article “A propos du grattage des numéros de contrôle sur un produit de marque” (SJ 1955, p. 49 et ss):

“On peut penser que même lorsque la garantie du fabricant n'est donnée que pour une vente réalisée par le représentant officiel, l'acheteur qui s'est procuré le produit chez un tiers a un intérêt à pouvoir reprendre contact avec le fabricant, en se référant à un numéro de contrôle, par exemple pour faire changer une pièce ou réparer l'appareil à ses frais. Le fait qu'un tiers profite de circonstances exceptionnelles pour vendre, en marge d'un contrat d'exclusivité, ne doit pas avoir des conséquences nuisibles pour l'acheteur et pour le fabricant.”

Les tribunaux français ont également fait leur une telle opinion. Ainsi, la Cour d'appel de Nîmes, dans son arrêt du 13 novembre 1985 déclare:

“Que les numéros de référence sur certains des emballages des parfums mis en vente ont été grattés afin d'éviter de déterminer l'origine, étant précisé que ce fait peut être retenu comme élément de la concurrence déloyale, indépendamment de toute action pénale qui aurait pu être engagée!”

A ce propos, il est intéressant de noter que le droit finlandais visant la protection des consommateurs interdit toutes les mesures susceptibles de tromper l'acheteur sur la qualité des services après-vente ou les propriétés du produit (Cf. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 1985, p. 456):

“Sur la base de cette disposition, on peut agir en justice contre l'utilisation d'une marque par un importateur parallèle à l'occasion de la vente des produits quand une telle utilisation peut avoir pour effet de tromper le consommateur pour ce qui est du service après-vente, la qualité ou les caractéristiques des produits.”

- le produit original “autorisé”, à savoir celui qui est vendu par le distributeur agréé et dont la qualité peut être contrôlée et est garantie par le fabricant jusqu’au consommateur final;
- le produit original “non autorisé”, qui sort de l’usine du fabricant, mais qui est écoulé sur les marchés gris en violation des principes établis par le fabricant pour la vente de ses produits et en subissant des altérations¹³.

6. *Les activités de l’importateur parallèle tombant sous l’art. 1 al. 2 LCD*

a) Les activités de l’importateur parallèle ne sont pas seulement contraires à la clause générale de la LCD. Elles enfreignent aussi l’art. 1 al. 2 litt. a, b et d.

b) Très souvent, pour masquer les grattages ou découpages des numéros de contrôle, ou encore pour lier le nom de leur entreprise avec le produit de luxe portant une marque renommée, les importateurs parallèles apposent sur les emballages des étiquettes (stickers) de leur propre création, ce qui est contraire à la bonne foi dans la concurrence. En effet, en 1953 déjà, le Prof. Edmond Martin-Achard écrivait:

“Ce n’est pas seulement la marque qui bénéficie de la protection de la LCD. La présentation du produit (Ausstattung) constitue également un bien protégeable. Le producteur peut avoir des raisons techniques, artistiques, ou personnelles de vendre son produit sous une certaine apparence dans un emballage spécial, accompagné d’accessoires, etc. Il est le seul juge des avantages qu’il compte retirer de cette pratique. Il a le droit de suivre son produit jusqu’à la vente finale, d’en imposer, d’en contrôler le conditionnement”¹⁴.

13 Dans ce contexte, il sied de ne pas négliger l’effet qu’une marque peut avoir sur la décision d’achat du consommateur. En effet, l’acheteur liera souvent le produit portant une certaine marque avec les prestations de service après-vente ou autre. Cf. à ce sujet aussi E. Wilms, *Produkte und Produzentenhaftung aus Marken oder ähnlichen Zeichen*, Zurich 1984, pp. 262/263:

“Dans cet arrêt, la qualification d’origine avait une signification en rapport à la qualité des produits qui devaient être livrés. La fonction d’origine d’une marque peut conduire à ce que le consommateur qui croit acquérir un produit original, mais obtient un produit de licence ou d’importation parallèle, à savoir un produit muni illicitement d’une marque, peut considérer que le contrat n’est pas convenablement exécuté. Ceci est notamment le cas lorsque l’acquisition de produits originaux donne droit à certains avantages, tels la garantie ou le service après-vente. Le contrat de livraison est mal exécuté, si le vendeur ne remplit pas les attentes légitimes basées sur la fonction d’origine de la marque. Dans un tel cas, l’acheteur, à qui tel produit a été livré, peut refuser la marchandise et soulever les moyens de droit pour une mauvaise exécution ou une inexécution” (traduction par l’auteur).

14 Edmond Martin-Achard, *Le droit de protection des articles de marque*, RSPIDA 1953, pp. 119/123. Il est intéressant de prendre connaissance d’un jugement allemand récent rendu par le “*Landsgericht*” de Cologne, en date du 10 décembre 1985.

“Celui qui met sur le marché des produits de marque de grand prestige dans des emballages dont l’apparence extérieure a été endommagée par un tiers, de sorte que l’utilisateur peut douter de la qualité de la marchandise offerte, met en danger la bonne renommée du fabricant et obstrue la vente de ces produits. Un tel comportement est contraire aux pratiques commerciales et viole les principes de la loyale concurrence. Ceci est le cas en l’espèce.

Les produits de la demanderesse évoquent chez les consommateurs anciens ou futurs l’idée d’une qualité extraordinaire due à leur renommée éminente ou à leur prix. Dès lors, lorsqu’ils aperçoivent des produits de la demanderesse tels qu’ils ont été présentés dans cette pro-

L'apposition d'étiquettes constitue un dénigrement du produit et de son fabricant, contraire à l'art. 1 al. 2 litt. a LCD.

c) En règle générale, des produits vendus par des systèmes de distribution sélective portent la mention: "Cet article ne peut être vendu que par les distributeurs agréés de la maison X." Dès qu'un importateur parallèle, non agréé, vend un tel produit, il donne une indication fallacieuse et inexacte sur lui-même ou son activité (art. 1 al. 2 litt. b LCD) et crée une confusion entre lui et l'entreprise du titulaire du système sélectif (art. 1 al. 2 litt. d LCD). En effet, en vendant le produit portant la mention sus-indiquée, l'importateur parallèle allègue être un distributeur agréé, ce qui n'est pas le cas. De surcroît, il donne l'impression que son entreprise est liée à celle du titulaire du système par les contrats de distribution, ce qui est faux. Il n'existe pas encore de jurisprudence suisse à ce sujet, mais à part le fait que le texte de la loi ne permet aucune autre interprétation, on pourra aussi se fonder, pour réprimer de tels agissements, par analogie sur les principes dégagés par le Tribunal fédéral en matière de raisons de commerce dans l'arrêt *Mondia S.A./Mondial Trust*¹⁵:

"La similitude de raisons de commerce est contraire à la bonne foi dès qu'elle pourrait, par exemple, éveiller l'idée erronée que l'une des maisons distribue les marchandises de même provenance que l'autre. Il suffit de faire croire que les deux entreprises sont unies par des liens juridiques ou économiques ..."

"... La comparaison doit être faite en fonction surtout des éléments publicitaires qui frappent des raisons litigieuses ..."

Il est intéressant de noter qu'en France, la loi "Royer" de 1973¹⁶ interdit de telles activités. Son art. 44 a la teneur suivante:

"Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après: existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires."

cédure, beaucoup d'entre eux seront amenés à supposer que ces produits présentés dans des emballages endommagés sont de qualité inférieure ou de provenance douteuse ou présentent un risque quant à la qualité à laquelle s'attend le consommateur. De telles réflexions suffisent à amener, de manière durable, l'acheteur à s'abstenir immédiatement ou dans le futur d'acquérir les produits de la demanderesse."

"L'emballage intact et le conditionnement revêtent pour l'acheteur une importance considérable et provoquent chez lui l'idée qu'il s'agit de produits originaux. Cela étant, il n'est pas d'importance décisive que les produits vendus par la défenderesse ne soient pas eux-mêmes touchés dans leur substance." (Arrêt non publié – traduction par l'auteur.)

¹⁵ ATF 90 II, JT 1964 I 626.

¹⁶ Loi "Royer" du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat. De jurisprudence constante, les tribunaux français ont considéré ces activités comme publicité mensongère.

7. *La protection de la personnalité et de la liberté économique*

a) A part les règles protégeant la loyauté commerciale et qui, partant, interdisent un grand nombre des activités auxquelles un importateur parallèle ne peut s'empêcher d'avoir recours, le titulaire d'un système de distribution sélective peut aussi invoquer la protection de l'art. 28 CC, soit sous l'aspect du droit à la liberté économique, soit sous celui de la protection de la personnalité contre toute atteinte illicite.

b) L'art. 28 CC prévoit:

“Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe. Une atteinte est illicite à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.”

Tout importateur parallèle porte une atteinte à la liberté économique et, partant, à la personnalité du titulaire du système sélectif, car il sabote sciemment le système de vente adopté par celui-ci pour une commercialisation optimale de ses articles.

Dans le domaine des produits de luxe, l'atteinte portée par l'importateur parallèle est forcément illicite car:

- la victime (le titulaire du système sélectif) n'y a pas consenti, mais s'y est expressément opposée,
- aucun intérêt public prépondérant ne justifie l'atteinte à la personnalité du titulaire du système sélectif,
- aucune loi n'interdit les systèmes de vente sélective.

En sus de la personnalité comme telle, l'art. 28 CC protège aussi la liberté économique.

Dans l'ordre juridique helvétique, toute personne a droit à la liberté économique qui est une émanation du droit de la personnalité.

Le Prof. Pierre Tercier¹⁷ précise que la liberté économique comprend en réalité d'innombrables potentialités que la jurisprudence n'a pas utilisées jusqu'à présent.

La liberté du fabricant est limitée par l'intérêt du consommateur d'obtenir la juste contrevaletur du prix payé, de ne pas être la victime d'un monopole, de ne pas être la proie de méthodes de ventes trop raffinées, etc. En d'autres termes, la liberté du producteur s'arrête lorsque celui-ci commence à abuser de la clientèle.

En outre, la liberté du fabricant de pouvoir maintenir un certain système de vente et de pouvoir décider de quelle manière et munis de quels signes de contrôle ses produits sont vendus sur le marché suisse peut se heurter à l'intérêt des importateurs parallèles de pouvoir librement vendre n'importe quel produit. Souvent, ces derniers invoquent, à leur appui, des règles tirées du droit des cartels, qui interdisent l'abus de la position dominante.

Pour ce qui est des produits de luxe, ces règles n'ont pas leur place. Ces produits ne correspondent à aucun besoin vital du public acheteur; celui-ci n'a aucun intérêt digne de protection de pouvoir se les procurer à bon prix. En conséquence, l'intérêt du titulaire du système sélectif à la sauvegarde de celui-ci doit l'emporter sur l'intérêt de l'importateur parallèle à sa liberté économique, dont il abuse en ayant

17 Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, no 493, pp. 71, 72.

recours à des moyens qui sont considérés, par le Tribunal fédéral et la doctrine, comme contraires aux bonnes moeurs.

Les tribunaux français et allemands ont eu l'occasion de déclarer que le système de distribution sélective mis en place par un fabricant de produits de luxe doit être protégé¹⁸.

18 Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 mars 1965, avait déjà déclaré:

“que dans ces conditions, un renom générateur de ventes importantes tant en France qu'à l'étranger ne saurait être maintenu si l'industriel, étant acculé à la multiplication de ses points de vente et ne pouvant plus suivre et surveiller ses produits dans l'intérêt du client, devait cesser d'exercer un contrôle strict et attentif sur un mode de distribution qui a assuré sa réussite, ... en conséquence, et sur le plan économique, s'agissant d'un produit de haute qualité destiné à une élite financière et cosmopolite, il apparaît souhaitable et conforme aux usages commerciaux de reconnaître à un industriel, désireux de maintenir son niveau de production par les débouchés qu'il a su gagner sur un marché étroit, le droit de veiller, dans l'intérêt de l'acheteur, à la parfaite commercialisation de ses produits et, partant, de rester maître du nombre et du choix des concessionnaires avec lesquels il entend se lier contractuellement.”

L'arrêt précité a fait jurisprudence de sorte que le système de distribution exclusive est admis par toutes les juridictions de France.

En matière pénale, statuant sur le refus de vente sanctionné par la loi française, la Cour de cassation de Paris a également admis le caractère licite des contrats de distribution sélective:

“Attendu qu'un contrat de 'distribution sélective' est celui par lequel d'une part le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiées, et par lequel d'autre part le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents; qu'un tel contrat, s'il est établi qu'il n'a pas pour objet ou pour effet même indirect, de limiter la liberté du revendeur de fixer lui-même, comme il l'entend, le prix de vente du produit, mais qu'il tend au contraire essentiellement par les obligations réciproques que s'imposent les cocontractants à assurer, spécialement dans le commerce de produits requérant une haute technicité ou dans celui d'articles de marque ou de luxe, un meilleur service au consommateur, peut licitement avoir pour effet de rendre juridiquement indisponible à l'égard des tiers, la marchandise détenue par le fournisseur et, dès lors, de légitimer le refus de vente au regard de l'article 37 paragraphe 1er a) de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945” (arrêt non publié).

Pour sa part, le Landgericht Düsseldorf a statué, dans un arrêt récent du 17 avril 1985:

“Le comportement des défenderesses est contraire aux usages, parce qu'elles mettent en danger, par leur comportement antérieur ou par le comportement à redouter de leur part, le système de liaisons commerciales de la demanderesse et se procurent avec la distribution à leur propre compte de produits Dior, dont elles ne révèlent pas l'origine, une avance injustifiée sur leurs concurrents dans le domaine de la concurrence. Il n'importe pas de savoir si cette attente des utilisateurs au sujet des articles de luxe est souhaitée du point de vue de la politique des consommateurs. Celui qui, comme la demanderesse, a acquis pour son produit la réputation d'une certaine exclusivité a fourni des prestations dignes d'être protégées, par exemple, en engageant de la publicité ou d'autres efforts de vente. Il n'a pas à supporter que ses articles soient vendus par le canal d'un commerce de gros à libre-service, bien qu'il ait formellement refusé ce mode de distribution” (arrêt non publié, traduit par l'auteur).

X. Les développements possibles et souhaitables de la protection des systèmes de distribution sélective

En Suisse, il apparaît qu'aucune autorité ne s'est encore prononcée sur la possibilité et la nécessité de protéger des réseaux de distribution sélective.

Il reste à espérer qu'à l'avenir, les tribunaux suisses prendront conscience de l'existence de cette nouvelle méthode de vente.

Comme l'a très bien dit le Conseil fédéral dans le message au sujet de la nouvelle LCD:

"Depuis 1943, année au cours de laquelle fut édictée la loi sur la concurrence déloyale (LCD), les conditions de concurrence se sont considérablement modifiées. Ce sont les forces économiques et sociales qui ont causé ces changements. Le droit régissant la concurrence n'est appelé ni à empêcher ni à provoquer cette mutation. Il doit plutôt reconnaître les changements et discerner les problèmes qui se posent. S'il omet de le faire, il perd progressivement contact avec la réalité.

La mutation économique et sociale des dernières décennies qui importe pour la LCD apparaît surtout dans les domaines suivants:

- émergence de nouvelles structures commerciales et formes de vente;
- diffusion de nouvelles méthodes de vente;
- ..."¹⁹

La nouvelle loi donnera aux tribunaux tous les moyens pour protéger la distribution sélective contre des importations parallèles. Ils pouvaient déjà le faire sous le régime de la loi actuelle — nous venons de le démontrer. Toutefois,

"on constate que le Tribunal fédéral a fait preuve d'une certaine retenue dans l'application de la clause générale. Bien que le législateur ait voulu placer la clause générale au premier plan, par la suite, les tribunaux ont eu plutôt tendance à inclure le comportement à juger dans un fait constitutif particulier. Cette prudence dans le maniement de la clause générale n'était pas forcément propre à maintenir dans le cadre juridiquement limité d'une concurrence loyale les pratiques qui ont progressivement vu le jour sur le front de la publicité et de la vente"²⁰.

Cela est sans doute le cas en ce qui concerne les pratiques fréquemment adoptées par les importateurs parallèles.

Dorénavant, les distributeurs exclusifs ne seront plus limités à invoquer la seule clause générale, mais de surcroît, les art. 4 litt. b et 5 litt. a et b de la nouvelle LCD leur permettront de contrer plus efficacement les attaques déloyales des importateurs parallèles.

Ces articles ont la teneur suivante:

Art. 4

"Agit de façon déloyale, celui qui, notamment,

- b) accorde ou offre à des travailleurs, mandataires ou auxiliaires d'un tiers des avantages illégitimes et de nature à procurer un profit, soit à lui-même, soit à autrui, en les faisant manquer à leur devoir dans l'accomplissement de leurs obligations."

19 Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983 (ci-après: message, p. 3).

20 Message, p. 12.

Art. 5

“Agit de façon déloyale, celui qui, notamment,

- a) exploite, sans y être autorisé, le résultat d'un travail qui lui a été confié, par exemple des offres, des calculs ou des plans;
- b) exploite le résultat du travail d'un tiers, par exemple des offres, des calculs ou des plans, bien qu'il sache que ce résultat lui a été remis ou rendu accessible de façon induue.”

Comme le constate le Conseil fédéral:

“Il y a, dans le domaine contractuel et extracontractuel, certaines pratiques déloyales dans la reprise de la commercialisation des résultats du travail d'un tiers”²¹.

Le nouvel art. 4 litt. b reprend l'art. 1er al. 2 litt. e du droit actuel²². En remplaçant les “avantages qui ne devraient pas ... revenir” par “avantages illégitimes” et “travail” par “obligations”, le législateur a indiqué qu'il ne visait pas le seul travailleur ou employé, mais toute personne liée à une autre par une quelconque obligation.

Comme nous l'avons déjà établi, l'importateur parallèle offre au distributeur infidèle la possibilité de se procurer un profit, par la vente illicite des produits en dehors du réseau sélectif. Il le fait ainsi manquer à son devoir dans l'accomplissement de ses obligations contractuelles. Les agissements de l'importateur parallèle tombent ainsi sous le coup de l'art. 4 litt. b.

D'après le libellé de son titre, le nouvel art. 5 est appelé à protéger un concurrent contre l'exploitation, de manière déloyale, de toute prestation qu'il a fournie ou réalisée.

A notre avis, cet article condamne, entre autres, le parasitisme dans la concurrence²³. Le concurrent parasite ne se limite pas à simplement exploiter l'effort, le résultat du travail d'un autre. Il le fait d'une manière qui est contraire à la loyauté commerciale. Dans l'arrêt *Weissenburger/Schwarzenburger*, le Tribunal fédéral a considéré que la société *Schwarzenburger* avait utilisé une raison sociale ressemblant à celle de la première “pour profiter de la réputation des produits de la demanderesse. C'est là une concurrence parasitaire qui est déloyale au sens de la LCD”²³.

L'importateur parallèle profite de la réputation des produits du distributeur sélectif pour pouvoir les vendre sans fournir des efforts propres au succès du produit commercial. La réputation du produit est le résultat du travail du distributeur sélectif. Le parasitage de ce résultat est donc déloyal et tombe ainsi sous le coup du nouvel art. 5.

L'art. 5 emploie le terme “résultat d'un travail”. Mais le mot “notamment” indique que d'autres prestations que les “résultats d'un travail” pourraient jouir de la protection. On devra prendre garde à ne pas restreindre la portée de cet article à la seule protection de l'exploitation d'un résultat d'un travail physiquement matérialisé, à savoir des objets tangibles qui ne sont pas à même d'être protégés par des droits exclusifs. Au contraire, cet article ne doit pas créer de nouvelles exclusivités. Il veut protéger le concurrent contre l'exploitation déloyale d'un effort intellectuel ou matériel qui a produit un résultat²⁴.

21 Message, p. 43.

22 Cf. supra, p. 29 et ss, ch. 3.

23 Au sujet du parasitisme et de l'arrêt cité, cf. supra VIII., ch. 2, p. 28 et s.

24 Message, p. 67.

Selon l'art. 5 litt. a:

“Agit déloyalement celui qui exploite sans y être autorisé, le résultat du travail d'autrui dont il est entré en possession sur la base d'un accord mutuel”²⁵.

Or, nous avons vu que les produits convoités par les importateurs parallèles sont des objets particuliers. Ce ne sont pas que des articles munis d'une marque, mais ils incorporent des atouts additionnels, qui les font sortir de la masse des produits concurrents. Ces atouts, que nous avons qualifiés d'“auréole”, sont, sans doute, le résultat du travail de l'ayant-droit du système de distribution sélective.

L'auréole a été créée par la qualité ou le raffinement du produit, par la publicité qui le vante ou par d'autres moyens, notamment par le fait qu'il ne peut être acheté qu'après de distributeurs agréés.

Le distributeur infidèle est entré en possession des produits sur la base d'un contrat qui le lie au système de distribution sélective. Il revend, sans y avoir été autorisé, le produit, qui est le résultat d'un travail, à un importateur parallèle. Dès lors, le distributeur infidèle exploite ce résultat sans y avoir été autorisé, et commet un acte de concurrence déloyale, au sens de l'art. 5 litt. a.

Il en va de même pour l'art. 5 litt. b:

“En vertu de cette disposition, n'agit toutefois déloyalement que celui qui peut discerner qu'il est entré indûment en possession de la documentation en question. Le résultat d'un travail qui est remis ou accessible sans que son auteur n'ait donné son approbation expresse ou tacite, est réputé l'être de façon indue”²⁶.

L'importateur parallèle sait qu'il n'a pu se procurer les produits qu'à la suite d'une violation, par le distributeur agréé, de ses obligations contractuelles. Dès lors, il est entré en possession des produits de façon indue et commet un acte de concurrence déloyale.

Un des principes fondamentaux de l'économie de marché est celui de la concurrence basée sur les prestations (Leistungswettbewerb). Dans cette concurrence, chacun doit essayer d'atteindre le succès par ses propres efforts et prestations. Toutefois, il peut profiter des prestations d'autrui, pour autant que celui-ci y consente, soit expressément, soit par un acte concluant (en laissant tomber un développement dans le domaine public, en ne faisant aucun effort de s'opposer à la reprise du résultat de son travail par un tiers). Mais aussi longtemps que celui qui a fourni l'effort et fait le travail exprime sa ferme volonté de vouloir maintenir le contrôle sur le résultat, les concurrents doivent la respecter.

Nous avons, dans cet article, essayé de démontrer que l'importation parallèle peut être constitutive de concurrence déloyale. Au vu des réticences des juridictions suisses à condamner les agissements des importateurs parallèles contraires aux bonnes moeurs, nous avons cité, in extenso, des jurisprudences étrangères récentes, qui n'ont pas encore été publiées. Ceci pour montrer qu'il s'agit d'un nouveau secteur du droit commercial, et que l'évolution dans nos pays voisins tend vers la protection de ce domaine contre les agissements parasitaires des concurrents.

25 Message, p. 67 (ad art. 5 litt. a).

26 Message, p. 67 (ad art. 5 litt. b).

Il serait souhaitable que nos tribunaux se fassent inspirer et influencer par leurs collègues étrangers, comme ils l'ont fait dans d'autres domaines, par exemple, en droit des marques²⁷.

A défaut, notre pays risquerait de ne plus satisfaire à l'art. 10bis de la Convention de l'Union de Paris, qui stipule sous ch. 1 et 2:

- "1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.
- 2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale."

En effet, l'un des buts principaux de la Convention de l'Union de Paris est de conférer une protection minimale à tous les ressortissants des pays adhérents.

Un seul pays qui se contenterait d'établir des normes de protection considérablement plus faibles que les normes minimales prévues par la plupart des autres pays violerait le principe de l'égalité de protection, qui est l'une des bases de la Convention de l'Union de Paris²⁸.

Un autre but de la Convention de l'Union de Paris est l'unification, sur le plan international, des normes essentielles en matière de propriété industrielle²⁹. Dès lors, par respect pour la Convention de l'Union de Paris, la Suisse ne saurait admettre un comportement dans les affaires que les pays voisins, possédant un niveau de culture commerciale à peu près équivalent, condamnent.

27 Tribunal fédéral du 2 février 1985, RSRDM 1985, pp. 54/56:

"Dans des cas limites, les tribunaux peuvent s'orienter d'après la jurisprudence étrangère."

28 Cf. Arpad Bogsch, Les cent premières années de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, *La Propriété Industrielle*, 1983, pp. 205, 215:

"Le second moyen de combattre les risques de protection inférieure à la norme inhérents au principe de l'égalité de traitement consiste à fixer des normes minimales dans un traité. Telle est la solution adoptée par la Convention de Paris."

29 Cf. P. Braendli et M. Souche, L'adhésion de la Suisse à la Convention de Paris, *La Propriété Industrielle*, 1984, pp. 431 et 433:

"Aux termes de son message du 30 octobre 1883 à l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral s'attachait à convaincre que la ratification, outre le besoin très largement ressenti dans le pays de protéger tous les domaines de la propriété industrielle et d'en unifier, sur le plan international, les normes essentielles, s'imposait, naturellement, pour les raisons suivantes."

Schweizerische Rechtsprechung

I. Kennzeichnungsrecht

Art. 6 Abs. 1 und 3 MSchG, Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG – “MANDELFISCHLI”

- *Salzgebäck weicht von Süssgebäck nicht gänzlich ab.*
- *Wer eine Marke wählt, welche an die zu Dekorationszwecken recht häufig gewählte Form des damit versehenen Produktes anklingt, hat etwaige Verwechslungsfolgen daraus hinzunehmen.*
- *Einer Herstellerin kann nicht verboten werden, ihre im Kleinformat gehaltenen Backwaren mit der schweizerdeutschen Verkleinerungsform zu benennen.*
- *Des biscuits salés et des biscuits sucrés ne sont pas d'une nature totalement différente.*
- *Celui qui choisit une marque évoquant la forme du produit, fréquemment choisie dans un but décoratif, doit s'attendre à d'éventuelles confusions.*
- *On ne peut pas interdire à un fabricant de dénommer ses biscuits à l'aide du diminutif suisse-almannique de l'objet dont ils ont la forme.*

Massnahmeentscheid des Präsidenten des OGer SO vom 21. Januar 1985 i.S. Biscuit Kambly S.A. gegen Wernli AG. Ein von der Gesuchstellerin erhobener Rekurs wurde zurückgezogen.

Die Biscuits Kambly S.A. brachte im Jahre 1961 eine kleine, goldbraun gebackene und leicht gesalzene Dauerbackware auf den Markt. Dieses serienmässig hergestellte Fabrikat, das sich seit seiner Einführung in den Handel eines regen Absatzes im In- und Ausland erfreut, ist stets in der charakteristischen Gestalt eines Fisches vertrieben worden. 1983 wurde das Angebot neben dem gesalzenen Ausgangsprodukt durch die neuen Geschmacksrichtungen “Käse”, “Küchenkräuter”, “Paprika/Tomaten” und “Kümmel” ergänzt.

Das Herstellerunternehmen hinterlegte schon am 17. November 1958 im Hinblick auf die bevorstehende Inverkehrsetzung die kombinierte Wort- und Bildmarke “goldfischli”. Diese Marke wurde am 23. Oktober 1978 für weitere 20 Jahre erneuert und mit der neuen Nr. 297 503 versehen. Am 19. August 1960 hinterlegte die Biscuits Kambly S.A. zusätzlich die Bezeichnung “GOLDFISCHLI” in Blockschrift. Am 29. April 1965 wurde schliesslich die kombinierte Marke Nr. 210 060 hinterlegt. Alle drei genannten Marken beziehen sich auf die Warengruppe der internationalen Klasse 30 für Backwaren aller Art und Konfiserieartikel.

Die Biscuits- und Waffelfabrik Wernli AG lancierte auf Weihnachten 1984 ein gezuckertes Dauergebäck, bestehend aus einer Grundsicht Schokolade und einer Mandelmasse mit einer Mandelcreme in der Mitte. Diese Marktneuheit hat ebenfalls das Aussehen eines Fisches. Die im Handel erhältliche Verpackung enthält die

Aufschrift "Mandelfischli" sowie eine mehrfache bildliche Darstellung des Erzeugnisses.

Nachdem die Biscuits Kambly S.A. die Wernli AG vergeblich aufgefordert hatte, auf die Verbreitung ihrer Innovation in Fischform und unter Verwendung des Wortes "Fischli" sowie des Bildzeichens Fisch zu verzichten, reichte sie am 19. Dezember 1984 beim Obergericht des Kantons Solothurn ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massregeln nach Art. 31 MSchG und Art. 9 UWG ein. Sie beantragte, der Wernli AG vorsorglich zu verbieten, das Wort "Fischli" in Alleinstellung oder in der Kombination "Mandelfischli" zur Kennzeichnung von Dauerbackwaren zu verwenden und Dauerbackwaren in der Form von Fischen herzustellen.

Der Präsident des Obergerichtes zieht in Erwägung:

1. Gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG verfügt die zuständige Behörde vorsorgliche Massnahmen, insbesondere zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes sowie zur vorläufigen Vollstreckung eines streitigen Anspruches auf Unterlassung und Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes aus Art. 2 Abs. 1 lit. b und c UWG. Ebenso kann der Richter nach Art. 31 MSchG die als nötig erachteten vorsorglichen Bestimmungen treffen und namentlich die Beschlagnahme der Erzeugnisse und Waren anordnen, auf welchen die angefochtene Marke angebracht ist. Während Art. 9 Abs. 2 UWG den Erlass vorsorglicher Massregeln an die Bedingung knüpft, dass die Gegenpartei im wirtschaftlichen Wettbewerb Mittel verwendet, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen, und dass dem Gesuchsteller infolgedessen ein nicht leicht ersetzbarer Nachteil droht, der nur durch eine vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann, schweigt sich Art. 31 MSchG über derartige Erfordernisse völlig aus. Dieser weite Ermessensspielraum im Bereiche des Markenschutzrechtes ist durch analoges Heranziehen der beiden in Art. 9 Abs. 2 UWG verankerten und gemäss § 255 lit. d ZPO allgemeine Gültigkeit besitzenden Voraussetzungen, nämlich der Glaubhaftmachung des rechtswidrigen Eingriffes in die geschützte Rechtsposition des Ansprechers und der Glaubhaftmachung der nur schwerlich wiedergutzumachenden Schädigung, zu konkretisieren (vgl. auch *Troller Alois*, Immaterialgüterrecht, 2. Aufl. 1971, Bd. II, S. 1204).

2. Unstatthaft ist das Irreführen des Publikums durch Nachmachen oder Nachahmung einer Marke (Art. 24 lit. a MSchG). Bei der Nachahmung wird die als Vorbild dienende Marke unter Übernahme ihrer charakteristischen Merkmale leicht abgeändert, so dass sich eine Verwechslungsfähigkeit der neuen Marke mit der Originalmarke ergibt (*David Heinrich*, Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz, 2. Aufl. 1960, N 3 zu Art. 24 MSchG; *Troller*, a.a.O., Bd. II, S. 759 und 761). Die Nachahmung kann auch im Gebrauch eines markenmässig verwendeten, aber nicht eingetragenen Zeichens bestehen (*David*, a.a.O.). Die Wahrscheinlichkeit, dass Verwechslungen vorkommen können, erfüllt den Tatbestand der Irreführung (*David*, a.a.O., N 5). Unlauteren Wettbewerb begeht, wer Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen (Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG). Sowohl auf der Ebene des Art. 24 lit. a MSchG, der in casu den ge-

schützten Bereich des Wortes "Goldfischli" und der entsprechenden Bildzeichen abzustecken hat, als auch auf dem Gebiete von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG, bei dem es vorliegendenfalls um die Abgrenzung der Abwehrbefugnisse gegen eine unerlaubte gewerbliche Anwendung der Fischform für die Erzeugnisse anderer Firmen geht, bildet somit die Verwechslungsgefahr das zentrale Tatbestandsmerkmal. Dabei sind die im Markenrecht entwickelten Grundsätze hinsichtlich der Kennzeichnungskraft eines Zeichens auch auf das Wettbewerbsrecht übertragbar (BGE 90 IV 173).

Die ausschliessliche Herrschaft des Inhabers einer registrierten Marke erstreckt sich lediglich auf Waren, welche ihrer Natur nach von den mit der hinterlegten Marke versehenen nicht gänzlich abweichen (Art. 6 Abs. 3 MSchG). Grunderfordernis des Schutzes vor Verwechslungen von Marken bildet also die Warenidentität oder die Warenähnlichkeit. Obschon die Goldfischli der Biscuits Kambly S.A. ein Salzgebäck sind, währenddem es sich bei den Mandelfischli der Wernli AG um ein Süssgebäck handelt, muss die Warengleichartigkeit dieser zwei Produkte entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin bejaht werden, fallen doch beide Erzeugnisse unter den Begriff Backwaren und weisen demnach eine so enge Beziehung zueinander auf, dass sie theoretisch ohne weiteres vom gleichen Produzenten stammen könnten (vgl. *Troller Alois*, Immaterialgüterrecht, 3. Aufl. 1983, Bd. I, S. 259). Die Tatsache, dass sich die beiden in Frage stehenden Warengattungen aber nicht direkt konkurrieren, offenbart allerdings einen Warenabstand, der sich in weniger strengen Anforderungen an die Unterscheidbarkeit der Aufmachung des Warenangebots niederschlägt (*Troller*, a.a.O., Bd. I, S. 227). Denn je ähnlicher die Waren, desto näher liegt die Verwechslungsfähigkeit der dafür verwendeten Marken (*David*, a.a.O., N 1 und 2 zu Art. 6 MSchG). Da Salz- und Süssgebäck nicht der Befriedigung des exakt gleichen Bedürfnisses dienen – das erstere wird üblicherweise zum Apéro serviert, wogegen das letztere als Beigabe zu Tee oder Kaffee Verwendung findet –, scheidet die Möglichkeit, dass ein Erzeugnis für das andere gehalten wird (unmittelbare Verwechslungsgefahr) zum vornherein aus. Doch genügt zur Täuschung des Publikums auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr, welche dann gegeben ist, wenn die Abnehmer zwar die Verschiedenartigkeit der Waren erkennen, die Herstellung der Produkte jedoch aufgrund der Gleichheit oder Ähnlichkeit der Marken und der Art und Weise der Präsentation oder gewisser Bestandteile davon derselben Herkunftsstätte zuschreiben (*Troller*, a.a.O., Bd. I, S. 227; *David*, a.a.O., N 33 zu Art. 6 MSchG; *L. David*, Supplement zum Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz, 1974, S. 55). Eine derartige Fehlzurechnung kann vor allem dann auftreten, wenn es sich wie hier um billige Massenartikel handelt, bei denen der Konsument nicht mit jener Aufmerksamkeit zu Werke geht wie etwa beim einmaligen Einkauf von teuren Qualitätsartikeln (*Troller*, a.a.O., Bd. I, S. 230; *David*, a.a.O., N 2; *David*, Supplement, a.a.O., S. 50).

Beim Vergleich der zwei Marken und Ausstattungen ist der Gesamteindruck entscheidend (*Troller*, a.a.O., Bd. I, S. 214). Ausgangspunkt der vergleichenden Betrachtung bildet die Wortmarke "Goldfischli". Ihr starker Teil ist nicht, wie die Gesuchstellerin meint, der Bestandteil "Fischli", sondern eher das Wort "Gold". Originell und im Bewusstsein des Letztverbrauchers haftenbleibend ist nun aber vor allem die zusammengefügte Bezeichnung "Goldfischli". Einprägsam ist dabei die Assoziation zum wirklich existierenden Zierfisch. Von der eingetragenen Marke "Goldfischli" unterscheidet sich das von der Wernli AG verwendete Schriftzeichen

“Mandelfischli” sowohl im Schriftbild und Wortklang (Silbenmass, Vokale) wie auch in der Sinnggebung (keine gedankliche Verbindung zu einer bestehenden Fischart). Allein diese differenzierenden Merkmale sprechen gegen eine Verwechslungsfähigkeit. Im weiteren weicht auch die ganze Aufmachung der dem Käufer präsentierten Produkte wesentlich voneinander ab. So verwendet die Wernli AG die für Kleinbiscuits übliche Kartonpackung, während die Biscuits Kambly S.A. ihr Fabrikat heute in Beuteln anbietet. Eine Gegenüberstellung der Darstellungen auf den beiden Verpackungen – die Wernli AG hat in keiner Weise die geschützten Bildmarken der Biscuits Kambly S.A. übernommen – lässt erkennen, dass die Mandelfischli schichtartig aufgebaut und etwa doppelt so gross sind wie die kompakten und die dritte Dimension viel stärker zum Ausdruck bringenden Goldfischli. Ferner sticht dem Betrachter des Verpackungsmaterials unweigerlich der Aufdruck der Herstellerfirma ins Auge.

Das Wortglied “Fischli” in Alleinstellung wäre an sich im Zusammenhang mit Backwaren keine Sachbezeichnung, sondern eine schützenswerte Phantasiebezeichnung mit Individualisierungsfunktion, weil dieser Name aus einem Bereich entlehnt ist, der mit den angepriesenen Produkten nichts zu tun hat (*Troller*, a.a.O., Bd. I, S. 296). Dennoch kann die Biscuits Kambly S.A. keinen Anspruch auf Monopolisierung der Bezeichnung “Fischli” erheben. Denn zum einen vermag die Behauptung der Gesuchstellerin, die Bevölkerungsschichten hätten ausgerechnet dieses schwächste Glied der Wortmarke zum entscheidenden Kennzeichnungsinstrument für Kambly-Erzeugnisse gemacht und die Bezeichnung “Fischli” habe derweise allgemeine Verkehrsgeltung erlangt, nicht einzuleuchten. Die Durchsetzung im Handel, d.h. eine bei den Abnehmern weitverbreitete Ansicht, alle Fischlibackwaren würden von der Biscuits Kambly S.A. hergestellt und vertrieben, ist daher nicht anzunehmen. Doch selbst wenn man “Fischli” als ein im Markt durchgesetztes Zeichen für Kambly-Produkte betrachten wollte, hätte die Biscuits Kambly S.A., da dieses Kürzel aus der selbstgewählten Marke an eine gemeinfreie Sachbezeichnung anklängt und deshalb ein schwaches Warenzeichen darstellt, etwaige Verwechslungsfolgen daraus hinzunehmen (BGE 80 II 174). Zum andern handelt es sich bei der Bezeichnung “Mandelfischli” zugestandenermassen um eine verkehrsbliche Beschaffenheitsangabe. Unter diesem Namen versteht man weitherum einen Mandelkuchen in Fischform. Der Mandelfisch beruht auf einem alten Rezept und hat nicht nur unter Bäckern und Konditoren, sondern auch unter den Letztverbrauchern einen gewissen Bekanntheitsgrad erreicht. Daneben muss hervorgehoben werden, dass den Backwaren recht häufig zu Dekorationszwecken das Aussehen eines Fisches gegeben wird. Eine Umfrage der Gesuchsgegnerin hat gezeigt, dass im Detailhandel nicht selten der Ausdruck “Fischli” und insbesondere “Mandelfischli” gebraucht wird. Unter diesen äusseren Rahmenbedingungen ist es verständlich und liegt auf der Hand, dass die Wernli AG ihrer im Kleinformat gehaltenen Neuschöpfung, welche im Esserlebnis nahe an den Mandelfisch herankommt, den Namen “Mandelfischli” gegeben hat. Ja es drängte sich die Verwendung der schweizerdeutschen Verkleinerungsform geradezu auf. Damit verlor allerdings die gewählte Bezeichnung ihr Attribut als deskriptives Element nicht. Der Name “Mandelfischli” erweckt nämlich beim Kunden die gedankliche Verbindung zum populären Mandelfisch. Eine Gedankenassoziation zu den Goldfischli der Biscuits Kambly S.A. wird er demgegenüber beim Verbraucher kaum je auslösen. Deshalb kann die Befürch-

tung der Gesuchstellerin, die Konsumenten würden auf die Idee kommen, dass die beiden kollidierenden Erzeugnisse aus der gleichen Betriebsstätte herkommen und so einer Marktverwirrung unterliegen, nicht geteilt werden. Ebenso wenig glaubhaft ist, dass der Käufer auf eine unternehmerische und speziell produktplanerische Zusammenarbeit zwischen den Parteien schliesst.

Unbehelflich ist der Hinweis der Gesuchstellerin, dass sie in den vergangenen 25 Jahren das einzige Unternehmen gewesen sei, welches Dauerbackwaren in Fischform auf den Markt gebracht habe, und dass der traditionelle Mandelfisch im Gegensatz dazu zu den Frischbackwaren gezählt werden müsse. Zwischen diesen beiden Produktkategorien besteht eine unverkennbare Warennähe, weshalb das Zielpublikum ungefähr dasselbe sein dürfte. Der Mandelfisch und die Mandelfischli finden bei den gleichen Gelegenheiten Verwendung. Im übrigen entspricht es einem allgemeinen modernen Trend, dass Biscuitsfabrikanten und Grossverteiler bekannte Frischbackwaren als Leitidee für die Kreation ihrer länger haltbaren Produkte benutzen. Der Schritt vom Frisch- zum Dauerprodukt ist demgemäss minim.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die verglichenen Zeichen und Ausstattungen als Ganzes zur Genüge unterscheidungskräftig sind, so dass die Übereinstimmung im Wortbestandteil "Fischli" und in der Fischform höchstwahrscheinlich weder zu einer unmittelbaren noch mittelbaren Verwechslungsgefahr Anlass geben wird. Daher ist die Widerrechtlichkeit der Handlungsweise der Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft gemacht worden.

3. Auch einen ihr drohenden, nur schwerlich wiedergutzumachenden Schaden hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft zu machen vermocht. Die Wernli AG bricht durch die Inverkehrsetzung der Mandelfischli nicht in den von der Biscuits Kambly S.A. beherrschten Markt mit ungezuckertem Dauergebäck ein. Zudem hat die Biscuits Kamly S.A. noch nie Süssgebäck in Fischform herausgegeben. Dass sie dies in Bälde zu tun gedenkt, wird von der Gegenpartei bestritten. Das behauptete Projekt hat sie denn auch nicht durch Einreichen der diesbezüglichen Unterlagen belegen können. Weder benützt die Wernli AG den von der Biscuits Kambly S.A. mittels der Verbreitung der Goldfischli geschaffenen Goodwill zu Vorspannzwecken noch hat letztere eine Rufschädigung durch irrtümliche Zurechnung schlechter Wernli-Fabrikate zu gewärtigen.

4. Den Rechtsbegehren der Gesuchstellerin kann folglich nicht stattgegeben werden. Entsprechend dem Verfahrensausgang hat sie die Gerichtskosten sowie die Prozesskosten der Gesuchsgegnerin zu tragen (§ 101 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr erscheint mit Fr. 500.— angemessen. Die Parteientschädigung wird auf Fr. 2'000.— festgesetzt.

Art. 6 Abs. 1 MSchG – "L'AS WATCH"

- *Die Ähnlichkeit zwischen der Marke "Swatch" (im französischsprachigen Gebiet wird von Swatch-Uhren vereinfachend von "la Swatch" gesprochen) mit der Wort-Bildmarke "L'as watch" ist offensichtlich.*

- *La ressemblance entre la marque “Swatch” (la montre étant souvent appelé “la Swatch” en Suisse romande) et la marque mixte “L’as watch” est évidente.*

Urteil HGer BE vom 18. Dezember 1985 i.S. Swatch AG gegen E. Faron (mitgeteilt von Fürsprecher Jürg Müller, Bern). Auf eine vom Beklagten eingereichte Berufung ist das Bundesgericht wegen Nichtbezahlung des Kostenvorschusses und wegen fehlender Begründung im Verfahren gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. a OG nicht eingetreten.

Die Klägerin benutzt seit dem Jahre 1981 die Marken “Swatch” und “Swatch Quarz”, welche seit 16. Oktober 1981 unter Nr. 314 759 und 11. Juni 1982 unter Nr. 319 221 im schweizerischen Markenregister eingetragen sind. Eine weitere am 13. August 1984 unter Nr. 334 499 hinterlegte Marke “Pop Swatch” wurde bis jetzt nicht markenmässig verwendet.

Der Beklagte hat am 6. September 1984 die kombinierte Wort-/Bildmarke Nr. 334 751 “L’as watch” für Armbanduhren und Zifferblätter hinterlegt, die folgendes Aussehen hat:



Der Beklagte hat im Parteiverhör behauptet, die Marke “L’as” im Jahre 1980 auf Prototypen von Uhren, die in Zigarettenetuis aus Plastik integriert waren, verwendet zu haben, konnte dies jedoch nicht belegen; er wisse zudem noch nicht, ob er dann die Marke “L’as watch” auf diesen Produkten, die gegenwärtig in Fabrikation sein sollen, anbringen werde.

Das Handelsgericht hat erwogen:

5. Nach Art. 6 Abs. 1 MSchG muss sich die zur Hinterlegung gelangende Marke durch wesentliche Merkmale von denjenigen Marken unterscheiden, deren Eintragung schon stattgefunden hat. Nach *Troller/Troller* (Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 2. Aufl., S. 51) besteht die Hauptaufgabe der Marke darin, eine Ware des Markeninhabers von gleichartigen Waren anderer Unternehmen abzuheben, sie zu individualisieren. Aus diesem Grund müsse sie sich selber von allen Warenbezeichnungen unterscheiden, die Waren anderer kennzeichnen oder die Gattung der Ware oder deren Eigenschaften mitteilen.

Entscheidend ist das Erinnerungsbild und nicht das gleichzeitige Vergleichen der Marken, wobei auf das Erinnerungsvermögen des Durchschnittskäufers abzustellen

ist (BGE 96 II 194; 93 II 427). Weiter ist der Gesamteindruck der zu vergleichenden Marken massgeblich, nicht die einzelnen Bestandteile, denen aber, wenn sie besonders prägnant sind, besondere Bedeutung zukommen kann (BGE 98 II 141; 97 II 153 ff.; 96 II 403 ff.; vgl. dazu *Troller/Troller*, a.a.O., S. 52 und 53).

Neben dem Schriftbild spielt der Wortklang der Marke eine entscheidende Rolle; letzterer bestimmt sich nach Silbenmass, Kadenz und Aufeinanderfolge der sonoren Vokale, das Schriftbild nach Wortlänge und Gleichartigkeit oder Verschiedenheit der verwendeten Buchstaben (*Troller/Troller*, a.a.O., S. 54).

Im vorliegenden Fall geht es weniger um den optischen Eindruck – wie offenbar der Beklagte meint – als um das Klangbild. So wie im deutschen Sprachraum von *der* Swatch(-Uhr) die Rede ist, spricht man im französischsprachigen Gebiet vereinfachend von *la* Swatch. Die Ähnlichkeit mit der vom Beklagten deponierten Marke “L’as watch” ist offensichtlich. Gerade in der Werbung in Radio und Fernsehen könnte das Nebeneinander der Marken der Parteien zu Verwechslungen führen, indem der Eindruck entsteht, die Produkte stammten aus demselben Haus. Verstärkt werden könnte dieser Eindruck durch das Schriftbild, verwendet der Beklagte doch für den Bestandteil “watch” den identischen Schriftzug in Kleinschrift wie die Klägerin bei ihrer Marke Swatch Quarz.

Nach *H. David*, Kommentar zum Markenschutzgesetz, 1960, N 12 zu Art. 6, entsteht eine Verwechslungsgefahr insbesondere bei gleichem Wortstamm, selbst wenn Vor- und Nachsilben verschieden sind, und bei möglichen Abwandlungen einer Stammmarke (vgl. ZBJV 89, 75). Eine Marke ist verwechselbar, wenn der Eindruck der Zugehörigkeit zur selben Reihe entsteht (S. 52 des Supplements zum zitierten Kommentar von 1974 zu S. 130, N 12 mit Hinweis auf BGE 87 II 38, 96 II 248, 97 II 83 und Mitt. 1972, 127). Werden unwesentliche Zutaten beifügt, ist die Verwechselbarkeit nur abzulehnen, wenn ein neuer Gesamteindruck entsteht (BGE 82 II 233: Aqua – Aquamatica und Aquamedico sind verwechselbar). Weitere Beispiele finden sich im zitierten Werk in N 24 und 25 zu Art. 6 MSchG sowie im Supplement, S. 54/55.

In den Schweizerischen Mitteilungen über Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1983, Heft 2, finden sich drei Urteile des Handelsgerichts des Kantons Bern, die im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall erwähnenswert erscheinen, so das Urteil i.S. CERTINA – CERTINA ORO vom 22. März 1977 (S. 50 f.); im gleichen Heft, S. 53 ff., das Säumnisurteil i.S. THERMA – Thermasol (kombinierte Wort- und Bildmarke) vom 15. September 1981 sowie letztlich das Urteil vom 13. April 1977 i.S. ETNA – ETHNOS, ebenfalls zwei Uhrenmarken. Die Verwechslungsgefahr wurde in allen drei Fällen bejaht. Auch im Bd. 1984 derselben Publikation sind drei Urteile abgedruckt, die zum Vergleich herangezogen werden können, zum einen die Massnahmeverfügung des Handelsgerichtspräsidenten von St. Gallen vom 26. Januar 1983 i.S. SADOLIN – SADO SUISSE (S. 283), dann das Urteil des Handelsgerichts Bern vom 19. Januar 1983 i.S. HERO – AERO SALAMICO (S. 284 ff.), wo die Verwechselbarkeit ebenfalls bejaht wurde, und schliesslich der hier bedeutsamste und ähnlichste Fall RADO – RAD RADAL (S. 288 ff. – Abwesenheitsurteil des Handelsgerichts Zürich vom 4. Mai 1983). Gleich wie die SWATCH AG im vorliegenden Fall besitzt die weltweit bekannte Uhrenmarke Rado Zweitmarken wie z.B. Rado Star/Radstar. Die von der Beklagten auf den Markt gebrachte und hinterlegte Marke RADAL ist nach Ansicht des Handels-

gerichts Zürich der Marke RADO im Schrift- und Wortbild sowie im Wortklang sehr ähnlich, da beide Marken den gleichen Stamm RAD besitzen und eine schwache Endung aufweisen. Die Zweitmarke RAD vermöge am Gesamteindruck der hohen Ähnlichkeit nichts zu ändern, zumal auch die Marke RADO oft mit Zweitmarken verwendet werde. Die Ähnlichkeit des Gesamteindrucks werde noch dadurch verstärkt, dass für beide Marken eine annähernd gleiche Schrift verwendet werde. Die von der Beklagten eingetragene Marke sei deshalb geeignet, das Publikum zu täuschen, dies um so mehr, als beide Marken für gleiche Produkte eingetragen seien. Diese Überlegungen können beinahe uneingeschränkt auf den hier zu entscheidenden Streit zwischen den Marken Swatch und "L'as watch" übertragen werden. Die Klägerin hat bereits seit geraumer Zeit die Zweitmarken Swatch Quarz und Pop-Swatch hinterlegt (die erstere auch bereits auf den Markt gebracht); die Ähnlichkeit im Gesamteindruck wird durch Wortklang und Schriftzug (watch = swatch) deutlich; beide Marken werden für Uhren verwendet. Da es sich um Billiguhren handelt, werden diese Produkte mit geringerer Aufmerksamkeit gekauft, als wenn es sich um teure Luxusuhren oder selbst um durchschnittliche Schweizer Qualitätsuhren handeln würde; aus diesem Grund ist zusätzlich eine höhere Anforderung an die Unterscheidbarkeit zu stellen.

Immerhin bestehen auf weitere Sicht gewisse Bedenken gegenüber der Kennzeichnungskraft der Marke Swatch, sind doch ihr Hauptbestandteil "watch" (Uhr) ein gemeinfreier Begriff und "S" allein ein schwaches Kennzeichnungsmerkmal; doch spielt dies gegenüber "L'as watch" keine Rolle, indem diese Marke jedenfalls nicht mehr an Kennzeichnungskraft bringt.

Gesamthaft betrachtet, kann die Marke des Beklagten leicht zu Verwechslungen mit denjenigen der Klägerin führen; insbesondere könnte sie als Zweitmarke der Swatch-Reihe aufgefasst werden.

Nach Art. 6 MSchG ist deshalb die Marke "L'as watch" des Beklagten für das Gebiet der Schweiz nichtig zu erklären.

Dem Beklagten muss überdies die Verwendung seiner Marke im schweizerischen Geschäftsverkehr untersagt werden. Das Unterlassungsbegehren stützt sich auf Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG, sind doch wegen der Verwechslungsgefahr auch die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 UWG erfüllt. Der Beklagte hat zwar die Marke "L'as watch" noch nicht auf den Markt gebracht, durch seine Äusserungen und sein Verhalten aber kundgetan, dass er sie nach seinem Belieben in der Schweiz zu verwenden gedenke, was für den Zuspruch des Unterlassungsbegehrens mit den entsprechenden Strafordrohungen im Widerhandlungsfall ausreicht.

Bemerkung:

Das Bundesgericht hatte sich im Jahre 1947 mit einem sehr ähnlichen Nachahmungsfall zu befassen und bejahte damals in einem französischsprachigen Entscheid die Verwechslungsgefahr zwischen den Uhrenmarken "Mido" und "Smidor" u.a. mit der Begründung, bei der schweizerdeutschen Wortverbindung "d's Smidourwerk" sei ein Unterschied zu "d's Midouhrwerk" nicht mehr hörbar (BGE 73 II 63).

Art. 6 MSchG, Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG – “G-PAPIER”

- *Das Wort-/Bildzeichen “G(RISO)papier” unterscheidet sich genügend von den Wort-/Bildmarken “G fig.” und “GOESSLER fig.”.*
- *La marque mixte “G(RISO)papier” se distingue suffisamment des marques mixtes “G plus élément figuratif” et “GOESSLER plus élément figuratif”.*

KGer ZG, 3. Abteilung, vom 15. Januar 1987 (mitgeteilt von RA R. Kleiner)

Die klägerische Couvertfabrik ist Inhaberin der beiden schweizerischen Wort-/Bildmarken Nrn. 246 668 und 323 392, welche seit Jahrzehnten für Briefumschläge sowie Papierwaren benutzt werden. Sie haben folgendes Aussehen:

246 668



323 392



Der Beklagte betreibt eine Einzelfirma, für welche er anfänglich das Zeichen “G-papier” benutzte. Er verkauft Papiere verschiedenster Art. Nachdem ihm die Klägerin vorwarf, er verletze ihre Markenrechte, änderte der Beklagte sein Zeichen in “G(RISO)papier, wobei die Buchstaben “RISO” kaum sichtbar in den Bindestrich zwischen “G” und “papier” eingefügt wurden, mit folgender graphischer Gestaltung:



Mit Klage vom 30. Januar 1986 wollte die Klägerin dem Beklagten gerichtlich verbieten lassen, die Bezeichnung “G-papier” respektive “G(RISO)papier” in oder neben seiner Firma, auf Geschäftspapier bzw. Publikationen jeder Art zur Kennzeichnung seiner wie immer gearteten Papierwaren zu verwenden. Das Kantonsgericht hat die Klage mit folgender Begründung abgewiesen:

3. Nach Art. 24 lit. a MSchG kann auf dem Wege des Zivilprozesses belangt werden, wer die Marke eines anderen nachmacht oder so nachahmt, dass das Publi-

kum irreführt wird. Nachmachen oder Nachahmen gemäss Art. 24 lit. a MSchG setzt nach geltendem schweizerischem Recht das Anbringen der Marke auf der Ware oder ihrer Verpackung voraus; die Benützung auf Geschäftspapier, in der Reklame usw. wird von Art. 1 Abs. 1 und 2 lit. d UWG erfasst (BGE 92 II 261; *Troller*, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl., S. 656 f. und dort zit. BGE).

Der Beklagte wendet nun ein, er habe die Bezeichnung "GRISOpapier" nie als Marke verwendet; seine Firma verkaufe unbearbeitete Papierprodukte, die sie von Papierproduzenten aus verschiedenen europäischen Ländern beziehe. Dies bestritt die Klägerin grundsätzlich nicht und behauptete auch nicht, der Beklagte habe auf der von ihm verkauften Ware oder auf deren Verpackung den umstrittenen Firmennamen "GRISOpapier" oder "G-papier" angebracht. Sie beanstandete lediglich den Briefkopf des beklagtischen Geschäftspapiers. Gestützt auf die eben zitierte Praxis des Bundesgerichtes ist daher die Klage, soweit sie sich auf das Markenschutzgesetz stützt, abzuweisen.

4. Die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung ist freilich in der Lehre nicht unbestritten geblieben (vgl. *Troller*, a.a.O., S. 657). *David* (Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz, 3. Aufl., S. 270 f.) beispielsweise bezeichnet die Auffassung des Bundesgerichtes als zu eng. Nach seiner Meinung liegt Nachmachung oder Nachahmung einer Marke schon vor, wenn diese auf Drucksachen, Reklamen usw. angebracht oder in plastischer Weise nachgebildet wird. Aber selbst wenn man dem vorliegenden Fall die Meinung *David's* zugrunde legt, ändert dies im Ergebnis nichts. Unter "Nachmachung" ist die sklavische Nachbildung zu verstehen, wovon im vorliegenden Fall offensichtlich nicht gesprochen werden kann. Bei der "Nachahmung" wird die als Vorbild dienende Marke nicht einfach reproduziert, sondern mehr oder weniger leicht abgeändert, so dass eine Verwechslungsfähigkeit mit der Originalmarke bestehenbleibt; es genügt, wenn die wesentlichen Bestandteile der Originalmarke nachgebildet werden. Nachmachung oder Nachahmung setzt im weiteren voraus, dass die fremde Marke bildlich, nicht mündlich gebraucht wird. Bei mündlicher oder lautlicher Wiedergabe kann nicht von Nachmachung oder Nachahmung gesprochen werden (*David*, a.a.O., S. 267 f.).

Der Beklagte macht nun zu Recht geltend, seine Firma unterscheide sich in auffälliger Weise von der klägerischen Marke. Richtig ist zwar der Einwand der Klägerin, dass das von der Beklagten nachträglich hinzugefügte Wort "RISO" am Erscheinungsbild der Firma praktisch nichts änderte. Im übrigen geht aber die Argumentation der Klägerin an der Sache vorbei. Ausser dem "G" haben die Marke der Klägerin und die Firma des Beklagten nichts gemeinsam, wobei die beiden "G" überdies ein völlig verschiedenes Schriftbild aufweisen. Hinzu kommt, dass bei der Marke der Klägerin die Verbindung des stilisierten "G" mit einem schematisch dargestellten Briefumschlag das charakteristische Merkmal darstellt. Dieser Briefumschlag fehlt in der Firma des Beklagten. Diese zeichnet sich vielmehr dadurch aus, dass das "G" in Verbindung gesetzt wird mit dem Wort "papier" und drei schräggestellten grünen Balken. Auch der klägerische Hinweis auf die blaue Farbe geht fehl, unterscheidet sich doch das Blau auf dem Briefkopf des Beklagten von demjenigen, welches für die klägerische Marke verwendet wird, deutlich. Schliesslich ist es aus markenrechtlicher Sicht unerheblich, ob die beiden "G" klanglich identisch sind.

5. Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Klagebegehren gestützt auf Art. 24 lit. a MSchG nur gutgeheissen werden könnte, wenn durch die Nachmachung oder Nachahmung das Publikum irreführt wird bzw. der Gefahr der Irreführung ausgesetzt ist. Dass dem so sei, hat die Klägerin lediglich behauptet, jedoch für ihre diesbezügliche Behauptung keine tauglichen Beweise geliefert.

6. Nach Art. 1 Abs. 1 UWG ist unlauterer Wettbewerb jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen. Gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstösst beispielsweise, wer Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen (Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG).

Ob Verwechslungsgefahr besteht oder nicht, beurteilt sich vom Gesichtsfeld der Käuferschicht aus. Der Richter hat sich daher in die Unterscheidungsfähigkeit des Durchschnittskäufers hineinzudenken (*von Büren*, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, S. 132).

Wie bereits schon unter Erw. 4 aufgezeigt wurde, unterscheidet sich die beklagte Firma von der klägerischen Marke im Gesamtbild augenfällig. Auch klanglich besteht kein Zusammenhang, da das Wort “G-papier” in der klägerischen Marke nicht enthalten ist. Kunden beider Parteien sind in erster Linie Grosshändler und Detaillisten, welche die erwähnten Unterschiede leicht erkennen können. Eine Unterscheidungsfähigkeit müsse im vorliegenden Fall selbst dem allgemeinen Publikum zuerkannt werden. Das Bestehen einer Verwechslungsgefahr ist mithin ausgeschlossen. Die Klage ist somit auch unter dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs abzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Klägerin die gerichtlichen Kosten zu tragen (§ 38 Abs. 1 ZPO) und den Beklagten für dessen notwendigen Umtriebe ausserrechtlich zu entschädigen (§ 40 Abs. 1 ZPO).

Art. 7 et 9 al. 1 LMF – “FERRARI”

- *Seul celui qui fabrique ou vend la marchandise peut bénéficier de la protection accordée à la marque; par conséquent, la marque apposée par un tiers, en vertu d'un contrat de licence, sur des marchandises étrangères au domaine d'activité du titulaire ne bénéficie d'aucune protection.*
- *Peu importe que le délai de trois ans prévu à l'art. 9 LMF ne soit pas encore écoulé, si le titulaire n'a pas l'intention de faire usage lui-même de la marque.*
- *Nur wer Waren herstellt oder verkauft, geniesst den Schutz des Markenrechts; daher geniesst die Marke, welche von einem Dritten im Rahmen eines Lizenzvertrages auf Waren angebracht wird, die ausserhalb des Geschäftsbereichs des Markeninhabers liegen, keinen Schutz.*

- *Es kommt nicht darauf an, dass die dreijährige Karenzfrist gemäss Art. 9 MSchG noch nicht verstrichen ist, wenn der Markeninhaber nicht die Absicht hat, seine Marke selbst zu gebrauchen.*

Arrêt du tribunal fédéral (1^e cour civile) du 28 octobre 1985 dans la cause Ferrari S.p.A. Esercizio Fabbriche Automobili e Corse c. Big Ben S.A. et autres

Ritenuto in fatto:

A. La Ferrari Società per Azioni Esercizio Fabbriche Automobili e Corse (Ferrari S.p.A.), Modena (I), ha depositato nel 1982 presso l'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale, a Ginevra, una marca raffigurante il nome "Ferrari" sormontato da un cavallo ritto sulle zampe posteriori, il noto "cavallino rampante". La registrazione si riferiva ai seguenti prodotti:

"Montres-bracelets, montres pendentifs, montres de poche, montres de poignet, montres à réveil, montres à sonnerie, horloges, pendules, horloges à sonnerie, horloges électriques; métaux précieux et leurs alliages et objets en ces matières ou en plaqué (excepté coutellerie, fourchettes et cuillers); joaillerie, pierres précieuses",

e si estendeva alla Germania federale, all'Austria, al Benelux, alla Francia, a Monaco e alla Svizzera.

Nell'ottobre 1983 la Ferrari S.p.A. ha depositato all'Ufficio provinciale dell'industria, del commercio e dell'artigianato di Modena due marchi internazionali, consistenti nell'espressione "Ferrari Formula" e nel nome "Ferrari" associato alla figura di un cavallo rampante. I servizi e i prodotti cui erano destinati i contrassegni apparivano in un elenco separato, non consegnato agli atti.

B. Il 20 dicembre 1984 la Ferrari S.p.A. ha introdotto al Tribunale di appello del Cantone Ticino una domanda di provvedimenti cautelari, con la quale chiedeva di impedire a Big Ben S.A., Lugano, a Kessel Shop S.A., Breganzona, a Eltrocom S.A., succursale di Chiasso, a Cobart S.A., Balerna, a Rossika S.A., Chiasso, a Saint Gregory S.A., Chiasso, a Esterina e Silvano Meneghini, Chiasso, l'utilizzazione delle marche "Ferrari", "Ferrari Formula" e "Formula" con o senza cavallino e nelle differenti maniere precisate dall'istanza, sotto comminatoria della pena prevista all'art. 292 CP. Le parti convenute si sono opposte alle misure sollecitate. Il giudice delegato della II Camera civile ha respinto il 15 aprile 1985 la domanda provvisoria.

C. Contro quel decreto la Ferrari S.p.A. ha interposto ricorso di diritto pubblico al Tribunale federale per violazione dell'art. 4 Cost., nel quale postula l'annullamento del giudizio e l'accoglimento delle conclusioni presentate in sede cantonale, in via subordinata il rinvio della causa al Tribunale di appello con istruzioni per una nuova decisione.

Considerando in diritto:

2. a) I provvedimenti d'urgenza, in materia di proprietà intellettuale e di concorrenza sleale, non possono essere ordinati se ad un esame sommario delle questioni giuridiche l'azione sembra priva di possibilità di successo nel merito (DTF 108 II 72 c. 2a con riferimenti).

b) Il giudice cantonale ha considerato che l'istante non aveva reso verosimile il proprio diritto e l'illiceità del comportamento delle controparti. La decisione negativa si basa sulla riflessione che il marchio "Ferrari" non giustifica alcuna protezione per quanto riguarda degli orologi, siccome non è utilizzato su manufatti prodotti dalla titolare ma è apposto su beni estranei al suo ambito di attività, nell'unico intento di trarre profitto dalla rinomanza della ditta; ciò è contrario allo scopo e alla funzione della marca, giusta l'art. 1 n. 2 LMF e con riferimento a DTF 100 Ib 41 e a *Troller A. e P.*, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, Basilea 1981, p. 116. Nel caso concreto la Ferrari S.p.A. non ha del resto sostenuto né dimostrato di fabbricare o commerciare orologi. Essa ha invece concesso una licenza per l'uso del marchio alla società Cartier, generalmente conosciuta come produttrice e mercante di orologi, gioielli e oggetti simili.

c) Queste considerazioni sono conformi alla giurisprudenza e sfuggono ad ogni critica consentita dalla limitata censura di arbitrio.

L'iscrizione di una marca nel registro non priva i terzi della facoltà di dimostrarne la nullità o l'inefficacia (DTF 74 II 184 segg., sentenza non pubblicata Tamigi S.p.A. del 27 settembre 1983). Come rettamente afferma la decisione impugnata lo scopo principale di un marchio non è di differenziare il prodotto da un altro, bensì di indicare il fabbricante e la sua azienda (DTF 105 II 53, 85 IV 56, 78 II 172 con riferimenti, sentenze non pubblicate Schoeff del 23 gennaio 1985, Philip Morris del 22 agosto 1984 e Tamigi S.p.A. citata). Può così beneficiare della protezione accordata alla marca solo colui che realizza o negozia il prodotto (DTF 100 Ib 43 c. 1, 100 II 162, 164 c. 3, sentenza Tamigi S.p.A. citata).

Affinché l'uso di un marchio su licenza giovi al titolare è necessario che siano adempiute le condizioni di ammissibilità per tale contratto, e cioè che il licenziatario sia altrimenti legato al concedente da stretti vincoli economici (DTF 105 II 55 con riferimenti; cfr. anche la sentenza Tamigi S.p.A. citata e DTF 107 II 360 c. c).

Ora, dal giudizio impugnato risulta chiaramente che la Ferrari S.p.A. non fabbrica o commercia orologi. Essa si richiama invano al contratto di licenza, con il quale ha autorizzato la Cartier B.V. ad utilizzare il marchio "Ferrari", poiché a prescindere dal contratto medesimo non esistono tra le due società i rapporti particolari richiesti dalla giurisprudenza.

Poco importa inoltre che non sia trascorso un periodo di tre anni (art. 9 LMF), se il titolare non ha intenzione di servirsi in persona della marca (cfr. per esempio sulle marche difensive la sentenza non pubblicata Philip Morris del 22 agosto 1984). Il Tribunale di appello, specialmente in relazione al contratto di licenza, poteva ammettere senza arbitrio la mancanza di questa volontà.

Art. 951 Abs. 2 OR – “MORATTI”

- Eine Aktiengesellschaft, die Aktiven und Passiven von einer Personengesellschaft übernommen hat, kann sich auf die Priorität des Firmengebrauchs durch ihre Rechtsvorgängerin berufen (Erw. 5b).
- Die Firma “Gebr. Moratti AG” ist neben der im wirtschaftlich und örtlich gleichen Gebiet tätigen älteren Firma “Moratti + Söhne AG” zum mindesten aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu beanstanden (Erw. 5c).
- Eine Firma kann nicht verpflichtet werden, den Vornamen eines Aktionärs oder Verwaltungsrates in den Firmennamen aufzunehmen, falls dieser selbst eine solche Namensverwendung ablehnt (Erw. 6).
- Une société anonyme, qui a repris l'actif et le passif d'une société de personnes, peut invoquer la priorité d'usage de la raison sociale par son pré-décesseur (c. 5b).
- La raison sociale “Gebr. Moratti AG”, opposée à la raison antérieure “Moratti + Söhne AG”, est contestable pour le moins en application de la LCD, les deux sociétés exerçant au même endroit une activité identique (c. 5c).
- Une société ne peut pas être contrainte d'inclure dans sa raison le prénom d'un actionnaire ou d'un administrateur, si celui-ci s'y refuse (c. 6).

Urteil HGer BE vom 3. Juni 1985 i.S. Moratti + Söhne AG, Gstaad, gegen Gebr. Moratti AG, Saanen (mitgeteilt von Fürsprecher Martin Ingold, Bern)

1. Die Klägerin ist seit dem 28. Februar 1973 unter der Bezeichnung “Moratti + Söhne AG” im Handelsregister eingetragen; sie entstand durch Übernahme von Aktiven und Passiven der Einzelfirma “Moritz Moratti”, dem heutigen Verwaltungspräsidenten der AG, die wiederum seit dem 9. Juni 1958 bestand und auf die am 1. Mai 1943 gegründete und am 5. Dezember 1945 ins Handelsregister eingetragene Kollektivgesellschaft “R. + M. Moratti” zurückging. Die Aktiengesellschaft befasst sich heute gemäss statutarischem Zweck mit der Ausführung von Hoch-, Tief- und Strassenbauarbeiten sowie dem Erwerb und der Veräusserung von Liegenschaften; ihr Sitz ist in Gstaad, Gemeinde Saanen.

Die Beklagte wurde am 3. März 1983 unter dem Namen “Gebr. Moratti AG” im Handelsregister eingetragen; sie übernahm Aktiven und Passiven der seit dem 13. Juni 1959 bestehenden Einzelfirma “Angelo Moratti”, die ihrerseits auf die Kollektivgesellschaft “Hählen und Moratti” folgte, welche am 12. Januar 1949 gegründet worden war. Die Gesellschaft bezweckt laut Statuten den Betrieb einer Hoch- und Tiefbauunternehmung sowie einer Autogarage; ihr Sitz liegt in Saanen.

5. b) Die Klägerin hat durch die Einreichung der Auskunft des Handelsregisterführers von Saanen vom 13. Februar 1985 dargelegt, dass ihre Rechtsvorgängerinnen ebenfalls vor denjenigen der Beklagten im Handelsregister eingetragen wurden und damit den Namen Moratti früher verwendeten als jene. Die Kontinuität der Firmenführung wird durch die jeweiligen Geschäftsübernahmen garantiert (Kommentar E. His, 1940, N 10 und 13 zu Art. 953 OR). Damit erweist sich das Gegenargument

der Beklagten, wonach sie durch ihre Rechtsvorgängerinnen zeitliche Priorität bezüglich der Namensverwendung Moratti genieße, als widerlegt.

c) Nach Art. 951 Abs. 2 OR muss sich die Firmenbezeichnung einer Aktiengesellschaft von jeder in der Schweiz bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheiden. Aktiengesellschaften können ihre Firmenbezeichnung im Rahmen von Art. 950 OR frei wählen. An deren Unterscheidbarkeit sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts deshalb strenge Anforderungen zu stellen (BGE 100 II 226, 97 II 235).

Haben zwei Aktiengesellschaften ihren Sitz am gleichen Ort und betätigen sie sich zudem auf dem gleichen Sachgebiet, so ist die Unterscheidbarkeit der Firmenbezeichnungen besonders streng zu beurteilen (BGE 97 II 155 und die dort zit. Entscheide; *Patry*, Schweizerisches Privatrecht VIII/1, S. 167; *Guhl/Merz/Kummer*, Obligationenrecht, 7. Aufl., S. 792).

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf den Gesamteindruck abzustellen. In diesem Zusammenhang ist ein in die Firmenbezeichnung integrierter Familienname von besonderer Wichtigkeit; während nun aber bei Einzelfirmen und Firmennamen von Personengesellschaften der Familienname zwingender Bestandteil ist (Art. 945 und 947 OR) und dort demnach weniger strenge Anforderungen an die Unterscheidbarkeit gestellt werden können, ist dies bei Aktiengesellschaften, Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die den Familiennamen zwar verwenden dürfen, aber nicht müssen, anders. Hier ist demgegenüber ein strenger Massstab anzulegen (*Patry*, a.a.O., S. 166).

Es genügt nicht, wenn zwei Firmenbezeichnungen nur bei aufmerksamem Vergleich unterscheidbar sind; sie müssen auch in der Erinnerung deutlich auseinandergehalten werden können (BGE 97 II 236).

Die Verwechslungsgefahr beurteilt sich auch nach dem Grad der Aufmerksamkeit derjenigen Personen, die mit den betreffenden Unternehmen regelmässig in Verkehr treten (*Patry*, a.a.O., S. 166; BGE 100 II 226).

Die Klägerin hat nicht nur die Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Firmen (Moratti + Söhne AG und Gebr. Moratti AG) bewiesen, sondern durch eingereichte Unterlagen eine sehr grosse Zahl effektiver Verwechslungen, die in einem relativ kurzen Zeitraum vorgekommen sind, nachgewiesen. Der von der Beklagten ins Feld geführte fehlende Telephonbucheintrag (bis November 1984) hat, wie die an der Hauptverhandlung zusätzlich belegten Verwechslungen zeigen, keinen Einfluss auf die Verwechselbarkeit der Parteien gehabt. Die Verwechslungen sind vor allem auf die Schwierigkeiten Dritter zurückzuführen, die beiden Firmen zu unterscheiden, ferner offenbar auf die Tatsache, dass sich Angestellte beider Parteien nicht mit dem ganzen Firmennamen anmeldeten und "Moratti AG" (oder ähnlich) als Abkürzung verwendeten. Ob die Verwechslung schuldhaft entstanden ist oder nicht, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Anzuwenden sind im vorliegenden Fall indessen neben den rein firmenrechtlichen Bestimmungen des OR auch die Normen des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG). Der Schutz nach UWG ist umfassender als derjenige nach Firmenrecht; dennoch müssen hier beide Rechtsgebiete zusammen betrachtet werden. *B. von Büren* schreibt dazu in seinem Kommentar zum UWG (1957), N 116 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d):

“Gutgläubig ist der Namensgebrauch in allen übrigen Fällen, auch in jenen, in denen der Namensgleiche sich der aus der Namensübereinstimmung ergebenden Vorteile bewusst ist. Hier liegen die eigentlichen Schwierigkeiten. Denn hier treffen nicht Recht auf Scheinrecht, sondern zwei volle Rechte aufeinander. Die Entscheidung hat auf Grund einer Ausglei- chung zwischen Namens- und Wettbewerbsrecht zu erfolgen. Das Recht auf Führung des eigenen Namens geht grundsätzlich vor, hat sich aber den Normen des lautereren Wettbewerbs einzuordnen. Praktisch heisst dies, dass der mit einem älteren Recht kollidierende Namensträger alles ihm Zumutbare zu unternehmen hat, um die Verwechslungsgefahr möglichst zu verringern.”

Auf der anderen Seite sind auch nach *von Büren* die Rechte am eigenen Namen zu achten. Der Gründer einer Aktiengesellschaft (wie einer Genossenschaft oder GmbH) habe zwar die Möglichkeit, durch Nichtverwendung seines Namens jede Verwechslungsgefahr auszuschliessen, es sei aber fraglich, wieweit man ihm dies zumuten dürfe. Der Familienname verleihe eine persönliche Note, seine Führung könne einen Vorteil bedeuten. Das Recht, ihn in die Firma aufzunehmen, dürfe ihm nicht leichthin entzogen werden (N 120 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG). Im Entscheid 79 II 182 ff. verurteilte das Bundesgericht die Laboratoire André de Trey S.A. zur Löschung der Firma wegen unlauteren Wettbewerbs gegenüber der Firma “de Trey frères S.A.”, die bereits seit Jahrzehnten im Handelsregister eingetragen war. Es wurde betont, dass der Gebrauch einer Firmenbezeichnung, die den gesetzlichen Anforderungen an die Firmenbildung entspreche, unter Umständen dennoch eine unlautere Wettbewerbshandlung darstellen könne. Einzig aus diesem Grund wurde im zitierten Fall die Verwendung des Namens “de Trey” verboten (vgl. auch BGE 102 II 171). Obschon dieser Entscheid durch *von Büren* kritisiert wird (N 121 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG), muss er als Richtschnur für den vorliegenden Fall herangezogen werden.

Die Beklagte hat für ihre neugegründete Aktiengesellschaft den Familiennamen “Moratti” verwendet, und zwar mit dem Zusatz “Gebr. “. Das Gericht musste nun feststellen, dass die Abgrenzung zur Firma “Moratti + Söhne AG” mit dem Zusatz ungenügend ist, nicht zuletzt, weil Söhne und Gebrüder zu wesensverwandte Begriffe sind und somit ein zu schwaches Unterscheidungskriterium bilden. Zudem weisen beide Firmen zurzeit dieselbe Struktur auf (Vater und zwei Söhne) und sind wirtschaftlich sowie örtlich im gleichen Gebiet tätig.

Aus diesen Gründen kommt das Handelsgericht zum Schluss, dass dem ersten Rechtsbegehren der Klägerin zu entsprechen ist. Der Beklagten wird somit untersagt, weiterhin den Firmennamen “Gebr. Moratti AG” zu verwenden.

6. Die Klägerin will die Beklagte weiter verpflichten, den Namen “Angelo Moratti AG” zu führen.

Nachdem die Firma “Gebr. Moratti AG” aus der Einzelfirma “Angelo Moratti” hervorgegangen ist, hat dieses Begehren auf den ersten Blick einiges für sich, zumal Angelo Moratti noch Verwaltungsrat der Beklagten ist. Indessen ist, wie erwähnt, eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien gescheitert.

Die Beklagte tut ausserdem dar, dass Angelo Moratti mit der Verwendung seines Vornamens als Bestandteil des Firmennamens der AG – entgegen der seinerzeitigen Offerte – nicht oder nicht mehr einverstanden sei. Über diese Ablehnung kann mit Rücksicht auf den Namensschutz, der sich im Bereich der höchstpersönlichen Rechte bewegt, nicht leicht hinweggegangen werden.

Schliesslich soll die Freiheit der Beklagten, einen neuen Firmennamen zu wählen (Art. 950 OR), nicht ohne Not beschnitten werden. Immerhin wird eine Lösung unter Verwendung von kennzeichnungskräftigen Zusätzen wie einem oder mehreren Vornamen zum Familiennamen Moratti, dessen Verwendung der Beklagten nach Meinung des Gerichts nicht abgesprochen werden darf, weiter ernsthaft geprüft werden müssen.

Das Rechtsbegehren, die Beklagte zu verpflichten, den Vornamen "Angelo" in die Firmenbezeichnung aufzunehmen, ist deshalb abzuweisen.

Art. 54 Abs. 1 LMG, Art. 647 LMV – "OPIUM"

- *Die für Parfumeriewaren und Kosmetika angemeldete Marke "Opium" verstösst gegen das sittliche Empfinden und täuscht über Zusammensetzung und Wirkung der damit vorgesehenen Waren (BAGE Erw. 2).*
- *Die Verwendung der Marke "Opium" für Kosmetika und Parfums mag zwar für schlechten Geschmack zeugen, täuscht jedoch nicht über die wahre Natur der damit versehenen Waren (BGer Erw. 2d).*
- *Das Verbot der Anpreisung von Betäubungsmitteln findet keine Anwendung auf die Verwendung des Namens eines Rauschgiftes für ein Produkt, das in klarer Weise kein Rauschgift enthält (BGer Erw. 3).*
- *Eine Parteientschädigung ist dann niedrig anzusetzen, wenn die Beschwerdeführerin bei Verfolgung ihrer Geschäftszwecke wenig sozialetisches Feingefühl zeigt (BGer Erw. 4).*
- *La marque "Opium", déposée pour des articles de parfumerie et des cosmétiques, porte atteinte aux bonnes moeurs et induit en erreur sur la composition et les effets des marchandises qui en sont munies (OFPI c. 2).*
- *L'usage de la marque "Opium" pour des cosmétiques et des parfums peut être de mauvais goût, mais il n'induit cependant pas en erreur sur la véritable nature des marchandises qui en sont munies (TF c. 2d).*
- *L'interdiction de la réclame pour des stupéfiants ne s'applique pas à l'usage du nom d'une drogue pour un produit qui ne contient à l'évidence aucun stupéfiant (TF c. 3).*
- *L'indemnité pour les frais de procès doit être modique, la recourante ayant fait preuve de peu de sensibilité sociale et éthique en cherchant à atteindre ses objectifs commerciaux (TF c. 4).*

Rechtskräftige Verfügungen BAGE vom 15. April 1977 i.S. Parfums Yves Saint Laurent und vom 27. Januar 1978 i.S. Lanvin – Charles of the Ritz Inc. sowie Urteil BGer, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 3. Oktober 1986 i.S. Charles of the Ritz AG gegen Regierungsrat des Kantons Zürich (mitgeteilt von RA Dr. Paul Gmür)

A. Die Firma Charles of the Ritz AG, Zürich, vertreibt in der Schweiz die Produkte des französischen Parfum- und Kosmetika-Herstellers Yves Saint Laurent.

Dieser kreierte 1977 eine neue Produktelinie mit einheitlicher Duftnote unter dem Namen "Opium". Es handelt sich nebst Parfums um Seife, Eau de toilette, Körperpuder, Deodorant u.ä. Der Umsatz dieser Produkte soll inzwischen weltweit den Betrag von rund US-\$ 100 Mio. erreicht haben, in der Schweiz rund Fr. 4 Mio.

Die französische Schwestergesellschaft hatte bereits am 19. März 1976, gestützt auf eine französische Basismarke vom 30. Juli 1962, die internationale Marke IR 422 169 OPIUM mit Wirkung auch für die Schweiz hinterlegen lassen, doch wurde ihr am 15. April 1977 der Schutz in der Schweiz vom Bundesamt für geistiges Eigentum mit folgender Begründung verweigert:

"L'indication 'OPIUM', dont la marque est constituée, s'avère trompeuse, de nature choquante et son utilisation pour des produits cosmétiques serait en outre contraire aux dispositions de l'art. 467 de l'Ordonnance réglant le commerce des denrées alimentaires. La marque est donc inadmissible (art. 6 de la Convention de Paris et art. 14 al. 1 ch. 2 de la loi fédérale sur les marques)."

Die amerikanische Muttergesellschaft liess dessenungeachtet anfangs 1977 die nationale Marke OPIUM hinterlegen. Das BAGE wies diese Marke mit Verfügung vom 27. Januar 1978 mit folgender Begründung zurück:

1. Marken, die gegen die guten Sitten oder gegen bundesgesetzliche Vorschriften verstossen, geniessen in der Schweiz keinen Markenschutz; das Amt hat ihre Eintragung gemäss Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 MSchG zu verweigern. Eine Sittenwidrigkeit im Sinne dieser Bestimmung liegt nach Lehre und Rechtsprechung dann vor, wenn die Marke geeignet ist, das kaufende Publikum in irgendeiner Hinsicht irrezuführen, namentlich mit Bezug auf die Beschaffenheit oder die Herkunft der gekennzeichneten Waren. Ein Zeichen gilt aber auch dann als sittenwidrig, wenn es anstössig wirkt. Dabei kann die Anstössigkeit im Zeichen selber liegen oder bloss in dessen Gebrauch als Marke, oder das Zeichen erscheint nur hinsichtlich seiner Verwendung für gewisse Produkte anstössig und daher schutzunfähig. In die Beurteilung mit einzubeziehen ist demnach auch die Art der Ware, für die das Zeichen bestimmt ist (vgl. *David*, Kommentar zum MSchG, N 3a zu Art. 14). Hinsichtlich des Verbotes der Gesetzwidrigkeit sind die Verordnungen des Bundes und des Bundesrates den Bundesgesetzen gleichgestellt (*David*, a.a.O., N 5 zu Art. 14). Unerheblich ist, ob der Anmelder sich der Sittenwidrigkeit oder Gesetzwidrigkeit bewusst war oder nicht.

2. Mit "OPIUM" wird der eingedickte Milchsaft des Schlafmohns bezeichnet (vgl. Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 13, 1971). Opium gehört zu den Betäubungsmitteln im Sinne des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel (BetmG) vom 3. Oktober 1951 (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a Ziff. 1). Es untersteht einer strengen Kontrolle bezüglich Herstellung, Abgabe, Bezug und Verwendung (Art. 4 ff. BetmG) und unterliegt zudem weitgehenden, strikte gehandhabten Einschränkungen hinsichtlich Ein- und Ausfuhr (Art. 22 ff. VV zum BetmG vom 4. März 1952).

a) Die Antragstellerin versichert, die Waren, für die die Marke bestimmt sei, enthielten in keinerlei Form Opium. Die Marke "OPIUM" sei gewählt worden nicht wegen der normalen Bedeutung dieses Wortes, sondern wegen seines weiteren Sinngehalts und der damit verknüpften gedanklichen Vorstellungen. Dem ist jedoch

entgegenzuhalten, dass der Abnehmer von Parfümeriewaren und Kosmetika angesichts der Bezeichnung "OPIUM" den Eindruck gewinnen kann, die so gekennzeichneten Produkte enthielten in irgendeiner Form diesen Stoff. Diese Annahme ist nicht einmal abwegig; denn wenn Opium anscheinend auch nur ganz vereinzelt in Form der Opiumtinktur in der Kosmetik verwendet wird (vgl. *F. Winter*, Handbuch der gesamten Parfümerie und Kosmetik, 6. Aufl. 1952), so ist eine derartige Verwendung eben doch nicht völlig ausgeschlossen. Daraus folgt, dass der Abnehmer einer Täuschungsgefahr unterliegt, falls die betreffenden Parfümerieartikel und Kosmetika mit Opium keinerlei reale Beziehung aufweisen. Die gleiche Auffassung bringt übrigens das Eidgenössische Gesundheitsamt in seiner Stellungnahme vom 10. August 1977 betreffend die gleichlautende IR-Marke Nr. 422 169 zum Ausdruck, wo es folgendes ausführt:

"Nous estimons qu'il y a, dans la marque "OPIUM" pour des cosmétiques, une possibilité non négligeable de tromperie de l'acheteur qui peut s'attendre à obtenir des produits pour le moins à faible teneur en opium. Les produits dont la teneur en morphine est inférieure à 2‰ ne sont en effet pas soumis au contrôle des stupéfiants (liste 2, ch. 2 de l'ordonnance du SFHP du 1er juillet 1975 concernant les stupéfiants; RS 812.121.1)."

Die Marke "OPIUM" ist demzufolge bezüglich der Waren, denen sie zugedacht ist, irreführend und somit als den guten Sitten widersprechend zu betrachten und daher nicht schutzfähig.

b) Die Bezeichnung "OPIUM" ist als Marke noch aus einem weiteren Grund zurückzuweisen. Opium ist bekanntlich ein starkes Rauschgift und ausserdem Ausgangsstoff für die sog. "harten" Drogen Morphin und Heroin. Angesichts der sich immer weiter ausbreitenden Rauschmittelsucht und des weltweiten Kampfes gegen den Rauschgiftkonsum wirkt das Wort "OPIUM", als Marke verwendet, für weite Kreise der schweizerischen Bevölkerung stossend oder verwirrend. Die Einräumung eines Markenschutzes verträge sich nicht mit dem ständigen Bemühen der Behörden, das illegale Inverkehrbringen und den missbräuchlichen Konsum dieses gefährlichen Giftes einzudämmen. Das gilt zumindest insoweit, als das Zeichen wie im vorliegenden Fall für Produkte bestimmt ist, die zur Körperpflege und Körperhygiene dienen. Das Amt ist deshalb der festen Überzeugung, dass eine Marke "OPIUM" für kosmetische Produkte das moralische Empfinden eines massgeblichen Teils des Publikums verletzen würde. Ausserdem ist zu bedenken, dass die Zulassung der Marke "OPIUM" zur Folge hätte, dass inskünftig auch die Namen anderer Rauschgifte, wie z.B. Kokain, LSD, als Marken zugelassen werden müssten, was höchst unerwünscht wäre.

c) Die angemeldete Marke "OPIUM" verletzt im weiteren Art. 467 Abs. 5 der Lebensmittelverordnung vom 26. Mai 1936. Nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung dürfen Wortmarken nicht zur Täuschung des Verbrauchers über Zusammensetzung, Beschaffenheit, Wirkung usw. des kosmetischen Mittels geeignet sein. Dass eine derartige Täuschungsgefahr bezüglich der Bezeichnung "OPIUM" durchaus nicht fernliegt, wurde bereits unter lit. a dargetan. Die gleiche Ansicht vertritt übrigens auch das Eidgenössische Gesundheitsamt in der bereits erwähnten Stellungnahme vom 10. August 1977.

3. Ob "OPIUM" als Marke in anderen Ländern zugelassen wurde, ist für den Entscheid über die Schutzfähigkeit hier in der Schweiz unerheblich. Für unser Amt sind bei der Beurteilung dieser Frage allein das schweizerische Recht und die schweizerische Praxis massgebend. Übrigens steht die Schweiz, wie die Gesuchstellerin selbst zugibt, bei der Zurückweisung der Marke "OPIUM" nicht allein.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass unser Amt bereits der identischen internationalen Marke Nr. 422 169, die für die gleiche Warenkategorie hinterlegt ist, den Schutz versagt hat. In jenem Fall hat die Markeninhaberin, eine französische Tochtergesellschaft der jetzigen Antragstellerin, gegen die Schutzverweigerung keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben, sondern sich mit dem Entscheid des Amtes zu Recht abgefunden.

B. Am 7. September 1982 traf das Kantonale Laboratorium Zürich folgende Verfügung:

"Der Charles of the Ritz AG Cosmetics, Yves Saint-Laurent Parfums wird jeder Handel mit kosmetischen Mitteln, insbesondere Parfum, unter dem Namen 'Opium' oder auch mit andern Hinweisen auf Betäubungsmittel untersagt."

Am 19. Oktober 1983 wies die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich den Rekurs gegen diese Verfügung ab und setzte der Rekurrentin eine Frist von vier Monaten (ab Eintritt der Rechtskraft der Verfügung) zu gesetzeskonformer Deklaration der von ihr in Verkehr gebrachten Kosmetika. Der dagegen gerichtete Rekurs wurde vom Regierungsrat am 3. Juli 1985 kostenfällig abgewiesen.

C. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 13. September 1985 stellt die Firma Charles of the Ritz AG das Begehren, der angefochtene Beschluss des Regierungsrats und mit ihm die Verfügungen der Direktion des Gesundheitswesens und des Kantonalen Labors seien aufzuheben; allenfalls sei die Sache an die zuständige Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anordnung, unter Beachtung der Prinzipien der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit neue und weniger einschneidende Massnahmen zu verfügen; allenfalls sei eine längere Übergangsfrist zur Neudeklaration der in Frage stehenden Produkte anzusetzen. Eventualiter wird beantragt, die Entscheide aufzuheben, soweit sie den Handel mit Parfums betreffen, und es sei bezüglich der Kosmetika die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Anordnung weniger einschneidender Massnahmen, allenfalls zur Ansetzung einer längeren Übergangsfrist zur Neudeklaration.

D. Die Direktion der Polizei des Kantons Zürich schliesst namens des Regierungsrats in der Vernehmlassung vom 29. November 1985 auf Abweisung der Beschwerde.

E. Mit Präsidialverfügung vom 17. Oktober 1985 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung beigelegt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die angefochtenen Verfügungen stützen sich auf Bundesrecht (Lebensmittelgesetz und Ausführungsverordnungen; Betäubungsmittelgesetz). Sie unterliegen daher letztinstanzlich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 97 f. OG i.V.m. Art. 5 VwVG). Das Bundesgericht prüft, ob eine Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch von Ermessen oder unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts vorliegt (Art. 104 lit. a und b OG); dabei ist es an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 114 Abs. 1 OG), es kann also eine Beschwerde gutheissen aus Gründen, die in der Beschwerde nicht vorgebracht werden, oder abweisen aus Gründen, die im angefochtenen Entscheid nicht enthalten sind (BGE 108 Ib 275 Erw. b mit Hinweis).

2. a) Gemäss Art. 69bis BV ist der Bund befugt, gesetzliche Bestimmungen zu erlassen:

- a) über den Verkehr mit Nahrungs- und Genussmitteln;
- b) über den Verkehr mit anderen Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen, soweit solche das Leben oder die Gesundheit gefährden können.

Gestützt darauf wurde das Bundesgesetz betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 8. Dezember 1905 (SR 817.0) erlassen, das die Beaufsichtigung des in der zitierten Bestimmung der Bundesverfassung genannten Verkehrs regelt (Art. 1) und in Art. 54 Abs. 1 den Bundesrat ermächtigt, die nötigen Vorschriften zu erlassen zum Schutze der Gesundheit und zur Verhütung von Täuschung im Verkehr mit den Waren und Gegenständen, welche den Bestimmungen dieses Gesetzes unterliegen. Darauf wiederum stützt sich die Verordnung über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelverordnung; LMV) vom 26. Mai 1936 (SR 817.02), welche in Art. 467 die Regeln für kosmetische Mittel enthält.

Es ist unbestritten, dass sich unter den vorliegend streitigen Produkten kosmetische Mittel befinden, auf welche die diesbezüglichen Vorschriften der LMV zur Anwendung gelangen. Ob auch Parfums unter die kosmetischen Mittel fallen, braucht erst geprüft zu werden, sofern sich ergibt, dass die Bezeichnung "Opium" für kosmetische Mittel unzulässig ist.

b) Gemäss Art. 467 Abs. 2 LMV dürfen kosmetische Mittel nur lokal auf die Haut und ihre Organe oder auf die Mundhöhle und Zähne wirken und bei Resorption keine innerlichen Wirkungen pharmakologischen Charakters hervorrufen. Kosmetische Mittel dürfen pharmakologisch wirksame Stoffe enthalten, soweit diese in der verwendeten Menge bei sachgemässer Anwendung den Anforderungen von Abs. 2 entsprechen (Abs. 3). Das Bundesamt stellt ferner Richtlinien über die für kosmetische Mittel zulässigen Anpreisungen auf; Anpreisungen sowie Phantasienamen, Wortmarken oder Abbildungen dürfen nicht zur Täuschung des Verbrauchers über Zusammensetzung, Beschaffenheit, Wirkung usw. des kosmetischen Mittels geeignet sein (Abs. 5). Diesbezüglich wird in Art. 5 der gestützt auf Art. 267 Abs. 4 LMV erlassenen Verfügung des Eidgenössischen Departements des Innern über kosmetische Mittel vom 7. Dezember 1967 (SR 817.641) bestimmt:

“In einer vom Bundesamt für Gesundheitswesen aufzustellenden Liste werden Richtlinien über die zulässigen Anpreisungen nach Verwendungszweck der Präparate und nach der angepriesenen Wirkung erlassen. Nebenwirkungen, wie eine leicht desinfizierende Wirkung, dürfen erwähnt, nicht aber als Hauptwirkung bezeichnet werden. Hinweise auf Substanzen mit innerlicher Wirkung, wie Spurenelemente, Seren, Hormone, Vakzine usw. sind unzulässig.”

c) Würden die streitigen Produkte Opium enthalten – und wäre dies zulässig –, müsste der Name “Opium” als ein im Sinne der angeführten Bestimmungen unstatthafter Hinweis betrachtet werden. Da das Verbot solcher Hinweise eindeutig gesundheitspolizeilicher Art ist – und nicht bloss den Vertrauensschutz des Publikums zum Zweck hat –, ist es durch die Delegation in Art. 54 Abs. 1 des Lebensmittelgesetzes fraglos gedeckt.

Da nun aber die streitigen Produkte offensichtlich kein Opium und insofern kein innerlich wirkendes Mittel enthalten, stellt sich die Frage, ob der Hinweis im Namen als eine der Wirklichkeit nicht entsprechende Anpreisung zu gelten hat und als solche ebenfalls unter die zitierten Bestimmungen fällt. Grundsätzlich muss dies nach der ratio legis der Lebensmittelgesetzgebung bejaht werden. Gemäss Art. 54 Lebensmittelgesetz erlässt der Bundesrat die nötigen Vorschriften zum Schutz der Gesundheit und zur Verhütung von Täuschung im Verkehr mit den Waren und Gegenständen, welche den Bestimmungen dieses Gesetzes unterliegen. Dies sind gemäss Art. 1 die Lebensmittel (Nahrungs- und Genussmittel) und die Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände, soweit solche das Leben oder die Gesundheit gefährden können. Wenn schon das Verbot zutreffender Hinweise auf eine innerlich wirksame Substanz bei kosmetischen Mitteln einen gesundheitspolizeilichen Sinn hat (um zu verhindern, dass das Publikum in die Anwendung des Mittels Erwartungen setzt, die ihm nicht zukommen dürfen und können), muss das ebenso und erst recht der Fall sein, wenn die fragliche Substanz im Mittel überhaupt nicht vorhanden ist.

Nun bestreitet die Beschwerdeführerin, dass dem Namen ihrer Produkte ein Hinweis darauf zu entnehmen sei, sie enthielten Opium. Von einer Hinweisfunktion könne nur da die Rede sein, wo der Name des Produkts Aufschluss über dessen Inhalt, Zusammensetzung oder die angepriesene Wirkung gebe. Gerade dies sei jedoch für Kosmetika und Parfums, welche unter dem Namen “Opium” verkauft werden, nicht der Fall, da jedermann wisse, dass diese Erzeugnisse weder Opium enthalten noch besondere Rauschwirkungen hervorrufen. Soweit dieser Argumentation gefolgt werden kann, wäre eine Täuschung in der Tat zum vornherein ausgeschlossen. Zudem erstreckt sich die Anwendung des Lebensmittelgesetzes und der darauf basierenden Verordnung bei verfassungskonformer Auslegung nur insofern auf die Verhütung von Täuschung im Warenverkehr, als Produkte in Frage stehen, die geeignet sind, das Leben und die Gesundheit zu gefährden (vgl. Art. 69bis lit. b BV, Art. 54 Abs. 1 LMG). Der Schutz der Lauterkeit im Handel mit Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen wird mit anderen Worten nur insoweit von der Lebensmittelgesetzgebung erfasst, als dafür gesundheitspolizeiliche Motive bestehen.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob nicht mit Verbrauchergruppen zu rechnen ist, die doch einer Täuschung erliegen und gestützt darauf von den “Opium”-Produkten einen Gebrauch machen könnten, der sich gesundheitsschädlich auswirkt. Es ist bekannt, dass Drogenabhängige zu allen möglichen und unmöglichen Drogen-surrogaten greifen, insbesondere wenn es darum geht, den bei Mangel an “Stoff” eintretenden Entzugerscheinungen entgegenzuwirken. Es könnte also die Möglich-

keit bestehen, dass Produkte, die in ihrem Namen den Hinweis auf Rauschmittel enthalten, von Drogenabhängigen eingenommen oder eingespritzt werden. Da diese Produkte – auch wenn sie kein Rauschgift enthalten – für diese Verwendungsart nicht geeignet sind, wären schwere Gesundheitsgefährdungen nicht auszuschliessen. Die Beschwerdeführerin wendet zu Unrecht ein, es sei vom bestimmungsgemässen Gebrauch auszugehen, und verweist dafür auf Brennsprit, flüssige Reinigungsmittel, Möbelpolitur usw., die bei nicht bestimmungsgemässen Gebrauch ebenfalls gefährlich sein können, aber deswegen nicht verboten seien. Der Vergleich ist nicht stichhaltig, denn es werden ja nicht die Produkte der Beschwerdeführerin verboten, sondern deren Namengebung, die gerade – im Gegensatz zu den genannten Beispielen – mit dem bestimmungsgemässen Gebrauch nichts zu tun hat und auf eine Verwendungsmöglichkeit hinweist, für die sie weder geschaffen noch geeignet sind. Darum hinkt auch der Vergleich der Beschwerdeführerin mit solchen Parfums, deren Namen ebenfalls auf Substanzen hinweisen, die sie klarerweise nicht enthalten, wie “Tabac”, “Métal”, “Russisch Leder”, “Ivoire”, “White Linen”. Dies sind alles – wenn auch ebenfalls unzutreffende – Inhaltsbezeichnungen, die unter keinem Titel zu einem gesundheitsgefährdenden falschen Gebrauch Anlass geben könnten.

d) Die entscheidende Frage ist, ob vernünftigerweise mit einer konkreten Gefahr solcher gesundheitsgefährdender Falschverwendung gestützt auf den Namen “Opium” gerechnet werden muss. Von den Vorinstanzen werden keine Fälle namhaft gemacht, in denen dies geschehen wäre, obwohl die fraglichen Produkte seit bald zehn Jahren weltweit verkauft werden. Die Verwendung des Namens “Opium” für Kosmetika und Parfums mag für schlechten Geschmack zeugen, eine Täuschung über die wahre Natur der Produkte vermag er indessen nicht zu bewirken: Jedermann weiss – und die Drogenabhängigen erst recht –, dass Opium verboten ist und darum gar nicht derart offen angepriesen werden dürfte; sodann bieten sich die Produkte sowohl mit ihrer Bezeichnung (Parfum, Eau de toilette, Seife usw.) als auch in ihrer Erscheinungsform hinsichtlich der Zweckbestimmung so eindeutig an, dass eine Fehlverwendung ausgeschlossen erscheint. Auch ein Drogensüchtiger, der sich auf der Suche nach Ersatzstoff vom Namen Opium irreführen lassen sollte (was aber, wie gesagt, kaum wahrscheinlich ist), würde spätestens nach der Öffnung der Packung durch die Erscheinungsform der Ware (z.B. Seife) und den Geruch (Parfum) auf den einzig möglichen Verwendungszweck hingewiesen. Dass er solche Stoffe einnehmen würde, ist schlechterdings auszuschliessen. Injiziert wird Opium ohnehin nicht, was den Drogensüchtigen bekannt sein dürfte. Gebrauchsbezeichnung und Erscheinungsform der Produkte sind derart eindeutig, dass weitere Hinweise auf der Packung wie “nur für äusserlichen Gebrauch”, “enthält keine Drogen”, “enthält kein Opium” oder “nicht einnehmen” völlig überflüssig wären. Entweder besteht zum vornherein genügende Sicherheit, gesundheitsschädliche Fehlverwendungen auszuschliessen, oder dann bringen auch die von der Beschwerdeführerin im Rahmen des Eventualantrages unter Berufung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip vorgeschlagenen mildereren Massnahmen keine Sicherheit. Wenn aber zum vornherein feststeht, dass der im Produktnamen verwendete Begriff “Opium” weder zur irrtümlichen Annahme, das Produkt enthalte Rauschgift, noch zur gesundheitsschädlichen Fehlverwendung führt, kann unter dem Titel des Gesund-

heitsschutzes nicht eingegriffen werden. Nur dazu dient aber die Lebensmittelgesetzgebung.

3. Es ist schliesslich zu prüfen, ob sich das von den Vorinstanzen ausgesprochene Verbot auf die Betäubungsmittelgesetzgebung stützen lässt.

Opium und Opiate (Morphin, Heroin, Codein) gehören zu den gefährlichsten Suchtmitteln, deren Konsum die körperliche und seelische Gesundheit schwerwiegend schädigt; hinzu kommen die damit verbundenen Gefährdungen anderer Rechtsgüter durch Straftaten Drogensüchtiger. Der Staat hat im öffentlichen Interesse alles zu tun, um den Rauschgiftkonsum zu bekämpfen. Zu diesem Zweck wurde das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121) erlassen und in der Revision vom 20. März 1975 (AS 1975, 1220 f.) verschärft. Dabei wurde erkannt, dass es nicht nur um Verbote und Strafen geht, sondern ebensosehr um die Einwirkung auf jene sozialen Faktoren, welche den Betäubungsmittelmissbrauch begünstigen. So haben gemäss Art. 15a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes die Kantone die Aufklärung und Beratung zur Verhütung des Betäubungsmittelmissbrauchs zu fördern und die notwendigen Einrichtungen zu schaffen. Im Sinne und Geiste der Zweckbestimmung des Gesetzes wurde in die Verordnung über die Betäubungsmittel vom 4. März 1952 (SR 812.121.1) Art. 48bis Abs. 1 eingefügt, wonach jede an das Publikum gerichtete Anpreisung von Betäubungsmitteln (Publikumsreklame) untersagt ist.

Nun handelt es sich aber beim "Opium" der Beschwerdeführerin nicht um ein Betäubungsmittel, und insofern fällt die dafür gemachte Reklame nicht unter das genannte Verbot. Ob die Verwendung einer Rauschgiftbezeichnung im Namen kosmetischer Mittel (und Parfums) der Zielsetzung der Gesetzgebung über die Bekämpfung des Betäubungsmittelmissbrauchs entgegenläuft, indem sie das Rauschgiftproblem in unverantwortlicher Weise verharmlost und damit die Hemmschwelle der Öffentlichkeit gegenüber der Droge selbst abbaut, muss dahingestellt bleiben. Jedenfalls reicht die vorhandene Gesetzgebung über die Betäubungsmittel nicht aus, um die Verwendung des Namens eines Rauschgiftes für ein Produkt, das in klarer Weise kein Rauschgift enthält, zu verbieten.

4. Damit ergibt sich, dass die Anordnung der Zürcher Gesundheitsbehörden rechtlich nicht standhält. Die entsprechenden Verfügungen sind daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG). Der Kanton Zürich hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 2 OG), die aber mit Rücksicht darauf, dass die Beschwerdeführerin bei Verfolgung ihrer Geschäftszwecke wenig sozial-ethisches Feingefühl zeigte, niedrig anzusetzen ist.

Anmerkung:

Mit diesem erfreulich liberalen Entscheid des Bundesgerichtes, welcher der Intelligenz des Durchschnittskäufers ein gutes Zeugnis ausstellt, dürfte der kürzlich publizierte Entscheid des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 11. August 1982

(SMI 1985 124 = ZR 83/1984 Nr. 66: Cannabis) endgültig überholt sein. Wie sich die Behörden zu weiteren Parfummarken wie Poison usw. stellen, konnte nicht in Erfahrung gebracht werden.

Lucas David

Hinweise auf die Rechtsprechung

Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 MSchG – “SOFTASEPT”

- Die Worte “soft” und “asept” ermöglichen eine logische Verbindung, die einen engen Zusammenhang mit der betreffenden Ware begründet und damit einen beschreibenden, nicht kennzeichnungsfähigen Ausdruck darstellt (Erw. 4b).
- Dass eine Marke aus Wörtern einer Sprache besteht, die in der Schweiz weder Amts- noch Nationalsprache ist, steht der Würdigung als Gemeingut ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass nur gewisse Fachleute eine Bezeichnung als Hinweis auf Eigenschaften oder Beschaffenheit eines Produkts verstehen (Bestätigung der Rechtsprechung, Erw. 3).
- Les mots “soft” et “asept” forment une combinaison logique qui a un rapport étroit avec les produits concernés et qui constitue par conséquent une expression descriptive et non distinctive (c. 4b).
- Le fait qu’une marque soit composée de mots figurant dans une langue qui n’est ni officielle ni nationale ne fait pas obstacle à ce qu’elle soit considérée comme appartenant au domaine public, comme une désignation que seuls certains spécialistes comprennent comme un renvoi aux propriétés ou caractéristiques d’un produit (confirmation de la jurisprudence, c. 3).

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (I. Zivilabteilung) vom 16. September 1986 i.S. B. Braun Melsungen Aktiengesellschaft gegen das BAGE (im Verfahren gemäss Art. 109 Abs. 1 und 3 OG)

PMMB1 25/1986 I 95

Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 MSchG – “ALPINA”

Hinterlegung einer geographischen Bezeichnung als Marke (Erneuerung), Täuschungsgefahr.

- Der benutzte geographische Ausdruck darf beim Konsumenten nicht – auch nicht indirekt – den Gedanken an eine Herkunftsangabe wecken.
- Die Bezeichnung “Alpen” für Produkte der Uhrenindustrie bewirkt zweifellos eine Gedankenverbindung mit der Schweiz, insbesondere beim schweizerischen Publikum. Es besteht deshalb eine Täuschungsgefahr für Produkte der Uhrenindustrie, die nicht aus der Schweiz stammen.

- *Es ist ein strengerer Massstab anzulegen, wenn das Land, auf das Bezug genommen wird, für die fraglichen Produkte ein grosses Ansehen geniesst.*
- *Bei einer Erneuerung muss die Marke in gleicher Weise geprüft werden wie bei einer Erstanmeldung.*

Dénomination géographique déposée comme marque (renouvellement), risque de tromperie.

- *Le terme géographique utilisé ne doit pas éveiller, même pas indirectement, l'idée de provenance chez le consommateur.*
- *La désignation des Alpes, pour des produits horlogers, suscite indiscutablement, chez le consommateur suisse en particulier, une association d'idée avec la Suisse. Il existe ainsi un risque de tromperie pour des produits horlogers ne provenant pas de Suisse.*
- *Il convient d'être plus sévère lorsque le pays évoqué bénéficie d'une grande réputation pour les produits en cause.*
- *Lors d'un renouvellement, la marque doit être examinée de la même manière que lors d'un premier enregistrement.*

Arrêt de la Ière cour civile du 20 mai 1986 dans la cause Alpina Watch International AG c. Office fédéral de la propriété intellectuelle

BGE 112/1986 II 263 = PMMBI 25/1986 I 84

II. Muster- und Modellrecht

Art. 48 OJF; art. 2, 3, 12 ch. 4, art. 23 et 24 ch. 1 LDMI, art. 1 al. 2 litt. d LCD, art. 24 litt. b LMF et art. 29 al. 2 CCS – “TETES DE LECTURE”

- *Un recours en réforme contre un arrêt statuant sur des conclusions en cessation de trouble, qui ont un caractère préjudiciel par rapport à des conclusions visant à l’allocation de dommages-intérêts, est recevable (c. 1).*
 - *Le dépôt international de modèle équivaut à un dépôt fait en Suisse (c. 3a).*
 - *L’objet de la protection ne doit pas nécessairement être le résultat d’une activité créatrice; il suffit qu’il présente une certaine originalité; sa forme doit lui avoir été donnée pour des motifs esthétiques, nul ne pouvant monopoliser par un dépôt de modèle une forme conditionnée par la technique, les procédés de fabrication: l’utilisation ou l’effet technique ne sont pas protégés. Des éléments cachés à la vue de l’acheteur ne présentent pour lui pas d’intérêt esthétique et ne peuvent donc pas être protégés (c. 3c).*
 - *Il y a imitation illicite d’un modèle lorsque le produit véritable ne peut être distingué du produit contrefait qu’après un examen attentif, les similitudes portant sur des éléments protégeables (c. 3d).*
 - *S’il n’y a pas imitation au sens de la LDMI parce que les éléments esthétiques des produits diffèrent, il ne peut y avoir de confusion au sens de la LCD, due à l’aspect des produits (c. 4b).*
 - *Sauf si la forme d’une marchandise sert à la distinguer et que la contrefaçon crée un risque de confusion, la forme peut être imitée lorsqu’elle n’est pas l’objet d’un droit exclusif, en particulier lorsqu’elle n’est pas ou plus protégée par la LDMI (c. 5b).*
 - *Celui qui est autorisé à produire ou à commercialiser des pièces de rechange, destinées aux produits d’autrui, a le droit de se référer au produit principal et même de le désigner, tout en évitant que l’acheteur puisse croire que l’article émane du fabricant du produit principal (c. 6b bb).*
-
- *Die Berufung gegen einen Entscheid über Rechtsbegehren gegen die Besitzesstörung, welcher die Schadenersatzrechtsbegehren präjudiziert, ist zulässig (Erw. 1).*
 - *Die internationale Hinterlegung eines Modells ist gleichbedeutend mit der nationalen schweizerischen Hinterlegung (Erw. 3a).*
 - *Der geschützte Gegenstand muss nicht unbedingt das Ergebnis einer schöpferischen Tätigkeit sein; es genügt, wenn er eine gewisse Originalität aufweist; seine Form muss ästhetisch motiviert sein, da niemand durch die Hinterlegung einer technisch bedingten Form sich ein Monopol darauf sichern kann. Verfahren zur Herstellung und zur Verwendung eines Gegenstandes oder dessen technische Anwendung sind modellrechtlich nicht schützbar. Für den Käufer nicht sichtbare Elemente haben für ihn keine ästhetische Wirkung und können deshalb nicht geschützt werden (Erw. 3c).*
 - *Widerrechtliche Nachahmung eines Modells liegt vor, wenn das echte Produkt vom nachgeahmten Produkt nur nach aufmerksamer Betrachtung unterschied-*

den werden kann und wenn sich die Ähnlichkeiten aus den geschützten Bestandteilen ergeben (Erw. 3d).

