Urteilskopf

96 II 243

36. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. November 1970 i.S. Höhl gegen Seetaler Obstverwertung Jean Busslinger.
Regeste (de):
Apfelweinmarken; Verwechslungsgefahr.

1. Eine reine Wortmarke kann auch durch eine Marke verletzt werden, die aus Wort und Bild besteht (Erw. 1).

2. Art. 6 Abs. 1 und 2 MSchG. Verwechselbarkeit von Wortmarken, die sich nur durch die Farbangaben unterscheiden, z.B. "Blauer Bock", "Grüner Bock", "Roter Bock" (Erw. 2).

3. Art. 3 Abs. 2 und 4 MSchG. Die insbesondere für Apfelwein verwendete Wortmarke "Blauer Bock" ist nicht Sachbezeichnung und verstösst, mag sie auch den Titel einer Rundfunksendung in Erinnerung rufen, nicht gegen die guten Sitten (Erw. 3 und 4).

4. Art. 9 MSchG. Nichtigkeit einer Marke, weil sie in Deutschland, nicht aber in der Schweiz gebraucht wird (Erw. 5)?

5. Unterscheidbarkeit der Marken "Blauer Bock" einerseits und "Bockstein" und "Springbok" anderseits (Erw. 6).

Regeste (fr):
Marques de cidre; risque de confusion.

1. Une marque mixte peut porter atteinte aux droits conférés par l'enregistrement d'une marque purement verbale (consid. 1).

2. Art. 6 al. 1 et 2 LMF. Possibilité de confusion entre marques qui ne se distinguent les unes des autres que par l'allusion à des couleurs différentes, par exemple "Blauer Bock", "Grüner Bock", "Roter Bock" (consid. 2).

3. Art. 3 al. 2 et 4 LMF. La marque verbale "Blauer Bock" employée en particulier pour du cidre, ne représente pas un signe descriptif, et elle ne porte pas atteinte aux bonnes moeurs, même si elle rap. pelle le titre d'une émission radiophonique (consid. 3 et 4).

4. Art. 9 LMF. Une marque employée en Allemagne, mais non pas - en Suisse, est-elle nulle? (consid. 5).

5. Originalité de la marque "Blauer Bock" par rapport aux marques "Bockstein" et "Springbok" (consid. 6).

Regesto (it):
Marche di sidro di mele; rischio di confusione.

1. Una marca puramente verbale può essere lesa anche da una marca composta di parole e immagini (consid. 1).

2. Art. 6 cpv. 1 e 2 LMF. Possibilità di confusione tra marche verbali che si distinguono solo attraverso l'indicazione di colori, ad es. "Blauer Bock", "Grüner Bock", "Roter Bock" (consid. 2).

3. Art. 3 cpv. 2 e 4 LMF. La marca verbale "Blauer Bock" utilizzata in particolare per un sidro di mele non è

un segno descrittivo, nè è contraria ai buoni costumi, quand'anche ricordi il titolo di un'emissione radiofonica (consid. 3 e 4).

4. Art. 9 LMF. Nullità di una marca, perchè essa è usata in Germania ma non in Svizzera? (consid. 5).

5. Carattere distintivo delle marche "Blauer Bock" da una parte, e "Bockstein" e "Springbok" dall'altra (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 244

A.- Im Spätsommer 1957 begann der Hessische Rundfunk Sendungen auszustrahlen, die er "Zum Blauen Bock beim Apfelwein" nannte und in denen er Apfelwein verschiedener Herkunft ausschenkte, ohne jemals die Marke des Weines zu nennen oder erkennbar zu machen. Wilhelm Höhl in Hochstadt (Kreis Hanau, Bundesrepublik Deutschland) stellt unter anderen Getränken auch Apfelwein her und bringt ihn seit 1962 in Deutschland als "Blauer Bock" in Verkehr. Diese Bezeichnung steht seit 16. Februar 1963 als Wortmarke für Weine und Spirituosen in der Zeichenrolle des Deutschen Patentamtes und seit 2. April 1965 als Marke Nr. 295 809 im internationalen Register. Sie bildet ausserdem Bestandteil einer am 22. November 1966 vom Deutschen Patentamt für Weine, Spirituosen, alkoholfreie Getränke und Mineralwasser eingetragenen Wort/Bild-Marke, die das Bild eines blauen Ziegenbockes aufweist, der nach rückwärts schaut und in seinem Maul einen blauen Zweig mit drei Blättern und einem Apfel über einen grauen Henkelkrug hält. Höhl gebraucht diese Marke auf den Etiketten seiner Flaschen. Jean Busslinger stellt unter der Firma "Seetaler Obstverwertung Jean Busslinger" unter anderem vergorenen Apfelwein her. Er brachte ihn unter der Bezeichnung "Blauer Bock" in Verkehr, die er am 20. Juni 1967 unter Nr. 226 043 als Wortmarke in das schweizerische Register eintragen liess. Auf den Etiketten der Flaschen verwendete er dieses Zeichen in Verbindung mit einem Ziegenbock-Bild, das jenem der deutschen Marke Höhls fast sklavisch nachgemacht war. Busslinger hinterlegte beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum zum Gebrauch für vergorenen Apfelwein ferner am

