

## S. 392 / Nr. 59 Unlauterer Wettbewerb (d)

BGE 72 II 392

59. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. September 1946 i. S. Elco Papier A.-G. gegen H. Goessler & Cie. A.-G.

Regeste:

Unlauterer Wettbewerb, Ausstattungsschutz.

Begriff des unlauteren Wettbewerbs; Verletzung eines Persönlichkeitsrechts ist nach dem UWG nicht erforderlich. Art. 1 Abs. 1 UWG (Erw. 2).

Unlauterer Wettbewerb durch Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr zwischen zwei Ausstattungen, Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG: Erforderlich ist ausser der Verwechselbarkeit das Bestehen einer Beziehung zwischen der von der Verwechslungsgefahr bedrohten Ausstattung und dem guten geschäftlichen Ruf ihres Verwenders oder der Qualität der Ware (Erw. 3).

Einfluss des guten oder bösen Glaubens bei der Herbeiführung der Verwechslungsgefahr (Erw. 6).

Schadenersatz: Grundsätze für die Bemessung der Schadenersatzsumme; Art. 2 Abs. 1 lit. d, Art. 8 UWG, Art. 42 Abs. 2 OR (Erw. 8).

Concurrence déloyale, protection de l'aspect donné à une marchandise.

Notion de la concurrence déloyale; la LCD n'exige pas la violation d'un droit attaché à la personnalité.

Art. 1 al. 1 LCD.

Concurrence déloyale résultant de la création d'un risque de confusion entre deux aspects donnés à une marchandise, art. 1

Seite: 393

al. 2 litt. d LCD; outre la possibilité d'une confusion, il faut qu'il existe un rapport entre la présentation pour laquelle ce risque existe et la bonne réputation commerciale de celui qui s'en sert ou la qualité de la marchandise (consid. 3).

Influence de la bonne ou de la mauvaise foi dans la création du risque de confusion (consid. 6).

Dommages-intérêts: principes servant à fixer l'indemnité. Art. 2 al. 1 litt. d, art. 8 LCD), art. 42 al. 2 CO (consid. 8).

Concorrenza sleale, protezione dell'aspetto dato ad una merce.

Nozione della concorrenza sleale, secondo la LCS, non è necessaria la violazione d'un diritto inerente alla personalità. Art. 1, cp. 1, LCS (consid. 2).

Concorrenza sleale per aver creato un rischio di confusione tra due aspetti dati ad una merce, art. 1, cp. 2 lett. d LCS; oltre la possibilità d'una confusione, occorre che ci sia un rapporto tra l'aspetto, pel quale questo rischio esiste, e la buona riputazione commerciale di chi se ne serve, o la qualità della merce (Consid. 3).

Influsso della buona o della cattiva fede nel creare il rischio di confusione (consid. 6).

Risarcimento dei danni: principi per stabilire l'indennizzo. Art. 2 cp. 1, lett. d; art. 8 LCS; art. 42, cp. 2 CO (consid. 8).

2. Die Beklagte hat die Ausstattung, die Gegenstand des vorliegenden Prozesses bildet, im Mai 1945 herausgebracht. Ihre Zulässigkeit ist daher im Lichte des am 1. März 1945 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu prüfen.

Art. 1 UWG bezeichnet als unlauteren Wettbewerb «jeden Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen». Das UWG erklärt damit, wie schon Art. 48 OR, den unlauteren Wettbewerb als einen Verstoss gegen Treu und Glauben. Art. 48 OR wurde indessen in Theorie und Rechtsprechung meist als Anwendungsfall von Art. 28 ZGB über die Verletzung der Persönlichkeitsrechte angesehen. Diese Auffassung ist mit Art. 1 UWG nicht mehr vereinbar. Das neue Gesetz knüpft unzweideutig an Art. 2 ZGB an, der dem offenbaren Missbrauch eines Rechtes den Schutz versagt. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der geschäftliche Wettbewerb grundsätzlich frei ist und lediglich seine Schranke findet an der allgemeinen Vorschrift von Art. 2 ZGB. Das

