Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
4C.343/2002 /rnd

Urteil vom 17. März 2003
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichter Walter, Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Nyffeler, Favre,
Gerichtsschreiber Gelzer.

Parteien
Puls Media AG, Wolfbachstrasse 15, 8032 Zürich, Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Heinz Schweizer, Am Guggenberg 20, Postfach 89, 8053 Zürich,

gegen

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG, Zweigniederlassung Schweizer Fernsehen, DRS (SF DRS), Fernsehstrasse 1-4, 8052 Zürich,
Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roberto Dallafior, Rämistrasse 5, Postfach, 8024 Zürich.

Gegenstand
Markenrecht; UWG,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 19. September 2002.

Sachverhalt:
A.
Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG ist ein Verein mit Hauptsitz in Bern, der in Zürich die Zweigniederlassung Schweizer Fernsehen DRS hat. Diese produziert insbesondere die Fernsehsendung PULS zu Gesundheitsfragen, welche seit 1990 alle 14 Tage auf SF1 ausgestrahlt wird. Am 9. und 18. März 1994 unterzeichneten das Schweizer Fernsehen DRS und die PULS Media AG (in Gründung) eine Vereinbarung, welche folgende Passagen aufwies:
"Vorbemerkung

Zur Erhöhung der Zuschauerbindung und zur Verbesserung des Service für die Zuschauerinnen und Zuschauer schlägt die Redaktion PULS die Herausgabe einer sendebegleitenden, abonnierbaren Zeitung vor. Diese soll regelmässig Zusatzinformationen mit hohem Nutzwert für die Zuschauerschaft ermöglichen, ohne dass die Redaktion PULS personell oder finanziell zusätzlich belastet würde. Das Fernsehen DRS soll zudem von jeglicher Haftung und jedem Risiko des Printprodukts befreit werden. Die PULS Media AG ist bereit, Verlag, Produktion, Redaktion, Vertrieb und Administration der sendebegleitenden Zeitung PULS-Tip zu übernehmen. Die Parteien schliessen deshalb folgende Vereinbarung:
1. Die PULS Media AG (im weiteren P-AG genannt) besorgt als Verlagsunternehmung die Produktion, Redaktion, Administration und den Vertrieb von Zusatzinformationen zur Fernsehsendung PULS.
Vorgesehen sind einstweilen jährlich 12 Ausgaben des PULS-Tip, die jeweils am Tag nach der PULS-Sendung erscheinen werden.
Grundlegende konzeptionelle Aenderungen am PULS-Tip werden mit dem Fernsehen DRS abgesprochen.
.. ...
.. ...

4. Die Redaktion des PULS-Tip erfolgt in enger Zusammenarbeit zwischen der Zeitungsredaktion und der Redaktion PULS. Der Verlag behält sich nach Absprache mit der verantwortlichen Redaktion inhaltliche Aenderungen an Texten vor, wenn er das Prozessrisiko als zu hoch einschätzt. ....

Der verantwortliche Redaktor wird im Einvernehmen mit dem Sendeleiter PULS bestimmt. In inhaltlicher Hinsicht hat die Sendeleitung des PULS ein Vetorecht.
...
5. Die presserechtliche Verantwortlichkeit für den Inhalt und die Herausgabe der PULS-Tip [Zeitung]liegt allein bei der P-AG. die P-AG stellt das Schweizerische Fernsehen DRS von jeglichen Drittforderungen, insbesondere von Forderungen aus Presserecht, Persönlichkeitsrecht, UWG und aus dem Gebiet des Immaterialgüterrechts, frei. Die P-AG und das Fernsehen DRS koordinieren ihr Vorgehen bei Ansprüchen, die gegenüber beiden Rechtspersönlichkeiten erhoben werden.

Sämtliche Rechte am PULS-Tip verbleiben der P-AG.