21. August 1967 die Wortmarken Nr. 230 208 bis 230 210 GRÜNER BOCK, GELBER BOCK und ROTER BOCK und am 22. September 1967 die Wortmarken Nr. 229 448 bis 229 450 SILBER BOCK, WEISSER BOCK und BRAUNER BOCK. Am 24. November 1967 verwahrte sich Höhl bei Busslinger gegen den Gebrauch der Marke BLAUER BOCK (Nr. 226 043) und der entsprechenden Wort/Bild-Etikette. Busslinger liess daher die Marke BLAUER BOCK am 5. Dezember 1967 löschen und sicherte Höhl zu, die Etikette vom 1. Juli 1968 an nicht mehr zu verwenden. Am 1. Februar 1968 liess Busslinger für Apfelwein eine Wort/Bild-Marke Nr. 229 867 in das schweizerische Register eintragen. Sie besteht aus einer Etikette, die das Wort Gold-Bock, darunter das goldfarbige Profil eines gegen links schauenden Widderkopfes mit üppigem Fell und geringelten Hörnern, unter dem Kopf Hinweise auf den Inhalt der Flaschen und am Rande die Angabe "Seetaler Getränke Fahrwangen Schweiz" aufweist.

B.- Am 11. September 1968 klagte Höhl gegen Busslinger beim Handelsgericht des Kantons Aargau auf Nichtigerklärung der Marken Nr. 229 448 bis 229 450, 229 867 und 230 208 bis 230 210 (Rechtsbegehren 1), auf

Unterlassung des Gebrauchs der Bezeichnungen Silber Bock, Weisser Bock, Brauner Bock, Gold-Bock, Grüner Bock, Gelber Bock und Roter Bock im geschäftlichen Verkehr einschliesslich Korrespondenz und Werbung, unter Androhung der Straffolgen für Ungehorsam im Sinne des Art. 292 StGB (Rechtsbegehren 2) und auf Zahlung von Fr. 3000.– Schadenersatz nebst 5% Zins seit 1. Januar 1968 (Rechtsbegehren 3). Am 23. Februar 1970 verurteilte das Handelsgericht den Beklagten, dem Kläger Fr. 1000.– nebst 5% Zins seit 1. Januar 1968 zu zahlen, und wies die Klage im übrigen ab. Hinsichtlich der Wort/Bild-Marke Nr. 229 867 Gold-Bock erachtete es die Klage für unbegründet, weil der Kläger seine Wort/Bild-Marke Blauer Bock nur vom Deutschen Patentamt, nicht auch vom internationalen Büro habe registrieren lassen. Hinsichtlich der Wortmarken Nr. 229 448 bis 229 450 und Nr. 230 208 bis 230 210 SILBER BOCK usw. und der Verwendung des Wortes Gold-Bock auf der Marke Nr. 229 867 wies das Handelsgericht die Klagebehren 1 und 2 ab, weil das Wort Bock Freizeichen sei. Es werde nämlich als Sachbezeichnung

für Biere verwendet, und da die Tendenz zur Ausweitung einer Sachbezeichnung auf gleichartige Waren nahe liege, seien für die Annahme, dass eine Sachbezeichnung der einen Ware auch andere markenrechtlich gleichartige Waren erfasse, nicht strenge Anforderungen zu stellen. Der Beklagte habe bewiesen, dass das Wort Bock auch im Zusammenhang mit Weinen tatsächlich häufig gebraucht werde. Das Bild eines Bockes sei bei Wein- und Spirituosenmarken verbreitet. Im weitern erscheine das Wort Bock in Wortmarken für Wein, und vor allem werde eine bestimmte Art Frankenwein als Bocksbeutel bezeichnet. Daher müsse angenommen werden, dass das Wort Bock nicht nur für Biere, sondern auch für Weine einschliesslich Apfelweine nicht monopolisierungsfähig sei. Einen Hinweis hierauf gebe auch der Titel der Fernsehsendung des Hessischen Rundfunks und der darin vorgeführten Apfelweinwirtschaft. Dieser Titel schaffe zwar als solcher nicht eine genügend enge assoziative Verbindung zwischen dem Wort Bock und der Ware Apfelwein, aber er bringe doch eine solche vorbestandene gedankliche Verbindung zu Weinen im allgemeinen und zu Fröhlichkeit zum Ausdruck, worin ja auch seine suggestive Wirkung liege. Das Handelsgericht fügte bei, das Ergebnis wäre übrigens kein anderes, wenn das Wort Bock nicht Freizeichen wäre. Die Marke Blauer Bock des Klägers wäre dann nämlich sittenwidrig, da sie zu einer Täuschung über geschäftliche Verhältnisse Anlass gäbe, denn sie würde die falsche Vorstellung erwecken, zwischen dem Erzeugnis des Klägers und der Fernsehsendung des Hessischen Rundfunks bestehe ein Zusammenhang. Sei sie als sittenwidrig unbeachtlich, so frage sich nicht, ob die Marken des Beklagten mit ihr verwechselt werden könnten. Da die Klagebegehren 1 und 2 ohnehin abgewiesen werden müssten, könne das von den Parteien aufgeworfene Problem der fehlenden Gebrauchsabsicht und der tatsächlichen Nichtbenützung der klägerischen Marke in der Schweiz dahingestellt bleiben. Das Klagebegehren 3 wurde teilweise geschützt, weil der Beklagte durch Verwendung des liegenden Bockes ein Urheberrecht des Klägers verletzt habe.

