Urteilskopf

93 II 260

37. Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. November 1967 i.S. Esthetic SA gegen Parfa Parfümerie & Kosmetik AG
Regeste (de):
Gemeingut einer Marke im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 und Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 MSchG. Voraussetzungen (Erw. 1).

Verwechslungsgefahr (Art. 6 und 24 lit. a MSchG). Sie beurteilt sich nach dem Eindruck, den die sich gegenüberstehenden Marken als Ganzes hinterlassen (Erw. 2). Einfluss eines schwachen früheren Zeichens auf die Verwechslungsgefahr (Erw. 3).

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 VVO zum MSchG und Art. 34 MSchG. Befugnis des Richters, eine Marke ungültig zu erklären und die Löschung anzuordnen. In der Ungültigerklärung ist der Anspruch auf Löschung einer Marke inbegriffen (Erw. 4).

Unlauterer Wettbewerb bei Verstössen gegen das Markenschutzgesetz. Voraussetzungen (Erw. 6). Widerrechtlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 lit. a UWG. Rechtliches Interesse (Erw. 7).

Veröffentlichung des Urteils nach Art. 6 UWG. Voraussetzungen und Zweck dieser Massnahme (Erw. 8).

Regeste (fr):
Conditions dans lesquelles une marque fait partie du domaine public au sens des art. 3 al. 2, 2ème phrase et 14 al. 1 ch. 2 LMF (consid. 1). Danger de confusion (art. 6 et 24 litt. a LMF). Il se détermine d'après l'impression d'ensemble que laissent les marques en litige (consid. 2). Influence d'un signe faible d'une marque déposée antérieurement sur le danger de confusion (consid. 3).

Art. 24 al. 1 ch. 3 et 4 du règlement d'exécution de la LMF et art. 34 LMF. Compétence du juge pour annuler une marque et ordonner la radiation. La déclaration d'annulation comprend le droit à la radiation d'une marque (consid. 4).

Concurrence déloyale résultant d'actes interdits par la loi sur les marques de fabrique. Conditions (consid. 6). Caractère illicite de l'acte selon l'art. 2 al. 1 litt. a LCD. Intérêt juridique (consid. 7).

Publication du jugement selon l'art. 6 LCD. Conditions et but de cette mesure (consid. 8).

Regesto (it):
Dominio pubblico di una marca ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 seconda frase e dell'art. 14 cpv. 1 num. 2 LMF. Presupposti (consid. 1).

Rischio di confusione (art. 6 e 24 lett. a LMF). Viene determinato in base all'impressione lasciata dalle marche nel loro complesso (consid. 2). Influsso di un segno debole anteriore sul rischio di confusione (consid. 3).

Art. 24 cpv. 1 num. 3 e 4 RE della LMF e art. 34 LMF. Facoltà del giudice di dichiarare nulla una marca e di ordinarne la cancellazione.Nella dichiarazione di nullità è compreso il diritto alla cancellazione di una marca (consid. 4).

Concorrenza sleale in caso di violazioni della legge sulla protezione delle marche di fabbrica. Requisiti (consid. 6). Carattere illecito dell'atto secondo l'art. 2 cpv. 1 lett. a LCS. Interesse giuridico (consid. 7).

Pubblicazione della sentenza giusta l'art. 6 LCS. Presupposti e scopo di questo provvedimento (consid. 8).

Sachverhalt ab Seite 261

BGE 93 II 260 S. 261

A.- Die Parfa Parfümerie und Kosmetik AG in Zürich ist Inhaberin der im schweizerischen Register unter Nr. 147'397 eingetragenen und auch im internationalen Register stehenden Wortmarke BRISEMARINE, die für Parfümerien und kosmetische Erzeugnisse bestimmt ist. Sie wurde in der Schweiz in Erneuerung einer gleich lautenden älteren Marke letztmals am 29. Juli 1953 hinterlegt. Der Parfa steht ausserdem zum Gebrauch für Parfümerien, Kosmetika, Badezusätze und Seife die am 29. März 1949 beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum hinterlegte Marke Nr. 130'410 zu, die im wesentlichen aus einer in einem Schaumbad stehenden Frau und dem Ausdruck Blue Pearls besteht, ferner die am 4. Mai 1962 hinterlegte und unter Nr. 191'722 eingetragene Wortmarke Blue Pearls, die sie für Mittel und Gegenstände zur Körperpflege, insbesondere Parfümerien, Kosmetika, Badezusätze, Seifen und Bürstenwaren eintragen liess. Am 12. Oktober 1965 hinterlegte die Esthetic SA in Zug beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum die für einen "kosmetischen Badezusatz (Schlankheitszusatz)" bestimmte Marke Nr. 213'640. Sie besteht aus vier wellenförmigen Flächen verschiedener Helligkeit und den darauf geschriebenen Wörtern Blue Marine.