- *Wenn keine Nachahmung im Sinne des Modellschutzes besteht, weil die ästhetischen Merkmale der beiden Produkte voneinander abweichen, so kann keine Verwechslungsgefahr wegen der äusseren Gestaltung der Produkte im Sinne des UWG vorliegen (Erw. 4b).*
- *Die Form eines Gegenstandes darf nachgeahmt werden, wenn diese nicht Gegenstand eines Exklusivrechtes ist, namentlich wenn sie nicht oder nicht mehr durch den Modellschutz geschützt wird, es sei denn, dass die Form einem Produkt zur Unterscheidung dient und dass die Nachahmung eine Verwechslungsgefahr schafft (Erw. 5b).*
- *Wer zur Produktion und zum Vertrieb von Ersatzteilen für die Produkte eines anderen berechtigt ist, hat auch das Recht, sich auf das Hauptprodukt zu beziehen und sogar darauf hinzuweisen, sofern er vermeidet, dass der Käufer meinen könnte, das Ersatzteil stamme ebenfalls vom Produzenten des Hauptproduktes (Erw. 6b bb).*

Arrêt du tribunal fédéral (1e cour civile) du 27 janvier 1987 dans la cause N.V. Philips'Gloeilampenfabrieken et autres c. Zafira S.A. et autre

Faits:

A. La société N.V. Philips'Gloeilampenfabrieken, à Eindhoven (ci-après: Philips), a déposé, le 28 mars 1973, le modèle international qui a servi d'exemple pour le façonnement des têtes de lecture pour tourne-disques GP 214 (aiguille en saphir) et GP 215 (aiguille en diamant), lancées sur le marché suisse en 1976.

En 1977, les cellules de la série Mark-II (GP 400 II, 401 II, 412 II et 422 II), qui sont des aiguilles de remplacement emboîtables que l'on peut fixer sur les têtes de lecture, furent également distribuées sur le marché suisse.

Zafira S.A. et Zafira Centrale S.A., à Fribourg, sont titulaires de la marque Zafira et s'occupent de la distribution de têtes de lecture et d'aiguilles de rechange, d'origine ou de remplacement. En 1977, elles lancèrent sur le marché suisse les têtes de lecture Zafira 6383 et 6384, ainsi que les aiguilles de rechange emboîtables Zafira 6385, 6386, 6387 et 6389.

B. Par demande en justice déposée le 5 janvier 1982 devant la Cour civile du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, Philips et ses deux consorts – la société distributrice Philips Zurich AG et la société Philips Export BV à laquelle les droits à la marque "Philips" ont été transférés – ont ouvert action contre Zafira S.A. et Zafira Centrale S.A. Les demandereses ont conclu à ce qu'interdiction soit faite aux défenderesses de produire, d'offrir, de mettre en vente, d'introduire dans le commerce ou d'utiliser d'une quelconque manière les têtes de lecture de rechange GP 214 et GP 215, ainsi que les aiguilles de remplacement emboîtables GP 400 II, 401 II, 412 II et 422 II. Elles ont aussi conclu à ce qu'interdiction soit faite aux défenderesses de munir l'emballage des têtes de lecture et des aiguilles litigieuses de 10 textes qu'elles ont reproduits dans la conclusion topique. Elles ont encore

pris une conclusion III en paiement de 110'000 fr. plus intérêts. Elles ont conclu ensuite à ce que les défenderesses soient astreintes à indiquer au tribunal la provenance des têtes de lecture 6383 et 6384 ainsi que des aiguilles 6385, 6386, 6387 et 6389 actuellement en sa possession. Enfin, elles ont conclu à ce que la publication du dispositif du jugement dans 8 journaux et revues expressément désignés par elles soit ordonnée aux frais des défenderesses.

Le Tribunal cantonal a admis une requête de Philips tendant à ce que les débats fussent restreints à toutes les conclusions autres que celle en paiement de 110'000 fr.

Par arrêt du 27 décembre 1985, il a alloué aux demanderesses l'intégralité de leurs conclusions.

C. Les défenderesses interjettent un recours en réforme au Tribunal fédéral en concluant au rejet des conclusions des demanderesses. Avec leur recours, elles produisent deux avis de droit, l'un du prof. *Edmond Martin-Achard* et l'autre du Dr *Lucas David*.

Les demanderesses et intimées proposent le rejet du recours, dans la mesure où il est recevable.

Considérant en droit:

1. Selon l'art. 48 OJ, le recours en réforme n'est recevable en règle générale que contre une décision finale prise par l'autorité cantonale suprême. En principe, seules les décisions qui statuent sur l'ensemble du litige sont finales au sens de cette disposition. Exceptionnellement, cependant, il y a lieu d'entrer en matière sur des recours en réforme contre les jugements statuant définitivement sur des conclusions qui auraient pu faire l'objet d'un procès à part et dont le sort est préjudiciel pour celui des autres conclusions (ATF 107 II 353, 104 II 287/288).

Appliqués au cas particulier, ces principes conduisent à admettre la recevabilité du recours en réforme contre le jugement partiel du 27 décembre 1985. L'arrêt attaqué statue en effet sur des conclusions en cessation de trouble qui auraient pu être formulées dans le cadre d'une procédure distincte et qui ont un caractère préjudiciel par rapport à la conclusion restante visant à l'allocation de dommages-intérêts, en ce sens que cette conclusion ne pourra pas être accueillie si les autres chefs de la demande sont rejetés.

2. Les demanderesses invitent le Tribunal fédéral à écarter de la procédure les deux avis de droit produits par les défenderesses en annexe à leur recours.

Si la jurisprudence prohibe les renvois à des écritures et mémoires de la procédure cantonale (ATF 110 II 78 c. 1 et les arrêts cités), elle n'empêche nullement la production d'avis de droit accompagnant le recours et déposés dans le délai de recours; elle assimile de tels avis de droit à des développements juridiques et ne leur accorde guère plus de poids qu'aux arguments invoqués par la partie recourante ou son conseil (ATF 109 II 283 c. 2, 108 II 175 c. 5, 105 II 3 c. 1). Les deux avis de droit produits par les défenderesses ne seront donc pas écartés.

3. a) A titre préliminaire, la cour cantonale relève pertinemment qu'en vertu de l'art. 23 de la loi fédérale sur les dessins et modèles industriels (LDMI; RS 232.12), le dépôt international du modèle de tête de lecture équivaut à un dépôt fait en Suisse; elle observe en outre avec raison que la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle (RS 0.232.04) et l'Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins ou modèles industriels (RS 0.232.121.1) ne confèrent pas une protection plus étendue que celle qui découle de la LDMI et qu'ils ne font pas dépendre cette protection de conditions différentes (ATF 104 II 325/326 c. 2).

c) Constitue un modèle, au sens de la LDMI, toute forme plastique, combinée ou non avec des couleurs, devant servir de type pour la production industrielle d'un objet (art. 2). Cependant, en vertu de l'art. 3 LDMI, la protection accordée par la loi ne s'applique pas aux procédés de fabrication, à l'utilisation ou à l'effet technique de l'objet fabriqué sur le type du modèle protégé. Chacun peut donc fabriquer son produit de la façon qui soit la plus simple et la plus économique, et lui donner la forme la plus utile du point de vue technique, même s'il doit de la sorte être semblable au produit d'autrui. Il faut donc éliminer les formes qui sont conditionnées par la technique avant d'examiner si les éléments restants justifient la protection accordée au modèle par la loi. L'objet ne doit pas nécessairement être le résultat d'une activité créatrice. Il suffit qu'il présente une certaine originalité et révèle ainsi un minimum d'esprit inventif. Enfin, la forme, pour pouvoir être protégée, doit avoir été donnée à l'objet pour des motifs esthétiques (ATF 104 II 328/329, 95 II 472/473).

Sur la base de ces critères et contrairement à l'opinion de la cour cantonale, on doit d'emblée dénier toute protection fondée sur la LDMI à la forme générale du boîtier du modèle de tête de lecture déposé par Philips, ainsi qu'au support équipé de quatre contacts électriques en fils dorés placés en arc de cercle. Il s'agit là d'éléments entièrement conditionnés par la technique, c'est-à-dire, d'une part, par la nécessité d'insérer la tête de lecture dans le bras du tourne-disque auquel elle est destinée et, d'autre part, par la nécessité de permettre la connexion électrique. Il importe peu que, comme l'a relevé l'expert, ces éléments fonctionnels puissent être réalisés au moyen de formes différentes. Tout d'abord, chacun est en droit de résoudre, quant à la forme adoptée, les problèmes techniques de la même manière que le déposant du modèle. Nul ne peut en effet monopoliser par un dépôt de modèle une forme conditionnée par la technique (ATF 92 II 205). En outre – et c'est là un point capital –, les formes des éléments précités apparaissent totalement étrangères à des motifs ou considérations esthétiques. On a affaire ici à des éléments qui, par leur destination technique, doivent rester entièrement cachés à la vue, enfermés qu'ils sont dans le bras du tourne-disque, auquel la tête de lecture s'adapte. L'acheteur ne peut être qu'indifférent à la forme de tels éléments.

Ne présentent pas davantage d'intérêt esthétique les trous rectangulaires figurant sur la partie supérieure du boîtier et le vide de la partie inférieure arrière de celui-ci. Ce sont là des détails minuscules, absolument insignifiants, et également destinés à être entièrement cachés à la vue en cas d'emploi de la tête de remplacement.

Ne peut pas non plus être considérée comme digne de protection la plaquette de 10 x 6 mm figurant sur la partie frontale de la tête de lecture. Cette plaquette, qui a apparemment pour fonction de servir de butoir d'arrêt lorsqu'on insère la tête de lecture dans le bras, est d'une forme tout à fait banale et élémentaire, qui ne saurait être monopolisée par un dépôt de modèle.

Il faut encore exclure de la protection accordée par la LDMI ce que la cour cantonale appelle "la conception raffinée" du système de protection de l'aiguille de la tête de lecture litigieuse. La conception de ce système, son éventuelle ingéniosité ou ses avantages pratiques supposés n'ont aucun rapport avec les préoccupations esthétiques qui fondent la protection légale. Seule peut ressortir à l'esthétique la forme du dispositif de protection, telle qu'elle apparaît sur les photographies du modèle déposé, soit une plaque rectangulaire dépassant de la tête de lecture. Cette forme revêt cependant un caractère si simple et rudimentaire que l'on peut hésiter à la juger digne de protection. La question peut cependant rester ouverte, car elle n'a pas d'incidence sur le sort du litige, comme on le verra plus loin.

En revanche, les saillies de préhension latérales de la tête de lecture peuvent jouir de la protection légale. Elles ont certes le rôle fonctionnel et technique de permettre de saisir aisément la tête de lecture pour l'insérer dans le bras du tourne-disque ou pour la retirer de celui-ci, mais leur forme et leur disposition, ne serait-ce que parce que c'est un élément qui reste visible après l'insertion et qui doit s'harmoniser avec l'aspect général du bras, répondent manifestement à des motifs esthétiques. L'existence de cet élément empêche donc que soit accueillie, en tout cas en ce qui le concerne, l'exception de nullité du modèle déposé.

d) Quant à savoir si — comme le soutiennent les défenderesses — la petitesse des objets litigieux, qui n'ont pas en eux-mêmes une fonction ornementale, ne constitue pas un facteur justifiant le refus de la protection légale, c'est là une question qu'il n'y a pas lieu d'examiner dans le cas particulier. En effet, à supposer que l'on accorde la protection de la LDMI aux saillies de préhension de la tête de lecture, voire à la partie apparente du dispositif de protection de l'aiguille, il n'y a de toute façon pas matière à retenir en l'espèce une violation des droits des demanderesses sur le modèle déposé.

Une telle violation suppose une imitation illicite du modèle. Selon l'art. 24 ch. 1 LDMI, il y a imitation illicite lorsque le produit véritable ne peut être distingué du produit contrefait qu'après un examen attentif. Or, si l'on compare les éléments des têtes de lecture Zafira nos 6383 et 6384 avec les éléments éventuellement protégés et protégeables du modèle déposé, les différences apparaissent d'emblée. Les saillies de préhension, telles qu'elles figurent sur le modèle déposé, sont au nombre de six et présentent une certaine finesse grâce à leur minceur; en revanche, il n'y a que trois saillies de préhension par côté sur les têtes de lecture des demanderesses et leur forme est différente et plus épaisse. La différence apparaît aussi bien si l'on examine la tête de côté (examen portant sur la partie restant visible lorsque la tête est insérée dans le bras de lecture), que si on l'observe — non insérée — de dessus ou de dessous. Quant à la partie du dispositif de protection de l'aiguille visible sur le modèle, elle se distingue sensiblement de celle des têtes Zafira: vue de côté ou de face (soit lorsque la tête est insérée dans le bras de lecture), la partie avant du dispositif de protection de la tête de lecture Zafira apparaît nettement

cylindrique, alors qu'elle est plate et rectangulaire sur le modèle déposé; elle dépasse en outre moins que sur le modèle. Vu de dessous, le dispositif de protection de la tête Zafira est plus aéré et moins long que celui du modèle.

La constatation nette et aisée des différences précitées permet de dénier tout caractère illicite à l'imitation reprochée aux défenderesses. Ne peuvent pas être considérées comme déterminantes à cet égard les similitudes relevées et retenues par la cour cantonale, car elles portent sur les éléments non protégeables du modèle.

4. a) Pour admettre les conclusions des demanderesses tendant à interdire la commercialisation des têtes de lecture litigieuses par les défenderesses, la cour cantonale ne s'est pas fondée uniquement sur la LDMI. Elle a aussi appliqué, concurrentement, la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD; RS 241) et considéré, en substance, que les défenderesses tombaient sous le coup de l'art. 1er al. 2 litt. d de cette loi, qui assimile à une violation des règles de la bonne foi le fait de prendre des mesures destinées ou de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, l'activité ou l'entreprise d'autrui.

Les défenderesses soutiennent, à l'encontre de cette argumentation, qu'il n'est pas possible de considérer comme illicite au sens de la LCD ce qui est permis par la loi spéciale qu'est la LDMI. Elles font en outre valoir l'absence de tout risque de confusion en l'espèce, du fait, notamment, de leur système de vente.

b) Pour admettre l'existence d'un risque de confusion au sens de l'art. 1er al. 2 litt. d LCD, la cour cantonale a comparé les têtes de lecture litigieuses entre elles, et non plus les têtes de lecture Zafira avec le modèle déposé. Outre les couleurs blanche ou orange du dispositif de protection de l'aiguille, qui sont étrangères au modèle déposé, la seule différence existant entre les têtes de lecture Philips et ce modèle tient à la forme de l'avant du dispositif de protection de l'aiguille, qui est pentagonal sur la tête de lecture et rectangulaire sur le modèle. Mais cet élément ne change rien aux différences constatées plus haut lors de la comparaison des têtes de lecture litigieuses, s'agissant en particulier de l'avant des dispositifs de protection de l'aiguille, puisque celui des têtes de lecture Zafira, cylindrique, diffère aussi bien du rectangle plat du modèle que du pentagone plat de la tête commercialisée.

On a déjà observé qu'à côté des similitudes portant sur des éléments non protégés par la LDMI, il existe entre les têtes de lecture Philips et Zafira des différences nettes. Cette constatation permet d'exclure en l'espèce un risque de confusion fondé sur la forme et l'aspect des produits. S'il n'y a pas imitation au sens de la LDMI parce que les éléments esthétiques des produits diffèrent, il ne peut y avoir de confusion, au sens de la LCD, due à la forme et à l'aspect des produits.

Certes, il est possible que des facteurs supplémentaires, comme l'emballage, un camouflage des différences ou un système de vente trompeur, soient une source de confusion tombant sous le coup de la LCD. Il n'y a cependant pas lieu en l'espèce d'examiner si de tels facteurs devraient être pris en considération, car les demanderesses n'ont pas pris de conclusions en constatation d'actes de concurrence déloyale fondés sur la confusion engendrée par des facteurs de ce genre, mais uniquement des conclusions tendant à ce que soient interdites la production et la commercialisation du produit lui-même, minutieusement décrit. Or, comme les têtes de lecture des défenderesses ne créent pas à elles seules un risque de confusion,

une interdiction de les produire et de les commercialiser ne peut pas davantage être prononcée sur la base de la LCD qu'en application de la LDMI.

Ces considérations conduisent donc au rejet des conclusions 1a et b des demanderesse, que le dispositif de l'arrêt attaqué a reprises également sous ch. 1a et b.

5. a) La cour cantonale a ensuite examiné les conclusions des demanderesse, visant à interdire la commercialisation par les défenderesse des aiguilles de rechange du type GP 400 II, 401 II, 412 II et 422 II, au regard des seules dispositions de la LCD, car les aiguilles de rechange Philips n'ont pas fait l'objet d'un dépôt de modèle. Elle a jugé le risque de confusion encore plus net pour ces produits que pour les têtes de lecture.

Les défenderesse contestent que les aiguilles de rechange litigieuses tombent sous le coup de la LCD. A cet égard, elles relèvent l'absence de toute force distinctive de ces objets, du fait de leur simplicité banale, de leur taille minuscule et de la multiplicité des produits analogues.

b) Selon la jurisprudence, que la cour cantonale a d'ailleurs rappelée, lorsque la forme d'une marchandise n'est pas protégée par une règle du droit de la propriété industrielle, elle peut en principe être librement utilisée. Rien n'interdit d'imiter même servilement la marchandise d'autrui, si la forme n'est pas l'objet d'un droit exclusif. Il n'en va autrement que si la forme d'une marchandise sert à la distinguer et que la contrefaçon crée un risque de confusion, parce qu'elle est de nature à tromper l'acheteur sur la qualité ou la provenance du produit (ATF 105 II 301 c. 4a et les arrêts cités).

La cour cantonale oublie cependant de mentionner la jurisprudence selon laquelle la forme d'une marchandise peut aussi être imitée pour des motifs esthétiques lorsqu'elle n'est pas ou plus au bénéfice de la protection accordée par la LDMI. Dans ce cas, l'aspect esthétique n'est en effet pas le monopole de son créateur spirituel; partant, chacun a le droit de donner à son produit la forme qui lui convient le mieux et qui le rend plus attractif. Il n'en va autrement que si l'aspect extérieur de la marchandise imitée est destiné ou de nature à permettre de distinguer cette marchandise de produits semblables ou de même nature, d'origine différente (ATF 108 II 74; 104 II 332; cf. aussi *David*, Die Gerichtspraxis zur sklavischen Nachahmung von Warenformen, in: Revue Suisse de la Propriété industrielle et du Droit d'Auteur, 1983, fasc. 2, p. 9 ss).

Aussi importe-t-il peu, en l'espèce, que l'aspect extérieur des aiguilles Philips ait été dicté par des raisons esthétiques et par le souci de distinguer ces objets du produit d'autrui. Ce qui est décisif, ce n'est pas la motivation subjective du créateur du produit, mais l'impression que donne le produit à l'acheteur quant à sa provenance. Il faut en effet rechercher si l'imitation peut induire l'acheteur en erreur au sujet de l'origine ou de la qualité de la marchandise. Tel est le cas si la forme ou le conditionnement imités désignent la provenance ou la qualité, parce que les acheteurs se sont habitués à lier l'aspect de la marchandise à une origine ou à une qualité déterminées (ATF 92 II 207/208 c. 7a).

Le seul examen des aiguilles des demanderesse révèle l'absence de toute force distinctive. L'impression que ces objets donnent au regard est relativement simple: un boîtier, un dispositif transparent de protection de l'aiguille, et un tube métal-

lique dans lequel est fixée l'aiguille. Vu la petitesse du produit, les détails esthétiques minutieusement décrits dans l'arrêt attaqué passent inaperçus. Il ne paraît pas possible, étant donné la multitude de formes d'aiguilles existant dans le commerce, que les aiguilles litigieuses apparaissent à ce point caractéristiques qu'un acheteur, même averti, les identifie comme des produits Philips en se fondant uniquement sur leur aspect. L'arrêt cantonal ne contient du reste aucune constatation à ce sujet.

L'expérience générale de la vie enseigne en outre que l'acheteur d'une aiguille de rechange ne se préoccupe pas de la forme de la pièce, généralement peu ou mal visible une fois posée; ce qui lui importe, c'est que cette aiguille s'adapte au bras de lecture du tourne-disque et fonctionne. Et si l'acheteur se soucie de la provenance d'une aiguille dont il a apprécié la qualité ou qui lui inspire confiance, ce n'est pas à sa forme qu'il se fierait ou se référerait, mais à sa marque. Les aiguilles litigieuses Zafira, qui ne portent pas de marque sur leur dispositif de protection, ne sont donc pas, comme telles, de nature à tromper l'acheteur sur leur qualité ou leur provenance. Il ne peut donc pas être donné suite aux conclusions topiques des demanderesse, puisque le produit lui-même, seul visé par lesdites conclusions, ne prête pas à confusion au sens de la LCD.

6. a) La cour cantonale a alloué aux demanderesse leurs conclusions II tendant à interdire aux défenderesse de munir les emballages des têtes de lecture et aiguilles litigieuses de dix textes, dont copie figure dans l'arrêt, et qui ont été apposés sur des étiquettes. Ces textes sont classés en trois catégories. Trois d'entre eux ont été considérés comme constituant un usage illicite de la marque Philips, au sens de l'art. 24 litt. b LMF, et une usurpation du nom, selon l'art. 29 al. 2 CC, parce qu'ils utilisent le mot "Philips", sans plus amples précisions, et donnent ainsi à penser à l'acheteur qu'il est en présence d'un produit de fabrication Philips. Les autres textes, soit deux sans indication "Zafira" et cinq avec l'indication "Zafira" et la mention "remplacement pour Philips...", ont été considérés comme créant un risque de confusion.

Les défenderesse n'émettent aucune critique à l'encontre des considérants de l'arrêt attaqué relatifs aux trois étiquettes et textes employant le mot "Philips" sans plus amples précisions; elles ne s'en prennent pas davantage aux développements touchant les deux étiquettes qui ne comportent pas l'indication "Zafira". A cet égard, elles se bornent à déclarer, comme elles l'ont déjà fait devant les premiers juges, qu'elles n'utilisent plus ces deux catégories d'étiquettes. En revanche, elles contestent que l'art. 24 litt. b LMF et l'art. 1er LCD puissent être appliqués à l'endroit des étiquettes de la troisième catégorie, à savoir celles qui comportent le mot "Zafira" et l'indication "remplacement pour Philips...".

b) aa) Bien que les défenderesse prétendent ne plus utiliser les textes et étiquettes des deux premières catégories décrites, les demanderesse ont un intérêt à en faire prononcer l'interdiction, à supposer qu'ils soient illicites au sens de la LMF ou de la LCD. En effet, la réalité de l'utilisation passée, qui n'était d'ailleurs pas niée au moment de l'ouverture d'action, suffit à justifier les conclusions, de même que le risque d'une nouvelle utilisation.

bb) On doit admettre avec la cour cantonale que les trois textes et étiquettes de la première catégorie sont illicites au sens de la LMF et de l'art. 29 al. 2 CC.

En effet, l'utilisation du mot "Philips" sans aucune autre précision laisse supposer que le produit vendu est un produit Philips. L'adjonction ou l'en-tête "Zafira" ne suffit pas à dissiper cette impression chez l'acheteur, qui peut penser que cette désignation concerne un distributeur d'un produit Philips d'origine.

cc) La situation n'est pas la même pour les textes et étiquettes des deuxième et troisième catégories, soit ceux qui portent l'indication "Remplacement pour Philips no ...". Cette indication ne sert en effet pas à désigner les têtes de lecture ou aiguilles et ne constitue donc pas un emploi illicite de la marque Philips, ni une usurpation du nom pour désigner un produit étranger à Philips. En revanche, une telle indication pourrait tomber sous le coup de la LCD si elle créait un risque de confusion entre le produit sur lequel elle figure et les produits Philips d'origine.

Celui qui, comme en l'espèce, est autorisé à produire ou à commercialiser des pièces de rechange, destinées aux produits d'autrui, a le droit de se référer au produit principal et même de le désigner. Il n'y a rien d'illicite à rendre la clientèle attentive aux possibilités d'utilisation de la pièce de rechange et il est, à cet égard, inévitable de devoir employer, dans les indications ou la désignation de la pièce, le nom ou la marque du produit principal auquel cette pièce est destinée. Le producteur de la pièce de rechange doit cependant éviter, par des indications, précisions ou adjonctions appropriées, que l'acheteur puisse croire que le produit émane du producteur du produit principal (ATF 87 II 63/64, 63 II 287/288; *Troller*, *Immaterialgüterrecht*, 3e éd., p. 939; *von Büren*, *Kommentar zum UWG*, p. 46/47).

Comme les défenderesses peuvent munir leurs produits ou leurs emballages d'indications (en particulier celle de leur marque) propres à éviter une confusion avec les produits Philips, il est déjà douteux que puissent être allouées aux demanderesses des conclusions tendant à faire interdire purement et simplement les étiquettes litigieuses.

De toute façon, il ne paraît possible de retenir en l'espèce le risque de confusion prêté par les demanderesses aux textes litigieux des deuxième et troisième catégories d'étiquettes. Les indications "remplacement pour Philips no ...", suivies du numéro de l'article Philips d'origine, mais précédées d'un autre numéro étranger à Philips, permettent déjà difficilement d'admettre un risque de confusion. Et surtout, l'adjonction sur l'emballage et sur l'étiquette, ou sur l'emballage seul, de la marque Zafira suffit à écarter un tel risque.

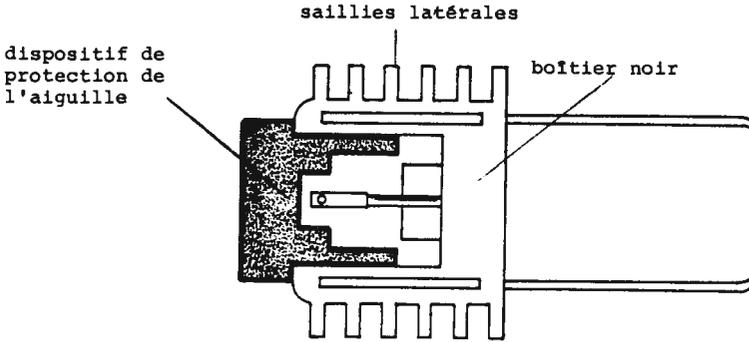
Dès lors, la conclusion II des demanderesses, reprise sous ch. 2 de l'arrêt cantonal, ne doit être admise que pour les trois étiquettes qui ne contiennent pas les mots "remplacement pour"; partant, elle doit être rejetée pour les sept autres étiquettes.

Note:

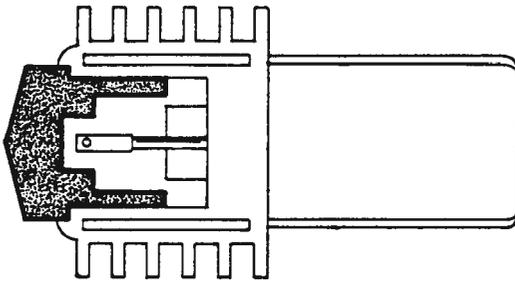
Il est intéressant de noter que, dans son arrêt du 27 décembre 1985, le tribunal cantonal de Fribourg avait notamment considéré que:

- le modèle est protégé, qu'il soit fabriqué ou non; les modèles défensifs sont donc admissibles (c. 2a);

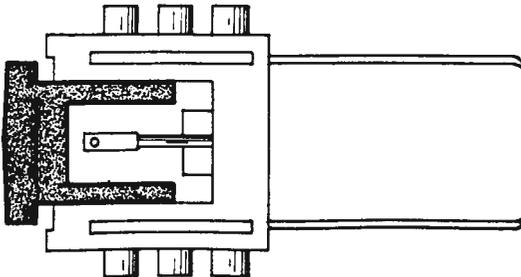
Têtes de lecture



Mod.dép.
55 760



Philips
GP 214 et GP 215



Zafira
No. 6383 et 6384

- le dépôt crée la présomption de nouveauté; la protection légale est accordée si les éléments qui restent après élimination de ceux du domaine public ainsi que de ceux imposés par la technique et l'utilisation de l'objet le justifient (c. 2b);
- l'imitation s'apprécie par l'examen simultané des deux modèles, en retenant les similitudes; la seule modification de couleurs ne constitue pas une différence (c. 3);
- la loi sur les cartels ne s'applique pas aux monopoles qui résultent exclusivement de la protection juridique de la propriété intellectuelle; les abus en la matière peuvent être combattus seulement par la législation sur la protection de la propriété intellectuelle (c. 8).

Art. 24 LDMI – "EXAMEN ATTENTIF"

- *Il n'est pas contraire à la loi ni arbitraire de considérer que la marque apposée sur des montres et le prix de vente de ces dernières ne constituent pas une distinction suffisante, sauf examen attentif.*
- *Es ist nicht gesetzeswidrig und auch nicht willkürlich, zu entscheiden, dass die auf Uhren und auf der Preisetikette dieser Uhren angebrachte Marke keine genügende Unterscheidung aufweist, es sei denn erst nach aufmerksamer Betrachtung.*

Arrêt de la cour de cassation de Genève du 9 octobre 1986 dans la cause B. (communiqué par Me Dominique Poncet, avocat à Genève)

Sur le fond, le recourant se plaint d'une interprétation erronée de la notion "d'examen attentif" au sens de la loi fédérale sur les dessins et modèles industriels.

L'art. 24 de la loi fédérale sur les dessins et modèles industriels rend passible de poursuites pénales celui qui aura contrefait ou imité un dessin ou modèle déposé "de telle manière que le produit véritable ne puisse être distingué du produit contrefait qu'après un examen attentif". La loi entend donc punir le contrefacteur dont l'activité est assez habile pour que l'imitation n'apparaisse pas d'emblée comme grossière, mais ne soit au contraire perceptible qu'après un examen soigneux.

La Cour de justice n'a nullement violé la loi en relevant la ressemblance citée ci-dessus et en observant que B. est horloger de formation et de métier. Il est d'ailleurs très significatif à cet égard que le recourant, devant l'instance antérieure, ait fait valoir "que ses produits se distinguaient par la marque qui y était apposée et par leur prix de vente bas". C'est donc bien qu'il n'y avait pas d'autre moyen de distinction, sauf examen attentif.

B. a été condamné sans violation de la loi ni arbitraire, de sorte que son argument sur le fond doit être rejeté.

III. Urheberrecht

Art. 1 Abs. 1, Art. 25 Abs. 2 URG – “GENOSSENSCHAFTSAPOTHEKE WINTERTHUR”

- *Der Bericht über die ordentliche Delegiertenversammlung einer Genossenschaftsapotheke kann ein urheberrechtlich geschütztes Werk darstellen (OGer Erw. 2, Frage von BGer offengelassen).*
- *Ein solcher Bericht behandelt jedoch eine Tagesfrage und darf daher kopiert werden, wenn er nicht unmissverständlich mit einem Nachdruckverbot versehen wird (BGer Erw. 3a und b).*
- *Es ist nicht ersichtlich, warum das Unterlassen der Quellenangabe einen Schaden verursachen soll, der höher ist als das dem Autor nach dem Kollektivvertrag zustehende Honorar.*
- *Un article sur l'assemblée ordinaire des délégués d'une pharmacie coopérative peut constituer une oeuvre protégée par le droit d'auteur (TC c. 2, question laissée ouverte par le TF).*
- *Un tel article traite cependant une question d'actualité et peut par conséquent être reproduit, sauf si la reproduction en est expressément réservée (TF c. 3a et b).*
- *On ne voit pas pourquoi l'absence d'indication de la source causerait un dommage supérieur au montant des honoraires qui aurait été dû à l'auteur en vertu de la convention collective.*

Urteile OGer ZH I. Zivilkammer vom 20. Mai 1986 und BGer I. Zivilabteilung vom 26. Januar 1987 (im Verfahren gemäss Art. 60 Abs. 2 OG)

S. D. liess in der “Winterthurer AZ” vom 23. November 1984 unter den Überschriften “75 Jahre Genossenschaftsapotheke Winterthur – Dem Wandel der Zeit angepasst” einen Artikel veröffentlichen, der mit “sd” gezeichnet war und etwa den siebten Teil einer Seite der Zeitung beanspruchte. D. berichtete darin über die ordentliche Delegiertenversammlung der Genossenschaftsapotheke vom “letzten Dienstag”, indem er insbesondere ausführte, in seinem Jahresbericht habe ihr Präsident vorweg erwähnt, dass das 75-Jahr-Jubiläum Gelegenheit gegeben habe, die Genossenschaftsapotheke und ihre Geschäfte wieder einmal der Bevölkerung vorzustellen; eine gewisse Werbewirksamkeit könne zweifellos erwartet werden. Der Präsident habe sodann die Selbstdispensation der Ärzte kritisiert; es sei ein Unsinn sondergleichen, wenn in einer Stadt wie Winterthur, in der eine optimale Versorgung mit Arzneimitteln durch die Apotheken rund um die Uhr gewährleistet sei, von einzelnen Ärzten Medikamente abgegeben würden. Ergänzend fügte D. namentlich bei, in der schlichten, von Guido Weber apart, übersichtlich und chronologisch gestalteten Festschrift werde die Geschichte der Genossenschaftsapotheke bis heute aufgezeigt und mit (auch politischen) Begebenheiten in der Stadt verglichen. Der Schrift sei zu entnehmen, dass nur dank der Beharrlichkeit und des unerschütter-

lichen Glaubens der verantwortlichen Männer an die Kraft der Genossenschaft das gesetzte Ziel habe erreicht werden können.

Die Beklagte, welche die "Winterthurer Woche" herausgibt, veröffentlichte in dieser Zeitung am 29. November 1984 eine gekürzte Fassung dieses Artikels, wobei sie sich im wesentlichen auf die angeführten Teile beschränkte, das Kennzeichen "sd" wegliess und davon absah, die Quelle anzugeben. D. fühlte sich in seinem Urheberrecht verletzt und verlangte Fr. 500.— Entschädigung. Die Redaktion der Zeitung bedauerte den Vorfall, war aber nicht bereit, den Verfasser mit mehr als Fr. 150.— zu entschädigen.

Am 28. August 1985 klagte D. gegen die Beklagte auf Zahlung von Fr. 2'000.—. Er verlangte ferner, dass die Beklagte in ihrer Zeitung eine von ihm verfasste Mitteilung veröffentliche. Mit Urteil vom 20. Mai 1985 verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich die Beklagte zur Veröffentlichung eines Textes in ihrer Zeitung, in dem insbesondere festgehalten wird, dass der streitige Artikel von der Redaktion der "Winterthurer Woche" aus der "Winterthurer AZ" vom 23. November 1984 in gekürzter Form ohne einen Hinweis auf die Übernahme und auf die Initialen "sd" des Verfassers übernommen worden sei und dass die "Winterthurer Woche" durch das Weglassen der Quellenangabe Art. 25 Abs. 4 URG verletzt habe. Im übrigen wies das Obergericht die Klage ab.

Aus der Begründung des Obergerichtes:

b) Das Urheberrecht gewährleistet keinen allgemeinen Leistungsschutz für geistige Produkte. Geschützt sind nur Werke im Sinne von Art. 1 ff. URG. Die Frage, welches die Wesensmerkmale der gemäss URG geschützten Werke seien, hat immer wieder Kopfzerbrechen bereitet.

Das Bundesgericht hat die urheberrechtlich geschützten Werke als "eigenartige Geistesschöpfungen von selbständigem Gepräge", als "Verkörperung eines Gedankens, für die es einer individuellen geistigen Tätigkeit bedürfe", als "Ausdruck einer originellen geistigen Idee" bezeichnet (BGE 77 II 379). An anderer Stelle hat das Bundesgericht die Notwendigkeit eines individuellen Gepräges hervorgehoben (BGE 101 II 105). In BGE 75 II 360 sprach das Bundesgericht von einer "Offenbarung eines schöpferischen Gedankens in der Formgebung". In BGE 106 II 74 betonte das Bundesgericht, eine Kombination von wiederum gängigen, allgemein typisch erachteten Merkmalen genüge nicht. Die für die Individualität erforderliche Verschiedenheit sei nur gegeben, sofern sie handgreifliche Züge aufweise, mühelos erkennbar sei. Individualität brächten nicht bereits kleinste Abweichungen in Einzelheiten hervor. Entscheidend sei, ob sich die Einzelheiten zu einer merkbar unterschiedlichen Einheit zusammenfügten.

Troller hat das Merkmal der Originalität als entscheidend bezeichnet (Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 452). Um diese festzustellen, sei zu vergleichen mit Gebilden, die zuvor bestanden haben (a.a.O., S. 462). *Kummer* hat dargetan, dass der vom Bundesgericht verwendete Begriff "eigenartige Schöpfung" nichts anderes als die Individualität des Werkes meine (*Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, S. 37). Individuell sei aber gleichzusetzen mit statistisch einmalig (a.a.O., S. 80). *Troller* hat sich in seinem Kommentar zum Verlagsvertrag dieser Auffassung an-

geschlossen. Massgebend ist danach die Individualität des Werkes als einmalige Erscheinung. Zu fragen sei, ob ein gleiches Werk schon einmal bestanden habe oder von einem anderen Urheber zu erwarten sei (N 6 der Vorbemerkungen zu Art. 380–393 OR). Auch im 1981 in 2. Aufl. erschienenen Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts setzt *Troller* die statistische Einmaligkeit und das individuelle Gepräge des Werkes gleich. Es bedeute, dass das Werk nur einmal so bestehe, dass nie zuvor ein gleiches Werk bestanden habe und nach aller Voraussicht auch nie ein solches entstehen werde (S. 77 f.).

In ZR 78 Nr. 80 hat die I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich gesagt, statistische Einmaligkeit genüge für den Werkcharakter noch nicht, weil damit noch nichts über die Individualität bzw. Originalität des Werkes ausgesagt sei. Sie hat einen Werbebrief als zwar statistisch einmalig bezeichnet, ihm aber die für ein Werk erforderliche Originalität abgesprochen, weil Stil, Wortwahl und Ausdrucksform des Textes dem in der Branche Landesüblichen entspreche. Dabei ist jedoch der Begriff “statistisch einmalig” wohl anders verwendet worden, als ihn *Kummer* und *Troller* gebrauchen.

Zur Feststellung der statistischen Einmaligkeit eines präsumtiven Werkes ist ein Vergleich mit anderen Erzeugnissen anzustellen. Verglichen werden soll einerseits mit bestehenden Werken, andererseits mit hypothetischen Erzeugnissen, nämlich mit solchen, die aller Voraussicht nach einmal entstehen werden. Statistische Einmaligkeit im Sinne eines Vergleiches bedeutet aber nicht einfach Fehlen der Identität mit einem anderen Erzeugnis. Statistisch einmalig heisst auch für *Kummer* nicht, dass die kleinste Abweichung von einem Vorbild für die Einmaligkeit genügt. Vielmehr sind für ihn einzig Verschiedenheiten erheblich, “die der ‘Normalbetrachter’ im Rahmen seiner natürlichen Optik wahrnimmt” (a.a.O., S. 67). Die Individualität müsse “handgreiflich” sein (a.a.O., S. 70).

Sowohl das Bundesgericht wie auch die Literatur haben es abgelehnt, eine ästhetische Wertung als verbindliches Merkmal des Werkes im urheberrechtlichen Sinne anzunehmen. Dann ist es zwar folgerichtig, die Originalität bzw. Individualität im Sinne der statistischen Einmaligkeit zu verstehen. Schwierigkeiten zeigen sich jedoch auch bei dieser Methode in zweierlei Hinsicht. Einerseits ist es selbst im Zeitalter des Computers völlig unmöglich, festzustellen, ob ein gleichartiges Erzeugnis schon existiert. Erst recht ist ein solcher Vergleich nicht absolut möglich für Werke, die allenfalls in der Zukunft erst entstehen. Die zweite Hauptschwierigkeit besteht darin, dass nicht schon der kleinste Unterschied eines Erzeugnisses zum andern für eine statistische Einmaligkeit im genannten Sinne genügen kann. Was eben der “Normalbetrachter” als “handgreiflichen” Unterschied betrachtet, ist wiederum eine Wertungsfrage. Handgreifliche Unterschiede liegen nicht dann vor, wenn Einzelheiten voneinander abweichen, sondern wenn sich die Einzelheiten zu einer von anderen Erzeugnissen merkbar unterschiedlichen Einheit zusammenfügen (BGE 106 II 74 unter Hinweis auf *Troller* und *Kummer*). Damit wird aber wieder ein wertendes Element in die Begriffsbestimmung gebracht. Es kommt deshalb auch dann, wenn man auf das Kriterium der statistischen Einmaligkeit abstellt, auf ein gewisses subjektives Empfinden des Beurteilenden an.

c) Der Kläger verweist darauf, er habe nicht einfach nur eine Meldung publiziert, in welcher über die Tatsache der Durchführung und über die gefassten Beschlüsse

der Delegiertenversammlung der Genossenschaftsapotheke informiert worden sei. Vielmehr sei er auf einzelne Voten eingegangen, habe diese gewichtet, ausgewählt und formuliert. Durch Zusammenfassen der Referate habe er zur Urteilsbildung des Lesers beigetragen. Insbesondere habe er die Festschrift gewertet, was im nachstehenden Satz zum Ausdruck komme:

“In der schlichten, von Guido Weber apart, übersichtlich und chronologisch gestalteten Festschrift ...”

Dieser Bestandteil des Artikels sei eindeutig Kommentar, Wertung, eigene Stellungnahme. Er mache damit den ganzen Artikel zum geschützten Werk.

d) In der Tat berichtet der Kläger nicht nur über die Tatsache der Delegiertenversammlung der Genossenschaftsapotheke. Vielmehr hat er eine gewisse Auswahl aus dem Geschehenen vorgenommen. Ob die Art, wie er dies zum Ausdruck gebracht hat, so individuell bzw. originell sei, dass sie ein urheberrechtliches Werk begründe, mag offenbleiben. Der Kläger berichtet im fraglichen Beitrag nämlich auch über die Festschrift und wertet diese in einer Art, die als individuell bzw. originell betrachtet werden kann. Mindestens dieser Teil verleiht dem Bericht des Klägers eine Qualität, die es rechtfertigt, ihn als Werk im Sinne von Art. 1 Abs. 1 URG zu betrachten. Zwar ist der grösste Teil des Artikels in einer unpersönlichen Art geschrieben, welche sich nicht von irgendwelchen anderen Zeitungsmeldungen über Generalversammlungen und Jubiläen von Firmen unterscheidet. Der erwähnte Satz über die Festschrift verleiht jedoch dem Artikel als Ganzes eine individuelle bzw. originelle und persönliche Note.

Der Kläger hat gegen dieses Urteil Berufung an das Bundesgericht eingelegt unter Erneuerung des Antrages, die Beklagte zur Bezahlung von Fr. 2'000.— zu verurteilen. Das Bundesgericht weist im Verfahren gemäss Art. 60 Abs. 2 OG ab.

Aus der Begründung:

2. Das Obergericht ist mit dem Kläger der Auffassung, dass zumindest einzelne Teile des streitigen Artikels Eigenschaften aufweisen, die es rechtfertigen, den Beitrag als Werk im Sinne von Art. 1 Abs. 1 URG zu betrachten. Die Beklagte beharrt dagegen noch im Berufungsverfahren darauf, dass von einem urheberrechtlich geschützten Werk keine Rede sein könne.

Wissenschaftliche oder literarische Arbeiten, wie Abhandlungen, Beiträge und Berichte, fallen unter den Begriff des geschützten Werkes im Sinne von Art. 1 URG, wenn die konkrete Darstellung nicht bloss Gemeingut enthält, sondern insgesamt als Ergebnis geistigen Schaffens von individuellem Gepräge oder als Ausdruck einer neuen originellen Idee zu werten ist; Originalität und Individualität oder statistische Einmaligkeit gelten denn auch als Wesensmerkmale des geschützten Werkes. Am eindrucklichsten sind diese Schutzvoraussetzungen erfüllt, wenn die Arbeit den Stempel der Persönlichkeit ihres Verfassers trägt, unverkennbar charakteristische Züge oder handgreifliche Unterschiede aufweist. Das heisst nicht, an das Mass der geistigen Leistung seien stets so hohe Anforderungen zu stellen; wo dem Verfasser einer Arbeit von vornherein der Sache nach wenig Spielraum bleibt, wird der ur-

heberrechtliche Schutz auch schon gewährt, wenn bloss ein geringer Grad selbständiger Tätigkeit vorliegt (BGE 106 II 73/74, 88 IV 126 und 85 II 123 Erw. 3, je mit weiteren Hinweisen).

Von diesem Begriff des urheberrechtlich geschützten Werkes geht auch das Obergericht aus. Bei dessen Anwendung auf den vorliegenden Fall verkennt es nicht, dass der Kläger im wesentlichen nur über die Delegiertenversammlung der Genossenschaftsapotheke und damit über ein Ereignis von einer gewissen lokalen und politischen Bedeutung berichtet, insbesondere Ausführungen aus dem Jahresbericht des Präsidenten wiedergegeben hat, weshalb ein grosser Teil seines Artikels sich nicht von anderen Zeitungsmeldungen über Generalversammlungen und Firmenjubiläen unterscheidet. Ein Mindestmass von Originalität ist nach Auffassung des Obergerichts dagegen darin zu erblicken, dass der Kläger anschliessend die Jubiläumsschrift der Genossenschaftsapotheke von sich aus gewürdigt habe, was dem Artikel als Ganzes eine individuelle und persönliche Note verleihe.

Diese Erwägung hat zwar einiges für sich, wenn berücksichtigt wird, dass die Anforderungen an die Individualität nicht übertrieben werden dürfen und dass Art. 25 Abs. 5 URG bloss negativ umschreibt, was nicht geschützt ist, und die Ausnahme auf "einfache Zeitungsmittelungen" beschränkt. Am erforderlichen Mindestmass selbständiger Tätigkeit liesse sich vorliegend aber auch zweifeln, zumal es sich nach dem Jahresbericht und der Jubiläumsschrift um Vorgänge handelte, die sich unabhängig vom Kläger abspielten. Dazu kommt, dass reine und sachgerechte Berichterstattung einerseits und persönliche Beurteilung andererseits schwer auseinanderzuhalten sind und es nicht allen Reportern gelingt, von gebräuchlichen Redewendungen weg zu einer individuellen Gestaltung zu gelangen, ihren Berichten einen urheberrechtlich charakterisierenden Gehalt zu geben (*Troller*, Immaterialgüterrecht I, 3. Aufl., S. 353 f.). Die Feststellung des Klägers, dass die Festschrift in ihrer schlichten und aparten Form übersichtlich und chronologisch gestaltet sei, lässt nicht einmal zwingend darauf schliessen, dass er sie gelesen und sich damit auseinandergesetzt hat. Ob das Obergericht im streitigen Artikel zu Recht ein geschütztes Werk im Sinne von Art. 1 URG erblickt habe, kann indes dahingestellt bleiben, wenn sein Urteil im Ergebnis so oder anders nicht zu beanstanden ist.

3. Gemäss Art. 25 URG dürfen in Zeitungen oder Zeitschriften veröffentlichte Werke grundsätzlich ohne Rücksicht auf ihren Gegenstand nur mit Zustimmung des Urhebers wiedergegeben werden (Abs. 1). Davon ausgenommen sind Artikel über Tagesfragen wirtschaftlicher, politischer oder religiöser Natur in der Presse, wenn die Wiedergabe nicht ausdrücklich vorbehalten worden ist oder wenn die Artikel nicht ausdrücklich als Originalbeiträge oder Originalberichte bezeichnet worden sind (Abs. 2); zulässig sind ferner kurze Zitate aus Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln (Abs. 3). In den Ausnahmefällen ist aber die Quelle deutlich anzugeben und, falls der Artikel gekennzeichnet ist, auch der Name oder das Pseudonym beizufügen (Abs. 4).

a) Nach Auffassung des Obergerichts befasst sich der streitige Artikel mit einer wirtschaftlichen und politischen Tagesfrage im Sinne von Art. 25 Abs. 2 URG. Der Kläger lässt dies nicht gelten; er wirft dem Obergericht Verletzung von Bundesrecht vor, weil es den Begriff "Tagesfrage" als blosser Aktualität verstehe. Erforderlich

sei darüber hinaus eine wesentliche Bedeutung der Frage für die öffentliche Diskussion; der französische Gesetzestext, der dem Urtext von Art. 9 Abs. 2 RBUE entnommen sei, spreche denn auch von “articles d’actualité de discussion” und müsse deshalb als massgebend bezeichnet werden.

Dass der Begriff der Tagesfrage in Art. 25 Abs. 2 URG auf gewichtige Themen, die auf allgemeines Interesse stiessen, allgemein diskutiert würden und allenfalls noch einer Entscheidung harren, zu beschränken sei, ist dem Wortlaut der Bestimmung indes nicht zu entnehmen. Die Kritik des Genossenschaftspräsidenten an der Selbstdispensation der Ärzte, von der im Artikel die Rede ist, spricht übrigens für ein solches Thema, zumal sie mit der Feststellung schliesst, dass der Unmut darüber im weiteren Kreisen wachse. Art. 9 Abs. 2 RBUE ergibt ebenfalls nichts für eine solche Beschränkung; anlässlich der Revision von 1955 wurde das Sonderrecht für die Zeitungen vielmehr auf Zeitschriftenartikel ausgedehnt, um es jener Bestimmung anzupassen. Damit sollten national wie international kleinere Blätter die Möglichkeit erhalten, Artikel aus grösseren Zeitungen im Interesse der öffentlichen Meinungsbildung zu übernehmen (BGE 108 II 479/80 mit Zitaten); was der Kläger aus der im genannten Entscheid angeführten Lehre zugunsten seiner Auffassung ableiten will, ist unerfindlich.

b) Der Kläger wirft dem Obergericht vor, Art. 25 Abs. 2 URG auch dadurch verletzt zu haben, dass es den streitigen Artikel trotz Kennzeichnung mit den Initialen des Verfassers nicht als Originalbeitrag oder -bericht werte. Nach dieser Bestimmung müsse der Urheber für den Leser lediglich zum Ausdruck bringen, dass es sich um einen solchen Beitrag oder Bericht handle; das ergebe sich auch aus einem Kürzel. Seine Kennzeichnung entspreche zudem den Usancen in der Schweizer Presse. In Zeitungen der deutschen Schweiz pflegten Redaktoren und ihre Mitarbeiter nur selten unter Angabe ihres vollen Namens zu schreiben; in der Regel begnügten sie sich mit einem Kürzel, in dem eine ausdrückliche Bezeichnung im Sinne von Art. 25 Abs. 2 URG, folglich auch der Vorbehalt erblickt werde, dass der Zeitungsartikel nur mit Zustimmung des Verfassers nachgedruckt werden dürfe. Der Kläger beruft sich ferner auf *Carl Ludwig*, Schweizerisches Presserecht, S. 213/14.

Dieser Autor erklärt an der zitierten Stelle, dass die Bezeichnungen “Originalbeitrag” und “Originalbericht” in der Schweiz wenig üblich seien, weshalb ihre Verwendung zu Auslegungsschwierigkeiten Anlass geben könne; man werde aber kaum fehlgehen, wenn man unter den beiden Begriffen vor allem die mit dem Namen oder dem Kennzeichen versehenen Artikel der Redaktoren des Blattes und der ständigen auswärtigen Korrespondenten subsumiere. Das ist eine blosser Vermutung zugunsten der Urheber, die das Erfordernis “ausdrücklicher” Angaben im Sinne von Art. 25 Abs. 2 URG nicht zu ersetzen vermag, gleichviel was ein Verfasser, der seinen Artikel mit dem Namen oder einem Kürzel versieht, damit im Einzelfall beabsichtigt. Die Auffassung *Ludwigs* wird von *Rehbinder* (Schweizerisches Presserecht, S. 123) denn auch angezweifelt. Entscheidend ist, welche Schlussfolgerungen Dritte aus Angaben, die dem gesetzlichen Erfordernis nicht entsprechen, nach Treu und Glauben ziehen dürfen. Eine unmissverständliche Äusserung des Verfassers drängt sich um so mehr auf, als die Wiedergabe entweder für alle Zeitungen erlaubt oder für alle verboten sein muss, es folglich entgegen der Annahme des Klägers auch nicht darauf ankommen kann, ob Redaktoren ihre Kürzel gegenseitig

kennen; sie müssten damit auch den gleichen Zweck, nämlich ein Nachdruckverbot, verfolgen und den Beweis dafür erbringen, wenn sie sich wegen Missachtung des Verbotes geschädigt fühlen und Ersatz verlangen.

c) Wie es sich damit hier verhielt, ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen, kann aber dahingestellt bleiben. Nach Auffassung des Obergerichts ist der Beklagten jedenfalls nur ein Verstoß gegen Art. 25 Abs. 4 URG vorzuwerfen, weil sie den streitigen Artikel aus der "Winterthurer AZ" übernommen hat, ohne die Quelle anzugeben. Die Vorinstanz erblickt darin eine bloss Ordnungswidrigkeit, was der Kläger nicht gelten lässt; er ist der Meinung, dass die Pflicht zur Quellenangabe gemäss Art. 25 Abs. 4 URG als Bedingung für die rechtmässige Wiedergabe zu werten sei, ihre Verletzung folglich einen weit grösseren Unrechtsgehalt aufweise und eine entsprechende Ersatzforderung rechtfertige.

Grundsätzliche Überlegungen zu diesem Einwand erübrigen sich vorliegend, da die noch streitige Forderung schon an anderen Voraussetzungen scheitert. Nach dem angefochtenen Urteil hat die Beklagte dem Kläger eine Entschädigung von Fr. 150.— bezahlt. Sie hat sich zudem mit dem Entscheid über die Veröffentlichung der vorgeschriebenen Mitteilung abgefunden. Streitig ist nur noch die Schadenersatz- und Genugtuungsforderung von insgesamt Fr. 2'000.—. Eine Genugtuung entfällt, da aus den vom Obergericht angeführten Gründen von einer schweren Verletzung des Klägers in seinem Urheberpersönlichkeitsrecht keine Rede sein kann. Anwendbar wäre übrigens entgegen der Meinung des Klägers noch die alte Fassung von Art. 49 OR. Für die Ermittlung und Berechnung des Schadenersatzes sodann gelten die allgemeinen Regeln (Art. 42 ff. OR). Dass der Schaden im Bereich des Immaterialgüterrechts meistens zu schätzen ist, weil er sich nicht mit Sicherheit ermitteln lässt (*Troller*, Immaterialgüterrecht II, S. 986 ff.), enthebt den Geschädigten nicht der Pflicht, dem Richter die Tatsachen, die als Anhaltspunkte für die Entstehung und die Höhe des behaupteten Schadens in Betracht kommen, anzugeben und dafür Beweise anzubieten (BGE 105 II 89 Erw. 3 und 97 II 218 Erw. 1 mit Hinweisen).

Solche Anhaltspunkte sind hier nicht schon darin zu erblicken, dass der Kläger den Nachdruck angeblich von Fr. 2'000.— Lizenzgebühr hätte abhängig machen können, die Festsetzung dieser Gebühr gemäss BGE 107 II 94 im Ermessen des Autors liege und der Schadensberechnung daher entgegen der Lehre nicht eine "angemessene" Lizenzgebühr zugrunde gelegt werden müsse, wie mit der Berufung behauptet wird. Dass der Urheber nach dem zitierten Entscheid seine Zustimmung zur Benützung des Werkes von beliebigen Bedingungen abhängig machen kann, heisst nicht, dass er im Falle einer Verletzung auch in beliebiger Höhe Schadenersatz verlangen könne. Die Ersatzforderung hat zudem keinen pönalen Charakter, der es dem Verfasser erlauben würde, sie nach Belieben zu vervielfachen. Entscheidend ist vorliegend vielmehr, dass die Beklagte in der Klageantwort geltend gemacht hat, der Betrag von Fr. 150.— genüge als Schadenersatz, weil er dem Vierfachen des Honorars entspreche, das dem Kläger nach dem Kollektivvertrag zustehen würde. Das ist in der Replik unbestritten geblieben, wo der Kläger sich mit der Wiederholung begnügt hat, der effektiv erlittene Schaden liege in der Weigerung der Beklagten, den von ihm geforderten Lizenzbetrag zu bezahlen. Der Kläger hat somit einen Schaden, der Fr. 150.— überstiege, weder bewiesen noch Anhaltspunkte für die Schätzung eines solchen Schadens geliefert; die Vorinstanz durfte seinen Anspruch deshalb abweisen, ohne Bundesrecht zu verletzen.

Art. 42 ch. 1 litt. a et b LDA et art. 24 al. 1 et art. 32 CPS – “N. DIFFUSION II”

- *Le recours à un agent provocateur est admissible dans la mesure où il permet d'établir une infraction qui de toute façon aurait été commise par un mode opératoire identique ou analogue; il ne constitue pas un consentement à la commission de l'infraction ni un fait justificatif rendant licites les actes qui ne le sont pas.*
- *Es ist zulässig, einen “agent provocateur” einzusetzen, wenn damit eine Gesetzesverletzung festgestellt werden kann, welche ohnehin durch eine identische oder analoge Handlung begangen worden wäre; dadurch wird der Begehung der Gesetzesverletzung nicht zugestimmt, auch werden durch dieses Mittel solche Handlungen nicht legitimiert.*

Arrêt de la cour de justice de Genève (chambre pénale) du 13 octobre 1986 dans la cause C. (communiqué par Me Dominique Poncer, avocat à Genève)

Il est apparu postérieurement à la publication de la décision “N. DIFFUSION” (RSPI 1985, 231) que le prévenu, C., avait formé opposition contre l'ordonnance de condamnation du juge d'instruction du 21 mars 1985. Le tribunal de police de Genève a statué le 8 avril 1986 sur cette opposition.

C. a appelé de ce jugement devant la cour de justice de Genève, faisant valoir en particulier que la Suisa avait consenti à l'infraction en faisant reproduire illicitement et à sa demande des vidéocassettes en vue de les acquérir.

La cour a considéré que:

Il est constant que les 17 et 18 juillet 1984 C. a illicitement reproduit et vendu deux vidéocassettes à la suite de la demande faite par le chef de l'inspectorat de la Suisa. Il s'agit donc de se demander si ce dernier a agi comme agent provocateur.

Même en l'absence d'une base légale expresse, ce recours à un agent provocateur est admissible dans la mesure où il permet d'établir une infraction qui de toute façon aurait été commise par un mode opératoire identique ou analogue. Il n'en est plus ainsi si l'agent provocateur apparaît être à l'origine d'une infraction qui, sans son initiative, n'aurait pas été perpétrée (JdT 1986 IV 116, N 118 et 119).

D'après l'état de fait qui précède, il est établi que l'appelant était prêt à agir illicitement en reproduisant et en vendant des cassettes aux acheteurs qui lui en faisaient la demande.

Dès lors, C. ne peut tirer argument du rôle joué par le chef de l'inspectorat de la Suisa.

De même, s'agissant pour elle d'obtenir la preuve d'un comportement répréhensible et non de renoncer à la protection légale découlant des normes du droit d'auteur, on ne peut parler d'un consentement donné par la Suisa à la commission de l'infraction et d'un fait justificatif rendant licites des actes qui ne le sont pas.

Enfin, la Suisse n'a pas commis un abus de droit en déposant plainte pénale à la suite de telles circonstances en l'absence de la violation préalable par elle de droits dont l'appelant aurait été titulaire (ATF 104 IV 90 = JdT 1979 IV 108, N 109 et 110).

Art. 1, 42 Ziff. 1 lit. a und b URG – “CHOOSE ME”

- *Die deutsche Synchronfassung eines englischen Filmes stellt eine Bearbeitung dar und wird – unbeschadet der Rechte des Urhebers des Originalwerkes – wie ein selbständiges Werk geschützt (Erw. 1b).*
- *Die Herstellerin einer Synchronfassung, die sie aufgrund einer vertraglichen Ermächtigung der Filmproduzentin herstellen lässt, ist Inhaberin der Urheberrechte an dieser Fassung und daher zur Verfolgung von Rechtsverletzungen aktiv legitimiert (Erw. 1c).*
- *Wer eine Filmkassette zum Zwecke der Konoauswertung erhält, diese aber auch für die Videoauswertung benutzt, begeht eine Urheberrechtsverletzung. Eine solche wird durch guten Glauben nicht geheilt (Erw. 1d).*
- *Le doublage allemand d'un film anglais constitue une adaptation et – sans préjudice des droits de l'auteur de l'oeuvre originale – est protégé comme une oeuvre autonome (c. 1b).*
- *La productrice d'un doublage, au bénéfice d'une autorisation de la productrice du film, est titulaire des droits d'auteur sur ce doublage et a par conséquent qualité pour agir contre ceux qui portent atteinte à ses droits (c. 1c).*
- *Celui qui obtient une cassette aux fins d'exploitation cinématographique, mais l'utilise également pour la vidéo, commet une violation du droit d'auteur. Il est sans importance qu'il ait agi de bonne foi (c. 1d).*

Massnahmeverfügung des ER i.s.V. am OGer ZH I. Zivilkammer vom 24. Juni 1986 (mitgeteilt von RA A. Pfortmüller)

Die Firma Island Alive ist Produzentin des Spielfilmes “Choose me”. Die mit ihr verbundene Firma Glinwood Films Ltd. räumte der deutschen Klägerin in einem Lizenzvertrag das Recht ein, Synchronfassungen dieses Filmes in deutscher Sprache herzustellen und in diesem Sprachraum uneingeschränkt zu verwerten. In einem weiteren Lizenzvertrag hat die Produzentin der Beklagten 1 die Vertriebsrechte des genannten Kinofilmes für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein übertragen. Die Beklagte 1 bezog zu diesem Zwecke die deutsche Synchronfassung des Filmes bei der Klägerin und stellte sie zwecks Überspielung auf MAZ-Band und anschliessender Videoauswertung leihweise der Beklagten 2 zur Verfügung. Die so produzierten Videokassetten wurden in der Schweiz vertrieben. Auf Begehren der Klägerin wurde den Beklagten superprovisorisch verboten, die deutsch synchronisierte Fassung des Filmes zu etwas anderem als zur Kinoauswertung zu verwenden, und es wurden die vorhandenen Videokassetten des deutsch synchronisierten Fil-

mes bei der Beklagten 2 beschlagnahmt. Mit Verfügung vom 24. Juni 1986 wurde die superprovisorische Verfügung bestätigt.

Aus der Begründung:

Wem in seinen Urheberrechten eine Verletzung droht oder bereits zugefügt worden ist, kann zum Zwecke der Beweissicherung oder Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes eine vorsorgliche Massnahme verlangen, sofern der durch die rechtswidrige Handlung entstehende oder mögliche Schaden für ihn einen nicht leicht ersetzbaren Nachteil zur Folge hat, den nur eine vorsorgliche Massnahme abwenden kann. Entsprechend dem summarischen Charakter des Verfahrens sind die strittigen Tatsachen lediglich glaubhaft zu machen. Der Richter braucht von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen nicht überzeugt zu werden, sondern es genügt, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Umstände zu vermitteln, ohne dass er dabei die Möglichkeit ausschliessen müsste, dass die Verhältnisse sich ganz anders gestalten könnten (*Troller*, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl., S. 1068).

1. Mit ihrem Antrag 1 ersucht die Klägerin um ein unverzügliches Verbot an die Beklagten, die ihr gehörende deutsch synchronisierte Fassung des Filmes "Choose me" zu etwas anderem als zur Kinoauswertung zu verwenden.

a) Da die in der Bundesrepublik Deutschland beheimatete Klägerin einem Verbandsland im Sinne von Art. 4 der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und der Kunst (in der am 26. Juni 1948 in Brüssel revidierten Fassung) angehört, ist ihr der Schutz der schweizerischen Urheberrechtsgesetzgebung zu gewähren (vgl. auch Art. 6 Abs. 3 URG).

b) Mit Recht bestreiten die Beklagten nicht, dass die deutsche Synchronfassung des Filmes "Choose me" ein Werk gemäss Art. 1 URG darstellt. Bei der Synchronisation wird eine anderssprachige Fassung ersetzt und das Filmwerk insgesamt bearbeitet. Durch diese Bearbeitung entsteht ein neues Werk. Ton und Bild verschmelzen zur Werkeinheit; denn der neue Ton wird im Hinblick auf das vorbestehende Bild geschaffen und ist nicht getrennt verwertbar. Hat die Bearbeitung wie vorliegend Werkcharakter, so wird sie — unbeschadet der Rechte des Urhebers des Originalwerkes — wie ein selbständiges Werk geschützt (Art. 4 URG, Art. 2 Abs. 2 Berner Übereinkunft; *Troller*, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., S. 392 f.; *Rehbinder*, Skriptum zum Urheberrecht, WS 1984/85, S. 41 und 46). Demgemäss kann der Bearbeiter aus eigenem Urheberrecht an seiner Bearbeitung über die Nutzung seines Werkes verfügen (*Rehbinder*, a.a.O., S. 50).

c) Die Klägerin beansprucht, an der deutschen Synchronfassung des fraglichen Filmes sämtliche Urheber- und Nutzungsrechte zu besitzen. Das wird von den Beklagten in Abrede gestellt. Unter Berufung auf die Ziff. 7e, 8a und 8b des Lizenzvertrages zwischen der Firma Glinwood Films Ltd. und der Klägerin vertreten sie die Ansicht, dass neben der Originalfassung auch sämtliche Kopien des Films, eingeschlossen Synchronisationen im Eigentum der Lizenzgeberin bzw. der Produ-

zentin des Films, der Firma Island Alive, stehen. Die Produzentin sei einzige Eigentümerin von irgendwelchen Urheberrechten des Filmes.

Ziff. 9 des genannten Lizenzvertrages räumt der Klägerin als Lizenznehmerin das Recht ein, vom Film "Choose me" Synchronfassungen in deutscher Sprache herzustellen oder herstellen zu lassen und diese im vereinbarten Territorium (Bundesrepublik Deutschland, Westberlin, Österreich und Deutsche Demokratische Republik) uneingeschränkt zu verwerten. Von dieser Befugnis hat die Klägerin Gebrauch gemacht und mit Vertrag vom 1. Oktober 1985 der Firma Magma Synchron den Auftrag erteilt, eine deutsche Fassung von "Choose me" zu erstellen. Die Kosten dafür beliefen sich auf DM 46'500.— ohne Mehrwertsteuer und ohne Lichttonnegativ. Die Firma Magma verpflichtete sich, die deutsche Fassung frei von Rechten Dritter an die Klägerin abzuliefern und im Zeitpunkt der Endabrechnung alle Urheberrechte aus dieser Arbeit ihrer Auftraggeberin zu übertragen. Damit ist glaubhaft, dass die Klägerin Inhaberin der Urheberrechte an der deutschen Synchronfassung des Filmes "Choose me" geworden ist.

Die übrigen von den Beklagten ins Feld geführten Bestimmungen des Lizenzvertrages stehen dem nicht entgegen. Die von der Klägerin erstellte Übersetzung verweist auf die Produzentin des Originalwerkes, die Firma Island Alive. Dass der Originalfilm, alle Abzüge, Negative und Kurzfassungen im Eigentum der Lizenzgeberin verbleiben, spricht nicht gegen ein selbständiges Urheberrecht an einer synchronisierten Filmversion. Die der Lizenznehmerin zugestandenen Befugnisse sind vielmehr davon ausgeklammert (Ziff. 8b). Die Verpflichtung der Lizenznehmerin, bei Vertragsablauf (hier: 31. Oktober 1995) alle mit dem Film im Zusammenhang stehenden Materialien samt den geschaffenen eigenen Versionen (andere Sprachfassungen, Untertitelungen usw.) der Lizenzgeberin zu retournieren, schliesst jedenfalls ein selbständiges Urheberrecht der Klägerin an der fraglichen Synchronisation während bestehender Vertragsdauer nicht aus.

Der Lizenzvertrag zwischen der Produzentin Island Alive und der Beklagten 1, womit dieser die Vertriebsrechte am Film "Choose me" für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein übertragen wurden, betrifft die Stellung der Klägerin nicht. Auch wenn es sich dabei um den Standardlizenzvertrag von Island Alive handeln sollte, den die Produzentin auch im Verhältnis mit der Firma Glinwood Ltd., der Lizenzgeberin der Klägerin, verwendet haben sollte, können die Beklagten daraus nichts zu ihren Gunsten im Streite mit der Klägerin ableiten.

Als Inhaberin der Urheberrechte an der deutschen Synchronfassung ist die Klägerin zur vorliegenden Klage ohne weiteres aktiv legitimiert.

d) Das Urheberrecht besteht u.a. im ausschliesslichen Recht, das Werk wiederzugeben und zu verbreiten (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 URG). Die Klägerin als Trägerin der Urheberrechte an der deutschen Filmversion ist deshalb berechtigt, einem Dritten die Nutzung ihrer Bearbeitung zu verbieten oder aber Auflagen zu erteilen, die nur eine eingeschränkte Verwertung am Werke zulassen (vgl. *Rehbinder*, a.a.O., S. 50, 107 ff.). Die Klägerin war somit zweifellos befugt, der Beklagten 1 die deutsche Synchronfassung nur zum Zwecke der *Kino*auswertung zu überlassen. Dass die Klägerin bei der Zusendung der angeforderten Filmkassette an die Beklagte 1 einen solchen Vorbehalt anbrachte, ist aufgrund ihrer Ausführungen und der eingelegten eidesstattlichen Erklärungen zweier ihrer Mitarbeiter glaub-

haft. Aus den Akten sind keinerlei Anhaltspunkte für die Übertragung weitergehender Rechte ersichtlich. Insbesondere findet die Behauptung der Beklagten, die Produzentin des Originalfilmes, die Firma Island Alive, habe die Klägerin instruiert, jederzeit auf Bestellung der Beklagten 1 deutschsprachiges Material zu liefern, damit diese ihre Rechte in der Schweiz wahrnehmen könne, nirgends eine Stütze. Wie bereits erwähnt, ist der Lizenzvertrag zwischen Island Alive und der Beklagten 1, aus dem sich eine Berechtigung der Beklagten 1 zum Bezug allen benötigten synchronisierten Materials ergeben soll, für die Klägerin keinesfalls verbindlich.

Der Klägerin ist sodann darin beizustimmen, dass die Annahme, die fragliche Kassette sei der Beklagten 1 (auch) zur Videoauswertung kostenlos überlassen worden, völlig abwegig ist. Eine solche entschädigungsfreie Weitergabe bedeutete für die Klägerin, die erhebliche Aufwendungen für die Synchronisation zu erbringen hatte, ein schlechtes Geschäft. Zudem erscheint glaubhaft, dass die Klägerin die Übersetzung des Filmes vor allem auch im Hinblick auf die Videoauswertung in ihrem eigenen Lizenzgebiet vornahm. Aufgrund eines entgeltlichen Lizenzvertrages hat die Videoverleihfirma VCL bereits Videokassetten hergestellt.

Fest steht, dass die Beklagte 1 die von der Klägerin gelieferte Kopie der Beklagten 2 übergab zwecks Überspielung auf MAZ-Band und anschliessender Videoauswertung. Ebenso unbestritten ist, dass der Vertrieb dieser Videokassetten in der Schweiz bereits im Gange ist. Nach dem oben Ausgeführten ist dieses Vorgehen als abmachungswidrig einzustufen, und die kommerzielle Auswertung der von der Klägerin hergestellten Synchronfassung des Filmes "Choose me" in der Schweiz verletzt deren Urheberrechte an der deutschen Übersetzung. Nicht nur die Beklagte 1 handelt ohne die Einwilligung der Klägerin und damit rechtswidrig, sondern auch die Beklagte 2 verletzt die Urheberrechte der Klägerin. Die Beklagte 2 kann sich diesbezüglich nicht auf ihren Vertrag mit der Beklagten 1 berufen, denn eine Urheberrechtsverletzung ist durch guten Glauben nicht heilbar (*Troller*, a.a.O., Bd. II, S. 902 f.; *Rehbinder*, a.a.O., S. 108).

2. Der klägerische Antrag 2 zielt auf eine Beschlagnahme sämtlicher bei der Beklagten 2 gelagerten deutschsprachigen Videokassetten des Filmes "Choose me" ab. Auch diese schon ohne Anhörung der beiden Beklagten getroffene Massnahme ist vorliegend zu bestätigen. Denn nur die Beschlagnahme der bereits hergestellten Videokopien stellt eine wirksame Schutzvorkehr für die Klägerin dar. Im übrigen gelten auch hier die unter Ziff. 1 hievorgemachten Ausführungen.

Art. 43 ch. 1, art. 54 LDA; art. 152 litt. c CPC NE – "AFFICHES LE CORBUSIER"

- *Une décision judiciaire n'a pas à interdire de façon générale ce qui l'est déjà par la loi; elle doit viser un objet déterminé (c. 2).*
- *Il ne peut pas être ordonné la confiscation ni la destruction d'un ouvrage non encore imprimé (c. 3).*
- *Il se justifie de confisquer des affiches faisant apparaître la signature d'un artiste sous une composition graphique qui n'est pas une oeuvre de cet*

artiste; le jugement ne peut cependant pas viser des affiches dont les détenteurs ne sont pas parties à la procédure (c. 4).

- *Das richterliche Urteil muss nicht generell das verbieten, was bereits das Gesetz verbietet; es hat sich auf einen konkreten Sachverhalt zu beziehen (Erw. 2).*
- *Es ist nicht zulässig, die Beschlagnahmung oder Zerstörung eines noch nicht gedruckten Werkes anzuordnen (Erw. 3).*
- *Es ist gerechtfertigt, die Beschlagnahmung von Anschlägen anzuordnen, auf denen ein Künstler unter einer graphischen Darstellung seinen Namenszug angebracht hat, obwohl diese nicht sein Werk ist; das Urteil darf aber nicht Anschläge einbeziehen, deren Besitzer nicht als Partei am Prozess beteiligt sind (Erw. 4).*

Jugement du tribunal cantonal (cour civile) de Neuchâtel du 1er décembre 1986 dans la cause Fondation Le Corbusier c. Claude Garino

Vu le dossier d'où résultent les faits suivants:

A. Charles Edouard Jeanneret dit Le Corbusier, est décédé le 27 août 1965; il a laissé un testament olographe, daté du 16 juin 1965 et instituant, sous la réserve de certains legs, la "Fondation Le Corbusier" comme légataire universel. Par décret du 24 juillet 1968, l'Etat français a reconnu ladite fondation comme établissement d'utilité publique et l'a autorisée à accepter le legs universel consenti par Le Corbusier.

B. Le 22 avril 1986, la Fondation Le Corbusier a introduit action contre Claude Garino, en prenant les conclusions suivantes:

- "1. Interdire au défendeur, sous peine de l'application de l'article 292 CPS, de publier, sous quelque forme que ce soit, quelque oeuvre que ce soit de Le Corbusier (écrite, picturale, architecturale ou autres) sans l'autorisation expresse de la demanderesse, sous la seule réserve des exceptions expressément prévues par la loi.
2. Interdire, notamment, au défendeur, sous peine de l'application de l'article 292 CPS, la diffusion de quelque plagiat que ce soit de l'oeuvre de Le Corbusier.
3. Ordonner la confiscation et la destruction des plagiats déjà exécutés et destinés à la publication.
4. Sous suite de frais et dépens."

C. La demanderesse allègue que le défendeur, pour célébrer à sa manière le centième anniversaire de la naissance de Le Corbusier, projette de diffuser une douzaine d'affiches de sa composition sur des thèmes appartenant à l'oeuvre de Le Corbusier et portant en grand la signature de ce dernier. Dès lors, n'importe quel amateur pourrait, de bonne foi, penser être en présence d'oeuvres originales de Le Corbusier, alors qu'il n'en est rien. Le défendeur projette également d'éditer une publication intitulée "Le Corbusier ou la naissance d'un mythe", agrémentée d'illustrations de l'oeuvre de l'artiste et de divers écrits de Le Corbusier.

D. Le défendeur a conclu au rejet de la demande. A l'audience de mesures provisoires du 13 juin 1986, il a admis que, en 1984, il a fait imprimer une centaine d'affiches représentant le thème "la main ouverte", puis, en mai 1985, une centaine d'affiches inspirées du thème "la course au soleil". Les affiches ont été adressées gratuitement à des centres ou des associations susceptibles d'être intéressés par la célébration du centième anniversaire de la naissance de Le Corbusier; à la suite de l'ordonnance du 11 août 1986, le défendeur a déposé dix-huit affiches au greffe du tribunal. A dite audience et lors de son interrogatoire, le défendeur a admis que les affiches portent, en grand, la reproduction de la signature originale de Le Corbusier. Il a également reconnu que la composition graphique n'est pas la copie d'une oeuvre de Le Corbusier, mais qu'elle est inspirée des symboles chers à Le Corbusier.

E. Le défendeur déclare avoir écrit un ouvrage intitulé "Le Corbusier ou la naissance d'un mythe" qui est prêt à être imprimé. Il a l'intention de reproduire le thème de "la main ouverte" sur la jaquette entourant la couverture; le livre ne contiendra pas d'autres interprétations graphiques. Il n'a pas encore décidé comment sera composée la partie illustrée, car il ne voudrait pas être ennuyé par une saisie de l'ouvrage. Il a enfin l'intention de publier, dans la mesure où il en a le droit, des articles mal connus de Le Corbusier, des lettres et une correspondance relative à un procès qui s'est déroulé en 1918.

F. La correspondance échangée entre les parties et les mandataires de la demanderesse démontre que celle-ci a été mise au courant des intentions du défendeur dès le mois d'avril 1985 et qu'elle avait eu connaissance des deux affiches déjà imprimées.

Considérant:

2. Les conclusions 1 et 2 de la demande expriment, de façon globale et sans référence à un objet précis, l'interdiction de publier et de diffuser "quelqu'oeuvre que ce soit et quelque plagiat que ce soit de l'oeuvre de Le Corbusier". Une première remarque s'impose. A supposer que le dispositif du jugement soit formulé de la même façon, il serait inexécutable, faute de désigner expressément l'objet de l'interdiction; les parties se trouveraient par ailleurs dans la même situation qu'avant procès; elles pourraient l'une et l'autre, à tort ou à raison, prétendre qu'une publication déterminée viole ou non les dispositions de la LDA. En réalité, les conclusions précitées n'ont pour but, selon leur rédaction, que de rappeler au défendeur qu'il est tenu de respecter la loi. Or il n'est pas concevable d'interdire, par une décision judiciaire de portée générale, ce qui l'est déjà en vertu de la loi. Un jugement n'a de sens que s'il se rapporte à un objet déterminé; dans ses conclusions en cause, la demanderesse cite elle-même les principes jurisprudentiels selon lesquels seule une activité déterminée peut constituer l'objet d'une demande (ATF 98 II 58 et jurisprudence citée). La demanderesse tente, semble-t-il, de qualifier sa demande d'action en constatation de droit, ce qui est erroné; car une telle action n'a pas pour but de constater un droit que la partie demanderesse peut faire valoir contre quiconque ne le respecterait pas. Selon l'art. 152 litt. c CPC, le demandeur est tenu

de formuler ses conclusions de façon à ce que le litige soit déterminé avec clarté et précision. Les conclusions 1 et 2 ne respectent pas ces exigences, si bien qu'elles doivent être déclarées irrecevables.

3. Par lettre du 9 janvier 1986, le mandataire de la demanderesse a écrit au défendeur que sa cliente ne lui contestait pas le droit de publier un livre sur Le Corbusier ou même d'utiliser de très brefs passages de son oeuvre écrite, dans le cadre de l'exercice d'un droit de citation. En revanche, la demanderesse précisait que son autorisation était nécessaire pour la publication de toute oeuvre écrite de Le Corbusier. La procédure n'a pas établi que l'ouvrage, non encore imprimé, reproduirait illégalement des textes de Le Corbusier. La confiscation et la destruction ne peuvent avoir pour objet que les exemplaires de l'oeuvre confectionnés, mis en circulation ou livrés à la publicité (art. 54 LDA), ce qui n'est à l'évidence pas le cas en ce qui concerne l'ouvrage que le défendeur se propose d'éditer et auquel la conclusion 3 de la demande ne peut être appliquée.

4. L'art. 43 ch. 1 LDA dispose que, peut être poursuivi civilement celui qui, de manière à induire en erreur autrui, appose le nom de l'auteur sur les exemplaires d'une reproduction n'émanant pas de l'auteur lui-même. Ces conditions sont remplies dans le cas des deux affiches produites au dossier; il est évident que la signature de Le Corbusier, apposée en grands caractères sous la composition graphique, induit en erreur; car elle laisse supposer à toute personne qui contemple l'affiche, que la reproduction est la copie d'une oeuvre de Le Corbusier, ce qui n'est pas le cas. Le procédé utilisé par le défendeur n'est ainsi pas admissible. Il s'ensuit que les vingt-deux exemplaires des deux affiches déposés au greffe du tribunal et au dossier peuvent faire l'objet des mesures prévues par l'art. 54 LDA, et qu'il se justifie d'accueillir, en ce qui les concerne, la conclusion 3 de la demande et d'ordonner leur confiscation. Dans ses conclusions en cause, la demanderesse allègue que la condamnation doit s'étendre à tous les exemplaires des affiches, où qu'ils se trouvent; car même les acquéreurs de bonne foi doivent souffrir leur confiscation et leur destruction. Cependant, le présent jugement ne peut avoir pour objet des mesures prises à l'égard d'inconnus qui ne sont pas parties à la procédure. La demanderesse doit être renvoyée, si elle le juge utile, à rechercher les détenteurs des affiches et à les actionner devant les tribunaux compétents. La confiscation est une mesure suffisante pour empêcher la diffusion des quelques affiches litigieuses, si bien qu'il n'y a pas lieu d'ordonner leur destruction (ATF 96 II 409 – JT 1971 I 599).

5. Le défendeur a admis que trois autres affiches étaient prêtes à être imprimées en nombre indéterminé; elles ont pour thèmes: l'esprit nouveau, le mythe américain et la reproduction de Le Corbusier avec un masque; faute de connaître leur présentation et leur composition, il est impossible de constater, en l'état, qu'elles seront contraires à la loi. Le défendeur est cependant rendu attentif au fait que si les affiches à publier contiennent une reproduction qui n'est pas de Le Corbusier, mais que l'ensemble de la présentation le laisse croire par erreur, il s'expose à de nouvelles mesures analogues; il en irait de même pour toutes autres formes de reproduction, par exemple la jaquette d'un livre.

6. Pour être complet, il est utile de relever que la demanderesse n'utilise pas le terme "plagiat" à bon escient; car le plagiaire se donne pour l'auteur d'une oeuvre créée par autrui, ce qui n'est pas le cas des deux affiches en cause qui sont néanmoins illicites pour une autre raison.

IV. Wettbewerbsrecht

Art. 1 Abs. 1 UWG – “KATALOGPHOTOS II”

- *Die Verwendung von klar mit der Firma der Herstellerin bezeichneten Prospekten bezüglich verbreiteter Normschränke ist nicht unlauter, wenn sich diese Prospekte in Form, Gestaltung und Farbgebung von denjenigen der Konkurrenz unterscheiden.*
- *Die Verwendung von Photographien, welche die Konkurrenz aufnehmen liess, in den eigenen Prospekten ist unlauter, nicht jedoch die Verwendung von kopierten Masszeichnungen, die ohne speziellen Aufwand hergestellt werden können, und von Beschreibungen.*
- *Il n'est pas déloyal de faire figurer de façon bien visible, dans des prospectus concernant des armoires normalisées répandues, la raison sociale du fabricant, lorsque ces prospectus se distinguent de ceux du concurrent par la forme, la réalisation et les couleurs.*
- *L'usage dans ses propres prospectus de photographies prises par un concurrent est déloyal, mais non l'usage de copies de croquis, qui ont pu être établis sans frais particuliers, et de descriptions.*

Massnahmeverfügung Präsident HGer SG vom 27. Mai 1986

S. W. war während Jahren im Betrieb der Gesuchstellerin tätig, kündigte jedoch sein Arbeitsverhältnis per Ende August 1985. Bereits am 2. Mai 1985 gründete er zusammen mit Partnern die S. W. AG, die heutige Gesuchsgegnerin. Im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit verwendete sie in der Folge blau-grau-weiße Prospekte, deren weitere Verwendung die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 19. Februar 1986 zu verbieten beantragte. Der Handelsgerichtspräsident hat das Begehren insoweit geschützt, als er der Gesuchsgegnerin verbot, mit Photos der Gesuchstellerin zu werben.

Aus der Begründung:

2. Unter anderem zur vorläufigen Vollstreckung streitiger Ansprüche sind vorsorgliche Massnahmen zu verfügen, wenn die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen vermag, dass die Gegenpartei im wirtschaftlichen Wettbewerb unlautere Mittel verwendet und dass ihr infolgedessen ein nicht leicht ersetzbarer Nachteil droht, der nur durch die vorsorglichen Massnahmen abgewendet werden kann (Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG). Unlauter im Sinne des Gesetzes ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen (Art. 1 Abs. 1 UWG).

Gestützt auf die genannten Bestimmungen verlangt die Gesuchstellerin ein Verbot der Verwendung der Prospekte W. Modell 100 bis W. Modell 940. Für

die Beantwortung der Frage, ob bezüglich dieser Prospekte – nur sie bilden Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb die weitergehenden Ausführungen der Gesuchstellerin (Vertragswidrigkeiten, Missbrauch der Kundenkartei und Abwerbung) grundsätzlich ohne Belang sind – die Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme gemäss UWG erfüllt sind, fällt folgendes in Betracht: Im Entscheid vom 2. Dezember 1981 i.S. H. AG usw. gegen E. AG (teilweise veröffentlicht in GVP 1981 Nr. 21 = Mitt. 1983/2 S. 76) hat sich das Handelsgericht zur Frage der UWG-Verletzung durch Übernahme der von einem andern hergestellten Katalogphotos zwecks Verwendung in einem eigenen Katalog geäussert. Es stellte fest, dass die Ergebnisse fremder Mühe und Arbeit – vorbehaltlich des Schutzes durch Sondergesetze – von jedem Konkurrenten mitbenützt werden könnten und eine solche Ausnützung daher in der Regel nicht gegen Treu und Glauben verstosse. Unlauter sei die Übernahme einer fremden Leistung jedoch von Gesetzes wegen dann, wenn sie unter Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen erfolge (Art. 1 Abs. 2 lit. f und g UWG) oder wenn Verwechslungsgefahr bestehe (Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG), und gemäss Praxis im Falle des Kennzeichnungsschutzes sowie bei sklavischer Nachahmung einer bereits vom Konkurrenten produzierten Ware. Neben der Nachahmung werde die unmittelbare Ausbeutung fremder Arbeitsprodukte gemäss Lehre und Rechtsprechung von der Generalklausel des Art. 1 Abs. 1 UWG erfasst, denn es sei mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar, die mit Zeit- und Kapitalaufwand geschaffenen Unterlagen eines Konkurrenten im wirtschaftlichen Wettbewerb zu benützen, um sich selbst dadurch Zeit und Kosten zu ersparen.

Wendet man diese Grundsätze bezüglich der umstrittenen Prospekte an, so ist vorab die Glaubhaftmachung einer Verwechslungsgefahr zu verneinen. Bei den angepriesenen Schränken handelt es sich, wie ein Vergleich mit der von der Gesuchgegnerin eingereichten Auswahl an Prospekten zeigt, weitgehend um Normschranke, die sich allenfalls durch geringfügige Abweichungen in den Massen unterscheiden. Von einer besonderen Kennzeichnungskraft der klägerischen Produkte kann daher nicht gesprochen werden; eine solche wird denn von der Gesuchstellerin auch nicht behauptet. Vielmehr sind für sie die Prospekte der Gesuchgegnerin eine reine Kopie des eigenen Prospekts und stellen insofern eine hohe Gefahr für Verwechslungen dar. Dieser Auffassung kann nicht beigespflichtet werden. Die beklagten Prospekte sind klar als solche der S. W. AG bezeichnet. Es fehlt in ihnen jeder Bezug zum Prospekt der Gesuchstellerin, und letzterer unterscheidet sich von den beklagten Prospekten wesentlich in Form, Gestaltung und Farbgebung. Wenn allenfalls bei Kunden der Gesuchstellerin der Eindruck entstanden ist, dass die S. W. AG in irgendeiner Form mit der Gesuchstellerin verknüpft sei – die Gesuchstellerin macht geltend, sie sei angefragt worden, ob sie in U. einen Zweigbetrieb eröffnet habe –, so scheiden die Prospekte als Ursache hierfür aus. Hingegen ist nicht auszuschliessen, dass dieser Eindruck wegen der über 15jährigen Mitarbeit von S. W. im Betrieb der Gesuchstellerin und allenfalls aufgrund persönlicher Besprechungen zwischen den Kunden und S. W. entstehen konnte. Dies kann aber im Rahmen der von der Gesuchstellerin beantragten vorsorglichen Massnahme nicht verhindert werden.

Nicht glaubhaft gemacht erscheint ferner, dass die beklagten Prospekte Ergebnis der Verwertung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen der Gesuchstellerin gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. g UWG sind. Gegenstand eines Fabrikations-

geheimnisses (die nachfolgende Umschreibung gilt für jedes Geheimnis) bilden "alle einen Fabrikationsvorgang betreffenden und weder offenkundigen noch allgemein zugänglichen Tatsachen, an deren Geheimhaltung der den Vorgang Beherrschende ein berechtigtes Interesse hat und die er tatsächlich geheimhalten will" (A. Troller, Immaterialgüterrecht, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1983, S. 417, unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Definition). Mit Rücksicht auf diese Umschreibung kann bei denjenigen Modellen, von denen die Gesuchstellerin behauptet, sie seien von der Gesuchsgegnerin aus ihrem Prospekt kopiert worden, von vornherein nicht von Verwertung eines Geheimnisses gesprochen werden, ist doch der klägerische Prospekt jedermann zugänglich. Auch beim Wäscheschrank und bei der Schliessfachanlage kann keine Geheimnisverletzung angenommen werden, zumal derartige Modelle auch im Angebot anderer Fabrikanten figurieren.

Zu prüfen bleibt, ob die Gesuchsgegnerin entsprechend den grundsätzlichen Erwägungen im zitierten Entscheid des Handelsgerichts vom 2. Dezember 1981 dadurch gegen die Generalklausel von Art. 1 Abs. 1 UWG verstossen hat, dass sie bei der Herstellung ihrer eigenen Prospekte u.a. auch denjenigen der Gesuchstellerin und allenfalls Photos von Produkten der Gesuchstellerin verwenden liess. Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 7. April 1986 bzw. in der schriftlichen Begründung des Begehrens identifizierte die Gesuchstellerin die Photos der Schränke Nrn. 100, 110, 220, 240 und 800 sowie der Sitzbank zum Modell 100/110 als Photos von Schränken, welche sie, die Gesuchstellerin, fabriziert und eingebaut habe. Die Identität ist damit zwar nicht strikte nachgewiesen. Immerhin erscheint sie, da die Identifikation aufgrund von Details wie den Schlössern erfolgte, als glaubhaft im Sinne von Art. 9 UWG; sie wurde denn vom Vertreter der Gesuchsgegnerin auch nicht ausdrücklich bestritten. Die Verwendung der genannten Photos durch die Gesuchsgegnerin in ihren eigenen Prospekten erscheint aufgrund aller Umstände als unlauter: Die Übernahme erlaubte es ihr, innert kurzer Zeit einen eigenen Prospekt zusammenzustellen. Sie musste hierfür wohl die Kosten von Konzept, Gestaltung, Photos und Kopien aufbringen. Sie konnte sich aber gleichzeitig entscheidend Kosten sparen und ihre Prospekte früher auf den Markt bringen, indem sie auf Leistungen der Gesuchstellerin zurückgegriffen hat; dazu war sie um so eher in der Lage, als sich S. W. als langjähriger Mitarbeiter der Gesuchstellerin deren Leistungen sofort verschaffen konnte. Die Gesuchsgegnerin hat denn ihre Prospekte bereits zu einem Zeitpunkt benützen können, in dem sie die von ihr angepriesenen Schränke noch nicht, zumindest noch nicht in Bauten, wie sie aus den Photos ersichtlich sind, erstellt hatte. Darin liegt ein im Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien unlauteres Vorgehen. Keine unlautere Verwendung ist hingegen bei den übrigen Darstellungen dargetan. Bei ihnen steht die reine Konstruktionsbeschreibung im Vordergrund (so insbesondere bei der offenen Garderobe), handelt es sich um mehr oder weniger neutrale Zeichnungen, denen keine wesentliche Leistung der Gesuchstellerin zugrunde liegt und die ohne speziellen Aufwand hergestellt werden können (so, obwohl die Kopie glaubhaft erscheint, die Zeichnungen der Modelle 450, 460 und 600), oder es betrifft Photos, die von der Gesuchstellerin nicht identifiziert worden sind. Was schliesslich die Beschreibungen betrifft, so kann mangels Originalität von vornherein nicht von einer Bereicherung auf Kosten der Gesuchstellerin gesprochen werden.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Verwendung der Photos der Schränke Nrn. 100, 110, 220, 240 und 800 sowie der Sitzbankkonstruktion zum Modell 100/110 als unlauter im Sinne von Art. 1 Abs. 1 UWG erscheint. Antragsgemäss ist ihre weitere Verwendung in den beklagtischen Prospekten gestützt auf Art. 9 Abs. 2 UWG zu untersagen, bis im Hauptprozess über die Lauterkeit/Unlauterkeit des beklagtischen Verhaltens entschieden ist. Bezüglich des übrigen Inhalts der Propekte W. Modell 100 bis W. Modell 940 ist das klägerische Begehren abzuweisen.

Art. 1 Abs. 1 UWG – “ORIO”

- *Es widerspricht Treu und Glauben, wenn die in jahrelanger Zusammenarbeit entwickelten Produkte von einem Partner auf Kosten des andern unverändert übernommen oder nachgeahmt werden, falls während dieser Zusammenarbeit immer davon ausgegangen wurde, dass Produktion und Vertrieb in Lizenz erfolgen sollten (Erw. 3a).*
- *Die Grundlagen für einen im summarischen Verfahren geltend gemachten Rechnungslegungsanspruch müssen nicht bloss glaubhaft gemacht, sondern bewiesen werden. Solange der Lizenzgebührensatz nicht feststeht, sind die tatsächlichen Verhältnisse nicht liquid (Erw. 3b).*
- *Il est contraire aux règles de la bonne foi de reprendre sans aucune modification les produits d'un associé, développés à ses frais au cours de plusieurs années de collaboration, lorsque, pendant cette dernière, il a toujours été entendu que la production et la distribution devaient faire l'objet d'une licence (c. 3a).*
- *Les fondements d'une demande en reddition de comptes en procédure sommaire ne doivent pas être seulement rendus vraisemblables mais prouvés. Aussi longtemps que le taux de la redevance n'est pas établi, les faits ne sont pas constants (c. 3b).*

Massnahmeverfügung Präsident HGer SG vom 12. November 1986

Der Gesuchsteller entwickelte in teilweiser Zusammenarbeit mit dem Gesuchsgegner ein Programm von standardisierten Informationssystemen für Orientierungszwecke, welches Orientierungsschilder mit Zubehör, Schriftzeichen, Piktogramme usw. umfasst (sog. ORIO-Produkte). Im Jahre 1983 begann der Gesuchsgegner mit der Produktion und erstellte für das vierte Quartal 1983 und das erste Quartal 1984 für den Gesuchsteller Lizenzabrechnungen. Am 1. Juli 1986 kündigte der Gesuchsgegner die Zusammenarbeit auf, führte aber Produktion und Auslieferung der ORIO-Produkte weiter. Das am 8. September 1986 eingereichte Unterlassungsbegehren wurde vorsorglich geschützt.

Aus der Begründung:

3. Zu prüfen bleiben Ziff. 1 des Rechtsbegehrens betreffend Verbot des Vertriebs von ORIO-Orientierungsschildern mit Zubehör und Ziff. 4 betreffend Befehl zur Erstellung einer Lizenzgebührenabrechnung für die Zeit nach dem 1. April 1984 und zur Bezahlung des Abrechnungsbetrags innert 30 Tagen.

a) Das Begehren, dem Gesuchsgegner sei unter Hinweis auf Art. 292 StGB der Vertrieb von ORIO-Orientierungsschildern zu verbieten, stützt der Gesuchsteller auf das UWG. Danach können u.a. zur vorläufigen Vollstreckung streitiger Ansprüche vorsorgliche Massnahmen verlangt werden, wenn der Gesuchsteller glaubhaft zu machen vermag, dass die Gegenpartei im wirtschaftlichen Wettbewerb unlautere Mittel verwendet und dass ihm infolgedessen ein nicht leicht ersetzbarer Nachteil droht, der nur durch die vorsorglichen Massnahmen abgewendet werden kann (Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG). Unlauter im Sinne des Gesetzes ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen (Art. 1 Abs. 1 UWG). Als unlauter betrachtet die Praxis, abgesehen von den Tatbeständen gemäss Art. 1 Abs. 2 UWG, unter bestimmten Umständen auch die sklavische Nachahmung einer bereits von einem Konkurrenten produzierten Ware (vgl. den Entscheid des Handelsgerichts vom 6. Dezember 1983 i.S. C. AG gegen W. & B. Establishment, teilweise abgedruckt in: SMI 1985, S. 252 ff.). Die Prüfung der Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme hat dem Verfahren entsprechend rein summarischen Charakter, d.h. Glaubhaftmachung genügt, und der Richter kann sich mit einer vorläufigen rechtlichen Würdigung begnügen und den Anspruch des Gesuchstellers schützen, "wenn er sich nach einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist" (BGE 108 II 72).

In der Vernehmlassung vom 25. September 1986 hat der Gesuchsgegner bestritten, nach dem Bruch mit dem Gesuchsteller noch ORIO-Orientierungsschilder vertrieben zu haben; anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 30. September 1986 hat er eingeräumt, der Firma G. aufgrund des mit ihr abgeschlossenen Servicestellenvertrags ORIO-Produkte bzw. Weiterentwicklungen davon geliefert zu haben. Die Lieferung von ORIO-Produkten ist von der Firma G. bestätigt worden. Unter diesen Umständen erscheint glaubhaft, dass Lieferungen von ORIO-Produkten stattgefunden haben und auch in Zukunft stattfinden können, weshalb zu prüfen ist, ob diese Lieferungen gegen Treu und Glauben verstossen.

Aufgrund der Ausführungen der Parteien ist davon auszugehen, dass Idee und Initiative zur Entwicklung der ORIO-Produkte vom Gesuchsteller ausgegangen sind; dies wird vom Gesuchsgegner insofern anerkannt, als er einräumt, es sei richtig, dass der Gesuchsteller im August 1981 auf der Suche nach einem Produzenten und Vertreter an ihn, den Gesuchsgegner, gelangt sei. Wer in der Folge bei der Entwicklung der Profile federführend war, lässt sich aufgrund der Akten nicht abschliessend beurteilen. Die verschiedenen Protokolle und Schreiben lassen es als nicht ausgeschlossen erscheinen, dass die Entwicklung entscheidend vom Gesuchsteller geleitet wurde. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass immer von Lizenzen des Gesuchstellers bzw. von an ihn zu bezahlenden Lizenzgebühren die Rede ist. Unter diesen Umständen erweist sich die Treuwidrigkeit des

beklagtischen Verhaltens als glaubhaft gemacht. Der Gesuchsgegner hat während Jahren an der Realisierung der Idee des Gesuchstellers mitgearbeitet. Wenn er heute das Endprodukt dieser Arbeit, die ORIO-Orientierungsschilder usw., trotz des endgültigen Scheiterns der Zusammenarbeit ohne Zustimmung des Gesuchstellers weiter produziert, vertreibt und verwendet, so nützt er seine besonderen Kenntnisse über ein besonderes Produkt und dessen Vertrieb in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise aus. Denn es widerspricht dem in jeden Wettbewerbs Teilnehmer gesetzten Vertrauen, wer die in jahrelanger Zusammenarbeit entwickelten Produkte zur Erzielung eines Wettbewerbsvorteils und auf Kosten des Konkurrenten unverändert übernimmt oder nachmacht, wenn während dieser Zusammenarbeit immer davon ausgegangen wurde, dass Produktion und Vertrieb in Lizenz erfolgen sollten. Daran ändert der Umstand, dass der Gesuchsgegner eigene Ideen in die Entwicklung eingebracht und Geld investiert hat, grundsätzlich nichts. Diese Leistungen vermögen bei der gebotenen summarischen Prüfung die in den Akten begründete Annahme, dass es sich bei den fraglichen Produkten um solche des Gesuchstellers handelt, nicht entscheidend zu widerlegen; ob und welche Rechte der Gesuchsgegner aus seinen Leistungen ableiten kann, müsste vielmehr im ordentlichen Verfahren entschieden werden. Ebenso wenig wird die Unlauterkeit beseitigt durch die Tatsache, dass die Lieferungen an die Firma G. aufgrund eines Servicestellenvertrags erfolgt sind. Dieser Vertrag wurde zwischen der Firma G. und der "ORIO" abgeschlossen. Da der Gesuchsgegner auf die Zusammenarbeit mit dem Gesuchsteller verzichtet und sich mithin an einem Vertrieb der ORIO-Produkte desinteressiert gezeigt hat, erscheint glaubhaft, dass er nicht mehr berechtigt war, ORIO-Produkte in eigenem Namen und ohne besondere Einwilligung des Gesuchstellers zu liefern. Und schliesslich bilden auch die Abreden im Zusammenhang mit der Liquidation der ORIO GmbH, B., keine Grundlage für eine selbständige Verwertung. Anlässlich der mündlichen Verhandlung hat der Gesuchsteller einen Auszug aus einem von beiden Parteien unterzeichneten Schreiben eingereicht, aus dem klar hervorgeht, dass sich das Nutzungsrecht der Gesellschafter ausschliesslich auf Werbe- und Demonstrationsmaterial sowie Einrichtungen bezog, nicht aber auf allfällige Verwertungsrechte.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der weitere Vertrieb von ORIO-Produkten durch den Gesuchsgegner unlauter erscheint. Er ist ihm daher unter Androhung von Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB zu verbieten.

b) Bezüglich des Abrechnungsanspruchs (Ziff. 4 des Rechtsbegehrens) stützt sich der Gesuchsteller auf Art. 398 Ziff. 1 SG-ZPO. Danach findet das Befehlsverfahren statt zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort feststellbaren tatsächlichen Verhältnissen. Im Unterschied zum Massnahmeverfahren nach Art. 9 UWG genügt also die blosser Glaubhaftmachung nicht. Vielmehr muss sich der Richter sofort und endgültig Klarheit verschaffen können.

Der Gesuchsteller beruft sich vorab auf Ziff. 6.1 des Lizenzvertrags. Der Gesuchsgegner bestreitet seine Abrechnungspflicht mit dem Einwand, der Vertrag sei gar nicht zustande gekommen. Prüft man, ob diesbezüglich klare Verhältnisse gegeben sind, so ergibt sich folgendes: Den Argumenten, welche für ein Vertragsverhältnis sprechen, stehen solche gegenüber, welche den Abschluss einer definitiven Vereinbarung fraglich erscheinen lassen. Indiz für ein Vertragsverhältnis ist neben der

Unterzeichnung des Vertragsentwurfs durch den Gesuchsgegner vor allem die Tatsache, dass er zwei Lizenzgebührenabrechnungen erstellt hat, die dieser schriftlichen Vereinbarung entsprochen haben. Dass es sich dabei allenfalls um Abrechnungen im Rahmen der ORIO GmbH handelt, steht dieser Überlegung nicht entgegen, weil die ORIO GmbH gemäss Gesellschaftsvertrag nicht selber Lizenzgeberin war, sondern lediglich den Vertrieb bezweckte, und weil selbst in dem vom Gesuchsgegner eingereichten Sitzungsprotokoll vom 18. Februar 1983 von "Lizenz an EP (d.h. Gesuchsteller)" die Rede ist. Gegen die Annahme, dass der genannte Vertragsentwurf die endgültige Vereinbarung darstellt oder sie beweisen kann, sprechen, abgesehen von der fehlenden Gegenzeichnung durch den Gesuchsteller, der Umstand, dass weder die Vertragsprodukte noch die Piktogramme und die Schriftzeichen aufgeführt sind, und die Tatsache, dass der klägerische Rechtsvertreter selbst von "jahrelangen Vertragsverhandlungen" ausgegangen ist. Einer klaren Sach- und Rechtslage bezüglich Bestand und insbesondere Umfang der Abrechnungspflicht stehen ausserdem die hievorigen Überlegungen zu allfälligen Rechten des Gesuchsgegners aus der Entwicklung der klägerischen Produkte entgegen. Aufgrund dieser Umstände kann die im Sinne von Art. 389 Ziff. 1 ZPO erforderliche Liquidität der tatsächlichen Verhältnisse nicht bejaht werden. Es spricht zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses; ein vertragsloser Zustand kann aber nicht ausgeschlossen werden. Der vom klägerischen Vertreter für den letzteren Fall erhobene Einwand, der Gesuchsgegner sei auch dann abrechnungspflichtig, ist zwar an sich richtig. Nach welchen Grundlagen (faktisches Vertragsverhältnis; ungerechtfertigte Bereicherung) in einem solchen Fall aber abzurechnen ist, insbesondere die Frage, welcher Lizenzgebührenansatz anzuwenden ist, erscheint illiquid, so dass es auch unter diesem Gesichtspunkt an sofort feststellbaren tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen fehlt und das Begehren mangels Liquidität abzuweisen ist. Über die Abrechnungs- und die Zahlungspflicht wird allenfalls im ordentlichen Prozess zu entscheiden sein.

Art. 1 Abs. 1 UWG, Art. 29 ZGB – "TREUARBEIT"

- *Eine deutsche Wirtschaftsprüfungsgesellschaft steht mit einer schweizerischen Treuhandgesellschaft nicht im Wettbewerb (Erw. 3).*
- *Wenn eine schweizerische Gesellschaft in Deutschland unter einem Namen auftritt, der mit einer dortigen Firma verwechselbar ist, verletzt jene deren Persönlichkeitsrecht (Erw. 4).*
- *Il n'existe pas de rapport de concurrence entre une société allemande de révision et une société fiduciaire suisse (c. 3).*
- *Si une société suisse apparaît en RFA sous un nom qui risque d'être confondu avec la raison d'une entreprise allemande, elle porte atteinte aux intérêts personnels de cette dernière (c. 4).*

Massnahmeentscheid des ER i.S.V. am KGer ZG vom 24. Oktober 1986 i.S. Treuarbeit Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft gegen Treuarbeit GmbH (mitgeteilt von RA Dr. P. Bosshard)

Die Gesuchstellerin ist eine grosse deutsche Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit zahlreichen Niederlassungen in der BRD. Die 1978 gegründete Gesuchsbeklagte hat ihren Sitz in Zug und im Kanton St. Gallen eine Zweigniederlassung. Diese bot im Jahre 1985 in Inseraten in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung eine Gewerbeliegenschaft an oder warb für deutsche Geldanleger. Die Gesuchstellerin beantragte daher dem Kantonspräsidium am 23. Mai 1986, dass der Gesuchsbeklagten vorsorglich verboten werde, die Bezeichnung "Treuarbeit" in ihrer Firma oder in irgendeiner anderen Weise auf dem Gebiet der BRD zu verwenden, insbesondere werbend oder sonst in einer der Öffentlichkeit zugänglichen Weise aufzutreten und in westdeutschen Presseerzeugnissen zu inserieren. Das Kantonsgerichtspräsidium erliess die Massnahme nach doppeltem Schriftenwechsel.

Aus der Begründung:

1. Die Gesuchstellerin mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland will der Gesuchsbeklagten, die ihren Sitz in Zug und eine Zweigniederlassung im Kanton St. Gallen hat, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gerichtlich verbieten lassen, die Bezeichnung "Treuarbeit" im geschäftlichen Verkehr auf dem Gebiete der Bundesrepublik Deutschland zu verwenden. Es stellt sich daher zunächst die Frage nach dem anwendbaren Recht.

Die Gesuchstellerin leitet ihren Unterlassungsanspruch aus den Bestimmungen des Marken-, Wettbewerbs- und Namensrechtes ab. Markenrechtsverletzungen, unlauterer Wettbewerb und Namensanmassungen sind als unerlaubte Handlungen zu qualifizieren. Gemäss ständiger Rechtsprechung unterstehen Voraussetzungen und Folgen unerlaubter Handlungen sowohl dem Recht des Ortes, wo die Handlung ausgeführt wird, als auch dem Recht des Ortes, wo ihr Erfolg eintritt. Der Verletzte hat dabei die Wahl, den Verantwortlichen aufgrund der einen oder anderen Rechtsordnung zu belangen (vgl. BGE 91 II 117 mit Hinweisen). Die Gesuchstellerin stützt ihr Begehren hinsichtlich ihres markenrechtlichen Anspruches auf das deutsche Markenrecht und mit Bezug auf die wettbewerbs- und namensrechtlichen Ansprüche auf deutsches und schweizerisches Recht. Nach Darstellung der Gesuchstellerin ist die Dienstleistungsmarke "Treuarbeit" beim deutschen Patentamt seit dem 23. April 1979 eingetragen, und die Dienstleistungsmarke geniesse daher gemäss deutschem Warenzeichengesetz markenrechtlichen Schutz. Die Gesuchstellerin hat es indessen unterlassen, den genauen Inhalt der deutschen Markenrechtsgesetzgebung nachzureichen, weshalb gestützt auf § 55 ZPO ersatzweise das schweizerische Markenrecht zur Anwendung gelangt. Gemäss schweizerischem Markenschutzgesetz geniesse Dienstleistungsmarken keinen markenrechtlichen Schutz (*David*, Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz, N 2b zu Art. 1). Die Gesuchstellerin kann daher aufgrund der Tatsache, dass ihre Firmenbezeichnung als Dienstleistungsmarke in der Bundesrepublik Deutschland eingetragen ist, aus dem schweizerischen Markenschutzgesetz nichts für sich ableiten. Ihre Ansprüche sind daher einzig nach den wettbewerbs- und namensrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Da die hier in Frage kommenden Bestimmungen des deutschen und des schweizerischen Rechts auch nach Auffassung der Gesuchstellerin praktisch identisch sind, kann die Beurteilung nach den massgeblichen schweizerischen Normen vorgenommen werden.