C.- Der Kläger hat die Berufung erklärt. Er beantragt, das Urteil des Handelsgerichtes aufzuheben, ausgenommen hinsichtlich der zugesprochenen Fr. 1000.– nebst Zins, die Marken Nr. 229 448 bis 229 450, 229 867 und 230 208 bis

230 210 nichtig zu erklären und dem Beklagten zu befehlen, den Gebrauch der Bezeichnungen Silber Bock, Weisser Bock, Brauner Bock, Gold-Bock, Grüner Bock, Gelber Bock und Roter Bock im geschäftlichen Verkehr einschliesslich Korrespondenz und Werbung zu unterlassen, unter Androhung der Überweisung ihres Inhabers an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292

StGB im Falle der Zuwiderhandlung.

D.- Der Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem Kläger ist darin beizupflichten, dass eine reine Wortmarke auch durch eine Marke verletzt werden kann, die aus Wort und Bild kombiniert ist (BGE 48 II 140, BGE 93 II 265 f.). Die Rüge des Klägers, das Handelsgericht habe Bundesrecht verletzt, indem es die Wort/Bild-Marke Nr. 229 867 "Gold-Bock" des Beklagten ausser Betracht lasse, weil der Kläger international keine Wort/Bild-Marke hinterlegt habe, stösst jedoch ins Leere. Das Handelsgericht will mit dieser Erwägung nur sagen, die Wort/Bild-Marke Nr. 229 867 des Beklagten sei nicht als Ganzes mit der nur in Deutschland eingetragenen kombinierten Ziegenbock-Marke des Klägers zu vergleichen. Es hat nicht verkannt, dass das Wort "Gold-Bock" der Marke Nr. 229 867 allenfalls die international registrierte Marke "Blauer-Bock" des Klägers verletzen könnte, führt es doch an anderer Stelle des Urteils unter den Marken, die wegen der Freizeichen-Eigenschaft des Wortes "Bock" nicht gegen ein Prioritätsrecht des Klägers verstossen könnten, auch die Gold-Bock-Marke an.

2. Die Wort/Bild-Marke Nr. 229 867 "Gold-Bock" und die Wortmarken Nr. 229 448 bis 229 450 und 230 208 bis 230 210 SILBER BOCK, WEISSER BOCK, BRAUNER BOCK, GRÜNER BOCK, GELBER BOCK und ROTER BOCK des Beklagten sind für Erzeugnisse bestimmt, die sich ihrer Natur nach nicht gänzlich von den Getränken unterscheiden, für welche die ältere Marke Nr. 295 809 BLAUER BOCK des Klägers in das internationale Register eingetragen wurde. Sie sind daher nur gültig, wenn sie sich durch wesentliche Merkmale von der letzteren unterscheiden, d.h. als Ganzes betrachtet nicht leicht zu einer Verwechslung Anlass