Die P-AG stellt durch geeignete ärztliche Fachaufsicht die Unbedenklichkeit medizinischer Beiträge sicher.
Die P-AG ist gegen aussen zur Wahrung des Redaktionsgeheimnisses verpflichtet.
6. Das Fernsehen DRS hat hinsichtlich des redaktionellen Inhalts und der Preisfestlegung ein Mitspracherecht.
7. Das Schweizer Fernsehen DRS gewährt der P-AG das Recht, auf dem PULS-Tip das Logo der Sendung PULS zu verwenden.
8. Die P-AG bezahlt dem Fernsehen DRS nach Ablauf einer Investitionsperiode von 9 Monaten ab 1. Januar 1995 pro Abonnement des PULS-Tip eine jährliche Abgabe von Fr. 1.–.

Die P-AG wird jeweils bis spätestens 31. Dezember eines jeden Jahres eine Lizenzabgabe überweisen, die auf dem Durchschnitt der abonnierten Auflage der 12 vorangehenden Monate basiert; erstmals bis 31. Dezember 1995. ...
.. ...
10. Die Herausgeberin P-AG ist nicht gewinnstrebend. Eine allfällige Dividende auf dem Aktienkapital darf den Zinssatz von Neu-Hypotheken der Zürcher Kantonalbank nicht übersteigen. ...
11. Diese Vereinbarung kann von den Parteien unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist jeweils auf Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden, erstmals per 31. Dezember 1995."
Seit 1995 gibt die Puls Media AG unter der Bezeichnung Puls-Dossier, später Puls-Tipp-Dossier eine Ratgeber-Reihe zu ausgewählten Themen im Zusammenhang mit der Gesundheit heraus.

Mit Schreiben vom 26. Juni 1995 kündigte das Schweizer Fernsehen DRS die Vereinbarung vom 9./18. März 1994 per 31. Dezember 1995, wobei es mitteilte, es beabsichtige das Vertragsverhältnis in anderer Form weiterzuführen.

Das Schweizer Fernsehen DRS hat das Zeichen PULS mit Hinterlegungsdatum vom 31. Dezember 1995 als Marke für die Waren- bzw. Dienstleistungsklassen 16 (Druckerzeugnisse), 35 (Werbung) und 38 (Telekommunikation) im Markenregister eintragen lassen. Die Publikation der Eintragung ist am 3. Dezember 1996 erfolgt.

Da es bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht gelang, einen neuen Vertrag auszuhandeln, verlängerten die Parteien die bestehende Vereinbarung bis zum 30. Juni 1996.

Mit Schreiben vom 25. Juni 1996 schlug die Puls Media AG dem Schweizer Fernsehen DRS vor, dass es ihre Leistungen bis zur Unterzeichnung eines neuen Vertrages zu Marktpreisen abgelte. Die Puls Media AG stellte nach dem 30. Juni 1996 die Zahlungen der vereinbarten Lizenzgebühr ein. Die nachfolgenden Vertragsverhandlungen scheiterten.

Mit Hinterlegungsdatum vom 16. Dezember 1996 liess die Puls Media AG die Marke PULS-Tip als Wort-Bild-Marke für die Warenklassen 16 (Druckerzeugnisse) und 41 (Herausgabe von Publikationen, Zeitschriften, Bücher, zu Gesundheitsthemen) im schweizerischen Markenregister eintragen. Die Publikation erfolgte am 29.

Mai 1997.

Seit 1997 betreibt die Puls Media AG unter der Bezeichnung Puls-Telefon, später Puls-Tipp-Telefon, ein Beratungstelefon, das gegen Entgelt Ratschläge erteilt bzw. die Fragen der Leserschaft beantwortet.

Am 23. Oktober 1997 gaben die Parteien in einem gemeinsamen Communiqué bekannt, dass die Fernsehsendung PULS und die Zeitschrift PULS-Tip ihre Zusammenarbeit einvernehmlich ab sofort beendeten und die offenen Fragen - insbesondere nach den Titelrechten und den aufgelaufenen finanziellen Abgeltungen für das Jahr 1997 - vertraglich regeln würden.

