Urteilskopf

83 II 154

25. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. März 1957 i.S. Buchmann gegen Schneble.
Regeste (de):
Nachahmung einer Ware, Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG.

Verwechselbarkeit (Erw. 2).

Unlauterer Wettbewerb durch Nachahmung eines gemeinfreien Erzeugnisses, Voraussetzungen (Erw. 3).

Verkehrsgeltung der nachgeahmten Ausstattung ist nicht erforderlich (Änderung der Rechtsprechung) (Erw. 4).

Schadenersatz, Bemessungsgrundsätze (Erw. 6).

Regeste (fr):
Imitation d'une marchandise, art. 1 al. 2 litt. d LCD.

Risque de confusion (consid. 2).

Concurrence déloyale commise par l'imitation d'une marchandise non brevetée, conditions (consid. 3).

Il n'est pas nécessaire que l'aspect donné à la marchandise imitée se soit imposé dans les affaires (changement de jurisprudence) (consid. 4).

Dommages-intérêts, principes selon lesquels ils doivent être calculés (consid. 6).

Regesto (it):
Imitazione di una merce, art. 1 cp. 2 lett. d LCS.

Rischio di confusione (consid. 2).

Concorrenza sleale commessa mediante imitazione di una merce non brevettata, condizioni (consid. 3).

Non è necessario che l'aspetto dato alla merce imitata abbia acquistato una reputazione nel commercio (cambiamento di giurisprudenza) (consid. 4).

Risarcimento danni, norme per il calcolo (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 155

A.- Gustav Buchmann vertreibt seit dem Frühjahr 1953 als schweizerischer Alleinvertreter der Firma Otto

Goebel in Fürth (Bayern) den Blumenhalter "Dublo", der das Einstellen von Schnittblumen in Vasen und Schalen erleichtern soll. Dieser Halter ist aus glasklarem, farblosem Polystyrol, einer Kunstharzmasse, hergestellt. Er besteht aus einem kreisrunden Unterteil, der als Gitter mit quadratischen Öffnungen ausgestaltet ist, und einem ebenfalls gegitterten, pilzförmigen Oberteil; diese beiden Teile können direkt ineinandergesteckt oder durch ein stielartiges Zwischenstück miteinander verbunden werden. Zum Befestigen des Ständers am Boden der Vase oder Schale dient ein Gummisauger. Auf dem Oberteil kann eine Kerzenleiste aufgesteckt werden. Der Verkaufspreis des Halters beträgt Fr. 4.95. Karl Schneble bezog im Oktober 1953 von Buchmann 1000 Stück dieses Blumenhalters. Im Januar 1954 brachte er unter der Bezeichnung "Fleuro" zum Preis von Fr. 3.90 einen eigenen Blumenhalter in den Handel, der nach der Auffassung Buchmanns eine sklavische Nachahmung seines Halters darstellte und dessen Verpackung mit der seinigen verwechselbar war. Auf Antrag Buchmanns wurde Schneble durch vorsorgliche Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichts Zürich und des Obergerichts Zürich vom 12. Februar/1. April 1954 die weitere Verwendung der beanstandeten Packung sowie der weitere Vertrieb des Blumenhalters "Fleuro" gegen Kautionsleistungen Buchmanns von Fr. 3000.– und Fr. 7000.– untersagt. Schon während des Verfahrens beim Einzelrichter hatte

Schneble die Verpackung seines Halters abgeändert. Nach dem Beschluss des Obergerichts nahm er auch am Blumenhalter selber einige Änderungen vor und vertrieb ihn unter der Bezeichnung "Combi-Fleuro".

B.- Mit Klage vom 15. März/10. Mai 1954 erhob Buchmann gegen Schneble Klage wegen unlauteren Wettbewerbs mit den Begehren 1. Auf Feststellung, dass der Beklagte durch den Vertrieb des Blumenhalters "Fleuro" und durch die Art der Verpackung desselben unlauteren Wettbewerb begangen habe; 2. Auf Untersagung des weiteren Vertriebs des Blumenhalters "Fleuro" in seiner gegenwärtigen Ausstattung und in der ursprünglichen Verpackung durch den Beklagten; 3. Auf Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von Fr. 20'000.– Schadenersatz und Fr. 5000.– Genugtuung, je nebst 5% Zins seit Prozesseinleitung, an den Kläger; 4. Auf Urteilspublikation. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. ..