geben können (Art. 6 Abs. 1 und 2 MSchG in Verbindung mit Art. 1 des Madrider Abkommens über die internationale Registrierung von Fabrik- oder Handelsmarken, Fassung von Nizza vom 15. Juni 1957; BGE 93 II 265 Erw. c und dort angeführte Urteile). Die Verwechslungsgefahr wird bei der Marke "Gold-Bock" nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass sie ausser dieser Bezeichnung einen goldfarbigen Widderkopf aufweist. Das Wort "Gold-Bock" ist der Hauptbestandteil, der sich dem Publikum besser einprägt als das Bild. Im mündlichen und im schriftlichen Verkehr wird in der Regel nur das Wort, nicht auch der Widderkopf zur Kennzeichnung der angebotenen oder verlangten Ware verwendet. Die Gefahr, dass sich der Kunde überhaupt nur des Namens "Gold-Bock" erinnere oder den goldenen Widderkopf als unwesentliches Beiwerk betrachte und bei der Vergleichung mit der Wortmarke BLAUER BOCK übergehe, ist daher gross. Sie besteht umso mehr, als der Widderkopf lediglich der bildliche Ausdruck für "Bock" ist, also nicht eine andere Vorstellung wachruft als dieses Wort. Die Verwechslungsgefahr wird sodann weder bei der Marke "Gold-Bock" noch bei den sechs anderen Bock-Marken des Beklagten dadurch genügend ausgeschlossen, dass die Bestandteile "Gold", "Silber", "Weisser", "Brauner", "Grüner", "Gelber" und "Roter" vom Bestandteil "Blauer" der Marke des Klägers abweichen. Diese Eigenschaftswörter kennzeichnen alle eine Farbe und können daher leicht verwechselt werden. Auch kann der Kunde meinen, sie kennzeichneten Getränke unterschiedlicher Beschaffenheit oder Güte, aber ein und derselben Herkunft. Gerade der Beklagte hat diese Auffassung gefördert, indem er für die Erzeugnisse, die aus seinem Betriebe stammen, Marken mit sieben verschiedenen Farbangaben hat eintragen lassen. Dadurch hat er die Unterscheidungskraft seiner Marken im Verhältnis zur Marke "Blauer Bock" des Klägers wesentlich herabgesetzt. Hauptbestandteil aller sich gegenüberstehenden Marken ist das Hauptwort "Bock".

Wer es in Verbindung mit den Beifügungen "Gold", "Silber" usw. hört oder liest, kann leicht auf den Gedanken kommen, die Ware, die es kennzeichnet, stamme aus dem Betrieb des Klägers, der die Marke "Blauer Bock" verwendet. Es verhält sich ähnlich wie z.B. bei den Markenbestandteilen "Weissenburger" und "Schwarzenburger", "trois plants"

BGE 96 II 243 S. 249

und "deux plants", "Brisemarine" und "Blue Marine", die das Bundesgericht als verwechselbar erachtet hat (BGE 82 II 355 Erw. 3, BGE 84 II 223, BGE 93 II 265 Erw. 3).

3. Zeichen, die als Gemeingut anzusehen sind, geniessen den Markenschutz nicht (Art. 3 Abs. 2 MSchG). Das gilt insbesondere für Wörter, welche die Beschaffenheit oder die Herkunft der Ware angeben, also Sachbezeichnungen sind. a) Das Wort "Bock" in der Marke des Klägers ist nicht schon deshalb Sachbezeichnung, weil man ein bestimmt beschaffenes Bier als "Bock" oder "Bockbier" zu bezeichnen pflegt (s. Grosser Brockhaus, 16. Auflage, unter "Bockbier"; Der Neue Herder, 4. Auflage, unter "Bock"). Der Kläger hat die Wortmarke "Blauer Bock" nicht für Bier, sondern für Weine und Spirituosen in das internationale Register eintragen lassen, und auch der Beklagte beansprucht seine verschiedenen Bock-Marken nicht für Bier, sondern für Apfelwein. Niemand behauptet, dass die Eigenschaften, die ein bestimmtes Bier zum Bockbier machten, auch bei Weinen, Apfelweinen und Spirituosen vorkommen könnten und diese Getränke gewissermassen als "Bock-Weine" oder "Bock-Schnäpse" erscheinen liessen. Der Umstand sodann, dass Weine und Spirituosen als Erzeugnisse aufgefasst werden können, die sich ihrer Natur nach von Bier nicht gänzlich unterscheiden und daher nicht mit Marken versehen werden dürfen, die mit älteren Bier-Marken verwechselt werden könnten, ist für die Frage, ob eine Sachbezeichnung vorliege, bedeutungslos. Was für die eine Ware Sachbezeichnung ist, hat nicht markenrechtlich auch als Sachbezeichnung eines anderen, unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 Abs. 3 MSchG ähnlichen Erzeugnisses zu gelten. Ein Wort ist Sachbezeichnung nur für jene Waren, für die es diese Eigenschaft im Geschäftsverkehr wirklich hat. b) Der Ausdruck "Bock" ist auch nicht deshalb Sachbezeichnung für Weine und Spirituosen, weil das Handelsgericht als gerichtsnotorisch erachtet, dass eine gewisse Art Frankenwein als Bocksbeutel bezeichnet werde. Bocksbeutel wird eine bauchig-runde, etwas breitgedrückte Flasche mit kurzem Hals genannt, in welche die besten Weine aus Franken und gewissen anderen Gegenden (Neuweier in Baden, Südtirol) abgefüllt werden (Der Grosse Brockhaus, 16. Auflage; Der Neue Herder, 4. Auflage; Meyers Lexikon, 7. Auflage; Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache, 14. Auflage, durchwegs unter dem

BGE 96 II 243 S. 250

Stichwort "Bocksbeutel"). Die gleiche Bezeichnung wird auch für den in solche Flaschen abgefüllten Frankenwein gebraucht (Duden, a.a.O.). Sie ist also nicht Sachbezeichnung für Frankenwein schlechthin, auch nicht bloss für bestimmte Sorten, sondern nur für gewisse Weine in bestimmter Verpackung. Anders abgefüllte Weine werden nicht Bocksbeutel genannt, geschweige denn Apfelweine oder Spirituosen. Schon aus diesem Grunde ist dem Kläger nicht verwehrt, das Wort "Bock" als Bestandteil einer für alkoholische Getränke bestimmten Marke zu verwenden. Dass solche Getränke sich nicht im Sinne des Art. 6 Abs. 3 MSchG von Bocksbeutel-Wein gänzlich unterscheiden, spielt, wie schon gesagt, keine Rolle. Dazu kommt, dass das Wort "Bocksbeutel" nicht identisch ist mit "Bock". Dass diese Silbe in ihm vorkommt und daher eine gedankliche Verbindung zwischen den beiden Begriffen möglich ist, ändert nichts. Blosse Gedankenassoziation vermag ein Wort, das

selber nicht Sachbezeichnung ist, nicht zu Gemeingut zu machen. Das Bundesgericht hat schon seit Jahrzehnten erkannt, dass Anspielungen, die bloss entfernt, mit Hilfe besonderer Phantasie, auf die Beschaffenheit oder Herkunft eines Erzeugnisses hinweisen, eine Marke nicht ungültig machen (BGE 93 II 56 Erw. b, BGE 93 II 263 Erw. 2 a, BGE 96 II 240 und dort angeführte Entscheide). Im vorliegenden Falle spielt das Wort "Bock" in der Marke des Klägers nicht einmal entfernt auf Eigenschaften der in Bocksbeutel abgefüllten Weine an.
Die Sachbezeichnung "Bocksbeutel" macht die Marke des Klägers umso weniger schutzunfähig, als diese nicht lediglich aus dem Worte "Bock" besteht, sondern "Blauer Bock" lautet. Eine Marke ist nicht schon dann Gemeingut, wenn sie ein gemeinfreies Element enthält, sondern nur dann, wenn sie als Ganzes auf die Beschaffenheit oder Herkunft der Ware hinweist (BGE 88 II 380). c) Die Marke "Blauer Bock" als Ganzes ruft die Sendungen des Hessischen Rundfunks "Zum Blauen Bock beim Apfelwein" in Erinnerung. In diesem Titel wird der Schauplatz des Geschehens, die Gastwirtschaft, nicht der dort genossene Apfelwein "Zum Blauen Bock" genannt, ganz abgesehen davon, dass dort nicht ein ganz bestimmter Apfelwein, sondern solcher verschiedenster Herkunft ausgeschenkt wurde. Der gedankliche Zusammenhang der Marke des Klägers mit den erwähnten Sendungen wirkt daher nicht als Beschaffenheitsangabe

oder Herkunftsbezeichnung. Zudem sei wiederholt, dass blosse Anspielungen eine Marke nicht zur Sachbezeichnung machen. Die Auffassung des Beklagten, die erwähnten Rundfunksendungen hätten die Wortfolge "Blauer Bock" zur Sachbzeichnung für vergorenen Apfelwein werden lassen, hält nicht stand. d) Die Marke des Klägers ist auch nicht deshalb Gemeingut, weil, wie das Handelsgericht feststellt, in Wein- und Spirituosenmarken häufig das Bild eines Bockes verwendet wird und in Marken für Wein auch das Wort Bock vorkommt. Ein Zeichen wird nicht schon dadurch schutzunfähig, dass Dritte es in Marken für gleichartige oder ähnliche Waren ebenfalls gebrauchen. Diese Wirkung tritt nur ein, wenn der Gebrauch des 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 93 II 264 Erw. b und dort angeführte Entscheide). Dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Falle erfüllt seien, stellt das Handelsgericht nicht fest und legt auch der Beklagte nicht dar. Auf den Etiketten für Weine und Spirituosen, die er ins Recht gelegt hat, kommt das Wort Bock überhaupt nicht vor. Der Gedanke an Böcke wird hier nur bildlich wachgerufen. Teils dienen diese Bilder zur Illustration von Getränkenamen (Stichpimpuli, Hex'von Dasenstein, Oberrotweiler Geisberg), besonders von solchen, die mit der Jagd zusammenhangen (Jägermeister, Jägergruss, Jagdschloss, Jägerfeuer), teils sind sie bloss Bestandteile von Familien- oder Ortswappen (Weinkellerei Carl Reh in Leiwen; Wermutweinkellerei Otto Lörch in Bühl). In allen Fällen handelt es sich um blosse Anspielungen, nicht um Sachbezeichnungen. Auch die Wortmarken Bockstein und Springbok und die Bildmarke eines Steinbockes mit Kind und Traube tun nicht dar, dass die beteiligten Kreise für Weine und Spirituosen das Wort "Bock" zur Bezeichnung der Sache verwenden. Es sind blosse Marken, d.h. Wörter, welche die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe kennzeichnen. Von einem Sachnamen kann umso weniger die Rede sein, als Böcke irgendwelcher Art an sich mit Wein und Spirituosen nichts zu tun haben. Es verhält sich anders als z.B. in den

Fällen, wo das Bundesgericht einst wegen der sinnbildlichen Kraft der Figuren im Schwan ein Freizeichen für Bettfedern und in der Ähre ein schwaches Zeichen für Teigwaren sah (BGE 20 103 Erw. 7, 49 II 315 Erw.

2).

4. Das Handelsgericht meint, die Wortmarke "Blauer Bock" verstosse im Sinne des Art. 3 Abs. 4 MSchG gegen die guten Sitten, weil sie über geschäftliche Verhältnisse täusche, nämlich die falsche Vorstellung erwecke, zwischen dem Erzeugnis des Klägers und der Sendung des Hessischen Rundfunks bestehe ein Zusammenhang. Es fügt bei, aus dem Bericht des Hessischen Rundfunks vom 8. Oktober 1968 ergebe sich, dass eine Täuschung tatsächlich schon bewirkt worden sei.
a) Das Handelsgericht sagt nicht, welcher Art der "Zusammenhang" zwischen dem Erzeugnis des Klägers und dem Hessischen Rundfunk sei, der durch die Marke "Blauer Bock" vorgespiegelt werde. Es führt insbesondere nicht aus, das Publikum stelle sich wegen der Marke "Blauer Bock" vor, der Apfelwein, der in den Sendungen des Hessischen Rundfunks ausgeschenkt werde, stamme ausschliesslich aus dem Betrieb des Klägers. Eine solche Vorstellung kann denn auch bei den Leuten, welche die Sendungen "Zum Blauen Bock beim Apfelwein" kennen, nicht erweckt werden. Wie sich aus dem erwähnten Schreiben des Hessischen Rundfunks an den Beklagten vom 8. Oktober 1968 ergibt, wurden in den Sendungen nie bestimmte Apfelweinmarken genannt oder erkennbar gemacht. Es musste sich dem Empfänger der Sendungen also aufdrängen, dass der Hessische Rundfunk den Apfelwein nicht von einem bestimmten Lieferanten bezog und es auch nicht darauf abgesehen hatte, für einen bestimmten Lieferanten zu werben. In den Sendungen trägt nicht der Apfelwein, sondern die Schenke den Namen "Blauer Bock". Diese Gastwirtschaft ist ein Gebilde der Phantasie. Der Empfänger der Sendungen kann daher auch nicht auf den Gedanken kommen, der Apfelwein des Klägers werde an einem ganz bestimmten Orte, der sich der Gunst des Hessischen Rundfunks erfreue, ausgeschenkt. Die Marke "Blauer Bock" ist gleich wie der Name der Schenke in den Schau- oder Hörspielen des Rundfunks eine eingebildete Bezeichnung und ohne weiteres als solche erkennbar. Dass sie die Gedanken auf die ausgestrahlten Spiele zu lenken vermag und umgekehrt deren Titel dem Empfänger der Sendungen die Marke des Klägers in Erinnerung rufen kann, führt nicht zu