B.- Am 22. September 1966 reichte die Parfa gegen die Esthetic SA beim Kantonsgericht Zug eine Klage ein. Diese zielte auf Ungültigerklärung der Marke der Beklagten ab, ferner auf Feststellung der Verletzung des Rechts der Klägerin an ihrer Marke BRISEMARINE, auf Feststellung unlauteren Wettbewerbs, auf Untersagung der Fortsetzung der unerlaubten Handlungen, auf Verurteilung zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, auf Zahlung von mindestens Fr. 10'000.– Schadenersatz und auf Veröffentlichung des Urteils in zwei Fachzeitschriften auf Kosten der Beklagten.
Das Kantonsgericht Zug erkannte am 11. August 1967:

BGE 93 II 260 S. 262

"1. Die Eintragung der Marke Nr. 213'646 'Blue Marine' der Beklagten wird wegen mangelnder Unterscheidungskraft im Register der Fabrik- und Handelsmarken beim eidg. Amt für geistiges Eigentum gelöscht. 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte durch die Verwendung des Zeichens 'Blue Marine' auf ihren Erzeugnissen und deren Verpackung sowie in der Werbung das Recht der Klägerin aus der Marke 'BRISEMARINE' (national registriert unter der Nr. 147'397, international registriert unter der Nr. 247'204) verletzt. 3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte durch die Verwendung des Zeichens 'Blue Marine' auf ihren Erzeugnissen und deren Verpackung sowie in der Werbung gegenüber der Klägerin unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG begeht. 4. Der Beklagten wird jede weitere Verwendung des Zeichens 'Blue Marine' untersagt, und es wird ihr für den Fall der Übertretung dieses Verbotes Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen im Sinne von Art. 292 StGB angedroht. 5. Das Begehren der Klägerin um Zusprechung einer Schadenersatzsumme wird abgewiesen. 6. Die Klägerin wird ermächtigt, das Urteilsdispositiv innert Monatsfrist nach Eintritt der Rechtskraft je einmal in zwei Fachzeitschriften ihrer Wahl in der Grösse einer Achtelseite auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen."

C.- Die Beklagte hat die Berufung erklärt. Sie hält an ihrem schon im kantonalen Verfahren gestellten Antrag auf vollständige Abweisung der Klage fest. Die Klägerin beantragt, die Berufung abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte macht geltend, zahlreiche für Kosmetika und insbesondere Parfümerien hinterlegte Marken, die auf Luft, Meeresluft oder Nebel hinwiesen, machten die Marke BRISEMARINE zum Freizeichen, weil sie die Vorstellung eines gelinden Seewindes erwecke und sich damit einer typischen Gedankenverbindung (Hinweis auf den Duft und die erfrischende Wirkung der Ware) bediene. Die Beklagte nennt als andere Marken, die sich angeblich dieser Gedankenverbindung bedienen, die Zeichen Air Marin, L'Air du Temps, Sun Air, Blue Grass Perfume Mist und Blue Daisy Mist. Diese Anbringen genügen nicht, um die Marke der Klägerin als Gemeingut im Sinne der Art. 3 Abs. 2 Satz 2 und Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 MSchG zu stempeln und ihr damit den Schutz des Gesetzes abzusprechen. Der Ausdruck Brisemarine stände nur dann im Gemeingebrauch, wenn er eine für kosmetische

Erzeugnisse oder deren Eigenschaften oder Herkunft allgemein übliche Bezeichnung wäre. Dass das zutreffe, behauptet die Beklagte nicht. Der Umstand allein, dass er eine ähnliche Vorstellung erweckt wie die von der Beklagten angeführten anderen Marken, von denen die Beklagte übrigens nicht sagt, seit wann sie gebraucht werden, macht ihn nicht zum Gemeingut.