Seit Mai 2002 verfügt die Sendung PULS über ein Fenster von drei Seiten in der seit Januar 1999 alle 14 Tage erscheinenden Zeitschrift "saldo".
B.
Am 18. Januar 2000 reichte das Schweizer Fernsehen DRS als Zweigniederlassung der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (Klägerin) beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Puls Media AG (Beklagte) eine Klage ein. Damit und mit einer späteren Klageänderung beantragte die Klägerin, die Beklagte habe die am 16. Dezember 1996 hinterlegte Marke PULS-Tip für alle eingetragenen Waren- und Dienstleistungskategorien innert 30 Tagen seit Rechtskraft des Urteils auf die Klägerin zu übertragen. Eventuell sei festzustellen, dass die Marke PULS-Tip für alle eingetragenen Warenkategorien nichtig sei. Zudem sei der Beklagten unter Androhung von Straffolgen gegen ihre Organe gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, die Marke "Puls" allein oder in Wortverbindungen wie "Puls-tipp", "Puls-Dossier", Puls-Tipp-Dossier" oder "Puls-Tipp-Telefon" als Titel für Zeitschriften und Presseerzeugnisse, als Bezeichnung von Dienstleistungen, als Marke für Druckerzeugnisse, als Firma, als Domain-Name für einen Auftritt im Internet, als Bezeichnung eines "links" auf einer Website oder auf irgendeine andere Weise im Geschäftsverkehr zu gebrauchen. Alsdann sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für die Zeit vom 1. Juli 1996 bis zum 31. Oktober 1997
per Abonnement des "PULS-Tip" eine Abgabe von jährlich Fr. 1.– zuzüglich 7.5% MWSt nebst Verzugszins von 5% seit dem 23. Januar 1998 für eine nach Durchführung des Beweisverfahrens zu beziffernde Zahl von Abonnements zu bezahlen, mindestens aber Fr. 106'221.35 nebst Verzugszins von 5% seit dem 23. Januar 1998.

Mit Urteil vom 19. September 2002 hat das Handelsgericht die Klage insoweit gutgeheissen, als es der Beklagten unter Androhung der Strafe gemäss Art. 292 StGB verbot, ihr Gesundheitsmagazin unter dem Namen PULS-Tipp herauszugeben, ihre Ratgeber-Reihe zu Gesundheitsfragen unter dem Namen Puls-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier herauszugeben und einen Telefon-Beratungsdienst zu Gesundheitsfragen unter dem Namen Puls-Tipp-Telefon zu betreiben. Im Übrigen hat das Handelsgericht die Klage abgewiesen.
C.
Die Beklagte erhebt eidgenössische Berufung mit dem Antrag, das Urteil des Handelsgerichts sei aufzuheben, soweit es die Klage guthiess.

Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Da die Klägerin keine Anschlussberufung erhoben hat, ist das angefochtene Urteil nur soweit zu überprüfen, als das Handelsgericht die Klage guthiess.
2.
2.1 Die Beklagte stellte sich vor dem Handelsgericht auf den Standpunkt, sie habe gemäss der Vereinbarung der Parteien vom 9./18. März 1994 einen vertraglichen Anspruch darauf, den Titel Puls-Tip auch nach Vertragsbeendigung weiter zu benutzen. Das Handelsgericht ging dem Sinne nach davon aus, die Beklagte habe eine entsprechende tatsächliche Willensübereinstimmung nicht rechtsgenüglich behauptet, weshalb zur Ermittlung des mutmasslichen Willens der Parteien ihre Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen seien. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Zweck der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 die Herausgabe einer sendebegleitenden Zeitung zur Sendung PULS gewesen sei. Zu beachten sei auch, dass sich aus den vorliegenden, in der vorvertraglichen Phase verfassten Schreiben keine Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass die Parteien

in den Vertragsgesprächen je darüber diskutiert hätten, ob die geplante Zeitschrift auch nach Auflösung der Zusammenarbeit noch Puls-Tip genannt werden dürfe. Von den Titelrechten sei gemäss den vorliegenden Akten erstmals im Vertragsentwurf vom 16. Juli 1996 die Rede. Es lasse sich somit aus dem Verhalten der Parteien vor Vertragsschluss nichts zur Stützung des Standpunkts der Beklagten ableiten.
Zudem habe sie unter anderem für die Benutzung des Logos der Sendung PULS eine Lizenzgebühr bezahlen müssen. Dass sich nun aber die Parteien vertraglich darauf geeinigt hätten, die Beklagte habe zwar einerseits für die Benutzung des Logos der Sendung etwas zu bezahlen, den Titel der Sendung PULS könne sie jedoch unentgeltlich und auch noch nach Beendigung der Zusammenarbeit der Parteien benutzen, erscheine nicht plausibel. Da die Bezeichnung PULS-Tip als Titel für die sendebegleitende Zeitschrift zur Sendung PULS gedacht worden sei, sei nicht einzusehen, weshalb sich die Klägerin damit hätte einverstanden erklären sollen, dass die Beklagte nach Auflösung der Zusammenarbeit der Parteien unter Verwendung dieses Begriffs, der eine Verbindung zur Sendung PULS suggeriert, eine Zeitschrift zu Gesundheitsfragen herausgeben dürfe. Wäre dies die Meinung der Parteien gewesen, so hätte dies im Vertrag klar und deutlich zum Ausdruck kommen müssen. Dies sei jedoch nicht geschehen.
2.2 Die Beklagte rügt, das Handelsgericht habe ihr für die behauptete Willensübereinstimmung der Parteien zu Unrecht die Beweislast auferlegt und damit Art. 8 ZGB verletzt. Diese Rüge ist unbegründet, da die Beklagte aus einer Parteivereinbarung Rechte ableitet, weshalb das Handelsgericht zu Recht annahm, die Beklagte habe diese Vereinbarung zu beweisen (vgl. BGE 121 III 118 E. 4b/aa S. 123).
2.3 Alsdann macht die Beklagte geltend, das Handelsgericht habe das Vertrauensprinzip verletzt, indem es aus der Vereinbarung keinen normativen Konsens der Parteien bezüglich der nachvertraglichen Verwendung der Bezeichnung PULS festgestellt habe.
2.4 Der Inhalt eines Rechtsverhältnisses bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR). Kann bezüglich einer Vereinbarung kein tatsächlich übereinstimmender Wille festgestellt werden, so sind die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 121 III 118 E. 4b/aa). Dabei ist der Gesamtzusammenhang im Auge zu behalten, d.h. die einzelnen Bestimmungen eines Vertrages sind aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen. Wie die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen ist, stellt eine Rechtsfrage dar, welche das Bundesgericht im Berufungsverfahren überprüfen kann; dabei ist es an die Feststellungen der Vorinstanz über die äusseren Umstände gebunden, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden (BGE 123 III 165 E. 3a S. 168).
2.5 Im Einzelnen macht die Beklagte geltend, das Handelsgericht habe bei der Vertragsauslegung nicht berücksichtigt, dass die Beklagte den wesentlichen Teil des Zeitschriftentitels auch als Firma führe. Dieser bereits vor Abschluss der Vereinbarung bestehende Umstand sei von der Klägerin nie in Frage gestellt worden. Es erscheine nun wenig plausibel, dass die Klägerin die Rechte am Titel beanspruchen könne, wenn dieser im Wesentlichen mit der Firma der Beklagten übereinstimme. Bei dieser Sachlage hätte die Pflicht der Beklagten, den Titel nach Vertragsbeendigung nicht mehr verwenden zu dürfen, vielmehr in der Vereinbarung deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen, zumal damit eine wesentliche Einschränkung der Firmenrechte verbunden sei. Zudem habe die Vorinstanz nicht beachtet, dass der Beklagten - anders als beim parallelen Vertrag bezüglich der Zeitung "K-Tip" - gemäss Ziff. 5 Abs. 2 der Vereinbarung alle Rechte am PULS-Tip verbleiben würden. Die Klägerin habe dies akzeptiert, weil für sie bei Vertragsschluss klar gewesen sei, dass das Pulsmedium unabhängig vom Vertrag PULS-tip heissen würde, nachdem die Beklagte die Firma PULS Media trage. Das Handelsgericht habe schliesslich nicht berücksichtigt, dass die Klägerin den Logo
im Vertrag ausdrücklich vorbehält, nicht aber den Titel. Dies könne nur bedeuten, dass die Klägerin den Titel nicht beanspruche.
2.6 Diese Einwände sind unbegründet. Aus der Vorbemerkung der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 geht eindeutig hervor, dass mit der Herausgabe der Zeitung PULS-Tip der Zweck verfolgt wurde, die Fernsehsendung PULS zu begleiten bzw. zu ergänzen, wobei gemäss Ziffer 4 des Vertrages eine enge Zusammenarbeit zwischen der Zeitungs- und der Fernsehredaktion vorgesehen war und diese eine Inhaltskontrolle ausüben konnte. Aus diesem Vertragszweck ergibt sich, dass ein selbständiges Weiterbestehen der Zeitung PULS-Tip ohne sendebegleitende Funktion von der Beklagten nicht erwartet werden konnte. Sie kann daher auch aus dem Umstand, dass sie die Firma Puls Media AG trägt, nicht ableiten, die Klägerin habe sich mit der nachvertraglichen Verwendung des Firmenbestandteils PULS als Titel für eine nicht sendebegleitende Zeitung ein-