einer Täuschung, geschweige denn zu einer solchen über geschäftliche Verhältnisse. b) Der Beklagte macht geltend, die Kenner der Marke und der Sendungen könnten sich nicht vorstellen, dass jemand die Wortverbindung "Blauer Bock" ohne Zustimmung des Hessischen Rundfunks benütze. Der Uneingeweihte kann sich in der Tat fragen, ob dem Hessischen Rundfunk am Titel "Zum Blauen Bock beim Apfelwein" ein Urheberrecht zustehe und ob der Kläger ein solches verletze oder seine Marke mit Zustimmung des Rundfunks führe. In Wirklichkeit beansprucht dieser, wie aus seinem Schreiben vom 8. Oktober 1968 hervorgeht, am Namen der Sendung kein Urheberrecht. Ein solches steht ihm denn auch am Titel als solchem oder an der Wortfolge "Zum Blauen Bock" nicht zu, da sie nicht literarische Kunstwerke, sondern nur banale, jeglichen künstlerischen geistigen Gehaltes entbehrende Bezeichnungen für ausgestrahlte Schau- oder Hörspiele bzw. für das in ihnen vorkommende Wirtshaus sind. Es verhält sich gleich wie mit dem Namen Mickey-Mouse, der zwar urheberrechtlich geschützte bildliche Darstellungen bezeichnet, für sich allein jedoch kein Kunstwerk im Sinne des Urheberrechtsgesetzes ist (BGE 77 II 380Erw. 3). Dem Empfänger der Sendungen des Hessischen Rundfunks mag diese Rechtslage unklar sein. Wenn er sich vorstellt, der Kläger habe die Erlaubnis des Rundfunks zum Gebrauch des Namens "Blauer Bock" als Marke erlangt oder er setze sich über ein Urheberrecht des Rundfunks an diesem Namen hinweg, unterliegt er jedoch nur einem Rechtsirrtum, nicht einer durch die Marke "Blauer Bock" hervorgerufenen Täuschung über geschäftliche Verhältnisse. Es liegt dem Art. 3 Abs. 4 MSchG fern, eine Marke schutzlos zu lassen, um solchen Rechtsirrtümern vorzubeugen. Diese Bestimmung will nur verhindern, dass das Publikum über die Herkunft der mit der Marke versehenen Ware oder über die geschäftlichen Verhältnisse des Markeninhabers, seine Bezugsquellen, die Art der Herstellung oder die Beschaffenheit der Ware und dgl. irregeführt werde.
c) Die Auffassung des Handelsgerichts, die Bezeichnung "Blauer Bock" habe tatsächlich schon eine Täuschung bewirkt, führt nicht zu einer andern Beurteilung der Frage, ob die Marke des Klägers gegen die guten Sitten

verstosse. Weder aus den Erwägungen des Handelsgerichts noch aus dem Bericht

BGE 96 II 243 S. 254

des Hessischen Rundfunks, auf den es sich beruft, ergibt sich, worin die angebliche Täuschung bestanden habe. Der Hessische Rundfunk schrieb dem Beklagten am 8. Oktober 1968 nur: "Ähnliche Anfragen wie die Ihren haben wir schon wiederholt erhalten. Wir haben uns daher erlaubt, unsere Antwort vorsorglich vorweg mit kurzen Hinweisen auf unsere Sicht der Lage zu verbinden." Der Wortlaut der "ähnlichen Anfragen" ist nicht bekannt. Sollten die Anfragenden abzuklären versucht haben, ob der Kläger die Marke "Blauer Bock" mit Zustimmung des Hessischen Rundfunks verwende und ob sie ihm den Gebrauch irgendwie untersagen lassen oder sich sonstwie über sein Markenrecht hinwegsetzen könnten, so wäre das für die Frage der Sittenwidrigkeit dieser Marke bedeutungslos. Bemerkt sei nur, dass jedenfalls der Beklagte, der sich auch durch gewisse Fragen an den Hessischen Rundfunk gewendet hat, nicht das Opfer einer Täuschung über geschäftliche Verhältnisse war. Er hätte nicht seinerseits die Marke "Blauer Bock" verwendet, wenn er der Meinung gewesen wäre, sie spiegele der Kundschaft geschäftliche Beziehungen zum Hessischen Rundfunk vor. Sein guter Glaube im Verhältnis zum Rundfunk ist zu vermuten.
Die Marke des Klägers ist somit nicht wegen Verstosses gegen die guten Sitten ungültig.

5. Das Übereinkommen zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz, vom 13. April 1892 (BS 11 1057; vgl. BBl 1950 III 468), bestimmt in Art. 5 Abs. 1: "Die Rechtsnachteile, welche nach den Gesetzen der vertragschliessenden Teile eintreten, wenn eine Erfindung, ein Muster oder Modell, eine Handels- oder Fabrikmarke nicht innerhalb einer bestimmten Frist ausgeführt, nachgebildet oder angewendet wird, sollen auch dadurch ausgeschlossen werden, dass die Ausführung, Nachbildung oder Anwendung in dem Gebiete des anderen Teiles erfolgt." Die Auffassung des Beklagten, die Marke "Blauer Bock" des Klägers sei gemäss Art. 9 MSchG nichtig, weil der Kläger sie in der Schweiz nicht gebraucht habe, hält deshalb nicht stand. Ob der Kläger, wie er im kantonalen Verfahren behauptet hat, die Wortmarke "Blauer Bock" in Deutschland verwendet, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls gebraucht er, wie der Beklagte zugibt, in Deutschland die Wort/Bild-Marke "Blauer Bock". Da sich deren Hauptbestandteil

BGE 96 II 243 S. 255

"Blauer Bock" mit der international registrierten Marke Nr. 295 809 vollständig deckt, kann dem Kläger nicht vorgeworfen werden, er habe diese in Deutschland nicht gebraucht. Dass die Wort/Bild-Marke weitere Bestandteile aufweist, schadet dem Kläger nicht. Sie sind für die hier zu beurteilende Frage überflüssiges Beiwerk und daher unerheblich. Dass sie in Deutschland wie die Bezeichnung "Blauer Bock" Markenschutz geniessen, ändert nichts. Ob dem Kläger, wie der Beklagte behauptet, bei der internationalen Registrierung der Marke Nr. 295 809 die Absicht fehlte, diese in der Schweiz jemals zu gebrauchen, ist nicht entscheidend. Das erwähnte Übereinkommen zwischen der Schweiz und Deutschland macht die Geltung des Art. 5 Abs. 1 nicht davon abhängig, dass der Markeninhaber die Absicht habe, die Marke in beiden Staaten zu gebrauchen, sondern lässt den Gebrauch im einen Staate auch als Gebrauch im anderen gelten. Der in Art. 9 MSchG vorgeschriebene Gebrauch kann also statt in der Schweiz in Deutschland erfolgen (TROLLER, Immaterialgüterrecht, 2. Auflage, 1 335).

6. Der Beklagte macht geltend, die Marke Blauer Bock sei nichtig, weil ihr die älteren Marken Nr. 199 047 Bockstein und Nr. 315 596 Springbok entgegenständen. Eine Marke, die sich nicht durch wesentliche Merkma-

le von den bereits eingetragenen Marken unterscheidet, ist absolut nichtig. Darauf kann sich jedermann berufen, der daran ein Interesse hat, besonders auch wer wegen Verletzung der nichtigen Marke belangt wird (BGE 91 II 5 und dort angeführte Urteile). Die unter Nr. 199 047 für Weine im schweizerischen Register eingetragene Wortmarke Bockstein wurde am 29. Juli 1963 hinterlegt. Die ebenfalls zur Kennzeichnung von Wein bestimmte Wortmarke Springbok wurde erstmals am 21. November 1929 in das internationale Register eingetragen und am 8. September 1949 unter Nr. 143 090 sowie am 23. Juni 1966 unter Nr. 315 596 erneuert. Beide Marken sind also älter als jene des Klägers. Von beiden unterscheidet sich jedoch die Wortmarke Blauer Bock durch wesentliche Merkmale. Sie besteht aus zwei Wörtern und enthält die Begriffe blau und Bock, wobei letzterer auf ein Tier hinweist. Die Marken Bockstein und Springbok bestehen nur aus einem Worte und enthalten keinen Hinweis auf eine

Farbe. Bockstein erweckt auch nicht die Vorstellung eines Tieres, sondern einer Ortsbezeichnung. Im Worte Springbok sodann, das niederländischen Ursprungs ist, besteht die Silbe bok nur aus drei Buchstaben. Springbock (deutsche Schreibweise) ist zudem der Name für eine Antilopenart männlichen Geschlechts (s. Grosser Brockhaus, 16. Auflage, und Herders Standard Lexikon, je unter "Antilopen"). Blauer Bock dagegen ist eine Phantasiebezeichnung, da es in der Tierwelt keine Böcke dieser Farbe gibt.

7. Da die Wortmarke BLAUER BOCK des Klägers gültig ist und die Bezeichnungen Gold-Bock, Silber Bock, Weisser Bock, Brauner Bock, Grüner Bock, Gelber Bock und Roter Bock in den Marken des Beklagten mit ihr verwechselt werden könnten, sind die letzteren nichtig zu erklären und ist dem Beklagten zu verbieten, diese Bezeichnungen als Marken zu gebrauchen. Soweit das Unterlassungsbegehren der Klage weiter geht, nämlich auf Verbot des Gebrauchs im geschäftlichen Verkehr überhaupt, einschliesslich Korrespondenz und Werbung, ist es gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d und Art. 2 Abs. 1 lit. b UWG ebenfalls begründet.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.- Die Berufung wird gutgeheissen und die Sprüche 2 bis 4 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 23. Februar 1970 werden aufgehoben. 2.- Die vom Beklagten für Apfelwein hinterlegten Marken Nr. 229 448 Silber Bock, 229 449 Weisser Bock, 229 450 Brauner Bock, 229 867 Gold-Bock, 230 208 Grüner Bock, 230 209 Gelber Bock und 230 210 Roter Bock werden nichtig erklärt. 3.- Dem Beklagten wird befohlen, den Gebrauch der Bezeichnungen Silber Bock, Weisser Bock, Brauner Bock, Gold-Bock, Grüner Bock, Gelber Bock und Roter Bock für Apfelwein im geschäftlichen Verkehr einschliesslich Korrespondenz und Werbung zu unterlassen, unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams im Sinne des Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung.