Urteilskopf

108 II 69

12. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. März 1982 i.S. Rosengarten gegen Pinguin-Neuheiten-Vertrieb (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Vorsorgliche Massnahmen wegen unlauteren Wettbewerbs.

1. Art. 87 OG. Staatsrechtliche Beschwerde gegen einen Entscheid über solche Massnahmen; Voraussetzungen. Neue Vorbringen (E. 1).

2. Art. 9 Abs. 2 UWG. Anforderungen an den Nachweis von Tatsachen und an deren Beurteilung im Massnahmenverfahren (E. 2a).

3. Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG. Wann liegt eine Nachahmung vor, die im Sinne dieser Bestimmung gegen Treu und Glauben verstösst; wann nicht (E. 2b)? Umstände, unter denen ersteres offensichtlich zutrifft (E. 2c).

Regeste (fr):
Mesures provisionnelles pour cause de concurrence déloyale.

1. Art. 87 OJ. Recours de droit public dirigé contre une décision portant sur de telles mesures; conditions. Nova (consid. 1).

2. Art. 9 al. 2 LCD. Exigences quant à la preuve des faits et à leur appréciation dans la procécure de mesures provisionnelles (consid. 2a).

3. Art. 1 al. 2 lettre d LCD. Quand y a-t-il imitation enfreignant les règles de la bonne foi au sens de cette disposition (consid. 2b)? Circonstances dans lesquelles une telle imitation est manifestement réalisée (consid. 2c).

Regesto (it):
Provvedimenti d'urgenza in seguito a concorrenza sleale.

1. Art. 87 OG. Ricorso di diritto pubblico contro una decisione relativa a tali provvedimenti; condizioni. Nuove allegazioni (consid. 1).

2. Art. 9 cpv. 2 LCSl. Requisiti concernenti la prova dei fatti e l'apprezzamento di questi ultimi nella procedura relativa ai provvedimenti d'urgenza (consid. 2a).

3. Art. 1 cpv. 2 lett. d LCSl. Quando è data un'imitazione contraria alle norme della buona fede ai sensi di questa disposizione (consid. 2b)? Circostanze nelle quali sussiste manifestamente una siffatta imitazione (consid. 2c).

Sachverhalt ab Seite 70

A.- Israel Rosengarten importiert als Generalvertreter für die Schweiz einen 6 cm grossen Spielwürfel, der vor einigen Jahren unter dem Namen seines ungarischen Erfinders Rubik bekannt geworden ist. Der Körper des Spielzeugs setzt sich aus 26 kleinen Kunststoff-Würfeln zusammen, die in drei Schichten (9 + 8 + 9) aneinandergereiht sind und leicht abgerundete, schwarze Kanten haben. Aus der Aufteilung des Spielzeugs in Würfelchen ergeben sich auf den sechs Seitenfeldern des Körpers insgesamt 54 Quadrate, die auf jedem Feld eine andere Grundfarbe aufweisen. Mittels einer inneren Vorrichtung, welche zugleich alle Teile zusammenhält, können die kleinen Würfel schichtenweise waagrecht oder senkrecht um eine der drei Achsen des Körpers gedreht und die 54 Quadrate fast beliebig durcheinandergebracht werden. Das Spiel besteht darin, die kleinen Würfel so zu ordnen, dass sich wieder sechs Seitenfelder mit gleichfarbigen Quadraten ergeben. Am 23. März 1981 ersuchte Rosengarten den Präsidenten des Bezirksgerichts Rheinfelden insbesondere, der Firma Pinguin-Neuheiten-Vertrieb den Handel mit einem "Zauberwürfel", der dem Rubik-Würfel sklavisch nachgebildet sei, wegen unlauteren Wettbewerbs vorsorglich bei Strafe zu verbieten und ihre Vorräte zu beschlagnahmen. Der Gerichtspräsident hiess das Gesuch, dem sich die Gegenpartei widersetzte, am 28. April 1981 dahin gut, dass er der Firma Pinguin im Befehlsverfahren jede Ankündigung, den Verkauf und den Versand des "Zauberwürfels" unter Androhung von Strafen gemäss § 252 ZPO mit sofortiger Wirkung untersagte, den Gesuchsteller zu einer Sicherheitsleistung von Fr. 100'000.– verpflichtete und ihm gestützt auf Art. 12 Abs. 1 UWG eine 30tägige Frist zu einer Zivilklage ansetzte; Rosengarten hat diese Klage am 9. Juni 1981 eingereicht.
Auf Beschwerde der Firma Pinguin wies das Obergericht des

Kantons Aargau am 27. August 1981 das Gesuch Rosengartens ab und erklärte dessen Antrag auf Herabsetzung der Sicherheit für gegenstandslos.