C.- Das Handelsgericht Zürich verbot mit Urteil vom 3. Juli 1956 dem Beklagten den weiteren Vertrieb des Blumenhalters "Fleuro" in der gegenwärtigen Ausstattung und verpflichtete ihn zur Bezahlung von Fr. 3000.– Schadenersatz nebst 5% Zins seit 15. März 1954 an den Kläger. Die weitergehenden Klagebegehren wurden abgewiesen.

D.- Gegen das Urteil des Handelsgerichts erklärten beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht. Der Kläger verlangt Erhöhung der zugesprochenen Schadenersatzsumme auf Fr. 20'000.– nebst Zins, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens über die Schadenshöhe. Der Beklagte beantragt gänzliche Abweisung der Klage...

E.- Das Bundesgericht erhöht in teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers den vom Beklagten zu bezahlenden Schadenersatzbetrag auf Fr. 5000.– auf Grund der folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

1. Der Kläger hat gegen die Abweisung seines Feststellungsbegehrens, des Unterlassungsbegehrens bezüglich der Verpackung, der Genugtuungsforderung und des Publikationsbegehrens die Berufung nicht ergriffen. Das Urteil der Vorinstanz ist daher insoweit in Rechtskraft erwachsen. Der Beklagte hat jedoch an der Berufungsverhandlung die Erklärung abgegeben, dass er trotz der Abweisung des auf die ursprüngliche Verpackung bezüglichen Feststellungs- und Unterlassungsbegehrens durch die Vorinstanz die beanstandete Verpackung nicht mehr verwende und nie mehr verwenden werde. Bei dieser Erklärung ist er zu behaften. Gegenstand des Berufungsverfahrens bilden gemäss den von den Parteien gestellten Berufungsanträgen somit lediglich noch die folgenden Punkte: a) Die Frage, ob die Herstellung und der Vertrieb des "Fleuro"-Blumenhalters durch den Beklagten unlauteren Wettbewerb bedeutet habe und ihm daher zu untersagen sei; b) die Höhe eines dem Kläger allenfalls zustehenden Schadenersatzanspruches.

2. Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG begeht unter anderm unlauteren Wettbewerb, wer Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren eines andern herbeizuführen. Die erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall ist somit, dass der vom Beklagten vertriebene Blumenhalter "Fleuro" mit dem bereits vorher auf dem Markt befindlichen Blumenhalter "Dublo" des Klägers verwechselbar ist. Bei der Entscheidung dieser Frage ist auf den Gesamteindruck abzustellen, den die beiden Erzeugnisse dem Durchschnittskäufer bieten. Die Vergleichung der beiden Halter zeigt nun, dass sie, abgesehen von Einzelheiten, die erst bei genauer Betrachtung feststellbar sind, in der ganzen Gestaltung,

in Material, Form und Farbe miteinander übereinstimmen. Die Vorinstanz hat daher mit Recht angenommen, der Halter des Beklagten sei demjenigen des Klägers sklavisch nachgebildet und mit diesem verwechselbar.