Seite: 394

wesentliche Element des unlauteren Wettbewerbes ist danach der durch den beklagten Konkurrenten begangene Missbrauch des Rechtes zum freien wirtschaftlichen Wettbewerb unter Missachtung der Grundsätze von Treu und Glauben. Infolgedessen kommt es hauptsächlich auf die im Konkurrenzkampf verwendeten Mittel an. Verstossen diese als solche oder wegen ihrer Verwendungsart gegen Treu und Glauben, so liegt unlauterer Wettbewerb vor. Da der Sinn der freien Konkurrenz, um deren Schutz es dem Gesetze zu tun ist, im Leistungsprinzip liegt, ist unlauter

insbesondere die Verwendung von Mitteln, die bestimmt oder geeignet sind, ohne entsprechende eigene Leistung andere im Wettbewerb zu behindern oder ganz von diesem auszuschliessen, oder dem eigenen Angebot einen ungerechtfertigten Vorsprung zu sichern (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 3. November 1942, BBl 1942 S. 686 ff.; GERMANN, Unlauterer Wettbewerb S. 242 ff.).

3. Im Anschluss an die in Art. 1 Abs. 1 UWG gegebene allgemeine Umschreibung des Begriffs des unlauteren Wettbewerbs führt Abs. 2 desselben Artikels im Sinne einer nicht abschliessenden Aufzählung unter lit. a-h eine Anzahl von Beispielen unlauteren Wettbewerbs an. Gemäss lit. d verstösst gegen Treu und Glauben insbesondere «wer Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen.»

Die Verwendung einer Ausstattung, bei der die Gefahr einer Verwechslung mit derjenigen eines Konkurrenten besteht, war schon unter der Herrschaft des früheren Rechtes als unlauter betrachtet worden (vgl. BGE 69 II 296, 61 II 385). Voraussetzung war dabei aber, der Konstruktion des unlauteren Wettbewerbes als einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Klägers entsprechend, das Bestehen eines Individualrechts des klagenden Geschäftsmannes an der von der Verwechslungsgefahr betroffenen Ausstattung. Ein solches wurde angenommen, wenn die Ausstattung kraft ihrer Originalität einen

Seite: 395

Hinweis auf den Hersteller der betreffenden Ware darstellte (BGE 63 II 163), sowie wenn eine an sich nicht originelle Ausstattung kraft ihrer Durchsetzung im Verkehr ebenfalls die Wirkung eines solchen Hinweises erlangt hatte (BGE 69 II 297, 70 II 112).

Da das UWG das Erfordernis der Verletzung eines Individualrechts des Klägers ausschliesst, bedarf es auch nicht mehr des Nachweises eines solchen für das Vorliegen des unlauteren Wettbewerbes. Daraus folgern zu wollen, es genüge nunmehr schlechthin jede Verwechslungsgefahr zwischen zwei Ausstattungen, damit unlauterer Wettbewerb angenommen werden könne, wäre indes verfehlt. Wie alle in Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes aufgezählten Fälle unlauteren Wettbewerbes steht vielmehr auch derjenige der Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr gemäss lit. d unter der allgemeinen Voraussetzung von Art. 1 Abs. 1, dass darin ein Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes liegen muss. Hievon kann aber nur dann gesprochen werden, wenn der Urheber der Verwechslungsgefahr durch diese die Möglichkeit erlangt, ohne entsprechende eigene Leistung seine wirtschaftliche Stellung auf Kosten derjenigen eines bestimmten Konkurrenten oder mindestens der Konkurrenten im allgemeinen zu verbessern. Nicht die Verwechselbarkeit als solche, um ihrer selbst willen, will das Gesetz verhindern, sondern ihre Ausnützung zum Zweck, sich das Resultat der Arbeit oder der allgemeinen geschäftlichen Leistungen anderer in unstatthafter Weise anzueignen (BOLLA, Protokoll der 1. Expertenkommission, S. 21). Damit unlauterer Wettbewerb vorliegt, muss deshalb das weitere Merkmal erfüllt sein, dass die Verwechselbarkeit dazu angetan ist, einer solchen ungerechtfertigten Verbesserung der wirtschaftlichen Stellung ihres Urhebers Vorschub zu leisten. Das ist zwar in Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber notwendigerweise aus dem Begriff des unlauteren Wettbewerbes als solchem. Dieser setzt immer eine Handlung oder ein Verhalten voraus, die darauf zielen, die Wirtschaftslage

Seite: 396

ihres Urhebers zu verbessern oder diejenige seiner mittelbaren oder unmittelbaren Wirtschaftsmittelbewerber zu schwächen, ohne dass der angestrebte Erfolg durch eine äquivalente Leistung seinerseits gerechtfertigt wird (v. BÜREN, Unlauterer Wettbewerb, S. 61; vgl. ferner POUILLET, Traité des marques de fabriques et de la concurrence déloyale, 6. Aufl. S. 718).

Damit steht im Einklang, dass in Art. 2 Abs. 1 UWG als klageberechtigt erklärt wird «wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, in seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen geschädigt oder gefährdet ist». Allerdings sind die Voraussetzungen der Klageberechtigung und die Begriffsmerkmale des unlauteren Wettbewerbes zwei verschiedene Dinge. Aber die Ausgestaltung der ersteren gestattet doch gewisse Rückschlüsse darauf, wann ein unlauterer Wettbewerb im Sinne des Gesetzes anzunehmen ist.

Die Erzielung eines solchen sachlich nicht begründeten Vorsprungs gegenüber der Konkurrenz, der sich auf die Mitbewerber nachteilig auswirkt, ist aber nur möglich, wenn infolge der Ähnlichkeit der Ausstattung die Gefahr besteht, dass die Käufer in den Glauben versetzt werden, das Erzeugnis eines bestimmten Herstellers oder einen Artikel von bestimmter Qualität zu erhalten, während es sich in Wirklichkeit um ein anderes Erzeugnis oder eine Ware von geringerer Qualität handelt. Nur unter diesen Voraussetzungen kann in der Verwendung einer ähnlichen Ausstattung eine Ausnützung des guten geschäftlichen Rufes eines Konkurrenten, seiner Arbeit und seiner Leistungen oder der Wertschätzung einer bestimmten Qualitätsware liegen. Eine solche Täuschungsmöglichkeit der Abnehmer kommt aber nur in Frage, wenn die von der Verwechslungsgefahr bedrohte Ausstattung die

Wirkung eines Hinweises auf einen bestimmten Hersteller oder doch auf eine bestimmte Qualität der Ware hat. Fehlt ein solcher Hinweis, ruft also mit andern Worten die betreffende

Seite: 397

Ausstattung beim Käufer nicht eine Ideenverbindung mit einem gewissen Hersteller oder einer bestimmten Beschaffenheit der Ware hervor, so ist nicht einzusehen, wieso die Verwechselbarkeit der Ausstattung dazu angetan sein könnte, einen Konkurrenten zu schädigen und dem Urheber der Verwechslungsgefahr zum Nachteil der Mitbewerber einen Vorteil zu verschaffen.

Auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes ist daher der Nachweis einer Beziehung zwischen der von der Verwechslungsgefahr bedrohten Ausstattung und dem guten geschäftlichen Ruf des Verwenders derselben oder der Qualität der Ware erforderlich in dem Sinn, dass die Ausstattung einen Hinweis auf einen bestimmten Hersteller oder auf eine bestimmte Qualität der Ware bedeutet, sei es, dass sie durch ihre Originalität, dank ihrer Durchsetzung im Verkehr (sog. Verkehrsgeltung) oder auf andere Art beim Käufer eine Ideenverbindung mit einem bestimmten Hersteller oder eine bestimmte Qualitätsvorstellung weckt. Bei der Prüfung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Beziehung angenommen werden könne, lassen sich bis zu einem gewissen Grade die vom Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum früheren Recht in Bezug auf die Verkehrsgeltung herausgearbeiteten Grundsätze auch in Zukunft noch heranziehen. So wird z. B. auch fürderhin von gewisser Bedeutung sein, ob die in Frage kommenden Verkehrskreise im allgemeinen sich daran gewöhnt haben, eine Ware ihrer Ausstattung wegen mit einer bestimmten Herkunftsstätte in Verbindung zu bringen, mit der Wirkung, dass sie den Artikel ohne nähere Prüfung als Erzeugnis des betreffenden Herstellers hinnehmen (BGE 70 II S. 112 f.). Dagegen ist, da es nicht mehr des Nachweises eines Individualrechtes bedarf, an die Verkehrsgeltung nicht mehr der strenge Massstab anzulegen, wie dies bisher der Fall war, und insbesondere kann der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes nunmehr auch erfüllt sein durch die Ausnützung einer Verkehrsgeltung, die nicht als Hinweis auf einen bestimmten

Seite: 398

Hersteller, sondern als Hinweis auf eine bestimmte Qualität der Ware wirkt und daher keine Verletzung eines Individualrechtes eines andern darstellen konnte. Es genügt schon jede Massnahme, die dazu angetan ist, den guten Ruf des Mitbewerbers auszubeuten und ihn dem eigenen Angebot des Nachahmers als «Vorspann» dienstbar zu machen. (So auch GERMANN, S. 281 f., der allerdings die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum früheren Recht in Bezug auf die Verkehrsgeltung als mit dem neuen Gesetz nicht mehr vereinbar betrachtet.)