B.- Rosengarten hat gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 Abs. 1 lit. b OG und wegen Verletzung von Art. 4 BV auch staatsrechtliche Beschwerde eingereicht. Die erste erwies sich als unbegründet (BGE 108 II 66 ff.). Mit der staatsrechtlichen Beschwerde beantragt er, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zum Entscheid über die Kautionsfrage an das Obergericht oder an das Bezirksgericht Rheinfelden zurückzuweisen. Die Firma Pinguin beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten oder sie abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das angefochtene Urteil konnte nicht an eine andere kantonale Behörde weitergezogen werden; es ist deshalb als letztinstanzlich im Sinne von Art. 87 OG anzusehen. Ob ein End- oder ein blosser Zwischenentscheid vorliege, kann offen bleiben; trifft der Vorwurf unlauteren Wettbewerbs zu, so droht dem Beschwerdeführer jedenfalls ein nicht wieder gutzumachender Nachteil, wenn die Gegenpartei mit nachgemachten Spielwürfeln während des Prozesses nach Belieben weiter handeln darf, da der Nachteil auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht mehr behoben werden könnte. Der Nachteil ist zudem rechtlicher Natur, was zur Anfechtung eines Zwischenentscheides genügt (BGE 106 Ia 233 E. 3c und BGE 103 II 122 E. 1 mit Hinweisen). Soweit der Beschwerdeführer mehr als die Aufhebung des angefochtenen Urteils verlangt, ist dagegen wegen der kassatorischen Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde auf seine Anträge nicht einzutreten (BGE 106 Ia 54 mit Hinweisen). Dass eine Ausnahme vorliege, macht er mit Recht nicht geltend.

In staatsrechtlichen Beschwerden gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide im Sinne von Art. 86 und 87 OG dürfen weder neue rechtliche oder tatsächliche Einwände erhoben noch neue Beweismittel vorgebracht werden (BGE 104 Ia 26, BGE 104 II 254). Das Bundesgericht macht allerdings eine Ausnahme für ergänzende rechtliche Erörterungen, welche die Parteien zur Bekräftigung ihres Standpunktes insbesondere in Rechtsgutachten vorbringen, sofern sie diese dem Rechtsmittel beilegen oder innert der Rechtsmittelfrist nachreichen (vgl. BGE 105 II 3 E. 1, BGE 94 II 5, BGE 82 II 245).

Dies gilt auch für die vom Beschwerdeführer eingereichten Urteile anderer Gerichte über ähnliche Streitfälle.

2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um vorsorgliche Massnahmen ist begründet, wenn er glaubhaft gemacht hat, dass die Gegenpartei mit Spielwürfeln, die dem Rubik-Würfel nachgemacht sind, unlauteren Wettbewerb begeht und ihm daraus ein nicht leicht ersetzbarer Nachteil droht, der nur durch eine solche Massnahme abgewendet werden kann (Art. 9 Abs. 2 UWG). Das Obergericht fand, bei dem von der Beschwerdegegnerin vertriebenen Spielwürfel handle es sich um eine sklavische Nachahmung des Rubik-Würfels; eine solche Nachahmung genüge indes für sich allein noch nicht für die Annahme unlauteren Wettbewerbs; dieser setze voraus, dass die Verwechslungsgefahr vom Mitbewerber vermieden werden könne, was hier nach den Akten als fraglich erscheine, vom Beschwerdeführer also nicht glaubhaft gemacht worden sei. a) Dem Art. 9 Abs. 2 UWG ähnliche Vorschriften sind insbesondere in Art. 53 Ziff. 1 URG und Art. 77 Abs. 2 PatG enthalten. Das Bundesgericht hat sie sinngemäss auch auf andere Bereiche des Immaterialgüterrechts übertragen und stets dahin ausgelegt, dass die Voraussetzung des Glaubhaftmachens auf die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beziehen ist und dafür im Massnahmeverfahren kein umfassender Beweis verlangt werden kann; der Richter darf sich in diesem Verfahren zudem mit einer vorläufigen rechtlichen Würdigung begnügen, da er sonst der Entscheidung des Hauptprozesses vorgreifen würde. Das erste ist eine prozessuale, das zweite eine materiellrechtliche Frage (BGE 104 Ia 412 /13, BGE 103 II 289 /90, BGE 99 II 346 /47 und dort angeführte Lehre). Aus diesen Gründen ist der Anspruch des Gesuchstellers im Massnahmeverfahren vorsorglich zu schützen, wenn er sich nach einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist (vgl. auch BGE 97 I 486 E. 3a, BGE 96 I 301 E. 3, BGE 88 I 14; STRÄULI/MESSMER, N. 10 zu § 110 ZPO/ZH; KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl. S. 266). Von diesen Grundsätzen geht auch das Obergericht aus. Es anerkennt ausdrücklich, dass das Befehlsverfahren gemäss §§ 245 ff. ZPO, in dem Massnahmen im Sinne von Art. 9 UWG anzuordnen sind, summarisch und auf sofortigen Rechtsschutz angelegt ist, weshalb weder an den Nachweis der anspruchsbegründenden Tatsachen noch an die Begründung des Entscheides hohe Anforderungen gestellt werden dürften. Entgegen seinen

einleitenden Erwägungen und obschon die Beschwerde im Befehlsverfahren wegen des Novenverbots keine freie Überprüfung erlaubt, begnügt das Obergericht sich indes nicht mit einer vorläufigen Begründung; es setzt sich vielmehr mit allen Einzelheiten, die für eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG in Frage kommen, einlässlich auseinander. In tatsächlicher Hinsicht gelangt es dabei auf Grund der Akten zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin Spielwürfel vertreibt, die dem Rubik-Würfel in Grösse, Funktion und äusserer Gestaltung sklavisch nachgebildet sind, ihm mit Ausnahme einer einzigen Grundfarbe selbst in den Farbtönen genau entsprechen. Das Obergericht hält ferner für erwiesen, dass die Beschwerdegegnerin das Ansehen und den guten Ruf, die der Rubik-Würfel infolge Werbung seit 1980 auch in der Schweiz geniesst, im eigenen Handel ausnützt. Damit hat der Beschwerdeführer die anspruchsbegründenden Tatsachen aber in einer

Weise dargetan, die den Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 UWG genügt und daher nicht zu beanstanden ist. Das Gegenteil anzunehmen, wäre Willkür. Dass das Obergericht dem Beschwerdeführer anschliessend und auch "zusammenfassend" entgegenhält, er habe "eine zumutbarerweise vermeidbare Verwechselbarkeit" zwischen den streitigen Spielwürfeln und damit einen unlauteren Wettbewerb der Beschwerdegegnerin nicht glaubhaft gemacht, vermag daran nichts zu ändern, da sich sonst ein Widerspruch ergäbe. Mit diesem Vorhalt wollte das Obergericht offensichtlich nur noch die materiellrechtliche Frage verneinen, andernfalls würde es sich über seine eigenen Feststellungen hinwegsetzen. Diese Frage hat der Richter übrigens im Massnahmenverfahren selbst dann von Amtes wegen zu prüfen, wenn er sich mit einer summarischen Begründung begnügt. Fragen kann sich somit bloss, ob die rechtliche Beurteilung des Obergerichts vor Art. 4 BV standhält. Das lässt sich insbesondere nicht sagen, wenn sie Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG offensichtlich verletzt oder dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 104 II 222 /23, BGE 104 III 97, BGE 102 Ia 3 mit weiteren Verweisungen). b) Die Nachahmung einer Ware ist nach Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG nur unlauter, wenn sie gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstösst. Das ist insbesondere zu verneinen, wenn sie nicht zu Verwechslungen mit den Waren des Konkurrenten führen kann, weil alle Erzeugnisse der betreffenden Art, woher sie auch kommen mögen, vollständig oder annähernd gleich aussehen, ihre

BGE 108 II 69 S. 74

Ausgestaltung dem kaufenden Publikum über die Herkunft also nichts sagt. Die nachgemachte Ware kann diesfalls mit allen der gleichen Art verwechselt werden, aber verletzt ist keiner der Mitbewerber, weil keiner einen Anspruch darauf hat, Waren allgemein üblicher Ausgestaltung allein herzustellen (BGE 104 II 333 E. 5a in fine). Die Nachahmung der Ware eines andern verstösst ferner dann nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Herstellungsvorgang oder der Gebrauch, dem das Erzeugnis dienen soll, sie rechtfertigt. Zu den Elementen, die durch solche Rücksichten bedingt sind, gehören nicht nur die Herstellungsweise, Nützlichkeitszwecke und die technischen Wirkungen eines Gegenstandes im Sinne von Art. 3 MMG (BGE 104 II 328 E. 3b mit Zitaten), sondern auch die Konstruktion eines Erzeugnisses, sofern keine widerrechtliche Benützung einer patentierten Erfindung gemäss Art. 66 lit. a PatG vorliegt (BGE 97 II 87 E. 1). Jedermann darf seine Ware auf technisch einfachste und billigste Weise herstellen und sie so gestalten, dass sie den höchsten technischen Nutzen erzielt, selbst wenn sie dadurch der Ware eines andern gleich oder ähnlich wird. Die Form einer Ware darf auch aus ästhetischen Gründen nachgemacht werden, wenn sie nicht oder nicht mehr unter dem Schutz des MMG steht. Die ästhetische Ausgestaltung einer Ware ist diesfalls nicht das Monopol ihres geistigen Urhebers; alle Mitbewerber dürfen vielmehr ihrem Erzeugnis jene Form und jenes Aussehen geben, die sie am gefälligsten und damit am besten verkäuflich machen. Dies gilt insbesondere für standardisierte Formate sowie Grundfarben und einfache geometrische Figuren oder Körper, die schon an sich als gemeinfrei zu bezeichnen sind (BGE 106 II 249, BGE 103 Ib 270 unten, BGE 103 II 215 E. 3a). Das gefällige Aussehen kann selbst bei Erzeugnissen, die vorwiegend einen technischen Zweck erfüllen, mitbestimmend sein, dass der Käufer sich eher für das eine als für das andere entscheidet. Anders verhält es sich nach ständiger Rechtsprechung, wenn die äussere Ausstattung der nachgemachten Ware Kennzeichnungskraft besitzt und daher bestimmt oder geeignet ist, die Ware von gleichen oder gleichartigen Erzeugnissen andern Ursprungs zu unterscheiden. Unter dieser Voraussetzung dürfen charakteristische Merkmale einer Ware von andern Herstellern auch aus ästhetischen Gründen nicht übernommen werden (BGE 104 II 332 E. 5a und 103 II 216 E. 3a je mit weiteren Hinweisen). Dass sich vor allem derjenige auf diese Rechtsprechung berufen darf, der als

BGE 108 II 69 S. 75

erster eine bestimmte Ware auf den Markt bringt und dafür wirbt, versteht sich insbesondere dann, wenn die Ware wegen ihrer Neuheit grossen Absatz findet und sehr gefragt ist, sich also auch ihre äussere Kennzeichnung im Verkehr rasch durchsetzt, es für weitere Hersteller gleichartiger Waren aber zahlreiche andere Gestaltungsmöglichkeiten gibt, ihr Erzeugnis von dem bereits auf dem Markt befindlichen zu unterscheiden. Diesfalls stellt eine sklavische Nachahmung eine besonders krasse Ausbeutung fremder Leistung dar und entbehrt daher jeder Rechtfertigung. c) Es wird von keiner Seite bestritten, dass die Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz im vorliegenden Fall nicht anwendbar sind. Der Rubik-Würfel ist in der Schweiz insbesondere nicht als Erfindung oder als Modell geschützt. Das Obergericht hatte daher den Schutz des Würfels vor unzulässigen Nachahmungen ausschliesslich nach den Bestimmungen des UWG zu beurteilen, das übrigens nicht zum vorneherein als widerrechtlich bezeichnen kann, was schon nach den Spezialgesetzen erlaubt ist. Ob die streitigen Spielwürfel im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG miteinander verwechselt werden können, ist nach dem Gesamteindruck zu entscheiden, den sie dem kaufenden Publikum bieten. Dieser Eindruck wird beim Rubik-Würfel durch die Grösse (6 x 6 x 6 cm), die Grundfarben rot, grün, blau, gelb, orange und weiss sowie durch die schwarzen Kanten und Fugen bestimmt, welche die drehbaren Reihen und damit auch die kleinen Würfel scharf voneinander abgrenzen. Der Zauberwürfel der Beschwerdegegnerin weicht von den Ausmassen des Rubik-Würfels nur um 4 mm ab und entspricht mit einer einzigen Ausnahme, die nach dem angefochtenen Urteil für den Gesamteindruck nicht ins Gewicht fällt, auch in den Farbtönen genau dem Vorbild. Er ist ihm nicht bloss täuschend ähnlich, sondern sklavisch nachgebildet, wie das Obergericht selber hervorhebt. Entgegen dessen Auffassung lässt sich im Ernst aber nicht sagen, "eine zumutbarerweise vermeidbare Verwechselbarkeit" sei gleichwohl nicht zu ersehen. Gewiss sind dabei die Würfelform als solche und mangels eines Schweizer Patentes auch die technische Konstruktion und die Funktionsweise des Vorbildes ausser acht zu lassen. Die angeführten Merkmale, welche seine äussere Gestaltung charakterisieren und den Gesamteindruck bestimmen, sind indes nicht durch den Gebrauchszweck und die Herstellungsweise des Rubik-Würfels bedingt. Technische Überlegungen berechtigten daher den Hersteller des Zauberwürfels nicht, die Ausmasse des Vorbildes auf

wenige Millimeter genau zu übernehmen, mag die Handlichkeit des Würfels Abweichungen auch auf einige Zentimeter beschränkt haben. Das gilt sinngemäss auch für den Aufbau des Körpers und die Aufteilung der Seitenfelder in je 3 x 3 Quadrate. Die farbliche Gestaltung, welche auch nach Auffassung des Obergerichts das Äussere der streitigen Spielwürfel entscheidend kennzeichnet, lässt sich ebenfalls nicht als zwingend ausgeben. Der Hersteller des Zauberwürfels hätte anstelle der nachgemachten Farben nicht bloss andere Kombinationen mit verschiedener Tönung, sondern auch Symbole, Zahlen, Schriftzeichen und dergleichen verwenden können, um die sechs Seitenfelder deutlich von denjenigen des Rubik-Würfels zu unterscheiden. Von einer Monopolisierung von Farben durch den Beschwerdeführer kann deshalb keine Rede sein. Der Gebrauchszweck des Würfels bedingt höchstens eine Kontrastfarbe, welche die äusseren Bestandteile deutlich voneinander abgrenzt und sie rasch erkennen lässt. Die zusammenfassende Schlussfolgerung des Obergerichts leuchtet um so weniger ein, als es in den Erwägungen selber einräumt, dass der Spielwürfel der Beschwerdegegnerin "ohne Mehrkosten und daher zumutbarerweise in anderen Farbtönen", die sich von denjenigen des Rubik-Würfels unterschieden hätten, ausgestaltet werden konnte. Dass der grosse Markterfolg des Rubik-Würfels vor allem auf der erfinderischen Leistung und der faszinierenden Wirkung des Spiels beruht, steht der Annahme einer rechtserheblichen Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG nicht entgegen. Dieser Erfolg hat den Nachahmer offensichtlich bewogen, die äussere Gestaltung des Würfels in allen Einzelheiten zu übernehmen, um vom guten Ruf des Ersterzeugnisses ebenfalls profitieren zu können, bevor das grosse Interesse für das neuartige Würfelspiel nachlässt. Die Beschwerdegegnerin schweigt sich denn auch darüber aus, welche anderen Beweggründe der Hersteller für die sklavische Nachahmung gehabt haben könnte. Das angefochtene Urteil erweist sich nicht nur in seiner Begründung, sondern auch im Ergebnis als unhaltbar; es ist deshalb wegen Willkür aufzuheben.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die staatsrechtliche Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts (2. Zivilkammer) des Kantons Aargau vom 27. August 1981 aufgehoben.