3. a) Die in Frage stehende Bestimmung des UWG kann sich indessen, wie in BGE 79 II 319 mit einlässlicher Begründung dargelegt worden ist, lediglich auf die Ausstattung einer Ware beziehen, d.h. auf ihre äussere Form, auf die Aufmachung, wie die Farbe und dergleichen, nicht dagegen auf die technische Konstruktion eines Erzeugnisses. Infolgedessen hat auch im vorliegenden Fall die Konstruktion der beiden Halter ausser Betracht zu bleiben. Nach den weiteren Ausführungen des erwähnten Entscheides kann aber auch nicht jede Ausstattung Wettbewerbsschutz beanspruchen. Soweit sie durch die Herstellungsweise oder den Gebrauchszweck des in Frage stehenden Erzeugnisses bedingt ist, steht auch das Wettbewerbsrecht ihrer Übernahme nicht entgegen. Als unlauter kann die Übernahme einer Ausstattung nur angesehen werden, wenn die Wahl einer anderen Gestaltung ohne Änderung der technischen Konstruktion und ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszwecks möglich und auch zumutbar gewesen wäre, aber vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen wurde.
b) In dieser Beziehung ist die Vorinstanz auf Grund eines von ihr eingeholten Gutachtens zum Schlusse gelangt, dass der Beklagte für seinen Blumenhalter ohne erhebliche Benachteiligung kein anderes Material als Polystyrol habe wählen können, da andere, qualitativ gleichwertige Stoffe ungefähr doppelt so teuer wären. Dagegen wäre eine Aufteilung der Halteflächen in ein wabenförmiges Netz mit sechseckigen Öffnungen der vom Kläger gewählten Ausgestaltung als Gitter mit quadratischen Öffnungen ebenbürtig gewesen; ebenso hätte statt des farblosen Polystyrols farbiges verwendet werden können. Die Ausführung der Halteflächen in Wabenform hätte allerdings die Herstellungskosten pro Stück um ungefähr 5% erhöht, und

zwar deshalb, weil das dafür erforderliche Werkzeug ungefähr doppelt so teuer zu stehen gekommen wäre wie dasjenige für die Gitterform. Für den Beklagten wäre es aber zumutbar gewesen, diese Mehrkosten in Kauf zu nehmen. c) Mit der Ausgestaltung der Halteflächen in Wabenform hätte also dem Beklagten eine Ausstattung zu Gebote gestanden, die weder eine Änderung der technischen Konstruktion des Halters bedingt noch seine Brauchbarkeit beeinträchtigt hätte. Sie wäre überdies der Ausführung mit der gitterförmigen Haltefläche ebenbürtig, also nicht weniger solid und nicht weniger praktisch gewesen. Dass diese Änderung eine Erhöhung der Herstellungskosten um 5% zur Folge gehabt hätte, lässt sie für den Beklagten nicht als unzumutbar erscheinen. Dieser macht nach seiner eigenen Darstellung bei einem Verkaufspreis seines Halters von Fr. 3.90 einen Gewinn von Fr. 1.- pro Stück. Bei einer Erhöhung des Gestehungspreises von Fr. 2.90 um 5% oder 15 Rp. würde sich also seine Gewinnspanne auf 85 Rp. vermindern. Will er dies nicht in Kauf nehmen, so hat er die Möglichkeit, den Verkaufspreis auf Fr. 4.05 zu erhöhen, womit er immer noch 90 Rp. unter dem Verkaufspreis des klägerischen Halters bleibt, der Fr. 4.95 kostet. Es kann daher nicht gesagt werden, dass die vom Beklagten aufzuwendenden Mehrkosten die Konkurrenzfähigkeit seines Erzeugnisses aufheben oder auch nur ernstlich beeinträchtigen würden.
d) Der Beklagte hätte, wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, der Verwechslungsgefahr auch durch eine Farbänderung entgegentreten können. Demgegenüber wendet der Beklagte ein, die Wahl einer andern Farbe, wie rot oder blau, wäre für ihn nicht zumutbar gewesen, da eine solche Farbgebung kitschig gewirkt und den Absatz nachteilig beeinflusst hätte. Dieser Einwand ist unbehelflich. Denn unter einer andern Farbgebung ist nicht ein starkes Rot oder Blau zu verstehen, sondern nach den Ausführungen, welche die Vorinstanz gestützt auf das

Sachverständigengutachten gemacht hat, eine leichte Farbtönung in grün, blau, gelb oder braun. e) Der Beklagte hat somit Abänderungen, die ihm nach dem Gesagten möglich und zumutbar gewesen wären, nicht vorgenommen. Er ist durch sklavische Nachahmung des klägerischen Erzeugnisses bewusst darauf ausgegangen, Verwechslungen zwischen den beiden Waren Vorschub zu leisten.