2. Die Gesuchstellerin hat den Anspruch, dem durch eine vorsorgliche Massnahme einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden soll, und den Verfügungsgrund, d.h. die Gefährdung dieses Anspruchs bei nicht sofortigem, vorsorglichem Eingreifen des Richters, glaubhaft zu machen (*Isaak Meier*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 132 ff.). Glaubhaft zu machen ist im vorliegenden Fall, dass die Gesuchsbeklagte durch die Verwendung ihrer Firmenbezeichnung "Treuarbeit" im Geschäftsverkehr auf dem Gebiete der Bundesrepublik Deutschland einerseits eine wettbewerbsrechtlich verpönte Handlung begeht und dass sie sich andererseits durch den Gebrauch ihres Firmennamens in der Bundesrepublik Deutschland unerlaubterweise den Namen der Gesuchstellerin anmassst und die Gesuchstellerin demzufolge einen Anspruch auf Unterlassung hat.

3. Nach Art. 1 Abs. 1 UWG ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen, unlauterer Wettbewerb. Gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstösst beispielsweise, wer Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen (Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG). Gemäss Art. 9 UWG kann der Richter vorsorgliche Massnahmen anordnen. Erste Voraussetzung für die Anwendung des UWG ist das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien. Die Gesuchstellerin behauptet dies, die Gesuchsbeklagte stellt ein solches in Abrede.

Nach Lehre und Rechtsprechung stehen zwei Unternehmen nur dann im wirtschaftlichen Wettbewerb, wenn sie mit gleichartigen Waren oder Leistungen gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen, sich also an den gleichen Abnehmerkreis wenden (BGE 108 II 329; *Troller*, Immaterialgüterrecht, 3. Aufl. 1983, S. 915).

Die Gesuchstellerin ist nach ihrer Darstellung eine der grössten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland. Ihr Tätigkeitsgebiet liegt ausschliesslich in der Bundesrepublik. Die Gesuchsbeklagte bietet sich gemäss den ins Recht gelegten Inseraten als Treuhandgesellschaft an; sie weist ausdrücklich auf ihr schweizerisches Domizil hin. Die Gesuchstellerin führt in ihrem Gesuch selber aus, bestimmte Treuhandgeschäfte – darunter genau solche, welche die Gesuchsbeklagte in ihren FAZ-Inseraten anbietet – seien den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften strengstens verboten. Sie bringt damit zum Ausdruck, dass sie die Leistungen, für die sich die Gesuchsbeklagte anbietet, nicht erbringt. Es kann mithin nicht gesagt werden, die beiden Unternehmen befriedigten mit gleichartigen Leistungen gleiche oder ähnliche Bedürfnisse. Dies führt zum Schluss, dass die Gesuchstellerin mit der Gesuchsbeklagten nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb steht. Die Gesuchstellerin hat mithin ihren Unterlassungsanspruch gestützt auf die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen nicht glaubhaft machen können.

4. Es bleibt zu prüfen, ob die Gesuchstellerin ihren Anspruch aus den namensrechtlichen Bestimmungen herleiten kann.

Der Namensschutz gemäss Art. 29 ZGB steht auch den juristischen Personen zu (BGE 95 II 480). Dabei besteht dieses Recht selbständig neben dem Verbot des unlauteren Wettbewerbs. Art. 29 ZGB verpönt die Anmassung, d.h. den unbefugten Gebrauch, des einem anderen zustehenden Namens (Mitt. 1984/1, S. 144). Art. 29

Abs. 2 ZGB gewährt nur jenem Namensinhaber ein Klagerecht, der durch eine Namensanmassung beeinträchtigt wird. Eine Beeinträchtigung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts namentlich dann vor, "wenn eine Verwechslungsgefahr besteht oder wenn ein Namensträger durch Gedankenverbindung in nicht vorhandene Beziehungen hineingestellt wird, die er ablehnt und vernünftigerweise auch ablehnen darf (BGE 102 II 308 mit Hinweisen). Obwohl der Begriff der Beeinträchtigung vom Bundesgericht weit interpretiert wird, setzt das Erfordernis der Beeinträchtigung doch ein gewisses Mass an erfolgter oder drohender Verletzung des Kennzeichengutes voraus. Der Namensinhaber ist gegen Verwechslungsmöglichkeiten geringen Ausmasses, gegen unerhebliche Verletzungen seines Namensgutes, schutzlos zu lassen (vgl. *Patrick Troller*, Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken, S. 161 f. mit Hinweisen). Die Gesuchsbeklagte hält dafür, eine Namensanmassung liege deshalb nicht vor, weil die Gesuchstellerin unbestrittenermassen in jeder Lage unter ihrer Firma "Treuarbeit Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft" auftrete und ihr Namensschutzbereich nicht auf das Wort Treuarbeit allein beschränkt sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Namensanmassung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 ZGB nicht die vollständige Übernahme des besser berechtigten Namens voraussetzt; es genügt nach Ansicht des Bundesgerichts die Anmassung des Hauptbestandteils in unveränderter Form (*Patrick Troller*, a.a.O., S. 154 mit Hinweisen). Die Bezeichnung "Treuarbeit" ist als Hauptbestandteil beider Firmen zu qualifizieren, und hierin sind die Firmenbezeichnungen identisch. Dass die Bezeichnung "Treuarbeit" Hauptbestandteil des Firmennamens beider Parteien ist, kommt dadurch zum Ausdruck, dass sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gesuchsbeklagte die Wortschöpfung "Treuarbeit" auf Druckerzeugnissen blickfangmässig hervorheben. Der Hinweis auf die Gesellschaftsform (Aktiengesellschaft bzw. GmbH) und die Bezeichnung der Geschäftstätigkeit (Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft bzw. Treuhandgesellschaft) sind dagegen klein gedruckt. Wenn die Gesuchsbeklagte ausführt, das Rationenbuch Zug führe verschiedene Firmen von Treuhandgesellschaften auf, die allesamt den Namen "Treuhand" in irgendeiner Form enthielten, und diese Geschäftsfirmen verletzten in keiner Weise Firmen- oder Namensrecht, ist ihrer Argumentation entgegenzuhalten, dass hier nicht die Bezeichnung "Treuhand", sondern "Treuarbeit" zur Diskussion steht. Beim Firmenbestandteil "Treuhand" handelt es sich zudem um eine Sachbezeichnung, die dem sprachlichen Gemeingut angehört und deshalb den namensrechtlichen Schutz nicht genießt, die Bezeichnung "Treuarbeit" ist demgegenüber im Bereich der Phantasienamen anzusiedeln. Die Gesuchstellerin ist unbestrittenermassen seit 1976 unter ihrer Firmenbezeichnung tätig. Sie muss es sich daher nicht gefallen lassen, dass die jüngere Gesuchsbeklagte im angestammten Geschäftsgebiet der Gesuchstellerin, in der Bundesrepublik Deutschland, unter Verwendung des identischen Hauptbestandteils des Firmennamens geschäftlich in Erscheinung tritt, auch wenn die Gesuchsbeklagte lediglich für ihre Dienstleistungen in der Schweiz wirbt. Es ist zumindest glaubhaft, dass die Gesuchstellerin durch Gedankenverbindung in eine nicht vorhandene Beziehung zur Gesuchsbeklagten hineingestellt wird. Dass die Gesuchstellerin diese gedankliche Verbindung ablehnt und auch ablehnen darf, ist verständlich, wenn man sich vor Augen hält, dass ihr Treuhandgeschäfte, wie sie die Gesuchsbeklagte anbietet, ausdrücklich verboten sind. Die Gesuchstellerin hat mit-

hin glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsbeklagte sich den Namen der Gesuchstellerin anmasst, wenn sie in der Bundesrepublik Deutschland den Hauptbestandteil ihres Firmennamens im Geschäftsverkehr verwendet. Das Führen ihres Firmennamens in der Schweiz kann der Gesuchsbeklagten indessen nicht untersagt werden, genießt sie hier doch den firmenrechtlichen Schutz. Die Gesuchstellerin behauptet selber nicht, sie übe in der Schweiz eine Geschäftstätigkeit aus, und sie stellt denn auch zu Recht kein Unterlassungsbegehren mit Bezug auf das Gebiet der Schweiz.

5. Zu prüfen bleibt, ob es der Gesuchstellerin auch gelungen sei, die zweite Voraussetzung des verlangten einstweiligen Rechtsschutzes glaubhaft zu machen, nämlich dass bei nicht sofortiger Erfüllung ihrer Rechtsansprüche deren "Verletzung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht" (§ 129 Ziff. 3 ZPO). Dies ist zu bejahen. Wenn die Gesuchsbeklagte weiterhin unter ihrer Firmenbezeichnung "Treuarbeit" im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland auftreten kann, könnte der Eindruck entstehen, die Gesuchstellerin biete sich über eine in der Schweiz mit ihr verbundene Gesellschaft für Dienstleistungen an, die sie in Deutschland als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nicht erbringen darf. Der Gesuchstellerin droht daher zumindest immaterieller Schaden, der nicht leicht ersetzbar oder beweisbar wäre. Dies führt zum Schluss, dass dem Begehren der Gesuchstellerin stattzugeben ist.

Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG – "MODELL TÖDI, MADE IN JAPAN"

- *Der durchschnittlich intelligente Adressat macht hinsichtlich eines Produktes keinen Unterschied zwischen "Modell" und "Marke" (ER Erw. 3b).*
- *Die Verwendung von schweizerischen Bergnamen in Verbindung mit einer schweizerischen Fabrikationsstätte ist für japanische Handelswaren irreführend (ER Erw. 3b).*
- *Die Veröffentlichung von Zivilurteilen ist weniger restriktiv zu handhaben als die Veröffentlichung von Strafurteilen (OGer Erw. b).*
- *Die Veröffentlichung eines richterlichen Verbots betreffend UWG scheint angezeigt, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, die unterliegende Partei werde auch inskünftig unlautere Werbung betreiben (OGer Erw. c).*
- *Le consommateur doué d'une perception moyenne ne fait pas de différence entre "modèle" et "marque" par rapport à un produit (juge unique, c. 3b).*
- *L'usage de noms de montagnes suisses en relation avec une fabrique sise en Suisse est déceptif pour des marchandises japonaises (juge unique, c. 3b).*
- *La publication de jugements civils doit être accordée de façon moins restrictive que celle de jugements pénaux (trib. sup., c. b).*
- *La publication d'une interdiction judiciaire fondée sur la LCD paraît indiquée lorsqu'il existe des raisons de croire que la partie condamnée va commettre à nouveau des actes de concurrence déloyale (trib. sup., c. c).*

Urteile des ER i.s.V. vom 7. Dezember 1984 und des OGer ZH, II. Zivilkammer, vom 4. September 1985

Die Beklagte vertreibt neben selbst produzierten Isolierflaschen auch solche japanischer Herkunft. Die importierten Flaschen bot sie in verschiedenen Zeitschriften als Modell "Tödi" bzw. "Palü" an, wobei sich am unteren Rand der Inserate jeweils der Hinweis fand: "X.-Werk AG, Y./Schweiz. Isolierflaschenfabrik (seit 1911)". Die gleichen Modellbezeichnungen enthielt auch ein Werbeprospekt, welchen die Beklagte auflegen liess.

Mit Eingabe vom 8. November 1984 stellte der Kläger, welcher u.a. ebenfalls japanische Isolierflaschen vertreibt, beim Einzelrichter im summarischen Verfahren das Begehren, der Beklagten sei zu verbieten, in Verbindung mit dem Angebot von Isolierkrügen japanischer Herkunft die Bezeichnung Modell "Tödi" bzw. "Palü" zu verwenden sowie sich als "Schweiz. Isolierflaschenfabrik" zu bezeichnen (Rechtsbegehren 1); darüber hinaus verlangte er, dass der Beklagten zu befehlen sei, ihre Wiederverkäufer davon zu unterrichten, dass die von ihr bisher unter den Bezeichnungen Modell "Tödi" bzw. "Palü" angebotenen und vertriebenen Isolierflaschen ausländischer Herkunft seien (Rechtsbegehren 2) und dass er ermächtigt werde, das Urteilsdispositiv auf Kosten der Beklagten in jenen Zeitungen und Zeitschriften zu veröffentlichen, in welchen die Beklagte inseriert hatte (Rechtsbegehren 4). Mit Urteil vom 7. Dezember 1984 hiess der Einzelrichter das beantragte Verbot gestützt auf § 222 Ziff. 2 ZPO definitiv gut, wies aber die beiden Begehren um Richtigstellung (Klagebegehren 2 und 4) ab.

Aus den Gründen des Einzelrichters:

1. Voraussetzung für das Erteilen des nachgesuchten Befehls ist das Vorliegen klaren Rechts und nichtstreitiger oder sofort beweisbarer tatsächlicher Verhältnisse (§ 222 Ziff. 2 ZPO; vgl. *Sträuli/Messmer*, N 6 zu § 222 ZPO). Fehlt es an einer dieser beiden Voraussetzungen, so ist auf das Begehren nicht einzutreten (§ 226 ZPO).

2. Unbestrittenermassen sind die Parteien Konkurrenten und stehen damit im wirtschaftlichen Wettbewerb im Sinne von Art. 1 Abs. 1 UWG. Unlauterer Wettbewerb gemäss genannter Bestimmung liegt bei Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossende Mittel vor.

3. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG. Danach verstösst gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, wer über sich, die eigenen Waren, Werke, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder Dritte im Wettbewerb begünstigt.

a) Unbestreitbar inserierte die Beklagte für zwei Isolierkrüge mit der Modellbezeichnung "Palü" und "Tödi" in den Zeitschriften "Die Alpen" und "Schweizer

Familie”, wobei sich in beiden Inseraten im Zusammenhang mit den beiden Modellen der Hinweis “Schweiz. Isolierflaschenfabrik” findet. Zudem brachte die Beklagte einen Prospekt, in welchem unterhalb der Beschreibung beider genannter Modelle als Vertriebsstelle die “X.-Werk AG” unter Nennung ihres im Kanton Zürich gelegenen Sitzes Y. angegeben wird, in Umlauf. Beide Krüge werden erwiesenermassen in Japan hergestellt.

b) Irreführung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG liegt auch dann vor, wenn eine unrichtige Behauptung zwar nicht abgegeben, aber dem Interessenten zwischen den Zeilen suggeriert wird, oder wenn sie an anderer, oft nicht leicht auffindbarer Stelle berichtigt oder präzisiert wird (vgl. *David*, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Zürich 1977, S. 45/46). Was wahr und was unwahr ist, entscheidet sich nicht nach objektiven Kriterien, sondern nach dem subjektiven Gesichtspunkt des Adressaten. Es kommt darauf an, wie der Empfänger einer Mitteilung diese aufnimmt. Daher können auch objektiv zutreffende Angaben unlauter sein, wenn der Adressat sie unrichtig versteht (vgl. *von Büren*, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957, N 1 auf S. 72). Die angeführte Gesetzesbestimmung schützt deshalb den Konsumenten in seinem Vertrauen. Somit ist unerheblich, ob der Verfasser eines Werbetextes in der Absicht handelt, das Publikum zu täuschen, oder ob er einfach unklar und unvollständig formulierte, ohne eine Täuschung zu wollen. Die Beklagte verwendet die Namen “Tödi” und “Palü” als Modellbezeichnungen, ohne den Leser der Werbetexte darüber aufzuklären, dass die mit diesen beiden Eigennamen bezeichneten Isolierkrüge in Japan hergestellt werden. Es ist deshalb abzuklären, ob die Verwendung der beiden erwähnten Namen geeignet ist, um beim vom UWG geschützten durchschnittlichen Konsumenten bezüglich der Herkunftsberühmung der angepriesenen Isolierkrüge eine Täuschungsgefahr zu bewirken.

Bei den von der Beklagten angebotenen Waren handelt es sich, worauf die Beklagte selber hinweist, um *Bergsteiger*-Isolierflaschen, mithin also um Produkte, die besonders in Bergsteigerkreisen Verwendung finden. Indem die Beklagte in der Zeitschrift “Die Alpen” inserierte, einer Fachzeitschrift also, wollte sie zweifellos ein bestimmtes Zielpublikum, welches sich mit dem Bergsteigen befasst, ansprechen. Wer sich für die Bergwelt interessiert, der weiss auch, dass sowohl der “Tödi” als auch der “Palü” auf dem Territorium der Schweiz liegen. In diesem Zusammenhang ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass der Kläger nicht, wie von ihr behauptet, die Ansicht vertritt, beide Berge seien typisch schweizerische Symbole, sondern er macht geltend, die Verwendung der Namen würde immerhin als Symbol für die Herkunft der Erzeugnisse aus der Schweiz verstanden werden. Was den “Palü” betrifft, so findet sich im Clubführer des Schweizer Alpen-Clubs über die Bernina-Gruppe betreffend “Palü-Gruppe” folgender Hinweis: “Mit dieser Gruppe beschreiben wir den ganzen Hauptkamm, der den Morteratsch-Pers-Kessel im S und E begrenzt. Von der Crast’ Agüzza bis zum Piz Palü ist dieser Kamm auch Grenzgrat, *der übrige Teil ist ganz schweizerisch.*” Es ist deshalb mässig, sich darüber auszulassen, ob der “Palü” nun ein typisch schweizerisches Symbol ist oder nicht. Viel mehr Beachtung verdient die Tatsache, dass der Kenner unserer Bergwelt sowohl den “Tödi” als auch den “Palü” in jedem Fall mit dem Gebiet der Schweiz in Verbindung bringt. Die Beklagte macht geltend, “Tödi” und “Palü” seien zwar geographische Bezeichnungen, und zwar von einer Art, von der niemand werde ab-

leiten können, das Produkt stamme aus dieser Gegend. Dabei verkennt die Beklagte, dass die von ihr in diesem Zusammenhang zitierte Stelle im Kommentar von *Büren* eine andere Situation zum Gegenstand hat, als im vorliegenden Fall zu beurteilen ist. Von *Büren* führt an jener Stelle nämlich aus, die Regeln über die Herkunftsbezeichnung seien auf diejenigen geographischen Bezeichnungen, die *nicht auf die Produktionsstätte hinweisen* würden, nicht anwendbar, also nicht auf Bezeichnungen wie "Matterhorn", "Bernina", "Säntis", "Pilatus" usw. Solche Namen könnten (*inner-schweizerisch*) weder zutreffend noch unzutreffend sein und dürften daher als Kennzeichnung ohne Wahrheitserfordernis verwendet werden (vgl. von *Büren*, a.a.O., N 43 auf S. 87). Der Kläger behauptet nun aber nicht, mit ihren Inseraten und ihrem Werbeprospekt erwecke die Beklagte beim Leser den Eindruck, die beiden Isolierflaschen würden in der Gegend des Tödi oder des Palü hergestellt. Vielmehr weist er darauf hin, die Verwendung der beiden Namen könne so verstanden werden, die Isolierflaschen seien ein schweizerisches Erzeugnis. Namen von Bergen oder dergleichen werden in der Regel nicht als Hinweis auf die Produktionsstätte verstanden, sondern lediglich als *Symbol für das Land*, aus welchem die Ware stammt (vgl. *David*, a.a.O., S. 217/218). Gebirgsnamen liefern somit zum mindesten mittelbare oder indirekte Herkunftshinweise, welche lokalisieren und wahr zu sein haben (vgl. von *Büren*, a.a.O., N 53 auf S. 90). Aus den vom Kläger ins Recht gelegten Inseraten ergibt sich folgendes: Beim in der "Schweizer Familie" erschienenen Inserat findet sich rechts von der in fetter Aufschrift gedruckten Bezeichnung "Z." in kleiner Schrift der Name "Palü". Mithin fehlt jeglicher Hinweis, es handle sich um das *Modell* "Palü". Anders verhält es sich im in der Zeitschrift "Die Alpen" veröffentlichten Inserat; dort wurde rechts von der erwähnten Bezeichnung "Z." der Zusatz "Mod. Tödi" angebracht. Wiederum eine andere Darstellung wurde im Werbeprospekt der Beklagten gewählt: Dort verläuft jeweils rechts der Abbildung der Isolierflaschen in schwarzer Schrift von schräg unten nach schräg oben der Schriftzug "Tödi" und "Palü"; im Text selber wird auf das "Mod. 'Tödi'" bzw. "Modell 'Palü'" verwiesen. In allen drei Schriftstücken wird am unteren Rand die "X.-Werk AG in Y." genannt. Zweifellos erwartet der Konsument von einer X.-Werk AG, dass sie die von ihr feilgebotenen Produkte auch selbst herstellt oder doch zumindest darauf hinweist, falls dies einmal nicht der Fall sein sollte. In ihrer Klageantwort liess die Beklagte selbst ausführen, sie sei seit 1911, also seit über 70 Jahren, einzige Isolierflaschenfabrik in der Schweiz. Sie ist somit sicher bei den Kreisen, welche Isolierflaschen kaufen, zu einem Begriff geworden. Geographische Herkunftsbezeichnungen können ausserordentliche Werte verkörpern. Was der Verkehr ursprünglich als Herkunftsangabe auffasste, betrachtet er bald als Qualitätsangabe (vgl. von *Büren*, a.a.O., N 42 auf S. 86). Erfahrungsgemäss geniessen in der Schweiz hergestellte Produkte ihrer Qualität wegen international einen hohen Ruf. Ein potentieller Käufer wird in der Regel aus diesem Grund, wenn er in einem Werbetext eine Bezeichnung liest, die geographisch eindeutig auf die Schweiz hinweist und in Verbindung mit einer einheimischen Fabrikationsstätte genannt wird, ohne weitere Überlegung das Produkt selber als schweizerisches Erzeugnis betrachten. Wäre es der Beklagten nicht auch darum gegangen, vom guten Ruf der Schweizer Produkte zu profitieren, so hätte sie, um die Tauglichkeit als Bergsteigerflasche aufzuzeigen, nämlich ebensogut ihre Modelle nach einem ausländischen Berg, so etwa dem "Fujijama" oder dem "Everest", benennen

können. Die Beklagte wendet nun ein, es handle sich bei den von ihr verwendeten Namen "Tödi" und "Palü" nicht um eine Marken-, sondern um eine Modellbezeichnung. Dabei verkennt sie offensichtlich, dass der durchschnittlich intelligente Adressat des Werbematerials keinen Unterschied zwischen dem Begriff "Modell" und dem Produkt als solchem machen dürfte. Für gewöhnlich wird er in seinem Sprachgebrauch beide Worte gleichbedeutend verwenden. Sowohl in den beiden Inseraten als auch im Werbeprospekt sind die Namen "Tödi" und "Palü" im Text so angebracht, dass sie der Leser unweigerlich wahrnimmt. Der Hinweis der Beklagten, beim Anbieten von Vasen "Silvretta", Gläsern "Zürich" oder "Chur" der deutschen Schott-Zwiesel-Werke werde auch niemand daran denken, die Herkunft dieser Produkte sei unklar, geht aus folgendem Grund fehl: Auf den Unterlagen, welche die Firma Schott betreffen, ist jeweils der Aufdruck "Schott-Zwiesel-Glaswerke AG. D-8372 Zwiesel Germany" angebracht. Dem Werbeprospekt der ASTA vermag der Leser klar zu entnehmen, dass das Koch- und Servicegeschirr "Arosa de Luxe" *nicht* in der Schweiz, sondern von der ASTA Ullrich AG, D-6747 Annweiler am Trifels, hergestellt wird. Für den potentiellen Käufer ist somit bei diesen genannten Modellen klar, dass sie in einem anderen Land hergestellt werden, als ihre Bezeichnung erahnen liesse. Wie bereits festgestellt, bewirkt aber erst die Modellbezeichnung *zusammen* mit der Nennung "Schweiz. Isolierflaschenfabrik" bzw. "X.-Werk AG in Y." beim durchschnittlichen Konsumenten bezüglich der Herkunft der Produkte eine Täuschungsgefahr. Es ist nicht erforderlich, dass eine in der Werbung verwendete Aussage bereits zu tatsächlich vorgekommenen Täuschungen geführt hat, um sie als unlauter im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG verbieten zu können. Vielmehr genügt bereits Täuschungsgefahr (BGE 69 II 203). Auch die neue, von der Beklagten vorgeschlagene Inseratenversion ist nicht geeignet, beim Leser die Gefahr, er werde über die Herkunft der Isolierflaschen unzutreffend informiert, zu beseitigen. Der Vorschlag der Beklagten geht nämlich lediglich dahin, dem Namen "X.-Werk AG in Y." das Wort "Generalimporteur" voranzustellen sowie auf den Zusatz "Schweiz." vor "Isolierflaschenfabrik" zu verzichten; ausserdem wird auch die Beifügung "(seit 1911)" weggelassen. Bei der Lektüre dieses Inserates wird sich der Interessent sofort fragen, welche Waren denn die X.-Werk AG in ihrer Tätigkeit als Generalimporteur in die Schweiz einführe, denn aus der Stellung des Wortes ergibt sich in keiner Weise, dass es in irgendeinem Zusammenhang mit den Modellen "Tödi" und "Palü" steht. Sodann werden weiter die Bezeichnungen "X.-Werk AG in Y." und "Isolierflaschenfabrik" verwendet, woraus der Leser, wie bereits ausgeführt, schliessen kann, die angepriesenen Isolierflaschen würden in der Schweiz hergestellt. Es ändert sich nämlich durch die neue Darstellung nichts an der Tatsache, dass die Beklagte die einzige Herstellerin von Isolierflaschen in der Schweiz ist, weshalb dem Leser die Verwendung der Bezeichnung "Generalimporteur" in Verbindung mit Isolierflaschen, die mit "Tödi" und "Palü" bezeichnet werden, keinen Aufschluss darüber geben wird, *diese* Produkte seien ausländischer Herkunft. Dies dürfte um so weniger der Fall sein, als die Beklagte auf verschiedenen Gebieten des Haushaltbedarfes auch Handelsvertretungen unterhält, so dass sich die Bezeichnung "Generalimporteur" durchaus auch dahin interpretieren lässt, die Beklagte betätige sich nicht nur als Isolierflaschenfabrik, sondern auch als Generalimporteur. Allein schon die Verwendung der Namen "Tödi" und "Palü" für im Ausland hergestellte Isolierflaschen ohne gleichzeitige Nennung des Namens der Beklagten ist

nicht unproblematisch. So weist *David* darauf hin: Werde ein Schlafzimmer für sich allein unter der Bezeichnung "Brasilia" angeboten, so könne sehr wohl die Meinung aufkommen, zum mindesten die Holzart stamme aus jener Gegend (vgl. *David*, a.a.O., S. 209/210). Die Verwendung der beiden Modellbezeichnungen *an sich* ist aber nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb diese Frage auch nicht abgeklärt zu werden braucht. Die Täuschungsgefahr besteht nämlich *alleine* in der Verbindung des Namens der Beklagten mit den Namen "Tödi" und "Palü".

Dem vom Kläger mit dem vorliegenden Verfahren angestrebten Zweck, nämlich eine Täuschungsgefahr für den Konsumenten über die Herkunft der beklagteischen Produkte und, damit verbunden, eine unlautere Konkurrenzierung des Klägers zu verhindern, kann nur durch Gutheissung von Ziff. 1 des klägerischen Begehrens Genüge getan werden. Der Beklagten ist daher in Gutheissung von Ziff. 1 des Begehrens zu verbieten, in Verbindung mit dem Angebot von Isolierkrügen japanischer Herkunft die Bezeichnungen "Modell 'Tödi' bzw. 'Palü'" zu verwenden.

4. Der Kläger verlangt, es sei der Beklagten zu befehlen, alle ihre Wiederverkäufer innert 10 Tagen schriftlich davon zu unterrichten, dass die von ihr bisher unter den Bezeichnungen Modell "Tödi" bzw. "Palü" angebotenen und vertriebenen Isolierflaschen ausländischer Herkunft seien (Rechtsbegehren Ziff. 2). Es ist zutreffend, dass, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, in seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen geschädigt oder gefährdet ist, einen Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, bei unrichtigen oder irreführenden Äusserungen auch auf Richtigstellung hat (Art. 2 Abs. 1 lit. c UWG). Der Richtigstellungsanspruch ist eine besondere Art der Beseitigung gegenüber unrichtigen oder irreführenden Äusserungen. Vorausgesetzt ist die durch die Äusserung *geschaffene schädigende Nachwirkung*. Die Äusserung muss im Gedächtnis Dritter fortleben. Ist sie bereits vergessen, so besteht kein Anlass mehr, sie richtigzustellen (vgl. *von Büren*, a.a.O., N 17 auf S. 170). Betrachtet man die beiden Isolierflaschen Modell "Tödi" (inklusive Verpackung) und Modell "Palü", so lässt sich unschwer feststellen, dass beide Produkte nicht schweizerischer Herkunft sein können, denn darauf weist beispielsweise eindeutig die auf der äusseren Flaschenbodenseite angebrachte Kennzeichnung "Made in Japan" hin. Sodann lassen auch die auf der Verpackung, in welcher die Isolierflaschen angeboten werden, aufgedruckten Schriftzüge erkennen, dass es sich nicht um schweizerische Ware handeln kann. Durch den Werbeprospekt alleine werden sich die Wiederverkäufer nicht täuschen lassen, denn vor dem Entschluss, die betreffenden Produkte zu vertreiben, werden sie sich durch die Beklagte anhand der entsprechenden Isolierflaschen selber (samt Verpackung) orientieren lassen. Das Begehren des Klägers Ziff. 2 ist daher abzuweisen.

5. Weiter stellt der Kläger das Begehren, das Verfügungsdispositiv sei auf Kosten der Beklagten in den Zeitschriften "Die Alpen" und "Schweizer Familie" je einmal in der Grösse einer Viertelseite zu veröffentlichen (Begehren Ziff. 4). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Veröffentlichung eines Dispositivs bei unlauterem Wettbewerb nur dann gerechtfertigt, wenn ein öffentliches Interesse daran besteht, die Hartnäckigkeit, welche der Verurteilte zeigt, zu brechen und

eine weitere Irreführung des Publikums zu verhindern (BGE 101 IV 345). Unbestrittenermassen erschienen die vom Kläger beanstandeten Inserate einmal in der "Schweizer Familie", dreimal in "Die Alpen" (September, Oktober, November) sowie einmal in der Schweizer Militärzeitschrift. Die Inserate weisen eine relativ geringe Grösse von einer Achtelseite auf. Zudem befinden sie sich jeweils mit anderen Inseraten zusammen auf einer Seite, so dass sie leicht übersehen werden. Berücksichtigt man die tägliche Schwemme mit Reklamen aller Art, welche den Konsumenten verleitet, die Angebote nur oberflächlich zu lesen, so ist eine schädigende Nachwirkung der beanstandeten Inserate auf den Wettbewerb zwischen den Parteien zu verneinen (vgl. auch *von Büren*, a.a.O., N 2 auf S. 73). Der Kläger vermochte denn auch eine wirklich eingetretene Marktverwirrung nicht zu beweisen. Ebensowenig kann der Beklagten vorgeworfen werden, sie beharre auf einem rechtswidrigen Standpunkt, bemüht sie sich doch, wie der vorgelegte Inseratenentwurf zeigt, um eine befriedigende Lösung. Die Voraussetzungen für eine Publikation des Dispositives sind somit nicht gegeben, weshalb das klägerische Begehren Ziff. 4 abzuweisen ist.

Der Kläger fand sich mit der Abweisung des Publikationsbegehrens nicht ab und rekurrierte an das Obergericht. Dieses ermächtigte den Kläger, das vom Einzelrichter erlassene Verbot auf Kosten der Beklagten je einmal in drei Zeitschriften zu veröffentlichen.

Aus der Begründung:

a) Der Rekursantrag beurteilt sich nach Art. 6 UWG. Diese Bestimmung sieht vor, der Richter könne die obsiegende Partei auf ihr Begehren ermächtigen, das Urteil auf Kosten der unterliegenden Partei zu veröffentlichen, wobei er Art und Umfang der Veröffentlichung zu bestimmen habe.

Die materiellen Voraussetzungen einer Urteilspublikation werden in Art. 6 UWG nicht genannt, womit dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum verbleibt. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist im Einzelfall eine Interessenabwägung vorzunehmen: Einerseits soll die unterliegende Partei durch eine Urteilspublikation nicht unnötig gedemütigt werden, andererseits gilt es jedoch, den Interessen der Öffentlichkeit an der Beseitigung einer eingetretenen Marktverwirrung und denjenigen der obsiegenden Partei, weitere nachteilige Auswirkungen auf ihre Stellung im wirtschaftlichen Wettbewerb zu verhindern, Rechnung zu tragen (BGE 92 II 269 Erw. 9; ZR 70 (1971) S. 178 und 183; *David*, Schweizerisches Werbe-recht, Zürich 1977, S. 409; *von Büren*, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957, S. 178 f., Rz. 37 und 38).

b) Bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses hat die Vorinstanz massgeblich auf die vom Bundesgericht für die Publikation von Strafurteilen betreffend unlauteren Wettbewerb entwickelte Rechtsprechung (BGE 101 IV 344 ff.) abgestellt. Danach rechtfertigt sich eine Urteilspublikation mit Namensangabe des Verurteilten, wenn das in Art. 61 StGB vorausgesetzte öffentliche Interesse darin besteht, die vom Verurteilten gezeigte Hartnäckigkeit zu brechen und eine weitere

Irreführung des Publikums zu verhindern (BGE 101 IV 348 f. Erw. 7). Das Vorliegen einer solchen "Hartnäckigkeit" hat die Vorinstanz unter Hinweis auf einen von der Beklagten unterbreiteten Vermittlungsvorschlag verneint und das Begehren des Klägers um Urteilspublikation abgewiesen.

Dazu ist festzuhalten, dass die vom Bundesgericht zu Art. 61 StGB entwickelten Grundsätze nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall, der sich, wie ausgeführt, nach Art. 6 UWG beurteilt, übertragen werden dürfen. Zu beachten ist insbesondere, dass eine strafrechtliche Verurteilung gemäss Art. 13 ff. UWG einen *vorsätzlichen* Verstoß gegen das UWG voraussetzt, während im Zivilverfahren auch derjenige unterliegt, der gutgläubig das Gebot des lautereren Wettbewerbs verletzt hat (*von Büren*, a.a.O., S. 9, Rz. 15). Eine strafrechtliche Verurteilung wird denn auch in der Öffentlichkeit erfahrungsgemäss als weit ehrenrühriger empfunden als das Unterliegen in einem Zivilprozess. Entsprechend ist die Veröffentlichung von Strafurteilen grundsätzlich restriktiver zu handhaben als diejenige von Zivilurteilen.

Der zitierte BGE 101 IV 345 ff. ist vorliegend aber immerhin insoweit von Bedeutung, als er in der Urteilspublikation ein Mittel erblickt, künftiges Fehlverhalten des Verurteilten zu verhindern. Im Zivilverfahren gilt es in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Wirkung richterlicher Verbote dadurch, dass sie sich stets auf ein bestimmtes, mehr oder weniger genau umschriebenes Verhalten beziehen müssen (vgl. BGE 97 II 93; ZR 83 (1984) Nr. 84 Erw. 5; *Sträuli/Messmer*, a.a.O., N 5 zu § 100 mit Hinweisen), wesentlich eingeschränkt wird. Die Veröffentlichung eines richterlichen Verbots betreffend UWG scheint angezeigt, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, die unterliegende Partei werde auch inskünftig unlautere Werbung betreiben. Abgesehen davon, dass die unterliegende Partei in solchen Fällen keinen Schutz verdient, scheint eine Urteilspublikation angezeigt, um die Öffentlichkeit zu einer gewissen Vorsicht hinsichtlich des Wettbewerbsverhaltens der betreffenden Partei zu mahnen und damit die negativen Auswirkungen, welche sich durch künftige irreführende Inserate ergeben könnten, von vornherein zu vermindern.

c) Die Vorinstanz ging in ihrer Entscheid davon aus, der Kläger habe nicht bewiesen, dass eine eigentliche Marktverwirrung eingetreten sei. Dem ist beizupflichten. Ergänzend zur zutreffenden Begründung der Vorinstanz, auf die gemäss § 161 GVG verwiesen werden kann, sei festgehalten, dass der Kläger lediglich zwei Beispiele genannt hat, wonach es bei *Wiederverkäufern* zu einem Irrtum bezüglich der Herkunft der von der Beklagten vertriebenen japanischen Isolationsflaschen gekommen sein soll, wobei sich zudem in einen Fall der Irrtum offensichtlich ohne Zutun des Klägers geklärt hat. Anhaltspunkte für "in der Öffentlichkeit" entstandene Verwechslungen liegen nicht vor. Dass es damit gleichzeitig auch am Nachweis einer schädigenden Nachwirkung der beanstandeten Inserate auf die Wettbewerbsstellung des Klägers fehlt, liegt auf der Hand.

Zu prüfen bleibt, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, die Beklagte werde auch inskünftig in ihrer Werbung für die japanischen Isolationsflaschen gegen das Gebot der lautereren Werbung verstossen. Die Vorinstanz hat diese Frage unter Hinweis auf einen Vermittlungsvorschlag der Beklagten aufgrund der damaligen Aktenlage zu Recht verneint. Im Rekursverfahren machte der Kläger nun aber neu geltend, die Beklagte habe auch nach Erlass des vorinstanzlichen Entscheides versucht, den

Eindruck zu erwecken, bei den von ihr vertriebenen japanischen Produkten handle es sich um eigene Erzeugnisse. Zum Beweis reichte er die Kopien zweier Inserate ein, welche im Dezember 1984 bzw. Februar 1985 in der Allgemeinen Schweizerischen Militärzeitschrift (ASMZ) erschienen sind.

Das erste Inserat, welches mit der Überschrift "NEU die unzerbrechliche SUPER-Z." für das von der Beklagten vertriebene japanische Produkt wirbt, enthält am unteren Rand des Inserates den Hinweis: "X-Werk AG in Y/Schweiz. Isolierflaschenfabrik (seit 1911)". Damit hat die Beklagte eindeutig gegen das vorinstanzliche Verbot verstossen, welches ihr untersagt, sich in Verbindung mit dem Angebot von Isolierflaschen japanischer Herkunft als "*Schweiz. Isolierflaschenfabrik*" zu bezeichnen. Da das fragliche Inserat bereits in der Dezemberausgabe 1984 der ASMZ erschien und das fragliche Verbot erst mit Verfügung vom 12. November 1984 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme erging, steht allerdings nicht fest, dass die Beklagte im Zeitpunkt, als sie den Insertionsauftrag erteilte, schon Kenntnis vom Inhalt des richterlichen Verbots gehabt hat bzw. den Insertionsauftrag noch rechtzeitig hätte annullieren können. Aus dem Erscheinen des erstgenannten Inserates in der Dezemberausgabe darf daher nicht ohne weiteres gefolgert werden, die Beklagte werde sich auch inskünftig nicht an das Gebot des lautereren Wettbewerbs halten. Zu Bedenken Anlass gibt indessen, dass die Beklagte das Erscheinen in der Februarnummer der Zeitschrift nicht verhinderte, sondern lediglich den Text änderte (dazu unten) und sich in ihrer Rekursantwort vom 14. März 1985 auf den Standpunkt stellte, sie habe mit dem fraglichen Inserat "klarerweise" nicht gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Dezember 1984 verstossen. Diese Uneinsichtigkeit legt den Schluss auf das Bestehen einer Wiederholungsgefahr nahe (dazu *von Büren*, a.a.O., S. 167, Rz. 7).

Auch im zweiten im Februar 1985 in der ASMZ erschienenen Inserat wirbt die Beklagte mit der Überschrift "NEU die unzerbrechliche SUPER-Z." für ihre japanischen Produkte. Am unteren Rand enthält das betreffende Inserat den Hinweis:

"Vertrieb:
X-Werk AG in Y.
Isolierflaschenfabrik (seit 1911)"

Da nur mehr von "Isolationsflaschenfabrik" und nicht mehr von "*Schweiz. Isolationsflaschenfabrik*" die Rede ist, verstösst dieses zweite Inserat zwar nicht gegen das von der Vorinstanz erlassene Verbot. Das Gebot des lautereren Wettbewerbs wird indessen auf andere Weise verletzt. Wie schon die Vorinstanz zutreffend ausführte, erwartet der Konsument von einer *X-Werk AG* und insbesondere auch von einer *Isolationsflaschenfabrik*, dass sie die von ihr vertriebenen Produkte selbst herstellt. Soweit dies nicht der Fall ist, muss daher, um eine Irreführung zu vermeiden, ausdrücklich auf die fremde Herkunft der angebotenen Produkte hingewiesen werden (so auch ZR 22 (1923) Nr. 10). Dieser Verpflichtung ist die Beklagte durch den blossen Zusatz "Vertrieb" nicht in geeigneter Weise nachgekommen, wird doch damit über die Herkunft der Produkte nichts ausgesagt (zur Bedeutung des Begriffes "Vertrieb" vgl. Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 19, 17. Aufl., Wiesbaden 1974, S. 575). "Vertrieben" werden können, wie auch der Kläger zu Recht betont, sowohl eigene als auch fremde Produkte.

Ob sich die Beklagte dieses neuerlichen Verstosses gegen das Gebot der lautereren Werbung bewusst war, lässt sich nicht mit letzter Gewissheit beurteilen. Als gewichtiges Indiz ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren selbst den Vermittlungsvorschlag unterbreitete, in ihren Inseraten für die japanischen Isolationsflaschen dem eigenen Firmennamen den Hinweis "Generalimporteur" voranzustellen, womit in der Tat genügende Klarheit geschaffen worden wäre. Es kann daher nicht gesagt werden, die Beklagte habe für ihre Inserate einfach keine zulässige Formulierung gefunden. Auszugehen ist vielmehr davon, dass sie sich durch die Verwendung des nichtssagenden Zusatzes "Vertrieb" zumindest *bewusst* in die Grauzone zwischen lauterer und unlauterer Werbung begeben hat.

Die beiden Inserate in der ASMZ vom Dezember 1984 bzw. Februar 1985 bilden somit insgesamt einen genügenden Anhaltspunkt dafür, die Beklagte werde sich auch inskünftig nicht darum bemühen, Missverständnisse über die Herkunft der von ihr vertriebenen japanischen Produkte durch eine eindeutige Formulierung ihrer Inserate zu vermeiden. Das Begehren des Klägers um Publikation des Urteils auf Kosten der Beklagten ist daher grundsätzlich gutzuheissen.

d) Gemäss Art. 6 Satz 2 UWG sind Art und Umfang der Veröffentlichung (im Rahmen der Parteienträge) vom Richter zu bestimmen (dazu *von Büren*, a.a.O., S. 179 f., Rz. 40).

Nachdem die vom Kläger beanstandeten Inserate unbestrittenermassen je einmal in der "Schweizer Familie" und in der "ASMZ" sowie dreimal in "Die Alpen" erschienen sind, ist dem Antrag des Klägers zunächst insoweit zu entsprechen, als er eine einmalige Urteilspublikation in den drei genannten Zeitschriften verlangt.

Die Veröffentlichung ist – ihrem Zweck entsprechend – auf eine sinngemässe Wiedergabe von Dispositiv Ziff. 1 der vorinstanzlichen Verfügung zu beschränken. Um eine angemessene Gestaltung des Publikationstextes zu ermöglichen, ist die Grösse der Inserate – unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Formate der in Frage stehenden Zeitschriften – in der "Schweizer Familie" und der ASMZ auf eine Achtel- und in "Die Alpen" auf eine Viertelseite festzulegen. Die entsprechenden Insertionsaufträge sind vom Kläger innert 30 Tagen, von der Zustellung dieses Entscheides an gerechnet, zu erteilen, wobei er ausdrücklich um eine möglichst baldige Aufnahme des Publikationstextes in die betreffenden Zeitschriften zu ersuchen hat.

P.S.

In der Zeitschrift "Die Alpen" Nr. 11/1985 erschien im November 1985 folgendes Inserat:

<small>INserat</small>
Gerichtliches Verbot
Am 7. Dezember 1984 hat der Audienzrichter des Bezirkes Zürich der
X: -werk AG
Isolierflaschenfabrik.
Y
verboten, in Verbindung mit dem Angebot von Isolierflaschen japanischer Herkunft die Bezeichnung Modell «Tödi» bzw. «Palü» zu verwenden sowie sich als «Schweiz. Isolierflaschenfabrik» zu bezeichnen. X -
Für den Widerhandlungsfall wurde den Organen der X -werk AG Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht.

Kurz nach Erlass des obergerichtlichen Urteils gelangte der Kläger an die Redaktion der "Schweizer Familie" und ersuchte diese, das "Gerichtliche Verbot" in Form eines Inserates im Umfange von einer Achtelseite zu veröffentlichen. Die "Schweizer Familie" widersetzte sich dem Ansinnen des Auftraggebers im wesentlichen mit folgender Begründung: Sie sei am Verfahren vor Obergericht weder als Partei noch als Streitgenosse beteiligt gewesen. Aus dem Insertionsvertrag allein könne kein Anspruch auf Veröffentlichung hergeleitet werden; ausserdem treffe sie ihres Erachtens keine Rechtspflichtverletzung.

Inzwischen hatte die Verlagsleitung der Zeitschrift "Die Alpen" den gleichlautenden Insertionsauftrag des Klägers angenommen und das erwähnte Verbot publiziert.

Der Kläger stellte dem Audienzrichter am Bezirksgericht Zürich ein Begehren mit folgendem Antrag:

"Der Beklagten sei im Sinne des Beschlusses ... des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. September 1985 zu befehlen, in der zweiten nach Eintritt der Rechtskraft des Befehls erscheinenden Ausgabe ein achtelseitiges Inserat mit folgendem Wortlaut auf Kosten des Klägers zu veröffentlichen:

...
Dies unter der Androhung der Überweisung ihrer Organe an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams i.S.v. Art. 292 StGB sowie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Der Audienzrichter hat dem Begehren vollumfänglich entsprochen.

Aus den Erwägungen:

II. Vorab stellt sich die Frage, ob das Gesuch des Klägers als Vollstreckungs- oder aber als selbständiges Befehlsverfahren zu qualifizieren ist: Ein Gesuch um Vollstreckung im Sinne von § 222 Ziff. 1 ZPO liegt dann vor, wenn die laut dem in einem Erkenntnisverfahren ergangenen richterlichen Entscheid, welcher die Gegenpartei zu einer Leistung oder Unterlassung verpflichtet, obsiegende Partei den ehemaligen Prozessgegner, der die ihm vom Richter auferlegte Pflicht nicht freiwillig erfüllt, mittels staatlicher Zwangsvollstreckung zu einem entscheidungsgemässen Verhalten mit Hilfe staatlicher Organe zwingen will (vgl. auch *Sträuli/Messmer*, N 1 vor § 300 ZPO). Begrifflich kann die Vollstreckung somit nur gegenüber der im vorausgehenden Erkenntnisverfahren unterlegenen Partei verlangt werden, nicht aber gegenüber (allenfalls jedoch auch mit Bezug auf deren Rechtsnachfolger) einer Drittperson, die am zum vollstreckenden Gerichtsentscheid führenden Verfahren gar nicht als Partei beteiligt war. Die Beklagte war am Verfahren vor der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, welches mit dem Beschluss vom 4. September 1985 seinen Abschluss fand, in keiner Weise Mitwirkende, dies weder als Partei noch als Streitgenossin der damaligen Beklagten. Somit handelt es sich beim vorliegend gestellten Begehren nicht um ein Vollstreckungsgesuch, sondern vielmehr stellte der Kläger ein eigenständiges Befehlsbegehren laut § 222 Ziff. 2 ZPO. Dessen Besonderheit liegt allein darin, dass sein unmittelbarer Anlass durch den vorerwähnten Obergerichtsbeschluss, insbesondere Dispositiv Ziff. 1 desselben, geschaffen wurde. Mithin muss dementsprechend geprüft werden, ob die

Voraussetzungen zum Erlass eines Befehls (§ 222 Ziff. 2 ZPO) gegenüber der Gesuchsgegnerin gegeben sind.

III. 1. Voraussetzung für das Erteilen des nachgesuchten Befehls ist das Vorliegen klaren Rechts und nichtstreitiger oder sofort beweisbarer tatsächlicher Verhältnisse (§ 222 Ziff. 2 ZPO). Fehlt es an einer dieser beiden Voraussetzungen, so hat der verfügende Einzelrichter auf das Begehren nicht einzutreten (§ 226 ZPO).

2. In tatsächlicher Hinsicht ist zunächst folgendes festzuhalten: Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, hat im wiederholt erwähnten Entscheid den Anspruch des Klägers auf Publikation des bereits angeführten gerichtlichen Verbotes in einer Ausgabe der Zeitschrift "Schweizer Familie", gestützt auf Art. 6 UWG, bejaht. Der obergerichtliche Beschluss ist in Rechtskraft erwachsen. Es liegt somit ausserhalb der Kognitionsbefugnis des Befehlsrichters, die Erwägungen der Rekursvorinstanz nochmals in Wiedererwägung zu ziehen. Die tatsächlichen Verhältnisse sind klar: Im Jahre 1984 wurden der Beklagten von der X.-Werk AG in Y. Inserattexte zur Publikation übergeben, deren Aussage gegen die einschlägigen Normen des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb versties. Die beanstandeten Inserate wurden von der Gesuchsgegnerin in der "Schweizer Familie" veröffentlicht. Da die Sachlage in tatsächlicher Hinsicht bereits durch rechtskräftigen gerichtlichen Entscheid geklärt wurde, reduziert sich die Prüfungspflicht des nunmehr angerufenen Einzelrichters auf die für den Ausgang des vorliegenden Befehlsverfahrens *einzig relevante Rechtsfrage*, ob dem Kläger ein im UWG verankerter Anspruch zusteht, die ihm vom Obergericht des Kantons Zürich erteilte Ermächtigung zur Veröffentlichung eines gerichtlich genehmigten Textes auch gegen den Willen der – an den bisherigen Verfahren unbeteiligten – Beklagten durchzusetzen. Findet das Begehren des Klägers eine klare gesetzliche Stütze, so ist ihm ohne weiteres zu entsprechen.

3. Aus Art. 4 UWG kann die Beklagte – entgegen ihrer Auffassung – *im vorliegenden Fall* nichts für sich ableiten. Diese Norm will nämlich einzig insofern eine Entlastung der Presse bringen, als sie die Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche *gegen* dieselbe grundsätzlich ausschliesst bzw. nur unter ganz besonderen Voraussetzungen (Art. 4 Abs. 1 lit. a, b und c UWG) zulässt (vgl. *von Büren*, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957, N 70 auf S. 187/188). Der Kläger macht jedoch keinen Beseitigungsanspruch gegenüber der Gegenpartei, sondern vielmehr gegen die X.-Werk AG in Y. geltend. Die Urteilspublikation in der vom beklagten Verlag herausgegebenen Zeitschrift "Schweizer Familie" soll lediglich *das technische Mittel* sein, um den vom Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, im mehrfach angeführten Beschluss bejahten Beseitigungsanspruch mit Bezug auf die ehemalige Prozessgegnerin durchsetzen zu können. Das Instrument der Urteilspublikation hat denn auch im UWG eine eigene Regelung erfahren. So kann der Richter laut Art. 6 UWG die obsiegende Partei auf ihr Begehren hin ermächtigen, das Urteil auf Kosten der unterlegenen Partei bzw. auf eigene Kosten zu veröffentlichen. Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich berief sich in ihrem Beschluss vom 4. September 1985 denn auch ausdrücklich auf diese Gesetzesbestimmung. Die Veröffentlichung eines gerichtlichen Entscheides aus dem Bereich des UWG dient einerseits der Beseitigung

einer eingetretenen Marktverwirrung, andererseits aber auch, um weiteren nachteiligen Auswirkungen auf die Stellung des Betroffenen im wirtschaftlichen Wettbewerb vorzubeugen (vgl. *David*, Schweizerisches Werberecht, Zürich 1977, S. 409 unter Hinweis auf BGE 92 II 269, ZR 70 Nr. 61 a.E.). Die Publikation ist immer dann ausgeschlossen, wenn der Wettbewerbsverstoss sich nicht in der breiteren Öffentlichkeit ausgewirkt hat (vgl. ZR 52 Nr. 77); nach konstanter Praxis erscheint sie angebracht, falls die Verletzungen vor der Öffentlichkeit erfolgten (vgl. *von Büren*, a.a.O., N 37 auf S. 178 unter Hinweis auf BGE 56 II 37; 59 II 26; 67 II 59; 79 II 329; 79 II 423). Die soeben wiedergegebenen Literaturstellen zeigen, dass das Dispositiv eines gerichtlichen Entscheides gestützt auf Art. 6 UWG immer dann publik gemacht werden soll, falls an einer solchen Anordnung ein *öffentliches Interesse* besteht. In diesem Zusammenhang darf folgendes nicht ausser acht gelassen werden: Es erweist sich als schwierig, die Bestimmungen des UWG eindeutig dem öffentlichen Recht oder dem Bereich des Privatrechtes zuzuordnen. Durch das UWG geschützt wird sowohl die wirtschaftliche Persönlichkeitssphäre des einzelnen Wettbewerbers als auch das Interesse der Öffentlichkeit an der Lauterkeit des Wettbewerbs (vgl. statt vieler: *von Büren*, a.a.O., N 10 auf S. 6). Ob eine einzelne Bestimmung des UWG dem öffentlich-rechtlichen oder dem privatrechtlichen Normenkomplex angehört, ist somit bei deren Anwendung durch teleologische Auslegung zu ermitteln. Nachdem die Anwendung von Art. 6 UWG voraussetzt, dass an der Veröffentlichung eines Gerichtsentscheides von seiten der Öffentlichkeit ein Interesse vorliegen muss, ist die soeben genannte Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Dies hat zur Folge, dass die Grundsätze privatrechtlicher Vertragsgestaltung – wie auch das Prinzip der Vertragsfreiheit – nicht mehr uneingeschränkt Anwendung finden. Insbesondere kennt das öffentliche Recht die Möglichkeit, einen rechtmässigen, da auf Gesetz beruhenden, Zwang auf ein Rechts-subjekt ausüben zu können, um den Betreffenden zum Vertragsabschluss zu bewegen, den sog. Kontrahierungszwang. Unter Kontrahierungszwang versteht man den Zwang, der ausgeübt wird gegen eine Person, um diese zu veranlassen, das Ihrige beizutragen zur Herstellung eines Rechtserfolges, zum Abschluss eines Vertrages. Die Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung wird dementsprechend erzwungen (vgl. *Hans Feer*, Kontrahierungszwang, Diss. Zürich 1922, S. 5 oben). Art. 6 UWG beinhaltet von seinem Sinn und Zweck her eine gesetzlich begründete Ausnahme vom Grundsatz der Abschlussfreiheit, welche Teil der umfassenderen Vertragsfreiheit bildet. Die Veröffentlichung eines in Anwendung der Normen des UWG ergangenen Entscheides dient der Aufhebung der Wirkung vergangener und gegenwärtiger Eingriffe in den wirtschaftlichen Wettbewerb (vgl. *von Büren*, a.a.O., N 16 auf S. 16). Die durch die betreffende Verletzungshandlung bewirkte Störung kann nur, falls sie durch oder mit Hilfe eines dem breiteren Publikum zugänglichen Presseerzeugnisses begangen wurde, wirksam beseitigt werden, indem – das öffentliche Interesse vorausgesetzt – das Dispositiv des den wettbewerbsrechtlichen Verstoss feststellenden gerichtlichen Entscheides *in der gleichen* Publikation veröffentlicht wird. Die Veröffentlichung soll nämlich *die interessierten Kreise* erreichen, nicht aber über diese hinausgehen. Blieb die Wirkung des unlauteren Wettbewerbs auf die Fachkreise beschränkt, so sind vorzügliche Fachorgane zu wählen (BGE 56 II 37; 79 II 329); *fand die Verletzung mittels bestimmter Organe statt, so liegt es nahe, diese auch für die Berichtigung zu wählen* (vgl. *von Büren*, a.a.O., N 40 auf

S. 180 unter Hinweis auf BGE 79 II 423). Dem verletzten Wettbewerber würde es insbesondere überhaupt nichts nützen, wenn die Urteilsveröffentlichung in einer Zeitschrift erfolgte, die sich an einen völlig anderen Leserkreis richtet als die Publikation, in welcher die gegen das UWG verstossende Äusserung, die richtiggestellt werden soll, einem breiteren (allenfalls fachlich interessierten) Publikum vermittelt worden war. Aufgrund dieser Überlegungen darf es der Presse nicht freigestellt bleiben, ob sie mit dem verletzten Wettbewerber einen Insertionsauftrag zwecks Veröffentlichung eines aufgrund des UWG ergangenen (und rechtskräftig gewordenen) Gerichtsentscheides annehmen will oder nicht. Bei gegenteiliger Argumentation erwiese sich Art. 6 UWG schlichtweg als zur Durchsetzung des Beseitigungsanspruches untaugliche Norm; denn in diesem Fall hinge es vom jeweiligen Wohlwollen des einzelnen Verlegers ab, ob ein vom Gesetz verbrieftes – im öffentlichen Interesse liegender – Anspruch verwirklicht werden kann. Dies war mit Sicherheit nicht der Wille des Gesetzgebers; in diesem Fall könnte Art. 6 UWG ersatzlos gestrichen werden. Bei Fehlen dieser Bestimmung stünde es dem Verletzten nämlich gleichwohl anheim, die Veröffentlichung einer eigenen Erklärung zum betreffenden Gerichtsentscheid oder dessen Dispositiv in Form eines besonderen Inserates auch ohne richterliche Genehmigung auf eigene Kosten und eigenes Risiko über den Weg eines Insertionsvertrages mit einem Verleger seiner Wahl vorzunehmen. Der Sinn von Art. 6 UWG muss angesichts dieser Überlegung gerade darin liegen, für die Presse eine *Rechtspflicht* zu begründen, gerichtlich genehmigte Texte, in denen eine UWG-Verletzung festgestellt wird, auf Ersuchen des Verletzten zu publizieren. Das schweizerische Strafgesetzbuch kennt in Art. 61 eine Art. 6 UWG entsprechende Norm. Der wesentliche Unterschied in der Anwendung der beiden Bestimmungen besteht darin, dass sich eine Urteilspublikation mit Namensangabe des Verurteilten nach Art. 61 StGB nur dann rechtfertigt, wenn das öffentliche Interesse darin besteht, die vom Verurteilten gezeigte Hartnäckigkeit zu brechen und eine weitere Irreführung des Publikums zu verhindern (BGE 101 IV 348 f. Erw. 7). Vorausgesetzt wird somit ein gewisses Mass an Verschulden des Verurteilten. Ansonsten unterscheiden sich Voraussetzungen und Anwendung beider Artikel (61 StGB und 6 UWG) nicht. Bezüglich Art. 61 StGB nehmen Praxis und Literatur einen Kontrahierungszwang zu Lasten der Presse an mit der Begründung, Art. 61 StGB enthalte eine *öffentlich-rechtliche Norm*, gestützt auf welche der Richter auch eine private Zeitung zur Publikation eines Urteils anhalten könne (vgl. SJZ 41, 1945, Nr. 108 auf S. 240, unter Hinweis auf ein Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 21. November 1944). Aufgrund der angestellten Erwägungen besteht überhaupt keine Veranlassung anzunehmen, mit Bezug auf Art. 6 UWG verhalte es sich anders. Ginge man – aus welchem Grunde auch immer – davon aus, Art. 6 UWG sei keine öffentlich-rechtliche Gesetzesbestimmung, sondern lediglich im öffentlichen Interesse erlassen worden, so wäre, was den Kontrahierungszwang anbelangt, das Ergebnis dasselbe. Der Privatgesetzgeber ist nicht an eine verfassungsmässige Vertragsfreiheit gebunden, sondern verfassungsrechtlich gewährleistet ist nur allgemein der Bestand der Privatrechtsordnung. Es ist daher das Zivilrecht selbst, das die Vertragsfreiheit abgrenzt, und sie ist nur im Ausmass des Zivilrechts verfassungsrechtlich geschützt (vgl. *Urs Widmer*, Der richterliche Eingriff in den Vertrag, Diss. Zürich 1971, S. 106/107 mit zahlreichen Literaturhinweisen). Um einen privatrechtlichen Kontrahierungszwang zu begründen, bedarf es einer klaren gesetzlichen Grundlage.

Diese muss – analog der Zulässigkeit gewerbepolizeilicher Massnahmen – folgende Kriterien erfüllen: Sie haben dem Schutz eines gesetzlich geschützten Rechtsgutes zu dienen, im öffentlichen Interesse zu liegen und alle davon betroffenen Rechtsgenossen in gleicher Weise zu treffen (vgl. *Widmer*, a.a.O., S. 109). Art. 6 UWG schützt den lautereren Wettbewerb, seine Anwendung darf nur im öffentlichen Interesse erfolgen, und er wirkt gleichermassen auf *sämtliche Presseunternehmen*, ohne deren Kreis irgendwie einzuschränken. Er vermag deshalb klarerweise einen Kontrahierungszwang zu Lasten der Zeitschriften- und Zeitungsverleger zu begründen.

Sowohl Kläger als auch Beklagte beriefen sich zur Begründung ihrer rechtlichen Standpunkte auf BGE 106 II 92. Dazu ist folgendes zu bemerken: In jenem Fall (i.S. Weltwoche Verlag, Karl von Schumacher & Co. gegen L. Minelli) hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der Beseitigung einer Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB durch Publikation einer Berichtigung zu befassen. Die schweizerische Gerichtspraxis betrachtet im Zusammenhang mit einer festgestellten Persönlichkeitsverletzung die Urteilsveröffentlichung u.a. ebenfalls als Form einer Störungsbeseitigung, wobei weder ein Verschulden des Täters noch eine besondere Schwere der Verletzung vorausgesetzt wird; allerdings müssen Art und Mass der Verletzung sie als geboten erscheinen lassen (vgl. statt vieler: *Frank*, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, N 110 und 111 auf S. 44). Nicht erforderlich ist mit anderen Worten – bezogen auf Art. 28 ZGB –, dass die Urteilspublikation im öffentlichen Interesse liegt. So enthielt denn auch das schweizerische Zivilgesetzbuch am 8. Mai 1980, im Zeitpunkt, da das erwähnte Urteil erlassen wurde, keine Art. 6 UWG auch nur annähernd entsprechende Norm. Mangels gesetzlicher Grundlage durfte die II. Zivilkammer des Bundesgerichtes nicht einfach einen Kontrahierungszwang zu Lasten des Weltwoche-Verlages annehmen, sondern war – um ein dem Rechtsempfinden nicht stossendes Resultat zu finden – darauf angewiesen, die Rechtsfigur des Kontrahierungszwanges ausser acht zu lassen, ohne am Ergebnis, die Weltwoche AG zu verpflichten, den zwischen Frau Zepf und Herrn Minelli geschlossenen Vergleich zu publizieren, etwas zu ändern. Das Nichtvorhandensein einer den Kontrahierungszwang begründenden Gesetzesbestimmung löste das Bundesgericht dann mit folgender Begründung: “Die Beklagte macht schliesslich geltend, durch den angefochtenen Entscheid werde sie verpflichtet, mit Anna Zepf einen Insertionsvertrag abzuschliessen, womit sie einem Kontrahierungszwang unterworfen werde; es gebe jedoch keine Norm unseres Rechtssystems, die sie verpflichten könnte, gegen ihren Willen, mit wem es auch sei, ins Inseratengeschäft zu kommen. Auch dieser Einwand geht fehl. Wie die Vorinstanz zutreffend bemerkte, *hat die Beklagte die angeordnete redaktionelle Mitteilung in erster Linie zu publizieren, weil sie durch die Veröffentlichung des Leserbriefs das Persönlichkeitsrecht des Klägers ihrerseits verletzt*” (BGE 106 II 102/103). Die Pflicht zur Veröffentlichung ergab sich somit laut soeben wiedergegebener Begründung im wesentlichen daraus, dass die Weltwoche AG durch Veröffentlichung des Leserbriefes von Anna Zepf die Persönlichkeitsverletzung rein technisch bewirkt hatte; mit anderen Worten erfuhr das “Erfolgsprinzip” seine Anwendung. Die vom Bundesgericht verfasste Begründung lässt sich zwar dogmatisch halten, allein für den vorliegend zu fällenden Entscheid bleibt sie ohne Einfluss. Das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb enthält vielmehr eine eigene, die Presse zur Urteilspublika-

tion verpflichtende Norm. Gerade das Fehlen einer solchen Bestimmung im Bereich des Persönlichkeitsrechtes schaffte in der Vergangenheit im Verhältnis zwischen Verletztem und Presse diverse Probleme. Diese führten in der Folge – erst nach Fällung besagten Bundesgerichtsentscheides im Jahre 1980 – zur Einführung der Bestimmungen von Art. 28g ff. ZGB. Diese Normen sind die Konsequenz, mit welcher der Gesetzgeber auf die zunehmend geringere Bereitschaft der Presse, auch ihr missliebige Gegendarstellungen zu veröffentlichen, reagieren musste, wollte er den Persönlichkeitsschutz einigermaßen wirksam ausgestalten. Auch Art. 28k ZGB strebt eine Verbesserung der Stellung des in seiner Persönlichkeit Verletzten gegenüber der Presse an. Diese Ausführungen sollen dazu angetan sein, den Parteien aufzuzeigen, dass BGE 106 II 92 ff. nicht nur einen anderen Anspruch zu regeln hatte, sondern dass die damals urteilenden Richter auch *von einer völlig anderen gesetzlichen Grundlage* aus, als sie in diesem Verfahren gegeben ist, entscheiden mussten. Der hier zu fällende Entscheid lässt sich mit dem im genannten Verfahren zu treffenden Entscheid nur oberflächlich und auch nur am Rande vergleichen.

Art. 6 UWG beinhaltet somit die Kontrahierungspflicht als privat- oder öffentlich-rechtliche Verpflichtung mit dem Inhalt, auf Ersuchen des Klägers mit diesem zwecks Publikation des vom Obergericht des Kantons Zürich im Beschluss vom 4. September 1985 verfassten Textes in einer Ausgabe der “Schweizer Familie” einen entsprechenden Insertionsvertrag abzuschliessen. Der mehrfach angeführte obergerichtliche Beschluss ist in Rechtskraft erwachsen, was Voraussetzung zur Verwirklichung des vom Kläger geltend gemachten Insertionsanspruchs bildet (vgl. *von Büren*, a.a.O., N 42 auf S. 181 unter Hinweis auf ZR 44 Nr. 108). Der nachgesuchte Befehl ist daher zu erteilen.

IV. Die Auswahl der zutreffenden Androhung (Ordnungsbusse oder Ungehorsamsstrafe) bleibt dem Richter vorbehalten, weil nur so den unterschiedlichen Verhältnissen Rechnung getragen werden kann (vgl. *Sträuli/Messmer*, N 2 zu § 306 ZPO). Die Androhung der Ungehorsamsstrafe gilt dabei allgemein gegenüber der Ordnungsbusse als schärferes Mittel, um die beklagte Partei zur Einhaltung eines Verbotes anzuhalten. Im vorliegenden Fall zeigt die Beklagte eine erhebliche Beharrlichkeit, sich dem Ansinnen des Gesuchstellers zu widersetzen, was u.a. auch aus dem Schreiben vom 4. Dezember 1985 hervorgeht. Sie liess sich selbst durch die Vorlegung des Obergerichtsbeschlusses vom 4. September 1985 nicht dazu bewegen, den Insertionsauftrag des Klägers anzunehmen. Angesichts der Tatsache, dass für die Beklagte selbst im vorliegenden Verfahren u.a. “verlagspolitische Erwägungen” eine Rolle spielen und für den Kläger durch die konsequente Weigerung der Gesuchsgegnerin, das gerichtlich genehmigte Inserat entgegenzunehmen, ein erheblicher wirtschaftlicher Nachteil entstehen kann, rechtfertigt es sich, den zu erteilenden Befehl mit der Androhung der Überweisung der beklaglichen Organe zur Bestrafung wegen Nichterfüllung einer amtlichen Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Haft oder Busse) im Widerhandlungsfall zu verbinden.

V. Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig.

VI. Da der Streitwert unbestimmbar ist, steht gegen diesen Entscheid das Rechtsmittel des Rekurses zur Verfügung (§ 272 Abs. 1 ZPO).

Der Einzelrichter verfügt:

1. Der Beklagten wird im Sinne von Art. 6 UWG i.V.m. § 222 Ziff. 2 ZPO befohlen, laut Beschluss des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 4. September 1985 in der zweiten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Befehls erscheinenden Ausgabe der Zeitschrift "Schweizer Familie" ein achtelseitiges Inserat mit folgendem Wortlaut auf Kosten des Klägers zu veröffentlichen:

"Gerichtliches Verbot

Am 7. Dezember 1984 hat der Audienzrichter des Bezirkes Zürich der *Isolierflaschenfabrik, Y.*, verboten, in Verbindung mit dem Angebot von Isolierflaschen japanischer Herkunft die Bezeichnung Modell 'Tödi' bzw. 'Palü' zu verwenden sowie sich als 'Schweiz. Isolierflaschenfabrik' zu bezeichnen. Für den Widerhandlungsfall wurde den Organen der X-Werk AG Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht."

Dies unter Androhung der Überweisung der Organe der Beklagten an den Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Haft oder Busse) im Widerhandlungsfall.

Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG – "SERIENMÄSSIG AUF SEMPERIT"

- *Eine in der Schweiz gemachte Werbeaussage wird auf den schweizerischen Markt bezogen. Wenn sie für einen ausländischen Markt zutrifft, kann sie sich dennoch aus dem Blickwinkel des schweizerischen Konsumenten als irreführend erweisen (Erw. 3).*
- *Unter einer serienmässigen Ausrüstung versteht man in der Automobilbranche, dass die betreffenden Fahrzeuge regelmässig bzw. üblicherweise damit ausgerüstet seien (Erw. 4).*
- *Der Befehlsrichter kann ein angebehrtes Verbot präzisieren. Eine zeitliche Einschränkung kann jedoch nicht beansprucht werden, da es Sache des Beklagten ist, bei Änderung der massgebenden Umstände eine Aufhebung des Verbotes zu erwirken (Erw. 5).*
- *Une publicité diffusée en Suisse doit s'apprécier en fonction du marché suisse. Même si elle correspond à la situation d'un marché étranger, une telle publicité peut néanmoins se révéler déceptive pour le consommateur suisse (c. 3).*
- *Dans la branche de l'automobile, on comprend par équipement de série ce dont les véhicules concernés sont pourvus de façon régulière ou habituelle (c. 4).*
- *Le juge peut limiter une interdiction requise en la précisant. Une limitation dans le temps ne peut cependant pas être requise car il appartient au dé-*

fendeur d'obtenir la levée de l'interdiction en invoquant une modification de l'état de fait (c. 5).

Urteil OGer ZH, II. Zivilkammer, vom 19. Juni 1985 im summarischen Verfahren

Die Beklagte stellt Autoreifen der Marke Semperit her, welche sie auch in der Schweiz vertreibt. Am 29. März 1984 erschien in der schweizerischen Zeitschrift "Automobil-Revue" eine Anzeige der Beklagten, welche folgende Aussage enthielt: "Audi, Ford, Mazda, Mercedes, Opel, Porsche und VW serienmässig jetzt auch auf Semperit". Bezüglich der Automarke Audi wurde dieselbe Werbeaussage auch mittels grossformatiger Plakate verbreitet, z.B. in Regensdorf. Die Klägerin stellte daraufhin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren das Begehren um Erlass eines Befehls, mit welchem der Beklagten die weitere Verbreitung der Behauptung verboten werden sollte, Audi, VW und Porsche würden jetzt serienmässig mit Semperit-Reifen ausgerüstet. Mit Verfügung vom 29. Mai 1984 verbot der Einzelrichter der Beklagten im Sinne eines definitiven Befehls, in der Schweiz die Behauptung weiterzubreiten, Fahrzeuge der Marken Audi, VW und Porsche würden jetzt serienmässig auch mit Semperit-Reifen ausgerüstet. Für den Widerhandlungsfall drohte er den verantwortlichen Organen der Beklagten Strafverfolgung im Sinne von Art. 292 StGB an. Gegen diesen Entscheid rekurrierte die Beklagte rechtzeitig an das Obergericht.

Dieses wies den Rekurs aus folgenden Gründen ab:

1. Wie der Einzelrichter zutreffend ausführt, gilt für die Beklagte der Gerichtsstand des Begehungsortes und ist Begehungsort im Sinne der massgeblichen Art. 5 und 11 UWG auch der Ort, wo der Erfolg eingetreten ist. Da die Zeitschrift "Automobil-Revue" auch in Zürich verkauft und gelesen wird und mit der Kenntnisnahme einer Werbeaussage der Erfolg einer wettbewerblichen Handlung eintritt, ist der zürcherische Richter zuständig, was die Beklagte denn auch nicht bestreitet.

2. Es ist offensichtlich und zudem unbestritten, dass die Klägerin mit der Beklagten im wirtschaftlichen Wettbewerb steht (Art. 1 Abs. 1 UWG). Auf das Unterlassungsbegehren ist daher materiell einzutreten.

3. Die Klägerin macht im wesentlichen geltend, die beanstandete Werbeaussage vermittele den Eindruck, dass die Autos der Marken Audi, VW und Porsche in der Schweiz serienmässig mit Semperit-Reifen ausgerüstet seien, was nicht zutrefte. Es sei vielmehr so, dass Audi und VW am Produktionsort grundsätzlich mit Uniroyal-Reifen ausgerüstet würden, Porsche mit Reifen der Marke Pirelli. Bei diesen Marken würden Semperit-Reifen nur auf ausdrücklichen Wunsch des Käufers und gegen einen Zuschlag montiert oder dann, wenn zufälligerweise einmal die benötigten Uniroyal- oder Pirelli-Reifen fehlten. Es sei praktisch unmöglich, in der Schweiz fabrikneue Fahrzeuge der genannten Marken mit Semperit-Reifen zu erhalten. Jedenfalls betrage der Anteil solcher Fahrzeuge mit Semperit-Reifen nur 2%. Der

Eindruck, den die Werbung der Beklagten vermittele, sei daher völlig unzutreffend. Die Beklagte begehe damit unlauteren Wettbewerb.

Der Einzelrichter erachtete Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG als erfüllt, wonach gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstösst, wer über sich, die eigenen Waren, Werke, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte begünstigt. Der Einzelrichter hielt fest, für die Beurteilung der Lauterkeit einer Werbeaussage müssten die Verhältnisse auf dem Schweizer Markt herangezogen werden, weil sich eine in der Schweiz gemachte Werbeaussage im überwiegenden Masse an den in der Schweiz wohnhaften Konsumenten richte, der seine Bedürfnisse auf dem Schweizer Markt befriedige. Massgebend seien deshalb dessen Blickwinkel und die Verhältnisse auf dem Schweizer Markt. Einzig entscheidend sei daher, ob die in die Schweiz gelangenden Fahrzeuge der Marke Porsche, VW und Audi serienmässig auch mit Semperit-Reifen ausgerüstet seien. Dies verneinte der Einzelrichter und hielt fest, demzufolge seien die Werbeaussagen "Audi, ... Porsche, VW serienmässig jetzt auch auf Semperit" sowie "Audi serienmässig jetzt auch auf Semperit" unlauter, weshalb nicht entschieden zu werden brauche, ob diese Aussagen darüber hinaus eine unbefugte Ausnützung der genannten Marken darstelle.

Die Beklagte behauptet demgegenüber auch im Rekursverfahren, ihre Aussage treffe objektiv betrachtet zu. Unter serienmässiger Ausrüstung werde die Erstausrüstung verstanden. Es komme nur darauf an, ob bei dieser auch Semperit-Reifen verwendet würden, unabhängig davon, wieviele der so ausgerüsteten Fahrzeuge in die Schweiz gelangten. Die Meldung der Beklagten beziehe sich auf den Herstellungsvorgang, der, wie jedermann wisse, gänzlich im Ausland liege. Dieser könne somit nicht mit einem schweizerischen Massstab beurteilt werden, insbesondere könne der Werbeaussage nicht die Behauptung unterstellt werden, eine serienmässige Ausrüstung erfolge in der Schweiz, oder es seien "üblicherweise" die dem Konsumenten angebotenen Fahrzeuge der genannten Marken mit Semperit-Reifen ausgerüstet. Eine solche Aussage sei in der beanstandeten Werbung nicht gemacht worden; ihr Kernstück sei vielmehr für jeden Endabnehmer klar erkennbar die Tatsache der Werklieferungen zur Erstausrüstung der Wagen im Werk. Bis dahin – und nur bis dahin – könne gegenüber der Beklagten von einer Angabe die Rede sein, die diese im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG über sich selber, die eigenen Waren, Werke, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse mache. – Die Beklagte ist ausserdem der Meinung, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, dass der Anteil der mit Semperit-Reifen ausgerüsteten, in die Schweiz gelangenden Fahrzeuge nicht mehr als 2% betrage. Ihre, der Beklagten, erhobene Behauptung, dass auch serienmässig mit Semperit-Reifen ausgerüstete Fahrzeuge in die Schweiz kommen, und zwar mehr als 2%, dürfe nicht zum vornherein als unbeweisbar bzw. unbewiesen übergangen werden. – Die Beklagte macht sodann geltend, der Einzelrichter habe der Klägerin mehr zugesprochen, als diese verlangt habe. Er habe nämlich verboten, zu verbreiten, Audi, VW und Porsche würden jetzt serienmässig *auch* mit Semperit-Reifen ausgerüstet, während die Klägerin ein Verbot nur für die Behauptung begehrte, Audi, VW und Porsche würden jetzt serienmässig mit Semperit-Reifen ausgerüstet. Eine richterliche Massnahme dürfe indessen nicht über den beim Richter geltend gemachten materiellen Anspruch hinausgehen. – Schliesslich hält die Beklagte dem angefochtenen Entscheid entgegen, das Verbot schaffe ein Sonderstatut für die

Klägerin und gegen sie, die Beklagte. Die beanstandete Werbeaussage könne Gegenstand einer richterlichen Feststellung darüber sein, ob sie mit den Bestimmungen des UWG in Einklang zu bringen sei. Es bestehe aber keine gesetzliche Grundlage und auch keine Kompetenznorm für den Befehlsrichter, die Werbeaussage der Beklagten – losgelöst vom heute gegebenen und beurteilten Sachverhalt – gleich auch noch für die Zukunft richterlich zu verbieten. Und selbst wenn dies zulässig wäre, müsste das Verbot in örtlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht begrenzt und zudem so gefasst werden, dass es – bezogen auf den gegebenen Sachverhalt – schlüssig bliebe.

4. Die Lauterkeit einer Werbeaussage lässt sich nur zuverlässig beurteilen, wenn die Verhältnisse auf dem Markt herangezogen werden, auf den sie sich bezieht. Wie der Einzelrichter zutreffend ausgeführt hat, können das bei einer in der Schweiz gemachten Werbeaussage nur die Verhältnisse auf dem Schweizer Markt sein, da sich die Aussage im überwiegenden Masse an den in der Schweiz wohnhaften Konsumenten richtet, der seine Bedürfnisse auf dem Schweizer Markt befriedigt. Richtig ist deshalb auch die Folgerung des Einzelrichters, dass sich eine an sich wahre Aussage – bezogen auf einen anderen Markt – als unlauter erweisen könne, wenn sie sich aus dem Blickwinkel des schweizerischen Konsumenten als irreführend erweise. Für den vorliegenden Fall kommt daher tatsächlich nichts darauf an, ob allenfalls in Deutschland und Österreich Autos der Marken Audi, VW und Porsche serienmässig auch mit Semperit-Reifen ausgerüstet seien. Entscheidend ist vielmehr einzig, ob die in die Schweiz gelangenden Fahrzeuge der genannten Marken serienmässig auch mit Semperit-Reifen ausgerüstet sind. Für die Beurteilung des Begriffes “serienmässig” ist massgebend, was sich der schweizerische Konsument, an den die Werbeaussage gerichtet ist, darunter vorstellt. Was gemeinhin darunter verstanden wird, kann den Wörterbüchern entnommen werden. Danach bedeutet Serie eine Reihe, Folge oder Gruppe gleichartiger Dinge (vgl. für viele z.B. Duden, Rechtschreibung, Mannheim 1980, S. 630). Von Serienfertigung spricht man bei gleichzeitiger oder unmittelbar aufeinanderfolgender Herstellung gleicher Werkstücke, und Serienfabrikation ist dementsprechend eine Reihenherstellung einer grösseren Menge gleicher Industrieprodukte. Dem Einzelrichter ist daher beizupflichten, wenn er erklärt, in diesem Sinne könne von serienmässiger Ausrüstung nur dann gesprochen werden, wenn im Rahmen des Ausrüstungsvorgangs tatsächlich solche Reihen oder Gruppen von gleichartigen Gegenständen – bezogen auf die Ausrüstung – entstünden, die auch als solche in die Schweiz gelangten. Erscheint eine so absolute Werbeaussage wie die vorliegende in einer schweizerischen Zeitschrift oder auf einer schweizerischen Plakatwand, so bezieht sie der in der Schweiz wohnhafte Konsument zwangsläufig auf den Schweizer Markt, d.h. er wird mit dem Wort “serienmässig” die Vorstellung verbinden, dass er hierzulande auch solche Serien antrifft. Er wird, wie der Einzelrichter zutreffend darlegt, annehmen, dass die ihm angebotenen Fahrzeuge üblicherweise mit den gleichen Reifen, hier eben mit Semperit-Reifen, ausgerüstet seien. Denn es ist richtig, dass gerade in der Motorfahrzeugbranche der Ausdruck “serienmässig” als “regelmässig” verstanden wird. Das veranschaulichen die von der Klägerin genannten Beispiele: Wird dieses oder jenes Automodell damit angepriesen, es sei serienmässig mit einem Fünfganggetriebe oder mit einem Autoradio ausgestattet, so nimmt jedermann an, dass dieses Modell

in der Regel mit bereits eingebautem Fünfganggetriebe oder bereits eingebautem Autoradio geliefert wird und dass höchstens auf besonderen Wunsch hin ein anderes Getriebe geliefert oder auf den Einbau des Radios verzichtet wird. Daraus erhellt, dass weder eine kleine Serie noch eine Spezialserie eine Serie im umschriebenen Sinne darstellt. Dieser – qualitative – Unterschied muss sich in der Werbeaussage widerspiegeln, damit diese nicht täuschend wirkt. Zulässig wäre die Werbeaussage der Beklagten demzufolge nur dann, wenn die in der Schweiz erhältlichen Fahrzeuge der genannten Marken regelmässig bzw. üblicherweise mit Semperit-Reifen ausgerüstet wären. Dass dies der Fall sei, behauptet die Beklagte nicht. Im Gegenteil erklärt sie selber: “Mit Semperit-Reifen ausgerüstete Fahrzeuge gelangen vornehmlich in Deutschland und Österreich zum Verkauf, ... gelangen im wesentlichen in Deutschland und Österreich zum Verkauf, ... auch wenn die so ausgerüsteten Fahrzeuge nicht häufig in die Schweiz, sondern vorab in andere Länder gelangen, ... nur wenige der so ausgerüsteten Fahrzeuge gelangen in die Schweiz”. Damit aber steht fest, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, in der Schweiz die Behauptung zu verbreiten, Audi, VW und Porsche würden jetzt serienmässig auch mit Semperit-Reifen ausgerüstet. Dabei ist unerheblich und braucht daher auch nicht abgeklärt zu werden, ob der Anteil der mit Semperit-Reifen ausgerüsteten Fahrzeuge dieser Marken nur genau 2% betrage oder ob er allenfalls etwas höher sei.

Die Werbeaussage der Beklagten ist demzufolge unlauter. Wie der Einzelrichter zu Recht betont, spielt der Grund für die geringe Präsenz der Semperit-Reifen auf dem schweizerischen Markt für die genannten Automarken keine Rolle.

5. Es ist klar, dass die Klägerin durch den unlauteren Wettbewerb, d.h. durch die unlautere Werbung der Beklagten, in ihren wirtschaftlichen Interessen gefährdet ist, weshalb ihr gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b UWG ein Anspruch auf Unterlassung zusteht. Da sich die Beklagte der Klage widersetzt, ist die als Voraussetzung des Unterlassungsanspruches geforderte Wiederholungsgefahr gegeben (vgl. *von Büren*, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, N 6/7 zu Art. 2 UWG).

Wie ausgeführt, erweckt die Werbeaussage der Beklagten beim Konsumenten in der Schweiz den Eindruck, VW, Audi und Porsche seien jetzt regelmässig mit Semperit-Reifen ausgerüstet. An diesem Eindruck ändert nichts, dass die Werbeaussage im genauen Wortlaut lautet: “Audi, ..., Porsche, VW serienmässig jetzt auch auf Semperit”. Wenn daher der Einzelrichter der Beklagten verboten hat, in der Schweiz die Behauptung weiterzubreiten, Fahrzeuge der Marken Audi, VW und Porsche würden jetzt serienmässig *auch* mit Semperit-Reifen ausgerüstet, ist er damit nicht über den Klageantrag hinausgegangen, sondern hat lediglich eine erlaubte Präzisierung vorgenommen.

In örtlicher Hinsicht ist das Verbot auf das Gebiet der Schweiz begrenzt. Die Beklagte wird bei der Wahl ihrer Werbemittel auf den Umstand, dass die Werbung im einen Land zulässig, im andern dagegen nicht zulässig ist, Rücksicht zu nehmen haben. Während Werbesendungen in landesfremden Radio- und Fernsehanstalten durch das Verbot kaum erschwert sein werden, da der Zuhörer oder Zuschauer die dort gemachten Aussagen nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres auf den Schweizer Markt beziehen wird, wird die Beklagte bei Inseraten in Zeitungen und Zeitschriften je nach den Umständen auf schweizerische Verhältnisse Rücksicht

zu nehmen haben. Diese Schwierigkeit macht das Verbot jedoch nicht zu einem unzulässigen.

Eine zeitliche Beschränkung des Verbotes kann die Beklagte ebenfalls nicht beanspruchen. Sollten sich die massgebenden Umstände einmal ändern, wird es ihre, der Beklagten, Sache sein, dannzumal eine Aufhebung des Verbotes zu erwirken.

6. Der Rekurs ist daher abzuweisen. Die Verfügung des Einzelrichters ist in den angefochtenen Punkten zu bestätigen.

Art. 1 al. 1 et 2 litt. b et d LCD – “REIN”

- *Appréciation du risque de confusion (c. 3b).*
- *Le droit à l'utilisation par le concurrent de son propre nom prime, même s'il en résulte un risque de confusion, pourvu que ce dernier soit le plus possible diminué, notamment par des adjonctions telles que celle du prénom (c. 3b).*
- *En faisant croire à tort qu'il a repris totalement l'activité de la demanderesse, qui aurait cessé la sienne, le défendeur commet un acte de concurrence déloyale (c. 3c).*
- *Lorsque le risque de répétition de l'acte de concurrence déloyale est inexistant, il n'y a pas lieu de donner suite aux conclusions en cessation de trouble; il se justifie en revanche de constater l'illicéité de l'acte commis afin de permettre à la demanderesse d'en faire état devant des tiers (c. 4b aa).*
- *Würdigung der Verwechslungsgefahr (Erw. 3b).*
- *Das Recht auf den Gebrauch des eigenen Namens durch einen Konkurrenten geht vor, selbst wenn dadurch eine Verwechslungsgefahr entsteht, vorausgesetzt, dass diese soweit als möglich verringert wird, insbesondere durch Beifügung von Zusätzen wie denjenigen des Vornamens (Erw. 3b).*
- *Ein Beklagter begeht unlauteren Wettbewerb, wenn er unrichtigerweise den Eindruck erweckt, er habe vollumfänglich den Geschäftsbetrieb der Klägerin übernommen, und diese habe den ihrigen eingestellt (Erw. 3c).*
- *Falls keine Wiederholungsgefahr bezüglich der unlauteren Handlung besteht, darf einer Unterlassungsklage keine Folge gegeben werden; dagegen ist es gerechtfertigt, die Unlauterkeit der Handlung gerichtlich festzustellen, damit die Klägerin die Möglichkeit erhält, hievon Dritten Kenntnis zu geben (Erw. 4b aa).*

Jugement du tribunal cantonal (cour civile) de Neuchâtel du 6 mai 1985 dans la cause Rein & Hotz S.A. c. Eddy Rein

A. René Rein a exploité un commerce de meubles inscrit au registre du commerce de Boudry sous la raison individuelle René Rein. Eddy Rein a travaillé avec son père dès 1965.

En 1976, René Rein s'est retiré de ses affaires.

Eddy Rein, Monique et François Hotz – respectivement fille et beau-fils de René Rein – ont alors repris l'entreprise, qu'ils ont transformée d'abord en société en nom collectif, puis en société anonyme, en 1980. Eddy Rein détenait 23 actions de la société, Monique Hotz 13, François Hotz 12 et René Rein 2.

Eddy Rein, Monique et François Hotz étaient actionnaires, administrateurs et employés de la société.

Les trois associés ont connu différentes difficultés dans leurs relations internes.

Lors d'une assemblée générale, le 1er septembre 1981, il a notamment été décidé que le défendeur vendait ses actions à Monique et François Hotz, que le contrat de travail d'Eddy Rein était résilié pour le 30 novembre 1981, que ce dernier donnait sa démission du conseil d'administration pour la même date.

Eddy Rein ayant été remplacé dès le 1er novembre 1981, il a été prié de ne plus travailler pour la société demanderesse dès cette date.

En décembre 1981, Eddy Rein a ouvert son propre commerce de meubles en gros.

Le 30 novembre 1981, Eddy Rein a envoyé une circulaire qui mentionnait notamment:

“Suite à une réorganisation dans notre entreprise, j'ai le plaisir de vous informer que dès le

1er décembre 1981

le programme de notre catalogue général sera EXCLUSIVEMENT distribué en Suisse par mes soins, sous ma nouvelle raison sociale

REIN Eddy
Meubles en Gros
2016 Cortaillod tél. 038 / 42 57 77
Coteaux 50

Comme depuis plus de 20 ans, je m'efforcerai de satisfaire toute ma clientèle avec le plus grand soin. Je me ferai également un plaisir de vous contacter personnellement au début 1982.

Vous voudrez bien donc, dès le 1er décembre 1981, adresser toute votre correspondance à ma nouvelle adresse ci-dessus.”

On ignore à qui exactement a été envoyée ladite circulaire.

En avril 1982, une circulaire rectificatrice a été envoyée. Le défendeur a modifié son sigle commercial ainsi que la présentation de son camion, sans que l'on sache exactement quand, mais en tous les cas en ce qui concerne le sigle dans les premiers mois de 1982.

C. Le 4 février 1982, la société demanderesse a introduit action devant le Tribunal cantonal.

3. a) L'application de la LCD suppose une situation de concurrence économique. Celle-ci doit au demeurant être interprétée extensivement (ATF 92 II 24). En l'espèce, cette condition est de toute évidence réalisée. Il s'agit d'activités à but lucratif (ATF 80 II 165 – JT 1955 I 318). Le comportement envisagé est par ailleurs destiné à donner à son auteur un avantage sur ceux qui exercent la même activité, à développer ses affaires en agrandissant sa clientèle et en éliminant autant que possible ses concurrents (ATF 86 II 108 – JT 1960 I 612).

b) Rest à savoir si la concurrence déployée par le défendeur est ou non déloyale. La LCD vise notamment à éviter tout risque de *confusion* entre les entreprises (art. 1 al. 2 litt. d LCD). Il n'est à ce sujet pas nécessaire que le risque de confusion se soit concrétisé (ATF 63 II 287 – JT 1938 I 23; ATF 74 II 237, 82 II 154; ATF 84 II 450 – JT 1959 I 597). Que la preuve d'une confusion n'ait pas été rapportée ne porte en principe pas à conséquence (ATF 63 II 287). De même que la preuve de l'existence d'une confusion ne suffit pas à prouver l'existence d'un risque objectif de confusion (*von Büren*, *Kommentar zum Wettbewerbsgesetz*, 1957, p. 133). L'intention de créer une confusion n'est par ailleurs pas un élément constitutif de la concurrence déloyale au sens de l'art. 1 al. 2 litt. d LCD, même si le juge peut en tenir compte, en ce sens qu'elle l'inclinera à la sévérité, lorsqu'il y a doute sur l'existence d'un acte contraire aux règles de la bonne foi (ATF 95 II 461, 52 II 168). Est par ailleurs déterminant le point de vue de ceux à qui s'adresse le produit ou les indications controversées (*von Büren*, *op. cit.*, p. 71). Le risque de confusion est au surplus d'autant plus grand qu'il s'agit de produits ou de prestations semblables (ATF 63 II 283), et que les rapports de concurrence sur le plan territorial sont étroits (ATF 82 II 154). Est déterminante l'impression générale et non les détails pris en particulier (*von Büren*, *op. cit.*, p. 135; ATF 82 II 351).

S'agissant du risque de confusion et du droit à l'utilisation par le concurrent de son propre nom, ce dernier est prioritaire, pourvu qu'aient été prises les mesures propres à diminuer le plus possible le risque de confusion, par l'utilisation du nom exclusivement sous une forme et avec des adjonctions, notamment celle du prénom, qui le différencie du nom de l'homonyme protégé par l'antériorité (ATF 70 II 182; *von Büren*, *op. cit.*, p. 148), et ceci pour autant que le concurrent déloyal n'utilise pas le nom d'un homme de paille (ATF 50 I 318). On peut ainsi concurrencer sous son nom de "Heyden" la société "von Heyden AG" (ATF 31 I 504) ou sous son nom de "Franz Cerncic" les "Franz Cerncic's Erben" (ATF 61 II 121).

Selon l'art. 1 al. 2 litt. b LCD, tombent sous le coup de la loi les *indications objectivement inexactes* qui sont de nature à induire le public en erreur (FJS 887b). Les principes susmentionnés restent au surplus applicables s'agissant de l'application de l'art. 1 al. 2 litt. b LCD.

Quant à l'existence d'un cas de concurrence déloyale, selon la clause générale, il appartient à la doctrine et à la jurisprudence d'en préciser l'état de fait (*Martin-Achard*, JT 1977 I 34). A ce sujet, le Tribunal fédéral a fait intervenir à de nombreuses reprises la notion de "circonstances particulières du cas", prenant notamment en considération les liens ayant existé entre parties, les intérêts en présence, l'existence d'un rapport de confiance particulier, etc. ... (*Martin-Achard*, JT 1977 I 46 ss). La question de savoir si le défendeur a agi contrairement aux règles de la bonne foi doit être tranchée d'après l'expérience générale (ATF 81 II 467 – JT 1956 I 470).

c) En l'espèce, le défendeur s'est rendu coupable d'un acte de concurrence déloyale au sens de l'art. 1 al. 2 litt. b et d LCD, donnant des indications objectivement inexactes au sujet de son entreprise et créant par ailleurs des risques de confusion avec la société demanderesse.

Dans la circulaire du 30 novembre 1981, le défendeur accrédite en effet l'idée inexacte qu'il a repris totalement l'activité de la société demanderesse, et que celle-ci

aurait cessé toute activité. Les indications de “nouvelle adresse”, de “réorganisation de notre entreprise” et de “le programme de notre catalogue général sera EXCLUSIVEMENT distribué en Suisse par mes soins, sous ma nouvelle raison sociale” sont à cet égard significatifs.

De manière plus générale, le sigle utilisé par le défendeur, notamment sur ses papier à lettres, cartes de visite, factures et enveloppes, prêtait à confusion avec la société demanderesse, la ressemblance avec le sigle de cette dernière étant même particulièrement grossière.

Quant à la camionnette du défendeur, ses teintes et sa présentation – stries rouges et blanches en dégradé – sont identiques au catalogue utilisé par la société demanderesse. Là aussi le risque de confusion est patent. Il est même indiscutablement voulu. Il est indifférent que le camion de la société demanderesse se présente sous des couleurs différentes, la référence au catalogue de la société demanderesse étant suffisante pour engendrer la confusion.

Dans ces trois cas le défendeur a recouru à des procédés déloyaux au sens de la LCD.

En revanche, le défendeur n’a pas enfreint la LCD, en faisant le commerce de meubles en gros sous la raison individuelle “Rein Eddy, Meubles en Gros”, dans la mesure où il exploite bien personnellement ledit commerce et où on ne voit pas quelles autres mesures pourraient et devraient être prises pour diminuer les risques de confusion.

S’agissant de l’utilisation par le défendeur du catalogue de la société demanderesse, dès décembre 1981, des preuves suffisantes n’ont pas été rapportées. Le défendeur le conteste. Le seul fait que le défendeur se soit référé à “notre catalogue général” dans la circulaire du 30 novembre, ne permet pas de conclure que le défendeur ait bien, postérieurement à la circulaire en question, fait usage du catalogue litigieux. Sur ce point, la demande manque en fait et ses conclusions ne sauraient être à cet égard accueillies.

4. a) Le défendeur ayant violé la LCD, s’agissant de la circulaire du 30 novembre 1981, du sigle utilisé et de la présentation de son camion, mais non en ce qui concerne l’utilisation du catalogue de la société demanderesse et la raison individuelle choisie, il convient d’en tirer les conséquences juridiques appropriées.

La constatation du caractère illicite de l’acte n’est possible que si le demandeur y a un intérêt juridique légitime exprès (ATF 102 II 292 – JT 1977 I 517). Un tel intérêt existe notamment lorsque le jugement doit être publié. En revanche, il fait défaut en règle générale quand le juge ordonne la cessation de l’acte en vertu de l’art. 2 al. 1 litt. b LCD (ATF 90 II 51 – JT 1964 I 627).

Au sujet des conclusions en cessation de l’acte, l’ordre d’abstention fondé sur l’art. 2 al. 1 litt. b LCD ne peut avoir pour objet qu’un acte qui a été commis par le défendeur et dont la répétition lui est interdite, acte au surplus indiqué avec précision (ATF 84 II 450 – JT 1959 I 598).

En ce qui concerne la réparation du dommage, le lésé ne peut réclamer plus que la réparation du dommage subi, même si ce montant est inférieur au bénéfice réalisé par l’auteur de l’acte (ATF 79 II 316 – JT 1954 I 239). Les conclusions condamnatoires supposent par ailleurs que le défendeur ait agi de manière fautive (art. 2 al. 2 litt. d LCD).

Quant à la publication du jugement, elle doit être ordonnée, lorsqu'il est nécessaire de mettre fin au trouble qui s'est produit dans le rapport de concurrence et de parer aux effets dommageables qui peuvent en résulter pour le lésé dans la concurrence économique (ATF 81 II 467 – JT 1956 I 470).

b) aa) En l'espèce, la société demanderesse a un intérêt à ce que le dispositif constate expressément l'illicéité de la circulaire du 30 novembre 1981, afin qu'elle puisse, en cas de besoin, en faire état devant des tiers pour lever toute équivoque sur la situation de droit. Il s'agit là d'un intérêt qui peut et doit être protégé (ATF 102 II 292 – JT 1977 I 518). Cette constatation s'impose d'autant plus qu'en ce qui concerne la circulaire en question, qui apparaît effectivement comme l'élément le plus caractéristique de l'attitude du défendeur, le risque de répétition de tels envois est inexistant et ne justifie dès lors pas des conclusions en cessation de trouble. Il se justifie ainsi de constater que son envoi constitue un acte de concurrence déloyale, du fait qu'elle accrédite à tort l'idée:

- a) que Rein et Hotz S.A. n'a plus d'activité;
- b) qu'Eddy Rein a repris cette activité.

En revanche, la conclusion constatatoire doit être rejetée, du moment que s'agissant du sigle et du camion une action en cessation de trouble se justifie, qu'en ce qui concerne la raison individuelle du défendeur, elle ne prête pas à critique et que la preuve de l'utilisation par le défendeur du catalogue de la société demanderesse n'a pas été rapportée.

Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG – "BROCKEHUS"

- *Die Bezeichnungen "Brockenhaus", "Brockenstube" weisen mindestens in der Ostschweiz seit Jahrzehnten auf gemeinnützige Institutionen hin. Wer daher eine solche Bezeichnung verwendet, ohne das Unternehmen für gemeinnützige Zwecke zu führen, gibt Anlass zu Täuschungen und Verletzungen und verstösst gegen Treu und Glauben.*
- *Depuis des décennies, au moins en Suisse orientale, les dénominations "Brockenhaus" et "Brockenstube" désignent une institution d'utilité publique. Par conséquent, celui qui utilise une telle dénomination, sans exploiter une entreprise visant des buts d'utilité publique, prête à confusion et viole les règles de la bonne foi.*

Urteil des OGer AR vom 29. Juni 1982 (RB 1982/3, S. 32; SJZ 1983, Bd. 80, S. 132)

Die Beklagte N. eröffnete 1977 ein "Brockehus" auf eigene Rechnung. Zwei Vereine, die auf gemeinnütziger Basis seit Jahren und Jahrzehnten eine "Brockenstube" in derselben Ortschaft und ein "Brockenhaus" in einer nahegelegenen Stadt führen, erhoben Klage gegen Frau N. Sie verlangten, es sei ihr gerichtlich zu verbieten, die Geschäftsbezeichnung "Brockehus" weiterhin in ihren Briefköpfen,

Inseraten, Drucksachen, Prospekten usw. zu verwenden, und es sei ihr zu befehlen, sämtliche Drucksachen mit dieser Bezeichnung aus dem Verkehr zu ziehen und zu vernichten.

Das Obergericht kam aus folgenden Gründen zur Gutheissung der Klage:

1. Das BG über den unlauteren Wettbewerb (UWG) ordnet den wirtschaftlichen Wettbewerb, d.h. die Konkurrenz im Geschäftsleben im weitesten Sinn (BGE 80 IV 33). Dieser Wettbewerb setzt das Streben nach einem geldwerten Erfolg voraus, was ihn vom kulturellen, politischen und amateursportlichen Wettbewerb unterscheidet. Es genügt, wenn die Tätigkeit auf Erwerb gerichtet ist; ein Reingewinn muss nicht erzielt werden. Das Bestreben, die Kosten zu decken, macht das Verhalten zum wirtschaftlichen, auch wenn es vor allem ideellen Zwecken dient und die Auslagen nur teilweise hereinzubringen sind (*A. und P. Troller*, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, S. 153).

Zwei Unternehmen stehen dann im Wettbewerb, wenn sie im gleichen Gebiet gleichartige Leistungen oder Waren anbieten, um denselben Personenkreis (Kunden) zum Vertragsabschluss zu bewegen, oder dadurch, dass diese Unternehmen sich bemühen, von einem bestimmten Personenkreis gleichartige Leistungen oder Lieferungen zu erhalten (BGE 98 IV 229 ff.; *Troller*, a.a.O., S. 153/154).

2. Die Wettbewerber stehen in einer wirtschaftlichen Gemeinschaft, die ihre eigenen Regeln hat. Jeder Teilnehmer am Wettbewerb muss sich so benehmen, dass er das Vertrauen der andern in sein korrektes Verhalten nicht enttäuscht. Er darf keine Handlungen vornehmen, die das System des freien Wettbewerbs um seinen Nutzen bringen; namentlich darf er sich nicht durch Anmassung eines von der Konkurrenz erworbenen Namens einen Vorteil im Wettbewerb verschaffen, der ihm nicht zukommt. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG begeht unlauteren Wettbewerb, wer Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit

- den Waren, Werken, Leistungen oder
- dem Geschäftsbetrieb eines andern

herbeizuführen.

Geschützt ist u.a. der sog. "Handelsname". Er bezeichnet das Unternehmen und hat somit vielfach die gleiche Aufgabe wie die Firma. Kein anderes Unternehmen darf Verwechslungen mit diesem Handelsnamen herbeiführen (*Troller*, a.a.O., S. 16/17).

3. Nach diesen Kriterien ist vorliegend zu entscheiden. Der Name "Brockenhaus", "Brockenstube" wird als Handelsname der beiden Klägerinnen verwendet. Wie das Kantonsgericht zu Recht ausgeführt hat, weisen diese Bezeichnungen mindestens in der Ostschweiz seit Jahrzehnten auf gemeinnützige Institutionen hin. Es gibt Brockenhäuser, bei denen die Angestellten unentgeltlich arbeiten; bei der überwiegenden Zahl dieser Unternehmen wird der Gewinn stets an eine wohltätige Institution abgeliefert. Wer die Bezeichnung "Brockenstube" oder "Brockenhaus" verwendet, gibt zu verstehen, dass er das Unternehmen im gleichen Sinn gemein-

nützig führe und den allfälligen Gewinn an eine wohltätige Institution weiterleite; wo dies nicht der Fall ist, gibt die Verwendung einer solchen Bezeichnung zu Verwechslungen Anlass. Es mag durchaus Fälle geben, dass auch der Verkäufer gebräuchter Sachen gemeinnützige Unternehmen bevorzugt, weil er weiss, dass ein Gewinn noch andern zugut kommt. Wer daher eine solche Bezeichnung verwendet, ohne das Unternehmen für gemeinnützige Zwecke zu führen, gibt Anlass zu Täuschungen und Verwechslungen. Er verzerrt das Bild des klaren Wettbewerbs; er verhält sich nicht so, dass sich der freie Wettbewerb bei gleichen Bedingungen und Redlichkeit entfalten kann; er verstösst gegen Treu und Glauben.

Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG – “SABAG LUZERN AG”

- *Da die AG ihren Sitz frei wählen kann, ist die Beibehaltung des Sitzes in Luzern bei gleichzeitiger Verlegung der Betriebsstätte nach Rothenburg nicht täuschend, solange in Luzern ein Geschäftsbüro unterhalten wird.*
- *Unter diesen Voraussetzungen darf in der Firma in substantivischer Form auf den Sitz hingewiesen werden.*
- *Comme les sociétés anonymes peuvent choisir librement leur siège, le fait de conserver le siège à Lucerne tandis que l'exploitation est transférée à Rothenburg n'est pas fallacieux aussi longtemps qu'un bureau commercial est maintenu en activité à Lucerne.*
- *Dans ces conditions, la désignation dans la raison sociale du siège en la forme substantive est licite.*

OGer LU, 1. Kammer, vom 30. Juni 1986 i.S. S. M. AG gegen Sabag Luzern AG (mitgeteilt von RA Dr. M. Hitz)

Die Beklagte wurde im Jahre 1919 gegründet und führt seither in ihrer Firma den Bestandteil “Luzern”. 1983 änderte sie ihre Firma in “Sabag Luzern AG”. Im Juni 1984 verlegte sie ihre Betriebsstätte nach Rothenburg LU (Bezirk Hochdorf), behielt aber ihren Sitz in Luzern bei, wobei sie ihre Adresse an den Wohnsitz ihres Direktors verlegte. Die Klägerin, eine Konkurrentin der Beklagten, sah in diesem Verhalten einen offenbaren Rechtsmissbrauch, da die Beklagte ihren Sitz nur deshalb an ein Briefkastendomizil verlegt habe, damit von einer statutarischen Sitzverlegung nach Rothenburg abgesehen werden könne.

Das Obergericht, das auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbes einzige Instanz ist (§ 7 Ziff. 1 LU-ZPO), wies die Klage mit folgender Begründung ab:

1. ...
2. ...

3. *Firmenrecht*: Der Begriff der Firma ist im Gesetz nicht definiert (*Forstmoser*, Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I, 1981, S. 73; *P. Troller*, Kollisionen zwischen Firmen, Handelsmarken und Namen, S. 18); gemäss Lehre und Rechtsprechung ist darunter der für den rechtlich massgebenden Verkehr gewählte Name eines kaufmännischen Unternehmens zu verstehen (*Forstmoser*, a.a.O.; kritisch dazu: *P. Troller*, a.a.O., S. 23). Die Klägerin rügt nicht die Firma als solche, sondern vielmehr – pointiert ausgedrückt – die Firma unter Berücksichtigung des “Briefkastendomizils” Luzern. Oder anders gesagt: Eine Verletzung von Art. 944 OR ist nach Ansicht der Klägerin dadurch entstanden, dass die Beklagte ihre Betriebsstätte verlegt hat, ohne auch die Firma abzuändern. Das Klagebegehren Ziff. 2 verlangt denn auch die Änderung der Firma und die Sitzverlegung nach Rothenburg; damit ist zugleich die Problematik der freien Sitzwahl juristischer Personen angesprochen.

Einen Verstoss gegen Art. 944 OR erblickt die Klägerin darin, dass der beklagte Firmbestandteil “Luzern” unwahr und täuschend sei; namentlich werde der Eindruck erweckt, ein wesentlicher Teil des Geschäftsbetriebes befinde sich in der Stadt Luzern. Die Klägerin führt mit Hinweis auf *His*, N 134 zu Art. 944 OR, aus, die an sich nicht bewilligungspflichtige Bezeichnung des Sitzes in substantivischer Form bedinge, dass damit nicht ein bloss statutarischer – vom Geschäftssitz abweichender – Ort bezeichnet werde.

Es trifft zu, dass es zur Bezeichnung des Sitzes in substantivischer Form keiner Bewilligung bedarf (Art. 46 Abs. 3 HRV, Verordnung des Bundesrates über das Handelsregister vom 7. Juni 1937). Die klägerische Berufung auf *His* geht indessen fehl. Der Kommentator hält am erwähnten Ort (Berner Kommentar, Bd. VII, 4. Abteilung, N 134 zu Art. 944 OR) fest:

“Aus diesem substantivischen Zusatz muss indes klar ersichtlich sein, dass die Ortsangabe den geschäftlichen Sitz des Unternehmens bezeichnen soll, nicht etwa den Herkunftsort der Produkte, eine Sachbezeichnung oder eine Phantasiebezeichnung.”

Diese Kommentarstelle lässt sich nur dahingehend interpretieren, dass der substantivische Zusatz den Sitz der Gesellschaft (oder eben den geschäftlichen Sitz) zu bezeichnen hat. Unzulässig wäre dagegen der Schluss, den offenbar die Klägerin ziehen will, dass der Zusatz dann unzulässig sei, wenn er den “bloss statutarischen Sitz” bezeichne. Diese Lösung stünde auch im Gegensatz zu Art. 46 Abs. 3 HRV. Etwas anderes lässt sich auch nicht aus BGE 100 Ib 240 ff. (“Isolationswerke Bern”), auf den die Klägerin wiederholt verweist, ableiten. Im erwähnten Entscheid hatte die Gesellschaft sowohl Sitz als auch die Betriebsstätte in einen anderen Registerbezirk des Kantons Bern, nämlich Schüpfen, verlegt. Das Bundesgericht führte aus (S. 243), die Bezeichnung “Bern” könne nur als Hinweis auf den Sitz oder die Betriebsstätte verstanden werden; nachdem Sitz und Betriebsstätte verlegt worden seien, sei die Firma täuschend und damit unzulässig geworden.

Analoges gilt nun auch für die Firma der Beklagten: “Sabag Luzern AG” ruft beim Durchschnittsleser (BGE 95 I 279) den Eindruck hervor, mit dem Firmenbestandteil “Luzern” liege ein Hinweis auf den Sitz oder allenfalls auf die örtliche Lage der Betriebsstätte vor. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Beklagte den Zusatz “Luzern” dann nicht mehr beanspruchen dürfte, wenn Sitz *und* Betriebsstätte nach Rothenburg verlegt worden wären (BGE 101 Ib 240 ff.). Die Beklagte hat indessen ihren Sitz in Luzern beibehalten. Unter diesen Umständen kann nicht

beanstandet werden, dass in substantivischer Form auf den Sitz hingewiesen wird. Dies unter der Voraussetzung allerdings, dass der Sitz in Luzern zu Recht besteht.

4. Die Klägerin trägt vor, die Beklagte verzeige in Luzern einen fiktiven bzw. Briefkastensitz. Von Rechts wegen müsste der Sitz nach Rothenburg verlegt werden, da diese "Betriebsstätte" alle Merkmale eines Hauptsitzes aufweise. Die falsche beklagtische Firmabezeichnung müsse eliminiert werden, was nicht zuletzt das öffentliche Interesse gebiete. Selbst wenn man vom Grundsatz der freien Sitzwahl ausgehe, so stelle die Beibehaltung des Sitzes Luzern einen offenbaren Rechtsmissbrauch dar und dürfe nicht geschützt werden.

a) Auszugehen ist von Art. 56 ZGB:

"Der Wohnsitz einer juristischen Person befindet sich, wenn ihre Statuten es nicht anders bestimmen, an dem Orte, wo ihre Verwaltung geführt wird."

Aus dieser Bestimmung haben Lehre und Rechtsprechung den Grundsatz der Freiheit der Sitzwahl abgeleitet. Nach herrschender Lehre und Praxis kann die AG ihren Sitz innerhalb der Schweiz völlig frei wählen (*Forstmoser*, S. 102). Es ist daher unerheblich, ob der in den Statuten angegebene Sitz mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt, d.h. ob er das Zentrum der Gesellschaft angibt oder ob ihm überhaupt eine tatbeständliche Beziehung zugrunde liegt (*Forstmoser*, a.a.O.). Das Prinzip der freien Sitzwahl hat zur Folge, dass das Wahrheitsgebot des Art. 38 Abs. 1 HRV selbst dann nicht verletzt ist, wenn zum Sitz keine tatsächlichen Beziehungen bestehen, namentlich haben Registerbehörden keine entsprechenden Abklärungen zu treffen (*Forstmoser*, S. 105). Auch *W. von Steiger* (Zürcher Kommentar, N 18 ff. zu Art. 776 OR) tritt mit überzeugenden Argumenten für die freie Sitzwahl ein; gleichzeitig kritisiert er vereinzelte Lehrmeinungen (Zusammenstellung bei *Forstmoser*, a.a.O., § 4, FN 221), die einen tatsächlichen Anknüpfungspunkt verlangen, der allerdings dann ausreichend sei, wenn er "nicht ganz nebensächlich" sei. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei von diesem vagen Kriterium abzusehen (gl.M. *Forstmoser*, a.a.O., § 4, N 221). Hat jedoch die AG an ihrem Sitz kein Geschäftslokal, dann muss im Handelsregister gesagt werden, bei wem sich am Ort des Sitzes das Domizil der Gesellschaft befindet. Die Bezeichnung von Geschäftslokal und Domizil muss wahr sein und darf zu keinen Täuschungen Anlass geben; die AG muss über ein Lokal verfügen, wo ihr Mitteilungen aller Art zugestellt werden können (*Forstmoser*, a.a.O., S. 104).

Die Beklagte hat ihren Sitz in Luzern, die Betriebsstätte dagegen in Rothenburg. Am Sitz der Gesellschaft können erwiesenermassen Mitteilungen aller Art zugestellt werden, es besteht ein Telephonanschluss. Die Bezeichnung des Sitzes ist wahr und gibt zu keinen Täuschungen Anlass. Unter diesen Umständen kann aber von einem fiktiven Sitz keine Rede sein. Selbst wenn man mit einer Minderheit der Lehre einen minimalen tatsächlichen Anknüpfungspunkt an den statutarischen Sitz verlangen wollte, selbst dann wäre der beklagtische Sitz nicht zu beanstanden. Vorliegend braucht jedoch nicht abschliessend beurteilt zu werden, ob ein minimaler tatsächlicher Anknüpfungspunkt überhaupt erforderlich ist.

b) Wie jedes andere Recht, findet auch das Recht der freien Sitzwahl eine Grenze im Verbot des Rechtsmissbrauchs. Wenn beispielsweise erwiesen ist, dass

der statutarische Sitz lediglich gewählt wurde, um einen Tatbestand vorzutäuschen, so ist die Sitzwahl wirkungslos (*von Steiger*, a.a.O., N 18 zu Art. 776 OR). Die Berufung auf eine statutarische Sitzverlegung kann auch etwa dann missbräuchlich sein, wenn diese zum Zweck erfolgt, der Belangung der Gläubiger auszuweichen (*Forstmoser*, a.a.O., § 4, N 116). Umstritten ist auch, ob eine AG in Liquidation ihren Sitz noch gültig verlegen könne (*Forstmoser*, a.a.O., S. 108).

Die Klägerin behauptet zu Recht nicht, die Beklagte täusche einen Sitz vor oder wolle sich dem Zugriff der Gläubiger entziehen. Damit ist aber nicht ersichtlich, inwiefern sich die Beklagte eines Rechtsmissbrauchs schuldig gemacht haben sollte. Es ist beweismässig erstellt, dass die Beklagte am Sitz ein Geschäftsbüro unterhält, über das sie tatsächlich verfügen kann. Selbst wenn also die unbewiesene Behauptung der Klägerin zutreffen sollte, dass die Beklagte den Sitz in Luzern einzig zwecks Beibehaltung der Firma in Luzern belassen habe, selbst dann läge kein Rechtsmissbrauch vor.

Auch der klägerische Einwand, die Beklagte verwende den Firmenbestandteil "Luzern" reklamehaft, ist nicht stichhaltig. Wie bereits erwähnt wurde, hat die Klägerin von dem in Art. 46 Abs. 3 HRV ausdrücklich genannten Recht Gebrauch gemacht und weist in ihrer Firma in substantivischer Form auf den Sitz hin. Inwiefern nun dadurch Art. 944 OR verletzt sein könnte, ist nicht ersichtlich.

Zusammenfassend ergibt sich unter firmenrechtlichem Gesichtspunkt, dass die Beklagte weder ihre Firma zu ändern hat noch den Sitz verlegen muss, der Klage ist in dieser Hinsicht kein Erfolg beschieden. Mithin besteht insbesondere auch kein öffentliches Interesse an der Änderung der Firma.

5. *UWG*: Der Hinweis der Klägerin, das Firmenrecht sei dem *UWG* völlig untergeordnet, ist nicht zutreffend. Vielmehr anerkennen Lehre und Rechtsprechung seit Inkrafttreten des *UWG* die kumulative Anwendbarkeit und damit die Erweiterung der Anspruchsgrundlage für den Firmeninhaber (*P. Troller*, a.a.O., S. 118). Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Beklagte ihren Sitz zu Recht in Luzern verzeigt und keinerlei Anlass besteht, eine Sitzverlegung vorzunehmen. Auch wurde bereits erörtert, dass die Firma weder unwahr noch täuschend ist; ebensowenig liegt ein Rechtsmissbrauch seitens der Beklagten vor. Unter diesen Umständen ist auch der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs nicht erfüllt, die Klage ist auch unter diesem Aspekt abzuweisen.

Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG – "LIDO"

- *Enseignen geniessen keinen firmenrechtlichen Schutz (Erw. 1).*
- *Zwischen einem Café-Restaurant, das regelmässig Musik- und Tanzveranstaltungen anbietet, sowie einem Dancing mit Snackbar besteht ein Wettbewerbsverhältnis (Erw. 2a).*
- *Zwischen den Bezeichnungen Café Lido und Lido-Club besteht Verwechslungsgefahr (Erw. 2b).*
- *Der Begriff "Lido" ist keine Sachbezeichnung (Erw. 2d).*

- *Eine Beseitigungsfrist von 30 Tagen ist insbesondere dann genügend, wenn der Verletzer schon in erster Instanz auf die Unrechtmässigkeit seines Tuns hingewiesen worden ist (Erw. 3).*
- *Les enseignes ne bénéficient pas de la protection accordée aux raisons de commerce (c. 1).*
- *Il existe un rapport de concurrence entre un café-restaurant, qui organise régulièrement des manifestations musicales et dansantes, et un dancing avec snack-bar (c. 2a).*
- *Il existe un risque de confusion entre les dénominations Café Lido et Lido-Club (c. 2b).*
- *“Lido” n’est pas générique (c. 2d).*
- *Un délai de trente jours pour procéder à la suppression de la dénomination litigieuse suffit d’autant plus que le défendeur a eu son attention attirée en première instance déjà sur l’illicéité de son comportement (c. 3).*

Berufungsurteil OGer ZG, I. Abteilung, vom 19. März 1985

Der Kläger und Berufungsbeklagte führt seit dem Jahre 1967 ein Café-Restaurant. Diesen Betrieb liess er am 25. März 1981 unter der Einzelfirma “Café-Restaurant Lido, W. N.” im Handelsregister eintragen.

Der Beklagte und Berufungskläger ist seit dem 1. Mai 1981 Pächter einer AG, welche in der gleichen Ortschaft das Hotel und Restaurant Seestern führt. Der Pächter betreibt in einem Teil dieses Gebäudekomplexes ein Dancing, welches die Bezeichnung “Lido-Club-Bar-Dancing” trägt.

Der Kläger reichte, nach vergeblicher Aufforderung an den Beklagten, das Wort “Lido” nicht mehr in seiner Geschäftsbezeichnung zu verwenden, am 25. Mai 1982 beim Kantonsgericht Zug Klage gegen den Pächter ein. Dieses hiess mit Urteil vom 20. Juni 1984 die Klage gut und verbot dem Beklagten, die Bezeichnung “Lido” zur Kennzeichnung des von ihm betriebenen Dancings im Hotel Seestern zu verwenden. Sodann befahl es ihm, innert 30 Tagen den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen, und ermächtigte den Kläger, den Urteilsspruch innert 20 Tagen auf Kosten des Beklagten zu veröffentlichen.

Der Beklagte erklärte Berufung an das Obergericht.

Dieses wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

1. Der Berufungsbeklagte vertritt wie bereits vor erster Instanz die Ansicht, seine Klage sei auch gestützt auf das Firmenrecht gutzuheissen. Die Vorinstanz hat es aber abgelehnt, der eingetragenen Firma des Berufungsbeklagten den Schutz aus Art. 956 OR in bezug auf die Geschäftsbezeichnung des Dancings des Berufungsklägers zuteil werden zu lassen. Dies zu Recht, weil die Bezeichnung “Lido-Club-Bar-Dancing” keine Firma im Sinne von Art. 944 ff. darstellt, sondern es sich dabei um eine sog. Enseigne handelt, “eine Bezeichnung des Geschäftes im Hinblick auf eine Lokalität” (*Patrick Troller, Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und*

Marken, Basel 1980, S. 30). Die vom Berufungskläger verwendete Bezeichnung des *Dancings* kennzeichnet nun nicht den Unternehmer selbst, sondern eben lediglich das Geschäft in bezug auf die Lokalität im Hotel Seestern. Das Bundesgericht tritt in langjähriger Praxis – und mit ihm der überwiegende Teil der schweizerischen Lehre – die Auffassung, dass nur die unbefugte Verwendung einer fremden Firma oder Bestandteile davon als *eigene* Firma bzw. als eigener Firmenbestandteil den firmenrechtlichen Schutz auslöse (BGE 34 II 120; 77 II 327; 91 II 19; 92 II 278 Erw. 7; a.M. *Patrick Troller*, a.a.O., S. 73 ff.). Im Entscheid 91 II 19 führt das Bundesgericht mit zahlreichen Verweisen auf seine frühere Rechtsprechung aus, eine Enseigne müsse zwar gemäss Art. 48 der Handelsregisterverordnung ins Handelsregister eingetragen werden; wo eine Enseigne jedoch nicht Bestandteil einer Firma sei und nicht dazu diene, den Inhaber eines Betriebes zu bezeichnen, sondern nur eine Lokalbezeichnung für einen bestimmten Betrieb beinhalte, komme die Schutzbestimmung von Art. 956 OR nicht zur Anwendung. Umgekehrt bedeute der Gebrauch einer Firmenbezeichnung durch einen Dritten als Enseigne oder auf Prospekten, Reklamen, Plakaten usw. nicht eine Verletzung von Art. 944 ff. OR. Ein solcher Sachverhalt könne jedoch unter die gesetzlichen Normen des Wettbewerbsrechts fallen und eventuell unter die Bestimmungen zum Schutze der Persönlichkeit gemäss Art. 28 und 29 ZGB.

Diese Rechtslage darf im konkreten Fall nicht überschätzt werden und hat eher theoretische Bedeutung. Das Bundesgericht hat denn auch festgehalten, dass der Schutz der Firma gegen eine später auftauchende Enseigne sich analog nach den Bestimmungen über die Verwechselbarkeit von Marken und Firmen richte (BGE 63 II 75; 91 II 22). Es hat verschiedentlich entschieden, dass eine Verwechslungsgefahr nach Wettbewerbsrecht immer dann zu bejahen sei, wenn auch die Verwechslungsgefahr unter firmenrechtlichen Gesichtspunkten vorliege (BGE 100 II 229; 98 II 63).

Im zu beurteilenden Falle steht fest, dass der Betrieb des Berufungsbeklagten im Jahre 1967 in O. eröffnet wurde. Am 25. Mai 1981 ist das “Café-Restaurant Lido, W. N.” als Einzelfirma in das Handelsregister eingetragen worden. Der Betrieb “Lido-Club-Bar-Dancing” des Berufungsklägers wurde am 1. März 1981 eröffnet, ohne dass ein entsprechender Handelsregistereintrag erfolgte. Es ist unbestritten, dass er diese Geschäftsbezeichnung nicht als Firma benutzte. Somit kommen die Bestimmungen des Firmenrechts nicht direkt zur Anwendung. Immerhin sind aber aufgrund der oben zitierten Rechtsprechung die im Firmen- und Markenrecht entwickelten Grundsätze analog bei der Auslegung des Wettbewerbsrechtes heranzuziehen.

2. Jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen Treu und Glauben verstossen, stellt nach Art. 1 Abs. 1 UWG unlauteren Wettbewerb dar. In Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG wird normiert, dass derjenige gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstösst und damit unlauteren Wettbewerb begeht, welcher “Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen”.

a) Die Zielsetzung des UWG, Missbräuche des wirtschaftlichen Wettbewerbs zu bekämpfen, setzt naturgemäss ein wirtschaftliches Wettbewerbsverhältnis voraus. Ob ein solches zwischen zwei Unternehmen besteht, entscheidet sich danach, ob die in Betracht fallenden "Waren oder Leistungen die gleichen oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen sollen und ob sie sich an den gleichen Abnehmerkreis wenden. Je stärker Waren bzw. Leistungen und Abnehmerkreis zusammentreffen, desto ausgeprägter ist der Wettbewerb" (*B. von Büren*, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, S. 19, N 45; vgl. auch BGE 108 II 329, 98 II 60; 92 II 308 mit Hinweisen). Darüber hinaus ist zu fordern, dass die fraglichen Unternehmen für ihre (gleichartigen) Leistungen wenigstens teilweise im gleichen geographischen Gebiete Kunden suchen oder die Gefahr besteht, dass jemand sich trotz der getrennten Werbegebiete statt vom einen vom andern Unternehmen bedienen lasse (BGE 98 II 60 mit Verweisen). Auch *Troller* (Immaterialgüterrecht, 2. Aufl. 1971, Bd. II, S. 1040 f.) führt aus, ein Wettbewerbsverhältnis setze das Umwerben derselben Kunden und damit das Handeln in einem Gebiete voraus, auf dem Personen die Möglichkeit hätten, sich für das eine oder andere Angebot zu entscheiden. Im Entscheid 90 II 323 hält das Bundesgericht sogar fest, dass für die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses auch nur der Anschein eines solchen genüge.

Aufgrund dieser Rechtsprechung und Lehre ist im vorliegenden Rechtsstreit ein Wettbewerbsverhältnis zweifellos gegeben. Beim Berufungsklagten steht zwar der Café-Restaurant-Betrieb, beim Berufungskläger der Dancing-Betrieb im Vordergrund. Würde sich der Berufungsbeklagte ausschliesslich auf einen Café-Restaurant-Betrieb und der Berufungskläger ausschliesslich auf einen Dancing-Betrieb konzentrieren, so könnte zweifelhaft sein, ob eine Wettbewerbssituation bestünde. Im vorliegenden Falle bietet der Berufungsbeklagte nun aber nachgewiesenermassen während des Sommers in der Regel jede Woche am Donnerstagabend von 20.00 bis 24.00 Uhr Musik- und Tanzveranstaltungen sowie Gala-Anlässe an. Dies geht aus den ins Recht gelegten Anzeigen im Amtsblatt des Kantons Zug hervor. Auf der anderen Seite offeriert der Berufungskläger – wie er selbst in der persönlichen Befragung vor erster Instanz erklärte – den Gästen in seinem Bar-Dancing-Betrieb "verschiedene Kleinigkeiten vom Grill (snackartig)". Auch der Zeuge A. bestätigte, dass im Dancing ein Grill installiert sei; es könnten also kleine Sachen serviert werden. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass im Dancing des Berufungsklägers eine Bar integriert ist, die erfahrungsgemäss über ein reiches Sortiment an Getränken verfügt. Damit steht fest, dass beide Betriebe auf dem Gebiete des Gastgewerbes bzw. der Freizeitunterhaltung tätig sind. Sie befriedigen ähnliche Bedürfnisse bzw. bieten ähnliche Dienstleistungen an, nämlich Essen, Trinken und musikalische Unterhaltung mit Tanz. Die Dienstleistungsangebote beider Parteien richten sich also naturgemäss an eine ähnliche Kundschaft, nämlich an Leute, die sich ausserhalb ihres Haushaltes verpflegen und vergnügen wollen.

Der Berufungskläger wendet ein, dass der Berufungsbeklagte nur im Sommer am Donnerstagabend von 20.00 bis 24.00 Uhr Unterhaltungsabende und Tanzveranstaltungen durchführen dürfe. Er, der Berufungskläger, hingegen verfüge über ein Dauerpatent. Dem ist entgegenzuhalten, dass zwei Gewerbetreibende nicht zeitlich dauernd miteinander im Wettbewerb stehen müssen. Wie oben bereits erwähnt, liegt ein Wettbewerbsverhältnis bereits vor, wenn zwei Konkurrenten auch nur teilweise in demselben geographischen Gebiete tätig sind (BGE 98 II 60). Dasselbe

muss auch bei nur zeitlich teilweiser Konkurrenz gelten. Abgesehen davon besteht auch dann ein Wettbewerbsverhältnis, wenn der Berufungskläger keine Tanzanlässe anbietet, weil der Berufungsbeklagte – ähnlich wie der Berufungsbeklagte – während seiner Öffnungszeiten Esswaren vom Grill sowie Getränke an der Bar offeriert.

Auch der Einwand des Berufungsklägers, das Dancing sei nur am Abend, das Café-Restaurant hingegen während des ganzen Tages geöffnet, ist unbehelflich. Es ist nur zu prüfen, ob ein Wettbewerbsverhältnis besteht, wenn beide Betriebe gleichzeitig ihre Dienstleistungen anbieten.

Der Berufungskläger wendet schliesslich ein, der Betrieb des Berufungsbeklagten sei ein Restaurantbetrieb, während er dagegen einen Nachtclub und ein Dancing betreibe. Diese Unterscheidung ist im vorliegenden Zusammenhang bedeutungslos. Das Bundesgericht nimmt nicht nur ein Wettbewerbsverhältnis an, wenn Betriebe gleiche, sondern auch lediglich gleichartige oder sogar nur ähnliche Waren und Leistungen anbieten. Es ist somit unerheblich, ob der eine Speisen vom Grill und der andere nicht oder nur selten anbietet, der eine im Gegensatz zum andern vorwiegend alkoholische Getränke verkauft, das Musikangebot des einen einer anderen Stilrichtung als dasjenige des andern angehört. Entscheidend ist nur, dass zu den Dienstleistungen beider Parteien Essen, Trinken und Tanzveranstaltungen gehören und diese Dienstleistungen ähnlich bzw. gleichartig sind. Dies ist nun aber hier unzweifelhaft gegeben.

b) Der Berufungskläger bestreitet, dass eine Verwechselbarkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG gegeben sei. Nach *von Büren* ist eine solche Verwechselbarkeit nach zwei Richtungen möglich. Das Publikum kann zwei Kennzeichnungen als solche miteinander verwechseln, d.h. die beiden Kennzeichnungen für ein und dieselbe Kennzeichnung halten (sog. Zeichenverwechselbarkeit). Es kann aber auch die beiden Kennzeichnungen dank vorhandener Abweichungen zwar auseinanderhalten, hingegen durch die Nähe, die auffallende Ähnlichkeit zweier Bezeichnungen veranlasst sein, die Ware oder Leistung dem falschen Geschäftsbetrieb zuzuschreiben (sog. Unternehmensverwechselbarkeit). "Die Unternehmen verwechselt, wer die Abweichungen, aber auch die Übereinstimmungen der Kennzeichnungswirkung registriert und so verleitet wird, die beiden Zeichen demselben Unternehmer zuzuschreiben" (*B. von Büren*, a.a.O., S. 130 ff., N 73–76). Ob eine so umschriebene Verwechselbarkeit vorliegt, beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den die Kennzeichnungen auf den Durchschnittskunden ausüben. Es genügt im übrigen eine Verwechslungsgefahr. Nicht vorausgesetzt sind tatsächlich vorgekommene Verwechslungen. Ebenso ist keine Absicht des Verletzers, Verwechslungen herbeizuführen, gefordert. In einem markenrechtlichen Entscheid führt das Bundesgericht aus, dass zur Beantwortung der Frage, ob sich zwei Marken hinlänglich voneinander unterscheiden würden, nach ständiger Rechtsprechung auf den Gesamteindruck abzustellen sei, den jede als Ganzes hinterlasse; man dürfe sie nicht in ihre Bestandteile zerlegen und diese gesondert miteinander vergleichen. Bei Wortmarken hänge der Gesamteindruck vom Klang und Schriftbild ab (BGE 90 II 48). Diese Grundsätze sind auch hier analog für die Beurteilung der Verwechselbarkeit heranzuziehen. In einem weiteren Entscheid hält das Bundesgericht klar fest, dass bei Betrieben gleicher Natur, die in derselben Stadt angesiedelt seien und ihre Leistungen an-

böten, der Unterscheidungscharakter der neuen Enseigne um so deutlicher zutage treten müsse. Um zu entscheiden, ob eine Verwechslungsgefahr gegeben sei, müsse auf den Grad an Aufmerksamkeit abgestellt werden, der vom mutmasslichen Kunden erwartet werden dürfe (BGE 91 II 22).

Im zu beurteilenden Fall ist die Verwechslungsgefahr eindeutig gegeben. Es ist zwar unbestritten, dass der Berufungsbeklagte seinen Betrieb unter der im Handelsregister eingetragenen Firma "Café-Restaurant Lido, W. N." führt und der Berufungskläger auf Aufschriften, Reklamematerial usw. häufig – aber bei weitem nicht immer – die Bezeichnung "Lido-Club-Bar-Dancing" für seinen Geschäftsbetrieb verwendet. Beide Parteien haben nun aber offensichtlich für den Alltag einprägsame Kurzformen gesucht und gefunden. Aus den eingereichten Auszügen aus dem Zuger Amtsblatt geht hervor, dass der Berufungsbeklagte teilweise die Kurzform "Café Lido", teilweise nur "Lido" benützt. "Lido" ist dabei optisch hervorgehoben. Auch der Berufungskläger nennt seinen Betrieb in Prospekten teilweise "Bar-Dancing-Lido-Club", teilweise nur "Lido-Club"; er hebt zudem das Wort "Lido" optisch überall hervor (wird näher ausgeführt). Da beide Betriebsinhaber selber die prägnante Kurzform "Lido" gefördert haben und das Publikum lange Namensbezeichnungen erfahrungsgemäss nicht schätzt, ist es nicht erstaunlich, dass sich in der Bevölkerung die Kurzform "Lido" für die Bezeichnung beider Betriebe durchsetzte. Diese Tatsache ist dem Gericht ohne weitere Beweisabnahmen bekannt, so dass sich der vom Beklagten beantragte Augenschein erübrigt. "Lido" ist somit zu einer kennzeichnenden, einprägsamen und schlagwortartigen Kurzbezeichnung zweier verschiedener Betriebe geworden. Alle übrigen Zusätze sind dabei stark in den Hintergrund getreten.

(Es folgen weitere Ausführungen zur Verwechselbarkeit.)

Zu erwähnen bleibt im übrigen, dass die Zeugin E. sich an zwei konkret vorgekommene Verwechslungen erinnert. Ein Augenschein – wie vom Beklagten beantragt – drängt sich nicht auf, da die örtlichen Verhältnisse dem Gericht bekannt sind. Die Verwechslungsgefahr ist damit klar erstellt.

c) Steht somit aufgrund der obigen Ausführungen fest, dass die Bezeichnung "Lido" als hervorstechender Bestandteil sowohl der Firma des Berufungsbeklagten als auch gleichzeitig der Enseigne des Berufungsklägers in casu die Verwechslungsgefahr der im Konkurrenzverhältnis stehenden beiden Betriebe begründet, stellt sich die Frage, wem nach dem Grundsatz der zeitlichen Priorität der Schutz von Art. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG zusteht. Konkurrieren zwei Bezeichnungen miteinander im wettbewerbsrechtlichen Sinne, so liegt es in der Natur der Sache, dass die ältere Kennzeichnung gegenüber der neuen siegt (vgl. *B. von Büren*, a.a.O., S. 145, N 108). Das Prinzip der Priorität besagt, dass derjenige zu schützen ist, der die fragliche Bezeichnung als erster im geschäftlichen Verkehr in Gebrauch genommen hat (vgl. *Patrick Troller*, a.a.O., S. 213). Da in unserem Falle der firmenrechtliche Schutz nicht zum Tragen kommt, ist die Tatsache des Handelsregistereintrages der Firma des Berufungsbeklagten für die Anknüpfung der Priorität nicht von Bedeutung. Entscheidend ist – wie die Vorinstanz richtig ausführt – einzig, welche der beiden Bezeichnungen früher als namensmässiges Unterscheidungszeichen für den betreffenden Betrieb aufgefasst wurde.

Der Berufungsbeklagte genießt offensichtlich zeitliche Priorität. (Es folgt die Würdigung des Beweisergebnisses.)

d) Der Berufungskläger wendet endlich ein, dass der fragliche Bestandteil "Lido" in der Kennzeichnung der beiden Betriebe eine Sachbezeichnung darstelle. Nach Lehre und Rechtsprechung kann an einer dem allgemeinen Sprachgebrauch angehörenden Sach- oder Beschaffenheitsbezeichnung grundsätzlich kein Ausschliesslichkeitsrecht begründet werden. Ein Gewerbetreibender kann nicht zum Nachteil seiner Konkurrenten Begriffe oder Wörter für sich allein in Anspruch nehmen, die dem allgemeinen Sprachgebrauch dienen. Dies gilt insbesondere für Bezeichnungen, die nach dem Sprachgebrauch dazu dienen, eine bestimmte Sache zu bezeichnen. Derartige Sachbezeichnungen sind im Geschäftsleben notwendig und müssen zur Verfügung von jedermann stehen. Selbst bei Verwechslungsgefahr darf derjenige, der die zeitliche Priorität genießt, sich nicht auf die wettbewerbsrechtlichen Schutzbestimmungen berufen, wenn tatsächlich eine Sachbezeichnung vorliegt (BGE 91 II 20, 81 II 468, 80 II 173). Immerhin gesteht die bundesgerichtliche Rechtsprechung seit dem Entscheid 98 II 63 dem Inhaber einer Sachbezeichnungsfirma gegenüber anderen Firmen ein "beschränktes Ausschliesslichkeitsrecht" im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Schutzes zu (vgl. auch BGE 100 II 229; und zum Ganzen *Patrick Troller, a.a.O., S. 133 ff.*). Es ist deshalb im folgenden vorab zu untersuchen, ob der fragliche Hauptbestandteil "Lido" eine Sachbezeichnung darstellt. Nur falls diese Frage zu bejahen ist, muss weiter geprüft werden, ob allenfalls trotzdem eine beschränkte Monopolisierbarkeit im Sinne der zitierten Rechtsprechung zuzugestehen ist oder ob das Freihaltebedürfnis überwiegt und der wettbewerbsrechtliche Schutz deshalb zu versagen ist.

Der Berufungskläger macht geltend, "Lido" beinhalte lediglich den Hinweis, dass der Betrieb am Strand eines Sees liege. Jedem Deutschschweizer sei bekannt, dass Lido "Strand" oder "Ufer" bedeute. Unzählige Badeanstalten, Strandgebiete oder andere Örtlichkeiten würden so bezeichnet. Lido sei also eine Sachbezeichnung wie Café, Restaurant, Pub, Bar oder Dancing.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, dass Lido ein italienisches Wort ist und Strand bedeutet. Das Wort Lido ist daher nur in Regionen mit italienischer Sprache als Sachbezeichnung zu qualifizieren. In der deutschen Schweiz hingegen hat sich der Begriff Lido nicht als Sachbezeichnung eingebürgert, wie etwa der vom Französischen übernommene Begriff "restaurant", die vom Englischen übernommenen Begriffe "bar" und "pub" oder etwa der vom Italienischen übernommene Begriff "pizzeria". Der Begriff "Lido" wird in der deutschen Schweiz vielmehr als Eigenname für bestimmte Betriebe verstanden. Daran vermag nichts zu ändern, dass diese Betriebe in der Regel in der näheren Umgebung eines Seeufers liegen. Zahlreiche Eigennamen deuten auf eine spezielle geographische Lage hin, ohne dass von einer Sachbezeichnung gesprochen werden kann, so z.B. Kulm, Hospiz, Bahnhof. Ein Blick in die Telefonbücher genügt, um darzutun, dass "Lido" als Eigenname für verschiedenste Betriebsarten verwendet wird. Gerade der hier vorliegende Rechtsstreit beweist, dass "Lido" als Name sowohl für ein Dancing wie auch für ein Café-Restaurant verwendet wird und sprachlich verwendet werden kann. Der Berufungskläger führt selber aus, dass "Lido" auch für Badeanstalten oder andere Örtlichkeiten verwendet werde. Wenn aber

“Lido” – wie der Berufungskläger behauptet – wirklich eine Sachbezeichnung wäre, so würde dies zum sprachlich unsinnigen Ergebnis führen, dass sich ein Dancing mit der Sachbezeichnung Strand versieht.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen, die Verwechselbarkeit gegeben ist, der Berufungsbeklagte zeitliche Priorität genießt und “Lido” nicht als Sachbezeichnung zu qualifizieren ist. Die Verwendung des Wortes “Lido” als hervorstechender Hauptbestandteil der Enseigne und in Reklame, Prospekten, Plakaten usw. durch den Berufungskläger widerspricht damit objektiv dem Grundsatz von Treu und Glauben. Der Berufungskläger begeht dadurch unlauteren Wettbewerb. Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b und c UWG hat der Berufungsbeklagte deshalb einen Anspruch darauf, dass der Berufungskläger die Bezeichnung “Lido” zur Kennzeichnung seines Lokals nicht mehr benützt. Er hat die Bezeichnung auch auf bestehenden Schrifttafeln, Werbematerial, Briefpapier usw. zu entfernen, um den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Hiezu ist ihm eine angemessene Frist zu setzen. Die Vorinstanz hat diese auf 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft ihres Urteils festgelegt. Der Berufungskläger macht vorsorglich geltend, dass diese Frist zur Änderung der Bezeichnung viel zu kurz bemessen sei. Er habe den Betrieb am 1. März 1981 übernommen und in Reklametafeln, Werbematerial, Geschäftspapier usw. mehr als Fr. 100'000.– investiert. Eine allfällige Namensumstellung sei wiederum mit Unkosten in ungefähr gleicher Höhe verbunden. Es sei dem Berufungsbeklagten bis heute auch kein Schaden entstanden, da keine Verwechslungen vorgekommen seien. Die Frist, die Änderungen vorzunehmen, müsste mindestens auf ein Jahr festgesetzt werden.

Diesem Antrag kann nicht entsprochen werden. Es ist nämlich dem Berufungsbeklagten zuzustimmen, dass der Berufungskläger seit Beginn dieses Prozesses die Möglichkeit hatte, im Hinblick auf ein allfälliges Unterliegen in diesem Rechtsstreit die notwendigen Vorbereitungen zu treffen, um die allenfalls verlangten Änderungen kurzfristig vornehmen zu können. Spätestens aber seit dem für den Berufungskläger negativ ausgegangenen erstinstanzlichen Entscheid hätte er sich veranlasst gesehen, die gebotenen Vorbereitungen zu treffen, so z.B. die Wahl einer neuen Enseigne, deren optische Gestaltung, Absprache mit Handwerkern usw. Die vom Berufungskläger geforderte Frist von einem Jahr würde bedeuten, einen offensichtlich rechtswidrigen Zustand zum Schaden des Berufungsbeklagten unnötig lange aufrechtzuerhalten. Da der Berufungskläger zudem in Erwägung zieht, das Dancing nur bis Frühjahr 1986 zu führen, will er mit der vorgeschlagenen Einjahresfrist offenbar den jetzigen Zustand bis zur möglichen Betriebsaufgabe erreichen, um Kosten zu vermeiden. Einem solchen Ansinnen kann aber ohnehin nicht entsprochen werden. Die von der Vorinstanz festgesetzte Frist von 30 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft des Urteils ist deshalb nicht zu beanstanden. Die Berufung ist auch in diesem Punkte abzuweisen.

Das Unterlassungsgebot ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von Amtes wegen mit dem Hinweis auf die Strafbestimmungen des Art. 292 StGB zu verbinden (BGE 93 II 433, 87 II 112). Der Berufungskläger wehrt sich gegen diese Strafandrohung, welche im Urteil der Vorinstanz aufgenommen wurde, zu Recht nicht.

4. Gemäss Art. 6 UWG kann der Richter die obsiegende Partei auf ihr Begehren ermächtigen, das Urteil auf Kosten der unterlegenen Partei zu veröffentlichen. Er bestimmt Art und Umfang der Veröffentlichung.

Die von der Vorinstanz angeordnete Veröffentlichung des Urteils ist nicht zu beanstanden. In Anbetracht des offensichtlichen, bereits vier Jahre andauernden Verstosses gegen wettbewerbsrechtliche Regeln und der dadurch eingetretenen Marktverwirrung ist eine einmalige Publikation des vorinstanzlichen Urteils berechtigt, um dadurch die Orientierung des Marktes zu ermöglichen. Dass ein Schaden eingetreten sein muss, um die Urteilsveröffentlichung zu rechtfertigen – wie der Berufungskläger offenbar annimmt –, wird von Lehre und Rechtsprechung nicht vorausgesetzt (vgl. *Patrick Troller*, a.a.O., S. 147 mit den dortigen Hinweisen). Der Berufung kann deshalb auch in diesem Punkt kein Erfolg beschieden sein.

5. Da aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist, erübrigt es sich zu prüfen, ob allenfalls auch aufgrund von Art. 29 Abs. 2 ZGB (Namensanmassung) die Berufung abgewiesen werden müsste.

Art. 5, 11 et 16 LMF, art. 19 al. 1 OML – “MIL-COLOR II”

- *L’inscription ou l’absence d’inscription du transfert d’une marque n’a pas d’effet quant à la validité de ce transfert en droit civil.*
- *On présume, dans le silence du contrat, que le transfert de l’entreprise comprend le transfert de la marque.*
- *Le droit formel à l’inscription du transfert suppose l’existence de documents justificatifs suffisants et crée une présomption à l’égard des tiers.*
- *Die Eintragung oder Nichteintragung einer Markenübertragung hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit dieser Übertragung nach Zivilrecht.*
- *Schweigt sich der Vertrag darüber aus, so wird vermutet, dass die Übernahme eines Geschäftes auch die Übernahme von dessen Marke mitumfasst.*
- *Zur formellen Eintragung einer Markenübertragung werden rechtsgenügende Unterlagen vorausgesetzt; die Eintragung schafft eine Vermutung gegenüber Dritten.*

Arrêt du tribunal fédéral (1e cour civile) du 24 septembre 1982 dans la cause Kurt Vogelsang AG et Gimo S.A. c. Guy Donnet et Gilbert et Dorothée Moschini

Faits:

A. Par contrat de vente du 18 décembre 1972, Guy Donnet a vendu à Kurt Vogelsang AG, pour le prix de fr. 35'000.–, ses 35 actions au porteur d’une valeur nominale de fr. 1'000.– chacune de la société Gimo S.A., au capital social de fr. 50'000.–. Par contrat du même jour, Donnet a acquis des époux Gilbert et Dorothée Moschini, pour le prix de fr. 15'000.–, les 15 autres actions au porteur

d'une valeur nominale de fr. 1'000.— chacune que ceux-ci détenaient dans la société. Le même jour également, Donnet a cédé à Kurt Vogelsang AG ses droits résultant de ce second contrat "aux mêmes conditions que celles figurant dans le contrat de vente des 35 actions", dont il fait partie intégrante. Le premier contrat précité comporte encore la clause suivante:

"Art. 3. Monsieur G. Donnet cède sans garantie quelconque les droits qui découlent de la convention établie le 3 novembre 1970 entre Monsieur et Madame Moschini et lui-même. La notification de la cession étant à la charge de l'acquéreur."

La somme de fr. 50'000.— a été payée le même jour par chèques. Toujours en date du 18 décembre 1972, Kurt Vogelsang AG a payé, également par chèque, une "note d'honoraires" de fr. 20'000.— établie par Donnet, représentant en fait un supplément de prix.

B. Jusqu'en février 1971, les époux Moschini formaient entre eux une société simple sous le nom de "Gimo". Dorothee Moschini était titulaire d'une marque inscrite "Mil-Color" pour articles de peinture. La société Gimo fabriquait et vendait de tels articles, plus particulièrement des "sprays" pour voitures, dont la distribution était assurée par Manuco S.A., société aux mains des époux Moschini.

Le 3 novembre 1970, ces derniers ont conclu avec Donnet une convention relative à la création de la future société anonyme Gimo S.A. Il y était prévu notamment que les époux Moschini libéreraient le capital social de fr. 50'000.— par apports en nature, au nombre desquels se trouvait la société simple Gimo "qui comprend notamment la marque de fabrique Mil-Color", que 25 actions devaient ensuite être rachetées par Donnet pour le prix de fr. 25'000.—, que les époux s'engageaient "à apporter toutes leurs connaissances et leur expérience sur la fabrication et la commercialisation des spray Mil-Color", et qu'ils s'interdisaient, en cas de retrait de la société, toute concurrence pendant 5 ans.

Gimo S.A. a été inscrite au registre du commerce de Lausanne le 16 mars 1971. La convention relative aux apports en nature ne mentionne ni la reprise du commerce des époux ou de dame Moschini, ni la reprise de la marque. Quant au but social, il est défini comme suit:

"Création, fabrication, conditionnement, diffusion, achat et vente de tous produits sous forme de pulvérisateur (Système aérosol); fabrication et diffusion de produits de la marque Mil-Color."

Gimo S.A. assumait donc, en fait, la fabrication et la vente des produits "Mil-Color".

C. Kurt Vogelsang AG, qui exploite des produits concurrents, s'est intéressée à l'acquisition des actions de Gimo S.A., telle que la lui proposait Donnet. Elle attachait un intérêt particulier à pouvoir, par une telle acquisition, disposer de la marque "Mil-Color", bien introduite sur le marché. Elle savait qu'à l'époque, celle-ci était encore inscrite au nom de dame Moschini. La fiduciaire Fides, chargée par elle d'un mandat d'enquête, lui écrivait le 14 avril 1972: "M. Moschini ne voudra jamais vendre sa marque Mil-Color." De son côté, dame Moschini avait écrit le 4 mars 1972 une lettre à Gimo S.A., dans laquelle elle revendiquait la titularité de la marque "Mil-Color" et notamment le droit à une "royauté" de 6% du chiffre d'affaires de Gimo S.A. dès l'exercice 1972.

Le 26 septembre 1972, Donnet obtint de Grosjean — désigné en son lieu et place à partir du 25 janvier 1972 comme administrateur unique de Gimo S.A. — une procuration en blanc qu'il utilisa pour demander aux ingénieurs-conseils Dériaz, Kirker et Cie de présenter, au nom de Gimo S.A., une demande de transfert de la marque Mil-Color auprès du Bureau fédéral de la propriété intellectuelle. Présentée le 3 octobre 1972, cette demande, qu'accompagnait à titre de justificatif la convention du 3 novembre 1970, a été admise et le transfert de la marque enregistré le 12 octobre 1972, avant d'être publié dans la FOSC du 6 novembre 1972.

Le 13 décembre 1972, le conseil de dame Moschini a donné à signer à Grosjean une déclaration écrite, destinée au BFPI, où celui-ci reconnaissait n'avoir jamais, en sa qualité d'administrateur unique, requis personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers le transfert de la marque Mil-Color et demandait expressément la réinscription de cette marque au nom de dame Moschini. Ladite requête a été adressée le jour même, par le conseil de dame Moschini, au BFPI.

Le 18 décembre 1972, à l'occasion de la vente des actions de Gimo S.A., Donnet a montré aux représentants de Kurt Vogelsang AG la publication de la FOSC du 6 novembre 1972. Il leur a également soumis le texte de la convention conclue le 3 novembre 1970. Se prévalant de ces documents, il a donné aux représentants de Kurt Vogelsang AG l'assurance que la marque Mil-Color était bien la propriété de Gimo S.A. En revanche, il ne leur a pas révélé les prétentions que dame Moschini faisait valoir sur la marque ni la manière dont l'inscription relative au transfert de cette dernière avait été obtenue. Grosjean, qui participait à la discussion précédant la vente, n'a pas fait, lui non plus, allusion à la revendication de dame Moschini et à la requête adressée au BFPI.

D. Le 6 avril 1973, le BFPI a annulé l'inscription de Gimo S.A. comme titulaire de la marque "Mil-Color" et réinscrit en cette qualité dame Moschini. Le 17 janvier 1973, Gimo S.A., sous la signature de Grosjean, s'était vainement opposée à une telle annulation, en se référant à la convention entre les époux Moschini et Donnet. Un recours de droit administratif de Gimo S.A. contre cette décision a été rejeté par le Tribunal fédéral le 18 septembre 1973. Dans son arrêt (publié aux ATF 99 Ib 336 ss), celui-ci a considéré, en substance, que l'enregistrement du 12 octobre 1972 avait été fait à tort, la requérante n'ayant pas produit de justificatif conforme à l'art. 19 al. 1 OMF, sans préjudice du droit à la marque résultant du droit civil.

Le 16 avril 1973, Me F. Wiget, conseil zurichois de Kurt Vogelsang AG, écrivit à Donnet qu'il considérait la propriété de la marque "Mil-Color" comme un élément nécessaire du contrat de vente, au sens de l'art. 24 CO. Puis il ajoutait:

"En même temps, me basant sur l'art. 31 CO, je vous déclare par la présente que Kurt Vogelsang AG s'est résolue de ne pas maintenir le contrat de vente et répète ce qu'elle a payé. Seulement au cas où nos efforts pour obtenir l'inscription de la marque auront du succès nous ratifierons le contrat. En même temps et éventuellement je vous déclare responsable pour le dommage ressortissant de la non disponibilité de la marque 'Mil-Color' dans le sens de l'art. 197 ff. CO." (sic)

Le 17 décembre 1973, Me Vogelsang, conseil vaudois de Kurt Vogelsang AG, a derechef déclaré à Donnet que sa cliente ne maintenait pas le contrat, en raison de l'erreur essentielle, qu'elle répétait le prix payé de fr. 70'000.— et réservait une prétention en dommages-intérêts.

Au 18 décembre 1972, la valeur de la société Gimo S.A. atteignait fr. 13'000.— à fr. 15'000.—, à condition que la société restât en exploitation. Kurt Vogelsang AG, dont le principal intérêt était d'acquérir la marque d'un concurrent, a liquidé Gimo S.A. après une brève exploitation déficitaire.

F. Le 19 juillet 1974, Kurt Vogelsang AG et Gimo S.A. ont ouvert action contre Donnet. Le défendeur a appelé en cause les époux Moschini. Par jugement du 10 juin 1981, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a rejeté la demande.

G. Kurt Vogelsang AG et Gimo S.A. recourent en réforme contre le jugement de la Cour civile vaudoise du 10 juin 1981.

Donnet conclut au rejet du recours.

Considérant en droit:

II. 1. *Action en garantie:* L'autorité cantonale voit dans les assurances données par l'intimé quant au fait que la marque Mil-Color appartenait à la société anonyme dont il vendait les actions, une garantie contractuelle spéciale du vendeur, soumise aux conditions de l'action en garantie à raison des défauts de la chose. Selon elle, la vente ayant été conclue et exécutée le 18 décembre 1972, l'action en garantie introduite le 19 juillet 1974 — sans qu'aucun acte interruptif de prescription ne l'ait précédée — serait prescrite, eu égard au délai de l'art. 210 al. 1 CO. La première recourante, pour sa part, se prévalant du dol de l'intimé — que l'autorité cantonale aurait, à ses yeux, dû retenir —, soutient que l'action en garantie ne serait pas prescrite (art. 210 al. 3 CO).

a) Il est tout d'abord constant que les actions, représentant la chose vendue, n'étaient entachées d'aucun défaut matériel ou juridique.

b) Ensuite, il n'est pas indispensable de décider si l'assurance verbale donnée par l'intimé quant à la titularité de la marque Mil-Color comporte un engagement contractuel du vendeur ou s'il s'agit seulement d'une assertion à prendre en considération dans le cadre des vices du consentement (ATF 91 II 354; *Giger*, n. 47 ad art. 197; *Guhl/Merz/Kummer*, OR, p. 343). Celle-ci ne saurait de toute manière, en l'état de la cause, être tenue pour inexacte. Ainsi que l'a relevé la Cour de céans dans son arrêt Gimo S.A. c. BFPI, l'inscription ou l'absence d'inscription relative au transfert d'une marque n'a pas d'effet quant à la validité de ce transfert d'une personne à l'autre en droit civil (ATF 99 Ib 340 c. 2b). Précisément dans ce dernier domaine, la loi ne subordonne à aucune forme le transfert d'une marque (*David*, Markenschutzgesetz, 2e éd., n. 4 ad art. 11). Etant donné que la marque n'est pas séparable de l'entreprise (art. 11 LM), on présume, dans le silence du contrat, que le transfert de l'entreprise comprend le transfert de la marque (*David*, op. cit., n. 8 ad art. 11; *E. Martin-Achard*, La cession libre de la marque, p. 79; *Matter*, Kommentar, n. III 3 ad art. 11, p. 158; *Troller*, Immaterialgüterrecht I, p. 930, et les références citées par ces auteurs). Dans le cas particulier, aucune constatation de la décision attaquée ne permet de penser que, contrairement à ce qui était expressément prévu dans la convention du 3 novembre 1970, les parties auraient entendu

exclure un tel transfert lorsqu'elles ont créé la société Gimo S.A. Au contraire, celle-ci reprenait les actifs et l'activité de la société simple Gimo, laquelle exploitait jusque-là la même activité et utilisait déjà la marque Mil-Color. En outre, le but social de la nouvelle société comprenait, ainsi que cela ressort expressément de l'inscription au registre du commerce, l'utilisation de cette marque Mil-Color, sans compter que, de leur côté, les époux Moschini s'interdisaient toute activité concurrente. En l'état de la procédure, on peut donc admettre que Gimo S.A. avait également acquis de la précédente société simple la marque Mil-Color et qu'elle aurait ainsi pu, selon toute vraisemblance, s'opposer avec succès aux prétentions de dame Moschini sur cette dernière. Aussi l'intimé, qui a ensuite vendu les actions de la société anonyme, ne saurait-il en l'espèce répondre de la non-exécution d'une promesse portant sur le transfert de ladite marque. Cela rend dès lors sans objet l'action en garantie, et exclut du même coup l'octroi de dommages-intérêts fondés sur une inexécution des obligations résultant du contrat de vente (art. 97 ss CO).

2. *Vices du consentement*: L'autorité cantonale considère que l'intimé, qui ne savait pas que son assertion touchant la validité du transfert de la marque était fautive et ignorait les démarches entreprises par les époux Moschini en vue du retransfert de la marque, n'a pas induit intentionnellement l'acheteuse en erreur. En revanche, elle retient l'erreur essentielle dans laquelle s'est trouvée cette dernière à propos de la titularité de la marque. Elle estime cependant que la déclaration d'invalidation du contrat ayant été faite plus d'une année avant l'ouverture d'action, celle-ci est prescrite au sens de l'art. 67 CO, et que même pour le cas où la prescription ne serait pas atteinte, l'acheteuse a ratifié le contrat par actes concludants et ne serait plus en mesure de restituer ce qu'elle a acquis.

La première recourante, pour sa part, conteste que sa déclaration d'invalidation du contrat ait pu sortir ses effets avant que ne lui soit connu l'arrêt du Tribunal fédéral du 18 septembre 1973 et soutient dès lors que son action, en tant qu'elle est fondée sur l'erreur essentielle, n'est pas prescrite. Elle fait en outre valoir que le dol de l'intimé a consisté, de la part de ce dernier, à ne pas l'informer des circonstances ayant précédé l'enregistrement du transfert de la marque, alors qu'il s'agissait là d'éléments importants que la loyauté en affaires l'obligeait à lui révéler.

a) *L'erreur*

aa) L'autorité cantonale paraît admettre que l'acheteuse était dans l'erreur quant à la titularité de la marque Mil-Color selon le droit civil. Cependant, comme il est à tout le moins douteux — ainsi qu'on l'a vu ci-dessus — que Gimo S.A. n'ait pas acquis la marque Mil-Color, l'erreur sur ce point n'est pas établie. En revanche, l'acheteuse croyait, et pouvait croire de bonne foi, que Gimo S.A. avait un droit formel à l'inscription de la marque Mil-Color selon le droit des registres. Ce droit formel était important pour elle, en raison de la présomption qu'il crée à l'égard des tiers et du fait qu'il suppose l'existence de documents justificatifs jugés suffisants pour permettre l'inscription. Sur ce point, l'acheteuse était dans l'erreur. En outre, du moment que les parties savaient que précédemment la marque était inscrite au nom de dame Moschini, la future acheteuse pouvait aussi s'imaginer que la précédente titulaire avait consenti au transfert et que la possession de la

marque Mil-Color par Gimo S.A. était incontestée. Sur ce point également, l'acheteuse était dans l'erreur.

Il résulte au demeurant de la décision attaquée que l'erreur fut causale et que, sans elle, la première recourante n'aurait pas conclu ou en tout cas pas aux mêmes conditions.

Anmerkung:

Der vorliegende Entscheid zeigt ein weiteres Mal mit Deutlichkeit, dass das formelle und das materielle Recht an einer Marke auseinanderklaffen können. Erinnern wir uns daran, dass sowohl das Amt als auch das Bundesgericht (BGE 99/1973 Ib 339: Mil-Color I) es ablehnten, gestützt auf den Sacheinlagevertrag vom 3. November 1970 die Übertragung der Marke von der Gesellschaftsgründerin Frau D. Moschini auf die Gimo S.A. vorzunehmen. Das Gericht hielt damals dafür, dass der Sacheinlagevertrag im vorliegenden Fall lediglich die Absicht beweise, die Marke in die zu gründende Gesellschaft einzubringen, was noch nicht genüge, um die nachfolgende Verfügung über die Marke zu beweisen.

Heute stellt nun das Gericht fest, die Markenübertragung sei formlos möglich und sei bei Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven zu vermuten. Nichts weise darauf hin, dass in Anbetracht der tatsächlich erfolgten Apportgründung vom 22. Februar 1971 nicht auch die Verpflichtung zur Markenübertragung honoriert worden sei. Somit sei die Gimo S.A. rechtmässige Inhaberin der Marke Mil-Color geworden. Diese Auffassung ist zu begrüssen, und zu Recht hat sich das Bundesgericht denn auch im Urteil BGE 111/1985 II 282: Higyne auf diesen bisher unveröffentlichten Entscheid berufen.

Die Gimo S.A. ist heute liquidiert, die Marke Mil-Color – heute immer noch auf Frau D. Moschini eingetragen, aber seit Jahren nicht mehr gebraucht – ein Non-valeur. Man fragt sich, wie deren Schicksal gewesen wäre, wenn früher Gewissheit über die Inhaberschaft der Marke Mil-Color bestanden hätte.

Lucas David

Art. 946 OR, Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG – “HOTEL ROMANTICA”

- Die Einzelfirma “Romantik Hotel Julien” ist mit der älteren, am selben Ort domizilierten Einzelfirma “Jean Cremonini, Hotel Garni Romantica” sowohl nach Firmenrecht wie auch nach Wettbewerbsrecht verwechselbar.
- Il existe un risque de confusion, selon le droit des raisons de commerce et celui de la concurrence déloyale, entre les raisons individuelles “Jean Cremonini, Hotel Garni Romantica” et “Romantik Hotel Julien”, les deux entreprises se trouvant au même endroit.

Urteil KGer VS, sitzend als Zivil-Gerichtshof I, vom 25. Februar 1986 i.S. Erben Jean Cremonini gegen Paul Julien und Konsorten

2. a) Seit dem Herbst 1982 ist das Hotel Julen den Romantik Hotels und Restaurants (Schweiz), einer Genossenschaft im Sinne von Art. 828 ff. OR mit Sitz in Bern, angeschlossen, deren Zweck der Zusammenschluss historischer Hotels und Restaurants ist und deren Mitglieder in der Werbung unter einem gemeinsamen Romantikemblem (ein stilisiertes Fachwerkhäus mit gekreuztem Schlüssel, Gabel und Messer) aufzutreten und dem Namen ihres Betriebes die Bezeichnung "Romantik Hotel" oder "Romantik Restaurant" beizufügen haben. Zur Kennzeichnung dieser Beziehung wird heute in Briefen, Preislisten, Werbematerial aller Art und in Inseraten die Bezeichnung "Romantik Hotel Julen" geführt. Am 13. Juli 1983 wurde der neue Firmennamen "Romantik Hotel Julen" im Handelsregisteramt Oberwallis eingetragen, wobei als Inhaber dieser Firma nun Paul Julen figuriert.

b) Jean Cremonini führte seit 1962 bis zu seinem Tod in Zermatt ein sog. Hotel Garni (Übernachtungsmöglichkeit mit Frühstück ohne Halb- oder Vollpension). Die entsprechende Firma lautet (jedenfalls) gemäss letzter Eintragung vom 2. Oktober 1981 "Jean Cremonini, Hotel garni Romantica".

c) Gemäss den Darlegungen der Klägerpartei führt die neue Bezeichnung "Romantik Hotel Julen" durch die Beklagtenseite sowohl auf der Post wie auch unter den Kunden der beiden Hotels immer wieder zu Verwechslungen mit ihrem Hotel garni Romantica. So erhalte dieses laufend Briefe und Telephonate, die für Gäste des Hotels Julen bestimmt seien. Weitere Folgen seien falsche Zimmerreservierungen, unrichtige Wertsachenabgaben, ja sogar vom Hotel Julen angeworbene Angestellte hätten sich im Romantica vorgestellt. Es liege offensichtlich auf der Hand, dass die engen verwandtschaftlichen Bezeichnungen "Romantica" und "Romantik" Verwechslungen zwischen den beiden genannten Hotels in allen Bereichen des täglichen Lebens nach sich zögen, zumal man ja wisse, dass auswärtige und in Zermatt nicht ortskundige Gäste allzu leicht die geläufigen Begriffe "Romantica" und "Romantik" durcheinanderbrächten.

Die Beklagten ihrerseits bestritten im grossen und ganzen, dass Verwechslungen vorgekommen seien und wenn, dann bloss am Anfang, weil der zuständige Postbeamte die entsprechenden Sendungen in wenigen Einzelfällen in das falsche Postfach gelegt habe. Mittlerweile sei nun die Postverwaltung in Zermatt hinsichtlich der beiden Hotelbezeichnungen – und eben deren unterschiedlicher Anschrift – orientiert worden, so dass seither keine falschen Postzustellungen nachgewiesen werden konnten. Im übrigen komme es ab und zu vor, dass bei der Post in Zermatt Irrtümer geschähen, wie übrigens andernorts auch. Wesentliches Element der Firma der Beklagten sei zudem der Familienname "Julen", während es sich beim Attribut "Romantik" bloss um einen Hinweis darauf handle, dass ihr Betrieb der fraglichen Hotelgruppe angeschlossen sei. Umgekehrt figuriere der Familienname des Klägers bei der Bezeichnung seines Betriebes nirgends, da er eben darauf hinweisen wolle, dass sein Hotel, welches als Garni geführt werde, näher und genauer mit dem Substantiv "Romantica" bezeichnet werden solle.

3. a) Die Kläger stützen ihre Begehren vorab auf Firmenrecht, wonach die im Handelsregister eingetragene und im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichte Firma eines einzelnen Geschäftsinhabers oder einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft dem Berechtigten zu ausschliesslichem Gebrauch zusteht (Art. 956

Abs. 1 OR). In diesem Zusammenhang warf der Vertreter der Beklagten in bezug auf Meinrad, Ruedi und Catherine Julen bei den heutigen Berufungsverhandlungen vorab die Frage der Passivlegitimation auf, machte hierzu jedoch keine näheren Ausführungen und verwies auf das richterliche Ermessen. Das Kantonsgericht sieht nun keinen Grund, in diesem Punkt von den vorinstanzlichen Ausführungen abzuweichen. Im Zeitpunkt der Klageeinreichung war nämlich unklar, inwieweit Meinrad Julen als Firmeninhaber oder dessen Kinder als grundbuchrechtliche Eigentümer ins Recht zu fassen sind. Die Änderung im Handelsregister erfolgte jedenfalls erst am 13. Juli 1983 und damit nach Einreichung der Klage (25. April 1983). Nachdem weder der heutige Firmeninhaber Paul Julen ausdrücklich in die Rechte und Pflichten seines Vaters als früherer Firmeninhaber noch in die seiner Geschwister als Miteigentümer der Liegenschaft eingetreten ist bzw. hierfür keine Sicherheit geleistet wurde, fand gemäss Art. 63 ZPO kein Parteiwechsel statt. Wie die Vorinstanz deshalb zu Recht ausführte, blieb daher die bei der Klageeinreichung gegebene Passivlegitimation der Beklagten weiterbestehen. Bei Prozessbeginn durften nämlich die Rechtsansprüche gegenüber den damaligen Störern, d.h. sowohl gegenüber Paul, Ruedi und Catherine Julen (Eigentümer der Hotelliegenschaft) als auch gegenüber dem damaligen Firmeninhaber Meinrad Julen, geltend gemacht werden. Dass letzterer heute nicht mehr Firmeninhaber ist, vermag am Fortbestehen seiner Passivlegitimation nichts zu ändern, da auch ein früherer Firmeninhaber Beklagter sein kann (*His*, N 26 zu Art. 956 OR; BGE 19, S. 225 ff.).

b) aa) Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, kann auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen (Art. 956 Abs. 2 OR). In Art. 946 OR findet sich eine nähere Umschreibung der eben erwähnten Ausschliesslichkeit in bezug auf die Einzelfirma. Nach dieser Bestimmung ist der Schutzraum derselben der Eintragungsort, was jedoch nicht bloss die betreffende politische Gemeinde umfasst, sondern den unmittelbar dazugehörenden Wirtschaftsraum miteinschliesst (*Meier-Hayoz/Forstmoser*, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, § 5, N 159), d.h. “die Agglomeration, soweit sie wirtschaftlich als Einheit erscheint” (*Guhl/Merz/Kummer*, OR, 7. Aufl., S. 791). Aus der genannten Vorschrift geht sodann hervor, dass der Firmenschutz in diesem Rahmen (d.h. Einzelfirma am selben Ort) nicht nur die Firmengleichheit unterbinden helfen will, sondern vor allem auch die Firmenähnlichkeit. Letzteres ist bei Einzelfirmen deshalb von besonderer Bedeutung, weil jede von ihnen gemäss Art. 945 Abs. 1 OR zumindest den Familiennamen aufführen muss. Die Unterscheidbarkeit kann mithin vom späteren Geschäftsinhaber, dessen Namen mit einer bereits im Handelsregister eingetragenen Firma übereinstimmt, nur dergestalt gewährleistet werden, dass er seinen Namen mit einem Zusatz versieht, der seine Firma *deutlich* von älteren abzuheben vermag. Ebenso wie in Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG sollen mithin Verwechslungen vermieden werden. In der Doktrin wird daher mitunter darauf hingewiesen, die Voraussetzungen des Anspruchs aus UWG entsprächen *fast* durchwegs denjenigen des firmenrechtlichen Ausschliesslichkeitsanspruches (*Meier-Hayoz/Forstmoser*, op. cit., § 5, N 152). In der Tat erweisen sich die Unterschiede als nicht sehr gross. Immerhin dient aber der Firmenschutz nicht der Ordnung des Wettbewerbs, sondern er will vorab “den Berechtigten *um seiner Persönlichkeit und seiner gesamten Ge-*

schäftsinteressen willen vor Verwechslungen bewahren” (R. Patry, Grundlagen des Handelsrechts, in: SPR VIII/1, S. 165 mit Hinweis auf BGE 97 II 234 ff., 93 II 40 ff.). Im übrigen ist er insofern weiter als der wettbewerbsrechtliche Schutz, als die beteiligten Firmenträger nicht Konkurrenten zu sein brauchen, enger hingegen unter dem Gesichtspunkt der unabdingbar notwendigen Handelsregistereintragung des Berechtigten, nach welcher sich gegebenenfalls die Priorität zwischen den beiden Parteien bestimmt, während in Anwendung des Wettbewerbsrechts hierfür der tatsächliche längere Gebrauch massgebend ist (*Meier-Hayoz/Forstmoser*, op. cit., § 5, N 152).

bb) Sind bei einer Einzelfirma die eben umschriebenen räumlichen (Eintragungsort) und zeitlichen (früherer Handelsregistereintrag *und* frühere Publikation im SHAB) Voraussetzungen erfüllt, obliegt es dem angegangenen Gericht, auf eingereichte Unterlassungsklage hin zu prüfen, ob die ins Recht gefasste Firma den Anspruch des Berechtigten zu ausschliesslichem Gebrauch (Art. 956 Abs. 1 OR) verletzt hat. Dies ist der Fall bei gegebener Verwechslungs*gefahr*. Es muss mithin keineswegs etwa der Nachweis tatsächlicher Verwechslungen erbracht werden. Vielmehr genügt, wenn glaubhaft gemacht wird, “dass solche angesichts der Gestaltung der zu vergleichenden Firmen und der besonderen Umstände *im Bereich der Wahrscheinlichkeit* liegen” (BGE 74 II 237; *Guhl/Merz/Kummer*, OR, S. 791; *Patry*, a.a.O., S. 165; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, op. cit., § 5, N 161). Der Hinweis auf die besonderen Umstände verweist dabei auf das richterliche Ermessen, d.h. dass der Entscheid nach Recht und Billigkeit zu treffen ist (Art. 4 ZGB). Dies heisst natürlich nicht, dass subjektive Momente das Urteil des Richters beeinflussen sollen. Vielmehr muss sich letzteres auf objektive und sachliche Erwägungen stützen, die der Einmaligkeit der konkreten Situation angepasst sind (*Meier-Hayoz*, N 12 zu Art. 4 ZGB). Obwohl das Besondere an diesen Billigkeits- bzw. Ermessensentscheiden darin besteht, dass die Einzelfallgerechtigkeit den Vorrang vor der Rechtssicherheit hat (*Tuor/Schnyder*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., S. 43), haben sich in der Gerichtspraxis eine Anzahl allgemeiner Gesichtspunkte und damit Massstäbe für den richterlichen Ermessensentscheid in Firmenschutzfragen entwickelt:

– So ist für die Beurteilung der Verwechslungs*gefahr* von zwei Firmen vorab grundsätzlich der Gesamteindruck massgebend, den der Vergleich der beiden Firmennamen hinterlässt (*Meier-Hayoz/Forstmoser*, a.a.O., § 5, N 164; *Patry*, a.a.O., S. 166). Bei eigentlichen Wortgruppen kann es allerdings auch bloss auf den besonderen Eindruck ankommen, den die wichtigsten Kennworte oder Merkmale der Firma erwecken (*His*, N 26 zu Art. 946 OR), d.h. auf das, was “im Gedächtnis haftenbleibt” (BGE 74 II 237). Das Publikum erinnert sich nämlich häufig bloss an die besonders kennzeichnenden Elemente der beiden in Frage stehenden Firmen (*Patry*, a.a.O.), weshalb diese Bestandteile im Verkehr erfahrungsgemäss zumeist auch allein verwendet werden (BGE 94 II 129). Trifft dies zu, vermag bereits deren Klang oder Sinn eine Verwechslungs*gefahr* hervorzurufen, da sie für die optische und akustische Wahrnehmung letztlich ausschlaggebend sind. Welche Bestandteile eines Firmennamens derart hervorstechen, kann allerdings nicht zum vornherein und allgemein gültig festgehalten werden. In der Regel wird es wohl der Familiennamen sein, da das Publikum “geneigt ist,

der Namensgabe in einer Geschäftsbezeichnung überwiegende Beachtung zu schenken, weil sich damit die Vorstellung einer Person, einer persönlichen Beziehung oder einer Tradition verbinden lässt" (BGE 74 II 239). Gerade bei Beherbergungsbetrieben wird jedoch diese Regel praktisch zur Ausnahme, da bei diesen die Enseigne, d.h. die Bezeichnung des Geschäftslokals (*Meier-Hayoz/Forstmoser*, op. cit., § 5, N 90), an Bedeutung hervorrangt, ob sie nun einen Bestandteil des Firmennamens bildet oder nicht. Wenn dies allerdings der Fall ist, wird auch die Enseigne bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen am Firmenschutz teilhaftig (*Patry*, S. 169; *Meier-Hayoz*, § 5, N 90; *Guhl/Merz/Kummer*, OR, 7. Aufl., S. 785 mit Hinweis auf BGE 88 II 31, 94 I 613).

- Der Grad der Aufmerksamkeit sodann, mit dem bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr gerechnet werden darf, richtet sich nach dem objektivierten Unterscheidungsvermögen jener Kreise, mit welchen der jeweilige Inhaber geschäftlich verkehrt, d.h. vorab nach jenem der üblichen Kundschaft (*Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 5, N 165; *Patry*, S. 166). Deren Unterscheidungsvermögen pflegt nun mehr oder minder gut ausgeprägt zu sein, je nachdem, ob es sich dabei um das breite Publikum handelt oder bloss um eine zahlenmässig kleine Fachgruppe. Während letzterer durchaus ein erhöhtes Mass an Achtsamkeit zugemutet werden kann, schenkt das erstere, welches in der Regel mit den Endverbrauchern identisch ist, den Unterschieden von Firmenbezeichnungen keine besondere Aufmerksamkeit (*Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 5, N 165; *Patry*, S. 166). In diesem Sinne hielt das Bundesgericht in seiner Entscheid vom 15. Juni 1948 i.S. Wollenhof AG gegen Meyer-Munzinger, Wollenhof fest, dass die fraglichen Parteien offensichtlich dieselbe Käuferschaft besässen, welche sich "im Hinblick auf die angebotenen Warengattungen vornehmlich aus Hausfrauen und Hausangestellten zusammensetzen. Von ihnen ist erfahrungsgemäss in bezug auf die Differenzierung von Firmenbezeichnungen keine besondere Sorgfalt zu erwarten, so dass für die gerichtliche Würdigung der Unterscheidbarkeit ein allgemeiner Massstab anzulegen ist, wie er der Aufmerksamkeit des grossen Publikums landläufig entspricht" (BGE 74 II 238).

In diesem Zusammenhang muss jedoch unterstrichen werden, dass nicht nur die Kundschaften im engeren Sinne des Wortes einer allfälligen Verwechslungsgefahr ausgesetzt sein können, sondern auch Dritte ganz allgemein. Folgerichtig gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Berechtigte schon dann im Sinne von Art. 956 Abs. 2 OR als beeinträchtigt, "wenn die Nachahmung seiner Firma *bei Dritten*, die nicht seine Kunden sind, zu lästigen Verwechslungen führen kann" (BGE 93 II 44; 92 II 96 Erw. 1 mit Verweisen). Man denke etwa an Verwechslungen bei Behörden, bei der Post oder bei Stellensuchenden. *Patry* scheint nun die Tatsache, dass andere als Kunden, vor allem Behörden und etwa die Postverwaltung, die Firmen verwechseln oder verwechselt könnten, als nicht ausreichend anzusehen, "um die Anwendung des Art. 956 OR zu rechtfertigen, da die geschäftlichen Interessen der Unternehmung auf diese Weise nicht wirklich beeinträchtigt werden" (a.a.O., S. 168). Er vertritt zudem die Meinung, die gegenteilige Ansicht des Bundesgerichts sei nie wirklich begründet worden (a.a.O., Anm. 25). Dem ist einmal entgegenzuhalten, dass die Beeinträchtigung nicht etwa ein zusätzliches Element neben der Verwechslungsgefahr darstellt, um

gegen den späteren überhaupt mit Aussicht auf Erfolg eine Unterlassungsklage anzustrengen. Die einmal vom Richter angenommene Verwechslungsgefahr ist nämlich per se schon die von Art. 956 Abs. 2 OR geforderte Beeinträchtigung, weshalb das Vorliegen der letzteren auch nicht einer gesonderten Prüfung bedarf. Nicht umsonst erwähnt Art. 956 Abs. 2 OR nebst der Unterlassungsklage auch noch die Schadenersatzklage. Denn es liegt auf der Hand, dass der unbefugte Gebrauch durch die Verwechslungsgefahr den Berechtigten in seinen Geschäften benachteiligen oder hindern kann, ohne dass geradezu ein nachweisbarer materieller Schaden gegeben sein muss. So vermag gerade bei einem Hotel jeder falsch zugestellte Brief, jede irrtümliche Zimmerreservierung und jeder unrichtige Güter- und Gästetransport (um nur einige wenige Beispiele zu erwähnen) den ordentlichen Gang des berechtigten Betriebes zu behindern, zu stören oder zu erschweren, ohne dass gleichzeitig von einer fassbaren materiellen Schädigung gesprochen werden kann. Wenn das Gesetz daher von "beeinträchtigen" spricht, wird damit zum Ausdruck gebracht, dass bereits mit jeder Verwechslungsgefahr verbundene lästige Unannehmlichkeiten den Ausschliesslichkeitsanspruch einer Einzelfirma in den Grenzen von Art. 956 i.V.m. Art. 946 OR begründen können.

- Wie bereits angetönt, setzt das Verbot des Gebrauchs eines Firmennamens gestützt auf Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG voraus, dass die beteiligten Firmenträger Konkurrenten sein müssen und die Kundenkreise sich mithin überschneiden. Im Rahmen von Art. 956 OR spielt diese Frage grundsätzlich keine Rolle: "Die Firma ist nicht eine bloss auf den Wettbewerb beschränkte Kennzeichnung, sondern ist 'Name'; und das absolute Recht auf den Namen soll der Unternehmung nicht nur in ihrer Beziehung zu den Geschäftskunden, sondern zu Dritten schlechthin zukommen" (*Guhl/Merz/Kummer*, OR, 7. Aufl., S. 792). Trotzdem ist nicht zu übersehen, dass die Verwechslungsgefahr eindeutig zunimmt, wenn die beiden Unternehmen in einer ähnlichen oder gar in der gleichen Geschäftsbranche anzusiedeln sind und damit in einem mehr oder minder intensiven Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen (*Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 5, N 166/167; *Patry*, S. 166/167; *Guhl/Merz/Kummer*, OR, 7. Aufl., S. 791/792). Unter diesen Voraussetzungen pflegt man denn die Verschiedenheit der Firmennamen im allgemeinen strenger zu beurteilen (*Guhl/Merz/Kummer*, a.a.O., mit Hinweis auf BGE 100 II 224, 98 II 68, 92 II 98, 88 II 36, 181, 195 u.a.m.).
- Die Verwechslungsgefahr ist schliesslich unterschiedlich zu beurteilen, ob sie sich auf Personen, Sach- oder Phantasiebezeichnungen bezieht. Während nämlich bei Einzelfirmen und Personengesellschaftsfirmen das ältere Unternehmen dem Träger des gleichen Namens schon gestützt auf Art. 945 bzw. 947 OR den Gebrauch dieses Namens natürlich nicht verbieten, sondern höchstens verlangen darf, dass in die Firma des neueren Unternehmens ein Zusatz anzufügen ist (Art. 946 Abs. 2 ggf. i.V.m. Art. 951 Abs. 1 OR), besitzt es in bezug auf erfundene Begriffe (Phantasiebezeichnungen) praktisch ein absolutes Monopol. Gattungsbegriffe ihrerseits können hingegen von niemandem zum alleinigen persönlichen Gebrauch angeeignet werden: "Eine solche Bezeichnung darf ... vom ersten Inhaber nicht ausschliesslich verwendet werden, sondern muss als sprachliches Gemeingut grundsätzlich auch Dritten zur Verfügung stehen" (BGE 94 II 129). Nun gibt es aber freilich Phantasiebezeichnungen, die mehr

oder minder deutlich etwa auf die Natur des Unternehmens hinweisen (vgl. etwa "interim": BGE 95 II 568; "Filtro": BGE 94 II 128) oder die nach und nach nur noch für die Art der Produkte stehen (vgl. entsprechende Tendenz bei "Wollenhof": BGE 74 II 235) und damit wegen ihrer besonderen Verkehrsgeltung auf dem Wege sind, Gattungsbegriffe und damit sprachliches Gemeingut zu werden (vgl. *Patry*, S. 170). Unter diesen Vorzeichen muss ein solcher Begriff zwar grundsätzlich auch Dritten zur Verfügung stehen, was aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keineswegs bedeutet, der Inhaber der älteren Firma müsse sich deshalb eine verwechslungsfähige Bezeichnung durch eine jüngere Firma gefallen lassen. Diese kann vielmehr angehalten werden, in der einen oder anderen Form eine ausreichende Unterscheidbarkeit herzustellen (vgl. etwa BGE 74 II 235, 88 II 293, 94 II 128).

c) Wendet man die eben dargelegten Kriterien auf den vorliegenden Fall an, ist vorab festzuhalten, dass die Kläger gegenüber den Beklagten zeitliche Priorität besitzen. Der letzte Eintrag ins Handelsregister klägerseits stammt nämlich vom 2. Oktober 1981, während beklagtenseits die Bezeichnung "Romantik Hotel Julen" erst am 13. Juli 1983 registriert worden ist. Beide Firmen haben überdies ihren Sitz in Zermatt, woselbst auch die entsprechenden Betriebe geführt werden. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht die in Art. 946 i.V.m. Art. 956 OR statuierten Voraussetzungen in zeitlicher und örtlicher Hinsicht als erfüllt angesehen; im übrigen verneinte sie aber schon gestützt auf Firmenrecht einen Ausschliesslichkeitsanspruch seitens der klägerischen Firma.

In tatbestandlicher Hinsicht räumte das Instruktionsgericht zwar ein, dass die Bezeichnung der Firmen unbestrittenermassen Verwechslungen nach sich zögen, was jedoch auf *mangelnde Aufmerksamkeit* der entsprechenden Kreise zurückzuführen sei. Diesen Verwechslungen komme jedoch keine wesentliche Bedeutung zu; sie müssten viel eher als Unannehmlichkeiten bezeichnet werden, die man nicht nur in der Relation dieser beiden Betriebe zu sehen habe. Man dürfe nämlich nicht ignorieren, dass *in Zermatt* trotz der grossen Anzahl von Hotels und Chalets *Strassennummern fehlten*. Bei der klägerischen Firma stehe zudem der Begriff "*Romantica*" *im Vordergrund*, währenddem seitens der Beklagten "*Wert auf die Bezeichnung 'Hotel Julen' gelegt*" werde. Letzteres erhelle schon daraus, dass das Wort "Julen" in den Preislisten, Inseraten und Prospekten viel grösser geschrieben werde. Im weiteren träten die beiden Firmen durch Preis- und Klassenunterschiede in Erscheinung, weshalb auch der *Kundenkreis verschieden* sei. Es dürfe sodann auch nicht unerwähnt bleiben, dass die fraglichen Begriffe "*Romantica*" und "*Romantik*" selbst *im Klang* voneinander *abwichen*, sei doch der eine eher der romanischen Sprachgruppe zuzuordnen und töne der andere germanisiert. Überdies müsse die Klägerpartei allfällige *Verwechslungen* zu einem Teil auch ihrem eigenen Verhalten zuschreiben, würde doch der Gebrauch der Firma gemäss Handelsregisterauszug zu weniger Verwirrungen führen, da das Wort *Romantica* dort an fünfter Stelle am Schluss der Bezeichnung stehe, währenddem der Begriff "*Romantik*" am Anfang verwendet werde. Schliesslich wies es noch darauf hin, dass allfällige "Verwirrungen" *bei Beachtung "der in diesem Geschäftsbereich zumutbaren Sorgfalt ... auf das in Zermatt übliche Mass vermindert werden"* könnten.

aa) Soweit das Instruktionsgericht festhielt, dass tatsächlich Verwechslungen vorgekommen seien, wird dies vom Vertreter der Beklagten grundsätzlich nicht mehr bestritten, aber auch heute dahingehend abgeschwächt, solche gebe es praktisch nur bei der Post. Bezeichnend ist demgegenüber die Aussage des Zeugen Christiano, der darauf hinwies, dass namentlich bei in Zermatt ankommenden Gästen die beiden ähnlichen Bezeichnungen Romantica und Romantik verwechselt würden: “Sie sagen jeweils Romantica. Dann mischen sich die Portiers vom Romantik Hotel Julen ein und fragen: ‘Ja, Hotel Romantica oder Romantik Hotel Julen?’” Auch aufgrund des übrigen Beweisergebnisses ist nicht zu übersehen, dass Drittpersonen häufig nicht auf den Zusatz “Hotel Julen” abstellen. Es haben sich vielmehr – und zwar nicht nur bei Einheimischen – die Kurzbezeichnungen Romantik bzw. Romantica eingebürgert. Es ist dieses besondere Wort, welches auf den ersten Blick auffällt und augenscheinlich auch den Verteilbeamten auf der Post dazu verleitet, einzig auf den Wortstamm “Romantik” abzustellen, weshalb nicht nur ohne mit dem Zusatz “Julen” versehene Korrespondenz zuhanden von Gästen zwar an das “Romantik Hotel” adressiert war und trotzdem im klägerischen Betrieb landete, sondern oft sogar richtig adressierte Post verwechselt worden ist. Allein auf diese und weitere tatsächliche Verwechslungen, wie sie die Vorinstanz in ihrem Urteil festhielt, kommt es nicht an. Ob Verwechslungsgefahr vorliege, ist nämlich eine frei überprüfbare Rechtsfrage: “Ihre Bejahung setzt nicht den Nachweis tatsächlich erfolgter Verwechslungen voraus, sondern es genügt, wenn glaubhaft gemacht wird, dass solche angesichts *der Gestaltung* der zu vergleichenden Firmen und der besonderen Umstände im Bereich der Wahrscheinlichkeit liegen” (BGE 74 II 237).

bb) Geht man nun vom Gesamteindruck aus, den die beiden Firmen – je als Ganzes genommen – hinterlassen, so steht zwischen “Jean Cremonini, Hotel Garni Romantica” und “Romantik Hotel Julen” freilich ein so klarer Unterschied, dass von einer möglichen und rechtlich relevanten Verwechslungsgefahr wohl im Ernst nicht gesprochen werden könnte. Der vom Instruktionsgericht in diesem Zusammenhang der Klägerpartei erteilte Rat, im Verkehr ihren vollen Namen zu gebrauchen und dadurch Verwirrungen zu vermeiden, ist indessen verfehlt und lebensfremd. Erfahrungsgemäss pflegen sich in Anschriften auf Postsendungen und im mündlichen Verkehr vor allem bei längeren Firmen nämlich Kürzungen durchzusetzen und auch von den Firmen selber (bzw. ihren Angestellten) verwendet zu werden, ohne dass deshalb jemand ein Vorwurf gemacht werden könnte. Beibehalten wird dabei das Charakteristische, während alles andere als nebensächlich weggelassen wird. Es kommt daher vorliegend weniger auf den Allgemeineindruck an, den die beiden vollständigen Firmennamen hinterlassen, sondern auf den besonderen Eindruck der beiden charakteristischen Hauptbestandteile, derer sich das Publikum erinnert und die es im Verkehr auch zu gebrauchen pflegt. Dass es sich dabei klägerseits um den Begriff “Romantica” handelt, liegt auf der Hand. Beklagenseits erachtet die Vorinstanz demgegenüber das Wort “Julen” als ausschlaggebend, zumal “seitens der Beklagten Wert auf die Bezeichnung “Hotel Julen” gelegt werde. Entgegen den Ausführungen des Instruktionsgerichts kommt es jedoch keineswegs darauf an, welchem Firmenbestandteil die Beklagten mehr Gewicht beilegen wollen. Es spielt mithin auch keine Rolle, dass beklagenseits

im Druckmaterial (Preislisten, Inserate, Prospekte usw.) *mitunter* der Namen "Julen" grösser geschrieben wird, zumal im mündlichen Verkehr eine solche Gewichtung naturgemäss nicht zum Ausdruck gebracht werden kann. Allein massgebend ist daher der im Firmennamen an *erster Stelle* stehende Begriff "Romantik", der zweifellos schon durch seine Platzierung hervorsticht. Es ist zwar richtig, dass beide Firmen ebenfalls den jeweiligen Familiennamen (Cremonini – Julen) enthalten. Dieser spielt jedoch bei Beherbergungsbetrieben aller Art erfahrungsgemäss eine untergeordnete Rolle, wenn er neben Begriffen steht, die sich besser als Kurzbezeichnung eignen, was normalerweise für in der Firma enthaltene Enseignes zutrifft, aber je nach Formulierung sowie Wortstellung auch bei Firmenbestandteilen der Fall sein kann, die auf eine Hotel- oder Restaurantkette hinweisen, vor allem falls neben solchen und der Klassifizierung des Betriebes (Hotel, Gasthaus, Restaurant usw.) bloss noch ein Familienname figuriert. Unter all diesen Gesichtspunkten überwiegt daher klägerseits eindeutig der Bestandteil "Romantica" als Enseigne und beklagenseits der Begriff "Romantik", neben dem – dank seiner Stellung am Anfang der Firma und wegen seines Klangs – der Familienname "Julen" regelrecht verblasst und jedenfalls für den beklaglichen Hotelbetrieb unter diesen Umständen nicht als charakteristisch bezeichnet werden kann.

Dass nun in bezug auf Romantica und Romantik sowohl vom Klang als auch von der Schreibweise her sowie aufgrund desselben Wortstamms Verwechslungsgefahr angenommen werden muss, ist wohl evident und bedarf keiner näheren Begründung. Entgegen der Ansicht des Instruktionsgerichts ändert daran auch nichts, dass "Romantica" eher der romanischen Sprachgruppe zuzuordnen ist, während "Romantik" germanisiert tönt. Häufig treten nämlich Schriftbild und Klang zweier Wörter in den Hintergrund, und es bleibt nur ihr Sinn im Gedächtnis haften (BGE 93 II 45: Rubinstein – Rubinia).

Die Vorinstanz erachtet schliesslich auch vom Grad der Aufmerksamkeit her, der von der Kundschaft und von Dritten erwartet werden darf, die Verwechslungsgefahr als noch tolerierbar, zumal der Kundenkreis verschieden sei. Hierzu ist vorab zu bemerken, dass es unter firmenrechtlichen Aspekten gar nicht einer Konkurrenzsituation bedarf und die Kundenkreise sich demnach gar nicht zu überschneiden brauchen. Hinzu kommt aber, dass in casu beide Firmen sich trotz Klassen- und Preisunterschieden an *Hotelgäste* wenden. Das zugegebenermassen nicht in allen Belangen gleiche Dienstleistungsangebot richtet sich daher an zumindest sich überschneidende Kundenkreise, was besonders in Berücksichtigung der geographischen Nähe der beiden Betriebe zu einer nicht etwa mildereren, sondern eher zu einer noch strengeren Beurteilung der Verwechslungsgefahr führen muss. Im übrigen genügt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Annahme eines Konkurrenzverhältnisses, wenn die fraglichen Betriebe mit gleichartigen Waren oder Leistungen gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen und sich damit an denselben Kundenkreis wenden (BGE 108 II 329 Erw. 3). Was sodann den Grad der Aufmerksamkeit betrifft, so erweist sich die erhöhte Sorgfaltspflicht, welche das Instruktionsgericht von den verschiedenen Kreisen erwartet, in keiner Richtung als gerechtfertigt. So kann insbesondere von ortsfremden Touristen, bei denen es sich überdies zu einem guten Teil noch um fremdsprachige Ausländer handelt, keine spezielle Sorgfalt erwartet werden, da es sich augenscheinlich nicht um eine zahlenmässig begrenzte, kleine Fachgruppe handelt. Was sodann die bei der Post bestehende Verwechslungs-

gefahr anbelangt, hat Postverwalter Hofstetter Jean Cremonini versichert, das Personal angewiesen zu haben, "bei der Postzustellung für Hotel Romantica und Hotel Romantik(!) grösste Sorgfalt walten zu lassen". Trotzdem werde es nicht zu umgehen sein, "dass in Zukunft bei der Postzustellung weitere Verwechslungen zwischen beiden Häusern entstehen ...". Tatsächlich bleibt angesichts des gesamten Arbeitsanfalls bei einem Postbetrieb, den Personalfluktuationen u.ä.m. auch diesbezüglich eine Verwechslungsgefahr bestehen, die dem klägerischen Betrieb selbst dann nicht zugemutet werden kann, wenn sie durch allfällige Massnahmen "auf das in Zermatt übliche Mass vermindert werden" könnte. Dass und warum möglicherweise in Zermatt auch sonst Verwechslungen an der Tagesordnung sind, erweist sich überdies für den vorliegenden Prozess als bedeutungslos.

cc) In Berücksichtigung aller eben aufgeführten massgebenden Kriterien und Gesichtspunkte kann nun nicht gesagt werden, dass die Firma der Beklagten in der aktuellen Form sich deutlich genug von jener der Klägerpartei unterscheidet. Trotzdem kann deren Primärbegehren, es sei den Beklagten die Führung der Bezeichnung "Romantik" für das Hotel Julen in Zermatt zu untersagen, nicht *tel quel* gutgeheissen werden. Den Klägern ist zwar zugute zu halten, dass der Begriff "Romantica" tendenziell eher ein Phantasienamen ist, da er ideenmässig verschieden deutbar ist und jedenfalls keine eindeutigen und klaren Ideenverbindungen schafft. Demgegenüber versteht man unter Romantik vorab eine Epoche des europäischen, besonders des deutschen Geisteslebens vom Ende des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, die in Gegensatz stand zu Aufklärung und Klassik und die sich durch ihr Bauen auf die Kraft des Gefühls, des Irrationalen, Märchenhaften und durch ihre Rückwendung zur Vergangenheit auszeichnet (Duden, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache in sechs Bänden, S. 2177). Genau diesen Bezug will nun das Romantik Hotel Julen als Mitglied der RHS (Romantik Hotels und Restaurants, Schweiz) zum Ausdruck bringen, soll es sich doch gemäss Statuten um einen Zusammenschluss sehr gut geführter kleiner und mittelgrosser Hotels und Restaurants handeln, die sich ausnahmslos in einem alten historischen Gebäude befinden (Vergangenheitsbezug) und die eine traditionelle Gastlichkeit mit hohen gastronomischen Leistungen und persönlicher Betreuung des Gastes pflegen. Insofern ist "Romantik" ein Gattungs- und damit Sachbegriff, der auf die Mitgliedschaft bei der RHS hinweisen soll. Es kann deshalb den Beklagten nicht grundsätzlich verwehrt werden, durch Verwendung des Begriffs "Romantik" in ihrer Firma den Bezug zur RHS und zu deren Zielen herzustellen. Andererseits dürfen die Kläger verlangen, dass die Beklagten die Bezeichnung "Romantik" in einem die Möglichkeit von Verwechslungen der beiden Geschäfte ausschliessenden Zusammenhang gebrauchen. Dies ist allerdings in der bisherigen Form, wo "Romantik" dem Bestandteil "Hotel Julen" vorausgestellt wird, nicht der Fall, da das Publikum bei einer solchen Konstellation – wie gesagt – dazu neigt, die Kurzform "Romantik" oder "Romantik Hotel" zu benützen, was unweigerlich Verwechslungsgefahren mit dem klägerischen Hotel provoziert, die sich dieses nicht gefallen lassen muss. Es wird daher den Beklagten gestützt auf Art. 956 i.V.m. Art. 946 OR untersagt, den Begriff "Romantik" der Bezeichnung "Hotel Julen" vorzustellen. Hingegen bleibt es ihnen unbenommen, in einem allfälligen Untertitel – allerdings ohne graphische oder sonstige Hervorhebung – auf die Mitgliedschaft bei der Romantik-

Hotelkette hinzuweisen. Insofern werden die klägerischen Subsidiärbegehren gutgeheissen. Mit der eben umschriebenen Firmenformulierung wird die Beklagtenpartei übrigens durchaus den von der RHS diesbezüglich aufgestellten Anforderungen gerecht, wonach die "Namen Romantik Hotel und Romantik Restaurant sowie andere Wortschöpfungen den Namen Romantik als Bestandteil enthalten" sollen (Statuten, Einleitung; vgl. auch Statuten Art. 2.2).

4. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Prüfung der klägerischen Rechtsbegehren unter persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten. In der nach diesem Urteil zulässigen Fassung können nämlich die Persönlichkeitsrechte nicht weiter gehen als die Firmenrechte (BGE 74 II 241).

Dass das klägerische Subsidiärbegehren auch in Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG gutzuheissen ist, liegt auf der Hand, da die beiden Firmen im wirtschaftlichen Wettbewerb miteinander stehen. Indem die Firma der Beklagten den auf den Hauptbestandteil der klägerischen Firma anspielenden Namen an der Spitze führt, wurde nämlich eine Massnahme getroffen, die geeignet ist, Verwechslungen mit dem Geschäftsbetrieb der Kläger herbeizuführen (vgl. BGE 93 II 46 und insbesondere 74 II 242 Erw. 4). Dem bleibt noch beizufügen, dass bereits derjenige gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstösst, der gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG Massnahmen trifft, die bestimmt oder *geeignet* sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Der Wettbewerbsschutz kann deshalb in einem solchen Fall nicht mit der Begründung verweigert werden, das Verhalten der Beklagten verstosse aus irgendeinem Grunde nicht gegen Treu und Glauben. Dies schien die Vorinstanz zu übersehen.

Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 lit. d UWG – "LANDSCHAFTSDESSIN"

- *Nicht musterrechtlich geschützte Stoffdessins dürfen auch aus ästhetischen Gründen nachgeahmt werden. Die Generalklausel verbietet höchstens die planmässige oder systematische Nachahmung (Erw. 2).*
- *Ein gerichtliches Verbot, Heimtextilien mit dem Landschaftsdessin einer bestimmten Nummer zu vertreiben, wäre zu wenig individualisiert (Erw. 4).*
- *Des dessins destinés à des tissus, qui ne sont pas protégés par la LDMI, peuvent être copiés également pour leur esthétique. La clause générale interdit tout au plus la copie méthodique ou systématique (c. 2).*
- *Une interdiction judiciaire de diffuser des textiles d'artisanat régional, ayant pour motif un paysage désigné par un certain numéro, serait trop imprécise (c. 4).*

Massnahmeverfügung des ER i.s.V., Kantonsgerichtspräsidium Zug, vom 19. Dezember 1986

Die Gesuchstellerin verkauft seit 1984 Heimtextilien mit einem Landschaftsdessin, das eine Traumlandschaft mit Schilf und Blumen in blau-grünen Farben darstellt.

Die Beklagte vertreibt Heimtextilien mit einem sehr ähnlichen Dessin.

Das Kantonsgerichtspräsidium Zug hat jedoch ein mit Eingabe vom 2. Dezember 1986 eingereichtes Massnahmebegehren für ein Vertriebsverbot von "Heimtextilien mit dem Landschaftsdessin Nr. 8418/53459" abgewiesen.

Aus der Begründung:

1. Die Gesuchstellerin stützt ihr Begehren ausschliesslich auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG). Sie macht in ihrer Gesuchseingabe zwar geltend, das fragliche Dessin, an welchem sie Rechte zu haben vorgibt, sei in Abbildungen in Katalogen mit der geschützten Marke "wetex of switzerland" versehen; sie lässt es indessen bei dieser blossen Behauptung bewenden, was zur Folge hat, dass ein Markenrecht nicht glaubhaft gemacht ist. Dass der Gesuchstellerin Rechte aus dem Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle (MMG) zustünden, behauptet sie in ihrer Gesuchseingabe im Gegensatz zu ihrem Verwarnungsschreiben vom 19. November 1986 nicht mehr; insbesondere macht sie nicht geltend, das fragliche Dessin sei als Muster hinterlegt. Dies führt zur Feststellung, dass das hier im Streite liegende Dessin keinen Schutz durch die Spezialgesetze des gewerblichen Rechtsschutzes (MSchG und MMG) genießt.

2. Unlauterer Wettbewerb im Sinne des Art. 1 Abs. 1 UWG ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen.

Gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstösst u.a., wer Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen (Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG).

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne des Art. 9 UWG setzt voraus, dass der Antragsteller glaubhaft macht, die Gegenpartei verwende im wirtschaftlichen Wettbewerb Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen, und dass ihm infolgedessen ein nicht leicht ersetzbarer Schaden oder Nachteil entsteht, der nur durch eine vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann.

Die Gesuchstellerin macht geltend, die Gesuchsbeklagte habe das von ihr verkaufte Stoffdessin sklavisch nachgemacht bzw. nachmachen lassen; sie beute damit den guten Ruf des Konkurrenzzeugnisses in schmarotzerischer Weise aus. Vergleicht man die beiden Stoffmuster miteinander, ist in der Tat festzustellen, dass sie praktisch identisch sind. Zwar sind bei genauerer Betrachtung gewisse Abweichungen in der Farbintensität erkennbar, doch massgebend ist der Gesamteindruck, den das Muster dem Durchschnittskäufer bietet. Mit dieser Feststellung ist für die Gesuchstellerin indessen noch nichts gewonnen. Gemäss konstanter Rechtsprechung darf nicht auf dem Umweg über das UWG als widerrechtlich bezeichnet werden, was nach den Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes erlaubt ist. Wenn die Form einer Ware nicht oder nicht mehr unter dem Muster-

und Modellschutz steht, darf sie grundsätzlich auch aus ästhetischen Gründen nachgeahmt werden. Jedermann darf seiner Ware jene Form geben, die sie am gefälligsten und damit am besten verkäuflich macht. Anders verhält es sich insbesondere, wenn eine Ware eine bestimmte Form oder Ausstattung nur deshalb erhalten hat, damit sie von gleichen oder ähnlichen Erzeugnissen anderen Ursprungs unterschieden werden kann. Unter dieser Voraussetzung ist die Form nicht ästhetisch bedingt, sondern bloss äussere Zutat zur Kennzeichnung der Ware, und darf daher von anderen Herstellern nicht nachgeahmt werden (BGE 104 II 332 mit Hinweisen). Wie einleitend festgestellt wurde, geniesst das von der Gesuchstellerin vertriebene Dessin weder den Schutz des MSchG noch des MMG. Aus dem Kennzeichnungsschutz gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG kann die Gesuchstellerin nichts für sich ableiten, weil das auf den Bettdecken aufgedruckte Motiv aus ästhetischen Gründen und nicht zur Kennzeichnung der Ware gewählt wurde; das Dessin sagt dem kaufenden Publikum nichts über die Herkunft der Ware.

Zu prüfen bleibt, ob unlauterer Wettbewerb gemäss der in Art. 1 Abs. 1 UWG enthaltenen Generalklausel vorliegt. Diese Bestimmung will dem Richter die Möglichkeit geben, von den Sonderbestimmungen des Abs. 2 nicht oder nur teilweise erfasste Sachverhalte im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben zu würdigen (BGE 102 II 294). Regel muss auch hier bleiben, dass spezialrechtlich nicht geschützte Arbeitsergebnisse als solche wettbewerbsrechtlich ebenfalls nicht schützenswert sind, mögen sie auch mit Mühe und Kosten errungen worden sein. Die ästhetische Ausgestaltung einer Ware ist in Bereichen, die vom Muster- und Modellschutz nicht erfasst werden, nicht das Monopol ihres geistigen Urhebers. Nur unter besonderen Umständen kann ein Nachahmen als missbräuchlich im Sinne dieser Bestimmung gelten (BGE 104 II 333 f.). Solche besonderen Umstände könnten dann angenommen werden, wenn die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen vermöchte, die Gesuchsbeklagte schleiche sich planmässig und systematisch an ihre Muster heran. Davon kann indessen keine Rede sein. Die Gesuchstellerin hat selber nicht behauptet, die Gesuchsbeklagte vertreibe auch andere Dessins, die den ihren nachgeahmt seien. Zudem hat die Gesuchsbeklagte gemäss einer Bestätigung ihres pakistanischen Lieferanten darauf vertrauen dürfen, zum Verkaufe dieses Musters berechtigt zu sein, bestätigt der Lieferant doch, zum Verkauf der Ware in die Schweiz befugt zu sein. Der Gesuchsbeklagten kann mithin kein wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten zur Last gelegt werden.

3. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt im weiteren voraus, dass der Ansprecher den Verfügungsgrund, d.h. das Drohen eines qualifizierten Nachteils bei nicht sofortigem Rechtsschutz, glaubhaft zu machen hat. Die Gesuchstellerin befürchtet offenbar einen finanziellen Schaden. Sie verliert aber kein Wort darüber, aus welchen Gründen der finanzielle Schaden nicht leicht ersetzbar wäre.

4. Dem in dieser Form gestellten Begehren der Gesuchstellerin könnte auch dann, wenn der Anspruch und der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wären, nicht entsprochen werden. Ein an die Gesuchsbeklagte gerichtetes Verbot, Heimtextilien mit dem Landschaftsdesign Nr. 8418/53459 zu vertreiben, wäre zu wenig individualisiert, weil einem so formulierten Verbot nicht entnommen werden könnte, welches Dessin sich hinter dieser Nummer verbirgt.

5. Abschliessend ist festzustellen, dass das Begehren unbegründet ist und daher abgewiesen werden muss.

Art. 1 Abs. 2 lit. h UWG – “SOZIALES DUMPING”

- *Der Arbeitnehmer kann sich mangels Wettbewerbsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber nicht auf Art. 1 Abs. 2 lit. h UWG berufen.*
- *Faute d'un rapport de concurrence entre eux, un travailleur ne peut pas invoquer l'art. 1 al. 2 litt. h LCD à l'égard de son employeur.*

Berufungsurteil OGer ZH, II. Zivilkammer, vom 11. März 1986, publiziert in ZR 85/1986 Nr. 114

Der Kläger war vom 4. Februar 1974 bis 30. April 1983 als kaufmännischer Sachbearbeiter angestellt. Gemäss Einzelarbeitsvertrag vom 28. Januar 1974 standen ihm drei Ferienwochen zu. Kurz vor seinem Austritt machte der Kläger einen zusätzlichen Ferienanspruch von einer weiteren Ferienwoche für die Jahre 1978 bis 1983 geltend, u.a. mit der Begründung, eine solche sei für kaufmännische Berufe in Zürich üblich. Der Ferienanspruch für Arbeitnehmer wurde erst per 1. Juli 1984 von Gesetzes wegen (Art. 329a OR) auf vier Wochen ausgedehnt.

Bezirksgericht und Obergericht wiesen die Klage ab; dieses mit folgender Begründung:

5. Das Fehlen der Voraussetzungen des Anschlusses an den GAV von 1972 kann auch nicht, wie der Kläger meint, durch die Konstruktion umgangen werden, die vierte Ferienwoche entspreche den berufs- oder ortsüblichen Arbeitsbedingungen, welche die Beklagte im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. h UWG verletzt habe. Es heisst in dieser Bestimmung, gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstosse und es begehe unlauteren Wettbewerb, wer Arbeitsbedingungen verletze, welche berufs- oder ortsüblich sind oder die durch Gesetz, Verordnung oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt sind. Insoweit fehlt es schon an dem für die Anwendung des UWG erforderlichen Wettbewerbsverhältnis der Prozessparteien zueinander (*von Büren*, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, S. 19, N 45 ff.).

Art. 9 UWG – “VORSORGLICHE VERFÜGUNG”

- *“Vergleichende Aufklärung” als Wettbewerbshandlung ist grundsätzlich zulässig, kann aber je nachdem im Einzelfall unlauter geführt werden.*
- *Une “information comparative” est un acte de concurrence en principe licite, qui peut néanmoins être déloyal selon les circonstances du cas d'espèce.*

Präsident I des KGer NW vom 12. April 1985 i.S. X-AG gegen Y-AG (mitgeteilt von RA Dr. Magda Streuli-Youssef, Zürich)

Aus den Erwägungen:

1. Die Parteien vertreiben u.a. je ein sich konkurrenzierendes pharmazeutisches Produkt vor allem an Spitäler. Die Gesuchsgegnerin soll sich nach petentischer Auffassung dadurch unlauterer Mittel bedienen, dass in einer an Spitalapotheken und Spitalärzte versandten Dokumentation die unwahre Behauptung aufgestellt werde, die beiden Produkte seien "identisch", und "klinische und experimentelle Untersuchungen hätten keine signifikanten Unterschiede" ergeben. Praktisch die gesamte Dokumentation wäre auf jener über das Produkt der Gesuchstellerin aufgebaut. Mit unrichtigen und irreführenden Angaben (Identität, Vergleich der Untersuchungen) solle das Produkt der Gesuchsgegnerin im Wettbewerb begünstigt werden. Die Gesuchsgegnerin bestreitet eine Wettbewerbshandlung. Ferner seien "Identität" bzw. "nichts signifikante Unterschiede" nicht opponentische Behauptungen, sondern nur "Hinweise auf Untersuchungsergebnisse". Weiter wendet sie sich dagegen, dass praktisch die gesamte Dokumentation auf Untersuchungen über das Produkt der Gesuchstellerin aufgebaut wäre.

2. Glaubhaft machen heisst nicht etwa einfach, "irgendwie glaubwürdig behaupten" oder nur die Möglichkeit dartun, sondern der Antragsteller muss doch eine gewisse Wahrscheinlichkeit, stichhaltige Punkte vorlegen können, dass er einen materiellen (Schaden-)Anspruch haben dürfte, und zwar schon bevor der materielle Streit hängig, geschweige denn entschieden ist. Eine rein summarische Prüfung muss hinreichende Anhaltspunkte zugunsten der Version des Antragstellers geben.

3. Man kann sich gewiss fragen, wo beim Vertrieb eines eigenen Produktes die Grenze zwischen "Aufklärungspflichten" und der eigentlichen "Wettbewerbstätigkeit" liegt (vgl. dazu die Umschreibung im BGE 92 II 24). Es ist durchaus möglich, dass eben auch etwas kaschiert eine eigentliche Wettbewerbshandlung vorgenommen wird. Beim unlauteren Wettbewerb muss es sich nicht nur um Fälle eigentlicher Reklame, Streuungen usw. handeln. Auch eine "vergleichende Aufklärung" ist in der Regel eine Art Wettbewerbshandlung und ist bei uns grundsätzlich zulässig, kann aber je nachdem in einem Einzelfall unlauter geführt werden. Zulässig ist diese Reklame dann, wenn sie nicht irreführend, unwahr o.ä. ist. Die Auffassung, dass die Behauptung der "Intensität" der beiden Produkte und das "Fehlen signifikanter Unterschiede" ja nur in Form von "Hinweisen auf Untersuchungen" erfolgte, könnte an sich unlauteren Wettbewerb darstellen: Denn es ist ohne Bedeutung, ob der Konkurrent dies selbst behauptet oder ob er sich dabei auf entsprechende Behauptungen anderer beruft. Massgebend ist einzig, ob die betreffende Behauptung nicht offensichtlich unwahr oder irreführend erscheint. Ohne genauere fachmännische Abklärung ist im vorliegenden Verfahren eine summarische Prüfung nicht hinreichend. Für den Nichtfachmann ist es nicht ersichtlich, ob die Version der Gesuchstellerin zutrifft oder nicht. Der petentische Standpunkt erscheint mithin als nicht hinreichend glaubhaft gemacht. In casu kommt hinzu, dass die petenti-

sche Behauptung, sie wäre wegen dieser Reklame in wirtschaftlichem Wettbewerb bereits konkret betroffen oder gefährdet worden, nicht glaubhaft erscheint.

Entsprechend den Erwägungen wurde deshalb die superprovisorische Verbotsverfügung mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

Art. 2 Abs. 2, Art. 3 SBG – “DECKELISPIEL”

- *Abgrenzung zwischen verbotenem Glücksspiel und erlaubtem Geschicklichkeitsspiel. Das von einem geschickten Routinier organisierte Deckelispiel, das praktisch als Glücksspiel um Geld betrieben wird, muss dem Spielbankengesetz unterstellt sein. Dem routinierten Spielmacher gelingt es erfahrungsgemäss, den Spielausgang vom reinen Zufall abhängig zu machen.*
- *Délimitation entre un jeu de hasard, interdit, et un jeu d'adresse, autorisé. Un bonneteau, mené par une personne habile et routinière et qui, en pratique, tel un jeu de hasard, vise à procurer un gain en argent, doit être soumis à la loi sur les maisons de jeux. L'expérience démontre qu'un tel meneur de jeu réussit à faire dépendre l'issue du jeu du pur hasard.*

Urteil des Kassationshofes des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Juni 1985 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen X.

A. Nach den Feststellungen im Urteil des Obergerichts vom 6. Dezember 1984 hat X. im Mai 1980 im Zusammenwirken mit Y. am Utoquai in Zürich das sog. “Deckelispiel” organisiert und als (eingeweihter) Mitspieler Passanten zur Teilnahme an dem von Y. geleiteten Spiel animiert.

Das Deckeli- oder Schächtelispiel geht so vor sich, dass der Spielmacher (Spielleiter) auf einer glatten Fläche drei Flaschendeckeli oder Zündholzschachteln (Innenteile) vor sich hat, dann für die Mitspieler gut sichtbar mit einem der Flaschendeckeli oder Schächtelchen ein kleines Kügelchen aus Papier, Gummi oder ähnlichem Material zudeckt und anschliessend die drei Deckeli/Schächtelchen in verwirrender Weise verschiebt. Hört der Spielmacher mit dem Verschiebungsmanöver auf, so hat der beobachtende Mitspieler das Deckeli/Schächtelchen zu bezeichnen, unter dem sich das Kügelchen nach seiner Auffassung befindet. Gelingt ihm dies, so erhält er vom Spielmacher seinen Einsatz (“Wettbetrag”) doppelt ausbezahlt. Tippt der Mitspieler falsch, so verfällt der Einsatz dem Spielmacher.

B. Das Obergericht des Kantons Zürich hat durch das bereits erwähnte Urteil vom 6. Dezember 1984 X. von der Anklage der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Spielbanken (SBG, SR 935.52) freigesprochen mit der Begründung, das “Deckelispiel” sei ein Geschicklichkeitsspiel und kein Glücksspiel; es beruhe eindeutig auf Geschick beim Verschieben der “Deckeli” (Spielmacher) und beim Beobachten dieser Fingerfertigkeit (Mitspieler).

C. Gegen diesen Freispruch führt die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich Nichtigkeitsbeschwerde. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, X. der Widerhandlung gegen das SBG (Art. 6 und 9) schuldig zu sprechen.

D. Der Beschwerdegegner X. beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im angefochtenen Entscheid geht das Obergericht in tatsächlicher Hinsicht davon aus, dass X. sich als Mittäter an der Organisation des "Deckelspiels" beteiligte. Dieser von der Vorinstanz für den Kassationshof verbindlich festgestellte Sachverhalt ist hier nicht zu überprüfen (Art. 277bis Abs. 1 BStP).

Der Freispruch erfolgte aus rechtlichen Erwägungen, weil das Obergericht zum Schluss kam, das "Deckelenspiel" falle nicht unter den Begriff des Glücksspiels im Sinne von Art. 2 SBG.

2. Das Spielbankengesetz umschreibt den Kreis der verbotenen Glücksspiele in Art. 2 Abs. 2 folgendermassen:

"Als Glücksspiele gelten diejenigen Spiele, bei welchen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn in Aussicht steht, *der ganz oder vorwiegend vom Zufall abhängt.*"

Der gleiche Grundgedanke der Abgrenzung zwischen verbotenem Glücksspiel und erlaubtem Geschicklichkeitsspiel kommt in Art. 3 SBG zum Ausdruck: Ein Spielautomat gilt danach als Glücksspielunternehmung, "sofern nicht der Spielausgang *in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht.*"

Das Spielbankengesetz stellt also entscheidend darauf ab, ob der Spielausgang vorwiegend von der Geschicklichkeit oder vorwiegend vom Zufall abhängt (dazu O. Schürch, Das bundesrechtliche Verbot der Spielbanken, Diss. Bern 1943, S. 58 ff.).

3. Die Anwendung dieses Kriteriums auf das "Deckelenspiel" führt zu folgenden Überlegungen:

a) Wie die Vorinstanz richtig festhält, ist beim Spielmacher die Geschicklichkeit, die Fingerfertigkeit beim Verschieben der "Deckeli", der entscheidende Faktor für den Erfolg. Gelingt es ihm nicht, die "Deckeli" genügend rasch zu verschieben, so ist es dem aufmerksamen Mitspieler verhältnismässig leicht möglich, sich das richtige "Deckeli", unter dem sich das Kügelchen befindet, zu merken und dieses bis zum Abbruch des Verschiebungsmanövers zu verfolgen. Gelingt es dem Spielmacher, durch seine Fingerfertigkeit den beobachtenden Mitspieler abzulenken und zu verwirren, so dass dieser beim Unterbruch nur durch blosses Erraten versuchen kann, die entscheidende Frage zu beantworten, so ist der Spielausgang ausschliesslich vom Zufall abhängig.

b) Die Lösung der Aufgabe des Spielers – Verschieben der "Deckeli" – ist also von der Geschicklichkeit abhängig. Hat er Erfolg und gelingt es ihm, den Beobachter abzulenken, zu ermüden oder zu verwirren, so ist damit ein für ihn positiver Spielausgang jedoch nicht gesichert. Mit einer Chance von 33,3% kann der

Mitspieler durch Erraten doch noch das richtige "Deckeli" bezeichnen. Der Spielmacher seinerseits aber hat in diesem Fall, d.h. bei reinem Zufallsspiel durch Erraten, nachdem das schnelle Verschieben die "Verfolgung" des richtigen "Deckelis" verunmöglicht hat, eine Gewinnchance von 66,6%. Verlaufen dank der Fingerfertigkeit des Spielers alle Spiele als reine Zufallsspiele, so bleibt dem Spielmacher nach der Wahrscheinlichkeit ein Drittel der Einsätze als eigener Gewinn; ein Drittel muss er jenen 33,3% der Mitspieler zurückgeben, welche – sofern nicht unerlaubte Tricks und betrügerische Methoden angewendet werden – nach der Wahrscheinlichkeit das richtige "Deckeli" erraten, und einen weiteren Drittel muss er diesen richtig ratenden 33,3% als Gewinn herausgeben. Die abweichende Berechnung der Vorinstanz (Urteil S. 12), wonach das reine Zufallsspiel dem Spielmacher keinen Gewinn bringen soll, beruht auf einem Irrtum. (Beispiel: Die Summe der Einsätze à Fr. 100.— bei 99 Spielern wäre Fr. 9'900.—. An die nach der Wahrscheinlichkeit gewinnenden 33 Spieler wären insgesamt Fr. 6'600.— auszuzahlen. Dem Spielmacher verbleiben Fr. 3'300.—.)

c) Aus der Sicht des beobachtenden Mitspielers, der das massgebende "Deckeli" beim Verschieben verfolgen will, erscheint das Spiel zunächst auch als Geschicklichkeitsspiel. Die gestellte Aufgabe sollte durch konzentriertes Beobachten gelöst werden können. Gelingt es dem Spielmacher aber durch fintenreiches schnelles Verschieben, die "Verfolgung" des richtigen "Deckelis" zu verhindern, so wird das Bezeichnen des "Deckelis" schliesslich zum reinen Zufallsspiel (Erraten) mit einer theoretischen Erfolgchance von 33,3%. Dass der gewandte Spielmacher unter Umständen in der Art eines Zauberkünstlers den Mitspieler auf ein falsches "Deckeli" lenken und dadurch die Erfolgswahrscheinlichkeit beim Raten praktisch weitgehend eliminieren kann, sei hier nur beiläufig vermerkt. Der angefochtene Entscheid enthält keine Feststellungen, die auf eine solche Beeinflussung des nach Zufallsprinzip ratenden Mitspielers schliessen liessen.

4. a) Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, ist das Deckelspiel zwar primär als Geschicklichkeitsspiel angelegt, welches Fingerfertigkeit einerseits und konzentrierte Beobachtung andererseits verlangt. Unter ungeübten oder etwa gleich geschickten Spielern mag das Spiel auch durchaus in starkem Masse den Charakter eines Geschicklichkeitsspiels behalten, wobei aber der beobachtende Mitspieler stets schon aufgrund des Zufalls 33,3% Erfolgswahrscheinlichkeit für sich hat (sofern seine Wahl vom Spielmacher nicht durch Tricks bewusst negativ beeinflusst wird). Diese Wahrscheinlichkeit besteht auch, wenn ein Spieler sich gar nicht anstrengt, im Sinne der Geschicklichkeitsaufgabe konzentriert zu beobachten, sondern einfach eines der "Deckeli" bezeichnet.

Ein routinierter Spielmacher (Profi) weiss, dass es ihm stets oder wenigstens in der grossen Mehrzahl der Fälle gelingt, die sich auf die Sache einlassenden Mitspieler durch das geschickte Verschiebungsmanöver an einer eigentlichen "Verfolgung" und Identifikation des richtigen "Deckeli" zu hindern. Das Spiel wird daher bei einem geübten Spielmacher faktisch zu einem durch den blossen Zufall bestimmten Ratespiel.

Es stellt sich somit die grundsätzliche Frage, ob ein Spiel, das an sich unter ungefähr gleich starken Partnern als Geschicklichkeitsspiel betrieben werden könnte,

aber bei der Organisation durch geübte Spielmacher für die grosse Mehrzahl der Mitspieler zum reinen Glücksspiel wird, unter das Spielbankengesetz fällt.

b) Bei der Prüfung einer analogen Frage im Bereich der Spielapparate hat das Bundesgericht (Verwaltungsrechtliche Kammer) 1971 entschieden, dass nach Art. 3 Abs. 1 SBG Geldspielautomaten mit gemischtem Charakter (Zufall und Geschicklichkeit beeinflussen den Spielausgang) "dann unzulässig sind, wenn sie nach ihrer Konstruktion für das reine Glücksspiel verwendet werden können" (BGE 97 I 760).

Oscar Schürch hat in seiner bereits erwähnten Dissertation die Auffassung vertreten, Spiele, deren Ausgang von Zufall und Geschicklichkeit abhängen könne, seien als Glücksspiele zu qualifizieren, wenn nach einer Reihe aller möglichen Spielgänge feststehe, "dass jene Fälle, bei denen lediglich oder überwiegend der Zufall entscheidet, mehr als 50% sämtlicher Spielgänge ausmachen" (a.a.O., S. 61).

c) Diese Überlegungen entsprechen der ratio legis des Spielbankengesetzes. Ein Spiel, das praktisch als Glücksspiel um Geld betrieben wird, muss diesem Gesetz unterstellt sein.

Das von einem geschickten Spielmacher organisierte Deckelispiel, für welches spielfreundige Passanten angeworben werden, wird ausschliesslich oder weit überwiegend als Glücksspiel betrieben, weil es dem routinierten Spielmacher erfahrungsgemäss gelingt, die auf seiten der Mitspieler an sich mögliche Geschicklichkeitskomponente durch sein Verschiebungsmanöver auszuschalten und die Bezeichnung des "Deckelis" auf ein (bestenfalls faires) Raten zu beschränken, den Spielausgang also vom reinen Zufall abhängig zu machen. Dass in Einzelfällen ein Spielerfolg bei konsequentem Beobachten durch einen nicht ablenkbaren Spieler an sich möglich sein könnte, ist kein Grund, das Spiel als Geschicklichkeitsspiel zuzulassen, nachdem der Spielmacher offensichtlich den Erfolg durch Geschicklichkeit ausschalten will und das Spiel nur organisiert, weil ihm dies in der Regel gelingt und das verbleibende Glücksspiel (Ratespiel) ihm eine befriedigende Gewinnmöglichkeit verschafft.

5. Das freisprechende Urteil des Obergerichts verletzt somit Bundesrecht (Art. 1, 2 und 6 SBG). Der Beschwerdegegner hat durch seine Mitwirkung bei der Organisation des Deckelispiels gegen das Verbot der Errichtung einer Spielbank verstossen und ist deswegen zu bestrafen.

Art. 4 LG – "SUPER-GEWINNSPIEL"

- *Die Abgabe von auch andernorts unentgeltlich erhältlichen Teilnahmekarten für eine bewilligte Lotterie an Kunden stellt keine eigenständige Lotterie dar, zumal dem Kunden – entgegen dem erweckten Schein – keine neue Gewinnchance eröffnet, sondern lediglich eine bereits bestehende Chance zur Benutzung empfohlen wird.*
- *La remise à des clients de cartes de participation à une loterie autorisée, qui peuvent également s'obtenir ailleurs gratuitement, ne constitue pas en elle-*

même une loterie; en effet, contrairement à ce qui semble, le client n'acquiert aucune possibilité de gain supplémentaire; il se voit seulement incité à mettre à profit une possibilité préexistante.

Urteil des Strafobergerichts Zug vom 30. Dezember 1985 i.S. Staatsanwaltschaft Zug gegen Anderegg; Urteil des Strafgerichtes Zug vom 1. April 1985

Sachverhalt:

1. Die Kurfürstwaren-Versand AG mit Sitz in Baar führte im Verlaufe des Monats Januar 1984 eine grossangelegte Werbeaktion durch.

3. Die Gesellschaft verschickte in einem farbig bebilderten Couvert verschiedene Dokumente, darunter auch einen Katalog der von der Gesellschaft vertriebenen Waren und ein sog. Gewinnzertifikat, an rund 668'000 Adressaten in allen Kantonen der Schweiz. Das Gewinnzertifikat eröffnete den Adressaten die Möglichkeit zur Teilnahme an folgenden drei Verlosungswettbewerben:

a) Super-Gewinnspiel für Normaleinsender: Wer das Gewinnzertifikat bis spätestens am 21. Februar 1984 an die Kurfürstwaren-Versand AG zurücksandte, konnte an einer – bereits durchgeführten – Verlosung teilnehmen, bei welcher ein Hauptpreis im Werte von Fr. 140'000.– in Aussicht gestellt worden war.

b) Super-Gewinnspiel für Schnelleinsender: Wer das Gewinnzertifikat bereits bis zum 7. Februar 1984 eingesandt hatte, konnte an der – ebenfalls bereits durchgeführten – Verlosung eines Kilogramms Gold im Werte von ca. Fr. 30'000.– teilnehmen.

c) Glücksbriefaktion: Das Gewinnzertifikat enthielt auch die Ankündigung, dass Besteller von Waren von mindestens Fr. 75.– den Goldenen Glücksbrief erhalten würden, wobei im Goldenen Glücksbrief eine Überraschung vorzufinden sei, welche dem Warenbesteller eine Million Franken einbringen könnte. Weitergehende Angaben über den Inhalt des Glücksbriefes wurden den Adressaten nicht gemacht.

4. Das Super-Gewinnspiel für Normaleinsender wies folgende wesentliche Merkmale auf:

a) Bestimmung der Glücksnummern zum voraus: Das persönlich adressierte Gewinnzertifikat enthielt eine Glücksnummer, wobei diese zur Teilnahme an der Verlosung des Hauptpreises berechnete. Diese Glücksnummern waren zum voraus, d.h. vor Versand der Gewinnzertifikate, bestimmt worden. Alle Gewinnzertifikate enthielten eine solche Glücksnummer. Das Zufallselement hinsichtlich der Glücksnummern war ausgeschaltet.

b) Vorverlosung der Gewinnnummern: Unter den Glücksnummern befanden sich die Gewinnnummern, die ebenfalls vorverlost waren, wobei eine besondere Software das Zufallselement spielte (Zufallsgenerator). Dass dieses Zufallselement genüge, bestätigte eine vom Angeklagten beigezogene Urkundsperson des Kantons

Zug. Diese erhielt vom Rechenzentrum auch die Liste der Gewinnnummern, erstellte darüber eine Beglaubigung und schickte die Liste anschliessend dem Angeklagten.

c) Hinweis auf Gratischarakter: Im Gewinnzertifikat wurde an mehreren Stellen, vor allem unter Ziff. 1 der Teilnahmebedingungen, deutlich ausgeführt, dass die Teilnahme am Super-Gewinnspiel weder von einem Einsatz noch von einer Warenbestellung, noch von einem Kauf und der Bezahlung allenfalls bestellter Waren abhängig sei.

d) Preise: Die gesamte Preissumme betrug Fr. 250'000.—, darunter ein Hauptpreis im Werte von Fr. 140'000.—, der je nach Wunsch in bar oder in Form eines Automobils oder eines Ferienhauses in Spanien in Aussicht gestellt wurde. Wie erwähnt, waren die Gewinnnummern bereits vor Versand des Gewinnzertifikates ermittelt worden. Hinzu kommt, dass nicht alle Adressaten am Wettbewerb teilnahmen. Diese beiden Umstände liessen die Wahrscheinlichkeit, dass die Kurfürstwaren-Versand AG die Hauptpreise auch tatsächlich vergeben musste, viel kleiner werden, als wenn keine Vorverlosung stattgefunden hätte und die Preisgewinner nur unter den Einsendern ermittelt worden wären. Nur aufgrund der erwähnten Konstellation ist denn auch erklärbar, dass der Hauptpreis des Super-Gewinnspiels im vorliegenden Fall gar nicht vergeben wurde.

5. Das Super-Gewinnspiel für Schnelleinsender wies die gleichen Merkmale auf wie dasjenige für Normaleinsender, abgesehen von folgenden Ausnahmen:

a) Das Gewinnzertifikat war zusätzlich mit einem Sechserwürfel, der jedem Gewinnzertifikat in Bildform beilag, auszustaffieren und bereits bis zum 7. Februar 1985 an die Kurfürstwaren-Versand AG zurückzusenden.

b) Die Glücksnummer und damit die Gewinnnummer waren nicht identisch mit den entsprechenden Nummern des Super-Gewinnspiels für Normaleinsender.

c) Der Hauptpreis bestand in einem Kilogramm Gold und wurde auch tatsächlich vergeben.

6. Folgende Punkte kennzeichnen die Glücksbriefaktion:

a) Das Sporthilfe-Millionenspiel: Im Rahmen dieses Wettbewerbs hatte die Stiftung Schweizer Sporthilfe eine Postkarte mit Fragen herausgegeben. Um am Sporthilfe-Millionenspiel mitmachen zu können, hatte der Teilnehmer bloss die erwähnten, sehr leichten Fragen zu beantworten und an die Trägerorganisation einzusenden. Jedermann konnte an diesem Wettbewerb teilnehmen. Neben der erwähnten kostenlosen Art der Teilnahme war es auch möglich, dass die Teilnahmeberechtigung durch Kauf eines Gönnerklebers zum Preis von Fr. 5.— erworben wurde. Die Möglichkeit der Gratisteilnahme einerseits und der Teilnahme gegen Kauf eines Gönnerklebers andererseits kam in den schriftlichen Teilnahmebedingungen klar zum Ausdruck.

b) Zusammenarbeit zwischen der Stiftung Schweizer Sporthilfe und der Kurfürstwaren-Versand AG: Im Rahmen des Sporthilfe-Millionenspiels war die Kurfürstwaren-Versand AG berechtigt, Werbung zu betreiben. Als Gegenleistung

stellte sie der Stiftung Schweizer Sporthilfe den Hauptpreis von Fr. 1'000'000.— zur Verfügung.

c) Inhalt des Glücksbriefes: Die Stiftung Schweizer Sporthilfe verpflichtete sich, der Kurfürstwaren-Versand AG für deren Glücksbriefaktion Gönnerkleber bis zu einem bestimmten Termin zur Verfügung zu stellen, denn die Kurfürstwaren-Versand AG hatte die Absicht, den Gönnerkleber dem Goldenen Glücksbrief beizulegen. Entgegen dieser Planung verzögerte sich die Lieferung der Gönnerkleber, worauf die Kurfürstwaren-Versand AG zwecks Abwicklung der Glücksbriefaktion an deren Teilnehmer vorerst nicht den Gönnerkleber inkl. Original-Teilnehmerkarte, sondern lediglich einen Gutschein für eine Gratisteilnehmerkarte zum Millionenspiel als Inhalt des Glücksbriefes versandte. Wie aus dem Text auf der Rückseite des Gutscheins hervorgeht, sollte der Empfänger des Gutscheins die Original-Verlosungskarte dann erhalten, nachdem er die Rechnung oder bei Teilzahlung die erste Rate für die bestellten Waren beglichen hatte. Nach Darstellung des Angeklagten sollen jedoch auch diejenigen Warenbesteller, die gestützt auf ihr Rückgaberecht die bestellten Waren zurückgesandt hatten, schliesslich den Gönnerkleber inkl. Original-Teilnehmerkarte erhalten haben.

Aus den Erwägungen:

1. ...

2. Werden Widerhandlungen gegen die Art. 38–42 LG im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person oder Gesellschaft begangen, so sind die handelnden Organe oder Gesellschafter strafbar (Art. 45 LG).

Der Angeklagte ist Direktor und Delegierter des Verwaltungsrates der Kurfürstwaren-Versand AG. Er war zugegebenermassen verantwortlich für die Werbeaktion vom Januar 1984. Er unterzeichnete auch das Gewinnzertifikat und den Gutschein für eine Gratisteilnehmerkarte zum Millionengewinnspiel 1984 der Schweizer Sporthilfe und ist daher als handelndes Organ für Widerhandlungen gegen die Art. 38–42 LG strafbar.

3. Gemäss Art. 38 LG wird bestraft, wer eine durch dieses Gesetz verbotene Lotterie ausgibt oder durchführt.

Als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird (Art. 1 Abs. 2 LG). Den Lotterien sind nach Art. 43 Ziff. 2 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten (LV) Preisausschreiben und Wettbewerbe jeder Art gleichgestellt, an denen nur nach Leistung eines Einsatzes oder nach Abschluss eines Rechtsgeschäftes teilgenommen werden kann und bei denen der Erwerb oder die Höhe der ausgesetzten Gewinne wesentlich vom Zufall oder von Umständen abhängig ist, die der Teilnehmer nicht kennt.

Der Begriff der Lotterie umfasst demnach folgende vier Merkmale:

- Leistung eines Einsatzes oder Abschluss eines Rechtsgeschäftes;
- vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinnaussicht;
- Planmässigkeit;
- Element des Zufalls.

Es ist daher zu prüfen, ob die Werbeaktion 1984 der Kurfürstwaren-Versand AG diese Merkmale enthält.

a) Von der Leistung eines Einsatzes (wie beispielsweise beim Sport-Toto) kann vorliegend nicht gesprochen werden, weshalb sich diesbezüglich weitere Erörterungen erübrigen. Hingegen stellt sich die Frage, ob im Rahmen der zu beurteilenden Werbeaktion von einem Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 1 Abs. 2 LG die Rede sein kann.

Nicht jedes Rechtsgeschäft im Sinne der zivilrechtlichen Terminologie stellt ein Rechtsgeschäft gemäss Art. 1 Abs. 2 LG dar. Ein Rechtsgeschäft im Sinne des Lotteriegesetzes liegt nur dann vor, wenn damit in unbedingter Weise ein Vermögenseinsatz des Lotterieteilnehmers verbunden ist (vgl. Sten. Bull. Ständerat 1921, S. 37; *Willi Staehelin*, Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 als Strafgesetz, Diss. Zürich 1941, S. 36 ff.). Für die lotterieähnlichen Unternehmungen nach Art. 43 LV gilt das Tatbestandsmerkmal des unbedingten Vermögenseinsatzes in gleicher Weise (*Staehelin*, a.a.O., S. 70).

Unter das Lotterieverbot fallen aber auch Veranstaltungen, bei denen zwar die Teilnahme nicht von einer unbedingten Verpflichtung des Teilnehmers zu einem Vermögenseinsatz abhängig ist, bei denen jedoch der Gratischarakter nicht ohne weiteres und unmissverständlich zum Ausdruck kommt. Beim Entscheid über die Frage, ob der Gratischarakter ohne weiteres und unmissverständlich zum Ausdruck kommt, ist auf die Merkfähigkeit des durchschnittlichen Publikums abzustellen (BGE 99 IV 29). Die in diesem Bundesgerichtsentscheid gemachten Überlegungen haben ihren Ausgangspunkt im Zweck der Lotteriegesetzgebung, nämlich den Menschen vor den wirtschaftlichen Nachteilen der Ausübung seines eigenen Spieltriebs zu schützen (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Lotteriegesetz vom 13. August 1918, in: BBl 1918, Bd. IV, S. 334). Es würde diesem Zweck widersprechen, wenn nicht auch Veranstaltungen unter Strafe fallen würden, die zwar objektiv als gratis zu qualifizieren sind, bei denen aber subjektiv der Eindruck entsteht, die Teilnahme daran sei nur unter der Voraussetzung eines eigenen unbedingten Vermögenseinsatzes möglich. Entsprechend diesen Überlegungen ist auch ein Vorgehen strafbar, bei welchem der Veranstalter eines eigenen Wettbewerbs einen objektiv als gratis zu qualifizierenden Drittwettbewerb bei den Adressaten der eigenen Veranstaltung so darstellt, wie wenn die Teilnahme am objektiv kostenlosen Drittwettbewerb an die Voraussetzung eines unbedingten Vermögenseinsatzes (der Adressaten der eigenen Veranstaltung) gebunden wäre.

aa) Das Super-Gewinnspiel für Schnellensender sowie auch dasjenige für Schnellensender waren nicht von einer Warenbestellung abhängig, stellen somit Gratiswettbewerbe dar. Dieser Gratischarakter wurde bei beiden Wettbewerben für jedermann klar deklariert. Der Titel "Teilnahmebedingungen" auf der Rückseite des

Gewinnzertifikates war in einer Schrift gehalten, die wegen ihrer Grösse und Gestaltung sofort in die Augen sticht. Bereits die erste Ziffer der Teilnahmebedingungen wies darauf hin, dass die Teilnahme nicht von einer Bestellung abhängig sei. Unter diesen Umständen konnte der Gratischarakter beider Wettbewerbe der Aufmerksamkeit eines durchschnittlich intelligenten Lesers unmöglich entgehen. Somit fehlt es hinsichtlich der beiden Super-Gewinnspiele an dem für die Qualifizierung als verbotene Lotterie erforderlichen Merkmal eines unbedingten Vermögenseinsatzes, weshalb die Kurfürstwaren-Versand AG bzw. der Angeklagte in diesen beiden Fällen das Lotteriegesez nicht verletzte.

bb) Anders liegen die Verhältnisse bei der Glücksbriefaktion. Voraussetzung für die Zusendung des Goldenen Glücksbriefes war, dass die Adressaten mit dem auf der Vorderseite des Gewinnzertifikates aufgedruckten Bestellschein Waren im Mindestwert von Fr. 75.— bei der Kurfürstwaren-Versand AG bestellten. Die Warenbesteller besaßen ein unmissverständlich deklariertes Rückgaberecht, ohne dass nach Ausübung dieses Rechtes noch irgendwelche Verpflichtungen des Bestellers weiterbestanden. Hätte der Warenbesteller gemäss ursprünglicher Planung der Glücksbriefaktion als Inhalt des Glücksbriefes den Gönnerkleber inkl. Original-Teilnehmerkarte bekommen und von seinem Rückgaberecht Gebrauch gemacht, wäre er im Besitze des Klebers und der Teilnehmerkarte geblieben, ohne dass er irgendwelche Leistungen an die Kurfürstwaren-Versand AG erbracht hätte. Somit wäre auch die Teilnahme am Sporthilfe-Millionenspiel über den Umweg der Glücksbriefaktion ohne Vermögenseinsatz möglich gewesen. Der Inhalt des Goldenen Glücksbriefes bestand jedoch lediglich in einem Gutschein für eine Gratisteilnehmerkarte zum grossen Millionengewinnspiel. Der vom Angeklagten unterzeichnete Text auf der Rückseite des Gutscheins brachte in klarer Weise zum Ausdruck, der Erhalt der Original-Verlosungskarte für das Millionengewinnspiel und damit die Teilnahme an diesem Wettbewerb sei nur unter der Voraussetzung möglich, dass der Adressat die von ihm bei der Kurfürstwaren-Versand AG bestellten Waren behalte und bezahle. Durch diese auf der Rückseite des Gutscheins angebrachte Erklärung ist das erste Merkmal einer Lotterie erfüllt worden. Unbehelflich in diesem Zusammenhang ist der Einwand der Verteidigung, der Gönnerkleber des Sporthilfe-Millionenspiels habe einen gewissen Wert aufgewiesen und sei als blosses Werbegeschenk zu betrachten. Tatsache bleibt, dass der Angeklagte auf der Rückseite des Gutscheins den falschen Eindruck erweckte, die Teilnahme am Sporthilfe-Millionenspiel sei nur nach Abschluss eines Rechtsgeschäftes mit der Kurfürstwaren-Versand AG möglich.

Es kann auch nicht argumentiert werden, der Gratischarakter des Sporthilfe-Millionenspiels sei wegen dessen grosser Publizität ohnehin der gesamten Bevölkerung, demzufolge auch den Adressaten der Glücksbriefaktion, bekannt gewesen, weshalb durch den Text auf der Rückseite des Gutscheins gar kein falscher Eindruck habe entstehen können. Das Merkmal des unbedingten Vermögenseinsatzes ist auch bei der dargestellten Konstellation als erfüllt anzusehen; Art. 38 LG ist ein Gefährdungstatbestand; die Durchführungshandlungen waren abgeschlossen. Dementsprechend wäre auch der weiteren Argumentation der Boden entzogen, die Adressaten des Goldenen Glücksbriefes wären auch dann in den Besitz der Teilnahmeberechtigung für das Sporthilfe-Millionenspiel gelangt, wenn sie die bestellten

Waren zurückgegeben und nicht bezahlt hätten, weshalb es am erforderlichen Merkmal des unbedingten Vermögenseinsatzes gefehlt habe.

b) Das zweite wesentliche Begriffsmerkmal der Lotterie im Sinne von Art. 1 Abs. 2 LG besteht in einem vermögensrechtlichen Vorteil, welcher als Gewinn in Aussicht gestellt wird.

Mit der Ausdrucksweise "vermögensrechtlicher Vorteil" soll gesagt sein, dass nicht nur Geld, sondern alle anderen wirtschaftlichen Werte mitumfasst werden (z.B. Waren). Mit dem Wort "Gewinn" soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Leistung des Lotterieveranstalters für den Fall der Realisierung des Gewinns im Verhältnis zur Leistung des Teilnehmers für diesen von Vorteil ist. Dabei genügt es, dass die Leistung des Veranstalters beim Teilnehmer den blossen Eindruck erweckt, sie sei für ihn, den Teilnehmer, von Vorteil, auch wenn die Leistung des Veranstalters in Wirklichkeit für den Teilnehmer nicht von Vorteil ist (*Stahelin*, a.a.O., S. 44 ff.). Auch bei der lotterieähnlichen Unternehmung im Sinne von Art. 43 Ziff. 2 LV muss das vorstehend umschriebene Begriffsmerkmal gegeben sein (*Stahelin*, a.a.O., S. 70 und 75 ff.).

Der Vollständigkeit halber sei noch auf folgenden Punkt hingewiesen: Es kann nicht darauf ankommen, dass der Veranstalter einer Lotterie den von ihm in Aussicht gestellten Gewinn auch aus eigenen Mitteln leistet; es muss genügen, wenn der Veranstalter einen Gewinn in Aussicht stellt, auch wenn dieser Gewinn von einem Dritten ausgegeben wird, denn auch auf diese Weise wird der Spieltrieb des Menschen in Gang gesetzt.

Indem im Rahmen der Glücksbriefaktion für die Besteller von Waren im Mindestwert von Fr. 75.— die Möglichkeit eines Gewinnes von Fr. 1'000'000.— in Aussicht gestellt wurde, verwirklichte der Angeklagte offensichtlich auch das zweite Begriffsmerkmal der Lotterie.

c) Das dritte Begriffsmerkmal der Lotterie im Sinne von Art. 1 Abs. 2 LG besteht darin, dass über Erwerb, Grösse oder Beschaffenheit des Gewinns planmässig entschieden wird.

Eine gewisse Planmässigkeit ist eine Eigenschaft sämtlicher Arten von Hazardspielen, insbesondere auch des Spielbankenbetriebs, indem die Hazardspiele nach bestimmten, zum voraus festgelegten Regeln abgewickelt werden. Das besondere Merkmal der Lotterierplanmässigkeit besteht darin, dass die Gewinne im voraus bestimmt sind bzw. dass das Verlustrisiko des Veranstalters aufgrund exakter Berechnungen ausgeschaltet wird (BGE 85 I 177, 99 IV 31 ff.; *Stahelin*, a.a.O., S. 58). Die Lotterierplanmässigkeit ist auch Wesensmerkmal der lotterieähnlichen Unternehmungen im Sinne von Art. 43 Ziff. 2 LV (BGE 99 IV 35). Die Lotterierplanmässigkeit stellt das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zur Spielbank dar, wo der Veranstalter sein Verlustrisiko nicht einschränken kann.

Bei der Glücksbriefaktion war die Planmässigkeit im dargestellten Sinne vorhanden, indem die Kurfürstwaren-Versand AG den Hauptpreis des Sporthilfe-Millionenspiels im Umfang von Fr. 1'000'000.— finanzierte und damit ihr eigenes Risiko im entsprechenden Umfang genau abgrenzte.

d) Das vierte und letzte Wesensmerkmal der Lotterie im Sinne von Art. 1 Abs. 2 LG besteht darin, dass über den Erwerb, die Grösse oder Beschaffenheit eines

Gewinns durch Zufall entschieden wird, etwa durch Ziehung von Losen oder Nummern.

Dieses Zufallselement war bei der von der Kurfürstwaren-Versand AG im Frühjahr 1984 durchgeführten Werbeaktion offensichtlich gegeben, indem über den Hauptpreis des im Rahmen der Glücksbriefaktion eingeschalteten Sporthilfe-Millionenspiels durch Ziehung entschieden wurde.

e) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Glücksbriefaktion der Kurfürstwaren-Versand AG als Lotterie zu qualifizieren ist.

Dagegen vermag auch der Einwand der Verteidigung nicht aufzukommen, wonach die Kurfürstwaren-Versand AG keine eigene Lotterie veranstaltet, sondern lediglich Lose (Gönnerkleber) des Sporthilfe-Millionenspiels verschenkt habe, was wie die Ausgabe von gewöhnlichen Werbegeschenken zu beurteilen sei. Beim Sporthilfe-Millionenspiel war denjenigen Personen, welche nicht auf dem Umweg über die Glücksbriefaktion, sondern direkt daran teilnahmen, unmissverständlich klargemacht worden, dass sie auch ohne Einsatz eines Vermögenswertes am betreffenden Spiel mitmachen konnten. Im Unterschied zur Direktteilnahme am Sporthilfe-Millionenspiel wurde den Adressaten der Glücksbriefaktion der – falsche – Eindruck vermittelt, der Erhalt des Gönnerklebers und der Original-Verlosungskarte für das Sporthilfe-Millionenspiel sei von einer Warenbestellung bei der Kurfürstwaren-Versand AG und der Bezahlung dieser Waren abhängig. Es kommt des weiteren dazu, dass die Warenbesteller vor Eingang der bestellten Ware nicht wussten, dass der als Überraschung angekündigte Inhalt des Glücksbriefes in einem Gutschein für den Bezug des Gönnerklebers und der Original-Verlosungskarte bestand. Die Glücksbriefaktion stellte somit eine eigenständige, vom Angeklagten zu verantwortende Lotterie dar.

4. Für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes von Art. 38 LG ist im weiteren erforderlich, dass die Lotterie eine verbotene ist.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 LG sind grundsätzlich alle Lotterien verboten. Das Lotteriegesetz macht jedoch verschiedene Ausnahmen von diesem Verbot, beispielsweise sind Lotterien, die gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken dienen, erlaubt (Art. 5 LG). Da sich im vorliegenden Fall die Kurfürstwaren-Versand AG auf keine dieser Ausnahmen berufen kann, qualifiziert sich die Glücksbriefaktion als verbotene Lotterie. Damit hat der Angeklagte als verantwortliches Organ den objektiven Tatbestand von Art. 38 LG erfüllt.

5. In subjektiver Hinsicht verlangt der Tatbestand von Art. 38 LG Vorsatz, d.h. der Täter muss die strafbare Handlung mit Wissen und Willen ausführen (Art. 18 Abs. 2 StGB; *Stahelin*, a.a.O., S. 117). Dagegen braucht er um die Rechtswidrigkeit seiner Tat nicht zu wissen (BGE 104 IV 182).

Es bestehen keine Zweifel, dass der Angeklagte alle Einzelheiten der Glücksbriefaktion der Kurfürstwaren-Versand AG kannte und diese auch durchführen wollte bzw. durchgeführt hat. Er handelte mithin vorsätzlich, so dass auch subjektiv der Tatbestand von Art. 38 LG erfüllt ist.

6. Das tatbestandsmässige und rechtswidrige Verhalten darf nur dann zur Bestrafung des Angeklagten führen, wenn es diesem auch persönlich vorgeworfen werden kann. Diese Vorwerfbarkeit wurde von der Verteidigung anlässlich der Hauptverhandlung bestritten. Sie machte geltend, dass der Angeklagte im Rechtsirrtum (Art. 20 StGB) gehandelt habe, indem ihm von Fachleuten und Juristen erklärt worden sei, die Werbeaktion sei rechtlich zulässig.

Dieses Vorbringen hält einer näheren Prüfung nicht stand. Die geltend gemachten rechtlichen Abklärungen bezogen sich nämlich nicht auf den Text auf der Rückseite des Gutscheins. Diesen für die Strafbarkeit der zur Beurteilung stehenden Handlung entscheidenden Text unterbreitete der Angeklagte, wie er an der Hauptverhandlung selber anerkannte, keinem Juristen zur Prüfung. Demzufolge kann sich der Angeklagte auch nicht auf entsprechende Abklärungen als Grundlage des von ihm behaupteten Rechtsirrtums berufen. Es stellt sich somit nur noch die Frage, ob sich der Angeklagte auch ohne Abklärung der rechtlichen Zulässigkeit des Textes auf der Rückseite des Gutscheins auf Rechtsirrtum berufen kann.

Rechtsirrtum liegt vor, wenn der Täter aus zureichenden Gründen angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt (Art. 20 StGB). Die Anwendung dieser Bestimmung setzt zunächst voraus, dass der Täter überhaupt kein Unrechtsbewusstsein hat; ungenügend wäre die Vorstellung des Täters, seine Handlungsweise sei nicht strafbar. Nach Art. 20 StGB müssen des weiteren zureichende Gründe zur Annahme vorliegen, nichts Unrechtes zu tun; zureichende Gründe sind nur dann anzunehmen, wenn der Täter alles vorgekehrt hat, um seinen Irrtum zu vermeiden (vgl. BGE 91 IV 159, 92 IV 70, 98 IV 294; *Peter Noll*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, Zürich 1981, S. 134 ff.). Nur wenn dem Täter aus seinem Irrtum überhaupt kein Vorwurf gemacht werden kann, hat Freispruch zu erfolgen.

Im vorliegenden Fall darf davon ausgegangen werden, dass der Angeklagte um die Berührungspunkte zwischen Lotteriesetzgebung und Werbeaktion wusste, ansonst hätte er nicht die Abklärungen betreffend Zulässigkeit der Glücksbriefaktion – allerdings unter Ausklammerung des Textes des Gutscheins – veranlasst. Er hätte demnach auch den Gutschein Fachleuten zur Prüfung vorlegen müssen. Das hat er zugegebenermassen nicht getan. Unter diesen Umständen ist die Annahme eines Rechtsirrtums bezüglich des Textes auf der Rückseite des Gutscheins gänzlich ausgeschlossen.

Damit ist erstellt, dass der Angeklagte der Ausgabe und Durchführung einer verbotenen Lotterie im Sinne von Art. 38 i.V.m. Art. 1 LG schuldig zu sprechen ist.

Der Angeklagte war mit dem Urteil des Strafgerichts nicht einverstanden und hat beim Strafobergericht Berufung eingereicht.

Das Strafobergericht sprach ihn frei aus folgenden Erwägungen:

1. Die Verteidigung wirft in ihrer Berufungsschrift zunächst erneut die Gerichtsstandsfrage auf. Sie macht geltend, die Werbeaktion vom Januar 1984 sei wie schon frühere Aktionen der Kurfürstwaren-Versand AG von der Werbeagentur Max W.A. Kamer in St. Gallen vorgeschlagen, entwickelt und ausgeführt worden. Wenn der

Angeklagte als Direktor der Kurfürstwaren-Versand AG von allem Anfang an die Verantwortung für diese Aktion übernommen habe, bedeute das nicht, dass die allenfalls einen Gerichtsstand Zug begründenden Handlungen am Domizil der Firma in Baar vorgenommen worden seien. Es falle ja gerade auf, dass Art. 45 und 48 LG als möglichen Gerichtsort nicht das Domizil einer juristischen Person betrachteten, sondern entweder den Begehungsort oder den Wohnort des Täters. Richtigerweise habe das Polizeikommando Zug Abklärungen betreffend Versandort der Kataloge angestellt und insbesondere den Verhörrichter darauf hingewiesen, dass der Kanton Zug als Versandort nicht in Frage kommen dürfe. Allein, die genaue Abklärung sei nicht erfolgt. Heute stehe fest, dass Bern als Versandort gewählt worden sei. Dass in Baar nicht 668'000 Kataloge aufgegeben werden könnten, liege auf der Hand. Man dürfe nicht argumentieren, dass am Domizil der Firma gewisse Vorbereitungs-handlungen zur – bestrittenen – Übertretung getätigt worden wären; die Schwelle zur Tat sei erst mit dem Versand überschritten. Es sei übrigens schon vorgekommen, dass die Firma eine versandbereite, grosse Katalogaussendung kurzfristig wegen Materialfragen zurückbehalten, umarbeiten oder mit Beiblatt habe ergänzen müssen. Das Domizil sei nicht Begehungsort, sondern Bern. Als gleichrangiger Gerichtsstand käme Affoltern a.A. resp. der Kanton Zürich als Wohnort des Angeklagten in Frage. Die entsprechenden Abklärungen seien durch die Untersuchungsbehörden nach-zuholen. Es sei im übrigen nicht so, dass der Ort, wo die erste Untersuchungshandlung erfolgt sei (es sei nämlich St. Gallen und nicht Zug), wahlweise als drittmöglicher Gerichtsstand in Frage komme (Schreiben Finanzdepartement St. Gallen an Bezirksamt vom 23. Januar 1984 und Weiterleitung am 24. Januar 1984 nach Zug). Der Versand des Geschenks resp. des Gutscheins von Baar aus habe nichts mit dem eingeklagten Vorwurf zu tun.

Wie schon das Strafgericht unter Ziff. 1 lit. a seiner Erwägungen feststellte, bestimmt Art. 48 Satz 1 LG, dass die Behörden desjenigen Kantons zuständig sind, in welchem die Tat begangen wurde oder in welchem der Täter wohnt, und nach Art. 7 i.V.m. Art. 102 StGB gilt eine Übertretung als da verübt, wo sie vom Täter ausgeführt wurde oder wo der Erfolg eintrat. Beim Gefährungsdelikt – und der Tatbestand von Art. 38 LG ist ein solches – ist die Gefährdung der deliktische Erfolg. Wenn gehandelt wird, so wird unmittelbar auch eine Gefährdung verursacht. Die Ausführungshandlung kann also räumlich nicht vom Deliktserfolg – der Gefährdung – getrennt werden. Eine Handlung kann allerdings weitere Gefährdungen auslösen. Diese mittelbaren Erfolge müssen nicht notwendigerweise am Orte der Ausführungshandlung auftreten, sondern können an beliebigen Stellen in Erscheinung treten. Dadurch ist auch ein Gefährungsdelikt als Distanzdelikt begehbar. Beispielsweise verursacht das Versenden von Lotterienprospekten eine unmittelbare Gefährdung am Orte des Versandes und ist als solches ein gewöhnliches Delikt. Ausserdem hat diese Handlung an den Orten der Empfänger aber ebenfalls eine Gefährdung im Gefolge und ist als solche ein Distanzdelikt. Auch beim Lotteriedelikt ist also das Vorhandensein von mehreren Begangenschaftsorten möglich. Am Orte der Ausführungshandlung ist zwar stets ein deliktischer Erfolg gegeben, aber ausserdem ist noch eine prinzipiell beschränkte Zahl weiterer, räumlich getrennter Deliktserfolge denkbar (*Willi Stähelin*, Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 als Strafgesetz, Baden 1941, S. 99).

Als Begehungsorte fallen mithin im vorliegenden Fall sowohl die Versandorte als auch die Wohnorte der Adressaten der Werbesendungen in Betracht. Dass diese Werbesendungen auch an Adressaten im Kanton Zug versandt wurden, ist unbestritten. Sollte der Versand einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllt haben, wäre dieser mithin auch im Kanton Zug begangen worden. Die örtliche Zuständigkeit der zugerischen Strafbehörden ist daher allein schon aufgrund der Zustellung der Werbesendungen an Empfänger im Kanton Zug gegeben, so dass die Frage offenbleiben kann, ob und gegebenenfalls welche Sendungen auch vom Kanton Zug aus versandt wurden. Nur am Rande sei erwähnt, dass der Verteidiger des Angeklagten in einem Schreiben vom 8. Juni 1984 an die Préfecture du District de Lausanne feststellte, "dass im Falle eines Gesetzesverstosses nur der zugerische Gerichtsstand in Frage kommt", und dass er in einem weiteren Schreiben vom 26. Juni 1984 an die gleiche Amtsstelle ausführte, Zug sei "als Gerichtsstand gegeben, nachdem feststeht, dass Baar Versandort der von Ihnen beanstandeten Briefe gewesen ist".

Gemäss Art. 48 Sätze 2 und 3 LG ist das Verfahren an demjenigen Ort durchzuführen, an welchem es zuerst eröffnet wurde. Das Strafgericht hat mit Recht angenommen, das Verfahren sei zuerst in Zug eröffnet worden, indem der Verhörrichter mit Verfügung vom 31. Januar 1984 den Auftrag zu polizeilichen Ermittlungen gab. Die Behauptung der Verteidigung, die erste Untersuchungshandlung sei in St. Gallen erfolgt, entspricht nicht den Tatsachen. Richtig ist zwar, dass das Finanzdepartement des Kantons St. Gallen am 23. Januar 1984 beim Bezirksamt St. Gallen Strafanzeige gegen den Angeklagten wegen Durchführung einer verbotenen Lotterie im Sinne von Art. 4 i.V.m. Art. 1 und 38 LG erstattete, doch eröffnete das Bezirksamt St. Gallen dann eben gerade kein Verfahren, sondern leitete die Anzeige am 24. Januar 1984 gestützt auf Art. 346 Abs. 1 StGB an das Verhöramt Zug weiter mit dem Hinweis, dass "der Versand des Werbematerials offensichtlich in Baar vorgenommen wurde".

2. Nach Art. 4 LG "sind die Ausgabe und die Durchführung einer durch dieses Gesetz verbotenen Lotterie untersagt". Nach derselben Bestimmung "umfasst die Durchführung einer Lotterie die dem Lotteriezweck dienenden Handlungen, wie die Ankündigung oder Bekanntmachung einer Lotterie, die Ausgabe der Lose, die Empfehlung, das Feilbieten, die Vermittlung und den Verkauf von Losen, Coupons oder Ziehungslisten, die Losziehung, die Ausrichtung der Gewinne, die Verwendung des Ertrages". Nach Auffassung des Strafobergerichtes hat der Angeklagte eine Lotterie im Sinne des LG weder ausgegeben noch durchgeführt, mithin keine der durch Art. 4 LG verbotenen Handlungen begangen. Die Glücksbriefaktion war keine Lotterie. Die Kurfürstwaren-Versand AG belohnte im Rahmen dieser Aktion die Besteller lediglich mit einer an Kiosken unentgeltlich erhältlichen Teilnehmerkarte für das Millionen-Gewinnspiel 1984 der Schweizer Sporthilfe und mit einem – für die Teilnehmer am Millionengewinnspiel nicht erforderlichen – Sporthilfe-Kleber, der andernorts nur gegen Zahlung von Fr. 5.– erhältlich war. Nun braucht zwar der Veranstalter einer Lotterie nicht alle Begriffsmerkmale einer solchen selbst zu verwirklichen: "Eine Lotterie kann auch auf dem Plan einer fremden Lotterie basieren. Veranstaltungen dieser Art werden als Unterlotterien bezeichnet. Voraussetzung ist, dass es sich um eine selbständige Veranstaltung handelt, die neue Gewinnchancen schafft und die den Plan der Oberlotterie nur als technische Vorlage benützt. Das

Verabfolgen von Losen als Zugabe bei einem Kauf oder einem andern Rechtsgeschäft stellt keine Unterlotterie dar, solange die Original-Lose ausgehändigt werden. Wenn hingegen neue Preise zur Aussetzung gelangen und damit neue Gewinnchancen geschaffen werden, wird die Veranstaltung zur selbständigen Unterlotterie. Dies ist auch der Fall, wenn die neuen Gewinnchancen nur durch die Stückelung der Lose und somit auch der Gewinne entstehen. Die Veranstaltung wird dadurch verändert, was der Organisation eines neuen selbständigen Unternehmens gleichkommt" (*Stähelin*, a.a.O., S. 61/62). Die Glücksbriefaktion der Kurfürstwaren-Versand AG veränderte aber das Millionengewinnspiel der Schweizer Sporthilfe in keiner Weise. Sie schuf keine neuen Gewinnchancen; sie setzte insbesondere keine neuen Preise aus und schuf auch sonst keine zusätzlichen Anreize, die geeignet gewesen wären, den Spieltrieb der Kunden zu beflügeln. Die Besteller, welche auf dem Umweg über die Kurfürstwaren-Versand AG am Millionengewinnspiel der Sporthilfe teilnahmen, hatten bei diesem Spiel weder grössere noch andere Chancen als die Teilnehmer, die sich ihre Teilnehmerkarte ohne Mitwirkung der Kurfürstwaren-Versand AG beschafften. Dass die Adressaten des Gewinnzertifikats erst durch den "Goldenen Glücksbrief" – also nach erfolgter Bestellung – erfuhren, dass die Kurfürstwaren-Versand AG entgegen dem erweckten Schein den Bestellern gar keine neue Gewinnchance eröffnete, sondern lediglich eine bereits bestehende Chance zur Benutzung empfahl, machte die Glücksbriefaktion nach Auffassung des Strafobergerichtes nicht – wie das Strafericht annimmt – zu einer "eigenständigen, vom Angeklagten zu verantwortenden Lotterie". Insbesondere lässt sich nicht sagen, das – mit dem Lotteriegesetz nicht kollidierende – Millionengewinnspiel der Schweizer Sporthilfe sei eben dadurch zur verbotenen Lotterie geworden, dass die Kurfürstwaren-Versand AG die Teilnahme an diesem Spiel vom Abschluss eines Rechtsgeschäftes abhängig gemacht habe. Diese These träfe zu, wenn die Teilnahme am Millionengewinnspiel fortan nur noch den bestellenden Kunden der Kurfürstwaren-Versand AG offenstanden hätte und nicht jedermann. Das war aber nicht der Fall. Die Gegenleistung der Kurfürstwaren-Versand AG für das "Vertrauen" der Besteller bestand eben nicht in der Einräumung eines Rechtes auf Teilnahme am Millionengewinnspiel, sondern nur in der Zustellung der "reservierten Verlosungskarte". Das ist – da die Kurfürstwaren-Versand AG ihren Kunden in ihrem Gewinnzertifikat weit mehr vorgegaukelt hatte – gewiss unrühmlich. Unter dem Gesichtspunkt des Lotteriegesetzes verhielt sich aber die Kurfürstwaren-Versand AG bei der Veranstaltung ihrer Glücksbriefaktion nicht anders als im Jahre 1983 die Firma Interdiscount, die in ihrem Prospekt "Goldene Angebote" ihren Kunden "Zu jedem Bildauftrag ... 1 Los gratis Wert 5.–" für die Teilnahme am "Sporthilfe-Millionenspiel" in Aussicht stellte (vgl. auch die bei *Stähelin*, a.a.O., Fn. 17 zitierten Beispiele: Abgabe von Losen der bewilligten Lotterie "Verve" an Kunden; Postkartenverkauf mit Beigabe von Losen einer bewilligten Lotterie).

3. Nach § 56bis Abs. 2 StPO "können die Kosten ganz oder teilweise dem Freigesprochenen auferlegt werden, wenn dieser die Einleitung des Strafverfahrens durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten verursacht oder die Durchführung des Verfahrens erschwert hat". Eine solche Kostenaufgabe hält aber vor der Verfassung und der EMRK nur unter bestimmten Voraussetzungen stand. Wie das Bundesgericht in BGE 109 Ia 163/164 ausführte, ist einmal erforderlich, dass zwi-

schen dem vorwerfbareren Verhalten des Beschuldigten und den entstandenen Kosten ein Kausalzusammenhang besteht. Die Haftung des Beschuldigten darf dabei nicht weiter gehen, als der Kausalzusammenhang zwischen dem ihm vorgeworfenen fehlerhaften Verhalten und den Kosten verursachenden behördlichen Handlungen reicht. Aus dieser Überlegung heraus hat das Bundesgericht schon entschieden, es sei zwar zulässig gewesen, dem Beschuldigten die Kosten der Voruntersuchung aufzuerlegen, doch hätten ihm jene des Gerichtsverfahrens nicht überbunden werden dürfen, da nach dem Ergebnis der Untersuchung kein hinreichender Anlass bestanden habe, Anklage zu erheben. Eine Kostenaufgabe ist nach der Praxis des Bundesgerichtes sodann nur zulässig, wenn dem Beschuldigten ein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden kann. Es genügt nicht, dass er durch sein Verhalten objektiv zur Untersuchung oder Verlängerung des Verfahrens Anlass gegeben hat. Die Kosten können bloss auferlegt werden, wenn das Verhalten aufgrund zivilrechtlicher oder ethischer Regeln vorwerfbar ist, und zwar unbekümmert darum, ob die betreffende kantonale Strafprozessordnung ausdrücklich ein schuldhaftes Verhalten verlangt. Man pflegt dabei von einer Haftung für prozessuales Verschulden oder, besser ausgedrückt, von einer zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherten Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten zu sprechen. Kommt es mangels Beweises zu einer Einstellung des Verfahrens oder zu einem Freispruch, so dürfen die Kosten nicht allein deswegen auferlegt werden, weil ein – allenfalls schwerer – Tatverdacht weiterbesteht; das liefe auf eine unzulässige Verdachtsstrafe hinaus.

Gegenstand des Strafverfahrens im vorliegenden Fall war ein Verhalten des Angeklagten, das verwerflich war und mithin aufgrund ethischer Regeln vorwerfbar ist: Im Gewinnzertifikat wurde den Gewinnern “der Goldene Glücksbrief für Besteller” angepriesen, “der Ihnen über Nacht eine Mio. einbringen könnte ...”. In den Erläuterungen dazu schrieb der Angeklagte: “Und wenn Sie mir jetzt Ihre Bestellung über mindestens Fr. 75.– zukommen lassen, erhalten Sie dazu den Goldenen Glücksbrief, der eine Überraschung enthält, die Ihnen eine Million einbringen könnte. Aber der Goldene Glücksbrief ist nur für Besteller!” Damit wurde den Adressaten vorgespiegelt, dass sie sich durch eine Bestellung in der Höhe von mindestens F. 75.– – und nur auf diesem Wege – die Chance verschaffen könnten, eine Million zu gewinnen. Zwar wurde nicht ausdrücklich gesagt, dass diese Chance auf anderem Wege nicht zu erlangen sei, doch musste – und sollte – der potentielle Kunde dies annehmen, da er andernfalls keinen Grund gehabt hätte, sich diese Chance durch eine Bestellung im Mindestbetrag von Fr. 75.– zu verschaffen. Irgendeine Möglichkeit, sich nähere Informationen über die millionenträchtige “Überraschung” zu verschaffen, hatten die Kunden nicht, da das Gewinnzertifikat dafür keinerlei Anhaltspunkte lieferte. Sie mussten also zunächst einmal etwas bestellen, um zu erfahren, auf welche Weise ihnen der Goldene Glücksbrief “über Nacht eine Million” einbringen könnte. Durch den Gutschein erfuhren die Besteller dann, dass ihnen der Angeklagte “als Dank für Ihr Vertrauen ... eine Original-Verlosungskarte der Schweizer Sporthilfe vorreserviert” hatte, “mit der Sie über Nacht 1 Million Schweizer Franken oder viele wertvolle Preise gewinnen können”. Der Angeklagte fuhr dann fort: “Diese Original-Verlosungskarte für das Millionengewinnspiel erhalten Sie, nachdem Sie die Rechnung (oder bei Teilzahlung die erste Rate) für die bestellten Waren beglichen haben. Lassen Sie sich also diese Chance, eine Mio. sFr. zu gewinnen, nicht entgehen. Und sorgen Sie dafür, dass ich Ihnen die bereits auf

Ihren Namen reservierte Verlosungskarte schnellstens schicken kann.“ Damit wussten die Kunden nun zwar, dass ihre Chance, über Nacht eine Mio. sFr. zu gewinnen, in der Teilnahme am Millionengewinnspiel der Schweizer Sporthilfe bestand. Was sie vom Angeklagten aber nicht erfuhren, war die Tatsache, dass an diesem Gewinnspiel jedermann gratis teilnehmen konnte, dass also die Teilnahmeberechtigung keineswegs eine Bestellung bei der Kurfürstwaren-Versand AG voraussetzte. Zwar wurde der Gutschein auf der Vorderseite als ein “Gutschein für eine gratis Teilnehmer-Karte zum grossen Millionen-Gewinnspiel 1984 der Schweizer Sporthilfe” bezeichnet, doch drängte sich dem arglosen Empfänger angesichts dieses Textes keineswegs der Schluss auf, dass die Teilnehmerkarten überall “gratis” zu haben seien; vielmehr musste er im gegebenen Zusammenhang annehmen, dass ihm die Kurfürstwaren-Versand AG “als Dank für Ihr Vertrauen” eine solche Teilnehmerkarte gratis überlasse. Zu dieser Annahme wurde er insbesondere durch den Appell des Angeklagten verleitet, sich “diese Chance, eine Mio. sFr. zu gewinnen, nicht entgehen” zu lassen und die Rechnung bzw. die erste Rate sofort zu bezahlen, damit der Angeklagte ihm die auf seinen Namen reservierte Verlosungskarte “schnellstens schicken” konnte. Diese Aufforderung zur Eile war auch bestimmt und geeignet, die Kunden von langen Überlegungen oder gar Abklärungen abzuhalten, bei denen sie hätten erfahren können, dass ihnen der Abschluss des Kaufvertrages mit der Kurfürstwaren-Versand AG tatsächlich keinerlei Gewinnchance verschaffte, die sie nicht auch ohne diesen Kauf gehabt hätten. Für solche Überlegungen und Abklärungen blieb den Bestellern auch darum wenig Zeit, weil ihr Rückgaberecht mit Ablauf von zehn Tagen erlosch; der Angeklagte hatte sie mit Absicht in diese Lage hineinmanövriert, indem er sie durch die geheimnisvolle Anpreisung einer Millionengewinnchance zu einer unverbindlichen Bestellung veranlasst hatte, die mit Ablauf der Rückgabefrist verbindlich wurde. Der Angeklagte versetzte also zum Zwecke der Steigerung des Umsatzes der Kurfürstwaren-Versand AG die Adressaten wahrheitswidrig in den Glauben, dass er eine Lotterie veranstalte und dass es für Besteller – und nur für diese – bei ihm eine Gewinnchance in Millionenhöhe gebe, obwohl in Wirklichkeit bei ihm nichts zu gewinnen war. Der Angeklagte hat es sich daher selbst zuzuschreiben, dass gegen ihn wegen Übertretung des Lotterieggesetzes ermittelt wurde. Es kann – trotz des Freispruchs – auch nicht gesagt werden, dass nach dem Ergebnis der Untersuchung kein hinreichender Anlass bestanden habe, Anklage zu erheben. Wie die voneinander abweichenden Urteile des Strafgerichtes und des Strafobergerichtes zeigen, lassen sich verschiedene Beurteilungen des Sachverhaltes mit guten Gründen vertreten, so dass die Untersuchungs- und Anklagebehörden den Entscheid dem erkennenden Richter überlassen mussten. Hinzu kommt, dass der Angeklagte die Durchführung des Verfahrens erschwerte, indem er unklare Auskünfte erteilte und Dokumente zurückhielt, die einer schnelleren Abklärung des Sachverhaltes dienlich gewesen wären. So hinterliess er durch seine gewundenen Erklärungen beim Strafgericht den Eindruck, die Zustellung des Gutscheins statt der Teilnehmerkarte sei nicht von Anfang an beabsichtigt gewesen und mit den Rechtsberatern nicht besprochen worden, und die Vereinbarung zwischen der Stiftung Schweizer Sporthilfe und der Kurfürstwaren-Versand AG vom 15. Dezember 1983, welche in dieser und anderer Hinsicht Klarheit schafft, liess er erst an der Hauptverhandlung vor Strafobergericht vorlegen.

Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, den Kostenspruch der Vorinstanz zu bestätigen und dem Angeklagten auch die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

Art. 1 Abs. 1 AVO – “SET-ANGEBOT”

- *Bei der im Set-Angebot gewährten Preisreduktion handelt es sich um eine mengenrabattähnliche Vergünstigung, um einen horizontalen Preisvergleich. Zufolge Fehlens des vertikalen Preisvergleiches handelt es sich nicht um eine ausverkaufsmässige Vergünstigung.*
- *Une réduction de prix accordée à l'achat d'un assortiment d'articles constitue un avantage semblable à un rabais de quantité, soit une comparaison de prix horizontale. A défaut de comparaison de prix verticale, il n'y a pas d'avantage analogue à une liquidation.*

Urteil des Einzelrichters in Strafsachen am Bezirksgericht Zürich vom 18. September 1985 i.S. Interdiscount Service S.A. gegen Statthalteramt Zürich

Die Einzelrichterin zieht in Betracht:

I. Mit Verfügung vom 8. Mai 1985 bestrafte der Statthalter des Bezirkes Zürich den Einsprecher wegen Übertretung von Art. 1, Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 16. April 1947/15. März 1971 (nachfolgend “AVO” genannt) in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 lit. a AVO mit einer Busse von Fr. 400.—. Dem Einsprecher wird vorgeworfen, dass das im “Tages-Anzeiger” vom 16. Februar 1985 erschienene Inserat der Firma Interdiscount, worin eine Spiegelreflexkamera samt Zubehör zu einem Set-Preis von Fr. 698.— statt Fr. 1'098.60 angeboten und darauf hingewiesen wurde, dass bei diesem Kauf Fr. 400.60 gespart werde, den Eindruck eines Sonderverkaufes erwecke und daher unzulässig sei. Des weitern wird dem Einsprecher vorgeworfen, das im “Sonntagsblick vom 17. Februar 1985 erschienene Inserat derselben Firma, in welchem ein Computer zu einem Set-Preis von Fr. 2'498.— statt Fr. 3'278.— angeboten und darauf hingewiesen wurde, dass Fr. 780.— gespart werde, erwecke ebenfalls den Eindruck eines Sonderverkaufs und sei entsprechend unzulässig.

Der Einsprecher verlangte innert Frist am 14. Mai 1985 gerichtliche Beurteilung der Bussenverfügung. Nach Abschluss der statthalteramtlichen Untersuchung gingen die Akten am 14. August 1985 beim Einzelrichter in Strafsachen am Bezirksgericht Zürich ein.

II. In der Untersuchung brachte der Einsprecher zu seiner Verteidigung im wesentlichen vor, dass die ausgekündigten Einzelpreise bzw. Set-Preise schon vor dem Erscheinen der Inserate gültig gewesen seien, weshalb es nicht zutrefte, dass er eine vorübergehende Vergünstigung gewährt habe.

III. 1. Nach Art. 20 Abs. 1 lit. a AVO wird mit Busse oder mit Haft bestraft, wer vorsätzlich eine unter diese Verordnung fallende, nicht bewilligte Verkaufsveranstaltung öffentlich ankündigt oder durchführt oder entgegen der Weisung der zuständigen Behörde nicht einstellt. Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen, für die es gemäss Art. 4 ff. AVO einer Bewilligung bedarf, sind nach Art. 1 Abs. 1 AVO Veranstaltungen des Detailverkaufes, bei denen dem Käufer durch öffentliche Ankündigung in Aussicht gestellt wird, dass ihm vorübergehend besondere, vom Verkäufer sonst nicht gewährte Vergünstigungen zukommen werden.

Die in casu bestrittenen Tatbestandselemente betreffen das Vorliegen einer besonderen (sonst nicht gewährten) Vergünstigung im Angebot des Einsprechers und die zeitliche Befristung dieser (schon als solche bestrittenen) Vergünstigung.

2. Zu prüfen ist zunächst, ob in den inkriminierten Inseraten eine besondere Vergünstigung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 AVO in Aussicht gestellt wurde. Dabei kommt es allein darauf an, welchen Eindruck die betreffenden Inserate beim Publikum machten, d.h. ob die angesprochene Käuferschicht das inserierte Angebot als besondere, sonst nicht gewährte Vergünstigung des betreffenden Verkäufers betrachten musste (BGE 82 IV 114; 91 IV 162; 95 IV 158; 101 IV 341). Nicht massgeblich ist jedenfalls die vom Verkäufer den Inseraten zugeordnete Bedeutung.

Das Vorliegen einer besonderen (sonst nicht gewährten) Vergünstigung ist ausschliesslich anhand der betreffenden Auskündigung festzustellen (BGE 101 IV 342). Das vom Verkäufer sonst üblicherweise gewährte Angebot ist insofern ohne Belang.

In beiden hier zur Diskussion stehenden Inseraten wird ein Mehrkomponenten-Angebot (Paket- oder Set-Angebot) einem Einzelkomponenten-Angebot gegenübergestellt und darauf hingewiesen, dass im Vergleich zur Summe der Einzelpreise sämtlicher im jeweiligen Paket enthaltener Komponenten beim Kauf des ganzen Paketes Fr. 400.60 bzw. Fr. 780.— gespart werden könne. Es stellt sich somit die Frage, ob dieser werbemässig hervorgehobene Spareffekt eine besondere Vergünstigung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 AVO darstellt.

Nach der überwiegenden Lehrmeinung und der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ergibt sich eine besondere Vergünstigung im Sinne der Ausverkaufsordnung auf einem Vergleich der momentanen (günstigen) Kaufbedingungen mit den zukünftigen (regulären) Kaufbedingungen (BGE 101 IV 341; *D. Lehmann*, Die schweizerische Ausverkaufsordnung, Diss. 1981, S. 189, mit weiteren Hinweisen in Anm. 4). Demgegenüber hält *David* dafür, dass die Besonderheit einer Vergünstigung aus dem Vergleich zu früheren Kaufbedingungen folge (*L. David*, Schweizerisches Werberecht, Zürich 1977, S. 273). Diese Streitfrage kann jedoch im vorliegenden Falle offenbleiben, da die in den inkriminierten Inseraten angekündigten Vergünstigungen sich weder mit Vergangenheitspreisen noch mit Zukunftspreisen messen. Vielmehr handelt es sich vorliegend um einen horizontalen Preisvergleich, in dem das verhältnismässig günstigere Set-Angebot der Summe der Preise, die für die entsprechend teureren Einzelkomponenten verlangt werden, gegenübergestellt wird. Bei der im Set-Angebot gewährten Preisreduktion handelt es sich mithin um eine mengenrabattähnliche Vergünstigung. Diese kann aber nicht als "besondere Vergünstigung" im Sinne der Ausverkaufsordnung angesehen werden, da ihr das für die ausverkaufsmässigen Vergünstigungen unabdingbare und begriffswesentliche (Werbe-)Element des vertikalen Preisvergleiches abgeht, d.h. diese

Vergünstigung nicht eine auf Vergangenheits- oder Zukunftspreise bezogene Preiserabsetzung darstellt.

Das in beiden Inseraten fettgedruckte Schlagwort "Aktuell" vermag an diesem Auslegungsergebnis nichts zu ändern. Dieser Begriff beinhaltet zwar eine zeitliche Komponente, doch bezieht er sich im vorliegenden Falle nicht auf die Preisreduktionen, so dass beim Publikum nicht der Eindruck erweckt werden kann, dass die angekündigten Preisreduktionen zeitlich bedingt seien. Der im Inserat im "Tages-Anzeiger" aufgeführte Hinweis auf eine bevorstehende Preiserhöhung steht ebenfalls in keinem Zusammenhang mit dem in diesem Inserat hervorgehobenen Ersparniseffekt und kann aus der Sicht der angesprochenen Käuferkreise auch nicht dahingehend missverstanden werden.

Aufgrund dieser Erwägungen ist somit dargetan, dass in beiden hier zur Diskussion stehenden Inseraten keine besondere Vergünstigung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 AVO ausgekündigt wurde.

3. Da sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 1 Abs. 1 AVO kumulativ gegeben sein müssen — dies ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung (vgl. *David*, a.a.O., S. 264) —, hat bereits das Nichtvorhandensein eines Tatbestandmerkmals zur Folge, dass die Strafbarkeit nach Art. 20 Abs. 1 lit. a AVO entfällt. Da gemäss den obgenannten Erwägungen das Vorliegen einer "besonderen Vergünstigung" im Sinne der Ausverkaufsordnung verneint worden ist, erübrigt es sich somit, die restlichen Tatbestandselemente von Art. 1 Abs. 1 AVO zu prüfen.

Es steht somit fest, dass es sich bei den betreffenden Inseraten nicht um eine bewilligungspflichtige ausverkaufsähnliche Veranstaltung im Sinne der Ausverkaufsordnung handelte, weshalb der Einsprecher vom Vorwurf der Übertretung von Art. 20 Abs. 1 lit. a AVO freizusprechen ist.

IV. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die gerichtlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 189 Abs. 4 StPO) und die Untersuchungskosten dem Statthalteramt zu belassen.

Für die namentlich durch die Verteidigungskosten bedingten prozessualen Umtriebe ist der Einsprecher angemessen zu entschädigen (§ 363 Abs. 1 i.V.m. § 191 und § 43 StPO).

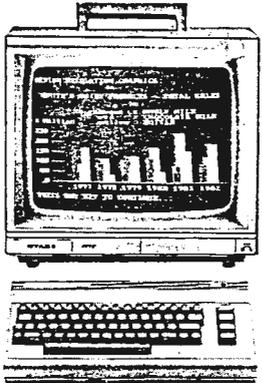
2/1.2.

Inter Hi-Fi Video Photo Radio Discount

AKTUELL

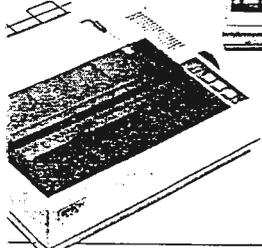
Die Super-Ausrüstung mit dem Commodore 64 Computer.

Monitor Otake CCM-14
 Farb-Monitor mit 36-cm-Bildschirm. Abmessungen: 37,4 x 34 x 36,6 cm. Gewicht: 10,5 kg. 798.-



Floppy Disk VC-1541
 Disketten-Laufwerk mit 170 K-Byte für 5 1/4-Zoll-Mini-Disketten. 650.-

Epson RX-80
 Grafikdrucker mit 128 Schriftarten und bis zu 137 Zeichen pro Zeile. 1240.-



Sie sparen
Fr. 780.-!

Commodore COMPUTER

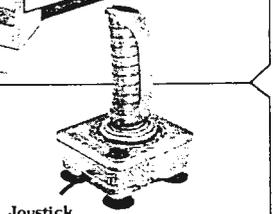
Commodore 64
 Der vielseitige Home-Computer mit einmaligem 64-K-Byte-RAM-Speicher. Verschiedene Programmiersprachen, Grafik-Darstellungen mit 62 verschiedenen Symbolen, Verbindung von Schnittstellen, Musik-Synthesizer, Laufwerke, Monitor usw. 590.-

komplettes Set nur
2498.-

Miete I (min. 3 Mtl) 249.80 p.Mt.
 Miete II (min. 6 Mtl) 124.90 p.Mt.

Commodore-Set:
 C-64-Konsole 590.-
 Floppy-Disk VC-1541 650.-
 Epson RX-80 inkl. Interface 1240.-
 Otake-Monitor inkl. Anschlusskabel 798.-
 Total zu Einzelpreisen 3278.-

Set-Preis 2498.-



Joystick
 Der praktische Steuerknüppel. Pro Stück 19.90



Scotch-Disketten
 Multipack mit 10 Disketten wirklich nur 55.-

Disketten-Box
 verschließbar, für 100 Disketten (5 1/4 Zoll) nur 39.-



Commodore-Bon

Einsenden an: Interdiscount, Direktversand, 3303 Jegenstorf

- Ich besitze einen Commodore 64.
- Ich interessiere mich für den Commodore 64.
- Senden Sie mir bitte das Software-Programm mit Preisliste für den Commodore 64

Name _____
 Vorname _____
 Strasse/Nr _____
 PLZ/Ort _____

Einige Beispiele aus unserem reichhaltigen Zubehör-Programm:

Ständer für Drucker	145.-
Box für 70 Disketten	29.-
Maltafel Koala Pad	248.-
Papier A4 hoch (zebra oder weiss, 1000 Blatt)	24.50
Vizawrite Textverarbeitung	298.-
Simon's Basic	148.-
Flugsimulator II english	149.-
Chartbuster (5 Spiele)	69.-
Zaxxon	58.-
Guardian	39.-
Space Pilot	39.-

su: Bahnhofplatz, Basel; Aeschenplatz 2 • Interdiscount im Globus, Bern; Elfingerstrasse 10 • Kornhausplatz 14 • Aarbergergasse 51
 erdiscount im Loeb, Biel; Kanalstrasse 26/Marktgasse 29, Brugg bei Biel; Hypermarché Carrefour, Bülach; Einkaufszentrum Sonnenhof, Chur;
 hofstrasse 22 • Interdiscount im Globus, Dietikon; Jumbo-Markt, Emmenbrücke; Shopping-Center, Freiburg; Rue de Romont 2;
 mberg bei Thun; Jumbo-Markt, Jegenstorf; Bernstrasse, Kirchberg; Hauptstrasse 10, Kreuzlingen; Konstanzerstrasse 16, Luzern;
 wilerweg 7/Pilatstrasse, Pfäfers; 67, Seftigen; Grosse, St. Gallen; B. 11, Winterthur

Hi-Fi Video
Photo Radio
Inter Discount

2/1.5

AKTUELL

Profitieren Sie vor der Preiserhöhung!

Canon AE-1 PROGRAM

Die einmalige, microcomputergesteuerte Spiegelreflex mit Blenden- und PROGRAM-Belichtungsautomatik. Mittenbetonte Integralmessung TTL mit Silizium-Photodiode. Elektronisch gesteuerter Verschluss 2-1/1000 Sek. Auswechselbare Einstellscheibe. Blitzautomatik und Anschluss für motorischen Filmtransport. Standard-Objektiv Canon FD 1.8/50 mm.

Osawa Mark II 4,0-5,0/70-210 mm

•One-Touch-Zoom mit 3facher Brennweite und Macro-Naheinstellsystem bis Massstab 1:3. Mehrschichtenvergütet. Eingebaute, ausziehbare Sonnenblende.

e sparen
Fr. 400.60!

Canon AE-1 PROGRAM

mit Objektiv FD 1,8/50 mm	665.-
Osawa Zoom 4,0- 5,0/70-210 mm	428.-
Agfacolor XR 200 135-24	5.60
Total zu Einzelpreisen	1098.60
Komplette Ausrüstung	

698.-

Miete 1 (min. 3 Mie) 74.60 p.Mt.

Universaltasche
Canon

48.-

Ut 520

Agfachrome CT64 135-36
inkl. Entwicklung und «CS»-
Rahmung

12.50

Canon-Strap

Der praktische und robuste Trag-
riemen für Ihre Spiegelreflex.

wirklich
nur

10.-

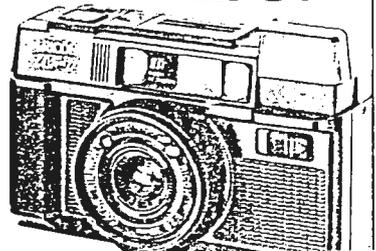
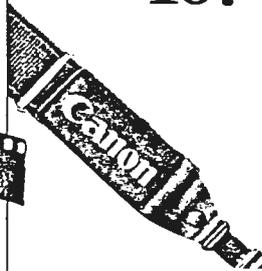
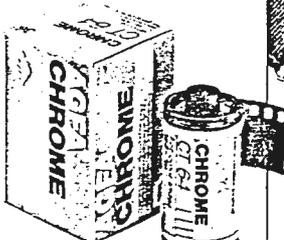
Ricoh AF-7

Die vollautomatische Kleinbild:
• Belichtung • AUTOFOCUS Schärf-
einstellung • Blitzautomatik • Motorischer
Filmtransport.

nur noch

178.-

Tasche dazu 15.-



V. Buchbesprechungen

Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, publiées par l'Association suisse d'études de la concurrence, 190 pages (Genève 1986, Librairie Droz)

Anlässlich ihres 20jährigen Gründungsjubiläums und als Festgabe zum 29. Kongress der "Ligue internationale du droit de la concurrence" 1986 in Luzern stellt die Schweizer Gruppe dieser internationalen Vereinigung durch ihren Präsidenten *Dr. Martin Hitz* ihre Zielsetzung vor und präsentiert eine Sammlung verschiedener Beiträge zu den heutigen Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbs. Das aktuelle Interesse dieser beachtlichen Festgabe liegt darin, dass neben einigen grundsätzlichen Untersuchungen zu heutigen Anwendungsfällen des unlauteren Wettbewerbs auch mehrere branchenspezifische Probleme in gehaltvollen und prägnanten Beiträgen dargestellt werden. Die Autoren sind bestrebt, die aufzuzeigende Problematik aufgrund der einschlägigen Gesetzestexte und Gerichtsentscheide zu erläutern.

Es fällt auf, dass die hier behandelten Branchen fast keine gemeinsamen Konfliktsituationen aufweisen, de lege lata verschiedentlich erfasst werden und de lege ferenda verschiedene Zielvorstellungen verfolgen.

Die Wettbewerbsverhältnisse bei den schweizerischen *Banken*, die einschlägigen Konventionen und Verhaltensregeln werden durch *Jean-Paul Chapuis*, Delegierter des Verwaltungsrates der Schweizerischen Bankiervereinigung, dargelegt.

Der *Parfum- und Lederwarenhandel* sind stark durch Exklusivverträge und durch eine selektive Verteilung geprägt. Die kartellrechtliche Relevanz dieser kartellähnlichen Organisationen ist Gegenstand verschiedener Bundesgerichtsentscheide. Diese werden durch Rechtsanwalt *Jaques Guyet* geschickt aufgezeigt. Besondere Abschnitte widmet der Autor der Preisunterbietung, den Preisen unter den Gestehungswerten sowie den Parallelimporten. Im letztgenannten Abschnitt wird namentlich untersucht, ob und gegebenenfalls welche Rechtsmittel bestehen, um gegen einen Parallelimporteure vorzugehen. Ferner analysiert der Autor die Problematik, mit der sich der Markeninhaber konfrontiert sieht, wenn seine Markenartikel aus dem Ausland legal importiert werden. Schwierigkeiten ganz anderer Art stellen sich dem Markeninhaber, wenn z.B. Parfümerieartikel in verwechselbaren Verpackungen oder nach Ausmerzung der Importeurnummer vertrieben werden. Ein eigenes Kapitel ist der Nachahmung und Nachmachung von Marken, der vergleichenden Werbung, der Übernahme eines Handelsnamens und der falschen Herkunftsbezeichnung gewidmet.

Hervorgehoben wird der weltweite Kampf der bekannten Lederwarenproduzenten wie Vuitton, Cartier, Cardin, Gucci gegen die illegale Verwendung ihrer Namen, Marken und Muster. Guyet vertritt die Ansicht, dass auch der Käufer, welcher Kenntnis dieser Nachmachungen hat, sich der Hehlerei gemäss Art. 144 StGB schuldig macht.

Gegen Nachmachungen der Muster und Modelle und gegen die Verwendung von usurpierten Markenzeichen, Handelsnamen und Herkunftsbezeichnungen hat die schweizerische *Uhrenwirtschaft* weltweit einen harten Kampf durchzuführen. *Max Hool*, Direktor der Vereinigung Schweizerischer Uhrenindustrieller in Biel,

stellt die Ursachen und Erscheinungsformen dieser Fälschungen dar. Die rechtlichen Aspekte in der Schweiz, in Italien und Hongkong, in Taiwan, in den USA, in Südamerika und gemäss den internationalen Organisationen werden kurz dargestellt. Wirtschaftlich ist das Überhandnehmen von Fälschungen alarmierend. Es ist fast nicht mehr möglich, in nützlicher Zeit die sich aufdrängenden Rechtsmittel dagegen einzusetzen.

Der Kampf der schweizerischen *Textilindustrie* gegen Warenfälschungen wird von *T.S. Pataky*, Leiter der Vereinigung Schweizerischer Stickerei-Exporteure, St. Gallen, erläutert. Die schweizerischen Spezialitäten und ihre hohe Qualität verleiten zur falschen Herkunftsangabe, die hohe modische Leistung und das modische Image zum schmarotzerischen Musterdiebstahl und zum Markenmissbrauch.

Der Kampf gegen diese Fälschungen und falschen Deklarationen wird unterschiedlich aufgenommen von individuellen Firmen einerseits und von den Textilorganisationen andererseits. Ein grosser praktischer Unterschied bei der Behandlung dieser Konflikte besteht darin, ob der Fehlbare ein Kunde oder ein Mitkonkurrent ist. Von Einfluss sind auch Kosten-/Nutzenerwägungen sowie das zur Verfügung stehende Instrumentarium für die Geltendmachung der Ansprüche. Die rasanten Fortschritte der Photographie haben zudem das Handwerk der Dessinspione ausserordentlich erleichtert. Gravierend sind die Mängel der internationalen Musterhinterlegung bei der OMPI in Genf gemäss der "Akte von 1960", wie sie seit dem 1. August 1984 in Kraft sind. Die neue Gebührenstruktur und die Erhöhung der Hinterlegungskosten sowie die obligatorische Veröffentlichung mit zusätzlichen, sehr hohen Kosten sind für die schweizerische Textilindustrie völlig unannehmbar und führen zur faktischen Unbenutzbarkeit der internationalen Musterhinterlegung. Die Gesetzgeber gehen anscheinend von der Fiktion aus, dass die Musterschutzbedürfnisse in jedem Industriezweig dieselben seien. Es wird bedauert, dass für Textilien keine Sonderregelungen eingeführt wurden. Der Autor stellt dar, wie eine solche Sonderregelung aussehen müsste.

Nach der Darstellung von *Hermann Suter*, Chef der Abteilung für gewerblichen Rechtsschutz der Jacobs-Suchard, Zürich, ist die schweizerische *Schokoladenindustrie* vor allem bestrebt, den Begriff "Schweizer Schokolade" als Herkunftsangabe zu erhalten und das Abgleiten zur Gattungsbezeichnung zu verhindern. Das beste Mittel zur Vermeidung der Entwicklung zur Gattungsbezeichnung besteht in zweiseitigen Verträgen zwischen der Schweiz und einzelnen Ländern zum Schutz von Herkunftsangaben und anderen Bezeichnungen. Das Netz dieser bilateralen Abkommen sollte vergrössert werden, solange multinationale Abkommen nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen.

Prof. François Dessemontet, Dozent an den Universitäten Lausanne und Fribourg, befasst sich mit einigen Aspekten der modernen *Werbung*. Der Begriff der kommerziellen Werbung wird im Hinblick auf seine rechtliche Erfassung präzisiert und die bisherige gesetzliche Erfassung in sehr verstreuten Gesetzestexten dargelegt. Neu sind polizeiliche Bestimmungen zum Schutz des Konsumenten vor unlauterer Werbung aus gesundheitspolizeilichen Gründen (Tabak, Alkohol u. dgl.). Die Wirksamkeit und rechtliche Zulässigkeit solcher Einschränkungen werden kritisch analysiert. Der Autor warnt vor einer Häufung von Gesetzestexten zum Schutz des Konsumenten. Wirksamer scheint ihm eine Änderung von Art. 7 Abs. 2 OR dahin-

gehend, dass Werbung im Sinne der neuesten Rechtsprechung in Frankreich als vertraglicher Antrag gilt. Ein weiteres Kampfmittel gegen unlautere Werbung besteht in der Auferlegung von berichtigenden Annoncen, wie dies in Frankreich, in den USA, in Portugal und Quebec möglich ist.

Ferner schlägt der Autor die Ausweitung der Klage auf Gewinnherausgabe bei unlauterer Werbung analog zum neuen Persönlichkeitsschutz im ZGB und entsprechend den Bestimmungen im neuen UWG vor.

Der Schutz des *ausländischen Handelsnamens* in der neueren schweizerischen Rechtsprechung wird von *Patrick Troller*, Rechtsanwalt in Luzern, dargestellt. Sein Anliegen besteht namentlich darin, aufzuzeigen, dass das Bundesgericht von der restriktiven Rechtsprechung in BGE 79 II 314 abgerückt ist, wonach der namensrechtliche Schutz eines ausländischen Handelsnamens voraussetzt, dass der Bereich der Geschäftstätigkeit in der Schweiz liegt und durch nennenswerte Betätigung in der Schweiz ein Gebrauchsrecht am Namen erworben wurde. Er fragt sich, ob aus der neueren Rechtsprechung gefolgert werden dürfe, dass auch im Bereich des Namensrechts eine Verwechslungsgefahr aufgrund blosser Bekanntheit in der Schweiz genüge, um einen solchen Schutz zu erwirken. Er stellt fest, dass die ältere Rechtsprechung wohl in verschiedener Hinsicht gemildert wurde, dass aber weiterhin der Beginn einer dauernden inländischen wirtschaftlichen Betätigung Voraussetzung für den Schutz eines ausländischen Handelsnamens bei Ingebrauchnahme in der Schweiz bildet.

Beachtlich sind auch die Beiträge grundsätzlicher und rechtsvergleichender Natur:

Lucas David, Rechtsanwalt in Zürich, erläutert unter dem Titel "*Die Kopie im internationalen Recht*" verschiedene Aspekte der Warenfälschung, des Markendiebstahls, des Ideenklaus, der Raubdrucke von Büchern, der Kassetten- und Schallplattenpiraterie, der unter dem Begriff "Cover-Version" vertriebenen Nachäffereien von erfolgreichen Gruppen, die sklavische Übernahme fremder Gebrauchsanweisungen, die Software-Piraterie sowie die Reprographien und Photokopien.

Die rechtliche Erfassung eines unlauteren Wettbewerbs in den planwirtschaftlichen Ländern *Osteuropas* wird durch *Prof. Bernard Dutoit*, Lausanne, anhand von Beispielen aus Jugoslawien, Ungarn, der DDR und Rumänien dargelegt.

Jens Drolshammer, Rechtsanwalt in Zürich, analysiert die *Bezüge auf ausländische Rechtsordnungen* in Botschaften des Bundesrates zu wettbewerbsrechtlichen Bundesgesetzen und in amtlichen Äusserungen.

Der Autor vertritt die Ansicht, dass die rechtsvergleichende Methode infolge einer Introvertiertheit des Rechtsverständnisses in der Schweiz unterentwickelt ist. Auch wenn die These der Direktwirkung von Art. 23 des Freihandelsvertrages der Schweiz mit der EWG durch den Bundesrat und im Adams-Urteil vom Bundesgericht zu Recht widerlegt wurde, so dispensiere diese Auslegung von Art. 23 nicht von der Anwendung einer rechtsvergleichenden Methode in Anbetracht der Verwandtschaft des Wortlautes dieser Bestimmung und demjenigen der Art. 85/86 EWGV. Die Rechtsvergleichung kann auch eine aussenwirtschaftspolitische Dimension erhalten. Ein Beispiel, wie nützlich die rechtsvergleichende Methode bei konkreter Rechtsanwendung sein kann, bringt *Prof. Pierre Jolidon*, Bern, in seiner Abhandlung über die Möglichkeit einer *schiedsgerichtlichen Erledigung* von Streitigkeiten im Bereich des Patentrechts und des Wettbewerbsrechts. Je nach nationaler

Gesetzgebung sind enge oder weitere Grenzen gesetzt. Die Schiedsgerichtsbarkeit scheint umgekehrt proportional zur Intensität des einschlägigen *Ordre public* zu stehen.

Im Rahmen der Bekämpfung von Nachmachungen, Fälschungen u. dgl. sind gleich drei weitere Beiträge zu erwähnen:

Advokat *Jaques Guyet*, Genf, Präsident der internationalen Vereinigung zum Studium des Wettbewerbes, analysiert die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur *Unterlassungsklage* gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b UWG und zur *Feststellungsklage* in der gleichen Bestimmung lit. a UWG. Neben einem Abschnitt über die Sanktionen sind vor allem die Ausführungen zu den *vorsorglichen Verfügungen* beachtlich.

Prof. E. Martin-Achard, Genf, befasst sich mit der Rechtsprechung auf dem Gebiet der Marken- und Warenfälschungen. Die bedenkliche Zunahme von sklavischen Nachmachungen durch bestorganisierte und international tätige Unternehmen erheischt strengere strafrechtliche Sanktionen. Bis heute haben sich die recht-suchenden schweizerischen Produzenten mit zivilprozessualen Verfahren begnügt. Damit können die Fälscher und ihre international tätigen Agenten nicht hinreichend bekämpft werden. Strafrechtliche Sanktionen müssen vermehrt beantragt und gefällt werden.

Prof. Mario M. Pedrazzini, St. Gallen/Zürich, sieht den Anlass zur Zunahme der Fälschungen in der Rechtsunsicherheit der geltenden Wettbewerbsgesetzgebung, in der Innovationsfreude der Produzenten, die sich von ihrem Originalprodukt durch eine ständige Erweiterung des Sortiments ihres Warenangebotes und ihrer Ausstattung entfernen, sowie und vor allem im Verhalten des Konsumenten. Dadurch wird die Fälschung einzelner Waren interessant.

Bei diesem Sachverhalt zeichnet der Autor die Schwächen der gewerblichen Schutzrechte und des UWG auf. Eine Toleranz der Nachahmung muss dort geduldet werden, wo sie sich auf Bestandteile des Warenangebotes beschränkt, die an und für sich durch Beanspruchung der Spezialgesetze von seiten der Produzenten hätten geschützt werden können, es aber nicht sind. Obwohl in diesen Fällen die Schaffung einer Verwechslungsgefahr toleriert werden müsste, gibt es nach Ansicht Pedrazzinis vier Schranken, die auch bei solchen Nachahmungen zu beachten sind, nämlich

- wenn der Konkurrent auf eine andere Art seine wettbewerbliche Freiheit missbraucht hat, z.B. durch Arglist;
- wenn der Konkurrent absichtlich jene Massnahmen unterlassen hat, die zur Unterscheidung seines Produktes vom Nachgeahmten hätte führen können;
- wenn die Nachahmung die Produkte eines berühmten Herstellers betrifft, dessen Publizität und Schaustellung bewirken, dass diese sich im Stil von allen anderen Produkten gleicher Art unterscheiden (Pedrazzini weist auf Aspekte hin, die (noch) nicht Eingang in die schweizerische Rechtsprechung gefunden haben);
- wenn schmarotzerisch und systematisch Produkte nachgeahmt werden, die durch den ersten Produzenten mit viel Aufwand an Forschung und Technik erarbeitet wurden (Pedrazzini umschreibt damit das sog. Leistungsprinzip, ohne die einschlägige Theorie zu übernehmen).

Pedrazzini schliesst seine subtile Betrachtung mit der Hoffnung, dass die Rechtsprechung zur Generalklausel im UWG vermehrt das effektive Marktgeschehen berücksichtigen werde.

Die Cassandra-Warnungen von *Prof. Alois Troller*, Luzern/Fribourg, vor dem *urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen* sind nicht überall gehört worden. Er erneuert sie an die Adresse der schweizerischen Gesetzgeber. In jenen Ländern, in denen dieser verhängnisvolle Schritt gewagt wurde, ist eine wahre Sintflut von Anwendungsproblemen entstanden. Troller spricht von einem rechtlichen Chaos. Das französische URG in der Fassung vom 3. Juli 1985 befasst sich in Art. 45–51 mit dem Schutz der Computerprogramme. Es enthält schwerwiegende Widersprüche, weil das Schutzobjekt nicht zu den Werken der Literatur und Kunst passt. Der Schutzgehalt widerspricht derart den fundamentalen Grundsätzen des französischen Urheberrechts und der Berner Übereinkunft, dass ein sehr eingeschränkter Schutz übrigbleibt, der besser durch ein Spezialgesetz verwirklicht wäre. Troller prophezeit den Rechtsanwälten intellektuelle und materielle Freuden, den Gerichten Sorgen und den am Schutz Interessierten nur Kummer. Dem Urteil des BGH vom 9. Mai 1985 gelingt es auch nicht, aufgrund der bundesdeutschen Urheberrechtsreform von 1985 in befriedigender Weise die gemeinfreie geistige Leistung in einem Computerprogramm von der schützbarer Auswahl zu scheiden. An und für sich haben Computerprogramme keinen selbständigen Zweck; sie werden nur wegen des von ihnen zu bewirkenden Ergebnisses geschaffen. Der Dritte kann nicht wissen, was am Programm geschützt sein soll, da die gefundene Lösung urheberrechtlich nicht schutzbar ist. Der durch den Schöpfer eines Programmes gewünschte Schutz kann in der BRD nur durchgesetzt werden, wenn er durch das Mittel einer Merkmalsanalyse die Individualität des Programmes glaubhaft macht und der Richter sich davon durch eine Expertise überzeugen lässt.

Nach Ansicht *Trollers* sollten sich in der Schweiz die interessierten Kreise mit dem Schutz gegen das Kopieren im Sinne von Art. 5 des Entwurfes zum revidierten UWG zufriedengeben.

In dieser Besprechung konnten nur die wichtigsten Aspekte der einzelnen Beiträge skizziert werden. Die durch Spezialisten fachlich und sprachlich hervorragend dargestellten Zusammenhänge dürften alle auf dem Gebiete des Wettbewerbsrechtes Tätigen interessieren.

Christian Englert

Dutoit, Bernard (Prof.): La lutte contre la contrefaçon moderne en droit comparé, Actes du Colloque de Lausanne, 85 pages (Genève 1986, Librairie Droz)

Markenpiraterie, Raubdrucke und -pressungen, Produktfälschungen, Mode-diebstahl und Herkunftstäuschungen bilden heute die hauptsächlichsten Aspekte der Freibeuterei an gewerblichen Leistungen. Sie zu bekämpfen, sollte angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung (geschätzter Weltumsatz jährlich 40 Mia. Pfund Sterling) nicht nur das Ziel einiger weniger Fachleute, sondern vielmehr aller Hersteller von Markenartikeln sein. Das vorliegende Sammelwerk soll das inter-

nationale Niveau des Schutzes vor Warenfälschungen veranschaulichen und zu dessen Weiterentwicklung beitragen.

Eine besonders glückliche Hand im Kampf gegen Fälscher scheint Frankreich zu haben, wie *Prof. A. Chavanne* von der Universität Jean-Moulin (Lyon) anhand eines Überblickes über das französische, belgische und italienische Recht nachweist. In Frankreich, wo zwischen Musterschutz und Urheberrechtsschutz kein grundsätzlicher Unterschied besteht, wo ein generelles Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb fehlt, der Schutz der Ursprungsangaben aber traditionsgemäss gut entwickelt ist, scheint nicht nur das zivilrechtliche, sondern auch das strafrechtliche Instrumentarium gegeben zu sein, um rasche Beschlagnahmungen gefälschter Waren durchzuführen. Insbesondere der spezialisierte Service de fraudes scheint eine wirksame Waffe im Kampfe gegen Piraten zu sein.

Auf eher traditionellen Wegen bewegen sich die Gesetze von Belgien, Italien und der Schweiz. Für dieses Land legt der Basler Anwalt *Chr. Englert* dar, dass das geltende Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb die Lücken der Spezialgesetzgebungen nur unvollständig zu schliessen vermag, da die Gerichte bei der Anwendung der Generalklausel zurückhaltend sind. Dafür verleihen die Spezialgesetze einen Anspruch auf Bekanntgabe des Lieferanten, der zwar auf rechtllichem Wege nicht einfach durchzusetzen ist. Im strafrechtlichen Bereich kritisiert der Autor die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur sog. "Substanztheorie" des Bundesgerichtes bei der Warenfälschung gemäss Art. 153 StGB. Glücklicherweise soll dieser bald revidiert werden, so dass er sich hoffentlich auch bei der Fälschung von Industrieprodukten problemlos anwenden lassen wird. Noch viel zu zurückhaltend ist die Praxis bei der Zuerkennung von Schadenersatz, Gewinnherausgabe oder gar Genugtuung.

Demgegenüber ist Deutschland, wie der Heidelberger *Prof. W. Tilman* nachweist, mit den zivilrechtlichen Instituten gegenüber dem Verkäufer gefälschter Waren und insbesondere mit der Regelung der Schadensdeckung zufrieden. Er beklagt jedoch das Fehlen eines wirksamen Auskunftsanspruches bezüglich des Lieferanten und der unmittelbaren Abnehmer der gefälschten Ware. Auch scheinen in Deutschland wirksame strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Bestimmungen zu fehlen, welche den Import und den Vertrieb von gefälschten Waren riskant machen würden. Daher sind de lege ferenda verschiedene Verbesserungen in Diskussion.

Aus dem englischen Rechtskreis berichtet *Prof. J.C. Lahore* vom Queen Mary College (London). Dort liegt der Schwerpunkt ebenfalls beim Zivilrecht, das eine ganze Anzahl von Klagen bei wirtschaftlichen Delikten (economic torts) zur Verfügung stellt. Diese lassen das Fehlen eines Wettbewerbsgesetzes kaum als nachteilig erscheinen, zumal auch das Urheberrechtsgesetz im Vergleich zur germanischen Tradition einen weit grösseren Anwendungsbereich hat. Ergänzend wird auch die Rechtslage in Singapur und Hongkong dargestellt, wobei man mit Erstaunen zur Kenntnis nimmt, dass Hongkong seit 1981 über einschneidende zoll- und strafrechtliche Möglichkeiten zur Bekämpfung von Markenfälschungen verfügt. Kein Wunder, dass sich das Zentrum dieser Aktivitäten nunmehr eher nach Pakistan und in andere Mitteloststaaten zu verlagern scheint.

Prof. B. Dutoit, Lausanne, vergleicht in einer kurzen Zusammenfassung die von den verschiedenen Ländern zur Verfügung gestellten rechtlichen Institute und zeigt die bestehenden Lücken auf. Er unterstreicht die Bestrebungen in einzelnen

Ländern, die bestehenden Gesetze griffiger zu gestalten und den Schutz der Fabrikanten und Konsumenten zu verbessern. Er fordert besonders die Schaffung und Erleichterung von Zollbeschlagnahmen und die behördliche Information des Verletzten unbesehen allfälliger Amtsgeheimnisse. Dem ist gerade auch im Hinblick auf die Schweiz nichts beizufügen.

Lucas David

Blum, Dr. Jörg: Schutz der Werbung vor Nachahmung, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, XV und 198 Seiten (Bern 1987, Verlag Stämpfli & Cie. AG), Fr. 42.–

Der Schutz vor Nachahmung kann im grossen und ganzen mit dem Schutz der Werbung gleichgesetzt werden, denn sie richtet sich an potentielle Käufer und bleibt dort in der Erinnerung haften. Dies wird von der Konkurrenz oft bewusst oder unbewusst ausgenützt, indem Verwechslungen gefördert oder doch zum mindesten nicht ausgeschlossen werden.

Der Autor, ein Zürcher Dissertant, geht der vielschichtigen Frage nach, wie denn die Werbung geschützt wird. Die einzelnen Kapitel seiner Arbeit befassen sich mit den verschiedenen Institutionen dieses Schutzes, nämlich dem Markenrecht, dem Muster- und Modellrecht, dem Urheberrecht, dem Wettbewerbsrecht, dem Firmenrecht und dem Persönlichkeits- und Namensrecht. In jedem Kapitel werden zuerst die Schutzvoraussetzungen und der Schutzzumfang dargestellt und nachher die verschiedenen Werbemittel einzeln auf ihre Schützbarkeit hin untersucht und die damit zusammenhängenden Probleme aufgezeigt.

Bei der Darstellung des Schutzes der sog. berühmten Marken fällt die recht differenzierte Betrachtungsweise auf, mit welcher der Autor deren Schutzbedürfnis beurteilt. Er rückt von der sonst vertretenen These ab, berühmte Marken benötigten namentlich hinsichtlich der Warenähnlichkeit einen besonders grossen Schutzzumfang, indem er zu Recht darauf hinweist, dass sich lange nicht jede berühmte Marke für die Diversifizierung eignet (z.B. Leica).

Leider wird dem Umfang des Schutzes von Kunstwerken nur ein einziger Satz gewidmet. Die Praxis hätte wohl gerne einzelne Merkmale kennengelernt, nach welchen sich die freie Nachschöpfung von der plagiatorischen Nachahmung unterscheiden liesse. Dafür ist der Katalog der untersuchten Werbemittel besonders umfangreich, umfasst er doch neben Photographie, Film und Graphik auch Slogans, Jingles, Warenformen und Schaufensterdekorationen. Von speziellem Interesse sind sodann die Ausführungen zum Wettbewerbsrecht, wo nicht nur die Kriterien der Verwechslungsgefahr im Ausstattungsschutz eingehend gewürdigt, sondern auch die wettbewerbsrechtlichen Möglichkeiten zum Schutz einer Leitung oder einer ganzen Werbekonzeption untersucht werden. Interessante Aspekte zeigen auch die Ausführungen des Autors über das neue Recht zum Schutz der persönlichen Güter auf, zu welchen gemäss jüngster Rechtsprechung auch Werbemittel gehören können. Die vorzügliche Aufbereitung des Stoffes wird dem Praktiker sicher zustatten kommen.

Lucas David

Schramm/Wiedemann: Der Patentverletzungsprozess, Patent- und Prozessrecht, 359 Seiten, München 1987, 3. Aufl., neu bearbeitet von Siegmund Wiedemann, Carl Heymanns Verlag KG, Köln

In den 22 Jahren seit Erscheinen der vom bekannten deutschen Immaterialgüterrechtler *Carl Schramm* verfassten 2. Auflage hat das Patentrecht mit seiner ausgeprägten Internationalisierung eine starke Wandlung erfahren. Diese Wandlung ist nicht ohne Einfluss auf das entsprechende Prozessrecht geblieben. Denn gerade im Verletzungsprozess nimmt der Umfang des betroffenen Klagepatentes eine beherrschende Stellung ein. Nicht vergebens werden daher im ersten Abschnitt dieses Buches die Grundfragen des materiellen Patentrechtes unter besonderer Berücksichtigung der Patentfähigkeit und der Auslegung des Patentanspruches erörtert.

Der zweite Abschnitt befasst sich mit den einzelnen Verletzungsformen, insbesondere mit der identischen Verletzung und der Nachahmung (Eingriff in den Äquivalenzbereich). Besonders eingehend befassen sich die Verfasser mit den Analogieverfahren und dem Schutz der zweiten Indikation.

Am meisten Platz nimmt schliesslich der dritte Abschnitt ein, in welchem die prozessrechtlichen Fragen erörtert werden. Hier werden u.a. Vorschläge für den Aufbau einer Klage oder einer Klagebeantwortung gemacht.

Im Anhang wird denn auch ein Musterklageentwurf samt Merkmalsynopsis und entsprechend farbig angelegten Skizzen zu den verschiedenen Ausführungsarten des patentierten Gegenstandes wiedergegeben. Dies zeigt, welche besondere Sorgfalt anzuwenden ist, wenn ein technischer Tatbestand von Nichttechnikern ermittelt und rechtlich gewürdigt werden muss. Beiläufig werden viele wertvolle Einzelheiten vermittelt, beispielsweise wie man eine Patentschrift liest, wie Unterlassungsbegehren formuliert werden sollen, zum Verhältnis zwischen Feststellungsklage und Leistungsklage, zur internationalen Zuständigkeit oder zur Prozessförderungspflicht der Parteien. Auffällig ist, dass bei der Darstellung des Beweisverfahrens die Wahl und Instruktion des Experten – im Gegensatz zum Augenschein – kein Thema zu sein scheinen. Breiten Raum nimmt schliesslich auch die einstweilige Verfügung ein, wobei auch das in der Schweiz grösstenteils noch unbekannt gebliebene Institut der Schutzschrift positiv gewürdigt wird. Weitere Kapitel befassen sich mit der Zwangsvollstreckung, der nachträglichen Beseitigung rechtskräftiger Urteile und dem Streitwert, den Kosten und Entschädigungen. Wenn man bedenkt, mit welcher summarischen Passagen in der Schweiz Parteientschädigungen begründet oder abgewehrt werden, so scheinen die sinnvollen Ausführungen zur Erstattungspflicht der Kosten des mitwirkenden Patentanwaltes, der Privatgutachter, der Korrespondenzanwälte usw. besonders wichtig und beachtenswert.

Beklagenswert ist einzig, dass der Begründer dieses Buches, Rechtsanwalt *Dr. Carl Schramm* in München, zwar noch an den Vorarbeiten für die 3. Auflage seines Werkes mitschaffen konnte, dessen Herausgabe jedoch nicht mehr erlebte. Um so erfreulicher ist es indessen, dass sein Partner *S. Wiedemann* die langjährige Tradition des Büros Schramm & Zwipf weiterführt und dem gewerblichen Rechtsschutz mit seiner Publikation einen wertvollen Dienst leistet.

Lucas David

Schachenmann, Dr. Beat: Begriff und Funktion der Aufgabe im Patentrecht, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 50, 1986, VII und 162 Seiten, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, broschiert, Fr. 34.—

Erfindungen sind Lösungen technischer Aufgaben. Die patentrechtliche Analyse von Erfindungen erfolgt deshalb unter diesen beiden Gesichtspunkten. Die Lösung, welche die technischen Mittel umschreibt, die zum Einsatz gelangen, steht aus verständlichen Gründen meist im Zentrum des Interesses. Die Aufgabe, welche den erzielten Wirkungen der Lösungsmittel Ausdruck verleiht, erweist sich jedoch als nicht weniger wichtig, um Erfindungen korrekt zu beurteilen.

Allerdings besteht zur Erfindungsaufgabe bisher keine vollständige Einhelligkeit in Dogmatik und Rechtsanwendung. Im Hinblick darauf untersucht der Autor die Aufgabe als Rechtsbegriff, wie er sich in der schweizerischen, der deutschen und der europäischen Rechtsprechung herausgebildet hat. Auf dieser Grundlage wird dann die Funktion der Aufgabe in den wichtigen patentrechtlichen Zusammenhängen dargestellt. Insbesondere wird die Rolle der Aufgabe bei der Erfindungs-offenbarung, der Patentfähigkeit und der Bestimmung des Schutzbereichs erläutert.

Cherpillod, Dr. Ivan: L'objet du droit d'auteur, Publication CEDIDAC no 1, 1985, 197 pages, Fr. 60.—

Des oeuvres de l'art contemporain aux programmes d'ordinateurs, la propriété littéraire et artistique est susceptible de porter sur de nombreuses créations. Les conditions auxquelles un droit d'auteur peut être accordé revêtent à cet égard une importance capitale. En outre, l'étendue de cette protection soulève des problèmes délicats: dans quelle mesure le contenu d'une oeuvre est-il protégé? Le droit d'auteur s'attache-t-il aux idées qu'une création exprime?

Ces questions sont d'une grande portée pratique si l'on songe par exemple aux ouvrages scientifiques et techniques, aux logiciels, ou encore aux oeuvres qui font l'objet d'une adaptation cinématographique. Elles nécessitent qu'une étude approfondie leur fût consacrée: c'est le but de *L'objet du droit d'auteur*.

Dans une première partie, cet ouvrage discute l'opinion selon laquelle le droit d'auteur ne protégerait que la forme, par opposition aux idées contenues dans une oeuvre. Une grande partie de la littérature juridique et des tribunaux considère en effet que les idées demeurent soustraites à la protection, car leur libre circulation est nécessaire au progrès de l'humanité. Mais cette distinction entre forme et idée n'a que l'apparence de la simplicité; de plus, elle aboutit parfois à des solutions inéquitables. Une approche plus nuancée devrait dès lors être suivie.

La deuxième partie de *L'objet du droit d'auteur* est consacrée aux conditions et à l'étendue de la protection. Elle traite ainsi des exigences que les oeuvres doivent remplir afin d'être protégées, puis du droit d'auteur sur le contenu et les diverses composantes de chaque type d'oeuvre. Cette étude se conclut par l'examen de la protection conférée aux créations suivantes:

- oeuvres littéraires
- oeuvres musicales

- oeuvres des arts figuratifs
- architecture et arts appliqués
- oeuvres scientifiques
- programmes d'ordinateurs.

L'auteur, M. Ivan Cherpillod, est docteur en droit de l'Université de Lausanne. Il travaille comme collaborateur scientifique au Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC).

Cherpillod, Dr. Ivan: Le droit d'auteur en Suisse, Publication CEDIDAC no 3, 1986, 140 pages, Fr. 75.—

L'ouvrage expose les règles juridiques essentielles du droit d'auteur suisse. Il traite ainsi:

- des conditions de la protection
- des titulaires des droits
- de l'étendue de la protection
- des contrats et du transfert des droits (auteurs employés, oeuvres commandées, édition)
- des moyens de droit (actions civiles et pénales)
- de la protection des oeuvres étrangères en Suisse.

Cet ouvrage complète donc la publication CEDIDAC no 1 (L'objet du droit d'auteur). Il comprend en outre une liste de questions et réponses pratiques qui facilite sa consultation: quels sont les droits d'auteur des journalistes? Le propriétaire d'une oeuvre architecturale protégée peut-il faire subir des modifications à celle-ci? Quels sont les problèmes de droit d'auteur en relation avec les banques de données informatisées? Tels sont quelques-uns des points abordés par cet ouvrage.

EDV-Software: Rechtsschutz, Vertragswesen, Checklisten/Les logiciels et le droit: protection légale, contrats, check-lists, Travaux de la Journée d'information LES/VSM du 23 mai 1985, Publication CEDIDAC no 4, 230 pages, Fr. 75.—

Les problèmes juridiques soulevés par les logiciels sont complexes et variés: quelle est leur protection légale? Quelles sont les règles applicables aux contrats portant sur les logiciels (réalisation, licence, commercialisation, ou encore entretien des programmes)? A quels points faut-il prendre garde lors de la rédaction de tels contrats?

La difficulté et l'actualité de ces questions ont amené le groupe suisse de la Licensing Executives Society (LES) et la Société suisse des constructeurs de machines (VSM: Verein Schweizerischer Maschinen-Industrieller) à organiser le 23 mai 1985 une journée d'information sur le thème "Développement, protection et mise en valeur des logiciels – aspects économiques et juridiques". Le présent ouvrage reprend les travaux de cette journée, c'est-à-dire les exposés qui y ont été présentés, mais aussi des check-lists permettant l'établissement et le contrôle des contrats relatifs aux logiciels.

Les contributions sont publiées dans la langue de l'exposé original, avec une traduction résumée. Quant aux check-lists, elles sont publiées en allemand et intégralement traduites en français.

Table des matières

F. Dessemontet	La protection des programmes d'ordinateurs
A. Fuchs	Vertrag über die Entwicklung von Software
L. Wochner	Lizenzierung von Software
P. Walti	Zusammenarbeit zwischen Anwendern und EDV-Unternehmen beim Vertrieb von Software-Paketen unter besonderer Berücksichtigung von Kundenapplikationen zum Vertrieb

VI. Eingegangene Bücher

Aus dem Verlag Stämpfli & Cie. AG, Bern 1987:

- Uhl, Dr. M.*: Die rechtsgeschäftliche Verfügung im schweizerischen Urheberrecht, SMI, Heft 20, Fr. 42.—/DM 50.—
- Altenpohl, Dr. M.*: Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen, SMI, Heft 22, 1987, 308 Seiten, broschiert, Fr. 58.—/DM 70.—
- Degginger, Dr. A.*: Beiträge zum urheberrechtlichen Schutz der Gegenwartskunst, ASR, Heft 509, 1987, 108 Seiten, broschiert, Fr. 32.—/DM 38.—
- Höslly, Dr. B.*: Das urheberrechtlich schützbares Rechtssubjekt, SMI, Heft 21, 1987, 208 Seiten, broschiert, Fr. 48.—/DM 58.—
- Marbach, PD Dr. E.*: Rechtsgemeinschaften an Immaterialgütern, ASR, Heft 508, 226 Seiten, broschiert, Fr. 68.—/DM 81.—
- Barrelet, Denis*: Droit suisse des mass media, 2ème éd., revue et augmentée, 422 pages, Fr. 74.—

VII. Corrigenda

Auf den S. 165 und 179 von Heft 2/1986 sind zwei Referate abgedruckt, die am 22. Oktober 1986 vor der Generalversammlung des Verbandes der beim europäischen Patentamt eingetragenen freiberuflichen schweizerischen Patentanwälte (VESPA) gehalten wurden. Die entsprechende mit Stern gekennzeichnete Fussnote ist unzutreffend, da es sich nicht um den Verband Schweizerischer Patentanwälte (VSP) gehandelt hat.

Wir bitten diese Korrektur zu beachten und entschuldigen uns für dieses Versehen.

Die Redaktion

VIPS

*Verband der Industrie-
Patentanwälte in der Schweiz*

VESPA

*Verband der beim Europäischen
Patentamt eingetragenen freiberuflichen
schweizerischen Patentanwälte*

10 Jahre Europäisches Patent

Dr. Felix A. Jenny, Basel

Präsident des Verbandes der Industriepatentanwälte in der Schweiz (VIPS)

und

Dietrich Mohnhaupt, Genf

Präsident des Verbandes der beim europäischen Patentamt
eingetragenen freiberuflichen schweizerischen Patentanwälte (VESPA)

Am 7. Oktober 1987 feiert die Europäische Patentorganisation ihr zehnjähriges Bestehen mit einem Festakt in München. Nach 17 Jahren der Vorbereitung und 4 Jahre nach Unterzeichnung des Münchner Übereinkommens über ein europäisches Patenterteilungsverfahren konnte am 7. Oktober 1977 das Übereinkommen in Kraft treten, nachdem Luxemburg als sechstes Land die Ratifikationsurkunde 3 Monate vorher hinterlegt hatte.

Viele Hindernisse waren zu überwinden. Gegner und Befürworter traten mit ihren Befürchtungen und deren Widerlegung an die Öffentlichkeit. Parlamentarier und Regierende sorgten sich um die Auswirkungen der bei der Patenterteilung abzutretenden Hoheitsrechte an eine Organisation, von der ja nicht bekannt sein konnte, wie sie mit diesen Rechten umgehen würde. Aber schliesslich setzte sich die Meinung durch, dass das Ganze für Europa und seine Wirtschaft einen Fortschritt darstelle und der Mühe wert sei, ausprobiert zu werden, zumal ja die Benützung des europäischen Wegs fakultativ sei. Auch die in der Schweiz lautgewordenen Befürchtungen, dass riesige Summen zu Lasten des Steuerzahlers in das Europäische Patentamt hineingepumpt werden müssten, erwiesen sich später als unbegründet, konnte doch die Europäische Patentorganisation die von den Vertragsstaaten erhaltenen Gelder in weniger als der Hälfte der vorgesehenen Zeit zurückzahlen.

Seither sind 10 Jahre vergangen, eine Zeitspanne, die im Leben der Staaten verhältnismässig kurz ist. Für uns, die wir mit dem europäischen Patentsystem arbeiten, erscheint sie jedoch lang, und wir können uns heute kaum mehr richtig in die Zeit zurückversetzen, in welcher es das Europapatent mit seinen Vorteilen noch nicht gab. Es erfüllt uns auch mit Genugtuung, dass kürzlich zwei weitere Länder dem Münchner Übereinkommen beigetreten sind, so dass ihm nun dreizehn Vertragsstaaten angehören.

Heute bezweifelt niemand mehr im Ernst, dass das Europapatent ein Erfolg ist, obwohl es nicht nur Vorteile besitzt und noch nicht die beste aller Welten dar-

stellt. Wie kommt es, dass das Europapatent trotz anfänglicher Bedenken so erfolgreich wurde?

Von Anfang an konnte erwartet werden, dass das europäische Patent, vom Verfahren her gesehen, günstiger ist als die Summe der einzelnen nationalen Verfahren. Als Gründe seien genannt: die Einreichung einer einzigen Anmeldung bei einem nationalen Patentamt oder beim Europäischen Patentamt, die freie Wahl der drei Verfahrenssprachen, die zentrale, einheitliche Recherche, Prüfung und Erteilung. Aber wie würde das Ganze in der Praxis gehandhabt werden? Würde die Einheitlichkeit von Sprache und Prüfung nicht durch die unterschiedliche Ausbildung, Beurteilung und Haltung der zum Amt abgeordneten nationalen Prüfer in Frage gestellt werden? Welchen Wert würden die erteilten Patente haben? Wie würden sich Fristversäumnisse auswirken? Wie würde sich das Amt zu den Anmeldern und ihren Vertretern verhalten? Könnte das Institut der beim europäischen Patentamt zugelassenen Vertreter (EPI) die stark divergierenden, auf nationaler Eigenständigkeit und den Interessen von Industrie und freiberuflicher Anwaltschaft beruhenden Gegebenheiten unter einen Hut bringen und wirksame Arbeit leisten? Würde der Verwaltungsrat, die Vertretung der Signaturstaaten, das Amt am Zügel halten und gängeln wollen? Und würde das Amt mit den Einnahmen auskommen oder die Gebühren laufend erhöhen müssen?

Eine Fülle von Fragen tat sich auf, und es war von Anfang an zu vermuten, dass hier über Erfolg oder Scheitern entschieden würde.

Heute, nach zehn Jahren, wissen wir mehr und können eine Antwort auf diese Frage geben.

Zwar sind in der Praxis gewisse Schwierigkeiten aufgetreten. Es waren glücklicherweise nur Anfangsschwierigkeiten, die nun überwunden sind. Dies war nur möglich durch die Entschlossenheit aller Beteiligten, das Gelingen des grossen Versuches durchzusetzen, nationale Empfindlichkeiten hintanzusetzen und tragfähige Kompromisse einzugehen. Inwieweit die Grosszügigkeit und schon fast südländische Lebensart der Münchner Umgebung – in München wird ja der grösste Teil der Arbeit geleistet – eine Rolle spielen, lässt sich nur vermuten. Die gleichberechtigte Behandlung der kleinen Länder und ihrer Angehörigen ist jedenfalls ein wesentlicher Bestandteil der europäischen Patentpraxis, sind doch gegenwärtig beispielsweise die Präsidenten des EPA und des EPI Schweizer. Im Amt kümmert sich heute niemand um die Staatsangehörigkeit eines Bediensteten; andere, wichtigere Eigenschaften als der Zufall der Nationalität sind massgebend.