6. Ist die von der Beklagten verwendete Ausstattung somit geeignet, Verwechslungen mit den Produkten der Klägerin herbeizuführen, so ist der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG erfüllt. Eine Prüfung, ob die Ausstattung überdies zur Herbeiführung von Verwechslungen bestimmt gewesen sei, wäre daher in diesem Zusammenhang nicht erforderlich; denn nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes genügt das eine oder das andere der beiden genannten Momente. Hingegen ist es, da es sich um die Anwendung eines neuen Gesetzes handelt, aus grundsätzlichen Erwägungen gleichwohl geboten, auch zu dieser Frage Stellung zu nehmen, zumal für die Beurteilung des Schadenersatzanspruches der Klägerin gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. d UWG auch die hiemit in gewissem Zusammenhang stehende Frage des Verschuldens zu entscheiden sein wird. Dem UWG liegt, wie bereits eingangs ausgeführt wurde, der Gedanke zu Grunde, dass der an sich freie wirtschaftliche Wettbewerb sich innerhalb der durch die Grundsätze von Treu und Glauben gebildeten Schranken zu halten habe. Der Begriff von Treu und Glauben stellt dabei einen objektiven Massstab dar. Subjektiver böser Glaube auf Seiten des belangten Wettbewerbers ist, so wenig wie ein Verschulden im allgemeinen, für den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes nicht erforderlich. Dagegen kann und muss der Umstand, ob ein Wettbewerber bösgläubig gehandelt hat, bei der Beurteilung des Falles im

Seite: 399

allgemeinen eine gewisse Rolle spielen, indem in Zweifelsfällen beim Entscheid über die Verwechselbarkeit zweier Ausstattungen, über das Vorliegen einer Verletzung schutzwürdiger Interessen des Klägers und dergleichen der gute oder böse Glaube des Belangten ebenfalls mit in die Waagschale geworfen wird. Hingegen sind um so weniger Bedenken am Platz, als es sich bei den erwähnten Fragen keineswegs um einfache, klar umrissene Begriffe handelt, sondern im Gegenteil um oft sehr komplizierte, schwer abzugrenzende Tatbestände, bei denen der Richter zur Heranziehung der verschiedensten Erkenntnisquellen befugt sein muss...

8. Bei Verschulden der Beklagten hat die Klägerin sodann gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. d UWG Anspruch auf Ersatz ihres Schadens. Dass die unlautere Wettbewerbshandlung vorsätzlich begangen worden sei, ist nicht erforderlich; schon blosse Fahrlässigkeit reicht aus, um die Schadenersatzpflicht

zur Entstehung zu bringen...

Bei der Bemessung der Schadenersatzsumme ist zu berücksichtigen, dass der ziffermässige Nachweis des Schadens in Fällen der vorliegenden Art immer äusserst schwierig ist, ja sogar praktisch oft überhaupt nicht erbracht werden kann (BGE 68 II 244). Es muss daher nach der in Art. 42 Abs. 2 OR aufgestellten und gemäss Art. 8 UWG auch bei der Handhabung dieses Gesetzes anwendbaren Regel als genügend angesehen werden, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens anzunehmen ist, die Klägerin habe infolge von Verwechslungen von Produkten der Beklagten mit den ihrigen eine gewisse Einbusse erlitten. Bei der Festsetzung der Höhe des Schadens, die unter diesen Umständen nach richterlichem Ermessen vorzunehmen ist, sind einerseits die Bedeutung der beiden Unternehmen und andererseits Art und Umfang des von der Beklagten begangenen unlauteren Wettbewerbs in Betracht zu ziehen. Ferner ist auch darauf Bedacht zu nehmen, dass der unlautere Wettbewerb nach der Bezahlung des Schadenersatzes und der Kosten nicht doch noch ein vorteilhaftes Geschäft für den

Seite: 400

Beklagten darstelle, während der Kläger, der zur Verteidigung seiner Interessen zum Prozess genötigt war, nicht einmal seine Kosten gedeckt erhält...

Vgl. auch Nr. 58. Voir aussi no 58