4. a) In seiner bisherigen Rechtsprechung (BGE 72 II 395, BGE 79 II 321) hat das Bundesgericht die Auffassung vertreten, die Verwechselbarkeit auch zweier nicht technisch bedingter Ausstattungen reiche für sich allein zur Annahme unlauteren Wettbewerbes noch nicht aus. Erforderlich sei vielmehr, dass die nachgeahmte Ausstattung die Wirkung eines Hinweises auf einen bestimmten Hersteller oder auf eine bestimmte Qualität der Ware habe, indem sie durch ihre Originalität, dank ihrer Durchsetzung im Verkehr (sog. Verkehrsgeltung) oder auf andere Weise beim Käufer eine Ideenverbindung mit einem bestimmten Hersteller oder eine bestimmte Qualitätsvorstellung wecke. Gestützt auf diese Rechtsprechung hat die Vorinstanz geprüft, ob der nachgeahmten Ausstattung des Klägers eine hinweisende Wirkung in diesem Sinne zukomme, und sie hat diese Frage bejaht, weil der Kläger während ungefähr eines Jahres für seine Ware eine intensive Propaganda gemacht und damit einen Verkauf von rund 75 000 Stück seines Halters erzielt habe. Damit habe die streitige Ausstattung, selbst wenn ihr die Originalität abgesprochen werden müsste (was die Vorinstanz offen liess), Verkehrsgeltung zu Gunsten des Klägers erlangt. Die Vorinstanz nimmt also an, dass starke Propaganda und grosser Verkaufserfolg ohne weiteres auf Verkehrsgeltung schliessen lassen. Diese Schlussfolgerung beruht jedoch auf einer rechtlich unzutreffenden Auffassung des Begriffs der Verkehrsgeltung. Richtiger Auffassung nach ist Voraussetzung jeder Verkehrsgeltung, dass eine Ausstattung geeignet ist, als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten

Betriebe (der indessen dem Käufer nicht namentlich bekannt zu sein braucht) zu wirken (vgl. REIMER, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. S. 405). Von Verkehrsgeltung kann demzufolge nur die Rede sein, wenn der Vertrieb eines Erzeugnisses wegen seiner täuschenden Ähnlichkeit mit einem bereits bestehenden andern Erzeugnis derselben Art eine Irreführung der Käuferschaft zu veranlassen vermag, und zwar in dem Sinne, dass sich ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise daran gewöhnt hat, die Ware des ersten Herstellers mit einer bestimmten - und zwar immer derselben - Herkunftsstätte in Verbindung zu bringen (BGE 70 II 112, BGE 69 II 297). Eine solche Irreführung bewirkt, dass die täuschend ähnliche Ware der Konkurrenz gekauft wird, während sonst das nachgeahmte Erzeugnis des Erstherstellers erworben worden wäre, und dieser dadurch geschädigt wird. Verkehrsgeltung in diesem Sinne kann nach einhelliger Lehrmeinung nur auf Grund einer Anhörung der beteiligten Verkehrskreise (Zeugen, Handelskammerberichte) festgestellt werden (REIMER, a.a.O. S. 407). Solche Erhebungen sind aber hier von der Vorinstanz überhaupt nicht bzw. nur in ganz unzulänglichem Masse vorgenommen worden. Sie gelangte vielmehr zur Annahme der Verkehrsgeltung auf Grund der unzulässig vereinfachten Formel, dass kräftige Propaganda zusammen mit reichlichem Verkauf notwendigerweise Verkehrsgeltung bewirke. Dabei hat sie jedoch übersehen, dass Täuschung über den Hersteller von vorneherein nur dort in Betracht kommen kann, wo sich der Käufer überhaupt um den Hersteller interessiert. Das ist aber bei einem billigen Artikel des täglichen Bedarfs, wie er hier in Frage steht, regelmässig gerade nicht der Fall. Hier ist für die überwiegende Zahl der Käufer der Preis viel wichtiger als die Person des Herstellers. Aus dem Umfang der Propaganda und dem Verkaufserfolg lässt sich daher noch nicht ohne weiteres folgern, dass die Ware einem bestimmten Hersteller zugeschrieben werde.

b) Über die verfehlte Vorstellung der Vorinstanz von der Verkehrsgeltung kann indessen hinweggesehen werden, da sie, wie im folgenden zu zeigen sein wird, für die Entscheidung der vorliegenden Streitsache belanglos ist. Die erneute Überprüfung der Voraussetzungen unlauteren Wettbewerbs ergibt nämlich, dass bei Übernahme einer nicht technisch bedingten Ausstattung der Frage der Verkehrsgeltung wie auch der Originalität nicht die Bedeutung zukommt, die ihnen in der bisherigen Rechtsprechung beigemessen wurde. Das Abstellen auf sie mochte unter der Herrschaft des Art. 48 OR seine Berechtigung gehabt haben; er setzte als Anwendungsfall des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 28 ZGB das Bestehen eines Individualrechtes des klagenden Geschäftsmannes an der von der Verwechslungsgefahr bedrohten Ausstattung voraus (BGE 63 II 163, BGE 69 II 297, BGE 70 II 112). Das geltende Recht bezeichnet nun aber in Art. 1 UWG als unlauteren Wettbewerb jeden Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes durch täuschende oder andere Mittel, die gegen Treu und Glauben verstossen. Im Gegensatz zu Art. 48 OR knüpft also das neue Recht nicht mehr an die Vorschriften über den Persönlichkeitsschutz an, sondern an Art. 2 ZGB, der vom offenbaren Missbrauch eines Rechtes handelt. Es bedarf somit keiner Verletzung eines Individualrechts des Klägers mehr, und damit erübrigt sich folgerichtig auch der Nachweis eines solchen. Das wurde zutreffend schon in BGE 72 II 392 ff. festgehalten; jedoch wurde dort unterlassen, die sich daraus aufdrängende Schlussfolgerung zu ziehen, dass damit auch das Erfordernis der Verkehrsgeltung bzw. der Originalität der Ausstattung entbehrlich werde. Dies ist aber tatsächlich der Fall. Nach Wortlaut und Sinn des neuen Gesetzes genügt das Vorliegen einer nicht durch den Gebrauchszweck oder durch die Herstellungsweise bedingten und daher vermeidbaren Verwechselbarkeit. Diese setzt ihrer Natur nach voraus, dass die Ware des einen Wettbewerbers für diejenige des andern gehalten werden kann. Übernimmt ein Wettbewerber die nicht

technisch bedingte Ausstattung der Ware eines andern ohne jede Abänderung, so lässt dies darauf schliessen, dass die Nachahmung nur dazu dient, sich den guten Ruf des Konkurrenten oder seiner Ware zunutze zu machen. Derartiges Schmarotzertum stellt aber einen Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Sinne von Art. 1 UWG dar, ohne Rücksicht darauf, ob im übrigen die nachgeahmte Ausstattung originell sei oder Verkehrsgeltung erlangt habe oder nicht (so zutreffend GERMANN, Unlauterer Wettbewerb, S. 281). Es erübrigt sich daher, im einzelnen Falle nach dem Vorliegen einer Verkehrsgeltung zu forschen. Zwar kann eine solche, gleich wie die Originalität, immer noch von Bedeutung sein, falls ein Hersteller sie von sich aus geltend macht und auch zu beweisen vermag. Denn alsdann ist ein Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes regelmässig ohne weiteres zu bejahen. Insofern behalten auch intensive Propaganda und reichlicher Verkauf ihre Bedeutung; denn sie stellen gewichtige Indizien dafür dar, dass zum mindesten ein gewisser Teil der Käuferschaft ein Erzeugnis einem bestimmten Hersteller zuschreibt, was immer Grundlage einer Verwechslungsgefahr bildet. Dagegen rechtfertigt es sich nicht, die Verkehrsgeltung - und ebensowenig die Originalität - für Verwechslungstatbestände im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG in den Vordergrund zu stellen und sie, wie dies in der bisherigen Rechtsprechung geschehen ist, zur unerlässlichen Voraussetzung des Tatbestandes des unlauteren Wettbewerbes zu machen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Verwechselbarkeit nicht leichthin angenommen werden darf, da sich sonst eine unbillige Beschränkung der freien Betätigung der Mitbewerber durch die Monopolisierung einer gemeinfreien Ausstattung zu Gunsten eines bestimmten Betriebes ergeben könnte (REIMER, a.a.O. S. 408). Was weder patentnoch musterrechtlich geschützt ist, darf grundsätzlich von jedem Mitbewerber hergestellt werden. Die Grenze bilden einzig die Nachahmung oder eine andere Massnahme, die

zu Verwechslungen mit bereits früher auf dem Markte befindlichen Erzeugnissen eines andern führen kann.

5. Im vorliegenden Falle hat der Beklagte, wie dargelegt wurde, den Blumenhalter des Klägers auch in Einzelheiten der Ausstattung, in denen Herstellungsweise und Gebrauchszweck eine Abweichung ohne weiteres gestattet hätten, sklavisch nachgeahmt und dadurch die Gefahr von Verwechslungen herbeigeführt. Damit hat er, ungeachtet ob die nachgeahmte Ausstattung Verkehrsgeltung zu Gunsten des Klägers besitze oder nicht, unlauteren Wettbewerb begangen. Die Vorinstanz hat ihm deshalb den weiteren Vertrieb des nachgeahmten Blumenhalters mit Recht untersagt. ..

6. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. d UWG hat der Urheber unlauteren Wettbewerbes, sofern ihm ein Verschulden zur Last fällt, dem betroffenen Mitbewerber den erlittenen Schaden zu ersetzen. a) Die erste Voraussetzung einer Schadenersatzpflicht, nämlich ein Verschulden des Beklagten, ist im vorliegenden Fall unzweifelhaft erfüllt. Aus dem ganzen Verhalten des Beklagten geht eindeutig hervor, dass er bewusst und absichtlich den "Dublo"-Halter des Klägers nachgeahmt hat, um aus den mit Sicherheit zu erwartenden Verwechslungen der beiden Erzeugnisse Vorteil zu ziehen. b) ... Bei der Ermittlung der Schadenshöhe ist davon auszugehen, dass der ziffermässige Nachweis des Schadens in Fällen der vorliegenden Art immer äusserst schwierig ist (BGE 68 II 244). Nach der Regel des Art. 42 Abs. 2 OR, die gemäss Art. 8 UWG auch im Gebiete des Wettbewerbsrechts anwendbar ist, muss es daher genügen, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens anzunehmen ist, dass der vom unlauteren Wettbewerb Betroffene infolge von Verwechslungen der Ware des Konkurrenten mit der seinigen eine gewisse Einbusse erlitten hat. Bei solcher nach richterlichem Ermessen

vorzunehmender Festsetzung der Schadenersatzsumme

BGE 83 II 154 S. 165

sind Art und Umfang des begangenen unlauteren Wettbewerbs zu berücksichtigen, und ferner ist darauf Bedacht zu nehmen, dass nach der Bezahlung des Schadenersatzes und der Kosten der unlautere Wettbewerb nicht doch noch ein vorteilhaftes Geschäft für seinen Urheber bedeutet. Eine Gewinnabschöpfung, die über den dem Verletzten nachweisbar erwachsenen Schaden hinausgehen würde, ist jedoch unzulässig (BGE 72 II 399, BGE 79 II 327). c) Im vorliegenden Falle muss angesichts der sklavischen Nachahmung des klägerischen Blumenhalters durch den Beklagten und der dadurch bewirkten Verwechselbarkeit der beiden Erzeugnisse nach der Lebenserfahrung angenommen werden, dass Verwechslungen vorgekommen sind. Aber es liegt auf der Hand, dass diese Verwechselbarkeit allein für den Absatzrückgang des klägerischen Halters nicht von entscheidender Bedeutung war, sondern dass er in weit höherem Masse auf den Preisunterschied der beiden Artikel zurückzuführen ist. ... Dass der Beklagte seinen Halter zu einem billigeren Preis abgab als der Kläger, gereicht ihm aber nicht zum Vorwurf. Die Befugnis, seine Ware billiger zu verkaufen als die Konkurrenz, macht gerade das Wesen des zulässigen freien Wettbewerbes aus, solange wenigstens nicht unter den eigenen Gestehungskosten verkauft wird, um den Konkurrenten auf diesem Wege aus dem Wettbewerb zu verdrängen (GERMANN, a.a.O. S. 289 ff.). Von solcher missbräuchlicher Unterbietung kann hier jedoch nicht die Rede sein, da der Beklagte trotz seines geringeren Verkaufspreises immer noch einen Gewinn von Fr. 1.- pro Stück erzielte. Der Kläger wendet demgegenüber ein, dem Beklagten sei die Abgabe seines Halters zu so billigem Preise nur deswegen möglich gewesen, weil er sich durch die sklavische Nachahmung des klägerischen Erzeugnisses eigene Entwicklungskosten gespart hätte; ebenso sei ihm die Einführungsarbeit erspart geblieben, indem er die vom

BGE 83 II 154 S. 166

Kläger mit einem Kostenaufwand von Fr. 30'000.– entfaltete umfangreiche Propaganda und Reklame als Vorspann benützt habe. Wenn diesem Einwand zwar bis zu einem gewissen Grade die Berechtigung nicht abzusprechen ist, so kann daraus doch nicht eine Ersatzpflicht des Beklagten in dem vom Kläger behaupteten Ausmass abgeleitet werden. Denn hätte der Beklagte von Anfang an den Blumenhalter in der Ausstattung vertrieben, die ihm nach dem heutigen Urteil gestattet ist (Waben- statt Gitterform, leichte Farbtönung), und zwar ebenfalls um einen Franken billiger als der Kläger, so wäre der Verkaufserfolg des Beklagten sicher kaum viel geringer gewesen als der mit der sklavischen Nachahmung erzielte. ... Soweit der Absatz des Klägers auch durch den Vertrieb eines Konkurrenzproduktes in nicht verwechselbarer Ausstattung beeinträchtigt worden wäre, ist aber selbst eine allenfalls tatsächlich vorhandene Vorspannwirkung des klägerischen Einführungs- und Reklameaufwandes zu Gunsten des Beklagten unerheblich. Ein Schadenersatzanspruch des Klägers besteht danach nur insoweit, als er durch tatsächlich vorgekommene Verwechslungen der beiden Erzeugnisse im Absatz seines Halters beeinträchtigt worden ist. Selbst wenn man nun in Betracht zieht, dass der Beklagte seinen Halter in der ursprünglichen, wettbewerbsrechtlich zu beanstandenden Ausführung gemäss verbindlicher Feststellung der Vorinstanz nur während höchstens eines Vierteljahres vertrieben hat, so erscheint der von der Vorinstanz dem Kläger zugesprochene Schadenersatzbetrag von Fr. 3000.– doch als zu niedrig gegriffen. In Abwägung aller Umstände rechtfertigt es sich, den vom Beklagten zu bezahlenden Ersatzbetrag nach freiem richterlichem Ermessen auf Fr. 5000.– zu erhöhen. d) Der Kläger macht verschiedene Umstände geltend, die seiner Ansicht nach eine weitere Erhöhung des Schadenersatzbetrages rechtfertigen. Er beruft sich vorab darauf, dass die Firma Stauffer & Co.

in Bern eine Bestellung von 1000 Stück seines Halters rückgängig gemacht habe, nachdem der Beklagte seinen Blumenhalter auf den Markt gebracht hatte. Aber gerade hier ist offenkundig, dass dieses Geschäft dem Kläger nicht infolge einer Verwechslung entgangen ist, sondern wegen des billigeren Preises, zu dem das Konkurrenzerzeugnis des Beklagten abgegeben wurde ... Ebenso kann der Kläger keinen Schadenersatzanspruch daraus ableiten, dass die Firma Jelmoli A.-G. auf die Durchführung der in ihrer Filiale Oerlikon vorgesehenen Vorführungen des klägerischen Blumenhalters verzichtete, weil der Beklagte in der gegenüberliegenden Filiale der Neuen Warenhaus A.-G. seinen billigeren Halter vertrieb und dafür grosse Propaganda machte. Denn auch hier gab nicht die Verwechselbarkeit, sondern ausschliesslich der niedrigere Preis Anlass dazu, dass dem Kläger Absatzmöglichkeiten entgingen. Das Gleiche gilt sodann auch für die vom Kläger behaupteten weiteren Absagen von Demonstrationen und die Rückgängigmachung eines Jahresabschlusses mit einer Firma in Winterthur, sowie Einbussen ähnlicher Art in mehreren andern Schweizerstädten. Die Vorbringen des Klägers sind somit nicht geeignet, zu einer weiteren Erhöhung der Schadenersatzsumme zu führen.