2. Gegenstand der Berufung ist sodann die Frage, ob die Beklagte durch ihre aus Wort und Bild bestehende Marke Blue Marine die ältere Marke BRISEMARINE der Klägerin in einer Weise nachgeahmt hat, dass das Publikum irregeführt werden kann (Art. 24 lit. a MSchG), oder ob sich die Marke der Beklagten durch wesentliche Merkmale von jener der Klägerin unterscheidet (Art. 6 MSchG). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, das letztere treffe zu, denn das in beiden Marken vorkommende Wort Marine sei Gemeingut und das Wort Blue unterscheide sich vom Bestandteil BRISE der Marke der Klägerin genügend, um Verwechslungen auszuschliessen. a) Als Gemeingut erachtet die Beklagte den Bestandteil Marine in erster Linie deshalb, weil er die Beschaffenheit oder Herkunft aller Erzeugnisse bezeichne, die ganz oder teilweise aus dem Meer stammten, wie es für den kosmetischen Badezusatz Blue Marine der Beklagten zutreffe. Einen unmittelbaren Hinweis auf die Beschaffenheit oder die Herkunft des Erzeugnisses der Beklagten enthält das Wort Marine nicht. Es deutet die Herkunft höchstens durch eine Anspielung an. Eine solche macht aber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ein Zeichen jedenfalls dann nicht zum Gemeingut, wenn es nur entfernt, mit Hilfe besonderer Phantasie, als Hinweis auf die Beschaffenheit oder Herkunft der Ware verstanden werden kann (BGE 54 II 406,BGE 56 II 410,BGE 59 II 80,BGE 63 II 428,BGE 70 II 243,BGE 79 II 102, BGE 83 II 218, BGE 84 II 224, BGE 90 II 263). Das trifft im vorliegenden Falle auf das Wort Marine zu. Die Marke der Beklagten weist es in Verbindung mit dem Worte Blue auf. Der Ausdruck Blue Marine kann entweder als blaue Marine (blaue Seeflotte) oder als Meeresblau verstanden werden. Letztere Bedeutung liegt näher, zumal das Wellenmotiv, auf dem die beiden Wörter stehen, für sie spricht. Der Begriff Meeresblau wird daher vom Leser in erster Linie auf die Farbe bezogen, die dem Bade durch den von der Beklagten verkauften kosmetischen Zusatz allenfalls verliehen wird. Vielleicht stellt sich der Leser auch vor, die Eigenschaften des

Bades liessen sich mit denen des Meeres vergleichen. Wie dem auch sei, bedarf es jedenfalls einer besonderen Phantasie, um zu schliessen, der kosmetische Badezusatz werde aus Rohstoffen hergestellt, die aus dem Meer gewonnen würden. Das träfe in vermehrtem Masse auch zu, wenn man Blue Marine als "blaue Marine" verstände. Unter keinen Umständen kann davon die Rede sein, dass die Marke der Beklagten unmittelbar auf die Herkunft oder Beschaffenheit der Rohstoffe hinweise, aus denen das Erzeugnis bestehen mag, so dass die Beklagte berechtigt wäre, den Ausdruck Blue Marine als Sachbezeichnung frei zu gebrauchen.
b) Die Beklagte sieht im Worte Marine auch deshalb ein Freizeichen, weil es als Bestandteil der Marken Aquamarine, Aqua-Marina, Air Marin, Perlmarin, Algemarin vorkomme, die für kosmetische Erzeugnisse bestimmt seien. Ein schutzfähiger Markenbestandteil wird indessen nicht schon dadurch Gemeingut, dass er in Marken Dritter, die für gleichartige oder ähnliche Waren gebraucht werden, ebenfalls vorkommt. Selbst ein häufiger Gebrauch durch Dritte hat diese Wirkung nicht notwendigerweise. Sie tritt nur selten ein, nämlich dann, wenn der Gebrauch des betreffenden Zeichens so allgemein geworden ist, dass es über die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe nichts mehr auszusagen vermag, weil alle am Verkehr der Ware beteiligten Kreise, namentlich auch die Fabrikanten, es für eine Sachbezeichnung halten und die Rückentwicklung in ein Individualzeichen sich trotz darauf gerichteter Bestrebungen als unmöglich erweist (BGE 42 II 171,BGE 57 II 606f.,BGE 60 II 254,BGE 62 II 325, BGE 83 II 219, BGE 90 II 263). Dass der Begriff Marine eine solche Entwicklung durchgemacht habe und von allen beteiligten Kreisen unwiderruflich für eine Sachbezeichnung für kosmetische Erzeugnisse gehalten werde, bringt die Beklagte nicht vor. Sie hat das auch im kantonalen Verfahren nicht behauptet, sondern nur geltend gemacht, die Silben Marine bzw. Marin würden in den erwähnten fünf Zusammensetzungen von den verschiedensten Produzenten für ähnliche Erzeugnisse verwendet. c) Ist somit davon auszugehen, dass der Ausdruck Marine weder von Anfang an Gemeingut war noch sich nachträglich zu einem solchen entwickelt hat, so muss er beim Entscheide darüber, ob die Marke der Beklagten das Publikum über die Herkunft der Ware irreführen könne, mitberücksichtigt werden.

Denn die Verwechslungsgefahr beurteilt sich nach dem Eindruck, den die sich gegenüberstehenden Marken als Ganzes hinterlassen (Art. 6 Abs. 2 MSchG;BGE 47 II 234,BGE 58 II 455Erw. 2,BGE 78 II 380, BGE 82 II 233 f., BGE 83 II 220, BGE 84 II 446 Erw. 3, BGE 87 II 36, BGE 88 II 376, 378, BGE 90 II 264). Auf die Ausführungen, mit denen die Beklagte darzutun versucht, dass "Brise" und "Blue", für sich allein betrachtet, voneinander völlig verschieden seien, ist somit nicht einzutreten.

3. Die Beklagte macht geltend, ihre Marke könne mit jener der Klägerin selbst dann nicht verwechselt werden, wenn "Marine" nicht Gemeingut sei. a) Zwei Marken sind nicht schon dann genügend unterscheidbar, wenn der Richter, der sie beide gleichzeitig vor sich sieht, sie voneinander zu unterscheiden vermag. Massgebend ist vielmehr, ob der Käufer der Ware durch die jüngere Marke zur Auffassung gelangen könnte, das Erzeugnis stamme aus dem Betrieb des Inhabers der älteren Marke. Der Käufer hat die beiden Zeichen nicht immer gleichzeitig vor sich. Oft kennt er sie oder wenigstens das eine überhaupt nur vom Hörensagen. Hat er das ältere Zeichen schon gesehen, so kann es in seiner Erinnerung teilweise verblasst sein. Er hat es sich vielleicht überhaupt nicht scharf eingeprägt und bekommt möglicherweise auch das jüngere Zeichen nur flüchtig zu Gesicht. Bei der Beurteilung der Unterscheidbarkeit ist daher auf das Erinnerungsvermögen des Durchschnittkäufers und überhaupt auf die gesamten Umstände, unter denen sich der Handel mit Waren der in Frage stehenden G attung abzuwickeln pflegt, Rücksicht zu nehmen (s. z.B.BGE 58 II 455Erw. 2,BGE 78 II 381f., BGE 87 II 37). b) Beide hier zu vergleichenden Marken setzen sich offensichtlich aus zwei Bestandteilen zu-

sammen, von denen der zweite, das Wort Marine, für beide identisch ist. Der erste Bestandteil sodann beginnt in beiden Marken mit dem Buchstaben B und endet mit dem Buchstaben E. Er ist in beiden Marken fast gleich lang. Es ist leicht möglich, dass der Käufer mehr den Wortteil Marine als die Silbe Brise beachtet und dass er daher, wenn ihm später Waren mit der Marke Blue Marine angeboten werden, ein Erzeugnis der Klägerin vor sich zu haben glaubt. Diese Gefahr ist umso grösser, als das Wort "Blue" aus der Marke "Blue Pearls" der Klägerin entlehnt ist. Dass Brisemarine ein einziges Wort ist, Blue Marine dagegen deren zwei aufweist, ändert nichts, ebenso wenig der Umstand,

dass die beiden Wörter der Marke der Beklagten auf zwei Zeilen verteilt und gegeneinander etwas verschoben sind und dass nur ihr erster Buchstabe gross geschrieben ist, während das Wort BRISEMARINE durchwegs aus gleich grossen Kapitalbuchstaben besteht. Diese Unterschiede sind zu schwach, als dass sie in der Erinnerung notwendigerweise haften blieben. Zudem betrachtet der Käufer kosmetischer Erzeugnisse die Marke nicht immer selber. Die Ware wird ihm vom Verkäufer im Laden oder am Telephon oft nur mündlich als "Brisemarine" oder "Blue Marine" angeboten. Wenn dies zutrifft, kommt dem Käufer die verschiedene Schreibweise überhaupt nicht zum Bewusstsein. In solchen Fällen tragen auch die stilisierten Wellen auf der Marke der Beklagten zur Unterscheidbarkeit nichts bei, denn der Verkäufer erwähnt sie nicht, wenn er von "Blue Marine" spricht. Dieser Ausdruck ist übrigens im Vergleich zum Wellenbild der charakteristische Bestandteil, der selbst dann den Ausschlag gibt, wenn der Käufer die Marke der Beklagten zu Gesicht bekommt. Der Käufer kann der Meinung sein, die stilisierten Wellen seien nur eine dekorative Beigabe, die überhaupt nicht zur Marke gehöre. Erkennt er sie als einen Markenbestandteil, so weiss er vielleicht nicht oder erinnert er sich jedenfalls nicht notwendigerweise daran, dass die Marke der Klägerin diesen Bestandteil nicht aufweist. Das Wellenbild auf der Marke der Beklagten trägt umso weniger zur Unterscheidung der beiden Marken bei, als auch der Begriff Brisemarine durch Gedankenverbindung die Vorstellung von einer leicht gewellten Meeresoberfläche hervorrufen kann. c) Die Beklagte verneint die Verwechselbarkeit der beiden Marken, weil jene der Klägerin nur sehr geringe Kennzeichnungskraft habe, denn ihr Wortsinn "gelinder Seewind" weise auf eine wesentliche Eigenschaft der Erzeugnisse hin, nämlich auf deren Duft und erfrischende Wirkung, und zudem beständen für kosmetische Erzeugnisse schon ähnliche Marken, z.B. Air Marin, L'Air du Temps, Sun Air, Blue Grass Perfume Mist und Blue Daisy Mist. Der Umstand allein, dass der Begriff des gelinden Seewindes die Gedanken allenfalls auf den Duft oder die erfrischende Wirkung kosmetischer Erzeugnisse zu lenken vermag, setzt indessen die Kennzeichnungskraft der Marke der Klägerin nicht herab. Der Sinn des Wortes Brisemarine würde diese Marke nur dann zu einem schwachen Zeichen machen, wenn

die Anspielung auf gelinde Seewinde in Marken für kosmetische Erzeugnisse allgemein üblich wäre. Die Beklagte behauptet aber nicht, das treffe zu. Eine solche Behauptung kann aus der Anführung einiger Marken, die den Gedanken an Wind, Luft oder Nebel erwecken und von denen die Beklagte nicht einmal sagt, wem sie gehören und seit wann sie bestehen, nicht herausgelesen werden. Zudem vermöchte die Beklagte aus der angeblichen Schwäche des Zeichens der Klägerin nichts für sich abzuleiten. Wer seine Marke schwächt, indem er sehr lange ähnliche andere Zeichen duldet, kann höchstens das Recht verlieren, sich gegenüber den Inhabern dieser anderen Marken nachträglich auf die Verwechslungsgefahr zu berufen. Dagegen begibt er sich damit nicht des Rechtes, den Gebrauch neuer Marken, die sich auf unerlaubte Weise ebenfalls an sein Zeichen heranschleichen, untersagen zu lassen (BGE 73 II 61, 189, BGE 82 II 543 Erw. 4, BGE 83 II 219). Die Schwäche des

älteren Zeichens setzt auch nicht die Verwechslungsgefahr herab, so dass an die Unterscheidungskraft neuer Marken geringere Anforderungen zu stellen wären. Der Umstand, dass die Marke der Klägerin die Vorstellung eines leichten Meerwindes erweckt und die Beklagte mit ihrer Marke die Gedanken der Käufer ebenfalls auf eine dem Meere eigene Naturerscheinung zu lenken versucht, erhöht die Verwechslungsgefahr geradezu und ist daher ein weiteres Argument für die Rechtswidrigkeit der Marke der Beklagten (vgl.BGE 73 II 186f.). d) Die Verwechselbarkeit der beiden Marken wird auch nicht dadurch behoben, dass die Beklagte für ihr Erzeugnis umfassend geworben haben will. Die Marke der Beklagten wurde erst im Oktober 1965 eingetragen. Es ist nicht zu ersehen, durch welches Wunder sie in den elf Monaten bis zur Einreichung der Klage sich beim Publikum so hätte einleben können, dass es sie mit Sicherheit von der Marke BRISE-MARINE der Klägerin zu unterscheiden wüsste und sich ohne weiteres bewusst wäre, dass ihm unter der Bezeichnung Blue Marine ein Erzeugnis der Beklagten, nicht ein solches der Klägerin angeboten werde. Es fehlen nicht nur diesbezügliche Feststellungen der Vorinstanz, sondern auch entsprechende Behauptungen und Beweisangebote der Beklagten; diese beruft sich einfach darauf, dass die Klägerin vorgetragen habe, die Beklagte habe "eine umfassend grosse Werbung betrieben".

BGE 93 II 260 S. 268

4. Die Beklagte macht geltend, das Kantonsgericht hätte die Löschung ihrer Marke nicht anordnen dürfen; der Zivilrichter dürfe die Marke nur nichtig erklären, wogegen die Löschung nur dem Amt für geistiges Eigentum, dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement oder dem Bundesgericht als Verwaltungsgericht zustehe. Sie verweist auf Art. 16bis und 34 MSchG sowie auf Art. 24 der Vollziehungsverordnung zum MSchG. Art. 16bis MSchG regelt die Löschung von Amtes wegen, wenn eine Marke entgegen Art. 13bis oder 14 Abs. 1 Ziff. 2 oder Abs. 2 MSchG eingetragen wurde. Mit dieser vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement oder vom Bundesgericht als Verwaltungsgericht anzuordnenden Löschung befasst sich Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 Vollziehungsverordnung zum MSchG. Daneben gibt es eine Löschung, die vom Amt für geistiges Eigentum vorzunehmen ist, wenn die Eintragung durch ein rechtskräftiges Urteil ungültig erklärt wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 Vollziehungsverordnung zum MSchG). Das heisst nicht, der Richter dürfe die Marke nur "ungültig erklären", nicht die "Löschung" anordnen. Auch Art. 34 MSchG, wonach das Amt gegen Vorweisung des in Rechtskraft erwachsenen Urteils die Löschung der widerrechtlich eingetragenen oder ungültig gewordenen Marke vornimmt, hat nicht diesen Sinn. Die Ungültigerklärung kommt einem Befehl zur Löschung gleich, und ein Befehl zur Löschung bedeutet Ungültigerklärung der Marke. Diesen Sinn hat Spruch 1 des angefochtenen Urteils; das Kantonsgericht nimmt damit die Löschung nicht selber vor, sondern ordnet nur an, das Amt für geistiges Eigentum habe sie vorzunehmen. Auf diese Massnahme gibt das Urteil dem obsiegenden Kläger selbst dann Anspruch, wenn es nur auf "Ungültigerklärung" lautet (BGE 40 II 288). Sagt es statt dessen, die Marke sei zu "löschen", so ist die Gegenpartei in ihren Rechten nicht verletzt.

5. Die Beklagte beanstandet sodann Spruch 2 des angefochtenen Urteils, wo das Kantonsgericht feststellt, "dass die Beklagte durch die Verwendung des Zeichens 'Blue Marine' auf ihren Erzeugnissen und deren Verpackung sowie in der Werbung das Recht der Klägerin aus der Marke 'BRISE-MARINE'... verletzt". Sie macht geltend, nur der markenmässige Gebrauch der Marke, also nur deren Verwendung auf den Erzeugnissen und deren Verpackung, nicht auch die Werbung falle unter das Markenschutzgesetz.

BGE 93 II 260 S. 269

Das ist an sich richtig (BGE 86 II 281, BGE 87 II 42, BGE 88 II 34, BGE 92 II 261). Spruch 2 des angefochtenen Urteils sagt aber nicht, die Verwendung des Zeichens in der Werbung falle unter das Markenschutzgesetz, sondern nur, sie verletze das Recht der Klägerin aus der Marke BRISEMARINE. Das heisst lediglich, im Hinblick auf das Recht der Klägerin an dieser Marke sei auch die Werbung mit dem Ausdruck Blue Marine

unerlaubt. Das trifft in der Tat zu, wenn die Beklagte, wie das Kantonsgericht dann in Spruch 3 noch ausdrücklich feststellt, unter anderem auch durch diese Werbung unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG begeht. Wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, fehlt der Beklagten ein rechtlich geschütztes Interesse an der Anfechtung der Fassung von Spruch 2, denn die Worte "sowie in der Werbung" nehmen überflüssigerweise nur voraus, was in Spruch 3 nochmals festgestellt wird. Die beanstandete Wendung erweist sich nur als redaktioneller Schönheitsfehler.

6. Die Feststellung, die Beklagte begehe durch die Verwendung des Zeichens Blue Marine auf ihren Erzeugnissen und deren Verpackung sowie in der Werbung gegenüber der Klägerin unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG (Spruch 3), ist begründet. Auf Verstösse gegen das Markenschutzgesetz kann kumulativ auch das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb angewendet werden (BGE 73 II 117f., 134 f.,BGE 76 II 94,BGE 79 II 221Erw. 1, BGE 87 II 39 Erw. 3, BGE 92 II 264 Erw. III 1), und umso mehr greift dieses auch ein, wenn eine unlautere Wettbewerbshandlung nicht schon vom Markenschutzgesetz erfasst wird. Die Beklagte bestreitet das übrigens nicht. Dagegen macht sie geltend, wenn die markenrechtliche Verwechselbarkeit der Warenzeichen der Parteien bejaht werden sollte, fiele die Art der Verpackung und der Ausstattung der in Frage stehenden Erzeugnisse ins Gewicht; diesbezüglich bestünden wesentliche Unterschiede; insbesondere sei der Badezusatz "Blue Marine" an auffallender Stelle und mit grosser Schrift mit der Firma "Esthetic SA" bezeichnet. Damit will die Beklagte vermutlich sagen, Verpackung und Ausstattung ihres Erzeugnisses sowie der Geschäftsname schlössen Verwechslungen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG aus. Dem ist nicht beizupflichten. Beim Einkauf sind nicht notwendigerweise alle Käufer darüber im Bilde, wie einerseits die Klägerin und anderseits die Beklagte ihre Erzeugnisse ausstatten und verpacken. Sie wissen auch nicht unter

allen Umständen, wie die Fabrikantin von BRISEMARINE heisst. Kennen sie die Namen der beiden Firmen, so können sie sich doch vorstellen, die von der Beklagten vertriebene Ware stamme aus dem Unternehmen der Klägerin. Diese braucht sich solche Irreführung der Käufer nicht gefallen zu lassen. Das Vorgehen der Beklagten ist unlauter. Wenn die Beklagte sodann noch geltend macht, soweit sich die Wörter Blue und Marine zur Charakterisierung ihrer Erzeugnisse eigneten, müsse ihr deren Verwendung auf alle Fälle gestattet bleiben, verkennt sie, dass das Bundesgericht sich heute nicht darüber auszusprechen hat, ob sie diese Wörter jedes für sich allein oder in einer von "Blue Marine" abweichenden Wendung gebrauchen darf.