verstanden erklärt. Ebenso kann die Beklagte aus der Klausel, wonach ihr sämtliche Rechte am PULS-Tip verbleiben würden, nichts zu Ihren Gunsten ableiten, da diese Klausel im Gesamtzusammenhang dahingehend zu verstehen ist, dass die Rechte - insbesondere die Urheberrechte - an den in Zusammenarbeit der Parteien herausgegebenen Zeitungen bei der Beklagten bleiben. Aus dieser Klausel kann daher nicht abgeleitet werden, der Beklagten werde nach der Vertragsbeendigung erlaubt, ohne Zusammenarbeit mit der Klägerin Zeitungen unter dem Titel PULS-Tip zu vertreiben. Schliesslich kann auch aus der Vertragsziffer 7, welche der Beklagten das Recht einräumt, auf dem PULS-Tip das Logo der Sendung PULS zu verwenden, nicht ein Anspruch der Beklagten auf eine nachvertragliche Verwendung des Titels PULS-Tip für eine Zeitung abgeleitet werden, da dem in der Vereinbarung ausdrücklich genannten Vertragszweck sowohl eine nachvertragliche Verwendung des Logos als auch des Titels der Fernsehsendung PULS widersprechen würde. Das Handelsgericht hat demnach das Vertrauensprinzip nicht verletzt, wenn es annahm, die Beklagte habe nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen dürfen, es stehe ihr ein vertraglicher Anspruch zu, den Titel PULS-Tip auch nach der Beendigung der Zusammenarbeit mit der Klägerin für eine Zeitung betreffend Gesundheitsfragen zu verwenden.

3.

3.1 Das Handelsgericht kam zum Ergebnis, die Klägerin habe die Benutzung der Marke PULS auf dem Gebiet der im Markenregister eingetragenen Waren- bzw. Dienstleistungsklassen 16, 35 und 38 nicht nachweisen können. Da die gesetzliche Gebrauchs-Schonfrist inzwischen abgelaufen sei, könne die Klägerin ihr Markenrecht gemäss Art. 12 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes (MSchG; SR 232.11) nicht mehr geltend machen. Ein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch stehe ihr gegenüber der Beklagten mithin nicht zu. Hingegen könne das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) den Schutz eines Kennzeichens bewirken, das nicht als Marke registriert sei. Art. 3 lit. d UWG verbiete Bezeichnungen oder Aufmachungen, welche zur Verwechslung mit anderen, älteren Waren oder Leistungen führen können. Dies setze voraus, dass die Bezeichnung originell sei oder sich im Verkehr durchgesetzt habe, wobei bezüglich der Kennzeichnungskraft die für das Markenrecht geltenden Grundsätze herangezogen werden könnten. Der Begriff "Puls" sei zwar als Sachbegriff aus dem allgemeinen Sprachgebrauch wenig kennzeichnungskräftig. Er sei jedoch in Folge seiner offensichtlichen Verkehrsdurchsetzung als Titel der klägerischen Fernsehsendung zu Gesundheitsfragen im
Verlaufe der Jahre zu einem starken Zeichen geworden, das angesichts seiner Bekanntheit eine erhebliche Individualisierungskraft habe. Damit sei von einem weiten Schutzbereich des Zeichens PULS auszugehen. Zudem sei die Warenähnlichkeit zwischen der Sendung der Klägerin und der von der Beklagten herausgegebenen Zeitschrift PULS-Tipp, dem Puls-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier und dem von ihr betriebenen Puls-Tipp-Telefon zu bejahen, da diese an ein nicht fachkundiges Publikum gerichteten Informationsquellen zu Gesundheitsfragen einen ähnlichen Abnehmerkreis ansprechen und auf die Befriedigung eines gleich gelagerten Informationsbedürfnisses gerichtet seien. Auf Grund dieser Elemente sei das Bestehen einer abstrakten Verwechslungsgefahr zu bejahen. Ebenso sei eine konkrete Gefahr einer Unternehmensverwechslung nicht von der Hand zu weisen. Das von der Klägerin gestellte Unterlassungsbegehren sei daher - eingeschränkt auf die tatsächliche Verletzungsgefahr - dahingehend gutzuheissen, dass der Beklagten zu verbieten sei, das Zeichen PULS-Tipp weiterhin für das von ihr herausgegebene Gesundheitsmagazin zu gebrauchen. Weiter sei der Beklagten zu verbieten, ihr Beratungstelefon zu Gesundheitsfragen unter der Bezeichnung Puls-Tipp-Telefon
zu betreiben und die Bezeichnung Puls-Dossier oder Puls-Tipp-Dossier als Titel ihrer Ratgeber-Reihe zu ausgewählten Themen im Zusammenhang mit der Gesundheit zu verwenden. Die Beklagte könne sich nicht auf ein aus der Vorbenützung fliessendes Weiterbenutzungsrecht berufen, da die Klägerin das von ihr hinterlegte Zeichen PULS schon vor der Beklagten benutzt habe und damit kein Vorbenützungsfall vorliege.

3.2 Die Beklagte macht geltend, das Handelsgericht habe Art. 13 MSchG verletzt, indem es - durch Ablehnung des Verteidigungsrechts der Klägerin - indirekt die Gültigkeit der Marken der Beklagten bejaht und ihr dennoch deren Benützung gestützt auf das Lauterkeitsrecht untersagt habe. Dies könne nicht dem Sinn des Markenschutzgesetzes entsprechen.

3.3 Gemäss Art. 13 Abs. 1 MSchG verleiht das Markenrecht dem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen. Das Markenrecht steht demjenigen zu, der die Marke zuerst hinterlegt (Art. 6 MSchG). Dieses Prinzip der Hinterlegungspriorität wird durch Art. 14 MSchG zugunsten vorbenützter Zeichen insoweit eingeschränkt, als der Markeninhaber einem anderen nicht verbieten kann, ein von diesem bereits vor der Hinterlegung gebrauchtes Zeichen im bisherigen Umfang weiter zu gebrauchen. In einem Teil der Literatur wird die Meinung vertreten, diese Bestimmung sei als Spezialgesetz zu verstehen, das den Schutz vorbenützter nicht

markenrechtlich geschützter Zeichen abschliessend regle, weshalb solchen Zeichen gestützt auf das Lauterkeitsrecht kein darüber hinausgehender Schutz zukommen könne. Andernfalls würde das Eintragungsprinzip durchlöchert und seiner Transparenz beraubt (Lucas David, Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl., N. 3 f. der Vorbemerkungen zum 1. Titel; vgl. auch derselbe, Ausstattungsrecht auf neuer Grundlage, in: AJP 1992 S. 1501 ff., 1502). Demgegenüber wird jedoch auch die
Auffassung vertreten, das Markenrecht könne gegenüber dem UWG nicht als vorrangige Spezialregelung verstanden werden (Christan Hilti, Der Schutz nicht registrierter Kennzeichen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. III, S. 455 ff., 469 ff.; Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], N. 9 zu Art. 3 lit. d UWG; vgl. auch Eugen Marbach, Markenrecht, in: SIWR, Bd. III, S. 1 ff. 13 f.). Das Bundesgericht folgt dieser Auffassung, da das Lauterkeitsrecht bezweckt, den lauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligter zu gewährleisten (Art. 1 UWG) und dieser Zweck durch das Markenrecht nicht vereitelt werden darf (BGE 127 III 33 E. 3a S. 3 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.51/2001 vom 7. Juni 2001, E. 4 und 5c, publ. in: sic! 1/2002 S. 47 f.). Auch der Inhaber einer Marke darf diese daher nicht unlauter verwenden. Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Wann dies zutrifft ist unter
Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Allgemein besagt das Gesetz, dass unlauter handelt, wer Massnahmen trifft die geeignet sind Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen (Art. 3 lit. d UWG). Eine solche Verwechslungsgefahr ist insbesondere anzunehmen, wenn auf Grund der Ähnlichkeit von Zeichen zu Unrecht der Eindruck eines Serienzeichens entsteht, das vom gleichen Unternehmen oder von Unternehmen stammt, die wirtschaftlich eng miteinander verbunden sind (BGE 102 II 122 E. 2; Baudenbacher, a.a.O., N. 7 zu Art. 3 lit. d UWG, mit weiteren Hinweisen). So ist als unlauter zu qualifizieren, wenn eine Partei nach dem Auseinanderbrechen einer partnerschaftlichen Kooperation ein von der anderen Partei zuerst verwendetes jedoch nicht registriertes Zeichen hinterlegt und gebraucht und damit die Gefahr der Verwechslung mit den Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb der Partei schafft, welche das Zeichen zuerst benutzte (vgl. Hilti, a.a.O., S. 471). Ob eine lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr besteht, ist hinsichtlich eines konkreten Wettbewerbsverhaltens zu bestimmen (Baudenbacher, a.a.O., N. 5 zu Art. 3 lit. d UWG). Wer durch unlauteren Wettbewerb in
seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann dem Richter beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG).
3.4 Da sich die Klägerin nach unbenütztem Ablauf der Gebrauchs-Schonfrist nicht mehr auf die von ihr eingetragene Marke PULS berufen kann, kommt der Beklagten, welche die Bezeichnung PULS später in Verbindung mit ergänzenden Zusätzen als Marke hat eintragen lassen, markenrechtliche Priorität zu. Da die Klägerin das Zeichen PULS jedoch vor der Beklagten verwendete, kann entgegen der Annahme der Beklagten nicht sie, sondern die Klägerin gemäss Art. 14 MSchG das Recht beanspruchen, das Zeichen PULS im bisherigen Umfang weiter zu gebrauchen. Die Klägerin kann darüber hinaus gegenüber der Beklagten ein lauterkeitsrechtliches Verbot erwirken, wenn die Beklagte ihre Marken unlauter verwendet. Dies ist zu bejahen. Die Beklagte hat das von der Klägerin zuerst gebrauchte Zeichen PULS auch nach Beendigung der Zusammenarbeit mit ihr für Informationen zu Gesundheitsfragen gebraucht. Damit hat die Beklagte die konkrete Gefahr hervorgerufen, dass die Empfänger dieser Informationen zu Unrecht eine weitere Zusammenarbeit bzw. einen Zusammenhang mit der allgemein bekannten klägerischen Fernsehsendung PULS oder bzw. dem Geschäftsbetrieb der Klägerin annahmen. Diese Gefahr der Unternehmensverwechslung wird von der Beklagten in ihrer Berufung zu Recht nicht bestritten. Die Beklagte hat demnach mit der weiteren Verwendung der Bezeichnung PULS für Informationen auf dem Gesundheitsgebiet gegen Art. 3 lit. d UWG verstossen und damit unlauter gehandelt, weshalb die Beklagte insoweit keinen markenrechtlichen Schutz beanspruchen kann. Inwiefern die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG für ein Verbot des unlauteren Verhaltens nicht erfüllt sein sollen, wird von der Beklagten nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Das Handelsgericht hat daher nicht gegen Bundesrecht verstossen, wenn es gegenüber der Beklagten ein entsprechendes Verbot aussprach.
4.
Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird der Beklagten auferlegt.
3.
Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 17. März 2003
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: