

» verbindenden Rohres. » Ebenso bestimmt hat sich der Experte in einem Nachtrag geäußert, auf die vom Gericht gestellte Frage, wie es sich mit der Neuheit der Kingschen Konstruktion verhalte, wenn das Patent Curien aus den als bekannt vorausgesetzten Konstruktionen ausscheide: « Das Curien'sche Patent besitzt für » den Prozess sein besonderes Gewicht durch den Um- » stand, dass darin das Wesentliche des Kingschen » Patentes: Vermehrung der inneren Flammrohr-Heiz- » fläche unter Einschaltung der Gegenstromzirkulation » augenfällig, d. h. durch eine Figur dargestellt wird, was » für den Konstrukteur, dessen Gedankenkreis auf das » räumlich Vorstellbare ausgeht, von grosser Bedeutung » ist. » Das Patent Curien wirkte somit zweifellos n e u- » h e i t s z e r s t ö r e n d.

Der Experte hat ferner einlässlich und überzeugend dargetan, dass diese Wirkung auch dem Patent Hargreaves zugekommen sei, weil auch dieses sich im wesentlichen mit dem Patent King decke, selbst dann, wenn nur die abgekürzte, in den « Abridgments » publizierte Fassung in Betracht gezogen werde. Es kann nach dieser Richtung auf die erschöpfenden Ausführungen im Urteil der Vorinstanz verwiesen werden. Der Experte, der als Autorität gilt, hat alle Einwendungen des Beklagten beantwortet und demgegenüber auf seiner Auffassung beharrt. Das angefochtene Patent ist daher, ohne weitere Beweismassnahmen, mit der Vorinstanz schon wegen mangelnder Neuheit als nichtig zu erklären.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Oktober 1914 in allen Teilen bestätigt.

35. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Mai 1915
i. S. Moro, Kläger,
gegen Gebrüder Säuberli, Beklagte.

Der für ein bestimmtes Absatzgebiet zum Alleinverkauf Berechtigte kann — soweit im übrigen die gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 48 OR vorliegen — kraft eigenen Rechts wegen unlautern Wettbewerbes klagen, wenn zu seinem Nachteil ein Dritter die Marke seines Fabrikanten nachahmt. — Nicht-Eintragbarkeit beschränkter quasi dinglicher Rechte an Marken. Art. 3² MSchG. Ein Staat kann sein Wappenbild und seine Landesfarben im wirtschaftlichen Verkehr als Marken, verwenden. Eine solche Verwendung liegt nicht vor, wenn das Wappen oder die Landesfarben lediglich als Elemente bei der Darstellung einer allegorischen Idee benutzt werden. Schadensbemessung, amtliche Beschlagnahme und Urteilsveröffentlichung bei unlauterem Wettbewerbe.

1. — Die italienische Tabakregie — Direzione Generale delle Privative (Ministero delle Finanze) — ist in Italien Trägerin des staatlichen Tabakmonopols. Zur Kennzeichnung der von ihr hergestellten Zigaretten (spagnollette) bedient sie sich besonders auch des Wappenbildes und der Landesfarben (rot-weiss-grün) Italiens. Dies gilt vor allem für die in kleinen Schachteln von länglicher Vierecksform verpackten Spagnollette « Macedonia ». Die Darstellungen auf den beiden Hauptflächen dieser Verpackung sind in den Jahren 1908 und 1909 in Italien (unter den Nr. 9307 u. 9308) und international (unter den Nr. 7661 u. 7663) als Marken eingetragen worden. Die eine dieser Viereckflächen gibt mit schwarz gedruckten Worten die Herkunft des Produktes an (« Regno d'Italia — Monopolo dei Tabacchi — Esportazione — Ministero delle Finanze — Direzione Generale delle Privative Roma) und enthält auf einer in der Mitte angebrachten Kreisfläche das schwarz gedruckte Bild eines Adlers mit dem italienischen Wappenschild (Schildfläche mit Kreuz) auf der Brust. Der Grund dieser Fläche ist grau. In der Mitte, der

Längsrichtung nach, zieht sich in Form eines Bandes die *Trikolore*, bestehend aus je einem roten, weissen und grünen Streifen. Die in der Verpackung befindlichen Zigaretten enthalten, rot gedruckt und mit wenigen Linien ausgeführt, ebenfalls das italienische *Wappenschild*, umgeben von einer heraldischen Einfassung, deren obern Teil die königliche Krone bildet. Hinzgedruckt sind die Worte «Macedonia» und «Esportazione».

Der Kläger F. Moro-Simon in Zürich ist Generalvertreter der italienischen Tabakregie für das Gebiet der Schweiz. Laut einer von ihm eingelegten, vom 23. Oktober 1909 datierten Erklärung des Generaldirektors der Regalien (Privative) wurde dem Kläger, so lange er das Privileg der alleinigen Ausfuhr der Produkte des Tabakmonopols in die Schweiz habe, das Recht eingeräumt (*delegare la facoltà*), «di usare nel proprio conto e nel proprio interesse tutti i diritti e privilegi spettanti alla Amministrazione delle Privative per la tutela e difesa dei prodotti stessi da ogni falsificazione, imitazione, contraffazione di marche di fabbrica, falsa indicazione di provenienza o concorrenza sleale, in tutti i Cantoni della Confederazione Svizzera.» «Limitatamente a tale effetto,» fährt sodann das Schriftstück fort, «gli consente anche, a tutto suo rischio e spese, senza che per qualsiasi motivo possa derivarne all'Amministrazione responsabilità di sorta diretta od indiretta, di adire qualsiasi Autorità amministrativa e giudiziaria e compiere ogni altro atto, all'uopo necessario, senza però poter mai in nessun caso ed in nessun modo menomare con fatti od omissioni i diritti che spettano all'Amministrazione stessa.»

2. — Anfang November 1913 hat der Kläger Moro «als Generalvertreter für die Schweiz und mit Spezialvollmacht der italienischen Tabakregie» gegen die Beklagten, die Gebrüder Säuberli in Teufenthal, Inhaber einer Zigaretten-, Zigaretten- und Tabakfabrik, Klage erhoben,

weil sie zur Bezeichnung ihrer Produkte unzulässigerweise den italienischen Wappenschild und die italienische *Trikolore* verwendeten.

In ersterer Beziehung verweist der Kläger auf das Wappenbild, das die Beklagten denjenigen Zigaretten aufdrücken, die sie unter den Verpackungen «*Turco*» und «*Tripolitania*» in den Handel bringen, und das den Wappenschilden auf den durch die Regie vertriebenen Zigaretten «*Macedonia*» nach Farbe und Ausführung durchaus ähnlich sieht.

Hinsichtlich der *Trikolore* aber verweist der Kläger auf die genannte Verpackung «*Tripolitania*» und die Verpackung «*Vittorio*» der Beklagten. Die erstere enthält auf einer der Hauptflächen der Schachtel ein mit der Ueberschrift «*Tripolitania — Spagnolette*» versehenes Bild einer afrikanischen Landschaft. In deren Vordergrund befindet sich ein italienischer Soldat und vor ihm eine Frau in orientalischem Kostüm, die eine von jenem gehaltene italienische Fahne in knieender Stellung küsst. Die Fahne besteht aus drei in den Landesfarben gehaltenen sukzessiven Feldern, wovon das mittlere, weisse, das italienische Wappenschild in Farben, ein weisses Kreuz in rotem Felde, aufweist. — Die Verpackung «*Vittorio*», die in einem grössern und einem kleinern Format bei den Akten liegt, enthält zunächst oben das genannte Wort, rot gedruckt auf einem länglichen weissen Streifen, als Bezeichnung. Darunter befindet sich in der Mitte in viereckiger Einrahmung das Bild des italienischen Königs und zu unterst sind die Worte «*Spagnolette soprafine*» aufgedruckt. Der Untergrund ist in den drei Landesfarben grün-weiss-rot gehalten, und zwar sind sie in schräger Richtung in drei Feldern über die Viereckfläche verteilt, so, dass sich links oben ein grünes und rechts unten ein rotes Dreieck befindet, während sich mitten hindurch ein diagonaler weisser Streifen zieht, der im Zentrum vom Königsbild überdeckt wird. Auf einer

Schmalseite der Schachtel endlich ist die Aufschrift angebracht: « Insistete nel domandare la marca Vittorio e » rifiutate le imitazioni col tricolore ».

Unter Berufung auf das Markenschutzgesetz und die Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb hat der Kläger die Begehren gestellt: « 1. die Beklagte (Firma Gebrüder » Säuberli) sei pflichtig zu erklären, bei den von ihr fabrizierten und in den Verkehr gebrachten Zigaretten, speziell bei ihren Marken « Turco » und « Tripolitania », die Verwendung des von der italienischen Tabakregie für ihre Fabrikate in Gebrauch befindlichen geschützten Wappenbildes zu unterlassen. 2. Die Beklagte sei pflichtig zu erklären, bei der Verpackung und bei der Reklame für ihre Zigaretten, speziell der Marken « Vittorio » und « Tripolitania » die Verwendung der italienischen Landesfarben und des Vermerkes betreffend die Zurückweisung « aller Nachahmungen mit der Trikolore » zu unterlassen. 3. Die beanstandeten Produkte der Beklagten seien zu beschlagnahmen und die Beklagte pflichtig zu erklären, die bereits in den Verkehr gebrachten Fabrikate innerhalb eines Monats seit rechtskräftiger Erledigung dieses Prozesses aus dem Verkehr zurückzuziehen und zu vernichten. 4. Die Beklagten seien pflichtig zu erklären, dem Kläger 5000 Fr. als Schadenersatz zu bezahlen. 5. Es sei die Klägerin berechtigt zu erklären, das Urteil auf Kosten der Beklagten je einmal in einer Zeitung des italienischen, französischen und deutschen Sprachgebietes der Schweiz zu publizieren », unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das aargauische Handelsgericht hat mit Urteil vom 21. Januar 1915 die von den Beklagten erhobene Einrede der mangelnden Aktivlegitimation des Klägers soweit gutgeheissen, als dieser sich auf das Markenschutzgesetz stützt, hinsichtlich seiner Berufung auf unlauteren Wettbewerb dagegen abgewiesen. In letzterer Beziehung hat es sachlich dahin entschieden, dass es das Klagebegehren 1 voll zusprach und das Klagebegehren 2 soweit, als dieses die

Verwendung des Vermerks betreffend die Zurückweisung « aller Nachahmungen mit der Trikolore » untersagt wissen will. Im übrigen wurde die Klage abschlägig beschieden.

Vor Bundesgericht verlangt der Kläger Gutheissung aller Klagebegehren, die Beklagten Abweisung auch des Begehrens 1.

3. — Mit der Vorinstanz ist die Aktivlegitimation des Klägers soweit zu verneinen, als er seine Klage auf das MSchG gründet und dabei im besondern auf eine Verletzung der zu Gunsten der italienischen Tabakregie eingetragenen Marke « Macedonia » abstellt. Zwar lässt sich hierbei nicht, wie die Vorinstanz glaubt, dem Art. 11 MSchG entscheidende Bedeutung beilegen, laut dem eine Marke nur mit dem Geschäfte übertragen werden kann, dessen Erzeugnissen sie zur Unterscheidung dient. Der Kläger beruft sich auf keine zu seinen Gunsten erfolgte Marken-Übertragung. Er will vielmehr, indem er erklärt, « als Generalvertreter für die Schweiz und mit Spezialvollmacht der italienischen Tabakregie » zu klagen, die dieser zustehenden, zu ihren Gunsten durch Eintragung geschützten Markenrechte geltend machen, wenn auch zur Wahrung seiner persönlichen Interessen. Demgemäss behauptet er nicht etwa, « Eigentümer » der fraglichen Marken zu sein, wozu es freilich, namentlich im Verhältnis gegenüber dritten, einer Uebertragung im Markenregister bedürfte, sondern er beansprucht daran bloss ein beschränktes quasi-dingliches Recht, das er durch die Einräumung der Generalvertretung erworben habe und vermöge dessen er zur Ausübung der markenrechtlichen Befugnisse des Eigentümers soweit berechtigt sei, als seine Verkäuferinteressen durch die gerügten Markenrechtverletzungen beeinträchtigt würden. Eine Eintragung solcher beschränkter dinglicher Rechte an Marken, wie sie der Kläger behauptet, ist nun aber gesetzlich nicht vorgesehen, namentlich auch nicht durch den Art. 11 MSchG und es fehlte also in dieser

Beziehung ein Grund, dem Kläger die Aktivlegitimation abzusprechen.

Dagegen fragt es sich, ob überhaupt Drittrechte der behaupteten Art gesetzlich bestehen können, ob sie im besondern demjenigen zukommen, der, wie der Kläger, vom Markeninhaber die Generalvertretung zum Vertriebe seines Erzeugnisses für ein bestimmtes Gebiet erhalten hat und, wenn letzteres zu bejahen ist, ob nicht im gegebenen Falle gegenteiliges bedungen worden sei. Auf die beiden ersten dieser Fragen braucht indessen nicht eingetreten zu werden, weil die dritte zu bejahen, also anzunehmen ist, die vom Kläger angerufene » Vollmacht » vom 23. Oktober 1909 schliesse in Wirklichkeit die beanspruchte Befugnis, selbständig die Markenrechte der Regie geltend zu machen, aus. Im gegenteiligen Sinne scheint freilich die Stelle der Urkunde zu sprechen, wonach der Kläger für seine Rechnung und in seinem eigenen Interesse die Rechte solle ausüben können, die der Regie zum Schutze und zur Verteidigung ihrer Produkte gegen Markenrechtsverletzungen zustehen. Allein damit wird nicht von selbst auch gesagt, dass ihm diese Berechtigung im Sinne einer ohne weiteres nach aussen wirksamen Vollmachtserteilung zugestanden werden will, sondern es kann damit auch eine Regelung bloss des internen Verhältnisses der Parteien gemeint sein, in der Weise, dass den Rechten der Regie gegenüber Dritten und der Möglichkeit ihrer Geltendmachung im konkreten Falle nicht vorgegriffen sein soll. Zu dieser einschränkenden Auslegung nötigt nun zwingend der weitere Inhalt des Schriftstückes, wonach der Kläger zwar gegen dritte soll gerichtlich vorgehen dürfen, aber nur auf sein alleiniges Risiko und auf seine Kosten, und ohne dass daraus der Regie irgend welche Verantwortlichkeit entstehen könne, und wonach er ferner durch seine Handlungen und Unterlassungen auf keinen Fall und in keiner Weise die der Regie zukommenden Rechte solle schmälern können. Damit lehnt es die Regie *implicit* mit aller

Bestimmtheit und Deutlichkeit ab, dem Kläger die Befugnis zur selbständigen Geltendmachung von Ansprüchen aus ihren Markenrechten einzuräumen, und der Kläger hat also diese Befugnis auch dann nicht erlangt, wenn sie ihm an sich kraft seiner Stellung als Generalvertreter der Regie zutsände.

4. — Dagegen ist anderseits die Aktivlegitimation des Klägers soweit zu bejahen, als die Klage auf die Grundsätze über den unlautern Wettbewerb gestützt wird. Freilich bezieht sich jener Vorbehalt im Schriftstücke vom 23. Oktober 1909 auch auf die Fälle des unlautern Wettbewerbes, und dem Kläger ist daher auch soweit, als in dieser Beziehung der Regie gegenüber den Beklagten Ansprüche erwachsen sind, die Möglichkeit ihrer Geltendmachung vertraglich wegbedungen worden. Wohl aber kann er von sich aus wegen unlautern Wettbewerbes klagen, sofern er persönlich Ansprüche dieser Art gegen die Beklagten erlangt hat. Er will denn auch solches zweifellos tun : denn mag er auch seine Klage in erster Linie auf die eingelegte » Vollmacht » der Regie stützen, so gedenkt er damit nicht etwa von der Geltendmachung der eingeklagten Ansprüche für den Fall abzusehen, dass sie sich nicht aus der Erklärung vom 23. Oktober ergeben, sondern in seiner Person selbst bestehen sollten, sei es allein, sei es in Konkurrenz mit entsprechenden Ansprüchen der Regie.

Nun ist vorerst in grundsätzlicher Beziehung davon auszugehen, dass, wenn die Beklagten durch ihre Verwendung der angefochtenen Verpackungen und Bezeichnungen ihrer Zigaretten in die Markenrechte der Regie, besonders die Rechte an der Marke » Macedonia » eingegriffen haben, damit zugleich gegenüber dem Kläger, als Inhaber eines örtlich beschränkten Alleinverkaufsrechtes, der Tatbestand des unlautern Wettbewerbes gegeben ist, sofern im übrigen die erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Kann auch der Kläger nicht selbst gegen (allfällige) unerlaubte Nachahmungen kraft

Markenrechtes auftreten, so ändert dies doch nichts an dem Umstande, dass solche zugleich ihm gegenüber eine « Treu und Glauben verletzende Veranstaltung » im Sinne von Art. 48 rev. OR enthalten. . . Als Verkäufer hat der Kläger ein wesentliches Interesse daran, dass kein dritter die Möglichkeit von Verwechslungen zwischen dessen Zigaretten und denen der Regie schaffe ; denn dies schädigt den Absatz, durch den der Kläger seinen Gewinn als Vertreter der Regie erzielt. Der Kläger wird dadurch nach Art. 48 « in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt ». Insofern er den Vertrieb der Regiezigaretten von sich aus und für eigene Rechnung besorgt, gehört der Kundenkreis, den er sich durch seine Geschäftstätigkeit erworben hat, seinem Unternehmen an. Neben den der Regie erwachsenden Ansprüchen aus Markenrechtsverletzungen können somit dem Kläger selbständige Ansprüche aus unlauterem Wettbewerbe entstehen, die sich nach Umfang und Inhalt der geschuldeten Leistungen mit jenen nicht zu decken brauchen. Entsprechend verhielte es sich endlich, falls man die der Regie zustehenden Ansprüche nicht als solche aus Markenrecht, sondern ebenfalls als solche aus unlauterem Wettbewerbe aufzufassen hätte.

5. — Prüft man nun im Sinne dieser grundsätzlichen Darlegungen, ob nach der gegebenen Sachlage der Tatbestand des unlauterem Wettbewerbes in Hinsicht auf den Kläger als Geschädigten verwirklicht worden sei, so ist dies zunächst in Betreff der gerügten Verwendung des italienischen Wappenbildes aus folgenden Gründen zu bejahen :

Gemäss dem, was das Bundesgericht bereits in seinem Entscheide vom 18. Oktober 1912 i. S. des heutigen Klägers gegen die Fabbrica di Sigari e Tabacchi S. A. (BGE 38 II S. 565 Erw. 3) ausgeführt hat, ist davon auszugehen, dass das Wappen — gleich den Landesfarben — eines Staates für ihn die Bedeutung einer individualisierenden bildlichen Bezeichnung besitzt und dass er befugt ist, es im wirtschaftlichen Verkehr als solche Bezeichnung, na-

mentlich auch in markenrechtlicher Weise, zu verwenden. Mit Unrecht berufen sich die Beklagten dem gegenüber auf Art. 3 Abs. 2 M S c h G, um darzutun, dass sie gegenüber der Regie Anspruch auf freie Benutzung des Wappenbildes hätten und daher dessen Verwendung gegenüber dem Kläger keinen unlauterem Wettbewerb bilden könne. Diese Vorschrift bestimmt lediglich, dass die « in die Marke einer P r i v a t p e r s o n » aufgenommenen öffentlichen Wappen und sonstigen als Eigentum eines Staates anzusehenden Zeichen des gesetzlichen Markenschutzes entbehren. Sie schränkt also nur die Privaten, nicht den Staat selbst in der freien Wahl der als schutzfähig anerkannten Zeichen ein und zwar zu Gunsten gerade des Staates selbst und in Rücksicht darauf, dass er Inhaber des betreffenden Zeichens ist. Eben aus seinem « Eigentum » darf andererseits gefolgert werden, dass er dieses auch durch Verwendung des Zeichens als Marke oder Markenbestandteil ausüben kann. Gegenteiliges liesse sich nur annehmen, wenn die besondere Natur des staatlichen Wappens als eines öffentlichen Emblems seiner Verwendung als Bezeichnungsmittel im Gebiete des privaten Vermögensverkehrs entgegenstände, sei es allgemein, sei es wenigstens hinsichtlich der Wappen ausländischer Staaten. Allein hätte wirklich das schweizerische Gesetz von solchen Erwägungen aus den markenrechtlichen Gebrauch von Staatswappen gänzlich, auch dem wappenführenden Staate selbst, verweigern wollen, so würde es das ausdrücklich erklärt haben. Hiebei mag bemerkt werden, dass auch der § 7 des deutschen Warenzeichengesetzes, trotzdem er wörtlich genommen allgemein im Sinne des Ausschlusses der Staatswappen lautet, dennoch vielfach gemäss der obigen Auffassung einschränkend ausgelegt wird (vgl. Allfeld, Kommentar zum WZG 1904 S. 480 und die dortigen Zitate).

Hiernach ist das Klagebegehren 1 zunächst soweit gutzuheissen, als es in allgemeiner Weise dahin lautet, den Beklagten die Verwendung des von der

Regie zur Bezeichnung ihrer Fabrikate gebrauchten Wappenbildes zu verbieten. Mit Unrecht haben laut den obigen Ausführungen die Beklagten die Schutzfähigkeit des Wappenbildes bestritten und ihre weitere Behauptung sie hätten das italienische Wappen vor der Regie verwendet, entbehrt der Erheblichkeit, weil ein Prioritätsrecht nur hinsichtlich frei wählbarer Zeichen bestehen kann, nicht in Betreff von Individualzeichen, die unbedingt einem Dritten zustehen. Greifen aber die Beklagten mit der Verwendung des Wappenbildes in ein Recht der Regie auf ein Individualzeichen (und zwar ein Markenrecht) ein, so schädigt die dadurch geschaffene Verwechslungsfahr auch den Kläger als Alleinverkäufer und er wird nach dem oben Gesagten im Sinne von Art. 48 in seiner Rechtsphäre verletzt.

Zuzusprechen ist das Begehren aber auch soweit, als im besondern noch beantragt wird, den Beklagten die fernere Verwendung des Wappenschildes zu untersagen, den sie bisher auf den Zigaretten ihrer Sorten « T u r c o » und « T r i p o l i t a n i a » angebracht haben. Es handelt sich hier unverkennbar um eine Wiedergabe des italienischen Wappens und sie ist zudem jener der Regie auf den Zigaretten der Marke « M a c e d o n i a » nach Grösse und Ausführung durchaus ähnlich.

6. — Beim K l a g e b e g e h r e n 2 ist, soweit es sich gegen die Verwendung der italienischen Landesfarben richtet, zunächst in Anschluss an das, was oben über die Verwendung des Wappens gesagt wurde, und unter Berufung auf die Ausführungen im erwähnten Bundesgerichtsentscheide zu bemerken: Sobald die Landesfarben eines Staates in einer dazu dienlichen Flächenanordnung (als Trikolore u. s. w.) zur Darstellung gebracht werden, bilden sie für den betreffenden Staat ebenfalls ein individualisierendes Bezeichnungsmittel und sie sind dann geeignet, von ihm als schutzfähige Marke oder Markenbestandteil benutzt zu werden.

a) G r u n d s ä t z l i c h ist daher der Antrag, den Be-

klagten die Verwendung der « italienischen Landesfarben » zu verbieten, gutzuheissen, in der Meinung, dass die drei Farben nicht in einer Weise dargestellt werden dürfen, die einen Hinweis auf den italienischen Staat als Träger dieser Landesfarben und zugleich Inhaber des staatlichen Tabakmonopols enthält.

b) Was im besondern die Verpackung « V i t t o r i o » der Beklagten anbelangt, so sind die grüne, die weisse und die rote Fläche, die den Untergrund der wörtlichen und bildlichen Bestandteile ausmachen, so verteilt, dass sofort der Eindruck ihrer Zusammengehörigkeit erweckt und ihre symbolische Bedeutung als Darstellung der italienischen Trikolore dem Beschauer nahegelegt wird. Damit verwenden die Beklagten ein nur der Regie zustehendes Bezeichnungsmittel, und zwar tritt ihre Absicht, dies zu tun, dadurch deutlich hervor und wird zugleich die Wirksamkeit ihres Vorgehens dadurch verstärkt, dass sie ihre Darstellung der Trikolore mit dem Namen und dem Bildnis des italienischen Königs kombinieren. Rechtsirrtümlich ist es, wenn die Vorinstanz die täuschende Aehnlichkeit der Verpackungen « M a c e d o n i a » und « V i t t o r i o » deshalb verneint, weil die farbigen Flächen nach Form und Anordnung nicht übereinstimmten, die Regie das Königsbild nicht verwende, die Päckchen nicht oder nicht stets die gleiche Form und Grösse hätten u. s. w., so dass die beiden Aufmachungen, wenn nebeneinander gestellt, mühelos von einander unterschieden werden könnten. Zunächst darf bei der Beurteilung der Täuschungswirkung nicht von der Möglichkeit einer gleichzeitigen vergleichenden Betrachtung beider Aufmachungen ausgegangen werden (vgl. BGE 40 II S. 286). Und sodann namentlich übersieht die vorinstanzliche Würdigung gerade den wesentlichsten Punkt, dass nämlich die Zusammenstellung der drei Farben nicht nur koloristische, sondern auch symbolische Bedeutung besitzt und dass aus diesem Grunde der Verkäufer auch dann, wenn er die Aufmachungen als solche auseinanderzuhalten

vermag, geneigt sein wird, auf die nämliche Ursprungsquelle der Fabrikate zu schliessen. Entgegen dem Vorentscheide ist daher das Klagebegehren 2 auch soweit zu schützen, als der Kläger den Beklagten verboten wissen will, auf der Aufmachung « Vittorio » und auf dem Reklameschild, der diese Aufmachung im vergrösserten Massstabe wiedergibt, die italienischen Landesfarben zu verwenden.

e) Dagegen ist das vorliegende Begehren mit der Vorinstanz soweit abzuweisen, als es die Verwendung der Landesfarben auf der Aufmachung « Tripolitania » betrifft. Freilich enthält das auf dieser Verpackung befindliche Bild als Bestandteil eine Darstellung der dreifarbigem italienischen Fahne mit dem Staatswappen in der Mitte. Allein dieser Bestandteil hat keine selbständige Bedeutung, namentlich nicht im Sinne eines Hinweises darauf, dass das Erzeugnis in der Verpackung von der italienischen Tabackregie herstamme. Er dient lediglich dazu, die Idee, die durch das Bild in seiner Gesamtheit allegorisch ausgedrückt werden will, zur Darstellung bringen zu helfen: Der italienische Soldat mit seiner Landesfahne in der Hand und die vor ihm knieende, die Fahne küssende orientalische Frauengestalt sollen, in Verbindung mit der Aufschrift « Tripolitania », im Betracht der durch eine kriegerische Unternehmung bewirkte Einverleibung der afrikanischen Provinz in das italienische Königreich wachrufen. Hat aber hier die Fahne nicht die Bedeutung eines Bezeichnungsmerkmals, das die Tabackregie als staatlichen Verwaltungszweig individualisiert, sondern lediglich die Bedeutung eines einzelnen Elementes in der bildlichen Verkörperung einer allgemeinen Idee, so lässt sich gegen ihre Verwendung in dieser Form nichts einwenden; namentlich ist die Gefahr einer Verwechslung der beiderseitigen Erzeugnisse unter den gegebenen Umständen ausgeschlossen und damit entfällt die Möglichkeit unlautern Wettbewerbes. Hiernach muss also das Klagebegehren 2 soweit abge-

wiesen werden, als es sich gegen die Verpackung « Tripolitania » richtet.

7. — Soweit endlich dieses Begehren bezweckt, den Beklagten die Anbringung des Vermerkes betreffend die Zurückweisung « aller Nachahmungen mit der Trikolore » zu verbieten, ist es schon vor der Ausfällung des Vorentscheides anerkannt und in diesem Sinne von der Vorinstanz zugesprochen worden. Für das Bundesgericht fällt es daher insofern ausser Betracht.

Mit Unrecht bestreiten endlich die Beklagten die Ansprüche des Klägers aus unlauterem Wettbewerbe, soweit solche nach dem oben Gesagten zu schützen sind, noch mit der Behauptung, sie hätten sich bereit erklärt, ihre Aufmachungen mit der Aufschrift « Prodotto svizzero » zu versehen. Zunächst würde das die bisherigen Zuwiderhandlungen gegen den Art. 48 unberührt lassen. Im übrigen aber vermöchte die vorgeschlagene Beifügung nichts daran zu ändern, dass die Beklagten durch die weitere Verwendung des Wappenbildes und der Landesfarben Italiens im angegebenen Umfange Rechte der Regie an Individualbezeichnungen verletzen würden und zudem vermöchte dieser Zusatz die Verwechslungsgefahr wohl nicht notwendig und allgemein auszuschliessen, da viele Käufer ihn nicht näher beachten und sich nicht darüber Rechenschaft geben würden.

8. — Das Gesagte führt zur grundsätzlichen Guttheilung des Klagebegehrens 4 auf Schadenersatz. Die Behauptung der Beklagten, sie hätten dem Kläger in Wirklichkeit keine Konkurrenz gemacht, weil sie ihre Zigaretten teurer verkauften und sich damit an ein anderes Publikum wendeten, muss nach der Tatbestandswürdigung der Vorinstanz als unzutreffend gelten.

In quantitativer Hinsicht begründet der Kläger seine Ersatzforderung damit, dass die Beklagten in den Sorten « Turco », « Tripolitania » und « Vittorio » jährlich 5,700,000 Stück abgesetzt hätten, wovon ihm $\frac{1}{3}$ zugefallen wäre, was bei einem Gewinn von 3 Fr. das

Tausend einen Ausfall von 5700 Fr. ergebe. Von diesen Ziffern kann jedoch nur die des Gesamtabsatzes der Beklagten, weil zugestanden, als ausgewiesen gelten. Hinsichtlich der übrigen fehlt es an der erforderlichen Beweisgrundlage. Eine Rückweisung zur Aktenergänzung ist indessen nicht beantragt worden und scheint nach der Sachlage auch nicht angezeigt, namentlich weil die Schadensermittlung auf alle Fälle zum Teil von Verurteilungen abhängig bleibt, die sich einer arithmetisch genauen Bestimmung entziehen. Schreitet man nun auf Grund freier richterlicher Würdigung der gesamten Verhältnisse zur Bestimmung des Schadens, so drängt sich vor allem die Ueberzeugung auf, dass die geforderte Summe von 5000 Fr. weit übersetzt ist, besonders deshalb, weil sich nicht annehmen lässt, der Absatz der Beklagten hätte sich ohne die Verwendung der angefochtenen Bezeichnungen um ein volles Drittel tiefer gehalten und es wäre damit zugleich notwendig eine Vermehrung des klägerischen Absatzes von entsprechender Höhe verbunden gewesen. Vielmehr scheint der Schaden, wie er nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge als eingetreten anzusehen ist, gemäss der geltenden Praxis in diesen Fragen mit 500 Fr. als hinreichend bemessen.

9. — Abzuweisen ist das Klagebegehren 3, die amtliche **Beschlagnahme** der beanstandeten Fabrikate anzuordnen und die Beklagten zur Zurücknahme der schon in den Verkehr gebrachten und zu deren Vernichtung zu verhalten. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Vorkehren, wie sie der Art. 31 MSschG als Mittel für die Abwendung weitem Schadens vorsieht, auch in den Fällen des unlautern Wettbewerbes, sei es in analoger Anwendung des Art. 31 sei es nach OR, getroffen werden können. Unter allen Umständen bedarf es dazu besonderer Gründe. Hier ist nun aber mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Kläger durch die richterliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Wettbewerbs-handlungen und durch die damit verbundenen Ver-

bote ihrer weitem Vornahme in seinen Interessen genügend geschützt wird und dass, falls er wider Erwarten später durch Verwendung noch vorhandener Fabrikate dieser Art Schaden zu gewärtigen hätte oder erleiden sollte, er den nötigen Schutz im Vollstreckungsverfahren wird finden können.

10. — Endlich ist auch dem Klagebegehren 5 um **Veröffentlichung** des Urteils keine Folge zu geben. Auch hier handelt es sich um eine Vorkehr, die in erster Linie bei der Verletzung von Markenrechten Platz greifen kann. Im übrigen aber ergibt sich aus den Akten nicht, dass mit der Bekanntmachung des Urteils wirklich einem Interesse des Klägers an der Rückgängigmachung oder Abwendung von Schaden gedient wäre.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung des Klägers wird unter Aufhebung des angefochtenen Urteils dahin begründet erklärt, dass neben dem Klagebegehren 1 auch das Klagebegehren 2 (betreffend die Verwendung der italienischen Landesfarben) in dem unter Erwägung 6 *a* und *b* angegebenen Umfange und das Klagebegehren 4 im Sinne der Zusprechung einer Schadensersatzsumme von 500 Fr. gutgeheissen werden. Im übrigen wird die Berufung des Klägers abgewiesen. Diejenigen der Beklagten wird in allen Punkten abgewiesen.