7. Der in Art. 2 Abs. 1 lit. a UWG vorgesehene Anspruch auf Feststellung der Widerrechtlichkeit setzt voraus, dass der Verletzte an der Feststellung rechtlich interessiert sei. Das Bundesgericht hat ein solches Interesse unter anderem dann bejaht, wenn der Richter die Veröffentlichung des Urteils anordnet (BGE 77 II 185f., BGE 82 II 359, BGE 90 II 58 Erw. 8). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Die Beklagte sagt nicht, aus welchen Gründen davon abzuweichen wäre. Sie bringt nur vor, das Kantonsgericht gehe zu Unrecht davon aus, die Feststellung sei zulässig, wenn die Veröffentlichung des Urteils geboten erscheine. Im vorliegenden Falle wurde das Begehren um Veröffentlichung des Urteils geschützt. Wenn es standhält, ist deshalb auch der Anspruch auf Feststellung der Widerrechtlichkeit begründet.

8. Die Veröffentlichung des Urteils, die von der Beklagten ebenfalls beanstandet wird, liegt gemäss Art. 6 UWG im Ermessen des Richters. Das Kantonsgericht hat es nicht überschritten. Die Beklagte irrt sich, wenn sie geltend macht, die Veröffentlichung setze ein mehr als nur kleines Verschulden des Täters voraus. Durch die Bekanntgabe des Urteils soll in erster Linie weiteren Verletzungen vorgebeugt und das Publikum aufgeklärt werden. Sie dient der Beseitigung der eingetretenen Störung, der Erhaltung der Kundschaft des Verletzten (BGE 92 II 269 Erw. 9 und dort erwähnte Urteile). Sie kann deshalb auch am Platze sein, wenn den Störer kein Verschulden trifft (BGE 79 II 329). Auch setzt sie nicht voraus, dass die Marke des Verletzten "diskreditiert" worden sei, d.h. einen üblen Ruf erlangt habe. Es genügt, dass die beteiligten Kreise wahrscheinlich

irregeführt wurden und deshalb der Aufklärung bedürfen. Die Beklagte nennt keine Tatsachen, aus denen sich ergäbe, dass diese Voraussetzung, die dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht, im vorliegenden Falle nicht erfüllt sei. Die Vorinstanz stellt gegenteils fest, die Aussage des Dr. Dreiding, die Klägerin sei verschiedentlich angefragt worden, ob man das Erzeugnis "Blue Marine" bei ihr beziehen könne, weise darauf hin, dass die Verwechselbarkeit der beiden Zeichen einen Teil der Kundschaft dazu veranlasste, "Blue Marine" für ein Produkt der Klägerin zu halten. Nur einen Schaden hält das Kantonsgericht nicht für bewiesen. Unsicherheit und Verwirrung bei den Abnehmern und Vermögensschaden beim Verletzten sind indessen nicht dasselbe. Die Beklagte beanstandet auch zu Unrecht, dass zwei Fachzeitschriften als Mittel zur Veröffentlichung dienen sollen. Ihre Auffassung, nur die letzten Abnehmer der Erzeugnisse bedürften allenfalls der Aufklärung, hält nicht stand. Auch Leute, welche die Erzeugnisse zum Wiederverkauf erwerben, können durch die Nachahmung der Marke der Klägerin irregeführt worden sein. Wenn sie auch in der Regel wissen, welche Firma sie beliefert, ist ihnen doch nicht notwendigerweise bewusst, woher der Lieferant die Ware bezieht und dass er mit dem Inhaber einer ähnlichen Marke geschäftlich in keiner Weise verbunden ist. Die Veröffentlichung des Urteils in Fachzeitschriften kann die Wiederverkäufer aufklären. Übrigens ist nicht von vornherein unwahrscheinlich, dass auch gewisse letzte Abnehmer Fachzeitschriften lesen. Dass nicht auch noch die Veröffentlichung in der Tagespresse verlangt und angeordnet wurde, benachteiligt die Beklagte nicht.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichtes Zug vom 11. August 1967 bestätigt.