In wahrhaft kurzer Zeit ist es dem Amt gelungen, die Unterschiede der Betrachtungs- und Arbeitsweise der einzelnen Prüfer und anderer Entscheidungsträger, die ja in Patentsystemen ausgebildet und erzogen wurden, die stark voneinander verschieden waren, einander anzugleichen. Wie periodische Umfragen bei den interessierten Kreisen ergaben, wird der Prüfungsstandard als richtig empfunden. Entgegen gewisser Befürchtungen ist auch keine "Germanisierung" des Erteilungsverfahrens eingetreten. Vielmehr ist es der Amtsleitung gelungen, zielstrebig einen eigenen Weg, nämlich den europäischen, einzuschlagen. Dadurch war ein wichtiger Schritt auf dem Wege zur einheitlichen Praxis getan, von dem in erster Linie die Anmelder und ihre Vertreter profitieren.

Das Amt hat sich weiterhin von Anfang an um eine enge Zusammenarbeit mit den Anmeldern bemüht und eine Politik der Anmeldefreundlichkeit verfolgt, die

nicht hoch genug zu veranschlagen ist. Es hat immer den wichtigen Grundsatz verfochten, dass eine von den materiellen Voraussetzungen her patentwürdige Anmeldung nicht an formellen und administrativen Klippen und Fallen scheitern sollte. Wir als Vertreter haben beim Amt stets ein offenes Ohr für Anregungen, Bitten und Auskünfte gefunden, und die unbürokratische Art und Weise des Verkehrs mit dem Amt in solchen Dingen ist sehr anzuerkennen. Auch mit dem EPI und seinen Arbeitsausschüssen pflegt das Amt eine enge Zusammenarbeit, und Ähnliches gilt für den Verwaltungsrat, welcher dem EPI nun den Beobachterstatus zuerkannt hat. Schon mehrmals konnten aufgrund von Vorschlägen des EPI, die vom Amt aufgenommen und unterstützt wurden, wichtige Verbesserungen der Praxis erreicht werden, die dann durch geänderte oder ergänzte Regeln in der Ausführungsordnung festgeschrieben wurden. Es sei in diesem Zusammenhang die kürzlich erfolgte Änderung der Regel 51 erwähnt, die den Schutz des Anmelders vor unfreiwilligen Verlusten wesentlich verbessert.

In einzelnen Mitgliedsländern hat das europäische Patent schnell Anklang gefunden. Fast alle Vertragsstaaten haben inzwischen ihr Patentgesetz an das EPUe angepasst – was die Beibehaltung gewisser hergebrachter Vorteile der nationalen Gesetze nicht ausschliesst –, und der Inhaber des europäischen Patentbesitzes läuft kaum Gefahr, dass sein Patent in jedem einzelnen Land, das er benannt hat, grundlegend andere Wirkungen entfaltet und anders beurteilt wird, zumal die Gerichte der Vertragsstaaten sich im allgemeinen um eine einheitliche Auslegung des Europäischen Patentübereinkommens zu bemühen scheinen. Auch in Ländern, die nicht Mitglied des EPUe sein können, ist das europäische Patent angesehen und beliebt, und beispielsweise laufen zur Zeit Verhandlungen mit den Patentämtern Japans und der USA zum Zwecke einer Harmonisierung der drei Patentsysteme. Der Erfolg des Europäischen Patentsystems ist auch aus der Tatsache ersichtlich, dass die Bereitschaft vieler europäischer Anmelder, Konzessionen zu machen, um die europäische Praxis in Richtung der amerikanischen oder japanischen Praxis zu harmonisieren, sehr gering ist. Dies kommt natürlich daher, dass das Europäische Patentsystem das modernste der drei Patentsysteme ist, in langjährigen Diskussionen zwischen Vertretern verschiedener Rechtssysteme erarbeitet wurde und einen breit abgestützten Konsens darstellt.

Die Informationstätigkeit des Amtes ist vorbildlich. Ohne berechnete Interessen der Anmelder und Patentinhaber im Rahmen des EPUe zu beeinträchtigen, veröffentlicht das Amt Rechtsauskünfte, Beschwerdeentscheide, für europäische Patente relevante Entscheide aus den Vertragsstaaten und sonstige Nachrichten, selbstverständlich auch die interessierenden Daten der Offenlegung und Patenterteilung.

In der Schweiz wurde nach anfänglichem, verständlichem Zögern das europäische Patentsystem voll unterstützt. Die Patentvertreter tragen das ihre dazu bei. Der seit November 1974 bestehende Verband der Industriepatentanwälte in der Schweiz (VIPS) mit seinen etwa 200 Mitgliedern setzte sich immer für das Europapatent ein. Die freiberufliche Anwaltschaft hat am 26. August 1978 den Verband der beim europäischen Patentamt eingetragenen freiberuflichen schweizerischen Patentanwälte (VESPA) gegründet, der heute 110 Mitglieder hat und die europäische Linie verfolgt. Beide Verbände arbeiten in ihrem Programm zur Vorbereitung auf die europäische Eignungsprüfung und im Grundkurs zur Ausbildung von

Patentfachleuten zusammen und geben gemeinsam ein Mitteilungsblatt heraus. Es bestehen enge Kontakte zum europäischen Patentamt, und auch in dieser Beziehung soll die Offenheit des Amtes und die Bereitschaft zum Dialog dankbar erwähnt werden. Auch die schweizerischen Mitglieder des Rates des EPI bemühen sich höchst aktiv, zusammen mit den Kollegen aus dem Fürstentum Liechtenstein, um die Sache des europäischen Patentbesitzes an gemeinsamen Besprechungen vor jeder EPI-Ratssitzung.

Das Amt darf zu seinem Erfolg beglückwünscht werden. Der grosse Erfolg hat jedoch leider auch seine Schattenseiten, so hat das EPI zur Zeit grosse Schwierigkeiten, die Recherchen und die Prüfung der immer noch steigenden Anzahl von Anmeldungen zu bewältigen. Ferner hat das Amt mit der Platznot zu kämpfen; im Haag musste das Gebäude vergrössert werden und in München ist das Gebäude voll, so dass bald ein Neubau fällig wird. Wir hoffen, dass es dem Amt bald gelingen wird, diese Schwierigkeiten zu meistern.

Zehn erfolgreiche Jahre sind vergangen, in denen vieles geleistet wurde. Viele Jahre und Jahrzehnte stehen uns bevor. Viel Arbeit bleibt noch zu tun. Wir wünschen uns, im Rahmen des Möglichen, weitere Verbesserungen des EPUe und der Patentpraxis, beispielsweise Vereinfachungen im Formularwesen und im Verfahrensablauf, der zum Teil recht kompliziert und umständlich erscheint. Wir wünschen uns eine Senkung der Kosten, zumindest einen Verzicht auf Erhöhungen, eine klarere Sprache der Mitteilungen und Entscheide und dem Europäischen Patentamt einen höheren Anteil an den Jahresgebühren für europäische Patente.

Der Europäischen Patentorganisation, dem Europäischen Patentamt und allen seinen Bediensteten sprechen wir anlässlich des zehnjährigen Bestehens der Europäischen Patentorganisation unsere herzlichsten Glückwünsche aus und verbinden damit die besten Wünsche für ihre Zukunft, an der wir weiterhin mitarbeiten werden. Möge der im Amt vorhandene Pioniergeist auch in Zukunft wach bleiben!

Die wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts

Dr. Ulrich Uchtenhagen

Einleitung

1. Künstlerische Regungen sind so alt wie die Menschheit selbst. Seit jeher drängte es den Menschen zum Formen und Gestalten — und seit jeher drängte sich seine Umgebung heran, um an diesem Schaffen Anteil zu nehmen.

Ob es sich um die Masken und Tänze der Eingeborenen-Stämme, die Hochzeits-Zeremonien oder Totenklage einer Grossfamilie, die Felszeichnungen oder verzierten Knochen der Höhlenbewohner handelt — stets ist der gleiche elementare Wunsch zu spüren, mit Hilfe der Kunst über die nackte Existenz hinaus zu würdigerem Dasein zu finden.

2. Kunst ist deshalb weit mehr als eine Annehmlichkeit des Lebens, die man sich leisten kann, wenn man eine bestimmte wirtschaftliche Stufe erreicht hat. Kunst tritt auf, sobald sich menschliche Gemeinschaften bilden; sie zählt zu den Voraussetzungen menschlicher Existenz wie Essen, Trinken und Kleidung. Deshalb kommt der Kunst immer eine wirtschaftliche Bedeutung zu; allezeit und überall wurden Zeit und Arbeitskraft zu künstlerischer Betätigung eingesetzt. Diese bildet somit stets einen Teil des Wirtschaftslebens der Gemeinschaft, in welcher der Künstler wirkt.

1. Wirtschaftsformen des Kunstlebens

3. Die Wirtschaftsformen des Kunstlebens richten sich nach den allgemeinen Existenz-Bedingungen der Gemeinschaft. Im folgenden soll versucht werden, diese Zusammenhänge etwas darzustellen, wobei es ohne gewisse Vereinfachungen — so unter dem Motto "Kultur und Agrikultur" — nicht abgehen wird. Da es sich hier aber nicht darum handelt, einen Überblick über die Entwicklung der Kultur- und Lebensformen zu vermitteln, sondern lediglich deren wirtschaftliche Aspekte hervorzuheben, mag ein solches Vorgehen vertretbar sein.

a) Selbstversorgung

4. Die auf sich selbst gestellte, weitgehend von der Umwelt abgeschnittene Gemeinschaft war und ist auf die Selbstversorgung angewiesen. Ihr Gedeihen und Verderben hängt davon ab, dass es ihr gelingt, in ausreichendem Masse Nahrung, Tranksame, Kleidung, Unterkunft und Waffen zu beschaffen. Diese Anstrengungen schlossen auch die Vorsorge für den Fall ungünstiger Entwicklungen in sich ein; die Selbstversorgung zeichnet sich denn auch zu allen Zeiten und an allen Orten durch einen starken Hang zur Vorratshaltung aus.

5. Das künstlerische Leben der Gemeinschaft war ebenfalls auf die Selbstversorgung ausgerichtet. Der Kunst kam insofern eine erhöhte Bedeutung zu, als sie nicht nur das Bedürfnis nach Schönerem, Erhabenem und Ausserordentlichem zu befriedigen hatte, sondern auch den Zusammenhalt der Gemeinschaft gewährleisten musste. Nur die in künstlerischer Form vermittelten Glaubensinhalte und Wertvorstellungen verstärkten das Bewusstsein der Zusammengehörigkeit und gaben der Gemeinschaft damit einen festen Rückhalt. An die Kunst als Existenzbedingung wurden sehr hohe Anforderungen gestellt; aus diesem Anspruch erklärt sich die ausserordentliche Qualität und Intensität der Formen und Farben, die Jahrhunderte zu überdauern vermochten und bis heute das geistige Leben der Gemeinschaft beeinflussen.

b) Marktwirtschaft

6. In der Marktwirtschaft treten die wirtschaftlichen Interessen der Individuen in Erscheinung, wobei diese Interessen mit jenen der Gemeinschaft längst nicht immer übereinstimmen. Das Gemeinwesen verbürgt sich sogar, dem Handel und Wandel des Einzelnen freien Lauf zu lassen, soweit er nicht an den Grundfesten des Staatswesens rüttelt. Die Entwicklung zur Marktwirtschaft muss nicht zur Abkehr vom Gedanken der Selbstversorgung führen; diese tritt indessen als gemeinsames Ziel zurück und überlässt dem egozentrischen Streben des Individuums um wirtschaftliches Auskommen den Vortritt.

7. Die Marktwirtschaft eröffnet dem Einzelnen die Möglichkeit, seine Ansprüche an die Kunst nennen und zur Erfüllung seiner Wünsche eigene Wege beschreiten zu können. Es entsteht Nachfrage nach künstlerischen Gütern, die ein entsprechendes Angebot auf den Plan ruft. Mit dem wirtschaftlichen Wohlergehen wächst diese Nachfrage; in wirtschaftlich schwierigen Lagen schrumpft sie. Die Erfahrung zeigt, dass der Einzelne im allgemeinen so viel als möglich zur Befriedigung seiner künstlerischen Bedürfnisse ausgibt. Aus diesem Verhalten darf geschlossen werden, dass dem Kunstmarkt wirtschaftlich eine gewaltige Bedeutung zukommt, indem ihm ein wesentlicher Teil jenes riesigen "Überschusses" zufließt, der nach der Sicherung der materiellen Existenz verbleibt. Man hat in verschiedenen Ländern versucht, diese Aufwendungen zu berechnen und in Prozenten des Brutto-Sozialproduktes darzustellen, was zu respektablen Zahlen führt; diese sind aber wenig aussagekräftig, weil sie nicht von der Nachfrage, sondern vom Angebot an industriell hergestellten oder verbreiteten Kunstgütern ausgehen.

8. Aus der Tatsache, dass der Einzelne seinen "Überschuss" an Mitteln zur Teilhabe am künstlerischen Leben verwendet, darf nicht geschlossen werden, es handle sich dabei um einen Luxus, den man sich in guten Zeiten leisten könne und auf den man in ungünstigen Verhältnissen wieder verzichten müsse. Dieses Verhalten zeigt vielmehr – wie bereits erwähnt – dass die Kunst im Leben zu den elementaren Anliegen zählt und dass hierfür alles aufgewendet wird, was nicht anderweitig ausgegeben werden muss.

9. Die Möglichkeiten des Einzelnen, seine eigenen Wege zur Kunst einzuschlagen, befreit das Gemeinwesen nicht von seiner Verpflichtung, seinerseits für ein Kunst-

leben zu sorgen. Wie im Falle der Selbstversorgung dreht es sich auch in der Marktwirtschaft darum, den Zusammenhalt und die Zusammengehörigkeit im künstlerischen Ausdruck zu finden. Hinzu treten die Bemühungen, jedem Mitglied der Gemeinschaft eine Mindest-Teilhabe am künstlerischen Leben zu sichern, eine Zielsetzung, die sich in jüngerer Zeit beispielsweise im sogenannten "Versorgungs-Auftrag" für die staatlichen Radio- und Fernseh-Anstalten ausdrückt.

10. Den Künstlern bringt die Marktwirtschaft eine gewaltige Erweiterung ihres Tätigkeitsbereiches. Neben dem Dienst an der Gemeinschaft – oder sogar anstelle eines solchen Dienstes – können sie sich den Anliegen bestimmter Auftraggeber oder den Wünschen einer ganzen Kundschaft widmen. Daraus darf nicht einfach abgeleitet werden, dass die Kunst jetzt nach Brot geht. Sicherlich führen die Erwägungen des Broterwerbs manchen Künstler dazu, schneller und billiger Werke herzustellen; doch wenn einerseits auf diese Weise Spitzenwerke ungeschaffen bleiben, so gewinnt doch andererseits das Kunstleben an Breite und vermag alle Volksschichten stärker zu berühren.

c) Infrastrukturen

11. Die Rolle der Landwirtschaft hängt in jedem Land davon ab, ob ihre Produkte so transportiert und gelagert werden können, dass sie in unverdorbenem Zustand den Konsumenten erreichen. Solange der Bauer seine Erzeugnisse nicht transportieren kann, wird er auch nicht für andere säen und pflanzen. Strassen und Schienenwege sind deshalb das Rückgrat jeder Wirtschaftsordnung, die auf räumliche Arbeitsteilung ausgerichtet ist. Ein landwirtschaftliches Hinterland kann eine Stadt solange nicht versorgen, als es seine Nahrungsmittel nicht rasch dorthin bringen kann. In der Schweiz beispielsweise ist die Gefahr der Hungersnöte erst mit dem Bau der Eisenbahnen gebannt worden.

12. Auch im Kunstleben kommt es ganz wesentlich auf Infrastrukturen an, damit die künstlerische Tätigkeit ihre Wirkungen entfalten kann. Der Urheber, der sein Werk nicht in die Öffentlichkeit tragen kann, verhält sich wie der Bauer, der seine Hirse nicht los wird: er sät und pflanzt nicht mehr für andere. Nur mit guten Wegen zum Publikum, die den Urhebern des Landes offen stehen, lässt sich auf die Dauer ein Kunstleben der Gemeinschaft entwickeln.

13. Niemand käme auf die Idee, von den Bauern eines Landes zu verlangen, sie müssten die Strassen und Bahnen zum Transport ihrer Feldfrüchte selber bauen; dies ist Aufgabe des Staates. Genau so unsinnig wäre es, von den Künstlern zu fordern, sie hätten selber die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um ihr Publikum zu finden. Auch dies ist Sache der Gemeinschaft; sie hat dafür zu sorgen, dass die künstlerischen Anstrengungen alle Kreise der Gemeinschaft erreichen.

d) Industrie

14. Industrie siedelt sich an, wenn gewerbliche Tätigkeit Aussicht auf Erfolg verspricht und Wagemut und Kapital vorhanden sind, um die mit dem Aufbau ver-

bundenen Risiken zu tragen. Bei der Wahl des Standortes kommen den Fragen der Arbeitskräfte und der Energie, der Nähe der Rohstoffe, der bereits erwähnten Transportmöglichkeiten und der Grösse des Absatzmarktes entscheidendes Gewicht zu. Auch die Behandlung durch den Staat bezüglich garantierter Marktfreiheit, Preisregulierungen und Steuern kann ausschlaggebend sein.

15. Die gleichen Überlegungen treffen für jene Unternehmungen zu, die ihre Produkte auf den Kunstmarkt bringen wollen, so beispielsweise Verlage und Druckereien, Schallplatten- und Kassetten-Fabriken sowie Film-Produktionen. Hinzu tritt die Frage, wie ihre Produkte auf dem Markt geschützt sein werden. Ohne einen solchen Schutz müssten sie schon beim erstmaligen Erscheinen des Buches, Tonträgers oder Filmes auf ihre Rechnung kommen, was erfahrungsgemäss nur selten zutrifft; mit dem Schutz hingegen können sie damit rechnen, während einer längeren Dauer der Verwertung den Ausgleich von Aufwand und Ertrag zu finden und vielleicht sogar Gewinne zu erzielen. Dieser Schutz ist deshalb so bedeutend, weil kein anderes Industrieprodukt derart vom Kopieren bedroht ist. Ein Gerät oder eine Maschine kann allenfalls nachgebaut werden, was erhebliche Zeit in Anspruch nimmt und mit beträchtlichen Kosten verbunden ist. Im Gegensatz dazu lassen sich Bücher, Tonträger und Filme sofort und auf billige Art und Weise vervielfältigen. Ohne Schutz gegen dieses Kopieren sind die Marktverhältnisse als so unsicher zu betrachten, dass sich keine neuen Industrien mehr ansiedeln werden und bestehende Unternehmen in Bedrängnis geraten. Ein grosses internationales Tonträger-Unternehmen gab deshalb letzthin die Weisung aus, Produktionsstätten nur noch in Ländern zu errichten, in denen der Schutz seiner Tonträger gewährleistet ist.

e) Raubbau

16. Immer wieder tritt die Versuchung an den Menschen heran, zu raschem Profit mit den vorhandenen Rohstoffen, Böden oder Kräften Raubbau zu treiben, mit der Wirkung, dass dem hektischen Nutzungs- und Zerstörer-Werk Öde und Leere folgen. Ein Baum braucht fünfzig oder hundert Jahre Zeit, um zu seiner stattlichen Grösse heranzuwachsen; wenn er in einer Stunde gefällt wird, hinterlässt er somit auf viele Jahre hinaus eine Lücke. Ein Boden, der überdüngt wird, ermüdet derart, dass er während langer Zeit brach liegen muss; er hätte ohne forcierten Ertrag mehr Früchte getragen.

17. Solchen Raubbau kann man auch auf dem Kunstmarkt feststellen. Es ist ein Unsinn, die gesamten Kunstschatze eines Landes in kurzer Zeit vermarkten zu wollen. In ähnlicher Art, wie Wald um Wald abgeholzt wird, fängt man Folklore um Folklore auf Tonband ein und verwertet sie hemmungslos. Diese Raubzüge auf die kulturellen Überlieferungen stiften schweren Schaden; sie gefährden den Bestand jener geheimen Schätze, aus denen sich die Künstler immer wieder neue Anregung holen, sie überschwemmen die Märkte und führen zu Sättigungserscheinungen beim Publikum, die der Wertschätzung für diese Kunstformen abträglich sind.

f) Import

18. Kein Land verfügt über alle Güter seines Bedarfs. Das Fehlende muss deshalb auf dem Wege des Imports beschafft werden. Dabei gilt als volkswirtschaftliche Grundregel, nur so weit Produkte aus anderen Ländern einzuführen, als sie im Lande selber nicht hergestellt werden können. Wer Güter importiert, die im Lande selber erhältlich sind, schadet nicht nur der eigenen wirtschaftlichen Entwicklung, sondern trägt auch zur Verschuldung des Staates bei, die oftmals aus falscher Einfuhrpolitik herrührt.

19. Dem genannten volkswirtschaftlichen Grundsatz wird im Bereich der Kunst kaum nachgelebt. Die Schleusen des Imports von Literatur und Kunst sind vielmehr weit geöffnet und es gilt als wünschenswert, vom ausländischen Kunstleben so viel als überhaupt möglich zu erhaschen. Dies geht so weit, dass den Leckerbissen des ausländischen Kunstschaffens mehr Interesse entgegengebracht wird als der eigenen "hausbackenen" Kost. Die Anliegen der landeseigenen Künstler werden dabei nicht nur gänzlich übergangen; die Überschwemmung mit ausländischen Billigprodukten verdirbt ihnen auch noch ihren Markt.

20. Besonders stossend wirkt das Lechzen nach ausländischen Kunstgütern in jenen Fällen, in denen sich ein Staat bei jeder Gelgenheit seiner politischen Unabhängigkeit rühmt, es aber zulässt, dass seine Bevölkerung ausländische Produkte dem einheimischen Schaffen bevorzugt. Hier wird mit dem Schielen nach dem Wohlfeilen und mit der Vernachlässigung der eigenen kulturellen Anstrengung der Wille zum Zusammenhalt und das Bewusstsein der nationalen Zugehörigkeit untergraben.

g) Export

21. Nach der klassischen Lehre der Volkswirtschaft dienen die Exporte dazu, die Importe zu finanzieren oder – soweit die Exporterlöse die Importkosten übersteigen – das Volksvermögen zu mehren. Deshalb ist man in jedem Lande darauf bedacht, die Güterproduktion derart zu erhöhen, dass über den eigenen Bedarf hinaus Produkte für die Ausfuhr vorhanden sind. Dieser Weg wird durch sorgfältiges Studium der Absatzmärkte, Anpassung der Produkte an die Anforderungen in den Verkaufsländern und durch Handelsabkommen gebahnt.

22. Im Bereich des Kunstlebens ist "Exportförderung" ein weitgehend unbekanntes Wort. Es wird mehr oder weniger dem Zufall überlassen, ob ein Werk im Ausland entdeckt wird; man betrachtet es als Glücksfall, wenn es dort Erfolg hat. Einzig im Bereich der Musik und der Literatur sorgen die geschäftlichen Verbindungen zwischen den Verlegern dafür, dass ausländische Märkte planmässig erschlossen werden; dieses Vorgehen bleibt aber auf Länder beschränkt, die zum vornherein gute Marktaussichten eröffnen.

23. Im Gegensatz zu allen anderen Waren können Kunstgüter nur dann mit Erfolg ausgeführt werden, wenn sie in ihrem Ursprungsland rechtlichen Schutz gegen das Kopieren geniessen. Der Schutz auf anderen Märkten hängt nämlich davon ab, ob sich das Herstellungsland zu einem solchen Schutz aufgerafft hat. Es ist deshalb

eine Illusion, annehmen zu wollen, man könne sich mit seinen Kunsterzeugnissen im Ausland schadlos halten, ohne vorerst im Landesinnern einen gut geschützten Kunstmarkt aufgebaut zu haben.

2. Kunst und Bildungsgesellschaft

24. Je mehr das Individuum mit seinen Wünschen und Anliegen ins Blickfeld der staatspolitischen, philosophischen und soziologischen Betrachtungen rückte, um so stärker wurde auch der Ruf, ihm den Zugang zu den geistigen und kulturellen Gütern zu öffnen. Es wird öfters darauf hingewiesen, dass die Erfindung des Buchdrucks zu einer gewaltigen Verbreitung der Schriften führte, die es fast jedermann erlaubte, in Besitz von Büchern zu gelangen. Weniger Beachtung findet der Umstand, dass die Erfindung des Buchdrucks just in jene Zeit gegen Ende des Hochmittelalters fiel, in der das Bedürfnis nach besserer Teilhabe am Schrifttum sprunghaft anwuchs. Der Buchdruck war eine Frucht dieses Bemühens und nicht umgekehrt, wie auch der Wille, die Ketten der alten Kommunikationsordnungen endlich zu sprengen, massgeblich zur raschen technischen Entwicklung von Radio und Fernsehen beitrug.

a) Bildungshunger

25. Was zu Beginn dieser Arbeit als elementarer Wunsch umschrieben wurde, "mit Hilfe der Kunst über die nackte Existenz hinaus zu würdigerem Dasein zu finden", kennt unsere Zeit unter dem Begriff des "Bildungshungers". Die Triebkraft ist dieselbe; mit allen Fasern strebt das Individuum zur Teilhabe am Leben der Gemeinschaft durch Berührung und Beschäftigung mit ihren künstlerischen Gütern. Man wollte zwar diesen Bildungshunger damit erklären, dass mehr Wissen zur besseren Stellung im Erwerbsleben führe. Dies trifft sicherlich zu, beleuchtet aber nur die eine Seite des Anliegens; ebenso stark, wenn nicht noch stärker, ist der Zug zur stärkeren Anteilnahme am kulturellen Leben. Dies lässt sich besonders deutlich aus der Landflucht erkennen; da die Städte die besseren Bedingungen zur Teilhabe am Kunstleben boten, wanderten ganze Teile der Bevölkerung dorthin ab, und zwar selbst dann, wenn sie auf dem Lande bessere Erwerbsmöglichkeiten fanden. Die Landflucht kam in der Schweiz nicht deswegen allmählich zum Stillstand, weil die Städte keine Zuzüger mehr hätten aufnehmen können, sondern aus dem Grunde, dass man mit Fernsehen, Kabelnetzen und den anderen technischen Errungenschaften Kunst und Kultur bis in den abgelegensten Winkel des Landes brachte.

b) Schule

26. Der Bildungshunger führte zur Schule, die sich von der Ausbildungsstätte für die Eliten zur Volksschule wandelte. Mit der Volksschule wurde einem doppelten Anspruch des Individuums entsprochen: mit dem Lesen und Schreiben fand es einerseits den Zutritt zum Kunstleben und war andererseits in der Lage, sich selber

künstlerisch zu betätigen. Beide Fortschritte wirkten sich geradezu revolutionierend auf das Kunstleben aus. Unter dem Ansturm der in der Schule erweckten Geister vervielfachte sich das Angebot an Bildungsmöglichkeiten sprunghaft; aber auch der Kreis der künstlerisch Tätigen nahm unaufhaltsam zu und gedieh zu einem Umfang, den man sich früher kaum hätte träumen lassen. Die Schule ist deshalb zum stärksten Motor des Kunstlebens geworden, angetrieben vom Bildungshunger einer Menschheit, die auf diesem Wege zum besseren Dasein zieht.

27. Bei dieser starken Stellung der Schule im Kunstleben sollten eigentlich alle Anstrengungen darauf gerichtet sein, ihr das Beste und nur das Beste aller künstlerischen Anstrengungen zukommen zu lassen. Leider ist dies meistens nicht der Fall. Die Schulleitungen vieler Länder ziehen nicht etwa die talentiertesten Urheber bei, um hervorragende Lehrmittel zu schaffen und mit dem Kunstleben in guten Kontakt zu kommen; sie versteifen sich darauf, aus den bereits geschaffenen Werken dies und jenes herauspicken und, wenn immer möglich entschuldigungslos, im Unterricht verwenden zu dürfen. Und so gähnt in manchen Ländern ein Abgrund zwischen Schule und Kunstleben, der sehr zu bedauern ist und der mit der Zeit überwunden werden muss. Erst wenn die Schule zum Exerzierplatz der jungen Generation im Kunstleben geworden ist, wird man sagen dürfen, dass sie ihre Aufgabe erfüllt.

c) Zusammenhalt und Ansehen

28. Auf den Zusammenhalt der Gemeinschaft, den ein nationales Kunstleben zu bewirken vermag, wurde in dieser Arbeit bereits verschiedentlich hingewiesen. Dieser Zusammenhalt erschöpft sich nicht im gemeinsamen Absingen einer Landeshymne, obschon darin die gemeinschaftsfördernde Kraft der Kunst augenfällig zum Ausdruck kommt. Den Gemeinschaftssinn erwecken vielmehr Werke, die all das, was die Leute beschäftigt und bewegt, zum künstlerischen Ausdruck bringen, und durch das Interesse, dem sie begegnen, Anteilnahme an gemeinsamen Anliegen wecken. Es versteht sich von selbst, dass es vorwiegend Kunstwerke aus den eigenen Reihen sind, die den Zusammenhalt fördern. Die vorzugsweise oder sogar ausschliessliche Beschäftigung mit ausländischer Kunst führt dagegen zur Entfremdung, die zu bedauern ist. Dieses Bedauern ist nicht Ausdruck einer chauvinistischen Haltung, sondern entspricht der Erkenntnis, jenen Boden nicht zu verachten, in dem die eigenen Wurzeln stecken.

29. Über den Zusammenhalt hinaus, auf den auch im Zeitalter der Kommunikations-Gesellschaft keine Gemeinschaft verzichten kann, wird das Kunstschaffen eines Ortes oder Landes zu seinem internationalen Markenzeichen. Man weiss zwar, dass in Senegal die besten Erdnüsse und in Mali die besten Mangofrüchte reifen; Bewunderung und Achtung über die Grenzen hinaus erwirbt man sich aber mit der Literatur eines Léopold Senghor, mit dem reichen Musik- und Theaterleben und mit Meisterwerken der alten und neuen Architektur. Diese Wertschätzung ist auch von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, wobei als Beispiel auf den Tourismus hingewiesen sei; der schönste Strand und der blaueste Himmel werden rasch langweilig, wenn das Künstlerische im Ferien-Alltag fehlt; dagegen werden Ferien zum Genuss, wenn sie mit dem Besuch von Konzerten, Theatervorstellungen, Museen

oder anderen Sehenswürdigkeiten des Kunstlebens verbunden sind. Auch der Mensch, der ausspannen und sich erholen will, hat seinen Bildungshunger, den er stillen möchte.

3. Bedeutung des Urheberrechts im Kunstleben

30. Die Selbstversorgung als Wirtschaftsform kann im wesentlichen ohne Urheberrecht auskommen. Solange "alle für einen und einer für alle" arbeiten, bedarf es keiner Präzisierung, von wem Kunstwerke geschaffen und von wem sie in Anspruch genommen werden. Näher ans Urheberrecht heran führt die Arbeitsteilung in der sich selbst versorgenden Gemeinschaft; sobald auf besondere Fähigkeiten geachtet und diese bei der Vergebung der Arbeiten berücksichtigt werden, zeigt sich auch die Notwendigkeit der Güter- und Interessen-Regelung zwischen den Mitgliedern der Gemeinschaft. Dies bedingt, dass der einzelnen Leistung ein bestimmter Wert beigemessen wird. Es lässt sich nun feststellen, dass das Talent im allgemeinen gut bewertet und behandelt wird; man schätzt es als Kostbarkeit, zu der Sorge zu tragen ist. Obschon von den Begriffen des geistigen Eigentums noch weit entfernt, wurde dem künstlerischen Schaffen ein bestimmter – wirtschaftlicher – Stellenwert beigemessen. Dabei darf darauf hingewiesen werden, dass dieser Stellenwert im Verhältnis weit über dem liegt, was in den Industrie-Gesellschaften für das kulturelle Schaffen aufgewendet wird.

31. Den Nährboden des Urheberrechts bildet indessen die Marktwirtschaft. Sobald die wirtschaftlichen Interessen in Erscheinung treten, stellt sich auch die Frage, von was die Leute leben sollen, die sich einer künstlerischen Tätigkeit widmen. Fast überall wurde dieses Problem während langer Zeit in der Weise gelöst, dass die Herrschenden und Besitzenden als Arbeit- und Auftraggeber oder als Mäzene für die Kunstschaffenden sorgten. Bei diesen Regelungen war noch weitgehend ohne Urheberrecht auszukommen. Waren die Mächtigen indessen nicht mehr in der Lage, diesen Schutz zu gewährleisten, oder bahnten sich Angebot und Nachfrage für Kunstwerke an, so musste deren Wert festgelegt werden. Dies geschah in der Weise, dass man die Werke zum geistigen Eigentum ihrer Urheber erklärte und den Werkschaffenden das Recht einräumte, über dieses Eigentum in ähnlicher Weise wie Sacheigentum verfügen zu können. Damit waren die Werke der Literatur und der Kunst wie andere Güter und Waren marktfähig geworden.

a) Kunstschaffen

32. Die Ausdehnung der Marktwirtschaft auf das Kunstleben bedeutet zunächst, dass mit dem Schaffen von Kunstwerken Geld verdient werden kann. Dies erlaubte es den Künstlern, auf eigene Faust und auf eigenes Risiko Zeit und Arbeit an künstlerische Tätigkeit zu wenden, mit der Aussicht, vom wirtschaftlichen Ertrag ihrer Produkte leben zu können. Der Urheber wurde so zum selbständigen Unternehmer auf dem Kunstmarkt. Diese Möglichkeiten führten zu einer ungeheuren Ausweitung des Kreises der künstlerisch Tätigen. Es war der Ausbruch aus dem Ghetto der Talente, die von Mäzenen oder Arbeitgebern gefördert wurden, in die

Freiheit des Kunstschaffens für jedermann, der den Wunsch und die Kraft in sich verspürte, seinen Gedanken und Ideen künstlerische Form zu geben und damit an die Öffentlichkeit zu treten.

33. Die Freiheit der künstlerischen Betätigung für jedermann ist nicht nur philosophisch und soziologisch von grösster Bedeutung; sie wirkt sich auch im wirtschaftlichen Bereich nachhaltig aus. Kein Land kann es sich auf die Dauer im heutigen weltwirtschaftlichen Wettbewerb leisten, Fähigkeiten brach liegen zu lassen. Wenn zur Mobilisierung aller Kräfte geblasen wird, um im Wettstreit der Völker zu bestehen, darf die Mobilmachung der künstlerischen Talente nicht fehlen. Die Entwicklung zur Kommunikations-Gesellschaft verhilft dem Kunstleben zu einer wirtschaftlichen Dimension, die sich in den Bilanzen der Staatshaushalte niederschlägt; wer auf diesem Markte fehlt, verzichtet auf gewaltige Einnahmen und Gewinnmöglichkeiten.

34. Auch von den grossen finanziellen Aufwendungen her, die in allen Staaten für die Schulen und im Kampf gegen das Analphabetentum erbracht wrden, wäre es unsinnig, der Investition in die Bildung der Bevölkerung keinen Ertrag aus ihrer künstlerischen Tätigkeit folgen zu lassen. Wozu soll man denn Lesen und Schreiben lernen, wenn nachher jeder Anreiz ausbleibt, seine Gedanken in Worte zu kleiden? Das Bekenntnis zur Schule und zur Bildung schliesst deshalb ein klares Ja zur Förderung des Kunstlebens in allen Sparten und auf allen Stufen ein.

35. Alle diese Wirkungen sind nur mit der Anerkennung des geistigen Eigentums und folglich auf dem Wege des Urheberrechts zu erreichen. In der Marktwirtschaft müssen auch die geistigen Güter einen Marktwert haben; darin liegt – auf diese kürzeste Formel gebracht – die wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts.

b) Kunstverbreitung

36. Nicht nur das Kunstschaffen, sondern auch das Herstellen und In-Verkehr-Bringen von Exemplaren der Kunstwerke hängt davon ab, dass diese Werke wie andere Güter auf dem Markt in Erscheinung treten können. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass solche Produkte nur dann kostengünstig und damit für breitere Bevölkerungsschichten erschwinglich hergestellt werden können, wenn sie über den Erstverkauf hinaus Ertrag abwerfen. Dem Urheberrecht liegt die Überlegung zugrunde, dass jedermann, der ein Werk zu seinem materiellen Vorteil nutzt, dem Eigentümer eine Entschädigung schuldet, in gleicher Weise, wie ich dem Eigentümer eines Wagens etwas zu bezahlen habe, wenn ich diesen zu eigenen Fahrten benutze.

37. Man könnte dagegen einwenden, Radio- und Fernseh-Sender könnten auch ohne Urheberrecht – und dann erst noch billiger – betrieben werden. Diese Tätigkeit ist indessen nur möglich mit Hilfe von Produkten, die in Ländern mit Urheberrecht auf den Markt gebracht worden sind. Wenn solche Sender auf die literarischen und musikalischen Repertoires ihres Landes beschränkt wären und dieses Land keinen urheberrechtlichen Schutz kennen würde, fielen die Sendeprogramme derart dürftig aus, dass sie jedes Interesse in der Hörschaft oder bei den Zuschauern verlören. Der genannte Einwand trifft deshalb nur insoweit zu, als man es als zulässig erachtet, dass sich Sender mit fremden Federn schmücken dürfen.

c) Kunstförderung

38. Jeder Staat, der Wert darauf legt, ein angesehenes Mitglied der Völkerfamilie zu sein, muss sich um ein reiches und vielfältiges Kunstleben bemühen, das alle Talente anspricht und über seine Grenzen hinaus wirkt. Die Kunst ist der Gradmesser der Wertschätzung. Ein Nobelpreis für Literatur trägt einem Land mehr internationale Achtung ein als seine gesamten Exporte an Kaffee oder Erdöl. Für die Entwicklung und Entfaltung eines eigenen Kunstlebens ist das Urheberrecht unerlässlich. Es gewährleistet den Marktwert der Literatur und Kunst und erlaubt auf diese Weise den Handel und Wandel mit geistigen Gütern.

39. Aus dieser Sicht sind die Überlegungen, wonach der Schutz der Urheber für den Staat nicht zu Devisenverlusten führen dürfe, schlechthin unverständlich. Wer von Devisenverlusten spricht – die sich übrigens im Rahmen der gesamten Volkswirtschaft immer sehr bescheiden ausnehmen – sollte nicht den urheberrechtlichen Schutz in Erwägung ziehen, sondern er müsste sich fragen, ob das landeseigene Kunstschaffen in seinen Medien genügend zum Zug komme. Die Förderung der eigenen Kräfte ist nie mit Devisenverlusten verbunden, kann aber sehr wohl zu Deviseneinnahmen führen. Das Gerede von Devisenverlusten stammt deshalb fast ausnahmslos aus Ländern, die meinen, ihren kulturellen Aufgaben gerecht zu werden, indem sie der Bevölkerung aufgepickte ausländische Kost vorsetzen. Dies muss unweigerlich, über kurz oder lang, zu Missständen führen, in ähnlicher Weise wie die volkswirtschaftlichen Probleme, die dadurch entstehen, dass die Bauern eines Landes auf ihrer Hirse sitzen bleiben, weil man in den Städten nur noch importierten Reis essen will. Kein Land kann es sich auf die Länge leisten, auf die Ernährung aus dem eigenen Boden zu verzichten – dieser Grundsatz gilt auch für das Kunstleben.

Schweizerische Rechtsprechung

I. Urheberrecht

Art. 1, 42 et 52 LDA, art. 1 al. 1 et 9 LCD, art. 1 al. 2 CC. – “CAO”

- *Un programme informatique est protégé par la LDA sous réserve d'aménagements auxquels le juge peut procéder en vertu de l'article 1 al. 2 CC (c. 3).*
- *L'interdépendance entre le matériel et le logiciel, qui ne fonctionnent qu'ensemble, permet de supposer l'existence d'une licence tacite et de longue durée permettant au fabricant du matériel de s'approvisionner auprès du fabricant du logiciel (c. 5).*
- *Ein Software-Programm ist durch das URG unter Vorbehalt jener Anpassungen geschützt, die der Richter gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB vorzunehmen hat (E. 3).*
- *Die Abhängigkeit zwischen Hardware und Software, die das Funktionieren bedingen, berechtigt zur Annahme einer stillschweigenden und langfristigen Lizenz, die den Hersteller der Hardware berechtigt, Software bei dessen Hersteller zu beziehen (E. 5).*

Ordonnance de mesures provisionnelles de la cour de justice de Genève du 6 août 1986 dans la cause EIE c/EIS.

2. A teneur de l'article 52 LDA, la personne qui se croit atteinte ou menacée dans ses droits d'auteurs peut solliciter la saisie conservatoire des exemplaires de l'oeuvre confectionnée ou mise en circulation sans autorisation. Le requérant doit rendre plausible qu'il est atteint ou menacé dans ses droits et en outre qu'il est menacé de ce fait d'un dommage difficilement réparable par une voie autre que la saisie provisionnelle.

L'article 9 LCD consacre un principe identique dans le domaine de la concurrence déloyale.

Dans le cadre des normes précitées, le juge n'a pas besoin d'être convaincu de l'exactitude des faits allégués par le requérant. Il suffit, au contraire, de lui donner l'impression d'une certaine vraisemblance quant à leur existence (ATF 88 I 14 = JdT 1962 I 592; *Briner*, RSJ 1982 p. 157 et suiv, not. 161). Le point de savoir si le requérant doit aussi rendre vraisemblable le fondement juridique de sa prétention est controversé. Selon certains, le juge doit élucider complètement la question déjà au stade des mesures provisionnelles alors que d'autres considèrent qu'un examen sommaire suffit (*idem*; ATF 104 Ia 413; *Troller*, Immaterialgüterrecht, 3ème éd., p. 1068-1069).

En l'occurrence la citée a admis avoir recopié des logiciels à partir de disquettes fournies par EIS sans l'accord de cette dernière. L'existence d'actes de reproduction au sens de l'article 42 LDA et d'un dommage économique difficilement réparable

causé à la requérante par de telles manœuvres a ainsi été rendue plausible. Il reste donc à déterminer :

- si des logiciels sont protégés par la LDA;
- si EIS possède la qualité d’auteur ou est autorisée à se prévaloir de droits d’auteur;
- si des circonstances particulières sont susceptibles de justifier les actes reprochés à EIE;
- si enfin de tels agissements tombent sous le coup de la LCD.

3. a) L’élaboration d’un logiciel personnalisé ou standard (progiciel) implique le plus souvent des travaux d’analyse et un effort de réflexion importants au niveau de la définition des fonctions, des fichiers, des données en entrée et sortie, etc. Les investissements en main d’oeuvre et en salaires peuvent donc se révéler considérables. L’aménagement concret d’un programme représente de surcroît – pour des fonctions complexes – le résultat d’une sélection opérée parmi de nombreuses possibilités. Ces choix, par exemple quant au langage informatique utilisé ou quant à l’enchaînement des algorithmes, déterminent les qualités ou au contraire les défauts du produit. Selon les options suivies, les temps de réponse à des interrogations seront plus ou moins longs, les capacités des fichiers suffisantes ou insuffisantes et l’affichage des résultats clair ou au contraire confus (*Cherpillod, L’objet du droit d’auteur, Lausanne 1985, p. 174-175*).

Dès les premiers temps de l’informatique, la nécessité s’est donc fait sentir d’assurer aux logiciels une protection sous l’angle du droit de la propriété intellectuelle. (*Wittmer, Der Schutz von Computersoftware, Schriften zum Medienrechte, vol. 6, p. 63 à 66*).

b) Selon le Tribunal fédéral, un programme informatique n’est pas un procédé technique car il ne met pas en oeuvre les forces de la nature; aussi ne saurait-il faire l’objet d’un brevet (ATF 98 Ib 396). La majorité de la doctrine suisse partage cette opinion (*Troller, op. cit. p. 151; Wittmer, op. cit. p. 78; contra Blum-Pedrazzini, Das Schweizerische Patentrecht, 2ème éd., vol I, p. 195/5 à 195/7*) qui prévaut également à l’étranger, sauf aux USA (*Bertrand, Protection juridique des logiciels, Paris 1984, p. 34 à 45; Kessler, Le logiciel, protection juridique, Paris 1986, p. 43 et suiv., 98, 108 et suiv.*). Font toutefois exception les logiciels incorporés dans du hardware, par exemple dans des microprocesseurs (*Wittmer, op. cit. p. 79; Pedrazzini, Patent- und Lizenzvertragsrecht, Berne 1983, p. 35*). Tel n’est pas le cas en l’occurrence puisque les programmes CAO figurent sur des disquettes séparées des cartes “graphic” mises au point par les parties.

c) La doctrine helvétique dominante considère en revanche que le software peut bénéficier de la protection offerte par la LDA pour autant qu’il s’agisse d’un programme original dans sa conception (*Wittmer, op. cit. p. 92 à 104, 120; Cherpillod, op. cit., p. 174 et suiv.; contra Troller, op. cit., vol I, p. 356 à 360* qui estime que le caractère purement utilitaire d’un programme ne répond pas à la définition de “l’oeuvre” au sens de l’article 1 LDA). La même solution s’est imposée aux USA, en France, en Allemagne fédérale et en Grande-Bretagne, tout d’abord par voie jurisprudentielle puis par le biais de modifications législatives (*Bertrand, op. cit., p. 85 à 95; Kessler, op. cit., p. 61 à 76, 99 et suiv.; JCP 1984 II No 20249* avec note *Wagret; Goutal, Recueil Dalloz-Sirey 1984, Chronique p. 198 et suiv.; Koch*

Computer-Vertragsrecht Freiburg i.B. 1985 Nos 550 et suiv.; *Harris*, The legal guide to computer software protection, New-Jersey 1985 p. 41 et suiv.).

L'application de la LDA aux softwares conduit à certains résultats insatisfaisants. La durée de protection de 50 ans prévue aux articles 36 et suivants LDA se révèle tout d'abord trop longue (*Wagret*, note précitée in fine). Par ailleurs, en droit suisse, l'auteur initial d'une oeuvre ne peut être qu'une personne physique (ATF 74 II 112 = JdT 1949 I 168; *Troller*, op. cit., p. 715) ce qui n'est guère adapté aux logiciels dont la conception est le plus souvent décidée et financée par une personne morale, tout en étant réalisée par un groupe de personnes physiques dépourvu de stabilité.

La jurisprudence a certes apporté en la matière des aménagements mais des difficultés subsistent (ATF 100 II 169 = JdT I 534; *Wittmer*, op. cit. p. 160 à 162). Les articles 332 et 332 a CO relatifs au contrat de travail se révèlent aussi inadaptés, le législateur ayant à dessein écarté dans ces normes toute référence au droit d'auteur (*Troller*, op. cit., p. 718-719; *Streiff*, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Zürich 1986, ad art. 332 a note 2). La LDA n'offre enfin pas aux produits essentiellement utilitaires que sont les programmes informatiques des règles équivalentes aux articles 36 et suivants LBI concernant l'obligation de délivrer dans certains cas des licences de brevets.

En dépit des imperfections qui viennent d'être mentionnées, l'opinion exprimée par la doctrine majoritaire doit être suivie. La LDA protège aussi les logiciels — même transcrits en un langage binaire (*Cherpillod*, op. cit., p. 179) — étant cependant entendu que des aménagements doivent être prévus, soit par le biais de modifications législatives soit par le recours à l'article 1 alinéa 2 CC relatif au pouvoir supplétif du juge, pour pallier les inconvénients décrits ci-dessus.

d) La citée n'a pas contesté que les programmes CAO incluent des éléments originaux. Au stade de la vraisemblance requise dans le cadre de mesures provisionnelles, cette condition, pour l'octroi d'une protection juridique selon la LDA, peut donc être considérée comme réalisée, sans qu'il soit nécessaire de définir plus précisément la notion d'originalité dans le domaine de l'informatique (cf. à ce sujet les arrêts *Atari*, *Williams Electric* et *Société Barbolat Maillet Witt* rendus le 7 mars 1986 par la Cour de cassation française; 01 Informatique No 912, p. 49).

4. EIE a par ailleurs admis, au moins implicitement, que M avait conçu le software litigieux. A teneur du contrat de société simple, liant les parties, M a ultérieurement cédé à EIE tous les droits de propriété sur les logiciels. La requérante possède donc la légitimation active.

5. Pour obtenir gain de cause, EIE doit encore démontrer ou rendre vraisemblable que sa partie adverse s'est livrée "sans droit" aux actes de reproduction des logiciels, la réalité des agissements reprochés n'étant elle-même pas contestée (*Troller*, op. cit. p. 1066).

Dans son arrêt du 30 mai 1986, la Cour a considéré que EIE était en droit de mettre fin avec effet au 30 juin 1986 aux relations de distribution exclusive qui liaient les plaideurs. Pareille décision prise sur mesures provisionnelles ne saurait évidemment revêtir l'autorité de la chose jugée (SJ 1955 p. 549; *Brosset*, FJS No 601, p. 4). De nouveaux éléments de preuve sont au contraire susceptibles d'en infirmer le bien-fondé.

L'instruction de la présente cause a précisément établi ou au moins rendu

vraisemblable qu'EIE avait participé financièrement à la mise au point des programmes CAO en payant pendant plusieurs mois le salaire de M. Un tel élément ne permet sans doute pas en soi de retenir que la citée est devenue propriétaire en main commune, dans le cadre d'un contrat de société simple, des droits d'auteur sur le logiciel litigieux (dans ce sens *RSPIDA* 1978, p. 279; *Nebel*, Les contrats de recherche scientifique et technique, Thèse Genève 1973, p. 134 et suiv., 145 à 154). L'article 1 de la convention signée par les parties le 1er juillet 1982 conférait en effet seulement à EIE un droit de propriété exclusif sur le software.

Cependant, en sus du financement de la conception des programmes, EIE a assumé le coût de la mise au point du hardware, soit de la carte "graphic". Or ce matériel travaille en symbiose avec le logiciel, en ne pouvant être utilisé qu'en conjonction avec lui.

La citée a d'autre part affirmé, sans être contredite, que le 80% de son chiffre d'affaires portait sur la commercialisation de systèmes CAO. Elle a ajouté que la confirmation des mesures provisionnelles provoquerait sa faillite à bref délai. EIE n'a d'ailleurs pas contesté cette allégation, mais s'est refusée à continuer de livrer des logiciels à sa partie adverse.

En principe un fournisseur n'est plus tenu de livrer des marchandises ou de reprendre des stocks à un distributeur après l'expiration d'un contrat de vente exclusive (*Benedict*, le contrat de concession de vente exclusive, Thèse Lausanne 1975, p. 66 et 76 à 79). Les éléments de faits rappelés ci-dessus, notamment l'interdépendance entre les programmes CAO et les cartes "graphic", laissent cependant supposer que la citée bénéficiaire peut-être d'un contrat de licence tacite et de longue durée — cas échéant sans exclusivité — qui l'autorise à s'approvisionner en logiciels auprès de la requérante (*Nebel*, op. cit., p. 112). Il échet ici de rappeler qu'un accord de licence portant sur des droits d'auteur n'est soumis à aucune forme particulière (*Troller*, op. cit., p. 859). EIE pourrait aussi prétendre utiliser le software, moyennant paiement d'une redevance, en se fondant sur une application analogique de l'article 36 LBI, dès lors qu'elle a financé la conception des cartes graphic. Enfin, conformément à l'article 2 CC, un fabricant a parfois l'obligation de mettre ses produits à la disposition du public ou de continuer de les distribuer à ceux qui en font la demande, notamment lorsqu'il bénéficie d'une position de monopole (*RSJ* 1982, p. 225 et suiv., not. 227-228; *Schönenberger-Jäggi*, Commentaire zurichois, Vol. V/1/a, ad art. 1 note 541).

En conséquence et pour critiquable qu'elle soit puisqu'elle ne s'accompagne pas actuellement du paiement de redevances, la conduite actuelle d'EIE peut éventuellement se justifier face au refus de la requérante de lui assurer la fourniture d'exemplaires du software. Au vu des incertitudes juridiques qui subsistent (ATF 103 II 290 = JdT 1978 I 260), la Cour rejettera les mesures provisionnelles sollicitées, étant donné que le caractère illicite des reproductions des programmes n'a pas été rendu suffisamment vraisemblable. L'on ne saurait à cet égard pallier la fragilité de l'argumentation de la requérante par la fixation de sûretés. L'admission des mesures provisionnelles aboutirait en effet, selon toute probabilité, à une faillite rapide de EIE. Aucune garantie, fût-elle même élevée, ne paraît donc appropriée (*Briner*, *RSJ* 1982 p. 160 note 35; p. 163 note 55).

6. L'application de la LCD ne conduit pas à un résultat différent. A supposer que l'article 1 alinéa 1 LCD dans sa teneur actuelle réprime la copie servile des pres-

tations d'autrui (*Troller*, op. cit., p. 951 et 955), il faut encore que l'auteur ait agi au mépris des règles sur la concurrence économique, ce qui, comme on l'a vu, n'est en l'espèce pas évident.

Note:

Par arrêt du 9 février 1987, le tribunal fédéral (première cour civile) a rejeté un recours de droit public formé contre l'ordonnance de la cour de justice de Genève; le tribunal fédéral a notamment jugé qu'il n'y avait rien d'arbitraire à envisager par analogie la possibilité d'une application de l'article 2 CC en faveur de celui qui a financé la conception des programmes et la mise au point du matériel travaillant en symbiose avec le logiciel fourni par le cocontractant.

Art. 1 et 30 LDA, art. 1 al. 1 et al. 2 lettre d LCD – “BOUTIQUE LABORATOIRE”

- *L'agencement d'une boutique visant à donner à celle-ci une apparence de laboratoire dégage un sentiment de “déjà vu” et ne résulte pas d'une activité suffisamment créatrice pour constituer une oeuvre architecturale protégée (c. 4 a).*
- *Il n'y a pas de rapport de concurrence entre une boutique parisienne et une boutique genevoise, lorsque la première ne possède pas une renommée internationale (c. 4 b).*
- *Wird eine Boutique wie ein Labor ausgestattet, so ist damit keine derartige schöpferische Leistung verbunden, dass dadurch ein geschütztes architektonisches Werk geschaffen wird.*
- *Es besteht kein Wettbewerbsverhältnis zwischen einer Boutique in Paris und einer solchen in Genf, wenn die erstgenannte keinen internationalen Ruf besitzt.*

Ordonnance de mesures provisionnelles de la cour de justice de Genève du 29 octobre 1986 dans la cause G. D., S. à r.l. G. D., S. à r.l. J.-L. B. et M.-H. H. c/A. S. S.A.

Faits:

En 1983 s'ouvrit la première boutique de produits de beauté “sur mesure” G. à Paris, boutique exécutée selon les plans de conception de la société B. et H. Toutes les boutiques G. C. – soit actuellement quatorze – ont été réalisées sur la base desdites plans, et même si l'exécution diffère par certains détails d'aménagement, la conception, l'image, l'impression d'ensemble de ces boutiques restent identiques, distinguant par-là même les boutiques “G. D.”.

En ce qui concerne la première boutique parisienne, un contrat de “franchise” fut conclu entre la S. à r.l. G. D. et la S. à r.l. M. représentée par sa gérante A. S. Ce contrat stipule notamment que le “franchiseur” (la S. à r.l. G. D.) apporte au

“franchisé” (la S. à r.l. M.) son savoir-faire et ses méthodes (produits de beauté “sur mesure”) et lui concède le droit d’utiliser sa marque, son enseigne ainsi que les autres éléments caractéristiques tels que la forme, l’agencement et la décoration spécialement conçus pour le franchiseur. La marque, l’enseigne, les modèles et les autres éléments ainsi que les méthodes du franchiseur restent cependant sa propriété.

Le 1er septembre 1986, A. S. ouvre une boutique de maquillage et de produits de beauté sise à “Confédération Centre” à Genève. G. D., la S. à r.l. G. D. et la S. à r.l. B. et H. lui reprochent d’avoir reproduit, sans l’accord de ses auteurs, le concept architectural propre aux boutiques G. D., créant de ce fait un risque de confusion au sens de l’article 1 alinéa 2 lit. d LCD. Les sociétés G. D. et A. S. seraient bien dans un rapport de concurrence puisque pour écouler des produits similaires, elles recherchent une même clientèle dans une même région géographique. En effet, par la publication d’articles dans des journaux tels que “ELLE”, “MARIE-CLAIRE” ou “FIGARO MADAME” largement diffusés en Suisse romande, G. D. estime avoir étendu sa publicité dans notre pays. Ainsi, le fait que la requérante n’a pas encore de boutique en Suisse ne veut pas dire qu’elle n’y a pas de clients.

Droit:

3. a) En l’espèce, la société B. et H. présente un plan de conception pour les boutiques G.D.: le nom de la société y figure, ainsi qu’une mention précisant qu’elle est propriétaire de ce document.

En comparant le plan et les photos de la boutique parisienne, on peut constater que la conception générale de cette dernière est faite dans le même esprit que celle du plan.

En outre, des photos présentées par les requérantes – tant de la boutique de Paris que de celle de Genève – se dégagent certaines similitudes (carrelage blanc sur le sol, les murs et le comptoir; disposition du comptoir dont un des côtés donne directement dans une vitrine; étagères éclairées derrière le comptoir et où sont rangés les produits, paravent) qui donnent une impression de “parenté”.

La société B. et H. possède l’exclusivité pour l’aménagement de toutes les boutiques G. D. Son dommage résulterait dans le fait que sa conception ne pourrait plus être reprise en Suisse pour de futures boutiques G. D. puisque ladite conception a déjà été utilisée par A. S. (art. 42 LDA). La requérante se verrait donc dans l’obligation de créer un nouveau concept architectural.

Il reste à déterminer:

- si un concept architectural est protégé par la LDA,
- si la société B. et H. possède la qualité d’auteur ou est autorisée à se prévaloir de droits d’auteur,
- si des circonstances particulières sont susceptibles de justifier les actes reprochés à A. S.,
- si enfin de tels agissements tombent sous le coup de la LCD.

b) La société G. D. invoque le grief de concurrence déloyale en se plaignant du risque de confusion entre ses boutiques et celle d’A. S. du fait de la similitude de leur conception et donc de l’impression d’ensemble identique qui s’en dégage. Son

dommage résulterait du fait que son implantation en Suisse, prévue pour septembre 1986, se trouve retardée par l'ouverture de la boutique de la citée. La requérante se verrait en outre dans l'obligation de donner à ses boutiques suisses une nouvelle image.

Il restera cependant à déterminer si G. D. et A. S. sont bien dans un rapport de concurrence.

4. a) L'article 1 LDA range expressément dans les oeuvres artistiques protégées les oeuvres des arts figuratifs, y compris les oeuvres d'architecture. La LDA ne déclare licite la reproduction de celles-ci que dans les cas prévus par l'article 30 LDA.

La LDA prohibe ainsi la reproduction des plans et dessins d'édifices ou de parties d'édifices déjà construits s'ils constituent une oeuvre d'art. Les oeuvres architecturales sont en outre protégées tant dans leur destination utile que dans leurs qualités artistiques, à la condition que les plans et leur exécution soient dus à une idée créatrice (JdT 1932 I 546; ATF 100 II 164 et les références). L'architecte doit cependant avoir égard au but utilitaire de son oeuvre et au sentiment de l'usager: il ne peut donc créer librement. En fonction de la nature de l'objet et de sa destination, il lui reste pourtant encore assez de liberté pour créer une oeuvre. En effet, l'architecte n'a pas besoin de créer quelque chose d'absolument neuf; il peut se contenter d'une création relativement et partiellement nouvelle. C'est s'il réussit à obtenir une apparence extérieure et une disposition intérieure statistiquement uniques par l'ordonnance de lignes et de plans que l'architecte se montre un artiste authentique (Troller, "Précis du droit de la propriété immatérielle" 1978 p. 109).

La protection de la loi ne peut être refusée que lorsque la réalisation, combinant et transformant certaines formes et lignes connues, est à la portée de tout homme de métier (ATF 58 II 299).

In casu, l'impression générale qui se dégage de ces boutiques est un sentiment de "déjà vu". Le carrelage blanc sur le sol et les murs se retrouve en effet fréquemment dans maints endroits familiers à un grand nombre d'individus (salle de bains, vestiaire de salle de sport, laboratoire, cabinet vétérinaire, boucherie ...). La société B. et H. a voulu donner une apparence de laboratoire aux boutiques G. D. Ce faisant, on ne saurait retenir d'emblée qu'elle a fourni une activité suffisamment créatrice: le concept architectural proposé pourrait — semble-t-il — tout aussi bien être celui d'un véritable laboratoire, mis à part la coiffeuse qui est cependant un élément propre à ce genre de boutique. Le carrelage blanc, les étagères, le plan de travail avec un lavabo incorporé sont en effet des éléments ordinaires dans un laboratoire. Par conséquent, un tel agencement paraît être à la portée de tout homme de métier.

En conclusion, les plans de conception de la société B. et H., appréciés *prima facie*, ne présentent pas le minimum d'originalité qui leur permettraient d'être protégés par la LDA.

b) En ce qui concerne le grief de concurrence déloyale soulevé par la société G. D., se pose la question de savoir si un rapport de concurrence entre la requérante et la citée a été suffisamment mis en évidence.

G. D. et A. S. vendent des produits de beauté sur mesure dans des boutiques semblables. Deux entreprises sont en concurrence lorsqu'elles offrent des prestations du même genre au même cercle de clients (ATF 92 II 25; SJ 1979 p. 242).

Le cercle de personnes auquel s'adressent deux sociétés est d'autant plus commun que leurs sièges sont rapprochés (ATF 76 II 88).

En l'espèce, les boutiques G. D. et A. S. sont suffisamment éloignées pour qu'il ne soit pas manifeste que la clientèle avec laquelle elles entrent en relation soit la même. La requérante n'a pas rendu suffisamment vraisemblable que la boutique parisienne G. D. et la boutique genevoise A. S. sont dans un rapport de concurrence.

Il reste par conséquent à déterminer si G. D., ses boutiques et ses produits étaient suffisamment connus en Suisse avant le 1er septembre 1986 pour que la requérante prétende à une clientèle, rendant ainsi plausible un risque de confusion avec la boutique d'A. S. au sens de l'article 1 alinéa 2 lit. d LCD.

La requérante invoque la parution d'articles de presse dans des magazines français également diffusés en Suisse romande. Tant la requérante que la citée ont d'ailleurs produit de tels articles. Les boutiques – surtout celles de Paris – et les produits G. D. y sont présentées. Par ailleurs, bon nombre d'entre ces articles présentent également A. S. en tant que directrice de la première boutique parisienne, et décrivent la spécialité dite du "freezing", personnellement mise au point par la citée. On ne voit donc pas – en l'état – pourquoi les quelques articles produits auraient contribué à faire connaître, en Suisse, G. D. et ses produits dans une plus large mesure qu'A. S. et son "freezing".

En outre, à l'époque de ces parutions, G. D. ne possédait pas (et d'ailleurs ne possède toujours pas) une renommée internationale. La clientèle potentielle suisse ne pouvait donc déduire de ces articles l'implantation prochaine d'un réseau de boutiques G. D. en Suisse, ni même s'attendre à ce que ces produits y soient importés (JdT 1984 I p. 300 et les références).

La Cour ne saurait donc retenir d'emblée que G. D. a une clientèle en Suisse, et que par conséquent la requérante et la citée se trouvent dans un rapport de concurrence.

Au vu de ce qui précède, la requête n'est pas fondée.

Art. 42, 46, 54, 56, URG – "BOOTLEGS"

- *Wer, obwohl er weiss, dass der Handel mit Raubkopien verboten ist, sein Lager an solchen noch liquidieren will, handelt vorsätzlich (E. IV).*
- *Eine Busse von Fr. 4000.– und eine Ersatzgabe an den Staat für nicht mehr vorhandenen Gewinn in Höhe von Fr. 1000.– sind angemessen, wenn der Verurteilte während mehrerer Jahren Raubkopien in grossen Quantitäten vertrieben hat (E. V).*
- *Beim illegalen Handel mit Raubkopien sind diese zu beschlagnahmen und der Geschädigten zu Ausbildungs- und Archivierungszwecken herauszugeben; zusätzlich ist das Urteil in einer Fachzeitschrift und zwei Tageszeitungen zu publizieren (E. VI).*
- *Celui qui, bien que sachant que la vente de copies "pirates" est interdite, veut encore liquider son stock agit intentionnellement (c. IV).*
- *Une amende de fr. 4000.– et une créance compensatrice de l'Etat de fr. 1000.– pour le gain non représentable sont d'un montant approprié lorsque*

le condamné a mis en circulation pendant plusieurs années des copies "pirates" en grandes quantités (c. V).

- *Dans le cas d'une vente illégale de copies "pirates", ces dernières doivent être saisies et remises au lésé pour qu'il puisse les utiliser à des fins didactiques et en conserver dans ses archives; le jugement doit de plus être publié dans une revue professionnelle et dans deux quotidiens (c. VI).*

Strafurteil Ger.Präs. am AmtsGer Fraubrunnen/BE vom 28. August 1986 (publ. in Medien und Recht Int. 6/1986, S. CH-6).

Die SUISA, Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke, stellte gegen B als Inhaber der Firma R. Strafantrag wegen Herstellung und Vertrieb sogenannter "Bootlegs" (widerrechtlich produzierte Tonträger) in Verletzung von Art. 42 Ziff. 1 lit. a und b URG. Sie verlangte angemessene Bestrafung und Einziehung des auf ihren Antrag sicherzustellenden Materials und des aus dem Verkauf erzielten unrechtmässigen Gewinns.

IV.

In Art. 42 URG wird der gesetzliche Strafbestand so beschrieben, dass sich "... zivil- und strafrechtlich verfolgbar macht, wer unter Verletzung des Urheberrechtes ein Werk durch irgendein Verfahren wiedergibt" (Ziff. 1 lit. a) oder "Exemplare eines (solchen) Werkes verkauft, feilhält oder sonst in Verkehr bringt; ..." (lit. b).

Objektiv verlangt wird zuerst einmal eine Verletzung des Urheberrechtes. Dieses beinhaltet unter anderem gemäss Art. 12 URG das ausschliessliche Recht auf Wiedergabe und Verwertung eines Werkes (Ziff. 1 und 2). Unter der Bezeichnung "Werk" versteht das Gesetz nach Art. 1 die Werke der Literatur und Kunst, insbesondere auch alle diejenigen musikalischer Natur.

Die im vorliegenden Fall zur Diskussion stehenden Raubkopien auf Schallplatten fallen unzweifelhaft in diese Kategorie, werden doch gerade die Rechte bezüglich Aufnahme, Vertrieb und kommerzielle Verwertung dieser Art von mechanischer Werkaufführung von Künstlern, Produzenten und Labels angesichts des dargestellten Marktwertes und der künstlerischen Leistungen als besonders schützenswert empfunden. Dieser Ansicht ist, im Interesse eines geregelten wirtschaftlichen Ablaufs dieses wichtigen Zweigs der Unterhaltungsbranche, auch der Gesetzgeber.

B war nie im Besitz einer Erlaubnis oder Lizenz, die er gemäss Art. 17 URG beim Urheber hätte einholen müssen, um zum Verkauf der Schallplatten berechtigt zu sein. Er hat sich auch nie darum gekümmert, ob sein Lieferant oder der Hersteller der Aufnahmen eine solche besaßen, sondern war im Gegenteil von Anfang an der Annahme, dass diese wie er widerrechtlich handelten und hat dies akzeptiert.

Als konkrete Übertretungen kommen laut Strafantrag und Sachverhalt zwei Begehungstatbestände in Frage, wie oben aus Art. 42 URG zitiert. Aus dem Beweisverfahren geht hervor, dass der Angeschuldigte selbst nicht an der Herstellung der illegalen Aufnahmen und deren Kopien beteiligt war. Seine Ware hat er ausschliesslich von Lieferanten aus dem Ausland bezogen, mit denen er geschäftlichen Kontakt pflegte. Indem er diese 'bootlegs' dann aber im grossen Stil vertrieb und

daraus — unrechtmässigen — Gewinn hatte, machte er sich seinerseits einer Verletzung der Urheberrechte im Sinne des URG schuldig.

Als subjektives Merkmal wird vom Gesetz (Art. 46) Vorsatz gefordert, der Täter muss also mit Wissen und Willen, bezogen auf den Tatbestand und die Widerrechtlichkeit seines Tuns, gehandelt haben. B hat bereits zu Beginn seiner Tätigkeiten zumindest angenommen, dass seine Geschäfte illegal waren, und hat dies in Kauf genommen. Dass er auch bei genauem Wissen um die Ungesetzlichkeit nicht anders gehandelt hätte, zeigt sich darin, dass er auch nach dem Bekanntwerden des Auffliegens eines deutschen Händlers wegen der drohenden Gefahr nicht etwa aufhören, sondern lediglich die übriggebliebene Ware liquidieren wollte.

Die verlangte Vorsätzlichkeit ist also in Form des 'dolus eventualis' (Eventualvorsatz) gegeben und der Angeschuldigte deshalb wegen Übertretung des Urheberrechtsgesetzes gem. Art. 42 Ziff. 1 lit. b URG schuldig zu sprechen.

V.

In Anwendung von Art. 48 URG sind bei der strafrechtlichen Beurteilung von Übertretungen dieses Gesetzes die allgemeinen Bestimmungen des StGB anzuwenden, wo keine besondere Regelung vorgesehen ist. Bei der Strafzumessung nach Art. 63 StGB richtet sich der Richter nach dem Verschulden des Täters, wobei er die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse angemessen berücksichtigt. Als Hauptstrafe sieht das URG für Übertretungen gemäss Art. 42 Busse bis zu Fr. 5000.— vor (Art. 50/1). Wird der Angeschuldigte verurteilt, so kann der Richter Einziehung und Vernichtung der widerrechtlich hergestellten Raubkopien (Art. 54) und Veröffentlichung des Urteils in geeigneten Presseorganen verfügen (Art. 65). Zusätzlich dazu sieht Art. 58 StGB die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind, vor.

B muss grosses Verschulden zur Last gelegt werden, hat er doch während mehreren Jahren, zuerst in der Annahme der Rechtswidrigkeit seines Tuns, dann in deren vollem Bewusstsein, 'bootlegs' verkauft. Auch in Anbetracht der Menge der vertriebenen Ware rechtfertigt sich eine strenge Bestrafung; beim beschlagnahmten Material handelt es sich um die grösste je in der Schweiz sichergestellte Anzahl solcher Raubkopien. Zwar zeigte der Angeschuldigte sich reuig und gegenüber der SUIISA bei Befragungen und Zusammenstellung des Schadens kooperativ, doch ist dies eher auf taktische Gründe denn auf echtes Bereuen zurückzuführen. Die im Vergleich mit der Geschädigten festgelegte Schadenersatzsumme hat er jedenfalls nicht termingerecht bezahlt.

Unter Berücksichtigung aller Umstände befindet der Richter deshalb eine Bestrafung durch Busse in der Höhe von Fr. 4000.—, löschar innerhalb eines Jahres, als angemessen.

Da vom Gewinn nichts mehr übrig ist, muss der Verurteilte dem Staat eine Ersatzforderung von Fr. 1000.— bezahlen (Art. 58 Absa. 4 StGB).

VI.

Im Zivilpunkt schloss der Angeschuldigte mit der SUIISA ausserhalb des Verfahrens einen Vergleich ab, in dem er sich zur Bezahlung einer Schadenersatzforderung von Fr. 2250.— verpflichtet. Sollte er sich erneut einer Übertretung der URG

schuldig machen, wird eine Konventionalstrafe von Fr. 5000.— fällig. Dass er die Forderung innert nützlicher Frist nicht beglichen hat, wurde oben bereits erwähnt.

Ausserdem wird verfügt, dass die beschlagnahmten Schallplatten gemäss Liste vom 14./17. März 1986 der SUIISA zu Ausbildungs- und Archivierungszwecken herausgegeben werden, die anderen beschlagnahmten Gegenstände erhält der Verurteilte zurück. Zusätzlich soll das Urteil in der Fachzeitschrift und den Tageszeitungen "D" und "X" publiziert werden.

Art. 44 URG – "KAISER BOKASSA"

- *Bei vorsätzlicher Urheberrechtsverletzung nach Art. 42 URG gebührt dem Geschädigten nach Liechtensteinischem Recht neben dem Ersatz des positiven Schadens auch jener des entgangenen Gewinnes. Bei schweren Urheberrechtsverletzungen ist auch der Genugtuungsgedanke miteinzubeziehen, damit das durch die Verletzung gestörte Gleichgewicht in der Persönlichkeit des Verletzten wiederhergestellt wird. Es ist dabei nicht unbillig, wenn dem Geschädigten aus einer schweren Urheberrechtsverletzung unter Einbeziehung des Genugtuungsgedankens das Doppelte dessen an Schadenersatz zuerkannt wird, was er ohne diese Urheberrechtsverletzung als Entgelt hätte fordern können.*
- *En cas de violation intentionnelle du droit d'auteur selon l'article 42 LDA, il est dû au lésé selon le droit liechtensteinois la réparation de la perte de gain en plus de celle du dommage effectif. En cas de violation grave du droit d'auteur, il faut également prendre en considération la réparation du tort moral afin de compenser pleinement l'atteinte que le lésé a subie dans sa personnalité du fait de l'infraction. Il n'est alors pas inéquitable que celui qui a été lésé par une violation grave du droit d'auteur reçoive à titre de dommages-intérêts comprenant la réparation morale le double de la rémunération à laquelle il aurait pu prétendre sans la violation du droit d'auteur.*

Urteil F.L. OGH vom 25. November 1985, publ. in LES 1987, 17.

Der Kläger, ein Kunstmaler, wurde vom Beklagten im Spätsommer 1977 eingeladen, von Bokassa ein Portrait auf eigenes Risiko hin anzufertigen. Für den Fall, dass das Portrait von Bokassa akzeptiert werden sollte, hätte der Kläger für die Verwertungsrechte (Vervielfältigungen auf Briefmarken, Postern, Postkarten und Uhrenzifferblättern) entschädigt werden sollen. Der Kläger stellte sich dabei ein Erfolgshonorar von 15% auf dem Endverkaufspreis dieser Waren vor, mindestens aber DM 50'000.—, wenn nicht gar einen Millionengewinn.

Nach Fertigstellung und Genehmigung des Portraits durch Bokassa stellte der Kläger ca. 10 Polaroidfotos her, welche er zerkratzte, einerseits um eine Reproduktion unmöglich zu machen und andererseits um bei jeder Vorlage anzudeuten, dass sie für eine Vervielfältigung nicht in Frage kämen. Die Fotos übergab er dem Beklagten, wobei er sich schriftlich die Vervielfältigungsrecht, die Drucküberwachung und schriftliche Genehmigung der Probeexemplare (Andrucke) vorbehielt.

Dennoch beauftragte der Beklagte ohne Wissen des Klägers die Firma N., anhand der zerkratzten Fotos Briefmarken herzustellen. Die Firma N. liess durch einen Grafiker aufgrund der vom Kläger angefertigten Fotos eine neue Zeichnung anfertigen, welche dann zur Herstellung von 332'500 Briefmarken im Frankaturwert von ca. Fr. 450'000.— (Herstellungskosten ca. Fr. 40'000.—) diente. Die Marken wurden anlässlich der Krönung Bokassa's zum Kaiser am 4. Dezember 1977 von der Postverwaltung von Zentralafrika erstmals ausgegeben.

Am 31. März 1981 wurde der Beklagte mit Urteil des F.L. Landgerichtes in Anwendung von Art. 49 URG (welcher Art. 50 des schweizerischen URG entspricht) mit Busse von Fr. 2000.— bestraft, während die Schadenersatzansprüche des Klägers auf den Zivilweg verwiesen wurden. Hier begehrt der Kläger Fr. 100'000.— samt Anhang (d.h. zuzüglich Nebenkosten). Das liechtensteinische Schadenersatzrecht richtet sich dabei nach dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, das bei leichter Fahrlässigkeit den Ersatz des negativen Interesses (sog. Schadenshaltung), bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz den Ersatz des positiven Interesses (sog. volle Genugtuung) und bei einer durch das Strafgesetz verbotenen Handlung den Ersatz des Affektionsinteresses (sog. besondere Vorliebe) vorsieht. Das F.L. Landgericht sprach dem Kläger Fr. 3000.— zu, nachdem es festgestellt hatte, dass in Liechtenstein der Entwerfer einer Briefmarke mit einer Pauschalabgeltung abgefunden werde, die ca. Fr. 3000.— umfasse. Auch in Deutschland erhalte der Künstler von der Bundespost einen Pauschalbetrag, der aus einer Skizzengebühr in Höhe von DM 2500.— und einer Reinzeichnungsgebühr von DM 4000.— bestehe. Für die Wiedergabe von bereits existierenden Kunstwerken werde meist nur ein Betrag von DM 1500.— pauschal bezahlt. Das FL Obergericht hat der Berufung des Klägers teilweise Folge gegeben und das Ersturteil dahingehend abgeändert, als es dem Kläger Fr. 46'900.— (= DM 50'000.—) zusprach. Gegen dieses Berufungsurteil haben sowohl der Kläger als auch der Beklagte Revision beim F.L. Obersten Gerichtshof erhoben, der Kläger unter Aufrechterhaltung seiner Forderung von Fr. 100'000.—, der Beklagte mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der F.L. Oberste Gerichtshof hat erwohnen:

1. Zur Revision der klagenden Partei:

Auszugehen ist zunächst davon, dass der Beklagte im Strafurteil des F.L. Landgerichtes vom 31. März 1981, der absichtlichen Verletzung des Art. 42 URG schuldig erkannt wurde und aus dieser Übertretung dem Kläger schadenersatzpflichtig ist. Auch die Tatsache, dass Schade, Verschulden des Beklagten, Widerrechtlichkeit und adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem widerrechtlichen und schuldhaften Verhalten des Beklagten und dem eingetretenen Schaden vorliegen, bedarf sohin kraft der sich aus den Bestimmungen des § 268 ZPO ergebenden Bindungswirkungen (vgl. die E des oOGH vom 9. Februar 1965, SZ 38, 23; vom 25. Mai 1951, SZ 24, 248 u.v.a.) keiner Erörterung mehr. Zu prüfen bleibt daher nur mehr die Frage der Höhe des verursachten Vermögensschadens.

Nach Art. 44 URG richtet sich die zivilrechtliche Haftung aus einer Übertretung nach dem URG nach den allgemeinen Bestimmungen des ABGB. Da der Beklagte im Strafverfahren der absichtlichen Verletzung des Art. 42 URG schuldig erkannt wurde, ist nach den §§ 1323, 1324 und 1331 ABGB neben dem positiven Schaden

auch der entgangene Gewinn zu ersetzen. Das bedeutet, dass dem Geschädigten der gesamte subjektiv zu berechnende Schaden, nämlich das Interesse, zu ersetzen ist. Berechnet wird das Interesse nach der von *Mommsen* entwickelten Differenztheorie, wonach das Interesse die Differenz zwischen dem Betrag des Vermögens des Geschädigten ist, wie es ohne das schädigende Ereignis bestünde, und dem Vermögensstand, der tatsächlich gegeben ist (vgl. hierzu *Kozioł* Österr. Haftpflichtrecht, Bd I, S. 154 f.).

Die Ermittlung der Schadenshöhe gestaltet sich im vorliegenden Fall äusserst schwierig. Eine Berechnung unter Heranziehung der üblichen Lizenzgebühren ist nicht möglich, weil es grundsätzlich nicht üblich ist, dass für die Gestaltung von Briefmarken Lizenzgebühren bezahlt werden. Da sich eine Einigung hinsichtlich der dem Kläger zustehenden Entschädigungen zwischen den Parteien nicht erzielen liess, kann auch nicht ohne weiteres auf die in den Vertragsentwürfen vorgesehenen Beträge zurückgegriffen werden. Auch der Wert der vom Kläger erstellten Portraits kann zur Bemessung der Schadenshöhe nicht herangezogen werden, da der Beklagte dem Kläger Schadenersatz für die Verletzung des Urheberrechts und nicht eine Entschädigung für die Herstellung eines Kunstwerkes zu leisten hat. Auch nach den Frankaturwerten der gedruckten Briefmarken kann die Höhe des Schadens nicht bemessen werden, weil die Anzahl der tatsächlich verkauften Briefmarken nicht feststeht.

Dem Berufungsgericht kann jedoch nicht beigespflichtet werden, dass die dem Kläger vorgelegte Vereinbarung vom 22. November 1977, die von beiden Parteien nicht unterzeichnet wurde, den einzigen Anhaltspunkt für die Ermittlung der Schadenshöhe bilde. Zum einen wurde der Betrag von DM 50'000.— sowohl für den Erwerb der vom Kläger angefertigten Portraits als auch für die daraus resultierenden Nutzungs- und Verwertungsrechte an der Herausgabe einer Briefmarke angeboten, zum anderen erscheint es unbillig, bei der Schadensberechnung lediglich von den Vorstellungen des Beklagten auszugehen. Dies könnte im Extremfall dazu führen, dass immer dann, wenn es hinsichtlich der Entschädigung für den Erwerb von Verwertungsrechten aufgrund unterschiedlicher Vorstellungen über die Höhe dieser Entschädigung zu keiner Einigung kommt, derjenige, der Interesse an den Verwertungsrechten hat, dem Urheber seine Preisvorstellungen über den Umweg der Verletzung der Urheberrechte im Endergebnis aufzwingen könnte.

Bei Ermittlung der Schadenshöhe ist daher vielmehr auch zu berücksichtigen, welches Entgelt sich der Urheber für die Einräumung von Benutzungsbefugnissen an seinen Werken vorgestellt hat, bzw. welche Beträge den Parteien als Diskussionsgrundlage dienten. Hier ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass der Beklagte in einem handschriftlichen Vermerk vom 5. November 1984 festgehalten hat, dass sich der Kläger eine Anzahlung von DM 50'000.— in Anrechnung auf sein Erfolgshonorar vorstelle. Aus dem festgestellten Sachverhalt geht hervor, dass der Kläger keineswegs bereit gewesen wäre, dem Beklagten die Verwertungsrechte für einen Betrag von DM 50'000.— zu übertragen und dass dies dem Beklagten auch bekannt war.

All diesen Beträgen ist gemeinsam, dass sie nicht geeignet sind, um sie als Grundlage für eine konkrete Schadensberechnung heranzuziehen. Da der Schaden ziffernmässig nicht ermittelt werden kann, ist, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, der Betrag nach freiem Ermessen im Sinne des § 273 ZPO festzusetzen.

Aus dem Gutachten der Urheberrechtsagentur CP vom 31. August 1982 geht hervor, dass das vertragliche Entgelt und der wegen Verletzung von Urheberrechten zu zahlende Schadenersatz nicht ohne weiteres vergleichbar sind und dass bei einer Wiedergabe ohne Genehmigung üblicherweise ein Mehrfaches der normalen Urheberrechtsgebühr gefordert werden kann.

Wenn es auch im liechtensteinischen Recht keine den Bestimmungen der §§ 86, 87 des öURG entsprechende Regelung gibt, wonach der in seinen Rechten Verletzte als Ersatz des ihm verursachten Vermögensschadens das Doppelte des ihm andernfalls gebührenden Entgeltes begehren kann, so können doch die Grundgedanken, die zu dieser österreichischen Gesetzeslage geführt haben, bei Beurteilung der gegenständlichen Rechtssache analog herangezogen werden. Bei der genannten Bestimmung wird bewusst in Kauf genommen, dass dies zu einer Vermögensverschiebung zwischen Urheber und Verletzer führen kann, die grösser ist, als sie dem tatsächlichen Schaden des Verletzten entspricht, da die Besonderheiten dieses Rechtsgebietes und die spezifischen Schwierigkeiten, die mit der Schadensfeststellung verbunden sind, gewisse Abweichungen von den allgemeinen Regeln für den Schadenersatz rechtfertigen. Es wird als unbillig angesehen, wenn der Urheberrechtsverletzer nicht schlechter stünde als derjenige, der sich rechtzeitig um die Verwertungsrechte bemüht hat (vgl. hiezu *Torggler*, Probleme des Schadenersatzes im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in ÖBI 1976, S. 57 ff.). Auch in der BRD, wo es eine den Bestimmungen der §§ 86, 87 öURG entsprechende Regelung nicht gibt, haben die Gerichte eine Rechtsfortbildung vorgenommen, die unter Überschreitung der Grenzen, die dem Schadenersatzanspruch der Regel nach gezogen sind, auf Billigkeitserwägungen beruht (vgl. hiezu *Eugen Ullmer*, Urheber- und Verlagsrecht, Springer Verlag, 1980, 3. Auflage, S. 55 f.).

Dass dies in der Praxis auch im Fürstentum Liechtenstein und in der Schweiz analog gehandhabt wird, ergibt sich ebenfalls aus dem Gutachten der CP.

Aus all diesen Erwägungen ist der Oberste Gerichtshof der Ansicht, dass der dem Kläger erwachsene Schaden gemäss § 273 ZPO mit einem Betrag von SFr. 100'000.— festzusetzen ist.

Durch diesen Ersatzbetrag erscheinen insbesondere nicht nur alle jene Ansprüche des Klägers abgedeckt, die er im Zuge der unbefugten Nutzung seines Werkes als Schadenersatz im engeren Sinn dieses Wortes erhoben hat. Die Bemessung des dem Kläger gebührenden Schadenersatzes mit dem Betrag von SFr. 100'000.— trägt vielmehr auch der Doppelfunktion der den Gegenstand dieses Rechtsstreites bildenden Ersatzleistung als "Schadenersatz im engeren Sinn" und "Genugtuung" Rechnung, auf die *Franz Bydlinki* (Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBI 1965 S. 173 ff. und S. 237 ff., insbesondere S. 254) hingewiesen hat. Bei einem besonders schweren Schuldgehalt der schädigenden Handlung, die wie im vorliegenden Fall zu einer strafgerichtlichen Verurteilung geführt hat, ist nämlich ein "vertiefter ideeller Schaden" anzunehmen. Bei sonst gleichen immateriellen Auswirkungen einer schädigenden Handlung wird der Geschädigte durch das Bewusstsein, Opfer eines grob rechtswidrigen und schuldhaften Handelns geworden zu sein, noch einer zusätzlichen und besonderen seelischen Belastung ausgesetzt. Er müsste am Recht verzweifeln, wenn ihm nicht entsprechende Genugtuung zuteil würde. Damit zeigt sich, dass der Genugtuungsgedanke in einem solchen Fall in die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes integriert werden muss, um

die entstandene Störung zu beseitigen. *Bydlinski* bezog sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf *Günther Wiese* (Der Ersatz immateriellen Schadens, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 294/295, Tübingen, *J.C.B. Mohr* 1964 S. 55), der hiezu anschaulich darauf hinwies, dass die Entschädigung in Geld dem Geschädigten auf diese Weise nicht nur eine Kompensation für die beeinträchtigte Lebensfreude bringt, sondern ihm auch als Genugtuung das Gefühl der Verletzung nimmt und damit "das gestörte Gleichgewicht in seiner Persönlichkeit wieder herstellt". Dieser Genugtuungsgedanke, der sohin bei der Zuerkennung von Schadenersatz für schwere Urheberrechtsverletzungen grundsätzlich mitschwingt, verbietet es zugleich, kleinliche Abstriche zu machen, wie vorliegendenfalls etwa aus der vom Beklagten angestellten Erwägung, dass das zwischen den Streitparteien zwar erörterte schliesslich aber nicht zustande gekommene Werknutzungs-Übereinkommen nicht nur die Verwertung des Werkes des Klägers auf Briefmarken, sondern noch auf andere Art und Weise im Auge gehabt habe. Da es aber schlussendlich nur zu einer unbefugten Bewertung des Werkes des Klägers auf Briefmarken und nicht noch auf andere Art und Weise gekommen sei, dürfe sich die Bemessung des dem Kläger gebührenden Ersatzes für den erlittenen immateriellen Schaden nicht an der seinerzeitigen Diskussionsbasis von SFr. 50'000.—, sondern nur an einem entsprechend gekürzten Betrag orientieren. Es liegt auf der Hand, dass die vom Beklagten damit angestrebte Kompensation des Ersatzbetrages für eine begangene Urheberrechtsverletzung mit fiktiven Ersatzbeträgen für nicht begangene Urheberrechtsverletzung beim Geschädigten alles eher als eine Genugtuung oder Wiederherstellung seines gekränkten Rechtsgefühles herbeiführen könnte. Ganz abgesehen davon kranken die Überlegungen des Beklagten auch daran, dass das beklagterseits angebotene Werknutzungsentgelt von SFr. 50'000.— für den Kläger keine echte Diskussionsgrundlage dargestellt hatte und daher für die gemäss § 273 ZPO vorzunehmende Festsetzung des Schadenersatzbetrages nach billigem Ermessen ohnedies nur die Funktion eines Annäherungswertes für die weiter vorzunehmenden rechtlichen Überlegungen darstellen kann. Denn die Schadensbemessung nach § 273 ist nicht Beweiswürdigung, sondern rechtliche Beurteilung (vgl. die E des öOGH vom 20. Mai 1958, EvBl 1958, Nr. 335 u.v.a.).

2. Zur Revision der beklagten Partei:

Soweit der Revision der beklagten Partei nicht schon durch die bisherigen Ausführungen der Boden entzogen ist, ist der Vollständigkeit halber noch folgendes beizufügen:

In seinen Revisionsgründen führte der Beklagte im wesentlichen aus, dass die Bestimmung des § 273 ZPO vom Berufungsgericht zu Unrecht angewendet wurde, da eine der Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung, nämlich dass der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses entweder gar nicht oder nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten zu erbringen sei, nicht vorliege. Es stehe nämlich fest, dass selbst dann, wenn ein Künstler eine Vorlage zum Druck einer Briefmarke ausdrücklich im Auftrag herstelle, noch nie eine höhere Entschädigung als SFr. 3000.— bezahlt worden sei. Weiters rügte der Revisionswerber, dass das Berufungsgericht eine mangelnde Willenseinigung zwi-

schen zwei Vertragsparteien durch eine richterliche Ermessensentscheidung ersetzt hätte. Das Berufungsgericht sei weiters offensichtlich der Auffassung gewesen, dem Kläger eine angemessene Entschädigung dafür zusprechen zu müssen, dass er seinerzeit im Auftrag des Beklagten eines der beiden Portraits erstellt habe. Im übrigen sei der vom Obergericht herangezogene Vertragsentwurf nicht vom Beklagten, sondern von der Firma X unterbreitet worden.

Diesen Ausführungen ist folgendes entgegenzuhalten:

Das Berufungsgericht hat zu Recht bei Bemessung der Schadenshöhe die Bestimmung des § 273 ZPO herangezogen. Beide Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung, nämlich, dass eine Schadenersatzverpflichtung dem Grunde nach gegeben ist und andererseits der Beweis der Höhe dieses Schadens nicht oder nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, sind eindeutig zu bejahen. Dem Berufungsgericht ist durchaus beizupflichten, dass sich der vorliegende Sachverhalt nicht mit einer zwischen der F. L. Postwertzeichenstelle und einem Künstler getroffenen Vereinbarung betreffend Entwurf einer Briefmarke vergleichen lässt. Da auch nicht einfach auf die von den Parteien in Vertragsentwürfen vorgesehenen Entschädigungen zurückgegriffen werden kann und ansonsten keine konkreten Anhaltspunkte für die Schadensberechnung gegeben sind, war der zu ersetzende Schaden nach freier Überzeugung festzusetzen. Dass das Obergericht eine mangelnde Willenseinigung zwischen den Parteien durch eine rechtliche Ermessensentscheidung ersetzt hätte, kann der angefochtenen Entscheidung in keiner Weise entnommen werden. Das Berufungsgericht hat keine mangelnde Willenseinigung ersetzt, sondern nach freiem Ermessen im Sinne des § 273 ZPO den vom Kläger erlittenen Schaden festgesetzt und dabei Anhaltspunkte, die sich aus dem Akt ergeben, zur Beurteilung herangezogen. Ebensowenig ist der angefochtenen Entscheidung zu entnehmen, dass das Berufungsgericht dem Kläger eine angemessene Entschädigung für die Anfertigung des Portraits zugesprochen hätte. Vielmehr hat das Berufungsgericht ausdrücklich angeführt, dass die Zahlen, die Entschädigungen für die Herstellung des Portraits betreffend, nicht herangezogen werden können, da es nur um die Festlegung des Entgelts für die Einräumung von Benutzungsbefugnissen am urheberrechtlich geschützten Werk gehe.

Was die Ausführungen zum Vertragsentwurf vom 22. November 1977 betreffen, so kann dieser durchaus dem Beklagten zugerechnet werden, da der Beklagte nach dem festgestellten Sachverhalt nicht nur dem Kläger den Entwurf vorgelegt hatte, sondern der Beklagte auch einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der als Vertragsgegner genannten Gesellschaft X war.

Die Ausführungen in der Revision des Beklagten waren daher nicht geeignet, den im Revisionsverfahren zustandekommenen vollen Prozessserfolg des Klägers zu schmälern.

Art. 45 al. 1 LDA – “TAI-PAN”

- *L'instance cantonale unique prévue à l'article 45 al. 1 LDA n'est pas compétente pour juger des litiges portant sur des droits non protégés par la LDA, en particulier sur l'octroi de droits réels limités sur l'oeuvre.*
- *Das in Art. 54 Abs. 1 URG bezeichnete Gericht ist nicht zuständig für Streitigkeiten über Rechte, die nicht im URG geregelt sind, namentlich nicht für beschränkte dingliche Rechte an einem Werk.*

Arrêt de la cour de justice de Genève du 15 septembre 1983 dans la cause Jonathan Films S.A. et Georges-Alain Vuille c/Banque Paribas (Suisse) S.A.

L'instance unique que constitue la Cour, en application des dispositions de droit fédéral, soit de la LDA en l'occurrence, n'est pas compétente pour juger de tous les litiges qui ont trait d'une manière ou d'une autre aux droits d'auteur.

Troller, dans le volume 2 de son ouvrage “Immaterialgüterrecht”, pages 1177 et 1178, reconnaît que, parfois, on peut se demander si une contestation qui touche aux droits d'auteur doit être soumise à l'instance cantonale unique prévue par la loi fédérale ou si elle tombe dans la compétence générale du Tribunal cantonal “ordinaire”, soit en l'occurrence du Tribunal de première instance.

Dans un arrêt paru à la Semaine judiciaire 1977, pages 433 et suivantes, la Cour examine cette question et définit les limites de sa compétence comme instance unique en matière de litige touchant aux droits d'auteur, en précisant qu'elle n'est pas compétente lorsque le litige a trait à des relations purement contractuelles des parties, découlant par exemple d'un contrat d'édition (considérant 2).

Blum et Pedrazzini, dans le 3ème volume de leur ouvrage “Das Schweizerische Patentrecht” (cité par la Cour dans l'arrêt susmentionné) estiment que la compétence de l'instance cantonale unique n'est pas générale mais qu'elle doit s'apprécier, puisqu'il s'agit d'une “lex specialis” de façon restrictive, en ce sens qu'elle ne peut viser que les cas expressément prévus par la loi.

Les auteurs susmentionnés poursuivent en ajoutant qu'il n'est pas question de retenir la compétence de l'instance cantonale unique dans divers cas et notamment dans les litiges qui ont trait à l'octroi de droits réels limités portant sur le bien immatériel considéré (cf. op. cit. p. 631).

Dans un arrêt paru aux ATF 74 II pages 187 et suivantes, le Tribunal fédéral, qui avait à se pencher sur une question semblable, a précisé que, pour rechercher quelle était l'instance compétente, il convenait de définir le contenu de la demande pour savoir si le litige portait finalement sur des droits protégés ou non par la loi spéciale.

Dans le cas particulier, cette exigence revient à rechercher quelle est l'action au fond que préfigure la mesure provisionnelle requise par les appelants.

De l'avis de la Cour, cette action ne peut porter que sur la contestation des droits de gage allégués par la Banque de Paris et des Pays-Bas, soit que cette contestation porte sur leur existence même, soit sur les conditions auxquelles est soumise la réalisation du gage.

Sieur Vuille et Jonathan Films S.A. ont invoqué les deux moyens, sans guère les développer il est vrai.

Ce n'est en effet qu'en contestant le droit de gage de la Banque de Paris et des Pays-Bas, selon ce qui vient d'être exposé, que les appelants peuvent prétendre faire interdiction à la banque de céder les droits d'adaptation à l'écran de l'oeuvre Tai-Pan.

En contestant le droit de gage de la banque ou ses conditions d'exécution, les appelants invoquent les relations contractuelles qui ont existé entre les parties.

Dès lors, il y a lieu, au regard des développements qui précèdent, de reconnaître que les appelants ont valablement saisi le Tribunal de première instance, sur la base de l'article 11 al. 2 LPC.

II. Markenrecht

Art. 6 MSchG, Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG – “THERMA II”

- *Einrichtungen für den Betrieb, die Überwachung und Regelung thermoelektrischer Wirkungen weichen ihrer Natur nach nicht gänzlich von Elektrogeräten zu Koch-, Heiz-, Wärme-, Kühl- und Klimatisierungszwecken ab.*
- *Die Marken THERMATIC und THERMATIQUE sind mit den Serienmarken THERMA, THERMADUR und THERMAPLAN verwechselbar.*
- *Des appareils de gestion, de surveillance et de régulation d'applications thermoélectriques et des appareils électriques pour la cuisine, le chauffage, le refroidissement et la climatisation ne sont pas d'une nature totalement différente.*
- *Il existe un risque de confusion entre les marques THERMATIC et THERMATIQUE, d'une part, et, de l'autre, la série de marques THERMA, THERMADUR et THERMAPLAN.*

Säumnisurteil des HGer BE vom 4. März 1986 i.S. Therma AG ca. Jaeger Régulation SA (mitgeteilt von RA Dr. G. Krneta).

Aus den Erwägungen:

1. Für ihre Marken “THERMA” bzw. “therma” stehen der Klägerin sowohl die Eintragungs- als auch die Gebrauchspriorität zu. Für die Marken “THERMADUR” und “THERMAPLAN” steht ihr, gestützt auf die 1981 aufgenommene, bisher unangefochtene markenmässige Benützung die Gebrauchspriorität zu; zudem sind diese Marken am 19. Januar 1984 nachträglich eingetragen worden, sodass die Klägerin ihr Vorrecht ebenfalls aus der Eintragung ableiten kann.

2. Die Marken “THERMATIC” und “THERMATIQUE” der Beklagten kennzeichnen im wesentlichen Einrichtungen für den Betrieb, die Überwachung und Regelung thermoelektrischer Wirkungen. Mit der entsprechenden Technologie sind auch die unter den klägerischen Marken vertriebenen Elektrogeräte zu Koch-, Heiz-, Wärme-, Kühl- und Klimatisierungszwecken ausgerüstet. Die Marken der Beklagten sind somit für Waren eingetragen, die nicht gänzlich von denjenigen unter den klägerischen Marken abweichen und teilweise mit diesen sogar identisch sind. Der letzte Abnehmer, selbst wenn er ein Fachmann ist, muss somit auf den Gedanken kommen, die Klägerin habe neuerdings auch die mit den Marken der Beklagten versehenen Erzeugnisse hergestellt und auf den Markt gebracht (vgl. Praxis zit. in BGE 96 II 259 ff.). Es sei im übrigen auf den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 15. September 1981 i.S. Therma AG gegen Thermasol Ltd. (SMI 1983 II 54) verwiesen, wo die Warengleichartigkeit ebenfalls bejaht wurde, weil es sich in beiden Fällen um elektrische Apparate handelte. Vorliegend fallen nicht nur elektrische, sondern zudem Apparate im thermischen Anwendungsbereich in Betracht. Es besteht somit Warengleichartigkeit zwischen den Warenzeichen der Klägerin und denen der Beklagten.

3. Die Bildung der Marken "THERMATIC" und "THERMATIQUE" der Beklagten erfolgte, indem lediglich der klägerischen Marke die dem allgemeinen französischen Sprachgebrauch und für die Wortbestimmung atypischen Endungen "TIC" und "TIQUE" angehängt wurden (vgl. u.a. BGE 78 II 379 ff.). Die Marken der Beklagten erweckten somit den Anschein, von den klägerischen Stammmarken "THERMA" bzw. "therma" abgeleitete Warenzeichen zu sein.

Da die Klägerin zudem Inhaberin von weiteren Serienmarken wie "THERMADUR" und "THERMAPLAN" ist und unabhängig von den Warenzeichen der Beklagten das Wort "THERMATIC" für ihr Bratsystem verwendet, entsteht der falsche Eindruck, es handle sich bei den Streitmarken um zusätzliche Warenzeichen der klägerischen Produkteserie.

Aus diesen Gründen ist die Verwechslungsgefahr zu bejahen, und es sind die Marken "THERMATIC" und "THERMATIQUE" der Beklagten, gestützt auf Art. 6 MSchG für das Gebiet der Schweiz nichtig zu erklären.

4. Der Beklagten ist überdies die Verwendung ihrer Marken im schweizerischen Geschäftsverkehr zu untersagen. Das entsprechende Klagebegehren stützt sich auf Art. 1 Abs. 1 und 2 lit. d UWG, indem wegen der Verwechslungsgefahr auch der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes erfüllt ist. Zwar wurde eine Verwendung der Marken "THERMATIC" und "THERMATIQUE" seitens der Beklagten in der Schweiz noch nicht festgestellt, doch hat diese mit der Hinterlegung und durch schriftliche Äusserungen sinngemäss eine entsprechende Gebrauchsabsicht bekundet, was für den Zuspruch des Unterlassungsbegehrens genügt.

Der Unterlassungsanspruch der Klägerin ist für den Widerhandlungsfall mit der Strafandrohung des Art. 292 StGB / 403 ZPO, lautend auf Haft oder Busse, gegenüber den Organen der Beklagten zu verbinden.

III.

Die Beklagte als unterliegende Partei hat, gestützt auf Art. 58 Abs. 1 ZPO, die Gerichtskosten zu tragen und der Klägerin die Parteikosten zu ersetzen.

Aus diesen Gründen wird erkannt:

1. Die internationalen Markeneintragungen Nr. 480 428 "THERMATIC" und Nr. 482 665 "THERMATIQUE" der Beklagten werden für das Gebiet der Schweiz nichtig erklärt.

2. Der Beklagten wird gerichtlich untersagt, die Marken "THERMATIC" und "THERMATIQUE" im schweizerischen Geschäftsverkehr, insbesondere zur Kennzeichnung der im Warenverzeichnis dieser Markeneintragungen aufgeführten Waren, zu verwenden. Für den Widerhandlungsfall wird der Beklagten die Bestrafung ihrer Organe mit Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB / 403 ZPO angedroht.

3. Die Gerichtskosten, bestimmt auf eine Gebühr von Fr. 1500.— pro Partei und Fr. 192.— Kanzleiauslagen, ausmachend Fr. 3192.—, werden der Beklagten auferlegt.

Art. 6 Abs. 3 MSchG – “JEVER”

- *Der Name der friesischen Kreisstadt Jever und die davon abgeleiteten Marken Jever Pilsener und Jever Premium sind verwechselbar mit der Fantasie Marke Juver.*
- *Alkoholfreie Getränke weichen ihrer Natur nach nicht gänzlich von Bieren ab.*
- *Il existe un risque de confusion entre le nom du chef-lieu d'arrondissement frison Jever et les marques qui en dérivent. Jever Pilsener et Jever Premium, d'une part, et, de l'autre, la marque de fantaisie Juver.*
- *Des boissons sans alcool et la bière ne sont pas d'une nature totalement différente.*

BGer I. Ziv.Abt. vom 16. Juni 1987 i.S. Bavaria-St. Pauli-Brauerei AG ca. J. V. Alcantara (mitgeteilt von RA Dr. D. C. Maday).

Die Bavaria-St. Pauli-Brauerei AG, Hamburg, stellt seit Jahrzehnten unter anderem Spezialbiere her, die sie unter dem Ortsnamen JEVER vertreibt. Die Etikette mit der Bezeichnung “JEVER PILSENER” steht seit 17. Mai 1979/16. Juli 1980 als Wort/Bildmarke für Bier, das nach der Pilsener Methode hergestellt wird, in der Zeichenrolle des Deutschen Patentamtes und ist seit 29. Mai 1981 als Marke Nr. 461'763 auch international registriert. In der Schweiz wird dieses Bier seit 1984 unter der Marke “JEVER PREMIUM” vertrieben, die ebenfalls nicht nur in Deutschland, sondern seit 14. Juni 1984 unter der Nr. 485'992 auch international geschützt ist.

Juan Valverde Alcantara liess die Marke “JUVER” am 3. Dezember 1979/20. Oktober 1980 im spanischen Warenzeichenregister und am 4. März 1984 unter Nr. 484'006 auch im internationalen Register eintragen. Die Marke ist für Waren der internationalen Klasse 32, insbesondere für Fruchtsäfte, Erfrischungsgetränke aus Früchten und kohlen säurehaltige Wässer bestimmt.

Am 17. März 1986 klagte die Bavaria-St. Pauli-Brauerei AG gegen Alcantara beim Handelsgericht des Kantons Bern mit den Begehren, die internationale Markeneintragung Nr. 484'006, bestehend aus einer Vignette mit dem Namen “JUVER”, für das Gebiet der Schweiz nichtig zu erklären und dem Beklagten den Gebrauch der Marke “JUVER” für gleichartige Erzeugnisse bei Strafe zu verbieten.

Das Handelsgericht wies die Klage am 2. Dezember 1986 ab. Es billigte der Klägerin für die Eintragung und den Gebrauch ihrer Marken Prioritätsrechte zu und fand, dass die Verwechselbarkeit zwischen dem Warenzeichen des Beklagten und dem Stammzeichen der Klägerin zu bejahen sei; es hielt aber nicht für ausreichend bewiesen, dass es sich bei den Getränken, für welche die streitigen Marken bestimmt sind, um gleichartige Erzeugnisse im Sinne von Art. 6 Abs. 3 MSchG handle. Das Handelsgericht urteilte im Säumnisverfahren, da der Beklagte keine Antwort eingereicht hatte und zur Hauptverhandlung nicht erschienen war. Die Klägerin hat gegen dieses Urteil Berufung eingereicht, mit der sie an ihren Rechtsbegehren festhält; der Beklagte hat sich nicht vernehmen lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Zwischen Spanien und der Schweiz gelten das Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (MMA) sowie die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVUe), und zwar das Abkommen gemäss der am 15. Juni 1957 in Nizza revidierten Fassung (SR 0.232.112.2), die Übereinkunft dagegen in der am 14. Juli 1967 in Stockholm revidierten Fassung (SR 0.232.04). Nach Art. 5 Abs. 1 MMA darf einer international registrierten Marke der Schutz in einem Verbandsland nur verweigert werden, wenn nach den in der PVUe genannten Bedingungen ihre Eintragung in das nationale Register abgelehnt werden dürfte. Das trifft nach Art. 6quinquies lit. B Ziff. 3 PVUe namentlich zu, wenn die Marke gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst, insbesondere geeignet ist, das Publikum zu täuschen.

Diese zwischenstaatliche Regelung entspricht den in Art. 14 Ziff. 2 MSchG vorgesehenen Ablehnungsgründen, wonach Marken der gesetzliche Schutz zu verweigern ist, wenn sie gegen bundesrechtliche Vorschriften oder gegen die guten Sitten verstossen. Dazu gehören insbesondere Zeichen, die sich entgegen der Vorschrift des Art. 6 MSchG nicht durch wesentliche Merkmale von einer bereits eingetragenen Marke unterscheiden (Abs. 1), obschon sie für Waren der gleichen oder einer ähnlichen Gattung verwendet werden (Abs. 3). Trifft dies zu, so besteht die Gefahr von Verwechslungen, weshalb die Zeichen auch geeignet sind, den Durchschnittskäufer über die Herkunft der damit versehenen Waren irrezuführen (BGE 99 II 118, 96 II 260, 91 II 15). Der Schutz der streitigen Marken für das Gebiet der Schweiz ist daher nach diesen Bestimmungen zu beurteilen. Davon ist bereits das Handelsgericht ausgegangen.

2. Das Handelsgericht nimmt zu Recht an, dass die Marke des Beklagten sich nicht ausreichend von den Warenzeichen der Klägerin unterscheidet. Die erforderliche Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 6 Abs. 1 MSchG hängt nach ständiger Rechtsprechung vom Gesamteindruck ab, den die sich gegenüberstehenden Marken in der Erinnerung des letzten Abnehmers hinterlassen. Dieser Eindruck wird bei Marken, die nur aus einem Wort bestehen oder einen charakteristischen Bestandteil aufweisen, durch deren Klang und Schriftbild bestimmt (BGE 102 II 125 E. 2, 90 II 48, 88 II 378/79 mit Hinweisen). Beide Marken der Klägerin enthalten in ovaler Form und durch Fettdruck besonders hervorgehoben das Wort JEVER, das als ihr charakteristisches Merkmal anzusehen ist; es ist identisch mit dem Namen der friesischen Kreisstadt Jever, die auf den Etiketten zusätzlich als Ort des Brauhauses angegeben wird. Die Phantasiebezeichnung "JUVER" des Beklagten, bestehend aus je einer Silbe seiner beiden Vornamen, unterscheidet sich davon nur durch einen einzigen Buchstaben; ihr Schriftbild in ovaler Vignette ist zudem auffallend ähnlich. Die wichtigste phonetische Abweichung sodann setzt Spanischkenntnisse voraus und liegt daher für weite Kreise der Bevölkerung nicht auf der Hand.

Nicht beizupflichten ist dem Handelsgericht dagegen in der Annahme, die streitigen Marken seien nicht für den Gebrauch auf gleichartigen Erzeugnissen vorgesehen. Das lässt sich entgegen seiner Auffassung schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht sagen, das in Art. 6 Abs. 3 verlangt, dass die mit den streitigen Marken versehenen Waren voneinander "gänzlich abweichen". Wie es sich damit im Einzelfall verhält, ist zudem nicht bloss eine Tatfrage, wie das Handelsgericht mit

seinem Vorhalt, die Klägerin habe die Warengleichartigkeit nicht glaubhaft machen können, anzunehmen scheint. Tatfrage ist nur, für welche Erzeugnisse die streitigen Marken bestimmt sind. Das erhellt aber schon aus dem Warenverzeichnis, das der Veröffentlichung über die internationale Eintragung von Marken jeweils beigelegt wird. Danach hat der Beklagte seine Marke "JUVER" für "Sucs, jus et nectars de fruits, eaux gazeuses, sirops, suc aigre de citron et autres préparations pour faire des boissons", die Klägerin ihre Warenzeichen "JEVER PILSENER" und "JEVER PREMIUM" dagegen für Bier international registrieren lassen. In allen drei Fällen wird zudem vorweg festgehalten, dass es sich dabei um Waren der internationalen Klasse 32 handelt, die insbesondere Biere, Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte sowie Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken umfasst (SR 0.232.118.8). Das genügt für sich allein freilich noch nicht, bildet aber ein Indiz für gleichartige Waren (BGE 99 II 117 E. 6, 96 II 260).

Entscheidend ist, ob die verwechselbaren Zeichen den Schluss zulassen, die damit versehenen Waren stammten aus ein und demselben Betrieb. Dieser Schluss liegt vor allem dann nahe, wenn ihre Inhaber mit gleichartigen Waren gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen, sich also der gleichen Verkaufsstellen bedienen und sich an die gleichen Abnehmerkreise wenden. Erzeugnisse sind daher nicht schon dann im Sinne des Art. 6 Abs. 3 MSchG voneinander gänzlich verschieden, wenn sie aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht miteinander verwechselt werden können; erforderlich ist vielmehr, dass die Abnehmer nicht auf den Gedanken kommen können, der Inhaber der vorgehenden Marke stelle auch die mit dem nachfolgenden Zeichen versehenen Waren her oder bringe sie auf den Markt (BGE 99 II 117/18, 96 II 259 E. 2, 91 II 15, 87 II 108 E. 1, 77 II 331 E. 2, je mit weiteren Hinweisen). Solche Gedanken sind aber nicht auszuschliessen, wenn der Beklagte die Bezeichnung "JUVER" für Getränke seines Warenverzeichnisses im Inland verwendet. Es verhält sich durchaus ähnlich wie im Falle, der BGE 56 II 402 ff. zugrunde lag. Davon abzuweichen besteht kein Anlass, zumal viele Brauereien heute auch alkoholfreie Erfrischungsgetränke vertreiben.

Bei diesem Ergebnis ist unerheblich, ob es sich beim Erzeugnis der Klägerin um ein billiges Bier aus dem Ausland handelt, das hier erwiesenermassen einzig von den Lebensmittelgeschäften der Denner AG vertrieben werde und im Vergleich mit schweizerischen Markenbieren nur eine untergeordnete Rolle spiele, wie das Handelsgericht der Klägerin entgegenhält. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Erzeugnisse des Beklagten bereits auf dem schweizerischen Markt erschienen sind. Unter dem Vorbehalt von Art. 9 Abs. 1 MSchG genügt, dass der Beklagte mit der internationalen Registrierung der Marke "JUVER" auch für das Gebiet der Schweiz Schutz beansprucht, wenn er damit gekennzeichnete Getränke einführt und hier vertreibt.

III. Musterrecht

Art. 6 et 12 ch. 1 et 4 LDMI – “BRACELET JEANS”

- *La reproduction, sur la matière plastique d'un bracelet de montre, de la couleur et de l'aspect du tissu “jeans” n'est pas originale.*
- *Die Nachbildung der Farbe und des Erscheinungsbildes von Jeans-Textilien auf einem Uhrenarmband aus Plastik ist nicht originell.*

Ordonnance de mesures provisionnelles de la cour de justice de Genève du 29 juin 1987 dans la cause E. S.A. c/E. (communiqué par Me Blaise Grosjean, avocat à Genève).

2. Contrairement à ce qu'a soutenu la requérante en plaidant, la présomption selon l'article 6 LDMI que l'objet était nouveau au moment du dépôt peut être renversée.

Le cité a apporté de nombreux indices permettant de considérer que, bien antérieurement au dépôt du modèle par la requérante, plusieurs firmes vendaient des montres dont le bracelet était en tissu jeans ou représentant les dessins du jeans.

C'est pourquoi la requérante a bien précisé finalement que l'élément nouveau n'était que l'imitation du tissu jeans sur du plastique.

Sans vouloir se prononcer sur l'éventuelle antériorité qui résulterait de l'offre faite à fin juin 1986 par la société française Cobra vendant des bracelets “Jeans imit.”, la Cour observe que, pour bénéficier de la protection de la LDMI, un objet n'a pas besoin de porter la marque d'un effort réellement créateur, mais doit posséder, dans son effort esthétique, une certaine originalité soit une certaine individualité (ATF 77 II 373 = JdT 1952 I 557, consid. 2).

Or, le fait de reproduire sur la matière plastique la couleur et l'aspect du tissu jeans ne réalise assurément pas l'effet d'originalité exigé par la loi.

IV. Wettbewerbsrecht

Art. 1 al. 1 LCD, art. 153 et 154 CP – “CHANEL / VICTORIA”

- *La vente en-dessous des prix fixés par le fabricant est déloyale seulement lorsque, en raison de circonstances spéciales, elle apparaît comme contraire aux bonnes moeurs (c. 3 c).*
- *L'intérêt du fabricant à identifier les canaux par lesquels ses marchandises parviennent au public à prix réduit n'est pas digne de protection; celui qui vend des marchandises qu'il a obtenues par des moyens inhabituels ne commet pas un acte illicite (c. 4 a).*
- *Le fabricant ne possède pas un intérêt juridiquement protégé à empêcher toute atteinte, même minime, aux qualités esthétiques de l'emballage (c. 4 b) ou la suppression du code de référence qui a pour but de contrôler les réseaux de distribution et non de garantir la qualité de l'objet ni de permettre de commander des pièces de rechange (c. 4 c).*
- *Der Verkauf unter dem vom Hersteller festgesetzten Preises ist nur dann unlauter, wenn er wegen besonderer Umstände als sittenwidrig erscheint (E. 3 c).*
- *Das Interesse des Herstellers, die Verkaufskanäle zu identifizieren, aus welchen seine Waren zu reduziertem Preis ans Publikum gelangen, ist nicht schutzwürdig; wer Waren verkauft, die er auf ungewöhnliche Art erworben hat, begeht keine widerrechtliche Handlung (E. 4 a).*
- *Der Hersteller hat kein rechtlich geschütztes Interesse um jeden auch noch so kleinen Eingriff in die ästhetische Erscheinung seiner Verpackung (E. 4 b) oder das Entfernen des Referenzcodes zu verhindern, welcher das Vertriebsnetz kontrollieren, nicht aber die Qualität der Ware garantieren oder die Bestellung von Ersatzprodukten erlauben soll (E. 4 c).*

Arrêt de la cour de justice de Genève du 2 mai 1986 dans la cause Chanel S.A. et Artilux S.A. c/Pharmacie Victoria S.A. et PFS Parfums Free Shop S.A.

I. Faits:

1. Chanel S.A., dont le siège social est à Neuilly-sur-Seine (France), 135, avenue Charles de Gaulle, fabrique et vend des produits de parfumerie et de beauté revêtus de son nom commercial et de ses marques.

Son concessionnaire exclusif pour la Suisse est la société Artilux S.A. dont le siège social est à Lausanne 2, avenue de la Rasude.

2. La Pharmacie Victoria S.A., qui a son siège social à Genève, 21, rue Chantepoulet, a deux points de vente, au 21, rue de Chantepoulet et au 70, route de Florissant. Artilux livrait des produits Chanel à cette société.

3. Dans le courant de l'année 1981, l'administrateur de la Pharmacie Victoria S.A., Joseph Ghaliounghi, a ouvert une nouvelle arcade dans la zone piétonne de la Gare de Cornavin, à l'enseigne “Métro-Shopping”. Ce nouveau point de vente

est exploité par la PFS Parfum Free Shop S.A., dont le siège est à Genève, 21, rue Chantepoulet.

4. Par une lettre circulaire du 7 décembre 1981, Joseph Ghaliounghi a averti ses fournisseurs que par souci de compétitivité il entendait pratiquer des prix “discount” dans le magasin Métro-Shopping. Artilux S.A. s’est alors opposée à toute vente de produits Chanel dans cette officine.

A défaut d’un accord sur ce point, Artilux a exigé, par lettre du 18 décembre 1981, que la Pharmacie Victoria S.A. lui retournât, contre paiement du prix, la totalité de son stock de produits Chanel. La Pharmacie Victoria S.A. a obtempéré, ce qui a mis fin aux relations commerciales entre les parties.

5. Le magasin Métro-Shopping continuait cependant à vendre des produits Chanel, s’approvisionnant auprès de divers fournisseurs qui ne sont pas importateurs agréés de Chanel en Suisse.

6. Par une publicité dans un journal genevois le 30 juin 1983, la Pharmacie Victoria S.A. a annoncé qu’elle vendait les grandes marques de parfumerie jusqu’à 50% meilleur marché. Il était spécifié que les produits proposés étaient livrés à l’annonceur par “les importateurs officiels en Suisse” des marques concernées.

Des annonces publiées les 1er, 15 et 17 octobre et 8 décembre 1983 et les 24 mai et 6 septembre 1984 proposaient des produits de marque, dont Chanel, à des prix réduits, vendus aux Pharmacies Victoria S.A. et Métro-Shopping. La référence aux importateurs officiels de ces produits n’était cependant pas réitérée.

7. Un constat d’huissier effectué à la requête de Chanel S.A. le 31 août 1983 aux Pharmacies Victoria S.A. et Métro-Shopping révéla que ces magasins proposaient effectivement des produits Chanel à des prix “discount”. Artilux S.A. a donc publié, le 29 septembre 1983, une annonce dans un quotidien genevois avertissant le public que la marchandise proposée dans ces points de vente n’avait pas été fournie par elle, seule société importatrice agréée en Suisse des produits de parfumerie et de beauté Chanel.

8. Les produits Chanel sont pourvus d’un code piqué dans leur emballage qui est destiné à faciliter l’identification du distributeur auquel ils sont livrés. Parmi les produits vendus par les défenderesses certains étaient toujours munis de ce code, alors que d’autres étaient dépourvus de tout code ou portaient un code oblitéré par surpiquage.

9. Par acte du 9 novembre 1983, Chanel S.A. et Artilux S.A., agissant conjointement contre la Pharmacie Victoria S.A., ont requis de la Cour de justice des mesures provisionnelles en vertu des articles 9 et ss LCD. Elles entendaient ainsi faire interdire à la citée:

a) toute publicité indiquant que les produits de parfumerie qu’elle vendait lui étaient livrés par les importateurs officiels de Chanel en Suisse;

b) de mettre en vente et d’exposer des produits Chanel dont le code de référence avait été surpiqué ou dissimulé de toute autre manière.

Elles ont requis en outre une saisie des documents susceptibles d’établir la provenance des produits Chanel vendus par la citée.

10. Dans le cadre de la procédure précitée en mesures provisionnelles, la citée a admis que l'annonce publicitaire du 30 juin 1983 comportait bien une indication sur la provenance de la marchandise qui était contraire aux règles de la concurrence loyale et qu'elle s'engageait à ne pas réitérer. Elle contestait cependant la qualité d'acte de concurrence déloyale au simple fait de vendre des marchandises dont l'emballage comportait un code surpiqué ou dissimulé d'une autre manière par ses fournisseuses.

11. La 3ème section de la Cour de justice a suivi l'argumentation de la citée dans son ordonnance du 20 décembre 1983. Elle a donné acte à la citée de son engagement de ne plus se prévaloir de ce que les produits Chanel qu'elle vendait provenaient des fournisseurs officiels de cette société en Suisse. La Cour a rappelé en outre que, en plaidant, les requérantes avaient expressément déclaré qu'elles ne reprochaient pas à la citée de vendre des produits Chanel qui ne lui étaient pas fournis par Artilux S.A., mais uniquement de mettre en vente des produits dont l'emballage avait été surpiqué. A cet égard, la Cour estimait que le surpiquage n'avait pas pour effet d'empêcher le contrôle de l'état de fraîcheur des produits. Quant à l'intérêt du fabricant de découvrir au moyen du code de contrôle le fournisseur qui livrait des marchandises au-dessous du prix recommandé, il ne constituait pas un intérêt protégé par la LCD.

12. Les Pharmacies Victoria S.A. et Métro-Shopping ont continué à offrir à la vente des produits Chanel à des prix "discount" ainsi que le démontrent les constats d'huissier des 27 août et 3 septembre 1984. Pour certains de ces produits, les codes de référence avaient été dissimulés par surpiquage manuel ou surimpression. Les codes subsistants désignaient le fournisseur allemand Kandeler.

Quant aux numéros de fabrication, ils révélaient que certains de ces produits avaient été terminés en juin ou août 1981.

13. Par assignation du 2 avril 1985, Chanel et Artilux S.A. ont introduit action contre la Pharmacie Victoria S.A. et PFS Parfum Free Shop.

En droit:

3. Le rapport de concurrence économique existant entre les parties n'est pas contesté. On ne saurait prétendre en revanche que les défenderesses ont dépassé les limites de la concurrence déloyale.

a) En dépit de leurs longues explications y relatives, les demanderesses ne semblent plus invoquer l'acte incontestablement déloyal commis en son temps par la Pharmacie Victoria S.A. qui avait fait paraître, le 30 juin 1983, une annonce contenant une fausse indication sur ses fournisseurs. Cette société s'est d'ailleurs engagée à ne plus se prévaloir du titre de fournisseur agréé de Chanel S.A. en Suisse, ce dont la Cour de justice lui a donné acte dans son ordonnance du 20 décembre 1983.

b) C'est à raison que les demanderesses ne prétendent pas que le contrat de distribution exclusive qui les lie affecte les tiers. Les défenderesses ne sauraient répondre d'un acte de concurrence déloyale au simple motif qu'elles sont parvenues

à contourner une clause contractuelle – la clause d'exclusivité – qui régit les rapports entre Chanel et Artilux S.A. (SJ 1978 p. 465, 469 et nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales citées; ATF 86 II 113 = JdT 1960 I 613).

c) C'est également à raison que les demanderesses ne se prévalent pas du simple fait que les défenderesses vendent les marchandises au-dessous du prix prescrit par Chanel S.A. à ses concessionnaires. La formation libre des prix et la concurrence qui peut en résulter sur ce plan sont des aspects de la liberté économique protégée par l'ordre juridique suisse.

Pour qu'il y ait concurrence illicite, il faut que des circonstances spéciales fassent apparaître la vente au-dessous des prix fixés par le fabricant comme contraire aux bonnes mœurs (SJ 1954 p. 532 et jurisprudence fédérale et cantonale citée, *Von Bueren*, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, 1957, p. 61).

4. Les demanderesses reprochent en particulier aux défenderesses d'avoir mis en vente des produits dont l'emballage a été altéré dans le but de dissimuler le code de référence dont ils sont pourvus par Chanel S.A. ou par l'un des concessionnaires de celle-ci.

S'agit-il là de "circonstances spéciales" qui peuvent faire apparaître la vente à des prix "discount" comme contraire aux bonnes mœurs? Pour le savoir, il convient d'examiner si le fabricant a un intérêt digne de protection juridique à ce que les codes soient laissés intacts (SJ 1954 p. 534).

a) D'après les indications fournies par les demanderesses elles-mêmes, le but des codes de référence est de permettre à Chanel S.A. d'identifier le fournisseur de ses produits et de retrouver ainsi le cheminement de ces derniers jusqu'au détaillant. Ce contrôle est destiné à assurer le caractère exclusif de la diffusion des produits Chanel par ces concessionnaires et à identifier ceux qui fournissent des produits à des prix réduits.

Comme il a déjà été constaté, le rapport d'exclusivité ne lie pas les tiers et il ne saurait être question d'un acte de concurrence déloyale à ce titre.

Quant à l'intérêt du fabricant à identifier les canaux par lesquels ses marchandises à prix réduits parviennent au public, la Cour de céans a déjà relevé qu'il ne s'agit "pas là d'un intérêt digne de protection" (SJ 1954 p. 534; *Von Bueren*, op. cit., p. 11, approuve cette jurisprudence). Celui qui vend des marchandises qu'il a obtenues par des moyens inhabituels ne commet donc pas de ce fait un acte illicite au sens de la LCD (Trib. sup. Lucerne, in ZBJV 90, p. 239; *Von Bueren*, op. cit., p. 11). La Cour de justice ne saurait donc suivre les demanderesses quand elles prétendent tirer argument des voies "tortueuses" par lesquelles les défenderesses s'approvisionnent en produits Chanel.

b) Les demanderesses se prévalent du droit de suite de Chanel S.A. pour déduire qu'elles ont un intérêt juridiquement protégé à ce que des produits dont l'emballage a été endommagé par la suppression des numéros de référence ne soient pas vendus.

Elles s'appuient à cet égard sur un article du Professeur Martin-Achard ("Le droit de suite du producteur d'articles de marque", in *Mitteilungen*, 1953 pp. 119-133).

S'il est vrai que cet auteur estime que la présentation d'un produit est un bien susceptible de protection juridique (op. cit., p. 123), c'est au premier chef la modification d'un emballage constituant une marque déposée qui semble visée par lui (op. cit., p. 121 s., cf. également l'arrêt de la Cour de justice cité, SJ 1931, p. 561).

Il ne saurait être question d'étendre ce point de vue de manière à englober toute atteinte, même minime, aux qualités esthétiques de l'emballage.

On ne saurait par ailleurs soutenir que les consommateurs sont lésés du fait de la détérioration constatée in casu sur les emballages. Il ne s'agit pas ici d'un produit pour la présentation et l'utilisation duquel, comme dans le cas de la pharmacie par exemple, l'emballage présente un réel intérêt. En acquérant un produit de parfumerie à un prix sensiblement réduit, l'acheteur accepte, en contre-partie de l'économie réalisée, d'avoir un produit dont l'emballage présente un aspect un peu moins soigné, encore qu'en l'espèce les altérations fussent très minimes. Il s'en accomode d'autant plus volontiers qu'il se débarrassera très probablement rapidement des papiers et cartons superflus, afin d'utiliser le contenu, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour des emballages de produits pharmaceutiques.

c) Les demanderesses arguent de leur intérêt à empêcher que des produits dont le code de référence est supprimé soient vendus en invoquant l'atteinte à leur réputation commerciale (art. 1. al. I LCD et art. 10 bis CUP) que comporterait la vente de produits avariés.

Cette allégation n'est étayée par aucune preuve, et aucun élément pour apprécier l'état de fraîcheur des produits n'est fourni à la Cour.

En outre, on ne saurait suivre les demanderesses quant elles allèguent que les consommateurs seraient lésés en achetant un produit Chanel dont le fournisseur intermédiaire ne peut plus être identifié. Rien ne permet de penser que les éventuelles réclamations ne seront pas honorées par la Pharmacie Victoria S.A. et la PFS Parfum Free Shop S.A. Les demanderesses n'invoquent en outre pas que les produits Chanel font l'objet d'une garantie de leur part vis-à-vis des consommateurs achetant chez les défenderesses. Dans l'espèce déjà citée (SJ 1954 p. 534), la Cour de justice a déduit de cette circonstance que "le grattage ou l'enlèvement des numéros d'origine (...) est sans importance pour le fabricant" (voir également, pour un raisonnement différent aboutissant au même résultat, ATF 86 II 117).

Les demanderesses sont par ailleurs mal venues de s'en référer à la jurisprudence non publiée du Tribunal fédéral citée par le Professeur Martin-Achard (ATF du 17 novembre 1953 dans la cause Omega, Blanc et frères S.A. c. H. Rüttimann; Martin-Achard in SJ 1955 pp. 49-52, p. 50).

Il s'agissait en l'espèce d'apprécier le grattage de numéros de fabrication apposés sur des montres et qui avaient pour fonction de garantir la qualité des montres en permettant au fabricant de "contrôler les causes de défaut de toutes espèces" (Tribunal fédéral, loc. cit.). En outre, ces numéros étaient "importants" (...) pour permettre la commande des pièces de rechange" (Tribunal fédéral, loc. cit.).

Le contrôle des intermédiaires de la distribution n'était donc pas le but principal, mais une conséquence accessoire de l'apposition des numéros de fabrication sur les montres (dans ce sens, *Martin-Achard*, SJ 1955, p. 52). C'est la fonction particulière remplie par le système des numéros de fabrication dans la manufacture horlogère, et non le contrôle des réseaux de distribution, qui bénéficie de la protection par la LCD (cf. également SJ 1933 p. 9). L'assimilation des deux types de numéros, préconisée par les demanderesses, ne saurait dès lors être admise.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs écarté l'hypothèse d'une atteinte à la concurrence loyale en ce qui concernait le grattage d'un numéro de fabrication qui ne remplissait pas une fonction de garantie du fabricant comparable à celle instituée

par l'horloger dans l'espèce jugée antérieurement (ATF 86 II 117, partiellement publié au JdT 1960 I 612).

d) Il ne saurait être question de remettre en cause ces principes fermement établis dans la jurisprudence actuelle en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'ancien article 48 CO (SJ 1931 p. 562; 1933 p. 9; 1935 p. 104). L'entrée en vigueur de la loi sur la concurrence déloyale en 1945 a abrogé cette disposition légale qui visait d'ailleurs, comme le soulignent les demandresses, un but différent. C'est la raison pour laquelle il n'y a pas lieu de reconsidérer le résultat obtenu à la lumière du droit actuel en s'inspirant de l'interprétation de l'ancien article 48 CO.

e) Les demandresses voient la confirmation de leur point de vue que la vente de produits dont le code de référence est surpiqué constitue un acte de concurrence déloyale dans le fait qu'un tel procédé tomberait également sous le coup de l'article 154 CP (mise en circulation de marchandises falsifiées).

Il n'en est de toute évidence rien. Le surpiquage d'un numéro servant à identifier le fournisseur ne saurait constituer une falsification de marchandise au sens où l'entend l'article 153 CP, c'est-à-dire une manipulation visant à faire apparaître la marchandise comme possédant des qualités qu'elle n'a pas. Ceci ressort d'ailleurs clairement des explications du professeur Stratenwerth (Schweiz. Strafrecht, Bes. T., I, 3ème éd., p. 264) que les demandresses citent à contresens.

5. La mise en vente de produits dont le numéro de contrôle est surpiqué à des prix inférieurs aux prix officiels ne constitue pas davantage un acte illicite au sens de la LCD. Il n'y a pas lieu de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour de justice en cette matière (ATF 86 II 117 = JdT 1960 I 612; SJ 1954, p. 525; *Von Bueren*, loc. cit.).

6. Les conclusions des demandresses sont en conséquence infondées.

Art. 1 al. 1 et al. 2 lettre d LCD – "OPTYL"

- *Mettre sur le marché des articles démodés et les vendre à des prix réduits dans des pays où leur fabricant ne veut pas qu'ils soient vendus est déloyal.*
- *Es ist unlauter, sich auf dem Markt demodierte Markenartikel zu beschaffen und sie in Ländern zu herabgesetztem Preis zu verkaufen, in denen der Hersteller sie nicht verkaufen will.*

Ordonnance de mesures provisionnelles du tribunal cantonal du canton de Vaud du 24 janvier 1986 dans la cause Optyl Brillenvertrieb Gesellschaft mbH c/Vico-tex S.A.

1. b) La société requérante Optyl Brillenvertrieb Gesellschaft m.b.H. (ci-après Optyl), dont le siège est à Vienne, dessine, produit et vend en exclusivité dans le monde entier des montures de lunettes et des lunettes à soleil de marque (Dunhill, Christian Dior, Playboy, Viennaline, terri brogan, Saphia, Carrera). Elle fait partie du groupe Optyl composé de plusieurs filiales dont le siège se trouve dans différents pays du monde. Dans certains pays, le groupe ne possède pas de filiale; il fait alors distribuer ses produits par l'une ou l'autre des sociétés du groupe à des tiers établis

dans les pays en question. La société filiale passe avec le tiers des contrats de concession de vente exclusive pour le pays en cause. Ces contrats sont conclus en vue de la revente par le concessionnaire exclusif des produits Optyl dans un pays déterminé, désigné sous le terme *Vertrag-Gebiet*. Il résulte de ces contrats que le concessionnaire n'a pas le droit de revendre les produits Optyl en dehors du territoire contractuel.

c) Dans certains pays, savoir les pays de l'est européen et les pays d'Orient, Optyl et ses filiales vendent des lunettes Optyl démodées à des prix inférieurs à ceux des articles courants. Tel est le cas des articles livrés par la requérante à l'intimée, Vicotex S.A., à destination de l'Iran.

d) En date du 15 janvier 1985, en effet, Optyl a offert 156'000 montures de lunettes à M. Rahimzadeh, de la société Firoozfar à Téhéran, offre que ce dernier a acceptée par télex du 5 février 1985, en précisant qu'il chargeait son agent en Suisse, Vicotex S.A., de traiter directement l'affaire en raison de difficultés à ouvrir directement une lettre de crédit.

Optyl a adressé à Vicotex S.A., le 13 février 1985, la facture pro forma demandée, document qui porte la mention "merchandise is destined for export to Iran", ainsi qu'une liste détaillée des articles proposés qui porte la mention "special offer for Iran", ce qui n'a pas été contesté par Vicotex.

e) Optyl a livré et facturé à Vicotex, entre le 25 mars et le 25 avril 1985, 31'720 montures de lunettes sur les 156'000 proposées, les factures indiquant expressément "Transit für Téhéran/Iran" ou "Im transit für Iran". Ces factures ont été payées le 9 mai 1985 ainsi que cela résulte d'une attestation bancaire de l'UBS.

3. Alerté par ses clients de Floride et de New-York que Vicotex S.A. tentait de vendre aux USA de la marchandise Optyl démodée à des prix très, très bon marché, puis par les maisons présentes à la foire de Milan que des articles Optyl étaient "bradés", Optyl a proposé à Vicotex S.A. de lui reprendre cette marchandise et de lui restituer les chèques. Cette offre a été repoussée par Vicotex S.A. qui a proposé pour sa part d'acheter pour 20'000 dollars de marchandise démodée, ce qu'Optyl a refusé.

Selon la partie intimée, Vicotex ne parvient plus à vendre ces montures en Iran et estime être en droit d'écouler cette marchandise ailleurs, d'autant qu'elle ne représente qu'un pourcentage infime de la production d'Optyl et qu'on ne voit pas en quoi cela pourrait porter atteinte à son image de marque; qu'au surplus, Optyl abuse d'une organisation cartellaire et empêche la liberté du commerce en Suisse.

En droit:

II. Aux termes de l'art. 1 al. 1er LCD, est réputé concurrence déloyale, tout abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi.

La plupart des cas de concurrence déloyale ont trait aux faits mentionnés aux lettres a) à k) de l'article 1 al. 2 LCD en tant d'exemples de procédés contraires à la bonne foi, notamment la lettre d) qui se réfère à celui qui prend des mesures

destinées ou de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres ou l'entreprise d'autrui.

Mettre sur le marché des articles démodés et les vendre à des prix inférieurs dans des pays où leur fabricant ne veut pas qu'ils soient vendus est, à première vue, propre à créer une certaine confusion.

Peu importe au demeurant que cette disposition s'applique ou non dans le cas particulier, tant il est vrai que le Tribunal fédéral se reporte au principe général de l'art. 1 al. 1er LCD lorsque les exemples de l'art. 1 al. 2 ne sont pas appropriés aux faits de la cause (notamment SJ 1979 634, 636; Van Cleef & Arpels c/L., du 17 novembre 1978). Deux entreprises sont en concurrence lorsqu'elles offrent des prestations du même genre au même cercle de clients (ATF 92 II 22, JT 1966 I 624, 627); il suffit d'ailleurs que les clientèles soient en partie les mêmes (ATF 90 II 323). Sont sanctionnés les procédés contraires aux règles de la bonne foi, par référence à l'art. 2 CC.

III. L'Autriche et la Suisse ayant toutes deux adhéré à la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle (CUP), la requérante, dont le siège est en Autriche, a droit à la protection de la LCD, en vertu de l'art. 2 al. 1er CUP, comme une entreprise suisse (ATF 90 II 51).

IV. Conformément à l'art. 9 al. 2 LCD, celui qui requiert des mesures provisionnelles doit rendre vraisemblable que la partie adverse use, dans la concurrence économique, de moyens contraires aux règles de la bonne foi et qu'il est en conséquence menacé d'un dommage difficilement réparable et que peuvent seules prévenir des mesures provisionnelles.

En matière de mesures provisionnelles, la jurisprudence du Tribunal fédéral a admis qu'on se demandera seulement, sur la base d'un examen sommaire de la question, si les prétentions du requérant n'apparaissent pas vouées à l'échec (ATF 97 I 486, JT 1972 I 499; ATF 108 II 69, JT 1982 I 529 et les références citées).

Dans le cas particulier, les tentatives de Vicotex d'écouler dans d'autres pays une marchandise qu'il savait démodée et précisément destinée à l'Iran pour cette raison, peuvent être qualifiées de contraires aux règles de la bonne foi. Certes, le Tribunal fédéral a reconnu qu'une communauté économique a ses règles propres, la première étant celle — invoquée d'ailleurs par l'intimée — de la liberté du commerce et de l'industrie (ATF 86 II 365, JT 1961 I 164 c. 4). Mais cette liberté n'est pas sans limites. Cela ressort de la norme fondamentale du droit de la concurrence, c'est-à-dire de l'obligation de respecter les règles de la bonne foi dans la concurrence (A. Troller, Précis du droit de la propriété immatérielle, Bâle, 1978, p. 175).

Quant au dommage, il découle du fait qu'en mettant ces montures de lunettes sur des marchés auxquels elles ne sont pas destinées, les prix habituellement pratiqués s'en trouvent faussés et la renommée d'Optyl entachée.

Le fait que Vicotex n'est pas insolvable est sans pertinence dans ce cas, le dommage ne consistant pas en un "manque à gagner" aisément réparable.

D'autre part, les craintes que nourrit la requérante de voir d'autres séries en possession de Vicotex être proposées, aux USA notamment, sont fondées dans la mesure où l'intimée dispose encore de cette marchandise.

La requérante ayant ainsi rendu vraisemblable la menace d'un dommage diffi-

cilement réparable, il convient d'interdire en l'état à Vicotex de vendre les articles Optyl ailleurs qu'en Iran et d'assortir cette interdiction des sanctions prévues à l'art. 292 CP, ce qui entraîne le rejet de la conclusion principale de l'intimée.

Art. 1 Abs. 1 UWG – "SCHEINGEBOTE"

- *Scheingebote des Einlieferers an Auktionen verstossen gegen Treu und Glauben und sind unlauter.*
- *Des offres fictives de la personne qui a mis la chose en vente aux enchères violent le principe de la bonne foi et sont déloyales.*

BGer, I. Ziv.Abt. v. 4. November 1986: BGE 112 II 338 = Praxis 76/1987 Nr. 64.

Art. 1 Abs. 1 UWG, Art. 28 ZGB – PACKUNGSBESCHÄDIGUNG

- *Als Wettbewerbshandlung ist ein Verhalten zu betrachten, das im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung vor sich geht und dem Handelnden einen Vorteil verschaffen soll. Der Begriff der Wettbewerbshandlung darf nicht eng gefasst werden.*
- *Der Händlerverkauf von Originalprodukten, die sich unansehnlich präsentieren, bildet im vorliegenden Fall keinen unlauteren Wettbewerb gegenüber dem Hersteller.*
- *Manipulationen des Händlers an Originalpackungen bilden unter den gegebenen Umständen keinen widerrechtlichen Eingriff in die Persönlichkeit des Herstellers.*
- *Un acte de concurrence est un comportement qui, adopté dans le cadre d'une activité économique, doit procurer un avantage à celui qui l'accomplit. Le concept d'acte de concurrence ne doit pas s'interpréter restrictivement.*
- *La vente au détail de produits originaux, qui présentent mal, ne constitue pas dans le cas d'espèce un acte de concurrence déloyale à l'encontre du fabricant.*
- *Dans les circonstances données, les manipulations du commerçant sur les produits originaux ne constituent pas une atteinte illicite aux intérêts personnels du fabricant.*

Massnahmenbeschluss OGer ZH, II. Ziv.K. vom 21. Januar 1987 (mitgeteilt von RA Dr. J. Drolshammer).

Die Klägerinnen 1 und 2 sind in eine englische Firmengruppe eingegliederte Unternehmen. Diese Firmengruppe befasst sich weltweit mit der Herstellung und dem Vertrieb von chemischen und pharmazeutischen Produkten sowie Kosmetika. In letzterem Bereich betätigt sich die Klägerin 1, indem sie in der Bundesrepublik Deutschland und anderen westeuropäischen Ländern selbst oder über andere konzernverbundene Grosshandelsfirmen kosmetische Produkte auf den Markt

bringt und vertreibt. Die Klägerin 2 ist im Auftrag der Klägerin 1 auf selbständiger Basis für den Import und den Vertrieb von Produkten in der Schweiz verantwortlich. Sie liefert exklusiv an Detailhandelsgeschäfte, mit denen sie sogenannte Depotverträge abgeschlossen hat, worin sich die einzelnen Depositäre verpflichten, die vorgeschriebenen Verkaufspreise einzuhalten und die gelieferten Produkte ausschliesslich im eigenen Laden zu verkaufen und nicht an andere Wiederverkäufer weiterzuvertreiben.

Die Beklagte ist einerseits im Kosmetikgrosshandel tätig und betreibt zum anderen in verschiedenen Schweizer Städten eine Kette von Detailhandelsgeschäften, in welchen verschiedene Markenartikel verkauft werden, darunter auch Produkte der Klägerinnen, ohne dazu durch einen sogenannten Depotvertrag mit der Klägerin 2 ermächtigt zu sein. Die Beklagte vertreibt diese Produkte erheblich unter dem von der Klägerin 2 vorgeschriebenen Verkaufspreis, wobei die üblicherweise auf der Verpackung vorhandenen Codenummern entfernt oder unkenntlich gemacht sind, damit die Bezugsquellen nicht eruiert werden können und um zu verhindern, dass Massnahmen gegen die Lieferanten der Beklagten getroffen werden.

Am 24. September 1986 stellten die Klägerinnen beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 9 UWG und Art. 28 c ZGB, mit welcher sie der Beklagten verbieten lassen wollten, klägerische Produkte in Verkehr zu bringen, deren Verpackungen auf bestimmte Weise beschädigt worden waren.

Mit Verfügung vom 2. Oktober 1986 wies der Einzelrichter das Klagebegehren ab, in erster Linie mit der Begründung, es habe nicht glaubhaft gemacht werden können, dass den Klägerinnen durch das beanstandete Verhalten der Beklagten ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Hiegegen erhoben die Klägerinnen fristgerecht Rekurs und machten im wesentlichen geltend, der Verkauf beschädigter Produkte durch die Beklagte sei geeignet, ihr Ansehen beim Publikum zu beeinträchtigen und ihren Ruf zu schädigen. Infolge der dadurch entstehenden Marktverwirrung bewirke das für sie einen erheblichen Nachteil. Auch die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 9 UWG und Art. 28 c ZGB seien erfüllt, weshalb die beantragte Verbotsmassnahme zu erlassen sei.

Das Obergericht zog in Betracht:

1. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne von § 222 Ziff. 3 ZPO, Art. 9 UWG oder Art. 28 c ZGB setzt die Glaubhaftmachung eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils voraus, was einerseits das Bestehen eines Anspruchs und andererseits dessen Gefährdung beinhaltet (*Sträuli/Messmer*, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1982, N. 26 zu § 222 ZPO). Glaubhaft zu machen sind die Tatsachen, aus denen der Gesuchsteller seinen Anspruch ableitet. Nach der herrschenden Praxis liegt (nur dann) kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vor, wenn im Zeitpunkt des Massnahmeantrags feststeht, dass der Antragsgegner solvent ist und der Schaden, der durch die inkriminierte Wettbewerbshandlung verursacht wird, in einem ordentlichen Prozess ohne grosse Schwierigkeit bewiesen werden kann. Letzteres wird allerdings eher selten angenommen. So wurde etwa bei kartellrechtlichen Diskriminierungsfällen

ein Schaden als leicht beweisbar betrachtet, weil er sich als Differenz zwischen normalen und diskriminierenden Geschäftsbedingungen berechnen lässt (*Urs Schenker*, Die vorsorglichen Massnahmen im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss. Zürich 1985, S. 54). Bei unlauteren Wettbewerbshandlungen ist die Höhe des eventuell entstehenden Schadens normalerweise nur schwer nachweisbar, da die Auswirkungen einer einzelnen schädigenden Wettbewerbshandlung eines Konkurrenten auf das betriebswirtschaftliche Ergebnis eines Geschäftes nicht ohne weiteres berechnet werden können. Damit kann bei unlauteren Wettbewerbshandlungen zumeist angenommen werden, dass sie beim Betroffenen eine weitgehend irreparable Schädigung verursachen (*Schenker*, a.a.O., S. 71). Auch *Troller* führt aus, dass in Marken- und Wettbewerbsstreitsachen der Schaden in der Regel nicht genau zu ermitteln ist, so dass er als nicht leicht ersetzbar zu gelten habe (*Alois Troller*, Immaterialgüterrecht, Band II, 3. Auflage, S. 1068).

Doch kann hier offenbleiben, ob die Klägerinnen aufgrund des beanstandeten Verhaltens der Beklagten einen nicht leicht ersetzbaren Nachteil zu befürchten haben, weil sich ergibt, dass das Massnahmebegehren aus anderen Gründen ohnehin abzuweisen ist.

2. Die Klägerinnen stützen ihren Anspruch auf Art. 1 Abs. 1 UWG und auf Art. 28 c ZGB.

Unlauterer Wettbewerb ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen (Art. 1 Abs. 1 UWG).

a) Voraussetzung ist zunächst das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung und eines Wettbewerbsverhältnisses. Letzteres besteht auch zwischen verschiedenen Wirtschaftsstufen, so zwischen Fabrikant und Händler (*von Büren*, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957, N. 44 zu Art. 2 UWG, S. 181; auch N. 48 zu Allgemeines, S. 20; BGE 55 II 346). Zwei Unternehmen stehen dann im wirtschaftlichen Wettbewerb, wenn sie mit gleichartigen Waren oder Leistungen gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen, sich also an den gleichen Abnehmerkreis wenden (BGE 108 II 329 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall gegeben.

Als Wettbewerbshandlung ist ein Verhalten zu betrachten, das im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung vor sich geht und dem Handelnden im Verhältnis zu den auf dem gleichen Wirtschaftsgebiet tätigen Gewerbetreibenden einen Vorteil verschaffen soll. Der Begriff der Wettbewerbshandlung darf aber nicht eng gefasst werden. So kann das Entfernen von Fabrikationsnummern auf Markenartikeln bzw. das Beschaffen nummernloser Produkte, das dazu dient, die Lieferung im exklusiven Vertretungsgebiet zu verschleiern, mit guten Gründen als Wettbewerbshandlung betrachtet werden, da es darauf abzielt, dem betreffenden Kaufmann den Handel mit dem fraglichen Produkt weiterhin zu ermöglichen oder doch zu erleichtern (BGE 86 II 111 f.).

b) Im folgenden ist zu prüfen, ob der Verkauf nummernloser Produkte eine *unlautere* Wettbewerbshandlung darstellt.

Die Klägerin 2 schliesst mit ihren Detaillisten sogenannte Depotverträge ab, worin sich diese verpflichten, die vorgeschriebenen Verkaufspreise einzuhalten

und die Produkte ausschliesslich in ihrem Geschäft zu verkaufen, sie also insbesondere nicht an andere Wiederverkäufer zu liefern. Damit die Einhaltung dieser vertraglich übernommenen Verpflichtung kontrolliert werden kann, wird jedem Depositär eine Nummer zugewiesen. Bei der Auslieferung bestellter Ware durch den Grosshändler wird diese Nummer auf die verpackten Produkte aufgestanzt. So könnten die Klägerinnen anhand der Nummern diejenigen Detaillisten eruieren, die ihren Depotvertrag gebrochen und Ware weiterverkauft haben. Dabei handelt es sich um das System der sogenannten Preisbindung der zweiten Hand (vgl. Art. 2 Abs. 2 Kartellgesetz). Da die Bindung vorliegend zwischen Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen, nämlich zwischen Hersteller und Detaillist besteht, handelt es sich um eine vertikale Bindung (*von Büren*, a.a.O., N. 47 zu Generalklausel, S. 59).

Die Beklagte ist mit den Klägerinnen keinen solchen Preisbindungsvertrag eingegangen, ist somit nicht gebundener Aussenseiter. Ein solcher ist nicht verpflichtet, fremde Preisabreden zu beachten. Die Preisunterbietung durch einen nicht gebundenen Aussenseiter stellt keinen Vertragsbruch und daher auch keine Rechtsverletzung dar. Auch eine Ausnützung fremden Vertragsbruchs zum Zwecke der Unterbietung macht nicht unlauter. Weil der Preisbruch durch den Aussenseiter nicht unlauter ist, sind es grundsätzlich auch nicht die Bemühungen, die Warenherkunft, welche den Preisbruch ermöglicht, zu verdecken. Nicht unlauter ist daher die Entfernung der vom Fabrikanten auf den Produkten angebrachten Kontrollnummern (*von Büren* a.a.O., N. 52 zu Generalklausel, S. 60/61).

Auch das Bundesgericht hat ausgeführt, dass es angesichts der relativen Natur der Preisbindungsobligations grundsätzlich keine Rechtsverletzung darstellt, den Vertragsbruch eines Gebundenen auszunützen. Unerlaubt wird eine solche Handlungsweise vielmehr erst dann, wenn sie unter *besonders gravierenden* Umständen erfolgt, die sie namentlich in Ansehung des damit verfolgten Zweckes oder der angewandten Mittel (wie z.B. Schädigungsabsicht aus blosser Rachsucht oder arglistiger Täuschung des Lieferanten etc.) als gegen die guten Sitten verstossend erscheinen lassen (BGE 52 II 370 ff.; 57 II 339).

Dem Preisbinder stehen gegenüber dem Aussenseiter keinerlei Rechtsansprüche auf Preiseinhaltung zu. Dagegen gestattet das Kartellgesetz unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmittel, mit denen Aussenseiter zur Bindung gezwungen werden sollen (*Hugo Mattmann*, Die Preisbindung der zweiten Hand nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Diss. Freiburg 1969, S. 56).

Ob die Klägerinnen unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten zu einer Bezugs- und Liefersperre der Beklagten gegenüber berechtigt wären, muss vorliegend nicht geprüft werden, macht doch die Beklagte keine Verletzung des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen geltend.

Das Bundesgericht hat im sogenannten "Eschenmoser"-Fall ausgeführt, die Ausnützung fremden Vertragsbruches sei nicht notwendigerweise unlauter. Es müsse dem einzelnen Händler grundsätzlich freigestellt bleiben, ob er sich einem Verband anschliessen und sich an Preisabreden beteiligen wolle oder nicht. Abmachungen dieser Art, die zwischen Fabrikanten und Händlern oder zwischen Händlern unter sich ohne seine Teilnahme getroffen würden, bänden ihn nicht. Dieses Recht auf freie Berufsausübung ginge aber seines Gehaltes weitgehend verlustig, wenn die Ausnützung fremden Vertragsbruches schlechthin als unlauteres Mittel im Wettbewerb angesehen würde. Damit würde die Tätigkeit von Aussenseitern selbst dort

ausgeschaltet, wo sie zur Bekämpfung von künstlich hochgehaltenen Preisen im Interesse des freien Wettbewerbes wie auch der Verbraucher gerechtfertigt wäre (BGE 86 II 113 mit Hinweisen).

Die Klägerinnen berufen sich darauf, dass das Bundesgericht bereits vor 30 Jahren im sogenannten "Omega"-Fall (SJZ 53/1957, S. 367 f.) das Auskratzen von Fabrikationsnummern als unlautere Wettbewerbshandlung bezeichnet habe. Dort wurde ausgeführt, weltweiter Ruf könne nur durch hergebrachte und fortgesetzte Qualitätsleistung erworben und verteidigt werden. Entsprechend gross sei seine Verletzlichkeit. Die als unlauter beurteilten Massnahmen des Beklagten seien geeignet, die ständigen und vielfältigen Anstrengungen der Omega-Uhrenfabrik zur Erhaltung ihres guten Namens zu vereiteln oder empfindlich zu stören und überdies den ganzen Handel mit Omega-Uhren in Mitleidenschaft zu ziehen.

Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt unterscheidet sich aber in massgebenden Punkten von demjenigen des erwähnten Urteils.

An den Omega-Uhren wurde die Nummer zwar ebenfalls deshalb ausgefräst, um die Bezugsquelle zu verheimlichen. Diese Massnahme wurde aber deswegen als unlauter angesehen, weil der Beklagte die Uhren zum üblichen Ladenpreis verkaufte, obwohl mit dem Ausfräsen der Nummern die Gefahr einer Beschädigung des Uhrwerkes verbunden war, das Fehlen der Nummern die Beschaffung von Ersatzteilen erschwerte und der Käufer anstelle der Fabrikgarantie nur eine persönliche Garantie des Beklagten erhielt, die namentlich wegen des Wegfalls des Omega-Weltdienstes der Fabrikgarantie nicht ebenbürtig war (SJZ 53 S. 367 f.; BGE 86 II 114 f.).

Bei den heute in Frage stehenden kosmetischen Produkten verhält es sich dagegen wesentlich anders. In erster Linie ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte die Produkte nicht zu dem von den Klägerinnen vorgeschriebenen Preis, sondern erheblich billiger verkauft. Sodann bedeutet das Entfernen des Codes auf der Verpackung keinen Eingriff in das Produkt an sich. Durch das Ausstanzen, Ausfräsen etc. der Codenummern auf der das Produkt umhüllenden Verpackung wird die Güte der Kosmetika in keiner Art und Weise beeinträchtigt. Der Code hat nämlich, wie die Klägerinnen selber ausgeführt haben, keinen anderen Sinn als den die Wege der Produkte eruieren und so die Lücke im Preisbindungssystem feststellen zu können. Die Codenummer ist somit kein Identitätsmerkmal des einzelnen Produktes. Sie bezeichnet lediglich den Erstabnehmer. Zudem stellt sie weder eine Frischegarantie dar, noch steht sie sonstige in irgendeinem Zusammenhang mit der Ermöglichung einer Qualitätskontrolle oder ähnlichem.

Daraus folgt, dass der Code für den Kunden völlig unwesentlich und wertlos ist, und dass ihm durch das Entfernen desselben keinerlei Nachteile entstehen.

Die Klägerinnen machen nun aber geltend, das von ihnen verfolgte Verkaufs- und Werbekonzept sei ganz darauf ausgerichtet, dem Konsumenten ein bis ins letzte perfektes Produkt anzubieten, perfekt sowohl bezüglich Inhalt als auch äusserlicher Präsentation. Im systematischen, andauernden Verkauf von gestanzten, zerschnittenen, beklebten, unansehnlichen und zudem teilweise nicht mehr lesbaren Produkten durch die Beklagte liege eine eindeutig gegen Treu und Glauben verstossende Behinderung im Wettbewerb.

Es ist davon auszugehen, dass die auf den Verpackungen der Produkte angebrachten Nummern nicht in Schädigungsabsicht entfernt werden, sondern dass den

Klägerinnen damit lediglich verunmöglicht werden soll, die Wege der verkauften Produkte nachzuverfolgen. Darin liegt aber kein Verstoß gegen die guten Sitten.

Zu prüfen bleibt, ob die von der Beklagten angewandten Mittel deshalb Treu und Glauben verletzen, weil sie, wie die Klägerinnen geltend machen, allenfalls eine Marktverwirrung und Rufschädigung bewirken.

Den Klägerinnen ist darin zuzustimmen, dass sich einzelne der von der Beklagten feilgebotenen Produkte zumindest unschön präsentieren. Es ist aber nicht anzunehmen, dass das Ansehen der Klägerinnen bei den Kunden dadurch beeinträchtigt wird. Zu einem ist davon auszugehen, dass bei der Beklagten vorwiegend Kunden einkaufen, die das Produkt, das sie erwerben wollen, bereits kennen, und es einfach billiger beziehen wollen. Solche Kunden kennen in der Regel die Originalverpackung und wissen deshalb wahrscheinlich auch, dass unter der "Verunzierungs" sonst normalerweise ein Code vorhanden ist.

Dass die Klägerin 2 selber sogenannte Ausschussware (natürlich nur von der Verpackung her) billiger auf den Markt werfe, könnte sich der Kunde ebenfalls denken. Dies schädigt aber das Ansehen der Klägerinnen keineswegs, erhält doch der Kunde das Produkt zu einem günstigeren Preis. Dass der Kunde sich bewusst wird, das Produkt billiger zu erhalten, wird durch den von der Beklagten angebrachten Preiskleber, auf dem der Richtpreis und der gewährte Rabatt aufgeführt sind, garantiert. Sodann wird der effektiv zu bezahlende Preis als "unser Preis" in einem roten Balken optisch hervorgehoben.

Der Normalverbraucher wird vor allem Wert auf das Produkt selber legen und die Verpackung ohnehin gleich nach dem Kauf fortwerfen. Auf die das eigentliche Produkt beinhaltende Dose oder Tube ist in keiner Art und Weise eingewirkt worden, so dass sich der Kunde daheim an einem auch in optischer und ästhetischer Hinsicht unbeeinträchtigten Produkt erfreuen kann.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass es nicht im Interesse der Beklagten sein kann, unansehnliche Produkte zu verkaufen, da sonst auch ihr Umsatz zurückgehen würde. Die Beklagte führt diese Waren im Sortiment, um sie bestmöglichst zu verkaufen und damit einen Gewinn zu erzielen und nicht um die Klägerinnen zu schädigen.

Festzuhalten bleibt, dass der Kunde das gewünschte Originalprodukt unverändert erhält, und zwar zu einem günstigeren Preis. Dadurch werden die Interessen der Kunden keinesfalls nachteilig betroffen und diese werden deshalb kaum einen ungünstigen Eindruck von der Herstellerfirma gewinnen, da sie ja das bekommen, was sie wollten, und gleichsam als Entschädigung für die optisch etwas beeinträchtigte Verpackung von einem nicht geringen Preisnachlass profitieren können.

In diesem Lichte betrachtet, können die von der Beklagten angewandten Mittel nicht als gegen die guten Sitten verstossend qualifiziert werden.

Dies schließt freilich nicht aus, dass es gelegentlich vorkommen kann, wie aus den von den Klägerinnen eingereichten Bestätigungen zu entnehmen ist, dass Kunden durch den Verkauf beschädigter, bzw. verunzierter Verpackungen verunsichert werden und deshalb allenfalls diese Produkte in Zukunft meiden. Ob und in welchem Umfang tatsächlich mit einem solchen Kundenverhalten gerechnet werden muss, könnte höchstens durch eine zeitraubende Kundenbefragung nachgewiesen werden. Da aber die Handlungsweise der Beklagten gesamthaft nicht als unlautere Wettbewerbshandlung qualifiziert wird, erübrigt sich der Nachweis eines effektiven Nachteils der Klägerinnen, der im übrigen kaum erheblich sein dürfte.

3. Die Klägerinnen machen weiter eine Verletzung in ihrer Persönlichkeit geltend. Dazu stützen sie sich vorwiegend auf BGE 108 II 241 ff., den sie für den vorliegenden Fall als grundlegend erachten.

Eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB liegt nur dann vor, wenn es sich um einen Eingriff in die persönlichen Verhältnisse eines Rechtssubjektes handelt, und dieser Eingriff widerrechtlich ist (was das Gesetz mit dem Wort "unbefugterweise" zum Ausdruck bringt). Ob diese beiden Voraussetzungen vorliegend zutreffen, ist im folgenden näher zu prüfen.

Der Persönlichkeitsschutz des Art. 28 ZGB steht grundsätzlich auch einer juristischen Person zu. Insbesondere hat eine solche Anspruch auf Achtung ihrer geschäftlichen und beruflichen Ehre und auf soziale Geltung (BGE 95 II 489). Es ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, sich neben den Bestimmungen des Wettbewerbsrechts auch auf die allgemeine Norm des Art. 28 ZGB zu berufen (ZR 85 Nr. 54; BGE 110 II 417 ff.).

Vorliegend mangelt es aber jedenfalls an der Widerrechtlichkeit des Eingriffs. Wie oben ausgeführt wurde, sind die Mittel, die die Beklagte im Konkurrenzkampf benützt, nicht als unlauter zu bezeichnen, weshalb die Widerrechtlichkeit fehlt. Da somit eine der Voraussetzungen einer Persönlichkeitsverletzung nicht erfüllt ist, entfällt der Schutz von Art. 28 ZGB für diesen Sachverhalt.

Zudem könnte man sich im vorliegenden Fall auch fragen, ob der streitige Tatbestand nicht gänzlich unter die Spezialnormen des Wettbewerbsrechtes zu subsumieren und so ein Rückgriff auf die allgemeine Bestimmung des Art. 28 ZGB ausgeschlossen wäre. So hat denn auch *Frank* ausgeführt, der weitgefasste Persönlichkeitsschutz sei kein Ersatzbehelf, falls der streitige Tatbestand von der Sache her unter eine Spezialnorm fallen würde, die Voraussetzungen für deren Anwendung aber nicht gegeben seien (*R. Frank*, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, S. 193).

Weiter ist anzufügen, dass es überdies zumindest zweifelhaft ist, ob aus den Manipulationen der Beklagten an den Verpackungen der Produkte überhaupt eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen der Klägerinnen resultiere. Ein Kunde, der in einer "Billig"-Parfümerie einkauft, wird die Manipulationen an der Verpackung, wie sie vorliegend erfolgten, am ehesten dem Verkäufer zurechnen. Es ist aber auch möglich, dass der Kunde annimmt, weil mit der Verpackung irgend etwas nicht ganz in Ordnung sei, könne er das Produkt in einem solchen Geschäft billiger erwerben. So oder anders werden die Klägerinnen nicht in ein schlechtes oder zweifelhaftes Licht gesetzt.

4. Das klägerische Begehren entbehrt demnach der notwendigen materiellrechtlichen Grundlage, weshalb es von der Vorinstanz zu Recht abgewiesen wurde. Der Rekurs ist damit unbegründet und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

Anmerkungen:

Im vorliegenden Sachverhalt dürfte das letzte Wort noch nicht gesprochen sein. Zwar mag man dem Obergericht zustimmen, dass unter dem gegenwärtigen Recht Parallelimporte für sich allein nicht unlauter sind. Immerhin sei auf das kürzlich

ergangene Urteil "Nordica" des Tessiner Appellationsgerichtes (Rep. 119/1986 94) verwiesen. Ebenfalls eröffnet das neue Recht in Art. 5 lit. b rev. UWG die Möglichkeit, die Ausnützung der Vertragshändlerwerbung durch Aussenseiter zu unterbinden.

Die Frage, ob die Beschädigung von Originalpackungen durch einen Detailisten das Image des Herstellers schädigen kann und dieser in den Augen des Publikums wider Treu und Glauben herabgesetzt wird, verdient sicher eine weitere, vertiefte Prüfung. Dass Kunden dadurch verunsichert werden, scheint naheliegend. Muss sich deshalb ein Hersteller zur besseren Publikumsaufklärung vermehrte Werbeausgaben aufdrängen lassen? Es wäre interessant, dieser Frage in einem ordentlichen Prozess weiter nachzugehen.

Nicht recht überzeugt die Begründung für die Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz. Die Feststellung, dass ein bestimmtes Verhalten nicht gegen Treu und Glauben verstösst, bedeutet nicht, dass dieses Verhalten auch unter dem Blickwinkel des Persönlichkeitsschutzes rechtmässig sein müsste. Zwar wurde gemäss älterer Praxis im Angriff auf Produkte kein Eingriff in die Persönlichkeit des Herstellers gesehen (vgl. etwa SJZ 54/1958 181 Nr. 99: Autoöl). In der neueren Rechtsprechung, insbesondere BGE 108 II 243: Waggons Lits-Plakate, wird jedoch aufgezeigt, dass auch Werbemittel den Schutz des Persönlichkeitsrechts geniessen können. Entsprechend sollten auch einheitlich gestaltete Packungsausstattungen des Persönlichkeitsschutzes teilhaftig werden. Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Persönlichkeitsrechtes bemerkt beispielsweise *Tercier*, dass der Persönlichkeitsschutz des Art. 28 ZGB auch den Schutz des Gewerbebetriebes mitumfasse, und dass dieser noch viele Möglichkeiten in sich berge, von welchen die Rechtsprechung bis anhin noch kaum je Gebrauch gemacht habe (*Le nouveau droit de la personnalité*, S. 71 f., Nr. 493). Auch die übrige Lehre kommt zum Schluss, dass das Persönlichkeitsrecht nach wie vor das Recht des Unternehmers auf wirtschaftliche Entfaltung umfassend schützt (vgl. etwa *Bucher*, *Personnes physiques*, N. 496; *Pedrazzini*, *Grundriss des Personenrechtes*, Ziff. 6.4.2.3.2. d).

Wegen der Zürcher Merkwürdigkeit, Massnahmeverfahren über unlauteren Wettbewerb und Persönlichkeitsschutz den ordentlichen Gerichten, über Urheberrechtsfragen dem Obergericht und über Marken-, Muster- und Modellfragen dem Handelsgericht zuzuweisen, hatten die angerufenen Gerichte keinen Anlass, den Sachverhalt auch unter dem Gesichtswinkel des Markenrechts zu beurteilen. Dabei gewährleistet im allgemeinen das Anbringen einer Marke, dass die Markenware im Originalzustand in Verkehr gebracht wird, denn die Fabrikmarke ist nur für diesen Zustand bestimmt. Wird die Originalware ohne besondere Erlaubnis des Markeninhabers durch einen Dritten verändert, muss die Marke entfernt werden (vgl. *H. David*, *Kommentar Markenschutzgesetz*, N. 11 zu Art. 4 MSchG). Die Tatsache, dass bei Packungsveranstaltungen durch Zwischenhändler eine Rufschädigung des Herstellers nur bei Markenware in Frage kommt, scheint ebenfalls darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Sachverhalt auch noch im Hinblick auf das Markenrecht überprüft werden sollte.

Art. 1 al. 1 LCD – “CANAL PLUS GE”

- *Une entreprise, qui n'est pas autorisée à diffuser ses émissions de télévision et à conclure des abonnements permettant la réception desdites émissions avec des usagers hors des territoires français et monégasque, ne se trouve pas dans un rapport de concurrence avec des entreprises vendant à Genève des décodeurs permettant la réception de ces émissions; par conséquent, la LCD ne s'applique pas et la vente des décodeurs ne constitue pas un acte de concurrence déloyale.*
- *Ein Unternehmen, dem nicht gestattet ist, ausserhalb des französischen und monegasischen Gebietes Fernsehsendungen zu verbreiten und mit Empfängern solcher Sendungen Abonnementsverträge abzuschliessen, steht in keinem Wettbewerbsverhältnis zu einem Genfer Verkäufer von Decodern, welche den Empfang dieser Sendungen ermöglichen; das UWG findet daher keine Anwendung und der Verkauf solcher Decoder stellt keinen unlauteren Wettbewerb dar.*

Ordonnance de la cour de justice de Genève du 16 février 1987 dans la cause X contre Y et autres.

Faits:

A. Par acte du 6 décembre 1983, l'Etat français a accordé à H., pour une durée de douze ans renouvelable, une concession lui permettant d'exploiter un service de télévision par voie hertzienne sur l'ensemble du territoire métropolitain.

Le 11 mai 1984, la Société d'exploitation de la quatrième chaîne, société anonyme dite ci-après: Canal Plus, a été autorisée à se substituer à H.

Le 10 mars 1986, Canal Plus a reçu l'autorisation de diffuser ses émissions sur le territoire de la Principauté de Monaco jusqu'au 31 décembre 1988 avec possibilité de renouvellement.

La plupart du temps, les émissions présentées par la quatrième chaîne sont codées et seuls les téléspectateurs au bénéfice d'un abonnement coûtant FF 1440.— par an disposent d'un appareil décrypteur leur donnant la faculté de recevoir les programmes diffusés par Canal Plus.

B. A la suite de la parution d'un article de presse en date du 15 novembre 1986, Canal Plus a appris que des décodeurs fabriqués en Italie et permettant de recevoir ses émissions étaient en vente à Genève au prix de Fr. 745.— par appareil.

C. Par acte déposé auprès du greffe de la Cour le 4 décembre 1986, Canal Plus a requis, à l'encontre de Y et autres, des mesures provisionnelles fondées sur les dispositions de la loi sur la concurrence déloyale (LCD).

Canal Plus entendait ainsi obtenir l'interdiction immédiate de la vente, de la mise en vente ou de la commercialisation sous quelque forme que ce soit des appareils appelés Decryptor ou de tout autre appareil semblable permettant de décoder les émissions de la quatrième chaîne. De même, tout publicité en faveur de ces appareils devait être interdite.

Les mesures à prendre devaient être assorties de la menace des peines prévues par l'article 292 CP pour insoumission à une décision de l'autorité.

Droit:

1. A teneur des articles 9 et 11 LCD, 1 de la loi genevoise sur la concurrence déloyale, 31 chiffre 2 lit. b LOJ et 7 alinéa 1 LPC, la Cour est compétente ratione loci et ratione materiae pour connaître de la requête dans la mesure où elle a pour objet des actes de concurrence déloyale commis à Genève.

Il y a donc tout d'abord lieu de déterminer si le comportement imputé aux citées est constitutif de tels actes.

2. En matière de mesures provisionnelles, le juge saisi doit s'en tenir à la vraisemblance du point de vue des faits allégués et des droits invoqués sur la base des moyens de preuve immédiatement disponibles (cf. ATF 108 II 72 consid. 2 a et les références).

3. L'application des dispositions de la loi fédérale sur la concurrence déloyale suppose l'existence d'un rapport de concurrence économique entre les parties (ATF 100 II 397 = JdT 1975 I 537 et les arrêts cités).

Deux entreprises ne sont concurrentes l'une de l'autre que lorsqu'elles satisfont des besoins identiques ou analogues en offrant des marchandises, produits ou prestations similaires; en d'autres termes, elles doivent s'adresser aux mêmes acheteurs potentiels (ATF 108 II 329 = JdT 1983 I 369; SJ 1979 p. 242).

Ainsi, leurs activités doivent se recouper, ne serait-ce que partiellement (ATF 100 II 229) et s'accomplir dans une même région géographique (ATF 98 II 60 = JdT 1972 I 632).

4. D'après l'état de fait qui précède, Canal Plus n'a été autorisée à diffuser des émissions et à conclure des abonnements avec les usagers de ses programmes que sur les territoires français et monégasque.

La concession dont elle bénéficie ne concerne donc en rien les téléspectateurs qui résident en Suisse et qui ne pourraient de toute manière souscrire un tel abonnement.

En effet, en vertu de l'article 1 de la loi fédérale du 14 octobre 1922 réglant la correspondance télégraphique et téléphonique, l'Entreprise des postes, télégraphes et téléphones bénéficie d'un monopole notamment en matière de télévision, qu'il s'agisse d'installations émettrices ou réceptrices servant à la diffusion des émissions. Il en résulte que l'utilisation d'un appareil de télévision est soumise à la régle des postes et télégraphes instituée par l'article 36 Cst. et protégée par la loi du 14 octobre 1922 et qu'elle donne lieu à concession, indépendamment du lieu d'où proviennent les images et sons reçus (cf ATF 109 I b 308 = JdT 1985 I 85, not. 87 et 88).

Force est dès lors de constater que la requérante ne peut se trouver juridiquement dans un rapport de concurrence avec les firmes genevoises qu'elle a attaquées en justice, leurs clientèles potentielles ne pouvant être les mêmes, et ce d'autant

moins qu'en Suisse les usagers de la télévision n'entretiennent des rapports de droit qu'avec l'Entreprise des PTT qui leur accorde la concession nécessaire et non avec la Société suisse de radiodiffusion, laquelle est habilitée à diffuser des émissions de radio et de télévision en Suisse (ATF 109 I b 308 = JdT 1985 I 85, not. 89).

Une autre manière de voir ne serait éventuellement concevable que si Canal Plus était elle-même au bénéfice d'une concession lui permettant d'émettre en Suisse, ce qui n'est pas le cas.

En conséquence, la vente à Genève d'appareils de marque Decryptor n'est pas constitutive d'un acte de concurrence déloyale au sens du droit suisse.

Cela étant, il n'a pas été rendu vraisemblable que les citées auraient vendu de tels décodeurs à des acheteurs résidant en France.

En effet, un article de presse, conçu en termes généraux sans référence à un ou plusieurs cas précis, ne constitue pas encore une vraisemblance suffisante.

D'ailleurs, à supposer même que tel aurait été le cas, il n'en demeurerait pas moins qu'en l'absence de tout acte contraire à l'ordre juridique suisse, notamment sous l'angle d'une convention internationale dont l'existence n'a pas été alléguée, il n'y aurait de toute façon pas matière à application des dispositions de la loi sur la concurrence déloyale (voir ATF 93 II 170 = JdT 1968 I 229, not. 242 consid. 9).

5. En conclusion, les mesures provisionnelles sollicitées par Canal Plus doivent être rejetées.

Art. 1 al. 2, 2 al. 1, 10 bis et 10 ter CUP, art. 1 al. 1 et 9 LCD, art. 151 CPS. – “CANAL PLUS VD”

- *Conditions d'octroi des mesures provisionnelles (c. II).*
- *La LCD concerne exclusivement la concurrence économique, soit celle qui présuppose la recherche non pas nécessairement d'un bénéfice net mais au moins d'un résultat pécuniaire; l'existence d'un rapport de concurrence implique que le succès d'un concurrent entrave celui de l'autre (c. III a).*
- *Il n'existe pas de rapport de concurrence entre une entreprise exploitant en France et à Monaco un service de télévision accessible seulement aux téléspectateurs ayant souscrit un abonnement vendu uniquement aux personnes domiciliées en France ou à Monaco et donnant droit à un décodeur et des entreprises qui fabriquent et vendent en Suisse exclusivement un décodeur dont l'emballage mentionne que la vente en France et l'exportation sont interdites (c. III b).*
- *De nouvelles catégories de biens immatériels non soumis à une loi spéciale ne sauraient être créées par le biais de la clause générale de la LCD sauf lorsque le concurrent crée un danger de confusion entre deux prestations ou entend tirer un profit inadmissible de l'imitation servile du produit concurrent (c. III c).*
- *Celui qui tire gratuitement bénéfice des retombées d'une manifestation qui ne lui est pas directement destinée, sans provoquer ainsi la moindre perte pour l'organisateur, ne commet pas un acte de concurrence déloyale (c. III c).*

- *L'entreprise qui diffuse malgré elle des images de télévision en Suisse ne saurait se prévaloir de l'article 151 CPS (c. IV).*
- *Bedingungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen (E. II).*
- *Das UWG befasst sich ausschliesslich mit dem wirtschaftlichen Wettbewerb, d.h. mit jenem, welcher zwar nicht einen Reingewinn anstrebt, aber wenigstens ein materielles Ergebnis. Das Wettbewerbsverhältnis bedingt, dass der Erfolg des einen Konkurrenten denjenigen des andern hemmt (E. III a).*
- *Es besteht kein Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Unternehmen, das in Frankreich und Monaco Fernsehsendungen ausstrahlt, die einzig von Zuschauern empfangen werden können, die ein ausschliesslich für Personen mit Wohnsitz in Frankreich oder Monaco erhältliches Abonnement abgeschlossen und einen Decoder erhalten haben und einem Decoder-Hersteller, der solche Decoder ausschliesslich in der Schweiz verkauft und auf deren Verpackung darauf hinweist, dass der Export und der Verkauf in Frankreich untersagt sei (E. III b).*
- *Neue Kategorien von Immaterialgütern, die keinem Spezialgesetz unterstehen, lassen sich nicht auf dem Umweg über die Generalklausel des UWG schaffen, ausser der Wettbewerber schaffe eine Verwechslungsgefahr zwischen zwei Leistungen oder trachte darnach, aus der sklavischen Nachahmung des Konkurrenzproduktes einen unzulässigen Vorteil zu ziehen (E. III c).*
- *Wer unentgeltlich die überschüssigen Leistungen einer nicht direkt für ihn bestimmten Veranstaltung nutzt, ohne dass der Veranstalter deshalb die geringste Einbusse erleidet, begeht keinen unlauteren Wettbewerb (E. III c).*
- *Das Unternehmen, das gegen seinen Willen Fernsehbilder in die Schweiz ausstrahlt, kann sich nicht auf Art. 151 StGB berufen (E. IV).*

Ordonnance du tribunal cantonal du canton de Vaud (cour civile) du 18 décembre 1986 dans la cause X contre Y et autres.

La requérante exploite en France et en Principauté de Monaco un service de télévision dont la plupart des émissions ne sont accessibles qu'aux téléspectateurs ayant souscrit un abonnement; celui-ci donne droit à un décodeur qui permet de décrypter les programmes de Canal Plus. La requérante n'a pas obtenu de concession lui permettant d'émettre sur le territoire suisse. Elle ne loue pas de décodeur aux téléspectateurs domiciliés en Suisse, ni ne conclut d'abonnement avec ceux-ci, que cela soit en Suisse ou en France. Les ondes émises par Canal Plus débordent cependant le territoire de la France métropolitaine et de la Principauté de Monaco pour lequel elle a obtenu une concession et peuvent ainsi être captées en Suisse, sur les bords du Lac Léman. Conscientes de cet état de fait, les intimées ont fait fabriquer et commercialisent un décodeur appelé "Decryptor" qui permet de percevoir en clair tous les programmes de Canal Plus. Les intimées ne vendent le Decryptor qu'en Suisse. L'emballage du décodeur et les fiches de caisse mentionnent que la vente du décodeur n'est pas autorisée en France et que l'exportation est interdite.

En droit:

La requérante bénéficie en Suisse de la protection de la loi fédérale du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale (RS 241) (RSPIDA 1983, 2, p. 114; ATF 98 II 57, JT 1972 I 632). Elle est en effet une société anonyme française et la France et la Suisse ont toutes deux adhéré à la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (CUP in RS 0.232.04). Aux termes de l'article premier alinéa 2 de cette convention, la protection de la propriété industrielle a pour objet notamment les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial ainsi que la répression de la concurrence déloyale. L'article 2 alinéa 1er CUP accorde aux ressortissants d'un pays de l'Union la même protection que celle dont jouissent les nationaux. L'article 10 bis assure une protection effective contre la concurrence déloyale; l'article 10 ter accorde les moyens légaux pour réprimer les actes de concurrence déloyale. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les personnes étrangères non inscrites au Registre du commerce suisse obtiennent en Suisse la même protection que les personnes suisses non inscrites (RSPIDA 1983, 2, p. 114).

II. a) Selon l'article 9 LCD, à la requête de la personne qui a qualité pour intenter action, l'autorité compétente ordonne des mesures provisionnelles, en vue notamment d'assurer l'administration des preuves, le maintien de l'état de fait, ainsi que l'exercice provisoire des droits litigieux prévus à l'article 2 alinéa 1er, lettres b et c (cessation de l'acte de concurrence déloyale et suppression de l'état de fait qui en résulte et, s'il s'agit d'allégations inexactes ou fallacieuses, leur rectification) (al. 1er); le requérant doit rendre vraisemblable que la partie adverse use, dans la concurrence économique, de moyens contraires aux règles de la bonne foi et qu'il est en conséquence menacé d'un dommage difficilement réparable et que peuvent seules prévenir des mesures provisionnelles (al. 2).

Il s'agit-là d'un des "cas prévus par la loi civile" dans lequel des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées même sans urgence (art. 101 al. 1er ch. 2 CPC).

b) Les lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle ainsi que la LCD prévoient des mesures provisionnelles de droit fédéral (art. 28 LDMI, 52 LDA, 31 LMF, 77 LB et 9 LCD). Tantôt les conditions en sont réglementées de façon détaillée, tantôt elles ne sont même pas indiquées. L'article 77 LB est certainement le plus détaillé et devrait donc être également appliqué dans les autres domaines (*Troller*, *Immaterialgüterrecht*, 3. Auflage, II. Band, p. 1064; *Troller*, *Précis du droit de la propriété immatérielle*, p. 198; ATF 99 II 344, JT 1974 I 540).

Cela étant, il y a lieu d'appliquer les principes suivants:

a) est habilité à requérir des mesures provisionnelles celui qui a qualité pour intenter action;

b) les mesures provisionnelles sont ordonnées notamment en vue d'assurer l'exercice provisoire de droits litigieux relatifs à la cessation d'un acte ou à la suppression de l'état de fait qui en résulte et en vue d'assurer l'administration des preuves;

c) le requérant doit rendre vraisemblable que la partie adverse a commis, voire a l'intention de commettre, un acte contraire à la loi envisagée et qu'il est en conséquence menacé d'un dommage difficilement réparable et que seules des mesures provisionnelles peuvent prévenir (*Troller*, op. cit., Band II, pp. 1064 ss; Juge instructeur de la Cour civile, Laporte et consort c/Philippe et consort, du 5 novembre 1985).

Dans l'examen des conditions rappelées sous lettres a et c ci-dessus, le juge des mesures provisionnelles ne saurait se montrer exigeant sans préjuger le droit en litige, car ce sera l'objet d'un éventuel procès au fond de vérifier si ces mêmes conditions sont bien remplies. C'est donc au degré de la vraisemblance, soit d'une présomption sérieuse, que doit être examiné le bien-fondé de la requête (Juge instructeur de la Cour civile, Laporte c/Philippe, du 5 novembre 1985). Il faut se demander, sur la base d'un examen sommaire de la question, si les prétentions du requérant ne sont pas vouées à l'échec (ATF 108 II 69, JT 1982 I 528).

III. En l'espèce, la LBI et la LMF ne sont pas applicables, le nom de Canal Plus n'étant pas déposé en Suisse et le décodeur utilisé par la requérante n'étant pas breveté en Suisse. La loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques (LDA) ne saurait non plus être appliquée, Canal Plus n'émettant pas en Suisse et les intimées n'effectuant aucune communication publique en Suisse. Comme il a été au demeurant vu ci-dessus, la requérante n'invoque aucune loi spéciale de la propriété intellectuelle à l'appui de ses conclusions.

a) En vertu de l'article premier alinéa premier LCD, est réputé concurrence déloyale tout abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi.

La loi sur la concurrence déloyale ne concerne pas toute concurrence, mais exclusivement la concurrence économique (ATF 80 IV 33, JT 1954 IV 82). La concurrence économique consiste dans la concurrence dans la vie des affaires au sens le plus large. Elle présuppose la recherche d'un résultat pécuniaire. Il suffit que l'activité tende à des fins lucratives; un bénéfice net ne doit pas nécessairement en être le but. Le dessin de couvrir les frais fait de l'activité une activité économique, même lorsqu'elle sert avant tout à des fins idéales et que les dépenses ne peuvent être que partiellement récupérées (ATF 80 II 165, JT 1955 I 318; *Troller*, Précis du droit de la propriété immatérielle, p. 173).

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à la doctrine dominante, le concept de "concurrence" indique l'existence d'un rapport de concurrence. Deux entreprises ne sont concurrentes l'une de l'autre que lorsqu'elles satisfont les mêmes besoins, ou des besoins analogues, en offrant des marchandises ou des prestations similaires; en d'autres termes, elles doivent s'adresser aux mêmes acheteurs potentiels (ATF 92 II 22, JT 1966 I 627; ATF 92 II 308, JT 1967 I 630, rés.; ATF 98 II 60, JT 1972 I 632, rés.; ATF 108 II 327, JT 1983 I 369; RSPIDA 1983, 2, p. 114; *Troller*, Précis du droit de la propriété immatérielle, p. 174). Les destinataires réels des prestations ou des marchandises doivent être identiques, de sorte que le succès d'un concurrent entrave celui de l'autre (*Troller*, Immaterialgüterrecht, 2. Auflage, Band II, p. 1037).

Le cas d'espèce doit être examiné à la lumière des principes dégagés ci-dessus, principes établis sur la base de la loi sur la concurrence déloyale du 30 septembre

1943. On ne saurait en aucune manière se fonder, comme le soutiennent la requérante et le Professeur Dutoit dans un avis de droit du 28 novembre 1986 produit par celle-ci, sur le projet de nouvelle LCD et sur le Message du Conseil fédéral du 18 mai 1983, quand bien même ils résoudraient "la vieille querelle au sujet de la nécessité d'un rapport de concurrence pour l'application de la LCD" (FF 1983 II 1093). Les dispositions contenues dans le projet de LCD n'ont en effet pas encore été adoptées.

b) La requérante et les intimées ne s'adressent pas aux mêmes acheteurs. Les destinataires des prestations offertes par chaque partie ne sont absolument pas identiques. Canal Plus vend des abonnements uniquement aux personnes domiciliées en France et en Principauté de Monaco. Elle ne propose aucune prestation en Suisse. Elle ne fait pas de publicité en Suisse et n'offre aucune possibilité d'abonnement. Les téléspectateurs domiciliés en Suisse ne peuvent pas souscrire un abonnement à Canal Plus même en France. En d'autres termes, la requérante n'est pas concernée par le marché suisse auquel elle n'offre aucune prestation. Les intimées en revanche ne s'adressent qu'aux personnes domiciliées en Suisse, soit uniquement à des clients qui ne seraient pas susceptibles de s'abonner à Canal Plus. Elles se défendent de vendre le décodeur en France ou à des personnes résidant en France. Des mentions dans ce sens ont été apposées sur les emballages et les fiches de caisse et des instructions précises ont été fournies au personnel de vente. Les éventuels succès commerciaux que pourraient obtenir les intimées ne sauraient ainsi entraîner une réduction du nombre d'abonnements à Canal Plus. Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que la requérante et les intimées ne sont pas en rapport de concurrence. Il en irait évidemment autrement si Canal Plus émettait publiquement en Suisse et offrait des prestations. Le détective privé R. a certes pu acheter un Decryptor sans qu'on lui demande où il résidait. La requérante n'a cependant pas rapporté à satisfaction de droit la preuve de ventes de décodeurs Decryptor à des personnes domiciliées en France; elle n'a même pas fait état de l'utilisation de Decryptor en France. Enfin, le fait que quelques décodeurs puissent être achetés en Suisse et exportés en France ne suffirait pas à créer un véritable rapport de concurrence. On ne saurait au demeurant exiger des intimées des mesures préventives plus draconiennes que celles adoptées sans aboutir à une interdiction de vente pure et simple.

Faute de rapport de concurrence, la LCD est inapplicable au cas d'espèce. La requérante, qui ne pourrait intenter une action fondée sur la LCD, ne saurait donc prétendre à l'octroi de mesures provisionnelles au sens de l'article 9 alinéa 1er LCD.

c) A titre superfétatoire, il y a lieu cependant d'examiner le grief de concurrence parasitaire dont se prévaut la requérante.

Ce concept, forgé en France par le Professeur Saint-Gal, apparaît de plus en plus fréquemment dans la doctrine et la jurisprudence des pays européens. La concurrence parasitaire se qualifie comme "l'acte ou les actes d'un commerçant ou d'un industriel qui tire ou s'efforce de tirer profit des réalisations personnelles d'autrui et du renom acquis légitimement par un tiers, même s'il n'a pas toujours l'intention de nuire à ce dernier" (*Dutoit*, Réflexions comparatives sur la concurrence parasitaire en droit de la concurrence déloyale, in *JT* 1982 I 258 ss; *Perret*, La Pro-

tection des prestations en droit privé suisse, RDS 1977 II pp. 199 ss). Le concept évoqué englobe principalement des actes visant soit le renom du concurrent ou de ses produits, soit le résultat de son travail. Dans la première hypothèse, il s'agit de rattachement parasitaire ou d'exploitation systématique du renom d'autrui. Le second cas a trait à une imitation servile ou à une reprise directe de prestations.

Dans l'hypothèse de la reprise directe de prestations, l'imitateur, grâce au développement de la technique, s'approprie immédiatement et directement la prestation d'autrui, sans se livrer lui-même à aucune activité digne de ce nom. Les cas les plus importants concernent notamment les repiquages de disques, les enregistrements pirates, les reprises photomécaniques de documents ou d'ouvrages. Le Professeur Dutoit, se fondant entre autres sur la jurisprudence allemande, considère que la reprise directe de prestations doit tomber sous le coup du droit de la concurrence déloyale lorsque les conditions suivantes sont réunies (JT 1982 I 269, cf. également son avis de droit, p. 3; *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 13^{ème} éd., ad UWG, par. 1, no 440, p. 723):

1. la prestation imitée a été obtenue par son créateur à la suite d'un investissement important de temps et d'argent;
2. l'imitateur a reproduit le résultat du travail d'autrui sans fournir lui-même de prestation valable; d'où il résulte que la protection diminue à mesure de l'importance de la prestation personnelle de l'imitateur;
3. l'imitateur retire un avantage considérable dans les affaires au détriment de la personne imitée;
4. l'imitation prive le concurrent de la possibilité de tirer profit normalement de sa prestation, en l'empêchant d'en amortir les frais de création et d'en percevoir les justes bénéfices.

Il convient toutefois de relever en premier lieu que cette construction juridique n'a pas encore été consacrée par le Tribunal fédéral. Le projet de nouvelle LCD s'en inspire largement et va même plus loin, mais comme il a été vu ci-dessus on ne saurait en tenir compte dans la mesure où il n'a pas encore été adopté. Le Tribunal fédéral — dans une jurisprudence constante — et une partie de la doctrine estiment que, dans la concurrence, les résultats des efforts et du travail d'autrui, sous réserve de la protection accordée par des lois spéciales (brevets d'invention, marques de fabrique, dessins et modèles industriels), peuvent en principe être imités par tout concurrent; cette utilisation n'est pas contraire aux règles de la bonne foi. Même si le résultat a coûté des efforts et des frais, il ne s'ensuit pas qu'il constitue un bien garanti par les règles de droit qui régissent la concurrence (ATF 87 II 56, JT 1961 I 603; ATF 95 II 461, JT 1970 I 621; ATF 104 II 322, JT 1979 I 263; ATF 105 II 297, JT 1980 I 271; *Troller*, Immaterialgüterrecht, 2. Auflage, Band II, pp. 1055 ss; *Perret*, op. cit., RDS 1977 II p. 232; *Martin-Achard*, La notion de la concurrence déloyale, JT 1977 I 34 ss). De nouvelles catégories de biens immatériels non soumis à une loi spéciale ne sauraient être créées par le biais de la clause générale de la LCD (*Perret*, op. cit., p. 232; *Troller*, Précis du droit de la propriété immatérielle, p. 182). Le Tribunal fédéral admet en revanche l'application de la LCD nonobstant l'absence de protection par une loi spéciale lorsque le concurrent crée un danger de confusion entre les deux prestations (ATF 61 II 386, JT 1936 I 284; ATF 95 II 461, JT 1970 I 621) ou, par une imitation servile du produit concurrent, entend en tirer un profit inadmissible (ATF 108 II 69, JT 1982 I 528 ss).

Dans le cas particulier, il est évident qu'il ne peut y avoir risque de confusion entre les deux prestations ou imitation servile d'une des prestations par l'autre, ce dont la requérante ne se prévaut au demeurant pas. Cette dernière n'offre aucune prestation en Suisse. Quant au Decryptor, il est vendu par les intimées comme "un décodeur de TV cryptées" et non pas comme un appareil fabriqué par Canal Plus. En outre, en ce qui concerne la répression de la concurrence parasitaire basée sur les principes tirés de la jurisprudence allemande, il faut constater que, contrairement à ce que soutient le Professeur Dutoit dans son avis de droit, la condition essentielle fait une fois de plus défaut. La requérante n'offre volontairement aucune prestation en Suisse, ce qui fait qu'il est difficile de parler de reprise de prestations. Les ondes de Canal Plus sont émises en Suisse malgré la requérante. Celle-ci se retrouve ainsi dans la même situation que les télévisions allemandes et italiennes par exemple, dont les émissions peuvent être captées librement par bon nombre de téléspectateurs suisses, notamment suisses allemands et tessinois. C'est une des conséquences du principe de la liberté de la radiodiffusion et de la télévision (*Aubert*, Traité de droit constitutionnel suisse, Supplément 1967-1982, p. 266). Peu importe, en l'occurrence que les images soient cryptées ou pas. Il en irait certes autrement si Canal Plus avait pu ou voulu obtenir une concession lui permettant de diffuser en Suisse des programmes codés. La situation serait également différente si les intimées reprenaient les émissions de Canal Plus pour les diffuser par câble, comme c'était le cas dans l'arrêt Rediffusion SA (reprise directe d'émissions de la télévision autrichienne: ATF 107 II 82, JT 1981 I 365). Il y a lieu d'admettre ici qu'on se trouve dans un de ces cas particuliers où plusieurs personnes peuvent bénéficier gratuitement des retombées d'une manifestation qui ne leur est pas directement offerte. Il en va ainsi par exemple des cinémas en plein air et des habitants des maisons alentour, des cortèges et des feux d'artifice et des personnes domiciliées sur le parcours et dans les environs immédiats. Enfin la quatrième condition posée par la jurisprudence allemande ferait de toute manière défaut. La requérante ne saurait être privée de la possibilité de tirer des profits de sa prestation. Comme il l'a déjà été dit à plusieurs reprises ci-dessus, Canal Plus n'offre aucune possibilité d'abonnement aux téléspectateurs domiciliés en Suisse. Elle n'exerce aucune activité lucrative en Suisse. Dans ces conditions, elle ne subit absolument aucune perte. Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner si les trois autres conditions seraient réunies, une éventuelle application de la LCD nécessitant la réalisation des quatre conditions (*Dutoit*, op. cit., p. 271).

IV. La requérante se prévaut encore de la commission d'un acte illicite, se fondant sur l'article 151 du Code pénal suisse.

L'article 151 CP dispose que celui qui, sans bourse délier, aura frauduleusement obtenu une prestation qu'il savait ne devoir être fournie que contre paiement, notamment le parcours sur un chemin de fer ou un bateau ou dans une voiture postale, l'accès à une représentation, à une exposition ou à une entreprise analogue, le fonctionnement d'un appareil automatique, sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement, des arrêts ou de l'amende.

Dans la mesure où la requérante n'offre aucune prestation en Suisse, l'article 151 CP est inapplicable en l'espèce. Les images de Canal Plus sont diffusées en Suisse malgré la requérante et sans que celle-ci ait obtenu une concession pour l'exploitation d'un service privé de télévision. Elle ne saurait donc se prévaloir de

l'obtention frauduleuse de prestations qui ne sont pas censées exister ou à tout le moins qui ne sont pas fournies en Suisse contre paiement.

V. En définitive, les conclusions provisionnelles prises par la requérante doivent être intégralement rejetées.

Art. 11 al. 1 LCD, art. 642 al. 3 CO – “AGA”

- *Les tribunaux genevois sont territorialement incompétents pour connaître d'une requête de mesures provisionnelles dirigée contre la succursale genevoise d'une entreprise ayant son siège à Bâle et visant de la publicité diffusée dans toute la Suisse à l'initiative du siège bâlois.*
- *Die Genfer Gerichte sind örtlich nicht zuständig um über vorsorgliche Massnahmen zu befinden, welche gegen die Genfer Filiale eines Basler Unternehmens gerichtet sind und die eine auf Veranlassung des Basler Stammsitzes in der ganzen Schweiz verbreitete Werbung betrifft.*

Ordonnance de mesures provisionnelles de la cour de justice de Genève du 6 août 1986 dans la cause AGA c/S. et S. S.A.

Aux termes de l'article 11 alinéa 1 LCD, les mesures provisionnelles doivent être demandées à l'autorité compétente où le défendeur a son domicile.

En l'occurrence, S. et S., société anonyme a son siège à Bâle et une succursale à Genève.

Selon l'article 642 alinéa 3 CO, l'inscription crée, pour les affaires de la succursale, un for à son siège, en sus du for de l'établissement principal. Ce for existe pour les affaires qui sont en rapport avec l'exploitation de la succursale (*Forstmoser*, Schweizerisches Aktienrecht, Band I, § 14, No 56 et réf; *Gauch*, Der Zweigbetrieb, No 1975 à 1979, p. 339-340 et réf).

En l'espèce, la publicité de S. et S. a été entreprise dans toute la Suisse, ainsi que l'admettent les deux parties, et cela sur l'initiative du siège de Bâle dans le contexte de l'augmentation du capital social, de l'achat des actions par un consortium bancaire et de leur offre au public. Sa publicité litigieuse n'est donc pas une affaire de la succursale de Genève.

Admettre la compétence *ratione loci* de la Cour implique que les tribunaux du lieu de succursales se trouvant dans d'autres cantons seraient également compétents, d'où le risque de décisions contradictoires, même dans le cas de législations analogues interdisant la publicité des architectes.

Il en résulte que l'AGA aurait dû agir devant l'autorité judiciaire compétente du canton de Bâle-Ville.

Art. 1 Abs. 2 lit. d, Art. 13 lit. d UWG, Art. 49 OR – ‘ELEKTRONISCHER LECKSUCHER II’

- *Originalität oder Verkehrsgeltung sind nicht unabdingbare Voraussetzungen des Tatbestandes von Art. 13 lit. d UWG. Diese Bestimmung findet immer dann Anwendung, wenn zwischen zwei Produkten eine vermeidbare Verwechslungsgefahr besteht.*
- *Zur Erfüllung des Tatbestandes gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG bedarf es nicht notwendigerweise eines Inverkehrbringens oder Absetzens der Ware.*
- *Unlauterer Wettbewerb ist eine unerlaubte Handlung. Anwendbar ist das Recht am Deliktort, wobei der Verletzte befugt ist, den Verantwortlichen aufgrund der Rechtsordnung des Handlungsortes zu belangen.*
- *L’originalité ou le fait de s’être imposé dans les affaires ne sont pas des éléments constitutifs indispensables du délit prévu à l’article 13 lettre d LCD. Cette disposition s’applique toujours lorsqu’il existe entre deux produits un risque de confusion évitable.*
- *Pour que l’article 1 alinéa 2 lettre d LCD s’applique, il n’est pas indispensable que la marchandise ait été mise en circulation ou vendue.*
- *La concurrence déloyale est un acte illicite. Le droit du lieu de commission du délit s’applique, le lésé ayant la possibilité de poursuivre l’auteur en se fondant sur le droit du lieu où l’auteur a agi.*

Urteile BGer (Kassationshof) vom 19. Februar 1979; Bezirksgericht Bischofszell vom 4. Mai 1981; BGer (I. Ziv. Abt.) vom 20. April 1982.

Seit den 60er Jahren vertreibt der Kläger einen elektronischen Lecksucher ‘‘Ri.-Detektor’’, von welchem er bis anhin rund 8000 Geräte gebaut und praktisch in alle Welt verkauft haben will. 1972 erteilte er dem Beklagten unter Ausschluss von Deutschland das Wiederverkaufsrecht für dieses Gerät. Der Beklagte, der sich nicht an diese Abmachung hielt, ahmte schon bald nach 1972 den ‘‘Ri.-Detektor’’ sowohl in bezug auf seinen technischen Aufbau wie in bezug auf seine äussere Aufmachung nach und verkaufte sein Produkt seit 1975 unter der Markenbezeichnung ‘‘Re.’’. Noch in seiner für 1977 gültigen Preisliste bot er sein eigenes Erzeugnis unter der Bezeichnung ‘‘Ri.-Detektor’’ an.

Auf Strafantrag vom 6. April 1977 hin verurteilte das Bezirksgericht Bischofszell den Beklagten am 30. Januar 1978 wegen unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 13 lit. d UWG zu einer Gefängnisstrafe von 4 Monaten und einer Busse von Fr. 10'000.–. Die Zivilklage des Klägers wies es ad separatum. Das Obergericht des Kantons Thurgau verwarf die gegen dieses Urteil erhobene Berufung des Beklagten am 5. September 1978 (vgl. Mitt. 1980 66). Der Kassationshof wies die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten am 19. Februar 1979 mit folgenden Erwägungen ab:

2. Wegen unlauteren Wettbewerbs wird auf Antrag gemäss Art. 13 lit. d UWG bestraft, wer vorsätzlich ‘‘Massnahmen trifft, um Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen’’. Diese Vorschrift ist unter anderem anwendbar, wenn die Ware eines Konkurrenten wegen ihrer äussern Ausstattung für das bereits früher auf dem Markt befindliche

Erzeugnis eines andern gehalten werden kann. Das kann zutreffen, wenn die Ausstattung des sich bereits auf dem Markt befindenden Produktes infolge ihrer Originalität oder infolge ihrer Verkehrsgeltung Kennzeichnungskraft erlangt hat und das Produkt deshalb einem bestimmten Hersteller zugeschrieben wird. Ob eine Verwechselbarkeit zweier Waren vorliegt, ist nach dem Gesamteindruck zu beurteilen, den sie dem Durchschnittskäufer bieten. Dabei ist zu beachten, dass dieser selten beide gleichzeitig vor Augen hat; wenn er das eine Erzeugnis betrachtet und es mit dem andern vergleichen will, ist er in der Regel auf blosser Erinnerung angewiesen (vgl. BGE 103 II 213 mit Verweisungen). Eine Nachahmung und die dadurch geschaffene Verwechslungsgefahr ist nicht unlauter und Art. 13 lit. d UWG findet nicht Anwendung, wenn die nachgemachte Form technisch bedingt ist und nicht bloss eine der Ausstattung dienende Zutat darstellt (vgl. BGE 92 II 207).

4. a) Die Vorinstanz liess offen, ob der "Ri.-Detektor" infolge seiner originellen Ausstattung Kennzeichnungskraft erlangt habe und deshalb den Schutz des UWG genieße. Sie stellte aber fest, der Kläger habe, bereits zahlreiche Jahre bevor der Beklagte 1975 mit der Produktion des "Re.-Detektors" begonnen habe, seine "Ri.-Detektoren" auf den Markt gebracht und diese hätten Verkehrsgeltung erlangt. Sie schliesst daraus, jede Massnahme Dritter, die unter Ausnützung dieser Verkehrsgeltung eine Verwechslungsgefahr schaffe, stelle unlauteren Wettbewerb dar. Das ist zwar richtig, darf indessen nicht so verstanden werden, dass Originalität oder Verkehrsgeltung unabdingbare Voraussetzungen des Tatbestandes von Art. 13 lit. d UWG wären. Dieser Artikel hat immer dann Anwendung zu finden, wenn zwischen zwei Produkten eine nicht durch den Gebrauchszweck oder durch die Herstellungsweise bedingte und daher vermeidbare Verwechslungsgefahr besteht. Diese setzt jedoch ihrer Natur nach voraus, dass die Ware des einen Wettbewerbers für diejenige des andern gehalten werden kann (vgl. BGE 83 II 162/63).

b) Ein Vergleich der oben erwähnten "Ri.-" und "Re.-"Geräte zeigt, dass die Gehäuse beider Apparate gleich gross sind. Die auf der Vorder- und der Rückseite sowie dem Boden angebrachten Luftschlitze entsprechen sich sowohl in Form, Grösse, Anordnung und Anzahl, so dass 5 der 6 Seiten gleich aussehen. Die auf der Oberseite angebrachten Armaturen, auf die sich der Blick des Interessenten vor allem richtet, entsprechen sich in der örtlichen Anordnung und der Grösse. Mit Ausnahme der beiden Milliampèremeter sind die Formen der 5 Armaturenbestandteile gleich.

Da die Koffer lediglich ein Hilfsmittel für den Transport der Detektoren darstellen und nicht zur Unterscheidbarkeit der beiden Geräte an sich beitragen, ist vorliegend belanglos, dass die Detektoren in unterschiedlichen Koffermodellen geliefert werden. Ebenfalls kein wesentliches Unterscheidungsmerkmal bilden die Anschlussstutzen der beiden Geräte, von denen der eine verchromt ist, während der andere aus Messing ist. Die Detektoren lassen sich auch nicht anhand der unterschiedlichen Farbtonung unterscheiden, da für ihre Bestimmung auf die Wünsche der Kunden abgestellt wurde. Den verschiedenen Namensaufschriften (jene des "Re.-"Gerätes ist auf der Rückseite aufgeklebt) brauchte die Vorinstanz keine entscheidende Bedeutung beizumessen, da Lizenznehmer, Alleinvertriebsberechtigte und Generalvertreter – besonders beim Verkauf eines Produktes im Ausland – manchmal die gleiche Ware unter verschiedenen Namensaufschriften vertreiben. Die

Gestaltung des Sichtfensters und des darin befindlichen Milliampèremeters des "Re."-Gerätes weicht von jener der zu vergleichenden "Ri."-Geräte nicht so stark ab, dass sie bei Wiederverkäufern oder bei Endverbrauchern den Gesamteindruck, es handle sich bei den Konkurrenzprodukten um Geräte gleicher Herkunft, zerstören musste. Ebenfalls als Hinweis auf eine gleiche Herkunft musste die Tatsache aufgefasst werden, dass der Beschwerdeführer den "Ri.-Detektor" in seiner Preisliste für 1977 aufführte, bei einer Bestellung aber seinen "Re.-Detektor" lieferte.

c) Die Gestaltung der Ausstattung war nicht technisch bedingt. Diese Feststellung der Vorinstanz ist tatsächlicher Natur und bindet den Kassationshof (Art. 277bis Abs. 1 BStP). Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, kann daher nicht gehört werden.

d) Es steht somit fest, dass zwischen dem "Ri."- und dem "Re.-Detektor" eine vermeidbare Verwechslungsgefahr besteht.

5. Der Beschwerdeführer erhebt ferner besondere Einwendungen, soweit er seine "Re."-Geräte im *Ausland* abgesetzt hat.

a) Zunächst macht er geltend, für die Beurteilung der im Ausland auf den Markt gebrachten und verkauften Geräte seien die ausländischen Gerichte ausschliesslich zuständig. Die schweizerischen Gerichte könnten nur den Verkauf der "Re."-Geräte in der Schweiz überprüfen.

Diese Einwendung ist nicht begründet. Das Bundesgesetz über unlauteren Wettbewerb enthält keine Vorschriften über die schweizerische Strafhoheit und Gerichtsbarkeit, sodass die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches anwendbar sind (Art. 333 StGB). Die schweizerische Strafhoheit und folglich auch die schweizerische Gerichtsbarkeit (Art. 346, 348 StGB) sind aber in mehrfacher Hinsicht gegeben. Soweit der Beschwerdeführer seine Angebote durch Korrespondenz oder Prospekte von der Schweiz aus machte und seine Detektoren in der Schweiz produzierte, lag der Handlungsort in der Schweiz (Art. 3, 7 StGB). Ferner war der Geschädigte Schweizer, sodass die Gerichtshoheit auch auf Art. 5 StGB begründet werden könnte. Es wird vom Beschwerdeführer nicht behauptet, dass einer der dort genannten Ausschlussgründe zuträfe.

6. a) Der Beschwerdeführer hat die Verwechslungsgefahr beabsichtigt, um sich im wirtschaftlichen Wettbewerb durch Ausnützung der Verkehrsgeltung der "Ri.-Detektoren" Vorteile zu verschaffen. Mit diesen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, welche den Kassationshof binden, ist der Vorsatz im Sinne von Art. 13 lit. d UWG ohne Bundesrechtsverletzung dargetan.

b) Auch die Berufung des Beschwerdeführers auf Rechtsirrtum (Art. 20 StGB) geht fehl, da dieser Artikel nur herangezogen werden kann, wenn der Täter "ausreichenden Gründen" angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt. Diese Voraussetzung ist im Falle des Beschwerdeführers nicht gegeben. Die von ihm beim Eidg. Amt für geistiges Eigentum eingeholte Auskunft bezog sich nicht auf die Verwechslungsgefahr, die durch die ähnliche Ausstattung der beiden Geräte herbeigeführt wurde; sie konnte deshalb kein zureichender Grund für die Annahme sein, er sei zu dieser Art. des Wettbewerbes berechtigt.

7. Der Beschwerdeführer wurde bedingt zu vier Monaten Gefängnis und zu einer Busse von Fr. 10'000.– verurteilt. Er hält dafür, diese Strafe sei im Vergleich zu der Strafe, die für die vorsätzliche Verletzung eines eingetragenen Schutzrechtes im Rahmen des Patent- oder des Muster- und Modellgesetzes ausgesprochen werden könne, willkürlich hart und der Richter habe damit sein Ermessen in krasser Weise überschritten. Wenn bei ihm überhaupt ein Verschulden vorliege, dann könne das in Anbetracht seiner Rückfrage beim Eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum höchstens als leicht bezeichnet werden. Zudem habe er sein Gerät mehrheitlich auf ausländischen Märkten vertrieben, welche vom Beschwerdegegner nicht bearbeitet wurden. Sein Leumund sei ausgezeichnet, Vorstrafen fehlten und auf Aussagen eines früheren Arbeitgebers könne nicht abgestellt werden.

a) In die Strafzumessung kann der Kassationshof eingreifen, wenn der Sachrichter das Ermessen überschritten, d.h. ein offensichtlich unhaltbares, willkürlich hartes (oder mildes) Urteil gefällt hat. Er kann dies ferner tun, wenn die Strafe nach unzutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten zugemessen worden ist (BGE 101 IV 328/29).

Das Gesetz droht für unlauteren Wettbewerb Gefängnis von 3 Tagen bis 3 Jahren oder Busse bis Fr. 40'000.– an. Die beiden Strafen können miteinander verbunden werden (Art. 13 UWG, verbunden mit Art. 36, 48 und 50 StGB). Die ausgesprochene Strafe hält sich im Rahmen des Gesetzes.

Die Vorinstanz hält das Verschulden des Beschwerdeführers für "recht gravierend", weil er sich mehrere Jahre fortgesetzt verfehlt habe. Sie übernahm aus dem Leumundsbericht, dass der Angeklagte während eines früheren Anstellungsverhältnisses Waren des Arbeitgebers kopiert und auf eigene Rechnung verkauft habe. Dabei handelt es sich um eine tatsächliche Feststellung, die der Beschwerdeführer nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde in Abrede stellen kann (Art. 273 Abs. 1 lit. b und Art. 277bis Abs. 1 BStP). Sie beweist seine Schwäche für unlautere Geschäftsmethoden. Dem Vorleben angehörend, durfte die Vorinstanz diesen Vorfall straf erhöhend berücksichtigen. Dass der Beschwerdeführer nicht vorbestraft und sein Leumund im allgemeinen gut ist, hat die Vorinstanz nicht ausser acht gelassen. Sie ging daher bei Zumessung der Strafe nicht von strafrechtsfremden Erwägungen aus.

b) Der Beschwerdeführer findet aber die Strafe auch willkürlich hart. Er vertritt die Meinung, im Falle einer Verurteilung wäre eine Busse von Fr. 1000.– das Äusserste.

Gemessen am Strafrahmen des Gesetzes über unlauteren Wettbewerb hält sich die Strafe deutlich unter der Strafmitte und auch ein Vergleich mit den milderen Gesetzen über den gewerblichen Rechtsschutz (Gefängnis bis zu 1 Jahr oder Busse bis zu Fr. 2000.–, bei Patentverletzungen bis zu Fr. 20'000.–) mahnt nicht zum Aufsehen.

Da die Vorinstanz von richtigen Strafzumessungsgründen ausgegangen ist und sich die ausgefallte Strafe erst noch im untern Rahmen des Gesetzes hält, kann von einem offensichtlich unhaltbaren Urteil, das ein Eingreifen des Kassationshofes rechtfertigen würde, nicht gesprochen werden. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist deshalb auch in diesem Punkt abzuweisen.

Der Kläger klagte im August 1979 beim Bezirksgericht Bischofszell gegen den

Beklagten mit den Anträgen, ihn wegen unlauteren Wettbewerbs zur Zahlung von Schadenersatz, den bisherigen ausserrechtlichen Kosten und einer Genugtuung zu verpflichten. Das Bezirksgericht sprach dem Kläger am 4. Mai 1981, ausgehend von einem mutmasslichen Verkauf von 375 Re.-Detektoren durch den Beklagten sowie einem ermittelten durchschnittlichen Verkaufspreis der Ri.-Detektoren von Fr. 557.— und einem Nettogewinn von Fr. 292.— pro Stück, Fr. 69'768.75 Schadenersatz, Fr. 7908.30 Anwaltskosten im Strafverfahren und Fr. 2500.— Genugtuung zu. Als Begründung für die Zusprechung der Genugtuungssumme wurde angeführt:

Der Kläger verlangt ausserdem die Zusprechung einer Genugtuung in Höhe von Fr. 5000.—. Wie schon in den Strafurteilen festgehalten wird, wiegt das Verschulden der Beklagten schwer und ist recht gravierend, haben sie sich doch mehrere Jahre fortgesetzt verfehlt. Durch den rund zweieinhalb Jahre dauernden unlauteren Wettbewerb, der nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zur Täuschung der Käufer und Verwechslung des Originalgerätes des Klägers mit den nachgebauten der Beklagten führen musste, wurde der Kläger in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt. Dies geht beispielsweise aus einem bei den Akten liegenden Briefwechsel hervor, in dem sich ein Käufer des nachgebauten Modells bezeichnenderweise beim Kläger über aufgetretene Mängel beschwert. Es ist dem Kläger deshalb gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. e und 3 Abs. 2 UWG in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 OR ex aequo et bono eine Genugtuungssumme von Fr. 2500.— zuzusprechen.

Auf Appellation des Beklagten bestätigte das Obergericht des Kantons Thurgau am 13. Oktober 1981 das erstinstanzliche Urteil (vgl. SMI 1986 140: Elektronischer Lecksucher I). Der Beklagte erklärte Berufung ans Bundesgericht, focht aber die Schadenersatz- und Genugtuungsbemessung als solche nicht an. Die I. Zivilabteilung hat im Verfahren gemäss Art. 60 Abs. 2 OG die Berufung mit folgenden Erwägungen abgewiesen:

2. Die Beklagten werfen dem Obergericht vor, es habe schweizerisches statt des massgeblichen ausländischen Rechts angewendet und zudem Art. 1 UWG verletzt.

a) Mit der Rüge, es sei zu Unrecht schweizerisches anstelle des massgebenden ausländischen Rechts angewandt worden, behaupten die Beklagten eine Verletzung der Kollisionsnormen des schweizerischen internationalen Privatrechts. Dieser Einwand ist im Berufungsverfahren vor Bundesgericht zulässig (BGE 102 II 145 E. 1). Ob schweizerisches oder ausländisches Recht anwendbar ist, muss zudem von Amtes wegen geprüft werden (BGE 100 II 20 E. 1 und 205 E. 2 mit Hinweisen).

Dem angefochtenen Urteil liegt, soweit Handlungen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d und Art. 2 Abs. 1 UWG in Frage stehen, kein internationaler, das heisst auch andere Staatsgebiete als das schweizerische berührender, sondern ein rein schweizerischer Sachverhalt zugrunde. Kläger und Beklagte sind in der Schweiz niedergelassen, die Beklagten stellen hier ihre Produkte her und bieten sie auch von hier aus zum Kauf an. Es ist daher unerfindlich, warum statt des schweizerischen ausländisches Recht anwendbar sein sollte. Darüber helfen die am Kern der Sache vorbeigehenden, weitläufigen Auführungen der Beklagten nicht hinweg.

b) Nach den Erwägungen des Kassationshofes im Urteil vom 19. Februar 1979 hat der Beklagte durch sklavische Nachahmung der äusseren, nicht technisch be-

dingten Ausstattung des vom Kläger hergestellten und vertriebenen Detektors, der Verkehrsgeltung erlangt hatte, eine Verwechslungsgefahr geschaffen und sie zudem beabsichtigt, um sich im wirtschaftlichen Wettbewerb Vorteile zu verschaffen. Die Beklagten ziehen diese grösstenteils den Sachverhalt betreffenden Feststellungen nicht in Frage; es besteht deshalb kein Anlass zu neuer Prüfung. Das Bundesgericht hat allerdings in BGE 107 II 159 festgehalten, aus Art. 53 Abs. 2 OR ergebe sich die Verpflichtung des Zivilrichters, mindestens über die Schuldfrage und die Schadensbestimmung frei zu entscheiden, ohne sich dabei durch ein vorausgegangenes Strafurteil gebunden zu fühlen. Das Bezirksgericht Bischofszell hat dies indessen getan; das Obergericht schliesst sich hinsichtlich der Verschuldensfrage den erstinstanzlichen Erwägungen an und nimmt zu den Einwänden der Beklagten bezüglich der Schadensbestimmung eingehend Stellung. Damit wurde den von Art. 53 Abs. 2 OR festgesetzten bundesrechtlichen Anforderungen an das kantonale Verfahren Genüge getan.

Das vom Kassationshof festgestellte Verhalten ist ohne jeden Zweifel unlauter (BGE 95 II 477 E. 2; 93 II 280 E. 6; 92 II 207 E. 7). Die Beklagten bestreiten sodann vergeblich, dass sowohl die Herstellung des nachgeahmten Erzeugnisses zum Zwecke des Verkaufes an Dritte wie auch die betriebene Absatzwerbung Massnahmen darstellen, die nach dem Plan des Beklagten dazu bestimmt waren, Verwechslungen mit dem Produkt des Klägers herbeizuführen; denn jener hat gemäss den Erwägungen des Kassationshofes (E. 6) die Verwechslungsgefahr beabsichtigt, um sich durch die Ausnützung der Verkehrsgeltung des klägerischen Produkts im wirtschaftlichen Wettbewerb Vorteile zu verschaffen, was im vorliegenden Verfahren nicht in Abrede gestellt wurde. Mehr aber ist gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG nicht erforderlich; auf Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit in bezug auf die Verwechslung kommt es entgegen dem Einwand der Beklagten nicht an, wenn ohne erkennbare Einschränkung jede Massnahme, die dazu bestimmt ist, eine Verwechslung herbeizuführen, schlechtweg verboten wird. Die Eignung, solche Verwechslungen herbeizuführen, ist lediglich alternatives Tatbestandsmerkmal; sie wäre im übrigen ebenfalls zu bejahen. Die Herstellung von Nachahmungen der in Frage stehenden Art ist somit wettbewerbsrechtlich nicht neutral, wie die Beklagten vorgeben suchen, sondern eindeutig widerrechtlich. Aus dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG geht klar hervor, dass es zur Erfüllung des Tatbestandes nicht notwendigerweise eines Inverkehrbringens oder Absetzens der Ware bedarf. Ein Wettbewerbsteilnehmer hat nach dieser Bestimmung nicht allein Anspruch darauf, dass das Konkurrenzprodukt nicht in einer zu Verwechslungen mit seiner Ware führenden Weise vertrieben werde, sondern er kann den Verzicht auf jegliche Massnahme fordern, die zur Herbeiführung von Verwechslungen bestimmt oder geeignet ist. Dass die Beklagten das von ihnen vertriebene Lecksuchgerät selbst für den Export nach Ländern, in denen der Kläger dessen Inverkehrbringen nicht untersagen könnte, nicht mehr in der Schweiz herstellen dürfen, ist die zwingende Folge dieser gesetzlichen Ordnung. Das von der Vorinstanz erlassene Herstellungsverbot für das Gerät verstösst somit nicht gegen Bundesrecht. Die Beklagten haben unbestrittenermassen sämtliche unter Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG fallenden Handlungen in der Schweiz vorgenommen; es muss daher insoweit schweizerisches Recht zur Anwendung kommen.

c) Der zivilrechtliche Schutz setzt gemäss Art. 2 Abs. 1 UWG voraus, dass der Ansprecher durch unlauteren Wettbewerb in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen geschädigt oder gefährdet ist. Diese Bedingungen sind vorliegend erfüllt.

Der Kläger ist in der Schweiz niedergelassen und übt hier sein Gewerbe aus. Eine Schädigung oder Gefährdung als Folge des von den Beklagten verübten unlauteren Wettbewerbes muss daher unabhängig davon, ob sie auf den Geschäftsbetrieb oder die wirtschaftlichen Interessen des Klägers allgemein bezogen werden, notwendigerweise in der Schweiz eingetreten sein. Damit hat sich auch der Erfolg, wie ihn Art. 2 Abs. 1 UWG umschreibt, in der Schweiz eingestellt. Das spricht ebenfalls für die Anwendung schweizerischen Rechts. Was die Beklagten hiegegen vortragen, gründet auf einer Art. 2 Abs. 1 UWG widersprechenden Auffassung vom geforderten Erfolg und ist schon deswegen nicht stichhaltig. Sie verkennen namentlich, dass es weder nach Art. 1 Abs. 2 lit. d noch gemäss Art. 2 Abs. 1 UWG darauf ankommt, wo die konkurrierenden Produkte angeboten und verkauft werden.

d) Wäre ganz oder teilweise ein über die Schweiz hinausgreifender Sachverhalt gegeben, änderte das hinsichtlich der Frage des anwendbaren Rechts nichts. Unlauterer Wettbewerb ist eine unerlaubte Handlung. Anwendbar ist deshalb das Recht am Deliktsort, wobei der Verletzte nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts befugt ist, den Verantwortlichen aufgrund der Rechtsordnung des Ortes zu belangen, wo die unerlaubte Handlung ausgeführt wurde (BGE 92 II 264 E. III/2 mit Hinweisen, 91 II 123 E. I/2). Der Handlungsort, der nach der lex fori zu bestimmen ist, läge angesichts von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG auf jeden Fall in der Schweiz. Es müsste also auch von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet schweizerisches materielles Recht zur Anwendung kommen.

UWG Art. 1 Abs. 2 lit. a+b, Art. 2 Abs. 1 lit. b+c; BV Art. 59; PVUe Art. 4. lit. H; E-IPR Art. 134 Abs. 2 – "HELIO"

- *Hat der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz, ist der Richter am Wohnsitz des Beklagten aufgrund von Art. 59 BV unbesehen davon zuständig, ob am ausländischen Handlungs- bzw. Erfolgsort ein Gerichtsstand durch ausländisches Recht vorgesehen ist, denn ein im Ausland ergangenes Urteil, bei dem die Gerichtsstandgarantie von Art. 59 BV verletzt wurde, wird in der Schweiz grundsätzlich weder anerkannt noch vollstreckt.*
- *Für die Beurteilung einer Vorfrage, betreffe diese auch Patentverletzungen im Ausland, ist die sachliche Zuständigkeit des Richters, der sich mit der Hauptsache zu befassen hat, gegeben.*
- *Aufgrund der Ubiquitätstheorie begründet das Verfassen und Versenden eines Schreibens an einem bestimmten Ort einen Handlungsort. Zusätzliche Anhaltspunkte für die Anwendung des schweizerischen UWG bilden die Niederlassung des Klägers und des Beklagten, sowie das Herstellen und Anbieten der Produkte. Der Erfolg ist zudem als in der Schweiz eingetreten anzusehen, wenn Kläger und Beklagter ihre Gewerbe hier ausüben, auch wenn die Adressaten der inkriminierten Schreiben im Ausland wohnen, aber zum Kundenkreis der Prozessparteien gehören.*

- *Ist die Behauptung, dass ausländische Patente verletzt werden, inbezug auf das schweizerische, die Priorität begründende Patent als unwahr erkannt worden, kann aufgrund der Prioritätsanmeldung die Frage, ob das klägerische Gerät möglicherweise im Ausland Patente der Beklagten verletzt hat, verneint werden, da die ausländischen Nachanmeldungen eine identische Erfindung zum Gegenstand haben müssen.*
- *Si le défendeur a son domicile en Suisse, l'action doit être portée devant le juge du domicile du défendeur, en application de l'article 59 cst. féd., sans égard à l'existence d'un for, prévu par le droit étranger, au lieu étranger où l'acte a été commis ou à celui où son résultat s'est produit; en effet, un jugement étranger, violant la garantie du for prévu à l'article 59 cst. féd., ne peut en principe pas être reconnu ni exécuté en Suisse.*
- *Le juge matériellement compétent pour connaître de la demande principale peut aussi trancher une question préjudicielle se rapportant à des violations du brevet commises à l'étranger.*
- *Conformément à la théorie de l'ubiquité, l'endroit où un écrit est rédigé et expédié constitue un lieu de commission. L'existence d'un établissement en Suisse du demandeur et du défendeur de même que la fabrication et la mise en vente des produits dans ce pays constituent autant de points de rattachement complémentaires en faveur de l'application du droit suisse de la concurrence déloyale. Le résultat doit également être considéré comme s'étant produit en Suisse lorsque le demandeur et le défendeur y exercent leur activité économique, cela même si les destinataires des écrits litigieux sont à l'étranger, dès lors que ceux-là font partie de la clientèle des parties au procès.*
- *Si l'affirmation selon laquelle des brevets étrangers sont violés par un brevet suisse donnant naissance à un droit de priorité est reconnue inexacte, il peut être répondu négativement, sur la base de la revendication du droit de priorité, à la question de savoir si l'appareil du demandeur a pu violer des brevets du défendeur à l'étranger, car les dépôts étrangers postérieurs doivent avoir pour objet une invention identique.*

OG-BL vom 16. Juni 1987 in Sachen E. AG und GmbH c/Sp Electronic AG und Sp.

I.

Mit Klage vom 25. Juni 1980 wurde der Sp. Electronic AG und W. Sp. vorgeworfen, durch Rundschreiben an Firmen im In- und Ausland wahrheitswidrige Behauptungen bezüglich Patentverletzungen durch die Klägerinnen gemacht zu haben. In den Rundschreiben war jeweils darauf hingewiesen worden, dass das Gerät der Klägerinnen (Heliotex/Helio-el-tex) die Patentrechte der Beklagten für ihr Gerät Heliofum 35 verletze.

Mit Urteil vom 24. Oktober wies das Bezirksgericht Arlesheim die Klage ab, soweit auf diese eingetreten wurde. Mit Ausnahme der Fragen bezüglich Patentverletzungen wurde die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit bejaht. Für die Beurteilung der Frage des unlauteren Wettbewerbs wurde auf des Territorialprinzip verwiesen, was dazu führte, dass sich das Bezirksgericht für jene Fälle,

in denen die Beklagte 1 Schreiben ins Ausland verschickt hatte, mangels Anknüpfungspunkt (Erfolgsort im Ausland) für unzuständig erklärte. Das Bezirksgericht wies darauf hin, dass eine Wettbewerbsbeeinflussung auf dem Gebiete der Schweiz Voraussetzung für die Beurteilung durch den schweizerischen Wohnsitzrichter sei. Zudem sei eine Verletzung der massgeblichen Wettbewerbsrechte der betroffenen ausländischen Staaten nicht behauptet worden. Aber auch hinsichtlich eines Schreibens an eine Firma in Kanton Basel-Landschaft wurde die materielle Zuständigkeit verneint, da Patentrechte in Frankreich zur Diskussion standen.

II.

Gegen das Urteil des Bezirksgerichtes appellierten die Klägerinnen. Mit der Appellation wird die Aufhebung des Urteils vom 24. Oktober 1984 und die Gutheissung der Klage vom 25. Juni 1980 verlangt, evt. Rückweisung an die Vorinstanz zum materiellen Entscheid. In der Begründung wird unter anderem darauf hingewiesen, dass die beklagten Schreiben vom 30. Mai 1979 (an die Firma B., Hamburg), vom 14. Juni 1979 (an die Firma R., Mailand), vom 21. März 1980 (an die Firma D., Darsley) und vom 14. Juli 1980 (an die Firma R., Rickenbach) die in- und ausländische Käuferschaft der Produkte der Klägerinnen verunsicherte und schliesslich vom Kauf von Geräten der Klägerinnen abhielt. Durch Anschwärtzung der Klägerinnen mittels unwahren Angaben über die Patentsituation übten die Beklagten einen bewussten Schreibtisch-Krieg gegen die Klägerinnen aus. Für die Zuständigkeit und das anwendbare Recht wird darauf verwiesen, dass eine Teilhandlung im Inland durch schweizerische Täterschaft an einem schweizerischen Begehungsort gegen einen schweizerischen Konkurrenten ausgeführt worden sei. Der Gerichtsstand am Wohnsitz der Beklagten sei daher gegeben und die Anwendung des schweizerischen Rechtes sei zu bejahen.

III.

Die Beklagten beantragen mit Appellationsantwort vom 2. September 1985 die Abweisung der Appellation und die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass alle inkriminierten Schreiben an ausländische Firmen gerichtet gewesen seien bzw. solche betroffen haben, so dass allenfalls Wettbewerbsverstösse im Ausland zur Beurteilung stünden, wofür ausländisches Recht angewendet werden müsse. Die Klägerinnen hätten es versäumt, das ausländische Wettbewerbsrecht nachzuweisen, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei. Im weiteren wird bestritten, dass die Beklagte in der Schweiz oder anderswo unlauteren Wettbewerb betrieben habe.

IV.

Eine Noveneingabe der Klägerinnen vom 19. März 1985 verweist auf eine Mitteilung der Firma W. (Bern), wonach die Beklagte an einen Kunden der W. in Strassburg ein Schreiben gerichtet habe, in dem Patentverletzungen durch die Klägerinnen erwähnt worden seien.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1. Die Vorinstanz bejaht ihre örtliche Zuständigkeit (vgl. Urteil vom 24. Oktober 1984, S. 5), hat im Ergebnis jedoch über bestehende zwingende andere Gerichtsstände für die geltend gemachten Wettbewerbsverletzungen eine materielle Beurteilung verweigert.

Bezüglich der Frage von Patentverletzungen wurde die (sachliche) Zuständigkeit abgelehnt, weil hierfür nur das Obergericht zuständig sei und zudem im Patentrecht striktes Territorialprinzip herrsche.

Zunächst sind die Fragen im Zusammenhang mit den Zuständigkeiten zu klären.

2. Das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) sieht in Art. 5 Abs. 1 vor, dass eine Klage auch am Begehungsort angebracht werden kann, wenn der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz hat. Diese Bestimmung ist für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung, da sowohl die Beklagte 1 als auch die Beklagte 2 Wohnsitz im Kanton Basel-Landschaft haben. Art. 5 Abs. 1 schafft keinen bundesrechtlichen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten, sondern regelt nur die Zuständigkeit für den Fall, dass der Beklagte nicht in der Schweiz wohnt (BGE 102 II S. 390 Ziff. 2). Hat der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz, ist der Richter am Wohnsitz des Beklagten aufgrund von Art. 59 der Bundesverfassung (BV) unbesehen davon zuständig, ob am ausländischen Handlungs- bzw. Erfolgsort ein Gerichtsstand durch ausländisches Recht vorgesehen ist, denn ein im Ausland ergangenes Urteil, bei dem die Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV verletzt wurde, wird in der Schweiz grundsätzlich weder anerkannt noch vollstreckt (vgl. z.B. *Urs Hess*, die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV in der heutigen Rechtswirklichkeit, 1979, S. 87). Auch die Staatsverträge der Schweiz mit anderen Staaten sehen regelmässig vor, dass ein Urteil jedenfalls dann anerkannt und vollstreckt wird, wenn der Beklagte an seinem Wohnsitz belangt wurde (vgl. z.B. Art. 2 des Abkommens zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reich vom 2. November 1929; Art. 2 des Vertrages zwischen der Schweiz und Oesterreich vom 15. März 1927; Art. 1 des Vertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869; Art. 2 des Abkommens zwischen der Schweiz und Italien vom 3. Januar 1933). Der Entwurf über ein Bundesgesetz zum internationalen Privatrecht (IPR-Gesetz) geht ebenfalls von der generellen Zuständigkeit des Richters am Wohnsitz des Beklagten aus (vgl. Art. 2, Art. 111, Art. 115 in: IPR-Gesetz, Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht, herausgegeben von der Eidg. Justizabteilung). Die örtliche Zuständigkeit des natürlichen Richters am Wohnsitz der Beklagten ist daher mit der Vorinstanz zu bejahen. Dass die Beklagte 1 eine juristische Person ist, ändert daran nichts, denn der allgemeine Gerichtsstand einer juristischen Person befindet sich am Sitz der Gesellschaft und damit für die Beklagte 1 ebenfalls im Kanton Basel-Landschaft (*Guldener*, Schweiz. Zivilprozessrecht, 1979, S. 84).

Es bleibt die Frage der sachlichen Zuständigkeit für die Prüfung von Patentverletzungen.

3. Die Klage hat Verstösse gegen das UWG zum Gegenstand. Erst durch Einwendungen der Beklagten in der Klagbeantwortung stellte sich die Frage, ob Patentverletzungen (in- und ausländische) zu untersuchen sind. Die Befugnis zur vorfrage-

weisen Überprüfung auch ausländischer Patentverletzungen durch den örtlich zuständigen Richter ist zu bejahen (vgl. BGE 66 II 18, *K. Troller*, Immaterialgüterrechte, Bd. 2, 1985, S. 1027). Für die Beurteilung einer Vorfrage, betreffe diese auch Patentverletzungen im Ausland, ist die sachliche Zuständigkeit des Richters, der sich mit der Hauptsache zu befassen hat, somit entgegen der Ansicht der Vorinstanz gegeben.

Nachdem feststeht, dass die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Wohnsitzrichters gegeben ist, muss im folgenden die Frage nach dem für die Beurteilung der Wettbewerbsverletzungen massgebenden Recht beantwortet werden.

4. a) Der Streit zwischen den Klägerinnen und den Beklagten betrifft einen Sachverhalt mit Auslandbeziehungen. Die Klägerinnen werfen den Beklagten vor, durch das Versenden von nicht der Wahrheit entsprechenden Schreiben in die Bundesrepublik Deutschland, nach Italien, Frankreich und England unlauteren Wettbewerb begangen zu haben. Denkbar wäre, dass auch die Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb von Deutschland, Italien, England und Frankreich verletzt sein könnten, doch fehlt eine entsprechende Behauptung und ein Nachweis des massgebenden ausländischen Rechts. Eine Überprüfung möglicher Verletzungen von Bestimmungen ausländischer Wettbewerbsgesetze könnte daher aus prozessualen Gründen nicht erfolgen.

Es bleibt daher die Frage, ob der Streitfall nach schweiz. UWG – sei es als das ohnehin massgebende Recht oder als Ersatzrecht für nicht bekanntes ausländisches Recht – entschieden werden kann.

b) Mit *K. Troller* ist davon auszugehen, dass die Konzeption des unlauteren Wettbewerbs von Land zu Land wechselt und die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums (PVUe, revidierte Fassung vom 14. Juli 1967, seit dem 26. April 1970 für die Schweiz in Kraft) kein einheitliches Wettbewerbsrecht entstehen lässt (*K. Troller*, Das IPR des unlauteren Wettbewerbs, Diss. 1962, S. 33) und bei der Frage des anwendbaren Rechtes nicht weiter hilft. Wann das Wettbewerbsrecht eines Landes Anwendung findet, entscheidet sich mit der Bestimmung des Tatortes der unerlaubten Wettbewerbshandlung. Als Tatort hat das Bundesgericht sowohl den Handlungs- als auch den Erfolgsort einer unerlaubten Handlung verstanden (Ubiquitätstheorie). Dem Verletzten steht es zu, die Wahl zu treffen, ob er den Täter nach dem Recht des Handlungs- oder Erfolgsortes belangen will (BGE 87 II 115 mit weiteren Verweisungen, 92 II 264). Aufgrund der Ubiquitätstheorie, welche aus dem Strafrecht übernommen wurde, begründet das Verfassen und Versenden eines Schreibens an einem bestimmten Ort einen Handlungsort. Dieser Auffassung wurde mit Hinweis auf BGE 76 II 110 widersprochen und der Druck-, Versandort und der Ort, wo ein Schreiben verfasst wurde, als Handlungsort abgelehnt. Der Ort der wirtschaftlichen Interessenkollision sei massgebend und dies sei der Marktort, wo das anschwärzende Schreiben von den zu beeinflussenden Adressaten zur Kenntnis genommen wird. Nur dieser Ort sei für das anzuwendende Recht massgebend (*K. Troller*, a.a.O., S. 104 ff.). Der Hinweis auf BGE 76 II S. 110 ff. hilft jedoch für den vorliegenden Fall nicht weiter, denn die zur Diskussion stehenden Zirkulare wurden im dort beurteilten Fall den holländischen Genossenschaften von einer holländischen Gesellschaft von Holland aus und nicht aus der Schweiz zugestellt. Trotzdem hat das Bundesgericht bestätigt,

dass die Vorinstanz zu Recht schweizerisches Recht als Ersatz für das nicht bekannte holländische Recht angewendet habe (BGE 76 II S. 112). Auch wenn die Ubiquitätstheorie oft als Verlegenheitslösung bezeichnet wurde, welche den Richter von einer schwierigen Entscheidung entbindet, wird sie doch als einfache Regel, für die Zweckmässigkeitsgründe sprechen, nicht gänzlich abgelehnt (vgl. z.B. *F. Visscher/A. von Planta*, IPR, 1982, S. 201).

Als zusätzliche Anhaltspunkte für die Anwendung des schweiz. UWG werden in einem nicht veröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 20. April 1982, s. "Elektronischer Lecksucher II" hiervor, (von den Klägerinnen eingereicht) die Niederlassung des Klägers und des Beklagten, das Herstellen und Anbieten der Produkte erwähnt. Sind diese Voraussetzungen in der Schweiz erfüllt, sei es unerfindlich, warum statt des schweizerischen ausländisches Recht anwendbar sein sollte. Bestätigt wird einmal mehr, dass der Täter aufgrund der Rechtsordnung jenes Ortes belangt werden kann, wo die unerlaubte Handlung ausgeführt wurde (Handlungs-ort). Der Erfolg sei zudem als in der Schweiz eingetreten anzusehen, wenn der Kläger sein Gewerbe hier ausübt (Erfolgsort; anderer Meinung *K. Troller*, a.a.O., S. 35 und 95).

Der Entwurf zum Bundesgesetz über das IPR sieht in Artikel 134 vor, dass Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb dem Rechte jedes Staates unterstehen, auf dessen Markt die Wettbewerbsstellung eines Konkurrenten beeinträchtigt wird, sieht in Abs. 2 jedoch bei Rechtsverletzungen gegen betriebliche Interessen des Geschädigten die Anwendung des Rechtes jenes Staates vor, in dem sich die betroffene Geschäftsniederlassung befindet. Abs. 2 soll unter anderem dann Anwendung finden, wenn Wettbewerbsverstösse zur Beurteilung stehen, welche sich ausschliesslich gegen einen bestimmten Wettbewerber richten (IPR-Entwurf, a.a.O., S. 151).

c) Im zur Beurteilung stehenden Fall haben sowohl die Klägerin 1 wie auch die Beklagten 1 und 2 Domizil in der Schweiz und produzieren, propagieren, verkaufen und versenden ihre Produkte auch aus der Schweiz. Die Klägerin 2 hat Sitz in Deutschland. Die zur Diskussion stehenden Schreiben der Beklagten wurden in der Schweiz verfasst und vom Sitz der Beklagten versendet. Alle Schreiben richten sich gegen einen bestimmten, namentlich genannten Mitbewerber (Klägerinnen), bzw. dessen Produkt. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist die Beurteilung des Falles nach schweizerischem Recht zumindest im Falle der Klägerin 1 ausser Zweifel, rechtfertigt sich jedoch, gestützt auf die Ubiquitätstheorie auch bezüglich der Klägerin 2, ansonsten gestützt auf die Bundesgerichtspraxis schweizerisches Recht als Ersatzrecht für das nicht bekannte ausländische Recht angewendet werden müsste, was im Ergebnis nichts ändert.

Der gesamte Rechtsstreit ist somit nach schweizerischem Recht zu beurteilen und es stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob die Sache zum materiellen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

5. Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. In der Vernehmlassung des Bezirksgerichtes zur Beschwerde der Klägerinnen vom 9. November 1984 wird erwähnt, dass die allgemeine Zuständigkeit zwar bejaht wurde, mangels Substantiierung ein materieller Entscheid jedoch nicht gefällt werden konnte.

Nachdem nun feststeht, dass allfällige Patentverletzungen vorfrageweise durch

das Bezirksgericht überprüfbar sind und schweizerisches Recht auf den gesamten Sachverhalt Anwendung findet, wäre eine Rückweisung zum materiellen Entscheid grundsätzlich möglich, mehrere Gründe sprechen jedoch dagegen.

Die Parteien haben an der heutigen Verhandlung nicht ausdrücklich eine Rückweisung verlangt. Die Klägerinnen haben in der Appellationsbegründung festgehalten, dass sie es vorziehen würden, wenn das Obergericht von einer Rückweisung absehen würde und den Fall direkt entschiede. Nach Meinung des Obergerichts ist zu berücksichtigen, dass die Klage am 25. Juni 1980 eingereicht wurde, eine Rückweisung eine erneute Verzögerung des materiellen Entscheides herbeiführen würde, nach Eingang der Klagantwort feststand, dass das Obergericht, gestützt auf Art. 5 Abs. 2 UWG, direkt zur Entscheidung hätte angerufen werden können und heute zudem alle Unterlagen für einen materiellen Entscheid vorliegen. Auf eine Rückweisung ist daher zu verzichten.

6. a) Ausgangspunkt des materiellen Streites bilden vier Schreiben der Beklagten aus den Jahren 1979 und 1980. In jenen Schreiben stellt die Beklagte 1 die Behauptung auf, dass das Gerät der Klägerinnen (Heliotex, später Helio-el-tex) "eindeutig unsere Patentrechte verletzt" (Schreiben vom 30. Mai 1979), bzw. die Patente in Italien (Schreiben vom 14. Juni 1979) und Grossbritannien (Schreiben vom 21. März 1980) verletzen und droht den Empfängern der Briefe beim Betreiben oder auf den Markt bringen des klägerischen Gerätes rechtliche Schritte an.

Vorerst ist zu prüfen, ob das Gerät der Klägerinnen (künftig mit Helio-el-tex bezeichnet) das Schweizerpatent der Beklagten 2 verletzt.

Das gerichtliche Gutachten nimmt auf S. 9 zur Frage Stellung, ob die von den Klägerinnen unter der Bezeichnung Helio-el-tex vertriebene Einrichtung unter den Schutzzumfang des Sp-Patents CH-607 624 fällt. Die Experten führen aus, dass bei der bei Ringier AG besichtigten Helio-el-tex-Anlage lediglich die zum Stand der Technik gehörenden Merkmale, nicht aber die das Sp-Patent kennzeichnenden Merkmale Ba (Abdeckglieder) und Bb (Isolierabdeckungen an den Stirnseiten der Anpresswalze, vgl. Gutachten *Isler/Haffter* vom 19. November 1982, S. 8 und 9) vorhanden sind. Die Experten erklären, dass es möglich wäre, eine Druckmaschine mit beiden Erfindungen auszurüsten und weisen erneut darauf hin, dass die Elemente Ba und Bb des Sp-Patents bei der bei Ringier AG besichtigten Anlage fehlen (Gutachten, a.a.O., S. 12 und 13). Demgegenüber sind die Elemente Ba und Bb bei der besichtigten Helioform 35-Anlage der Beklagten vorhanden (Gutachten, a.a.O., S. 21). Die Frage, ob es zutrefte, dass die Sp-Patentschrift CH 607 624 einerseits und die deutsche Offenlegungsschrift sowie die deutsche Auslegeschrift Nr. 2715766 von Knopf und Eichler andererseits verschiedene Erfindungen zum Gegenstand haben, wird unter Hinweis auf Art. 51 Abs. 2 Patentgesetz und mit ausführlicher Begründung bejaht (vgl. Gutachten, a.a.O., 24 f.). Die Experten erklären auf entsprechende Frage, dass die Klägerinnen der Firma Ringier die Helio-el-tex-Anlage geliefert haben. Teile der Tiefdruckmaschine, welche der Fragesteller erwähnt, nämlich den Druckzylinder, die Einrichtung zum Zu- und Wegfahren des zu bedruckenden Substrats wurden nicht von den Klägerinnen geliefert, sondern vom Lieferanten der ganzen Tiefdruckmaschine, beziehungsweise vom Lieferanten des beschichteten Druckzylinders (Gutachten, a.a.O., 52). Die an der heutigen

Verhandlung gehörten Zeugen vermögen die Richtigkeit der Expertise nicht in Frage zu stellen. Dass die vom Experten besichtigte Anlage bei Ringier AG eine *Isolierabdeckung* aufwies, konnten die Zeugen nicht bestätigen.

Die Klägerinnen hätten nie verlangt, dass die Presseure mit einer Seitenisolation zu versehen seien. Damit ist hinreichend klargestellt, dass die von den Experten besichtigte Anlage durchaus keine isolierende Seitenabdeckung aufweisen musste. Die Gutachter haben zudem – wie bereits dargelegt – mit aller Deutlichkeit und überzeugend erklärt, dass die Helio-el-tex-Anlage der Klägerinnen und das patentierte Produkt der Beklagten verschiedene Erfindungen zum Gegenstand haben. Dies ist im vorliegenden Fall von zentraler Bedeutung, haben doch die Beklagten in den Jahren 1979 und 1980 in ihren Schreiben erklärt, das Gerät Heliotex/Helio-el-tex verletze das Sp-Patent. Den Klägerinnen könnte auch nicht für Isolierabdeckungen, die nicht Gegenstand ihrer Erfindung, gemäss Expertise für Helio-el-tex-Anlagen nicht nötig sind und die von ihnen nie verlangt wurden, eine Patentverletzung vorgeworfen werden. Der Vorwurf der Patentverletzung wäre nur für den Fall, dass die Erfindung Helio-el-tex das Patent der Beklagten verletzt, berechtigt gewesen. Dass diese Voraussetzung nicht zutrifft, wurde bereits dargelegt.

Der Antrag der Beklagten, es sei eine neue Expertise in Auftrag zu geben, wird, da das Gutachten Isler/Haffter auf alle entscheidenden Fragen überzeugende Antworten gibt, abgelehnt. Die Kritik der Beklagten am Gutachten betrifft die behauptete Isolierabdeckung an der von den Experten besichtigten Anlage der Firma Ringier. Das Gericht hat jedoch keinen Anlass daran zu zweifeln, dass an der von den Experten besichtigten Anlage die *isolierende* Seitenabdeckung fehlte (vgl. Stellungnahme der Experten zu den Ergänzungsfragen der Beklagten vom 16. September 1983, S. 2, mit Hervorhebung: *nicht* aufweist). Dass dieser Frage zudem keine entscheidende Bedeutung zukommt, wurde bereits mit Hinweis auf den Inhalt der beiden Erfindungen dargelegt. Ob sich allenfalls der Hersteller der Presseure patentrechtliche Verstösse zuschulden kommen liess, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und deshalb nicht zu prüfen.

b) Die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Rechtsschutzes bestimmt, dass die Anmeldung eines Erfindungspatents in einem Verbandsland für die Hinterlegung in andern Ländern ein Prioritätsrecht begründet (Art. 4 Abs. 1 PVUe). Voraussetzung ist, dass die nationale Anmeldung und die ausländische Erstanmeldung identische Erfindungen zum Gegenstand haben (Art. 4 H PVUe; A. Troller, Immaterialgüterrecht, a.a.O., Band II, S. 617/8).

Die Beklagten haben in der Klagantwort zu verstehen gegeben, dass im Ausland für das als Heliofurn 35 bezeichnete Gerät Patente bestehen. In der Duplik wird dann ohne weitere Darlegungen behauptet, die ausländischen Patentanmeldungen der Beklagten 2 seien nicht alle identisch mit dem Schweizerpatent. Eine Präzisierung von bestehenden Unterschieden unterbleibt. Die dem Gericht eingereichten Unterlagen lassen den Schluss zu, dass es sich bei den ausländischen Patentanmeldungen jeweils um Prioritätsanmeldungen handelte, da in allen Schreiben jeweils direkt oder indirekt auf das Schweizerpatent vom 14. Mai 1976 Bezug genommen wird für England: Schreiben des englischen Patentamtes mit Convention date 14. Mai 1976; für Belgien: basée sur demande de Brevet Suisse

6084/76 du 14. Mai 1976, en sa faveur, sous la Convention internationale (gemeint wohl: PVUe); für Kanada: priority Date: Switzerland (6084/76); für BRD: Unionspriorität (14. Mai 1976 Schweiz 6084-76).

Die Frage, ob das Gerät der Klägerinnen möglicherweise im Ausland Patente der Beklagten verletzt hat, kann aufgrund der Prioritätsanmeldungen verneint werden, und es bedarf keiner weiteren Abklärungen in dieser Richtung, da die ausländischen Erstanmeldungen identische Erfindungen zum Gegenstand haben müssen (vgl. oben). Zudem kann festgehalten werden, dass Ende 1980, als die zum Streit führenden Briefe verschickt wurden, in Frankreich, Deutschland und Italien keine Patenterteilungen vorlagen, bzw. das Vorliegen durch die Beklagte nicht bewiesen wurde.

Bleibt die Frage, ob die Beklagten durch die beanstandeten Schreiben unlauteren Wettbewerb betrieben haben.

7. Die Expertise Troller nimmt zu dieser Frage in kompetenter und zutreffender Weise Stellung. Der Experte erklärt, dass unlauterer Wettbewerb begangen werden kann, ohne dass den Täter ein Verschulden trifft. Objektiv unrichtige oder irreführende verletzende Äusserungen oder unrichtige oder irreführende Angaben im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. a und b UWG stellen selbst dann unlauteren Wettbewerb dar, wenn der Täter sich über deren Unrichtigkeit nicht Rechenschaft gegeben hat (Expertise vom 19. November 1982, wo zutreffend darauf verwiesen wird, dass diese Ausführungen in Rechtsprechung und Lehre vorbehaltlos anerkannt sind). Ist jemand nicht fähig, den Sinn eines Patentanspruches zu erfassen, so ist er verpflichtet, sich vom Fachmann darüber belehren zu lassen, wenn er unter Berufung auf den Patentanspruch einer Person die Verletzung der Rechte vorwerfen will. Tut er dies nicht, handelt er gegen Treu und Glauben. Im weiteren hält der Experte fest, dass es selbst einem Laien evident sein musste, dass die Maschine der Klägerinnen die kennzeichnenden Merkmale der Erfindung der Beklagten nicht aufwies und dass deshalb keine Patentverletzung gegeben sein könne. Diesen Äusserungen des Experten ist nichts beizufügen.

Es kann generell festgehalten werden, dass die Beklagten mit Schreiben, welche eine Verletzung des Patents für das Gerät Heliofurn 35 durch das Gerät Helio-el-tex behaupten, unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. a und Art. 1 Abs. 2 lit. b begehen, da unrichtige und irreführende Angaben über Leistungen anderer und die eigenen Leistungen gemacht werden. Darunter fällt beispielsweise auch das Schreiben der Beklagten 1 an die Rentsch AG vom 14. Juli 1980, wo ausdrücklich im Betreff auf das Gerät Heliofurn 35 verwiesen wird und wiederum deutlich wird, dass die Patentansprüche im Ausland (hier für Frankreich) identisch sind mit dem schweizerischen Sp-Patent.

Demgemäss wird erkannt:

“1. Es wird den Beklagten unter Androhung von Straffolgen gemäss Art. 292 StGB verboten, Rundschreiben, Briefe, Prospekte, Publikationen und mündliche Ausführungen in der Schweiz und im Ausland wie jene Zirkulare vom 30. Mai 1979 und vom 21. März 1980 zu verteilen bzw. zu verbreiten des Inhaltes, dass das Pro-

dukt HELI-EL-TEX der Klägerinnen das Patent CH-607 624 des Beklagten 2 verletzt.

2. Die Beklagten werden unter Androhung von Straffolgen gemäss Art. 292 StGB verpflichtet, dem Gericht und den Klägerinnen eine Liste jener Firmen auszuhändigen, denen das Rundschreiben vom 30. Mai 1979 oder von einem anderen Datum mit gleichem Inhalt zugestellt wurde.

3. Die Beklagten werden unter Androhung von Straffolgen gemäss Art. 292 StGB verurteilt, den Empfängern dieser Rundschreiben (vgl. Ziff. 2) schriftlich mitzuteilen, dass das Patent CH-607 624 des Beklagten 2 nicht durch die unter der Bezeichnung HELI-EL-TEX vertriebenen Produkte der Klägerinnen gemäss Prospekt (Klagbeilage 14) verletzt wird."

Art. 13 lit. b UWG – "VERTRETERBERÜHMUNG"

- *Der Wiederverkäufer darf sich ohne Ermächtigung des Herstellers nicht als dessen Vertreter ausgeben.*
- *Le détaillant ne peut pas se faire passer pour un représentant du fabricant sans l'autorisation de ce dernier.*

Strafurteil OGer TG vom 13. Oktober 1981.

Der Angeklagte kaufte 1979 bei der General Electric in Deutschland Geräte für Fr. 41'000.–. Mit Rundschreiben vom 1. März 1979 an seine Kundschaft kündigte er an, ohne hiezu durch die GE berechtigt zu sein, seine Firma habe "die Vertretung dieser interessanten Produktelinie übernommen". Die offizielle Vertreterin von GE für solche Geräte in der Schweiz, stellte daher im April 1979 Strafantrag gegen den Angeklagten. Dieser verteidigte sich unter anderem mit dem Argument, die Bezeichnung "Vertreter" sei nicht gesetzlich geschützt. Bezirksgericht und auf Berufung des Angeklagten hin auch das Obergericht sprachen ihn deswegen des unlauteren Wettbewerbs schuldig. Aus der Begründung des Obergerichtes:

6. Zum Rundschreiben vom 1. März 1979 an seine Kundschaft ist (unter Verweisung auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz) festzuhalten:

Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob ein Händler sich nur als Wiederverkäufer oder förmlich als "Vertreter" eines Produzenten öffentlich kund tut. Mit letzterer Bezeichnung sind im Handel bestimmte Rechte verbunden, wie sie der Stellung eines Vertreters und nur ihm eigen sind, namentlich die Befugnis, für den Vertretenen verbindlich Handlungen, Verträge usw. auszuführen (OR 32 ff.). Insbesondere geht jeder Kunde davon aus, für Reklamationen bezüglich der vertriebenen Waren könne er sich an den Vertreter zuhänden dessen Stammhauses halten. Blosser Wiederverkäufer haben keine derartige Rechtsstellung. Der Vertreter ist Repräsentant des Stammhauses, der Wiederverkäufer blosser Abnehmer.

Der Angeklagte wusste offenkundig, dass die General Electric ihn nie als Vertreter ihrer Firma ernannt hatte. Sein Einwand, er habe nicht von "offizieller" Vertretung gesprochen, geht fehl. Jeder Kunde nimmt an, wer sich als Vertreter

eines Produzenten bezeichne, tue dies rechtmässig und damit offiziell. Der Angeklagte wusste aber, dass seit 1975 offizieller Vertreter in der Schweiz für Lecksuchgeräte der General Electric die Firma Kent-Moore war. Wenn er dennoch noch im März 1979 dieses insoweit unwahre Kundenzirkular verschickte, handelte er bösgläubig und versties wiederum gegen Art. 13 lit. b.

Art. 68, 153, 155 et 292 CP, art. 13 lettre d LCD, art. 18 al. 1 et 3 et 24 lettres a, b, c, d et f LMF, art. 24 ch. 2 LDMI – "VUITTON MADE IN FRANCE"

- *L'adjonction sur un article d'une fausse marque et d'une fausse indication de provenance constitue une falsification au sens de l'article 153 CP (c. 4 a).*
- *Celui qui pratique le commerce d'imitations sur une grande échelle, en recourant aux services de détaillants, doit se douter que certains articles seront revendus comme authentiques à des consommateurs finals (c. 4 a).*
- *La remise d'un faux poinçon constitue une mesure pour faire naître une confusion au sens de l'article 13 lettre d LCD (c. 4 b).*
- *La notion de mise en circulation comprend tout acte de disposition fût-ce à titre gratuit (c. 4 d).*
- *S'agissant de l'apposition d'une fausse marque, il y a concours idéal entre les articles 155 CP et 24 ch. 2 LDMI (c. 5 b), 153 CP et 13 lettre d LCD ou 24 LMF (c. 5 c); en revanche, l'application de l'article 24 lettres b ou c LMF exclut celle de l'article 13 lettre d LCD (solution critiquée par la cour) et l'application de l'article 24 lettre a LMF exclut celle de la lettre b (c. 5 c).*
- *Au stade de la revente des contrefaçons il y a concours idéal entre les articles 13 lettre d LCD, 24 lettres c et f LMF et 24 ch. 2 LDMI (c. 5 d).*
- *Das Anbringen einer falschen Marke und einer falschen Herkunftsbezeichnung auf einer Ware ist eine Warenfälschung im Sinne von Art. 153 StGB (E. 4 a).*
- *Wer mit Nachahmungen in grossem Umfang und unter Einbezug von Detailisten Handel treibt, muss damit rechnen, dass einzelne Waren dem Letztverbraucher als echt weiterverkauft werden (E. 4 a).*
- *Das Anbringen einer falschen Punze stellt eine Massnahme zur Herbeiführung von Verwechslungen im Sinne von Art. 13 lit. d UWG dar (E. 4 b).*
- *Der Begriff des Inverkehrsetzens umfasst jede Verfügungshandlung, selbst eine unentgeltliche (E. 4 d).*
- *In bezug auf das Anbringen einer falschen Marke besteht Idealkonkurrenz zwischen Art. 155 StGB und 24 Ziff. 2 MMG (E. 5 b)., Art. 153 StGB und 13 lit. d UWG oder 24 MSchG (E. 5 c); dagegen schliesst die Anwendung von Art. 24 lit. b oder c MSchG diejenige von Art. 13 lit. d UWG aus (vom Gericht kritisiert), sowie die Anwendung von Art. 24 lit. a MSchG diejenige der lit. b (E. 5 c).*
- *Auf der Ebene des Wiederverkaufs von Nachahmungen besteht Idealkonkurrenz zwischen Art. 13 lit. d UWG, 24 lit. c und f MSchG und 24 Ziff. 2 MMG (E. 5 d).*

Arrêt de la cour de justice de Genève du 21 avril 1986 dans la cause T. c/Procureur général de la république et canton de Genève et Louis Vuitton S.A. et autres (SJ 1987, 51).

Faits:

A. A la suite de plaintes déposées en 1984 et 1985 par Louis Vuitton SA, Louis Vuitton (Suisse) SA, Piaget & Cie SA, Rolex SA, Cartier SA, Les Must de Cartier (Suisse) SA, La Chemise Lacoste SA, Sportloisir SA, Julian Snelling, MDM SA, Nemi SA, Yves Saint-Laurent SA, Guccio Gucci SpA, Pierre Cardin et Collaert SA, le Procureur général a ouvert une procédure pénale pour infractions aux articles 153, 155 et 292 CP ainsi qu'aux droits des marques de fabriques, des dessins et modèles industriels et de la concurrence déloyale.

Cette procédure a abouti à l'inculpation de douze personnes, dont T.

B. Le 20 décembre 1985, le Tribunal de police a reconnu T. coupable des faits suivants:

- d'avoir importé ou fait importer d'Italie, respectivement de Thaïlande en Suisse, en 1983 et 1984, plusieurs centaines d'articles contrefaits des lignes Louis Vuitton, Piaget, Rolex, Cartier, Hublot, Yves Saint-Laurent, Gucci, Pierre Cardin et Lacoste puis d'avoir entreposé ces marchandises à Genève, dans le but de les revendre, infractions réprimées par l'article 155 CP. Pour l'importation d'imitations Piaget et Hublot, le Tribunal a également retenu une violation de l'article 24 chiffre 2 LDMI;
- d'avoir apposé en 1984, sur certaines imitations Vuitton importées, le sigle "Louis Vuitton Paris, made in France" grâce à un poinçon qu'il s'était procuré à l'étranger, infraction punie par les articles 153 CP – avec la circonstance aggravante du métier –, 13 lettre d LCD et 24 lettres a, b et f LMF;
- d'avoir en 1984 mis le poinçon "Louis Vuitton Paris, made in France" à la disposition du nommé B. pour lui permettre d'apposer le même sigle sur d'autres marchandises contrefaites, infraction sanctionnée par l'article 13 lettre d LCD;
- d'avoir en 1983 et 1984 vendu à des tiers, notamment aux nommés B., S., A., W., W., C., B., et T., plusieurs centaines de contrefaçons des lignes Louis Vuitton, Piaget, Rolex, Cartier, Hublot, Yves Saint-Laurent, Gucci, Pierre Cardin et Lacoste, infractions réprimées par les articles 13 lettre d LCD et 24 lettres c et f LMF. Pour la vente d'imitations Piaget et Hublot, le Tribunal a également retenu une violation de l'article 24 ch. 2 LDMI;
- d'avoir enfin contrevenu à une décision de l'autorité, soit une ordonnance de la Cour de justice du 20 juillet 1983 qui lui interdisait d'importer, de vendre ou de détenir des imitations Vuitton, infraction punie par l'article 292 CP.

C. Sur la base des faits retenus contre lui, le Tribunal de police a condamné T. à la peine de 12 mois d'emprisonnement avec sursis pendant une durée de 5 ans, à une amende de fr. 2500.– ainsi qu'aux frais de la procédure et à la moitié des dépens des parties civiles.

D. Par déclaration du 6 février 1986, T. a interjeté appel contre ce jugement en reprochant au Tribunal d'avoir rendu une décision insuffisamment motivée, d'avoir admis la réalisation d'infractions dont les conditions n'étaient pas réalisées et d'avoir retenu à tort un concours d'infractions.

E. Le Procureur général et les parties civiles ont conclu à la confirmation du jugement attaqué.

Droit (extraits):

4. La Cour doit ainsi examiner si les éléments constitutifs des infractions retenues dans la feuille d'envoi sont ou non réalisés.

a) Se rend coupable de falsification de marchandises, au sens de l'article 153 CP, celui qui contrefait, falsifie ou déprécie des marchandises en vue de tromper autrui dans les relations d'affaires. L'article 155 CP réprime quant à lui l'importation ou la prise en dépôt de marchandises contrefaites, falsifiées ou dépréciées lorsque l'auteur sait qu'elles doivent servir à tromper autrui dans les relations d'affaires.

La contrefaçon se définit comme la confection d'une marchandise à partir d'autres matières premières ou par un autre procédé que ceux qui correspondent aux règles ordinaires des relations d'affaires, de telle manière que la marchandise est fautive alors qu'on lui a donné l'aspect d'une marchandise authentique (*Schwander*, FJS No 1193 p. 6). En l'occurrence, il ne fait aucun doute que la condition objective de l'infraction prévue à l'article 155 CP est réalisée, T. ayant importé ou fait importer des imitations d'articles commercialisés par les plaignants, ces imitations étant de surcroît de qualité moindre que les articles authentiques.

L'appelant s'est-il aussi rendu coupable de falsification au sens de l'article 153 CP en utilisant le poinçon "Louis Vuitton Paris, made in France" qu'il avait réussi à se procurer? Le Tribunal fédéral considère que la falsification implique une modification de la substance même de la marchandise. Le délit n'est donc pas réalisé par la simple adjonction d'une fausse marque sur un article. Il l'est en revanche lorsque, en sus de la marque, l'auteur inscrit des mentions inexactes de provenance ou des imitations de numéros de fabrication (ATF 81 IV 99 = JdT 1955 IV 106; ATF 84 IV 91 = JdT 1958 IV 107 consid. II/1 = SJ 1959, 505 consid. II/1; ATF 99 IV 80 = JdT 1977 IV 40; RVJ 1970 p. 91-92; SJ 1986 p. 22). Pareille interprétation a été critiquée par une partie de la doctrine qui souhaite aussi assimiler à une contrefaçon la simple indication d'une marque inexacte sur le produit (*Schwander*, FJS No 1193 p. 7-8; *Stratenwerth*, Schw. Strafrecht, Bes. Teil, 3ème éd., vol. I p. 264; *Noll*, Schw. Strafrecht, Bes. Teil, Vol. I p. 210; *Waiblinger*, RJB 1957 p. 371; contra *Logoz*, Commentaire du CPS, Partie spéciale, vol. I, ad art. 153 note 2/b). La jurisprudence cantonale la plus récente adopte la même solution (RSPI 1981 p. 176 = RSJ 1982 p. 47 No 9; RSPI 1983 II p. 170) qui paraît sans doute plus conforme à l'esprit de l'article 153 CP (*Schwander*, *ibidem*). En l'occurrence la question peut cependant rester indécise. Le poinçon utilisé par T. – qui donnait une valeur plus élevée aux articles qu'il commercialisait – contenait en effet une fausse indication de provenance puisque la marchandise n'avait pas été fabriquée en France. L'appelant s'est donc bien rendu coupable de falsification.

Sur le plan subjectif, les articles 153 et 155 CP supposent que l'auteur agit "en vue de tromper autrui dans les relations d'affaires". Il n'est ainsi pas punissable lorsqu'il informe l'acquéreur qu'il s'agit d'une contrefaçon. L'infraction est en revanche rééalisée lorsque l'auteur sait ou peut se douter que l'acquéreur revendra la marchandise à des tiers en la faisant passer pour authentique (*Schwander*, FJS No 1193 p. 9-10; cf. aussi ATF 85 IV 22 = JdT 1959 IV 56). En l'espèce, deux personnes au moins ayant traité directement avec T. ont indiqué avoir ignoré que les marchandises vendues par lui étaient des imitations (déposition C. devant le Tribu-

nal de police; déposition P. à la police). Les lettres et les cartes de visite de l'appelant remises à la clientèle laissent aussi croire qu'il était autorisé à représenter des marques de renommée. Enfin, l'instruction de la cause démontre que l'intéressé a pratiqué le commerce d'imitations sur une grande échelle en recourant aux services de détaillants; aussi devait-il tenir pour acquis que certains produits allaient être revendus comme authentiques à des consommateurs finals. Toutes les conditions posées par les articles 153 et 155 CP – y compris celle du métier (ATF 86 IV 206 = JdT 1961 IV 79; ATF 99 IV 80 = JdT 1977 IV 40; SJ 1986 p. 22-23) – se trouvent ainsi réunies.

b) A teneur de l'article 13 lettre d LCD, celui qui, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale en prenant des mesures pour faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, l'activité ou l'entreprise d'autrui sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

L'application de la norme précitée suppose un rapport de concurrence économique entre les parties. Pareille notion ne doit cependant pas être interprétée de manière restrictive. Le rapport de concurrence existe lorsque les deux parties offrent sur le marché des prestations analogues, ce qui était bien le cas en l'espèce (ATF 100 II 397; RSPI 1983 II 117).

Le délit réprimé à l'article 13 lettre d LCD est réalisé lorsque l'auteur copie servilement une marque, un dessin ou un modèle industriel, activité à laquelle s'est précisément livré T. (ATF 95 II 191 = JdT 1969 I 627; ATF 104 II 322 = JdT 1979 I 264; *Troller*, Immaterialgüterrecht, 3ème éd., p. 932 note 195). Le fait que l'appelant n'ait pas lui-même fabriqué les articles qu'il commercialisait est sans incidence dès lors qu'un simple distributeur peut être poursuivi (ATF 90 II 323 consid. 4 c; RSPI 1983 II 117), ce qui vaut a fortiori pour un grossiste.

En remettant à B. le faux poinçon pour qu'il s'en serve à son profit personnel, l'appelant a également pris "une mesure pour faire naître une confusion" au sens de l'article 13 lettre d LCD. Enfin, et pour tous les actes qui lui sont reprochés. T. a agi intentionnellement, c'est-à-dire en étant conscient des malentendus que sa conduite pouvait engendrer au sein du public (ATF 94 IV 34 = JdT 1968 IV 84 consid. 2).

c) L'article 24 LMF sanctionne:

"a) Quiconque aura contrefait la marque d'autrui ou l'aura imitée de manière à induire le public en erreur;

b) Quiconque aura usurpé la marque d'autrui pour ses propres produits ou marchandises;

...

f) Quiconque aura contrevenu aux dispositions des articles 18, 3ème al., 19, 21 et 23 de la présente loi."

Doctrine et jurisprudence considèrent que la reproduction servile d'une marque constitue une contrefaçon réprimée sous tous ses aspects par l'article 24 lettre a LMF; la lettre b du même article n'est alors pas applicable (ATF 33 I 207 = JdT 1908 I 398 consid. 4; *Troller*, op. cit., p. 659 note 190; *David*, Kommentar zum Schw. Markenschutzgesetz, 3ème éd., p. 280). Peu importe par ailleurs que le public ait effectivement été induit en erreur; il suffit qu'un risque de confusion apparaisse vraisemblable (*David*, op. cit., p. 269-270). L'impression par T. de la marque "Louis Vuitton, Paris" sur les imitations qu'il avait importées tombait donc sous le coup de l'article 24 lettre a LMF.

Le poinçon utilisé contenait par ailleurs la mention “made in France” qui constituait une indication de provenance au sens de l’article 18 al. 1 LMF, savoir une indication “donnant sa renommée” aux marchandises censées provenir d’une maison française réputée confectionnant des articles de mode (cf. par analogie avec le label “Swiss made” apposé sur une montre, RSPI 1975 p. 108-109). Or l’article 18 al. 3 LMF interdit précisément de munir un produit d’une indication de provenance qui n’est pas réelle ou de vendre, mettre en vente ou en circulation un produit revêtu d’une semblable indication. La seconde infraction est ainsi derechef réalisée.

d) L’article 24 lettre c LMF punit encore “quiconque aura vendu, mis en vente ou en circulation des produits ou marchandises revêtus d’une marque qu’il savait être contrefaite, imitée ou indûment apposée”. L’importation d’articles munis de fausses marques apposées à l’étranger, suivie de leur mise en circulation en Suisse, tombe sous le coup de cette dernière norme (ATF 34 I 826; 78 II 169; 110 IV 108 résumé in SJ 1985 p. 460; *David*, op. cit., p. 281). La notion de mise en circulation comprend de surcroît tout acte de disposition fût-ce à titre gratuit (*David*, op. cit., p. 282). L’ensemble du commerce d’imitations auquel s’est livré l’appelant, en toute connaissance de cause, au préjudice des parties civiles, contrevenait donc à l’article 24 lettre c LMF.

e) Le Tribunal de police a retenu à bon droit une violation de l’article 24 chiffre 2 LDMI dès lors que l’appelant a importé puis mis en circulation des imitations de montres Piaget et Hublot elles-mêmes protégées par le dépôt de dessins et modèles industriels.

f) Enfin, le 20 juillet 1983, T. avait été condamné, sous la menace des peines prévues à l’article 292 CP, à ne plus importer, vendre ou détenir des imitations de la marque Louis Vuitton. L’appelant n’a pas hésité à persister dans ses agissements coupables; sa condamnation pour insoumission à une décision de l’autorité apparaît donc justifiée (RSPI 1984 p. 285 et 391).

5. Il reste à examiner les problèmes de concours d’infractions.

a) L’article 68 CP permet d’aggraver la peine en cas de concours idéal, c’est-à-dire lorsque, par un seul acte ou par un ensemble d’actes formant pénalement un tout (délict successif), l’auteur enfreint plusieurs dispositions pénales différentes dont aucune ne saisit l’acte délictueux sous tous ses aspects. Au concours idéal s’oppose le concours imparfait ou improprement dit; dans ce dernier cas, par un même acte, un individu enfreint plusieurs lois pénales, mais une seule est applicable car elle saisit les agissements délictueux sous tous leurs aspects (*Logoz*, op. cit., rem. gén. avant l’art. 63 note 4 et art. 68 note 1/a; *Huber*, JdT 1958 IV 79/80). Le choix entre ces deux notions dépend des éléments constitutifs des infractions perpétrées et des biens juridiques protégés par les dispositions légales éventuellement applicables (*Huber*, op. cit., p. 86-87). S’agissant d’un concours possible entre une disposition du code pénal et une loi spéciale, il faut encore déterminer si la loi spéciale a voulu admettre ou au contraire écarter le concours idéal (*idem* p. 88).

b) En ce qui concerne l’importation en Suisse d’articles contrefaits, le Tribunal de police a retenu un concours idéal entre les articles 155 CP et 24 ch. 2 LDMI.

Pareille conclusion apparaît conforme à la loi. L'article 155 CP protège en effet le patrimoine des consommateurs en voulant éviter des tromperies à leurs dépens (ATF 81 IV 100 = JdT 1955 IV 106; ATF 98 IV 188 = JdT 1973 IV 112 consid. 1 a), alors que la LDMI préserve les intérêts des dépositaires de dessins et modèles industriels (*Troller*, op. cit., p. 669 et ss.).

c) T. a-t-il enfreint cumulativement les articles 153 CP, 13 lettre d LCD et 24 lettres d et f LMF en utilisant à son profit le poinçon "Louis Vuitton Paris, made in France"? Le concours idéal entre les articles 153 CP et 13 lettre d LCD a déjà été admis dans des circonstances similaires par le Tribunal fédéral (RVJ 1970 p. 91-92). La première de ces normes s'attache en effet spécifiquement à la falsification de marchandises alors que la seconde envisage le problème sous l'angle de l'abus de concurrence. Les lettres a et f de l'article 24 LMF peuvent aussi être appliquées conjointement, l'une protégeant spécifiquement la marque et l'autre l'indication de provenance (cf. par analogie ATF 84 IV 127 = JdT 1958 IV 114). La même solution s'impose pour ce qui a trait aux relations entre les articles 153 CP et 24 LMF (ATF 101 IV 36 = JdT 1977 IV 11).

En revanche, le Tribunal fédéral a considéré que l'application de l'article 24 lettre b ou c LMF excluait celle de l'article 13 lettre d LCD (ATF 82 IV 204 = JdT 1957 IV 82; RSPI 1983 II 130; cf. aussi *Troller*, op. cit., p. 1005 note 147; *David*, op. cit., p. 299; contra *Guyet*, La protection des indications de provenance et des appellations d'origine en droit suisse, Actes du colloque de Lausanne sur les indications de provenance et les appellations d'origine en droit comparé, 1983, p. 46 note 271). Une telle solution ne s'harmonise guère avec la jurisprudence précitée relative au concours entre les articles 153 CP et 24 LMF.

La LCD tend de surcroît à sauvegarder des intérêts différents de ceux visés par la LMF, soit la libre concurrence destinée à profiter aussi bien aux commerçants qu'au public (*von Büren*, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Allgemeines, notes 7 à 10). La Cour de céans doit néanmoins tenir compte de la solution consacrée par le Tribunal fédéral. Pour l'utilisation à des fins personnelles du faux poinçon "Louis Vuitton Paris, made in France", l'application de l'article 13 lettre d LCD sera donc écartée.

Il a enfin déjà été indiqué que l'article 24 lettre b LMF ne saurait être retenu en sus de la lettre a de la même norme (cf. supra ch. 4/c).

d) Sur le plan de la revente des contrefaçons, le concours entre les articles 13 lettre d LCD, 24 lettres c et f LMF et 24 ch. 2 LDMI s'impose en revanche. La confusion au sens de l'article 13 d LCD portait en effet non pas seulement sur les marques et les indications de provenance mais sur l'aspect extérieur des marchandises commercialisées et sur leur présentation.

e) L'application cumulative de l'article 292 CP et de la LCD ou du droit des marques ou des dessins et modèles industriels est enfin admise depuis longtemps (ATF 79 II 409 = JdT 1954 I 492; ATF 98 II 138 = JdT 1972 I 622; ATF 101 II 290 = JdT 1976 I 521; RSPI 1984 p. 391).

6. T. a agi pendant plus de deux ans au préjudice de plusieurs marques de renommée, en entreprenant de nombreux voyages à l'étranger pour se procurer des imitations tout en se constituant progressivement un réseau de revendeurs. Même si

le présent appel aboutit à la libération de quelques infractions, la gravité des faits reprochés est patente. Aussi n'y a-t-il pas lieu de réduire la peine très modérée prononcée par les premiers juges (ATF 100 IV 149).

Art. 1 al. 1 OL – “20% DE RABAIS”

- *Compte tenu de l'usage à Genève, une annonce offrant 20% de rabais sur divers articles ne donne pas l'impression qu'il s'agit d'une vente de fin de saison à des prix temporairement baissés.*
- *Unter Berücksichtigung der Genfer Verhältnisse gibt ein Inserat, welches auf diversen Waren 20% Rabatt anpreist, nicht den Eindruck, dass es sich dabei um einen Saisonschlussverkauf zu vorübergehend herabgesetzten Preisen handelt.*

Ordonnance de mesures provisionnelles de la cour de justice de Genève du 12 mars 1985 dans la cause AGTT, AGMC et autres c/L. F. A. S.A.

Faits:

La Société A. SA exploite des commerces de vêtements, chaussures et articles de sport.

Elle a fait paraître à deux reprises dans la Tribune de Genève et une fois dans le Journal de Genève une annonce intitulée:

“Les plus belles collections aux meilleurs prix 20% de rabais”.

Cette annonce énumère environ quarante articles individualisés, avec indication en caractères gras des prix de vente et, à titre de comparaison, entre parenthèses et en lettres fines, les prix du marché. Les articles ainsi offerts en vente sont des habits (manteaux, imperméables, écharpes, tailleurs, chemisiers, jupes, blousons, pantalons, pulls, chemises, vestons, cravates), des parapluies, des sacs et des bottes.

En outre, des panneaux annonçant le rabais de 20% ont été apposés dans la vitrine du magasin et il n'est pas contesté que les marchandises offertes ont été accompagnées de petits écriteaux mentionnant d'une part le prix réel moins 20% et, d'autre part, le prix consenti.

Droit:

Les liquidations et autres opérations du même genre soumises à autorisation officielle sont des opérations de vente au détail où l'acheteur se voit promettre par des annonces publiques et de manière temporaire certains avantages qui, normalement, ne sont pas consentis par le vendeur (art. 1 al. 1 er OL).

Ce qui est décisif, c'est l'impression que fait cette annonce sur le public. Il s'agit de savoir si le cercle d'acheteurs intéressés est induit à croire qu'il ne pourra ultérieurement plus acheter la marchandise annoncée à des conditions aussi favorables que pendant la durée de l'offre; à cet égard, il faut tenir compte des usages

en matière de réclame, variables selon les régions du pays et selon les branches (ATF 95.IV.157 = JdT 1969.IV.114 et les jurisprudences citées).

Le Tribunal fédéral a encore précisé que la publicité ne devait pas être conçue de telle manière qu'elle donne à croire que le commerçant organise une vente de fin de saison à des prix temporairement abaissés; à cet égard, il n'est pas décisif que la réclame ne contienne ni indication d'une limitation des quantités offertes, ni limitation dans le temps du rabais promis, car ce qui importe est uniquement l'impression globale que fait une publicité (même arrêt).

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que le recourant avait enfreint l'ordonnance sur les liquidations et opérations analogues. Celui-ci avait fait paraître pendant une dizaine de jours, dans des journaux zurichois, huit grandes annonces, la plupart d'une page entière, qui, dans une mise en page frappante, offraient à bas prix divers articles. Ces annonces renfermaient les mots "prix de choc" en lettres grasses, et, en plus petit corps, "à choix dans des stands spéciaux", trois des annonces utilisaient l'expression "choix gigantesque". De plus, des pancartes, dont les inscriptions correspondaient à peu de choses près aux annonces, avaient été apposées devant le magasin. Enfin, les vitrines étaient garnies de banderoles qui annonçaient des "stands spéciaux". Le Tribunal fédéral, insistant sur l'utilisation d'annonces à grand format avec la mention "prix de choc" et sur l'aménagement tapageur des vitrines, a considéré que ce style de réclame, courant à Zurich lors des soldes, devait nécessairement éveiller l'impression qu'une vente de fin de saison avait lieu, cela d'autant plus que cette réclame avait été faite immédiatement avant le début et au début des soldes d'été officiellement autorisés.

Le cas présentement soumis à la Cour est bien différent. En effet, l'annonce incriminée, parue seulement à trois reprises dans la presse, n'a rien de particulièrement frappant et se borne à offrir 20% de rabais sur divers articles, nombreux il est vrai mais néanmoins individualisés. Quant à l'aménagement de la vitrine, tel qu'il apparaît sur la photographie produite par les requérantes, il ne permet pas non plus de dire que la citée donnait à croire qu'elle organisait une vente de fin de saison à des prix temporairement baissés. Enfin, dès lors qu'il faut tenir compte des usages locaux en matière de réclame, on constatera, sur le vu des pièces produites par la citée, que de nombreux commerçants genevois — dont une bonne partie des requérantes — recourent couramment, hors de la période des soldes, à des annonces semblables, voire moins discrètes, que celle reprochée à la citée.

En conclusion, les requérantes doivent être déboutées des fins de leur requête et condamnées aux dépens.

V. Bücher- und Zeitschriftenschau

Dr. Lucas David, Zürich

Diese Übersicht schliesst an die jüngst in Mitt. 1985, 128 ff. publizierte Rundschau an. Sie umfasst auch einige ältere Werke, die bisher unserer Aufmerksamkeit entgangen sind.

1. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im allgemeinen

- Baudenbacher, Carl.* Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen Recht. In: Neue Vertragsformen der Wirtschaft. Bern 1985, S. 205-225.
- Blum, Jörg.* Schutz der Werbung vor Nachahmung. Bern 1987, 198 S. Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht. SMI 18.
- Cherpillod, Ivan.* Les droits et obligations des parties au contrat de know-how après l'expiration du contrat en droit suisse. In: Deuxième journées juridique yougoslavo-suisse. Zürich, 1986.
- Comte, Jean-Louis.* Revisionsbestrebungen im schweizerischen Immaterialgüterrecht. GRUR int. 1986, S. 675-681.
- Curchod, François.* Famille et propriété intellectuelle: In: FS Schweiz. Juristentag 1987. Neuchâtel, 1987, S. 41-49.
- Dessemontet, François.* La propriété intellectuelle suisse en évolution. In: Premières journées juridiques yougoslavo-suisse. Zürich 1984, S. 53-72.
- Dessemontet, François.* Propriété intellectuelle, brevets d'invention, marques, droit de la concurrence, droit d'auteur: aperçu de la jurisprudence de la 1ère Cour civile du Tribunal fédéral. JdT 133/1985 I, 194-213.
- Dessemontet, François.* Les contrats de licence en droit international privé. In: Mélanges Guy Flattet, Lausanne, 1985, S. 435-453.
- Heuss, Valentin.* Leitfaden für das Lizenzgeschäft: Abfassen und Aushandeln von Lizenzverträgen. Zürich, 1986, 150 S.
- Larese, Wolfgang.* Immaterialgüterrecht 1987. UFITA 105/1987, 7-15.
- Marbach, Eugen.* Rechtsgemeinschaften an Immaterialgütern dargestellt am Beispiel von Erfinder- und Urhebergemeinschaften. Bern 1987, 226 S. Fr. 68.— ASR 508.
- Pedrazzini, Mario M.* Le contrat d'entreprise — Le contrat d'édition — Le contrat de licence. In: Traité de droit privé suisse VII/I/3. Fribourg 1986, 158 p.
- Troller, Alois.* Immaterialgüterrecht. Band II. 3. Aufl. Basel 1985, 592 S., Fr. 220.—
- v. *Uexkill, Jürgen-Detlev / Reich, Heinz Joachim / Weiss, Frédéric G.P. (Hrsg.).* Wörterbuch der Patentpraxis, deutsch-französisch, französisch-deutsch. Köln 1986, 308 S. Fr. 110.40.
- Vischer, Frank.* Das Internationale Privatrecht des Immaterialgüterrechts nach dem schweizerischen IPR-Gesetzesentwurf. GRUR Int., 1987, 670-682.
- Wochner, Luzius N.* Lizenzierung von Software. In: EDV-Software. Lausanne 1986, S. 123-201.

2. Patentrecht

- Balass, Valentin / Briner, Alfred.* Erfindungshöhe, erfinderische Tätigkeit, Nichtnaheliegen. SMI 1986, H. 2, S. 179-184.
- Brunner Eugen / Diggelmann, Peter.* Zur zweiten medizinischen Indikation im Patentrecht. SJZ 81/1985, 173-176.
- Bruner Eugen.* Die schutzfähige Erfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 PatG und ihre Beurteilung durch den Zivilrichter. Mitt. 1984, H. 1, 7-22.
- Flury-Jeker, Anne-Marie.* La protection juridique des obtentions végétales sous le régime de la Convention de Paris de la loi fédérale. Diss NE 1985, 224 S.
- Gfeller, Walter.* Das schweizerische Sortenschutzrecht. Blätter für Agrarrecht. 1985, S. 61-70.
- Hüni, Albrecht.* Zur Neuheit bei chemischen Erzeugnissen in der Praxis des Europäischen Patentamtes. GRUR Int. 1986, 461-463.
- Hüni, Albrecht.* Neuheit bei Auswählerfindungen chemischer Produkte – ein Problem der Harmonisierung von nationalem und europäischem Patentrecht. GRUR Int., 1987, 663-669.
- Kämpf, Roger.* Die schutzfähige Erfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 PatG und ihre Beurteilung im amtlichen Vorprüfungsverfahren, insbesondere durch die Beschwerdekammern. Mitt. 1984, H. 1, 23-31.
- Maier, Hans Jakob / Hangarter, D.* Muster-Lizenzvertrag Deutschland Schweiz mit Erläuterungen. 3. Aufl. Zürich 1986, 110 S. Fr. 45.—.
- Martin-Achard, Edmond.* La notion de la non-évidence dans la loi fédérale suisse sur les brevets d'invention et dans la convention de Munich. In: Studi in onore di Remo Franceschelli sui brevetti di invenzione et sui marchi. Milano 1983, S. 705-715.
- Pedrazzini, Mario.* Patent- und Lizenzvertragsrecht. 2. überarbeitete und ergänzte Auflage. Bern 1987, 208 S., Fr. 58.—.
- Pedrazzini, Mario M.* Nullity of patents in Swiss law. In: Rapports suisses présentés au XIIème Congrès international de droit comparé. Zürich 1987, S. 125-137.
- Troller, Alois.* Erfindungshöhe, erfinderische Tätigkeit, Nichtnaheliegen. SMI 1986, H. 2, S. 165-177.
- Petitpierre, Edouard.* Licences de brevet et de know-how. Revue économique et social 1984, 245-250.
- Portmann, Wolfgang.* Die Arbeitnehmererfindung. Bern 1986, 164 S. Fr. 46.—, Schriften z. schweiz. Arbeitsrecht 28.
- Schachenmann, Beat.* Begriff und Funktion der Aufgabe im Patentrecht. 1986, Diss. ZH, 162 S.
- Schubarth, Martin.* Die Wiedereinsetzung in den früheren Stand gemäss Art. 47 und 48 PatG. SJZ 83/1987, 161-163.
- Spoendlin, Kaspar.* Die sogenannte Vorbehaltserfindung (Art. 332 Abs. 2-4 OR). Mitt. 1984, H. 1, 33-46.
- Troller, Alois.* Die Bedeutung der unabhängigen Patentansprüche in EPUe und im schweizerischen Patentgesetz. In: Studi in onore di Remo Franceschelli sui brevetti di invenzione e sui marchi. Milano 1983, S. 479-500.
- Troller Alois.* Begriff der patentfähigen Erfindung und Auslegung des Patentanspruchs. In: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis. Wien 1986, S. 73-78.

3. Marken und Kennzeichnungsrecht; Firmenrecht Herkunftsangaben.

- Achermann, Eduard.* Die Täuschungsgefahr im Firmenrecht. In: FS Prof. Hans Marti zum 70. Geburtstag am 14. Januar 1985. Der Bernische Notar BN 46/1985, S. 47-62 = SMI 1986, 185-197.
- Brandt, Dominique.* La protection élargie de la marque de haute renommée au-delà des produits identiques et similaires: étude de droit comparé. Lausanne 1985. 337 S. Comparativa 29.
- Dessemontet, François.* La jurisprudence récente sur la formation des raisons sociales. Der Schweizer Treuhänder 59/1985, 218-221.
- Dessemontet, François.* La protection des noms commerciaux. In: FS Karl H. Neumayer z. 65. Geb. Baden-Baden 1985, S. 145-158.
- Dutoit Bernard.* Unlautere Ausnutzung und Beeinträchtigung des guten Rufes bekannter Marken, Namen und Herkunftsangaben. GRUR Int. 1986, 1-6.
- Dutoit, Bernard.* Unfair Use of and Damage to the Reputation of Well-Know Trademarks, Names and Indications of Source in Switzerland and France. ICC 1986, 73-745.
- Guyet, Jaques.* La protection contre la contrefaçon de marques en droit suisse. PI 103/1987, 37-48.
- Maday, Denis C.* Bemerkungen zum Rohentwurf für das neue Markenschutzgesetz. SJZ 83/1987, 21-25.
- Marbach, Eugen.* Firmenwahrheit. Urteilsanmerkung Zivilrecht (BGE 112 II 59: Circus Monti), Recht 5/1987, 68-71.
- Marbach, Eugen / Hilti, Christian.* Einschränkung des Markenkennzeichnungsrechtes durch Werbeverbote im schweizerischen Recht. GRUR Int. 1985, 379-385.
- Schluemp, Walter.* Kartellrechtliche Grenzen von warenzeichenrechtlichen Abgrenzungsverträgen (bes. nach Art. 85 EWG-V). GRUR Int. 1985, 534-550.
- Schweiz. Bundesrat.* Botschaft betreffend das revidierte Abkommen von Nizza über die internat. Klassifikation v. 4. Februar 1985. BB1 137/1985, 609-626.
- Streuli-Youssef, Magda.* Der Rechtsschutz gegen sog. Piratenmarken. SMI 1985, H. 1, 27-31.
- Suter, Hermann.* Schweizer Schokolade, eine geographische Herkunftsbezeichnung. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 156-166.
- Troller, Patrick.* Der Schutz des ausländischen Handelsnamens in der neueren schweizerischen Rechtsprechung. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, 177-187.
- Weltorganisation für geistiges Eigentum. (Hrsg.).* Madrider Abkommen für die internationale Registrierung von Marken. Ausgabe Januar 1985, München 1985. 141 S. Fr. 57.-.

4. Wettbewerbsrecht, Konsumentenschutz.

- Baudenbacher, Carl.* Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz? ZBJV 123/1987, 505-531.
- Brunner, Alexander.* Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internationalen Privatrecht. Diss ZH 1985. LXXIV + 428 S., Fr. 58.—
- Chapuis, Jean-Paul.* La concurrence dans le secteur bancaire suisse. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 11-20.
- Cherpillod, Yvan.* Les droits et obligations des parties au contrat de know-how après l'expiration du contrat en droit suisse. In: Recueil des travaux présentés aux deuxième Journées juridiques yougoslavo-suisse. Zürich 1986, S. 175-195.
- Dessemontet, François.* La publicité et les droits intellectuels. Modes de protection de la publicité. In: Travaux de l'Association Henri Captant. Tome 32/1984: La Publicité-propagande, S. 413-426.
- Dessemontet, François.* Quelques observations à propos du droit de la publicité en Suisse. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 28-39.
- Dessemontet, François / Spoendlin, Kaspar / Gilliéron, Pierre-Robert / Baudenbacher, Carl / Hertig, Gérard / Vischer, Frank.* Was soll noch Art. 8 UWG? — Que reste-t-il de l'art. 8 LCD sur les conditions générales? SAG 59, 1987, 109-117.
- Diserens, Dominique.* La location de vidéogrammes et de phonogrammes en droit comparé. Genève 1986, 252 S. Fr. 60.—. Comparativa 35.
- Dutoit, Bernard.* La lutte contre la contrefaçon moderne à la lumière du droit comparé. In: La lutte contre la contrefaçon moderne en droit comparé, Genève 1986, S. 69-83 = RIC 1986/149, S. 24-30.
- Dutoit, Bernard. (Hrsg.).* La lutte contre la contrefaçon moderne en droit comparé. Actes du colloque de Lausanne. Genève 1986, 85 S. Comparativa 31.
- Englert, Christian.* Aspekte der Fälschung im schweizerischen Recht. In: La lutte contre la contrefaçon moderne en droit comparé. Genève 1986, S. 26-44.
- Gauch, Peter.* Die Verwendung "Missbräuchlicher Geschäftsbedingungen" — unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG. BR/DC, 1987, 51-60.
- Giger, Hans.* Konsumentenschutzrecht: Ein internationales Anliegen. SJZ 82/1986, S. 110-111.
- Gutzwiller, P. Christoph.* Geheimhaltungspflichten als Konkurrenzbeschränkungen, insbesondere im Bankwesen. SAG 58/1986, 122-128.
- Guyet, Jaques (Hrsg.).* Etudes de droit suisse et de droit comparé de la Concurrence. Genève 1986, 190 S. Comparativa 34.
- Guyet, Jaques.* Concurrence déloyale par l'emploi de tableaux de référence à des marques de parfums. Note de jurisprudence, SMI 1985, H. 1, 33-36.
- Guyet, Jaques.* La lutte contre la déloyauté commerciale et la contrefaçon, notamment dans la parfumerie et la maroquinerie. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 76-100.
- Gygi, Fritz.* Verfassungsfragen der Werbung. (Nachdruck aus Werbung/Publicité 6/1975, S. 74). In: Festschrift zum 65. Geburtstag von Prof. Gygi. Bern, 1986, S. 183-198.

- Hilti, Christian.* Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz statt Nachbarrechte. Bern 1987, 104 S., Fr. 36.—. SMI 19.
- Hitz, Martin.* Der Entwurf eines neuen Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). RIC 150/1986, S. 28-29.
- Hool, Max.* La contrefaçon horlogère. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 101-116.
- Kuhn Moritz.* Konsumenteninformation und Vertragswiderrufsrecht. In: Schweiz. Versich. Zeitschr. SVZ 54 1986, S. 333-347.
- Kuhn, Moritz.* Was bedeutet die offene Inhaltskontrolle von AGB gemäss Art. 8 UWG für die Schweizerische Versicherungswirtschaft. SVZ 55 1987, S. 175-287.
- Lutz, Martin.* Die gesetzliche und vertragliche Sicherungen von Geheimnissen. SMI 1985, H. 2, S. 185-205.
- Martin-Achard, Edmond.* Contrefaçon de marques et falsification de marchandises. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 127-131.
- Martin-Achard, Edmond.* Le tribunal fédéral précise (modifie) sa jurisprudence (art 153 ss & CP) Semjud 109, 1987, S. 49-51.
- Matter, Andreas.* Lockvogelproblematik und UWG-Revision. ZSR 105/1986 I 429-468.
- Mosimann, Hans-Jakob.* Befangenheit im Konsumentenschutz? Bundesbehörden im Widerstreit der Interessen. Diessenhofen 1985, 289 S.
- Nobel, Peter.* Die Stellung der Presse nach der UWG-Revision in der Schweiz. Medien und Recht international 4/1986, Heft 4, 10, 38.
- Pataky, T.S.* Der Kampf der schweizerischen Textilindustrie gegen Warenfälschungen. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 132-144.
- Pedrazzini, Mario M.* Imitazione servile e fattispecie analoghe. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, 145-155.
- Richli, Paul.* Verletzt die Aufforderung zum "Markten" die Preisbekanntgabepflicht? 1987, Recht 5, 141-144.
- Richli, Paul.* Verletzt die Aufforderung zum "Markten" die Preisbekanntgabepflicht? Recht 5/1987, 141-144.
- Schultz, Hans.* Warenfälschung. ZStrR 103/1986, 367-383.
- Stoffel, Walter.* Verhandlungen und Wettbewerb in der Schweiz: zum Urteil des Bundesgerichts i.S. FIST gegen Denner AG (BGE 109 11 260). SAG 56/1984, 133-149.
- Schweiz. Bundesrat.* Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumentenorganisationen und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Die Entstehung der Obligationen) vom 7. Mai 1986. BB1 138/1986 II, 354-405.
- Spoendlin, Kaspar.* Zum Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im Schweizerischen Wettbewerbsrecht. (Kartellgesetz und UWG). In: Festgabe Juristentag 1985. Basel 1985, S. 361-379.
- Tercier, Pierre.* De la mise en oeuvre du droit de la concurrence. In: Zur Zukunft von Staat und Wirtschaft in der Schweiz: FS Für Bundesrat Dr. Kurt Furgler zum 60. Geburtstag. Zürich/Köln, 1984, S. 213-219.

- Vandeveld-Zeuger, Jaqueline.* Les envois de marchandises non commandées. Etude de droit comparé. Diss VD 1986, 190 S. Fr. 40.—. Comparativa 33.
- Widmer, Pierre.* Produktehaftung: Urteilsanmerkungen zu BGE 110 II 456 und nicht veröffnt. BGer v. 14. Mai 1985. Recht 4/1984, 50-57.
- Zäch, Roger (Hrsg.).* Geheimnisschutz. Bern 1986, 152 S. St. Galler Studien z. Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 11.

5. Urheber- und Verlagsrecht; Muster und Modellrecht; Persönlichkeitsrecht

- Altenpohl, Martina.* Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen. Bern 1987, 308 S., Fr. 58.—. Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht 22.
- Balmer, Christoph.* COMELIVRES: Bestellsystem für den Schweizer Buchhandel. Medien und Recht International 3/1985, Heft 4, 5-6.
- Battistolo, Blaise.* La protection des idées publicitaires. Diss VD 1986, 200 S.
- Brem, Ernst.* Das Verhältnis der Berner Übereinkunft zu anderen völkerrechtlichen Verträgen. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 99-114.
- Bogsch, Arpad.* Les cent premières années de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques. DdA 99/1986, S. 249-300.
- Bois, Philippe.* La liberté interne des médias. SJZ 80/1984, 137-147.
- Brügger, Paul.* Die Rolle der Berner Übereinkunft in der schweizerischen Rechtsprechung. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 133-141.
- Cavalli, Jean.* Le rôle de la Suisse dans la genèse de la Convention de Berne. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 47-68.
- Cavalli, Jean.* La genèse de la Convention de Berne du 9 septembre 1886. Diss. VD, 1986, 232 S.
- Cherpillod, Ivan.* L'objet du droit d'auteur. Lausanne 1986, 197 S., Fr. 60.—. CEDIDAC 1.
- Cherpillod, Ivan.* La protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur. SMI 1986, 41-55.
- Cherpillod, Ivan / Dessemontet, François.* Les droits d'auteur. In: Das Architektenrecht = Le Droit de l'architecte. Fribourg, 1986, S. 297-320.
- Cherpillod, Ivan (Hrsg.).* EDV-Software: Rechtsschutz, Vertragswesen, Checklisten. Lausanne 1986, 229 S., Fr. 75.—. CEDIDAC 4.
- Cherpillod, Ivan.* Le droit d'auteur en suisse. Lausanne 1986. 145 S., Fr. 75.—. CEDIDAC 3.
- David, Lucas.* Die Werkbegriffe der Berner Übereinkunft und des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 181-200.
- David, Lucas.* Die Kopie im internationalen Recht. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 21-27.
- Degginger, Andrea.* Beiträge zum urheberrechtlichen Schutz der Gegenwartskunst. Bern 1987. 107 S., Fr. 32.—. ASR 509.
- de Sanctis, Valerio / Fabiani, Mario.* Les cent ans de la convention de Berne: l'évolution du droit dans le domaine du droit d'auteur résultant de l'interaction entre la Convention et les législations nationales. DdA 99/1986, 117-120.

- Dessemontet, François.* Le droit de suite. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 343-355.
- Dessemontet, François.* La protection des programmes d'ordinateur. In: EDV-Software. Lausanne 1986, S. 11-31.
- Diserens, Dominique.* Gestion collective des droits d'auteur en Suisse et surveillance. WuR 38/1986, 1-50.
- Diserens, Dominique.* Les activités d'importation, de distribution et d'exploitation de supports audio-visuels, dans la perspective de la législation sur le cinéma. WuR 36/ 1984, 104-134.
- Diserens, Dominique / Rostan, Blaise.* Cinéma, radio et télévision, Lausanne. Presses polytechniques romandes, 1984. 189 S., Fr. 33.—. Droit et vie économique.
- Diserens, Dominique.* La location de vidéogrammes et de phonogrammes en droit d'auteur: étude de droit comparé et de droit suisse. Diss VD 1986, 252 S., Comparison 35.
- Dittrich, Robert.* Zur Tragweite des Art. VII WUA. In: Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. FS für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag. Frankfurt a.M., 1985, S. 77-85.
- Dittrich, Robert.* Urheberrecht und moderne Technologien. Rechtsvergleichend unter bes. Berücksichtigung der BRD, Österreichs und der Schweiz. Östr. JZ 1985, 85-96.
- Durrer, Beat.* Kabelwirtschaft und Urheberrecht. In: Staat und Gesellschaft. FS für Leo Schürmann. Freiburg 1987, S. 489-507.
- Fehr, Harro.* Schweizerische Urheberrechtsrevision. Medien und Recht International 3/1985, Heft 1, 10-11.
- Grossenbacher, Roland.* Die schweizerische Beteiligung an den Revisionsarbeiten von 1886-1984. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 69-84.
- Grossenbacher, Roland.* Bemerkungen betreffend Entwurf und Botschaft v. 29. August 1984 zu einem neuen URG. Zs. f. Urh. u. MedR, 1985, 552-555.
- Hilty, Reto M.* Die Bedeutung des Ursprungslandes in der Berner Übereinkunft. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 201-218.
- Hodik, Kurt H.* Der Rechtsschutz des Theater- und Konzertveranstalters in Deutschland, Österreich und der Schweiz. GRUR Int. 1984, 421-425.
- Hösly, Balz.* Das urheberrechtlich schützbares Rechtssubjekt. Bern 1987, 208 S., SFr. 48.—, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht SMI 21.
- Hunziker, Manfred.* Urheberrecht nach beendetem Arbeitsverhältnis. UFITA 101/ 1985, 49-74.
- Hunziker, Manfred.* Monismus oder Dualismus im schweizerischen Urheberrecht. UFITA 97/1984, 127-139.
- Kälin, Urs Peter.* Der urheberrechtliche Vergütungsanspruch bei der Werkverwertung mit Hilfe des Satellitenrundfunks und der Kabelweiterverbreitung. Diss. ZH 1986. 189 S.
- Kälin, Urs Peter.* Die Urheberrechte der Sendung und der Kabelverbreitung in der Berner Übereinkunft und im schweizerischen Recht. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 293-315.
- Kälin, Urs Peter.* Die Vergütung für Kabelweitersendungen in der Schweiz. GRUR Int. 1984, 267-274.

- Larese, Wolfgang.* Die Stellung des Arbeitgebers angestellter Urheber in der Berner Übereinkunft und in der Schweiz. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 333-342.
- Liechti, Patrick.* Les possibilités et les limites de licences légales ou obligatoires selon la Convention de Berne. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 377-385.
- Lück, Gert.* Rechtsschutz und Vertragsgestaltung bei Computer-Software aus Schweizer Sicht. SMI 1986, 17-40.
- Lutz, Martin J.* Die Rechte am Film in der Berner Übereinkunft und in der Schweiz. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 317-331.
- Martin-Achard, Edmond / Cherpillod, Ivan.* Les droits de représentation, d'exécution, de récitation et d'exposition selon la Convention de Berne et le droit suisse. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 271-291.
- Meier, Dieter.* Neuer Tarif für öffentlichen Radio- und Fernsehempfang in der Schweiz. Medien und Recht International 3/1985, Heft 4, 4-5.
- Mosimann, Peter.* Die Nachbarrechte des Veranstalters und des Interpreten nach dem "Mr. Tape"-Entscheid des Bundesgerichts. In: FS Schweiz. Juristentag 1985. Basel 1985, S. 231-244.
- Müller, Jürg.* Prüfung der Geschmacksmusterfähigkeit durch das Bundesamt für geistiges Eigentum. SMI 1986, 57-62.
- Nordemann, Wilhelm.* Zum Stand der Urheberrechtsform der Schweiz. In: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Gedenkschrift für Fritz Schönherr. Wien 1986, S. 137-151.
- OMPI. (Hrsg.).* Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes. Genève 1981, 190 S.
- Pedrazzini, Mario.* Das droit moral der Berner Übereinkunft in der Schweiz. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 233-253.
- Pedrazzini, Mario.* "Vom Wunsch geleitet, die Rechte der Urheber zu schützen. . .": 100 Jahre Berner Übereinkunft. SMI 1986, H. 2, 157-163.
- Portmann, Wolfgang.* Zur Entwicklung der Rechtsstellung des Arbeitgebers im schweizerischen Urheberrecht. UFITA 106, 1987, 245-154.
- Rehbinder, Manfred.* Die neue Ordnung des Gegendarstellungsrechts. Recht 3/1985, 73-77.
- Rehbinder, Manfred.* Die Familie im Urheberrecht. In: FS C. Hegnauer zum 65. Geburtstag. Bern, 1986, S. 349-366.
- Rehbinder, Manfred.* Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen. In: Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. FS für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag. Frankfurt a.M. 1985, S. 359-372.
- Rehbinder, Manfred.* Rechtsprobleme der Telearbeit. UFITA 102/1986, 75-88.
- Rehbinder, Manfred.* Die Beschränkungen des Urheberrechts zugunsten der Allgemeinheit in der Berner Übereinkunft. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 357-376.
- Rehbinder, Manfred.* Zum Rechtsschutz der Herausgabe historischer Texte. UFITA 106, 1987, 255-274.
- Reinhart, Beat.* Die Schutzfristregelung der Berner Übereinkunft und ihre Bedeutung für die Schweiz. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 255-270.

- Reinhart, Beat.* Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im schweizerischen Urheberrecht. Diss. ZH, 1985, 187 S., Fr. 39.—, SM 13.
- Ricklin, Frank.* Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild. In: Staat und Gesellschaft. FS für Leo Schürmann. Freiburg 1987. S. 536-556.
- Ritscher, Michael.* Der Schutz des Design. Zum Grenzbereich von Muster-/Modellrecht und Urheberrecht in der Schweiz. Bern 1986. 143 S. Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht SM 14.
- Rostan, Blaise.* Abonnements-Fernsehen in der Schweiz. Medien und Recht International 4/1986, Heft 2, 4-6.
- Schweiz. Vereinigung für Urheberrecht (Hrsg.).* Die Berner Übereinkunft und die Schweiz. FS zum einhundertjährigen Bestehen der Berner Übereinkunft. Bern 1986. 385 S. Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht SMI 16.
- Spoendlin, Kaspar.* Zur staatlichen Prüfung der Tarife der urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften. Angemessenheits- oder Missbrauchskontrolle? UFITA 102/1986, 41-61.
- Spoendlin, Kaspar.* Urheberrechtsschutz für Computer-Software. SMI 1986, 7-16.
- Stolz, Frank.* Die Rechte der Sendeunternehmen nach den Urheberrechtsgesetzen der europäischen Nachbarstaaten und ihre Wahrnehmung in der BRD. UFITA 104, 1987, S. 31-67.
- Stoutz, Edmond de.* Schöpfer und Werk. St. Gallen, 1985, 20. S.
- Tercier, Pierre.* Le droit de réponse. Du droit français au droit suisse. In: Mélanges Guy Flattet, 1985, Lausanne. S. 417-432.
- Thieme, Hans.* Zur Entstehungsgeschichte des internationalen Urheberrechts aus dem Kampf gegen den unerlaubten Büchernachdruck. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 1-12.
- Thurneysen, Johann Rudolf.* De Recusione Librorum Furtiva, zu Teutsch: Vom unerlaubten Bücher-Nachdruck. Diss. BS 1738. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 13-46.
- Troller, Alois.* Der Mindestschutz der Berner Übereinkunft im Verhältnis zum Schutzzumfang im geltenden und geplanten schweizerischen nationalen Urheberrecht. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 143-156.
- Troller, Alois.* Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen: ein Danaergeschenk. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 167-176.
- Troller, Alois.* Der Rechtsschutz von Computerprogrammen in der Schweiz. CuR 2/1986, S. 232-233.
- Troller, Alois.* Der urheberrechtliche Schutz von Inhalt und Form der Computerprogramme. CuR 3/1987, 213-218, 278-284.
- Uchtenhagen, Ulrich.* Die Berner Übereinkunft und die Entwicklungsländer. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 115-131.
- Uchtenhagen, Ulrich.* Zur Geschichtsschreibung der internationalen Konventionen des Urheberrechts. UFITA 106, 1987, 231-234.
- Uhl, Markus.* Die rechtsgeschäftliche Verfügung im schweizerischen Urheberrecht. Bern 1987, 176 S., Fr. 50.—. Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht SMI 20.
- Von Büren, Roland.* Gedanken zum Werkbegriff in der Praxis des Bundesgerichtes und im Entwurf für eine Totalrevision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes. GUR Int. 1985, 385-392.

- von Büren, Roland.* Die Übermittlung urheberrechtlich geschützter Werke von hotel-internen Zentralen mittels Draht in die Hotelzimmer nach schweizerischem Urheberrecht. GRUR Int. 1986, 443-452.
- von Büren, Roland.* Zum Stand der Totalrevision des schweizerischen Urheberrechts. Medien und Recht International, 4/1986, Heft 4, CH 1-5.
- Voyame, Joseph.* Les rapports de la Confédération avec le Bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques ainsi qu'avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 85-98.
- Weber, Rolf.* Publizistische Vormachtstellung im Medienmarkt. WuR 36/1984, 135-154.
- Widmer, Beat.* Vermögensrechtliche Ansprüche von Inhaber und Lizenznehmer bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten unter besonderer Berücksichtigung des Urheberrechts. SMI 1985, H. 1, S. 7-26.
- Wittweiler, Bernhard.* Die Auswirkungen der Berner Übereinkunft auf die schweizerische Urheberrechtsgesetzgebung. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 157-180.
- Wyler, Barbara.* Die Gleichbehandlung in- und ausländischer Urheber in der Schweiz. In: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft. Bern 1986, S. 219-231.
- Zölch, Franz A.* Art. 55 bis: Basis für Schweizer Radio- und Fernsehgesetz. Medien und Recht International 3/1985, Heft 2, 14.
- Zölch, Franz A.* Zusammenarbeit SRG – Lokalradios. Ein Modell für die Kooperation öffentlicher und privater Anstalten. Medien und Recht International 3/1985, Heft 2, 15-16.
- Zölch, Franz A.* Regulativ für Schweizer Direkt-TV-Satellit. Medien und Recht International 3/1985, Heft 3, 3,5.
- Zölch, Franz A.* Persönlichkeitsschutz in der Schweiz. Medien und Recht International 3/1985, Heft 3, 8-9.

6. Kartell- und Wirtschaftsrecht

- Baldi, Marino.* Direct Applicability of the Free Trade Agreements between EEC and EFTA Countries from a Swiss Perspective. Swissreview 25/1985, 31-38.
- Baldi, Marino.* Das Verbot der Massnahme gleicher Werbung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen in den FHA EFTA/EWG. WuR 39/1987, 73-99.
- Benz, Beat.* Wettbewerbsgefährdung durch präventive Wirtschaftskontrolle im Bereich zulassungspflichtiger Arzneimittel. Diss. Zürich 1984. XXIV, 413 S.
- Böckli, Peter.* Harte Kartelle und Marktübermacht – Herausforderung für das neue Kartellrecht. WuR 39/1987, 1-15.
- Drolshammer, Jens.* Bezüge auf ausländische Rechtsordnungen in Botschaften des Bundesrates zu wettbewerbsrechtlichen Bundesgesetzen und in amtlichen Äusserungen zur Stellung der Schweiz in der erweiterten europäischen Freihandelszone – Anlass und Ausgangspunkt für eine Ideenskizze zur Belebung der rechtsvergleichenden Methode. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 40-55.

- Gaja, Giorgio.* Effets directs et réciprocité dans la jurisprudence concernant l'accord entre la CE et la Suisse. *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* 40/1984, 30-62.
- Guyet, Jaques.* Interprétation et application des accords de libre échange entre la CEE et les états de l'AELE. *RIC* 151, 27-33.
- Homburger, Eric / Drolshammer Jens.* *Schweizerisches Kartell- und Monopolrecht.* Bern 1987, 130 S. Fr. 48.—.
- Homburger, Eric / Drolshammer Jens.* *Schweizerisches Kartell- und Monopolrecht: Ergänzungsband: Bibliographie, Gerichtsentscheide, Arbeiten der Kartellkommission, Materialien.* Bern 1987, 136 S.
- Kamm, Michael.* Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht. *Belgisch-Gladbach* 1985, 528. S. Fr. 63.—.
- Meier, Robert.* Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages. *Diss. ZH*, 1985, 138 S.
- Munz, Hans.* Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit aus der Sicht des schweizerischen Kartellprivatrechts. Bern 1985. 200 S. br. Fr. 48.—. ASR 497.
- Nebel, Rolf.* Internationale Verhaltensregeln über wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken. Zürich 1986, 163 S. *Schweizer Studien zum internationalen Recht.*
- Schluemp, Walter R.* Kartellrechtliche Grenzen von warenzeichenrechtlichen Abgrenzungsverträgen nach Art. 85 EWG-V, GRUR Int. 1985, 534-550.
- Schluemp, Walter.* Über die privatrechtliche Freiheit und Verantwortung des kartellähnlichen Konzerns. In: *Freiheit und Verantwortung im Recht.* Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 345-394.
- Schmidhauser, Bruno.* Altes und neues Kartellgesetz im Vergleich. *WuR* 38/1986, 361-382.
- Schmidhauser, Bruno.* Entstehung und Auslegung von Art. 29 Abs. 2 u. 3 KG. In: *Staat und Gesellschaft.* FS für Leo Schürmann. Freiburg 1987, S. 367-402.
- Schürmann, Leo.* Ökonomische und rechtliche Aspekte der Medienentwicklung. *WuR* 36/1984, 239-244.
- Sieber, Hugo / Tuchfeld, Egon.* Die Fusionskontrolle im revidierten Kartellgesetz. In: *Staat und Gesellschaft,* FS für Leo Schürmann. Freiburg 1987, S. 353-366.
- Sigg, Daniel.* Kartellrechtliche Probleme der Beteiligungen von Banken im Nicht-bankenbereich. Bern, 1984. 254 S. Fr. 33.—. *Bankwirtschaftliche Forschungen* 90.
- Spinner, Bruno.* 12 Jahre Erfahrung mit den Wettbewerbsgrundsätzen des FHA Schweiz/EWG, *Swissreview* 24/1985, 53-75.
- Spoendlin, Kaspar.* Zum Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im schweizerischen Wettbewerbsrecht (Kartellgesetz und UWG). In: *FS Schweiz.* Juristentag 1985. Basel 1985, S. 397-414.
- Tercier, Pierre.* A propos des relations entre la Commission des cartels et le Surveillant des prix. *SAG* 58/1986, 109-121.
- Wohlmann, Herbert.* Zur funktionalen Auslegung im Kartellrecht. In: *Freiheit und Verantwortung im Recht.* Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz. Bern 1982, S. 461-473.

7. Verfahrensrecht

- Balass, Valentin.* Der Gerichtsexperte im Patentprozess aus der Sicht des technischen Sachverständigen. SMI 1985, 179-184.
- Brunner, Eugen.* Der Gerichtsexperte im Patentprozess aus der Sicht des Richters. SMI 1985, 171-178.
- Füllemann-Kuhn, Verena.* Die Feststellungs-, Unterlassungs- und Berichtigungsklage gegen die Presse gemäss schweizerischem UWG. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 83/1984, 32-50.
- Guyet, Jaques.* Action en cessation de trouble et mesures provisionnelles en droit suisse de la concurrence. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 67-75.
- Jolidon, Pierre.* A propos de l'arbitrabilité (objective) en matière de brevets d'invention et de concurrence – Aperçu de droit comparé. In: Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, S. 117-126.
- Lutz, Martin J. / Ritscher, Michael.* Computersoftware im Prozess. SMI 1986, H. 2, 205-214.
- Pedrazzini, Mario M.* Die Gerichtsexpertise im Patentrecht. SMI 1985, 153-170.
- Rüst, Paul.* Das "Panel" der Europäischen Uhren- und Schmuckmesse – Muster zur Beilegung von Streitigkeiten im gewerblichen Rechtsschutz. SMI 1986, 63-70.
- Rüst, Paul.* Medienrecht: Das Beschwerdewesen bei den Lokalradios – am Beispiel von Radio Basilisk. SJZ 82/1986, 189-194.
- Schenker, Urs.* Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht. Diss. ZH 1984, XXII + 190 S. Zürcher Studien zum Verfahrensrecht.
- Widmer, Beat.* Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten. Basel 1985, 143 S. Fr. 45.—.
- Wiesendanger, Beat.* Der zivilrechtliche Kartellprozess nach bernischem und eidgenössischem Verfahrensrecht. Diss. BE 1985, 178 S.

VI. Buchbesprechungen

Altenpohl, Martina: Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen. Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht 22. XXIV, 278 S. (Bern 1987. Stämpfli & Cie AG), broschiert Fr. 58.—.

Diese anspruchsvolle Arbeit soll als Beitrag zur Überwindung des ungesetzlichen Dogmas der Gemeindefreiheit wissenschaftlicher Erkenntnisse dienen. Schon die sorgfältig recherchierte Analyse der Begriffsbestimmung des wissenschaftlichen Werkes zeigt, welche uneinheitliche und divergierende Auffassungen über den Werkbegriff existieren. Mangels Einigkeit in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist daher der urheberrechtliche Werkbegriff zur Zeit (noch) offen. Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang zwei weitere, kürzlich erschienene Publikationen (Cherpillod, *L'Objet du droit d'auteur*, Lausanne 1985 sowie Hösly, *Das urheberrechtlich schützbares Rechtsobjekt*, SMI 21, Bern 1987), die sich eingehend mit dem Werkbegriff auseinandersetzen.

Bisher ist der urheberrechtliche Schutz von wissenschaftlichen Werken überwiegend abgelehnt worden. Dogmatisch wurde dies durch Annahme eines (auf die Ausdrucksform) eingeschränkten Werkbegriffes zuwege gebracht. Dies widerspricht jedoch dem einheitlichen Werkbegriff des URG. Abzulehnen sind daher die Kategoriemethode, nach welcher die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Werkkategorie über die urheberrechtliche Relevanz entscheidet. Stattdessen ist fallweise zu prüfen, ob ein Werk individuelle Züge aufweist (Fallmethode). Die These von der Freiheit wissenschaftlicher Erkenntnisse ist ebenfalls zu verwerfen.

Normlogisch richtig ist jeweils gesondert zu prüfen, ob ein Werk vorliegt um dessen Schutzzumfang festzulegen, danach sind die Schranken des Urheberrechtes festzustellen.

Diesem normlogischen Vorgehen folgend ist die vorliegende Arbeit aufgebaut. An die Untersuchung des urheberrechtlichen Schutzzumfanges wissenschaftlicher Werke (S. 87 ff.) schliessen Ausführungen über die Beschränkungen des Urheberrechtes (S. 194 ff.). Ausgehend davon, dass das Wesentliche am wissenschaftlichen Werk sein Inhalt ist (S. 103), weist die Autorin überzeugend nach, dass der alleinige Formschutz, wie ihn die herrschende Doktrin den wissenschaftlichen Werken zubilligt, weder den tatsächlichen noch den rechtlichen Gegenbenheiten gerecht wird. Wie im konkreten Fall das Interesse des wissenschaftlichen Autors gegen die Interessen der Allgemeinheit abzuwägen ist, ergibt sich durch Auslegung der geschriebenen und ungeschriebenen gesetzlichen Beschränkungen des Urheberrechtes, welche der Gesetzgeber zur Lösung des Interessenkonfliktes vorgesehen hat. Damit wird deutlich, dass schon *de lege lata* eine Handhabe gegeben ist, um einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu finden. Abgerundet wird die Arbeit mit einem Exkurs über die Nutzung des Werkschaffens von Hochschulangehörigen.

Eine sowohl vom Inhalt als auch vom Aufbau her bestechend logisch konsequente Arbeit, welcher eine weite Verbreitung zu wünschen ist.

Dr. Magda Streuli-Youssef, Zürich

Eisenreich, Klaus: Die neuere Entwicklung des Ausstattungsrechts – unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistungsausstattung. Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 72. XXIV + 174 S. (Berlin, Bonn, München 1987. Carl Heymanns Verlag). Kartouiert DM 98.—

Wer meint, die Dienstleistungsausstattung sei seit der in der Bundesrepublik Deutschland am 1. April 1979 erfolgten Einführung der Servicemarke kein Thema mehr, täuscht sich gewaltig. Die Ausstattung – das wegen seiner Verkehrsgeltung anerkannte Gegenstück zur nicht registrierten Marke – scheint nach wie vor einen wichtigen Platz in Lehre und Rechtsprechung einzunehmen. Angesichts der leicht zu erlangenden Registerrechte ist dies freilich nicht ganz plausibel, vor allem wenn der Autor den Inhabern von Ausstattungsrechten empfiehlt, deren Bestand durch regelmässige Meinungsbefragungen beweisbar festhalten zu lassen. Die hierbei entstehenden Unkosten würden wohl besser in eine Markeneintragung investiert.

Zu Beginn der Arbeit weist der Autor auf den Begriff der Dienstleistung hin und kritisiert in diesem Zusammenhang beispielsweise die Rechtsprechung des deutschen Bundespatentgerichtes, welches das Lizenzangebot eines Erfinders nicht als Dienstleistung qualifiziert. Einen breiten Raum nimmt sodann die Darstellung der Kollisionen zwischen Ausstattungsrecht und anderen Kennzeichenrechten, insbesondere auch des Markenrechtes in Anspruch. Hier werden auch die Probleme erörtert, die sich bei Ausdehnung und Überschneidung örtlich begrenzter Schutzrechte ergeben können.

Von besonderem Interesse sind die Ausführungen des Autors zum Gegenstand des Ausstattungsschutzes, insbesondere zur Frage, wie weit auch ein abstrakter Schutz für Farben, Motive oder Stile denkbar sei. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass ein Ausstattungsschutz nicht nur für konkret verwendete Darstellungen bestehen kann, sondern sich vor allem bei häufigen Abwandlungen der verwendeten Zeichen auf alle immer wiederkehrenden Elemente beziehen muss. Mit Akribie wird schliesslich der Grad der erforderlichen Verkehrsdurchsetzung untersucht. Bereits schon der wertvolle Besitzstand verleiht gewisse Rechte, die aber erst nach Erlangung von Verkehrsgeltung bei einem nicht unerheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise vollkommen werden. Leider fehlt nach wie vor eine verlässliche Skala, an welcher die gewöhnlichen und erhöhten Anforderungen an die Höhe der Verkehrsdurchsetzung gemessen werden könnten. Besondere Probleme ergeben sich auch auf monopolartig beherrschten Märkten und bei Absatzschwankungen.

Die faszinierende Arbeit wird sicher auch in der Schweiz viele interessierte Leser finden.

Lucas David, Zürich

Vida, Alexander: Das Warenzeichen in der Wirtschaft der Sozialistischen Länder.

Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 71. XX + 179 S. (Carl Heymanns Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München 1987). Kartouiert DM 98.—

Auch in den sozialistischen Ländern wird mittlerweile der Marke ein erhöhter Stellenwert beigemessen. Nicht nur im Aussenhandel, sondern bei entsprechend elastischer Handhabung der Planwirtschaft auch im Binnenhandel erhält die Marke

zunehmendes wirtschaftliches Gewicht und Bedeutung. Mit Interesse liest man daher die Ausführungen des bekannten ungarischen Experten auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes zur Bedeutung des Warenzeichens im Ostblock.

Kernpunkt der Arbeit bilden einerseits die Untersuchungen der Zeichenpolitik einzelner sozialistischer Unternehmen, andererseits die Darstellung einzelner Warenzeichen-Lizenzverträge mit nichtsozialistischen Unternehmen. Hervorgehoben werden einerseits die Bemühungen um den Goodwill der Marken auch im Westen angesehener Betriebe, wie z.B. der Porzellan Manufactur Meissen, dem Jenaer Glaswerk, der Glühlampenfabrik Tungstam oder der Videoton Elektrotechnik. Um ein idealisiertes Bild zu vermeiden, beschreibt der Verfasser auch das Debakel mit dem Zauberwürfel, bei welchem sämtliche Rechte zur Benutzung des Namens des Erfinders Rubik der amerikanischen Firma Ideal Toys Corp. zum symbolischen Betrag von 1 Dollar übertragen wurden.

Mit Interesse vernimmt man sodann, wie einzelne, in der westlichen Welt weit verbreitete Zeichen im Osten vermarktet werden. Die Palette der Möglichkeiten reicht von der unentgeltlichen Fabrikationslizenz (Rohypnol) über einfache Markenlizenzen (BAC), Kooperationsverträge (Triumph-Miederwaren), Lohnverträge (Salamander-Schuhe), Abfüllverträge (Pepsi-Cola) bis zu den Know-how-Verträgen (Knorr-Bremsen) und Franchise-Verträgen (Holliday Inn, Inter Continental). Meistens werden die in diesen Verträgen vereinbarten Bestimmungen in extenso wiedergegeben und kommentiert. Da Lizenzwaren zum Teil auch nach Westeuropa exportiert werden, kommt der Qualitätsüberwachung jeweiligen besondere Bedeutung zu. Der mit Lizenzverträgen verbundene Technologietransfer scheint sich indessen für alle Parteien erfolgreich zu entwickeln.

Mit Erstaunen liest man, dass Markenverletzungen und Markenverletzungsprozesse in den sozialistischen Ländern kaum vorkommen sollten. Schön wäre es, wenn auch bei uns renommierte Unternehmen aus Prestige Gründen vermeiden würden, in Verletzungssituationen verwickelt zu werden. Die ständigen Verletzungsprozesse sprechen bei uns freilich eine andere Sprache. Mit Beruhigung erfährt man jedoch, dass der Unterschied zum Osten nur ein quantitativer, nicht aber ein qualitativer ist. Der Verfasser belegt dies denn auch anhand von acht Beispielen aus verschiedenen Comecon-Staaten, in welchen die Verletzten volle Satisfaktion erhalten haben.

Die ausserordentliche aufschlussreiche und flüssig lesbare Arbeit gibt einen interessanten Einblick in das Wirtschaftsleben des Ostblocks und kann auch Volkswirtschaftlern zum Studium empfohlen werden.

Lucas David, Zürich

Schmid, Leo: Gebietsbeschränkungen in Patentlizenz- und Know-how-Verträgen im Wettbewerbsrecht der USA und der EG. Schweizerische Beiträge zum Europarecht, herausgegeben vom Institut für europäisches und internationales Wirtschafts- und Sozialrecht, St. Gallen, und vom Centre d'études juridiques européennes, Genève, Band 32, 355 Seiten, broschiert, Fr. 88.— / DM 104.—.

Die vorliegende Schrift vermittelt einen Überblick über den neusten Stand der Rechtsprechung und Lehre in den USA und in der EG zu gebietsmässigen Markt-

aufteilungen durch Patente und Lizenzverträge. Gebietsaufteilungen mittels Patenten und lizenzvertraglichen Beschränkungen können durchaus legalen Zwecken dienen, sie können aber auch für kartellistische Zwecke missbraucht werden, was zu schwierigen Abgrenzungsfragen führt. Diese Problematik wird zudem durch das Phänomen der territorialen Preisdifferenzierung erschwert, das bisher sowohl in der Jurisprudenz als auch in der Wirtschaftswissenschaft noch wenig Beachtung gefunden hat.

Die rechtsvergleichende Darstellung wird ergänzt durch Hinweise auf neuere, vor allem wirtschaftswissenschaftliche Untersuchungen in diesem spannungsgeladenen Bereich zwischen staatlicher Förderung des technischen Fortschritts durch Erteilung von Monopolen und Schutz des freien Wettbewerbs. Auch wenn die Spannungen in letzter Zeit durch eine gewisse wettbewerbsrechtliche Umorientierung und eine grosszügigere Praxis gegenüber dem Patentrecht abgebaut wurden, so gelangen neuerdings Verhaltensweisen ins wettbewerbsrechtliche Visier, die bisher weitgehend als unbedenklich galten. Dies bezieht sich vor allem auf strukturelle oder strategische Praktiken, mit denen Unternehmen versuchen, den technischen Fortschritt künstlich zu hemmen.

In dieser Schrift wird angeregt, das Wettbewerbsrecht stärker auch auf den Innovationswettbewerb auszurichten. Daneben wird im Sinne eines Kompromisses zwischen der Harvard- und der Chicago-Schule auch vorgeschlagen, bei der Beurteilung einzelner Vertragsklauseln vermehrt auf die Marktkräfte abzustellen, bzw. zu untersuchen, ob und unter welchen Umständen auf die Marktkräfte abgestellt werden kann.

Schönherr, Fritz/Wiltschek, Lothar: Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Anmerkungen und Entscheidungen. 5. Auflage, Wien 1987, 956 S., ca. Fr. 140.—

Seit der 4. Auflage im Jahre 1971 ist auch in Österreich die Rechtsentwicklung nicht stillgestanden. Nicht nur wurde das Ausverkaufsgesetz total revidiert, sondern auch das Nahversorgungsgesetz erlassen und das österreichische UWG verschiedentlich geändert und im Jahre 1984 neu veröffentlicht.

Das Werk besteht aus einem Gesetzesteil und einem Entscheidungsteil. In jenen werden UWG, Zugabengesetz, Rabattgesetz, Ausverkaufsgesetz, Nahversorgungsgesetz, Zuständigkeitsvorschriften und die Durchführungsverordnungen zur Warenkennzeichnung und sonstige Kennzeichnungsvorschriften wiedergegeben und mit Anmerkungen erläutert. Interessant ist die einleitende, von RA Dr. M. Hitz erarbeitete Gegenüberstellung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften Österreichs und der Schweiz, wobei bereits das neue UWG vom 19. Dezember 1986 Berücksichtigung findet. Auch bei der Darstellung des Schrifttums wird vereinzelt auf schweizerische Quellen hingewiesen. Eine Durchsicht des Gesetzesteils zeigt auch hier mit aller Deutlichkeit die ständige Zunahme des Verwaltungsrechts, wo man mit oft kleinlichen Vorschriften Konsumentenschutz zu treiben glaubt.

Im Entscheidungsteil werden über 7'000 Leitsätze mit Quellenangabe zum UWG und den Nebengesetzen wiedergegeben. Mit unglaublicher Akribie wurde die Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg zusammengetragen und ausgewertet,

wobei naturgemäss auch Entscheide aus dem Markenrecht herbeigezogen werden. Allein zur Zeichenverwechselbarkeit finden sich beispielsweise über 600 Entscheidungen vermerkt, säuberlich nach verschiedenen Kriterien geordnet. Damit vermittelt das Werk einen raschen Überblick über die gegenwärtige Praxis. Wer zwischen den Zeilen zu lesen versteht, wird aus den Entscheidungslisten sehr rasch die wesentlichen Linien erkennen, welche den Richter bei seiner Urteilsfindung leiten liessen. Das Werk vermag daher ohne weiteres einen eigentlichen Kommentar zu ersetzen. Dr. Wiltschek hat sich in die Arbeitsweise des verstorbenen Kollegen Prof. Schönherr bestens eingearbeitet. Die vorliegende 5. Auflage schliesst daher nahtlos an die Voraufgabe an.

Lucas David, Zürich

Schulte, Rainer: Patentgesetz. Kommentar auf der Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung. 4., neubearbeitete und erweiterte Auflage 1987. XXXV, 987 Seiten. Kunststoff DM 140.–. ISBN 3-452-20944-X (Heymanns Taschenkommentare zum gewerblichen Rechtsschutz)

Der neue "Schulte" enthält:

- die bis zum 1. August 1987 veröffentlichte Rechtsprechung. Seit der Voraufgabe sind allein mehr als 800 Entscheidungen des BHG, EPA und BPatG veröffentlicht worden, die in der 4. Auflage berücksichtigt sind.
- Erstmals wird die Rechtsprechung des EPA zum harmonisierten Patentrecht und zum vergleichbaren Verfahrensrecht zitiert. Das ermöglicht einen nützlichen Vergleich zwischen der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH zum nationalen Recht und der letztinstanzlichen Rechtsprechung des EPA zum europäischen Recht. Gleichzeitig wird dadurch der Kommentar auch in Verfahren vor dem EPA verwendbar.
- Sämtliche EPA-Entscheidungen sind in drei Registern nach folgenden Suchkriterien geordnet: Aktenzeichen, Entscheidungsstichwort in Deutsch und Englisch, Anmelde-name und Datum. Das EPA-Register (1) enthält die jeweiligen Fundstellen in Abl., GUR Int., EPA-E und EPOR sowie Hinweise auf Zitatstellen im Kommentar.
- Die bewährten BGH-Register I (chronologisch) und II (geordnet nach dem Entscheidungsstichwort mit Hinweisen auf Zitatstellen im Kommentar) sind auf den neuesten Stand gebracht.
- Konkordanztabellen "EPÜ → PatG" und "PatG → EPÜ" erleichtern die Verwendung des Kommentars im europäischen Verfahren. Dem dient auch die Wiedergabe des Artikels des EPÜ in den Kolumnentiteln der entsprechenden Seiten. Der Hinweis im Kolumnentitel auf den alten Paragraphen des PatG vor dessen Umnummerierung ist beibehalten.
- Die im Kommentar verwendeten englischen Begriffe sind vermehrt und neuerdings auch in das Sachverzeichnis aufgenommen worden. Damit soll der Zugang zum Kommentar für englischsprachige Benutzer erleichtert werden.

VII. Mitteilung

In Ergänzung zur Besprechung in Heft 1/1987 der Publikation "La lutte contre la contrefaçon moderne en droit comparé" (S. 188) ist auf den Artikel von *Jaques Guyet*, avocat, in der Zeitschrift "La Propriété industrielle", 1987, S. 77 ff. mit dem Titel "La protection contre la contrefaçon de marques en droit suisse" hinzuweisen. Dieser Beitrag enthält eine kritische Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Bestimmungen im MSchG, welche bei Markenfälschungen zur Anwendung gelangen.

Die Redaktion