

Ausstattung und gewerblicher Rechtsschutz

Autor(en): **Sandreuter, Karl Martin**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **63 (1944)**

PDF erstellt am: **19.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896442>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ausstattung und gewerblicher Rechtsschutz

Von Dr. Karl Martin Sandreuter,
Advokat und Notar, Basel.

1. Unter Waren-Ausstattung versteht man die nicht markenschutzfähige sinnfällige Gestaltung der Ware oder ihrer Verpackung, welche in beteiligten Verkehrskreisen als Kennzeichen eines bestimmten Herstellers oder Verkäufers gilt. Gewerbliche Ausstattung im weiteren Sinn sind alle gewerblichen Einrichtungen und Vorkehrungen, soweit sie nach der Verkehrsauffassung eine sinnfällige, auf einheitliche Herkunft hinweisende Gestaltung aufweisen.

2. In ihrer Funktion ist die Ausstattung der Marke nahe verwandt. Die Marke ist eine — durch Spezialgesetz — rechtlich besonders qualifizierte Gattung der Warenausstattung. In der Praxis erweist sich der Begriff der Ausstattung als das grosse Auffanggebiet für alle gewerblichen Kennzeichnungsmittel, die des Markenschutzes nicht teilhaftig werden können. Gemeinsames Grundelement von Marke und Ausstattung ist die aus Kennzeichnungskraft und Verkehrsgeltung resultierende Garantiefunktion: die Marke, wie die Ausstattung, wird im Verkehr als Kennzeichen einheitlicher Herkunft und damit als Garant gleichbleibender Qualität des damit versehenen Artikels angesehen. Dabei sind die Anforderungen an die Marke freilich höher als diejenigen an die Ausstattung: Die leere Übertragung der Marke ohne den zugehörigen Geschäftsbetrieb ist ausgeschlossen; erst fünf Jahre nach der Löschung einer Marke kann ein Dritter dasselbe Zeichen für dieselben Waren rechtskräftig hinterlegen. Hierüber wacht das Amt, und auch ein getäuschter Käufer oder ein anderer Interes-

sierter kann gegen täuschende Verwendung von Marken durch Unberechtigte mit Klage vorgehen. Bei der Ausstattung ist der leeren Übertragung und der raschen Usurpation durch Dritte keine Schranke durch irgendeine Kontrollinstanz gesetzt, wenn der ursprünglich Berechtigte sich nicht dagegen wehrt.

Die Besonderheit der Marke gegenüber der Ausstattung ist ihre Beschränkung auf Wort- und Bildzeichen; sie muss visuell einen geschlossenen Eindruck hervorrufen, mit einem Blick erfassbar sein¹⁾. Die Marke muss ferner primär, wo nicht ausschliesslich, der Kennzeichnung dienen, während die Ausstattung auch weitgehend andere Zwecke erfüllen kann. Im Gegensatz zur Marke ist die Ausstattung nicht auf die Garantiefunktion beschränkt, sie darf allgemein funktionell bedingt sein. Form und Verpackung der Ware, die das eigentliche Gebiet der Warenausstattung darstellen, sind in den allermeisten Fällen durch den Gebrauchszweck beeinflusst. Nicht schutzfähig ist nur die rein funktionelle Ausstattung, die notwendigerweise in ihrer Gestaltung dem Gebrauchszweck dient, auch wenn sie als Kennzeichen eines bestimmten Herstellers gelten sollte. Beispiel: Die Passform eines Handgriffs oder die Leuchtfarbe der Zahlen auf einem Zifferblatt. Der Ausstattungsschutz muss sich auf das beschränken, was nach der Verkehrsauffassung Kennzeichnungsmittel ist. Notwendige Bestandteile der Ware oder der Verpackung können nicht als Ausstattung monopolisiert werden. Sonst könnte jeder unkonkurrenzierte Hersteller eines neuen Artikels ein Rechtsmonopol auf dessen Herstellung erlangen. Unser Recht kennt aber solche Monopole nur im Rahmen des Patentrechts und des Muster- und Modellschutzes; der Gebrauchsmuster-Schutz existiert bei uns nicht. Erst dort, wo der Hersteller freie Wahl in der Ausgestaltung der notwendigen Bestandteile seines Gegenstandes hat, beginnt

¹⁾ Beerli, Die markenunfähigen Warenzeichen, S. 17; Matter, Komm., S. 45.

die Möglichkeit, eine schutzfähige Ausstattung zu kreieren²⁾. Schwierig ist oft die Abgrenzung, wo diese freie Wahl beginnt. Das deutsche Reichsgericht hat beispielsweise den roten Strich unter der Schlagzeile einer Zeitung als überwiegend funktionell bezeichnet³⁾. Entscheidend ist aber nicht die Frage, ob überwiegend oder nur nebenbei funktionell, sondern die Stärke der Garantiefunktion an sich nach Auffassung beteiligter Verkehrskreise. Im allgemeinen ist eine primär rein funktionelle (aber nicht unentbehrlich funktionelle) Ausstattung eben dann nicht mehr rein funktionell, wenn sie sich in der Verkehrsauffassung als Kennzeichen durchgesetzt hat. Unter diesem Gesichtspunkt kann ein funktioneller Bestandteil eines patentierten Erzeugnisses nach Ablauf des Patents als Ausstattung schutzfähig bleiben. Solche Entwicklungen sind aber als Ausnahme zu betrachten.

Beschaffenheitsangaben, die nicht markenschutzfähig sind, können auch nicht als Ausstattung Schutz genießen⁴⁾, es sei denn, die kennzeichnende Wirkung ihrer graphischen Ausgestaltung überwiege den funktionellen Charakter. Wo diese Wirkung sehr individuell ist, beginnt meist auch die Markenfähigkeit. Dies gilt sowohl für einzelne Worte, wie für Abbildungen, Gebrauchsanweisungen etc.

3. Umstritten ist der funktionelle Charakter des Zeitungstitels⁵⁾. Einerseits ist dabei die Frage zu entscheiden, ob Zeitungen verschiedener Herausgeber überhaupt als gleichartige verwechselbare Waren zu gelten haben. Dies ist jedenfalls für die Zeitungen des gleichen

²⁾ Schoenberg, Die Wechselbeziehungen einzelner Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes nach schweizerischem Recht, in Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe für C. Wieland, S. 346 f.; s. a. BGE 46 II 153, 57 II 460 E. 4.

³⁾ Reichsger. Mitt. 32, 81. Weitere deutsche Judikatur bei Pinzger, Das deutsche Warenzeichenrecht, ad § 25.

⁴⁾ BGE 59 II 83.

⁵⁾ Matter, Kommentar, S. 47; David, Kommentar, S. 60, und die dort zitierte Judikatur und Literatur.

Sprach- und Fachgebiets zu bejahen, da ihr Inhalt bei der heutigen Bedeutung der Agenturen, abgesehen vom rein redaktionellen Teil, doch weitgehend übereinstimmt. Es gilt aber auch für Zeitschriften des gleichen Fachgebiets, wenngleich die Verwechslungsgefahr beim fachlich interessierten und geschulten Käuferpublikum kleiner sein wird. Unbestritten ist ferner, dass der Zeitungskopf einem Kennzeichnungszweck dient. Es wird aber die Ansicht vertreten, dieser Kennzeichnungszweck des Titels sei eben funktionell, denn es gebe keine Zeitung, wie auch kein Buch, ohne Titel; der Titel sei somit notwendiger Bestandteil, er bezeichne nicht die Unternehmung, sondern die Zeitung selbst⁶⁾. Nun darf freilich aus der Funktion des Buchtitels ein Schluss auf funktionellen Charakter des Zeitungstitels noch nicht gezogen werden, denn unbestrittenermassen gehört der Buchtitel zum urheberrechtlich geschützten Buchinhalt, während Zeitungs- und Zeitschriftentitel, wie auch Sammeltitle von Bücherreihen („Blaue Bücher“) eine Mehrzahl von hintereinander erscheinenden Druckschriften desselben Herausgebers ohne engere Beziehung zum Inhalt bezeichnen und nicht urheberrechtlichen Schutz geniessen⁷⁾. Die unveränderte tägliche Wiederholung des Zeitungstitels verstärkt seine markenmässige Garantiefunktion der Kennzeichnung gegenüber Konkurrenzprodukten derart, dass seine Eigenschaft als notwendiger Bestandteil der Zeitung ganz in den Hintergrund tritt. Der im Publikum gut eingeführte Zeitungstitel wirkt wie eine gut eingeführte Marke⁸⁾. Zweifellos geht seine Kennzeichnungskraft so weit, dass das Publikum jede Zeitung mit demselben Titel auch demselben Zeitungsverlag zuschreibt. Hierauf kommt es an; ob das Unternehmen selbst aus der Zeitung oder deren Titel

⁶⁾ So Ebner in GRUR 36, 330 (1931).

⁷⁾ Gsell, Der Schutz der Titel von Geisteswerken, S. 54 ff. BGE 64 II 113.

⁸⁾ Ebenso Menzel in GRUR 40, 406 (1935).

ersichtlich ist, ist im Markenrecht, wie überhaupt im Wettbewerbsrecht gleichgültig⁹⁾.

Trotz diesen Argumenten, die für die Markenfähigkeit des Zeitungstitels sprechen, scheint sich das Zeitungsgewerbe doch mit dem Ausstattungsschutz begnügen zu wollen. Wenige Zeitungstitel sind bisher als Marke hinterlegt worden, nicht zuletzt wegen der schwankenden, eher ablehnenden Gerichtspraxis. In der Tat weist die Verwendungsart des Zeitungstitels gewisse Besonderheiten auf, die den Rechtsbegriff der Markenfähigkeit berühren. Einmal ist die leere Übertragung des Titels nicht selten. Sodann kommen bei Lokalblättern und auch bei Fachblättern gleichlautende Titel in verschiedenen Landesgegenden vor, ohne dass sie sich beeinträchtigten¹⁰⁾. Kein Argument gegen die Markenfähigkeit des Zeitungstitels ist freilich das Vorkommen vieler gleichlautender Bestandteile, wie „Zeitung“, „Anzeiger“, „Blatt“, „Tribune“, „Journal“. Solche Gattungsbezeichnungen sind als Beschaffenheitsangaben oder Freizeichen natürlich nicht schutzfähig, weder als Marke, noch als Ausstattung¹¹⁾. Andere Bezeichnungen pflegen aber genügend individuell und kennzeichnend zu wirken, so schon die Kombination von Ort und Gattungsbezeichnung (Oltner Tagblatt, Journal de Genève, Neue Berner Zeitung), und es ist nicht ersichtlich, weshalb an die Unterscheidungskraft höhere Anforderungen gestellt werden sollen, wie z. B. eine besondere graphische Ausschmückung, welche die deutsche Praxis verlangt.

Wenn ein Zeitungsunternehmen seinen Zeitungstitel als Marke hinterlegt, so ist diese Hinterlegung als Verzicht

⁹⁾ Auf einem anderen Standpunkt scheint das deutsche Reichspatentamt zu stehen, wenn es die Angabe des Verlagsnamens im Zeitungskopf verlangt; Pinzger, Das deutsche Warenzeichenrecht, § 25, 2; § 4, 17.

¹⁰⁾ Nimmt man Universalität des Markenrechts an, so würde dieser Umstand entschieden gegen die Markenfähigkeit sprechen.

¹¹⁾ Gsell, S. 63.

auf leere Übertragung und als Anspruch auf mehr als blosses Lokalblatt-Bedeutung auszulegen. Es zeigt sich dabei, dass das bisherige Lokalblatt, dessen Titel in einer anderen Landesgegend von einem andern Zeitungsunternehmen ebenfalls geführt wird, nicht eintragungsfähig ist. Auch wenn eines dieser Lokalblätter den Titel schon länger führt als das andere, so kann doch nicht diese Priorität für die Zuerkennung des auf das ganze Landesgebiet sich erstreckenden Monopols des Markenrechts genügen. Jeder Titel hat ja nur lokal begrenzte Verkehrsgeltung genossen. Es muss demnach für solche Lokalblätter beim lokal begrenzten Ausstattungsschutz bleiben. Markenfähig sind nur Titel von Zeitungen, die für einen über das ganze Land verbreiteten Abnehmerkreis bestimmt und geeignet sind. Nur solche Landeszeitungen sind markenfähige Waren. Der Entscheid über den lokalen oder nationalen Charakter der Zeitung ist nicht im Eintragungsverfahren zu fällen, sondern im Prozess um die Gebrauchspriorität; es ist eine Frage der absoluten, wie der relativen Eintragungsfähigkeit. Hierbei sind Beweiserhebungen nötig über den Vertrieb der Zeitung und die Priorität allfällig verwechslungsfähiger Lokalblatt-Titel, deren Ausstattungsschutz der nationalen Monopolisierung durch Markenschutz hemmend im Wege stehen kann¹²⁾. Als Geschäftsbetrieb, ohne welchen gemäss Art. 11 MSchG der Zeitungstitel als Marke nicht übertragen werden kann, ist diejenige Organisation des Unternehmens zu betrachten, die den Charakter und die Redaktion der Zeitung zu bestimmen hat; das ist der Verlag, und nicht der Druckereibetrieb. Bei dem üblichen Zusammenfallen beider Betriebe kann zwar die Marke der Zeitung für alle Druckschriften des Unternehmens dienen, eine solche Ausdehnung des Warenbereichs steht dem Unternehmer immer frei, aber unter den verschiedenen Druckereiprodukten, für die die Zeitungstitelmarke gleichzeitig verwendet wird, hat die Zeitung eine besondere Her-

¹²⁾ Matter, Kommentar, S. 36/7.

kunft, die die blossen Drucksachen nicht haben: den Zeitungsverlag, die Direktion der Zeitung, den Herausgeber der Zeitschrift. Für diese übt der Titel Garantiefunktion aus. Auf gewissen Nebenprodukten des Zeitungsunternehmens kann er dagegen zum rein funktionellen Bestandteil werden, zum Beispiel auf Umschlagsmappen¹³⁾.

Beansprucht ein Zeitungsunternehmen für den Titel keinen Markenschutz, so ist der Titel als blosser Ausstattung zu betrachten. Er übt zwar auch Garantiefunktion für diejenige Instanz aus, die Charakter und Inhalt der Zeitung bestimmt, aber eine leere Übertragung ist nicht ausgeschlossen. Nach allgemeiner Verkehrsauffassung können kleinere und grössere Zeitungen ihre Unternehmensleitung, ihren Redaktionsstab mitsamt den Agenturen und Korrespondenten und ihre Redaktionsziele ändern, so dass sich praktisch nur die Äusserlichkeiten, wie Titel, Satz, Format und die Vertriebsorganisation gleichbleiben¹⁴⁾. Da dies nicht mehrmals hintereinander in kurzen Abständen zu geschehen pflegt, betrachtet das Publikum den unveränderten Zeitungstitel unbekümmert als Zeichen einheitlicher Herkunft, auch wenn es von dem Wechsel Kenntnis hat.

Der Zeitungstitel kann somit Marke oder Ausstattung sein. Ob er begrifflich Marke ist, hängt nicht nur von objektiven Kriterien ab (nationale Verbreitung des Blattes), sondern vom Willen des Inhabers, den er durch Hinterlegung oder Nichthinterlegung öffentlich bekundet. Der nicht hinterlegte Zeitungstitel ist daher nicht als uneingetragene Marke, sondern schlechthin als Ausstattung zu betrachten. Dieser Satz hat allgemeine Geltung: Uneingetragene Marken sind so lange Ausstattung, als sie nicht als Marken hinterlegt werden. Objektive Markenfähigkeit vorausgesetzt, wirkt aber eine Hinterlegung als Marke insofern zurück, als für die zeitlich zurückliegende

¹³⁾ BGE 64 II 115.

¹⁴⁾ Auch das Feuilleton wird in keinem Fall in der Mitte abbrechen.

Entstehung des Schutzrechts die Priorität des markenmässigen Gebrauchs der später hinterlegten Marke genügt. Die einmal hinterlegte Marke ist also von Anfang an, auch für die Zeit ihres Gebrauchs vor der Eintragung, als Marke und nicht als Ausstattung zu betrachten.

4. Das Erfordernis der sinnfälligen Gestaltung der Ware oder Verpackung ist nicht, wie bei der Marke, eng aufzufassen. Man kann es am besten negativ so umschreiben, dass jede sinnfällige Gestaltung darunter fällt, die nicht die besonderen Bedingungen des Markenschutzes erfüllt. Hauptsächlich kommt hier die Gesamtausstattung der Ware oder Verpackung in Betracht, die nicht mit einem Blick als Zeichen erkennbar ist. Häufig werden ganze Verpackungen zweidimensional auseinandergelegt abgebildet und als Marke hinterlegt. Solche Hinterlegungen vermögen allenfalls einzelnen zeichenmässigen Bestandteilen, niemals aber der ganzen Verpackung den Markenschutz zu sichern¹⁵⁾. Als Beispiele sinnfälliger, nicht markenfähiger Warengestaltung seien erwähnt: Die Form einer Flasche (Odol, Maggi) oder die konsequente und auffällige Anbringung einer Marke an einer bestimmten Stelle (Steiff-Knopf im Ohr)¹⁶⁾. Die farbige Ausgestaltung der Ware oder Verpackung fällt grundsätzlich unter den Begriff der Ausstattung. Die farbige Ausführung der Marke steht dagegen unter Markenschutz, soweit ihr kennzeichnende Wirkung überhaupt zukommt¹⁷⁾. Als sinnfällige Gestaltung haben auch Kennzeichen zu gelten, die nicht visuell, sondern mit einem anderen Sinnesorgan deutlich wahrnehmbar sind, insbesondere mit dem Ohr, unter Umständen aber auch mit Geruchs- oder Tastsinn¹⁸⁾. Solche Ausstattungen müssen aber selbstverständlich alle übrigen Voraussetzun-

¹⁵⁾ Ebenso Matter, S. 45: nur eine flächenhafte Seite einer Packung ist als geschlossenes Zeichen schutzfähig. A. M. David, S. 68; s. a. BGE 61 II 385.

¹⁶⁾ David, S. 68.

¹⁷⁾ David, S. 62 ff.; Matter, S. 30; BGE 58 II 453.

¹⁸⁾ Anders § 25 des deutschen WZG, wo nur visuell wahrnehmbare Warenausstattung als schutzfähig erklärt wird.

gen eines Kennzeichnungsmittels erfüllen, müssen also insbesondere klar unterscheidbar sein und nicht allein einem Gebrauchszweck dienen. Bei den schon verschiedentlich postulierten Hörzeichen denken wir nicht nur an das — immerhin funktionell bedingte — Autosignal, sondern an das mündlich gebrauchte Schlagwort und an das Produzentensignal bei Tonfilm (Wochenschau!) und Radiosendungen, typische Beispiele der Ausstattung im weiteren Sinn. Die Einprägsamkeit und damit die Kennzeichnungskraft solcher Hörzeichen ist am grössten, wenn sie kurz und unkompliziert sind; sie müssen auch beim Unmusikalischen haften bleiben. Über das Verhältnis zum Urheberrecht ist weiter unten noch etwas zu sagen.

5. Es besteht kein Grund, den Ausstattungsschutz begrifflich auf die Warenausstattung zu beschränken, da der Rechtsschutz nicht, wie im deutschen Recht, auf einer Spezialnorm beruht, die den Markenschutzbestimmungen angegliedert ist. Unter den Ausstattungsschutz im Sinne von § 25 des deutschen Warenzeichengesetzes fallen die Warenkennzeichen, die Verkehrsgeltung erlangt haben, mit Einschluss der nicht eingetragenen Marke. Das schweizerische Recht kennt keine Spezialnormierung für diese Gattung Kennzeichen, sondern nur die gemeinrechtlichen Normen über den unlauteren Wettbewerb. Daher kann unter Ausstattung im weiteren Sinn jedes irgendwie sinnfällige gewerbliche Kennzeichnungsmittel verstanden werden, das für die beteiligten Verkehrskreise als Hinweis auf einheitliche Herkunft eines Gegenstandes des wirtschaftlichen Verkehrs zu gelten vermag. Zu diesen Gegenständen des wirtschaftlichen Verkehrs kann die Radiosendung, die kinematographische oder theatralische Aufführung, die Einrichtung eines Ausstellungsraums, eines Schaufensters, eines Restaurants (Kennfarben der Brauereien an der Bestuhlung), Kostüme von Angestellten, Reklamemittel überhaupt¹⁹⁾ gehören,

¹⁹⁾ S. a. Beispiele bei Becker, OR-Komm., Art. 48, 15—22. Ein weiteres Beispiel: Phantasiebezeichnungen für Spezialitäten

mithin alles, was mit sinnfälligen Kennzeichen ausgestattet werden kann und für die beteiligten Verkehrskreise, das Käufer- und Konsumentenpublikum im weitesten Sinn, wahrnehmbar ist. Die Rechtsschutznormen sind bei allen diesen Erscheinungsformen der Ausstattung dieselben; es ist daher letztlich ein Streit um Worte, ob man sie unter den Begriff „Ausstattung“ oder „gewerbliche Kennzeichnungsmittel“ zusammenfassen soll. Wir empfehlen „gewerbliche Ausstattung“ oder „Ausstattung“ schlechthin als Oberbegriff, und als engeren Begriff „Warenausstattung“ für die markenunfähige, aber markenmässig auf Ware oder Verpackung angebrachte Ausstattung.

6. Das eigentliche Kriterium der schutzfähigen Ausstattung ist die Verkehrsgeltung²⁰⁾ der Kennzeichnungswirkung. Beide Elemente gehören eng zusammen; ohne sie kann die Ausstattung keine Garantiefunktion ausüben. Eine in den beteiligten Verkehrskreisen noch so bekannte Ausstattung ist nicht schutzfähig, wenn diese Kreise sie nicht als Kennzeichen einheitlicher Herkunft betrachten. Und umgekehrt kommt es nur darauf an, ob die beteiligten Verkehrskreise, und nicht irgendwelche andere Kreise, zum Beispiel die Konkurrenten des Herstellers oder gewisse Behörden, die Ausstattung als Kennzeichen auffassen. Im allgemeinen sind die breiten Käuferschichten, und nicht etwa nur die ersten Abnehmer, als beteiligte Verkehrskreise zu betrachten. Die Käuferschichten können aber je nach der Natur der Ware begrenzt sein, so bei Luxusartikeln. Die Kennzeichnungsabsicht des Unternehmers, der die Ausstattung lanciert, ist nicht massgebend, sondern nur die tatsächliche Verkehrsgeltung. Der Unternehmer kann beispielsweise eine bestimmte Farbgebung für seinen Artikel einführen

eines Restaurants, auf Menu-Karte und in der Reklame kundgegeben, aber nicht markenmässig auf der Ware selbst angebracht.

²⁰⁾ Das Wort ist unschön, seine Bestandteile drücken aber das Wesentliche klarer aus, als der vom Bundesgericht früher verwendete Ausdruck „geschäftliche Position“ (BGE 29 II 71 ff.).

und mit grosser Reklame propagieren („Der rote Füllhalter“, „Die blaue Nähmaschine“); wird diese Farbgebung von seinen Konkurrenten für deren Waren sofort nachgeahmt, so kann das Publikum zur Auffassung kommen, diese Farbe sei zwar für diese Warengattung, nicht aber für solche Ware von ganz bestimmter Herkunft typisch (alle Füllhalter sind neuerdings rot usw.). Resultat: Die Farbe hat keine Verkehrsgeltung als Kennzeichen erlangt, sondern ist Freizeichen geworden. Erst wo die Verkehrsgeltung erlangt ist, bedeutet die Nachahmung durch den Konkurrenten einen Verstoss gegen Treu und Glauben²¹⁾.

Die Kennzeichnungskraft einer Ausstattung lässt sich nicht nach objektiven ästhetischen Kriterien, sondern nur aus dem Grad der Verkehrsgeltung bestimmen. Eine Ausstattung besitzt Kennzeichnungskraft, wenn das Publikum aus der Ausstattung auf einheitliche Herkunft von einem und demselben Unternehmen schliesst, ohne dass es dieses Unternehmen zu kennen braucht²²⁾. Wo diese Kennzeichnungskraft vorhanden ist, vermag jede Nachahmung durch Konkurrenten über die einheitliche Herkunft des ausgestatteten Gegenstandes zu täuschen. Eine Ausstattung, deren Nachahmung durch Konkurrenten nicht zu Verwechslungen bei den beteiligten Verkehrskreisen zu führen vermag, ist nicht kennzeichnungskräftig, sondern im Zweifel rein funktionell. Weil die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise begriffswesentlich ist, sind Kollektivausstattungen, in Analogie zu den Kollektivzeichen des Markenrechts, nicht denkbar. Wohl aber kann sich innerhalb der Landes-

²¹⁾ Vorbehalten bleiben immer die besonderen Schutzbestimmungen für hinterlegte Muster und Modelle.

²²⁾ Vgl. ReichsGer. vom 13. November 1941 in GRUR 1942, S. 217, sowie für die ganzen Ausführungen: Pinzger, WZG, § 25, 3. Ebenso BG i. S. Stahl c. E. u. W. Hummel, Entscheid vom 26. Oktober 1943 (Rosafarbe bei Möbelpolitur), in teilweiser Abweichung von der früheren Praxis. Pr. 32, 187.

grenzen die Verkehrsgeltung auf engere Gebiete beschränken und es kann folglich die gleichartige Ausstattung in verschiedenen Gegenden als Kennzeichen verschiedener Herkunft gelten, wobei jeder der engeren beteiligten Verkehrskreise für die in seinem Gebiet bekannte Ausstattung eine einheitliche Herkunft annimmt. Im allgemeinen muss die herrschende Ansicht unter einem nicht unerheblichen Teil der Abnehmerschaft für die Annahme der Verkehrsgeltung genügen, und zwar für das ganze Landesgebiet, wo nicht eine klare örtliche Begrenzung dargetan ist. Es besteht keine starre Regelung, wie im Markenrecht und den übrigen Spezialgesetzen, wonach eine örtliche Teilung der Verkehrsgeltung nicht möglich wäre.

Ausgeschlossen ist eine universale Wirkung der Verkehrsgeltung einer Ausstattung über die Landesgrenzen hinaus²³). Wie im Immaterialgüterrecht allgemein, so muss auch hier das Territorialprinzip gelten. Die Pariser Verbandsübereinkunft (Londoner Fassung vom 2. Juni 1934) steht auf diesem Boden; sie sichert den Verbandsangehörigen in den Verbandsländern den gleichen Rechtsschutz gegen unlauteren Wettbewerb zu, wie den Einheimischen, und stellt damit auf die Verkehrsgeltung in jedem einzelnen Verbandslande ab. Eine Priorität durch Verkehrsgeltung im Ausland vor Erlangung der Verkehrsgeltung im Inland ergibt sich aus diesen Bestimmungen nicht, und ebensowenig ergibt sich eine solche Priorität aus den schweizerischen gesetzlichen Bestimmungen. Auch die Hinterlegung einer Ausstattung im Ausland als Gebrauchsmuster, Muster oder Modell kann auf Grund der Pariser Verbandsübereinkunft nicht Priorität für die Verkehrsgeltung als Ausstattung in der Schweiz verschaffen, wohl aber Priorität für fristgemässe Hinterlegung als Muster oder Modell, möglicherweise auch als Patent in

²³) Die von der deutschen Praxis anerkannte Anwartschaft auf Verkehrsgeltung im Inland bei ausländischer Verkehrsgeltung (RGZ 141, 110, 121) scheint sich nicht aus dem Universalitätsprinzip abzuleiten.

der Schweiz (Art. 4 E Pariser Union). Die innerhalb der Prioritätsfrist erlangte Verkehrsgeltung einer verwechselbaren Ausstattung in der Schweiz müsste dem so erlangten Muster-, Modell- oder Patentschutz, der sich auf die Verbandspriorität beruft, weichen, sofern nur bei der ersten Hinterlegung im Ausland (Verbandsland) der Gegenstand der Hinterlegung in der Schweiz noch neu war und sofern die übrigen materiellen Voraussetzungen des schweizerischen Muster-, Modell- oder Patentschutzes vorliegen. Die Neuheit eines Musters, Modells oder Gebrauchsmusters (Erfindung) kann schon zerstört sein, bevor eine verwechselbare Ausstattung eines Konkurrenten Verkehrsgeltung als Kennzeichen erlangt hat. Umgekehrt kann ein mangels Neuheit nicht mehr schutzfähiges Muster, Modell oder Gebrauchsmuster immer noch Verkehrsgeltung als Ausstattung erlangen.

Die Verkehrsgeltung ist das eigentliche konstitutive Element des Ausstattungsschutzes. Mit ihr entsteht der Anspruch auf Rechtsschutz. Ist sie zerstört, so ist auch der Anspruch auf Rechtsschutz dahingefallen. Zwischen mehreren konkurrierenden Ausstattungen entscheidet die Priorität der Verkehrsgeltung. Sie braucht nicht mit der Priorität des Gebrauchs, nach Analogie des Markenrechts, identisch zu sein; jedenfalls ist der Nachweis der Verkehrsgeltung nicht dasselbe, wie der Nachweis des Gebrauchs. Eine Waren-Ausstattung kann durch reine Reklame, zum Beispiel durch Abbildung der Ware, Verkehrsgeltung erlangen, ohne dass die Ware selbst schon mit der Ausstattung in den Verkehr gelangt wäre. Andererseits kann die Verkehrsgeltung verloren gehen, obwohl der Gebrauch der Ausstattung durch den Berechtigten nicht aufgehört hat; so, wenn der Berechtigte sich gegen Nachahmungen nicht zur Wehr setzt und nicht durch Propaganda bei den beteiligten Verkehrskreisen die Auffassung wachhält, die Ausstattung sei Kennzeichen bestimmter Herkunft.

Eine allgemeine Schranke findet die rechtsbegründende Wirkung der Verkehrsgeltung an dem Grundsatz,

dass nur derjenige Anspruch auf Rechtsschutz hat, der Treu und Glauben im Verkehr nicht verletzt.

7. Der Rechtsschutz der Ausstattung ist im gemeinen Recht normiert, das heisst in den Artikeln 41 und 48 des Obligationenrechts²⁴⁾. Nach Art. 48 steht dem Inhaber einer Ausstattung gegen Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen, die ihn in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigen oder in deren Besitz bedrohen, ein Unterlassungsanspruch und im Falle des Verschuldens des Verletzers Anspruch auf Schadenersatz zu. Die allgemeine Deliktsklage nach Art. 41, die immer ein Verschulden voraussetzt, kommt für die Fälle in Betracht, wo eine rechtswidrige oder Treu und Glauben verletzende Handlung den wirtschaftlichen Wert der Ausstattung beeinträchtigt, ohne dass die beeinträchtigende Handlung zum Zwecke des wirtschaftlichen Wettbewerbs erfolgt oder ohne dass eine Bedrohung im Besitze der Geschäftskundschaft oder deren Beeinträchtigung nachweislich wäre²⁵⁾. Ein Unterlassungsanspruch ohne Rücksicht auf das Verschulden des Verletzers besteht in diesem Falle nicht. Wie weit durch Sofortmassnahmen gegen unerlaubte Handlungen gerichtlich vorgegangen werden kann, bestimmt das kantonale Zivilprozessrecht. Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB und 49 OR kann für die Ausstattung an sich nicht angerufen werden, denn sie ist ein

²⁴⁾ Auf die Bestimmungen des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb und die strafrechtlichen Sanktionen kann im Rahmen dieser Studie nicht eingetreten werden.

²⁵⁾ Becker, Komm., Art. 48, 4 u. 9, dehnt den Begriff der Kundschaft auf die allgemeine geschäftliche Position und die Verkehrsgeltung aus, was mit dem Wortlaut von Art. 48 doch wohl nicht vereinbar ist. Bei der Ausstattung im weiteren Sinne sind Angriffe auf deren wirtschaftlichen Wert wohl denkbar, die den Besitz der Kundschaft an sich nicht bedrohen, z. B. bei Nachahmung der erwähnten Brauerei-Farben oder von Ausläufer-Kostümen. Der Wert einer Ausstattung braucht nicht nur im Werbeeffekt bei der Kundschaft zu liegen, sie kann auch allgemein kreditförderndes Kennzeichen sein.

wirtschaftliches und kein persönliches Gut. Eine kredit-schädigende Handlung kann aber in Idealkonkurrenz sowohl die Persönlichkeit des Unternehmers als dessen Recht an einer Ausstattung verletzen²⁶⁾.

Normalerweise bedeutet jede Nachahmung der Ausstattung durch einen Konkurrenten zu Zwecken des wirtschaftlichen Wettbewerbs auch eine Bedrohung im Besitze der Geschäftskundschaft des Berechtigten und erfüllt damit den Tatbestand von Art. 48 OR. Der Unterlassungsanspruch nach Art. 48 setzt kein Verschulden voraus. Es braucht nur objektiv die Gefahr der Verwechslung zwischen der Ausstattung des Berechtigten und derjenigen eines Dritten sowie zwischen den mit solcher Ausstattung versehenen Gegenständen vorzuliegen. Massgebend hierfür ist die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise, zu denen die Kundschaft des Berechtigten gehört. Der Besitz dieser Kundschaft ist für den Berechtigten bedroht, sobald Unsicherheit und Verwechslungen in diesen Kreisen möglich sind²⁷⁾. Ob die unlautere Wettbewerbshandlung, die Nachahmung der Ausstattung, gegen Treu und Glauben verstösst, bestimmt sich überhaupt nach objektiven Kriterien, das heisst nach der Verkehrsauffassung und nicht nach der unlauteren Gesinnung des Konkurrenten²⁸⁾.

Für die Schadenersatzpflicht, die ein kausales Verschulden voraussetzt, und die Bemessung des Schadenersatzes sind die allgemeinen Regeln der Artikel 41 und folgende des OR massgebend.

8. Über die Natur des subjektiven Rechts an der Ausstattung kann so viel gesagt werden, dass es nicht ein Persönlichkeitsrecht oder der blosser Ausfluss eines Rechts auf Achtung und Geltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit ist. Das Recht an der Ausstattung ist weder höchstpersönlich und unübertragbar, noch universal in seiner Wirkung. Es handelt sich vielmehr um ein absolutes

²⁶⁾ BGE 58 II 430.

²⁷⁾ Schoenberg, S. 344.

²⁸⁾ Becker, 48, 1.

Recht an einem Immaterialgut, bei dessen Verletzung Vermögensschaden entstehen muss und deshalb Schadenersatz zu leisten ist. Wir haben es also ebensogut mit einem Vermögensrecht zu tun, wie beim Markenrecht. Das Recht an der Ausstattung ist sogar leichter übertragbar und weniger akzessorisch an das Unternehmen gebunden, als das Markenrecht, entsprechend der weniger ausgeprägten Garantiefunktion der Ausstattung. Wie das Markenrecht, ist das Recht an der Ausstattung daher bei den Immaterialgüterrechten einzureihen²⁹⁾. Wie weit im einzelnen Fall ein Vermögenswert vorhanden und damit ein subjektives Vermögensrecht entstanden sein kann, ist nicht zuletzt nach den Gesichtspunkten des Bilanzrechts zu beurteilen³⁰⁾.

9. Häufig wird versucht, den Schutz der Ausstattung durch Hinterlegung als Marke, Muster oder Modell zu verstärken, seltener auch, das Patentrecht, Urheberrecht oder Firmenrecht zum Schutze der Ausstattung anzurufen. Für das Verhältnis zwischen den Schutzbestimmungen des gemeinen Rechts und denjenigen der Spezialgesetze (MSchG, MMG, PatG, URG sowie auch OR 944 ff.) gilt der vom Bundesgericht aufgestellte Grundsatz der Subsidiarität des gemeinen Rechts: Dieses ist nur anzuwenden, wo das Spezialgesetz die Materie nicht erschöpfend regelt und keinen erhöhten Rechtsschutz gewährt³¹⁾. Im einzelnen ist über die Anwendbarkeit der Spezialgesetze auf die Ausstattung folgendes zu sagen:

²⁹⁾ Vgl. Sandreuter, Rechtliche Natur, Entstehung und Endigung des Markenrechts, insbes. S. 48; Matter, S. 42; David, S. 52; Schapira, Das Unternehmen und seine Kennzeichen, S. 143.

³⁰⁾ Vgl. Art. 665 OR, wo von „Marken und ähnlichen wirklichen Vermögenswerten“ die Rede ist, dazu Staehelin, Buchführung und Bilanz, in Basler Vorträge über das neue Obligationenrecht, S. 84.

³¹⁾ BGE 40 II 360; Becker, Vorbem. zu OR 41 ff., 8—12; Schoenberg, 336 f.; David, 50; OR 946 und 951 spricht den Grundsatz der Subsidiarität aus für das Recht an der Personen-

a) Markenrecht und Firmenrecht gewähren bestimmten geschäftlichen Kennzeichen erhöhten Rechtsschutz. Erschöpfend wird dieser Schutz durch Spezialbestimmungen geregelt für registrierte Marken und Firmen gegenüber markenmässigen und firmenmässigen Nachahmungen. Verglichen mit Art. 48 OR ist es ein erhöhter Rechtsschutz. Der Inhaber einer eingetragenen Marke ist gegen Nachahmungen und unberechtigte Verwendung seiner Marke durch Dritte auf gleichartigen Erzeugnissen und Waren geschützt, der Inhaber einer im Handelsregister eingetragenen Firma gegen die Eintragung und jede Verwendung derselben Firma als solche durch Dritte. Die Eintragung verschafft die Vermutung der Priorität und legitimiert zur Klage gegen jede spätere Verletzung. Der aus Markenrecht oder Firmenrecht Klagende braucht nicht nachzuweisen, dass die Verletzung ihn im Besitz seiner Geschäftskundschaft bedrohe und gegen Treu und Glauben verstosse.

Der erhöhte Rechtsschutz ergibt sich für Marke und Firma somit aus der Publizitätswirkung des Registereintrags. Diese ist für die Firma besonders stark dank dem Vorprüfungsverfahren bei der Eintragung im Handelsregister; für die eingetragene Marke besteht neben der — widerlegbaren — Vermutung des Rechts ein besonders normierter Klageschutz. Gemäss Art. 29 MSchG besteht in jedem Kanton eine einheitliche Gerichtsstelle für Klagen aus Markenrecht und es kann jeder Markenrechtsprozess unbekümmert um den Streitwert an das Bundesgericht weitergezogen werden. Eine Folge dieser Bestimmung ist, dass Ansprüche aus Markenrecht und aus unlauterem Wettbewerb nicht im selben Prozess geltend gemacht

firma. Eingehende Kritik findet die bundesgerichtliche Praxis bei Rudolf Pfister, Untersuchungen über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze, sowie Ferruccio Bolla, *Protezione dei marchi e concorrenza sleale in diritto svizzero*.

werden können, da verschiedene Gerichte hierfür zuständig sind³²⁾.

Die Kollisionen zwischen Marke oder Firma einerseits und nicht marken- oder firmenmässigen, verwechslungsfähigen Kennzeichen andererseits sind nach den gemeinrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Gemäss der bisher vom Bundesgericht befolgten Praxis sind die Spezialgesetze auf diese Tatbestände nicht anzuwenden³³⁾. Das kann freilich nicht bedeuten, dass die Spezialgesetze hierbei ganz auszuschalten seien und nur das gemeine Recht die Beurteilungsgrundlage bilde. Die Ausstattung ist begrifflich allerdings nie Marke oder Firma, und ihr Rechtsschutz gegenüber Marke oder Firma kann daher nur auf der Priorität ihrer Verkehrsgeltung beruhen. Der Umfang der Rechte an Marke oder Firma ist dagegen immer nach den Spezialgesetzen zu beurteilen. Die Marke oder Firma, mit der die Ausstattung in Kollision tritt, geniesst die Prioritätsvermutung vom Zeitpunkt ihrer Registrierung an und bedarf hierfür keines Nachweises der Verkehrsgeltung. Nur soweit für die Ausstattung die Priorität der Verkehrsgeltung vor Registrierung der verwechslungsfähigen Marke oder Firma in Anspruch genommen wird, ist ohne Rücksicht auf die Registrierung nach der Priorität der Verkehrsgeltung zu entscheiden, wobei aber für die Marke auch in diesem Falle die Priorität des markenmässigen Gebrauchs zur Durchsetzung gegenüber der Ausstattung genügt, denn der markenmässige Gebrauch ist das konstitutive Element des Markenrechts³⁴⁾. Der erhöhte Rechtsschutz,

³²⁾ Viele Kantone haben für Markenrechtsprozesse das oberste kantonale Gericht als zuständig erklärt. Vgl. die kritischen Bemerkungen von A. Wieland in SJZ 23, 211 ff. Abhilfe will das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943, Art. 5, schaffen.

³³⁾ BGE 55 II 345, 58 II 170; Matter, S. 35.

³⁴⁾ Abweichend: Margarete von Burg, Die relative Schutzfähigkeit der Marke und der andern gewerblichen Kennzeichen, S. 82, wo auch für die uneingetragene Marke auf die Verkehrsgeltung und nicht auf den ersten Gebrauch abgestellt wird.

den Marke und Firma geniessen, kommt somit im Prioritätsstreit auch gegenüber der Ausstattung zur Geltung. Ebenso ist der Begriff der Verwechslungsfähigkeit und der Tatbestand der Nachahmung einer Marke immer primär vom Markenrecht aus zu untersuchen.

Diese Auffassung sollte zur Folge haben, dass auch der Rechtsstreit zwischen Marke und Ausstattung als Markenrechtsstreit im Sinne des Spezialgesetzes zu behandeln und vor dem Spezialforum gemäss Art. 29 MSchG auszutragen wäre. Der Inhaber einer Ausstattung sollte demnach auf Löschung einer Marke klagen können, sowohl dann, wenn er sich auf Priorität seiner Verkehrsgeltung, also einen nicht markenrechtlichen Begriff, stützt, als auch, wenn er die Verwirkung einer älteren kollidierenden Marke behauptet. Der Begriff des getäuschten Käufers gemäss Art. 27, 1 MSchG ist ausdehnend zu interpretieren, und es ist demnach auch dem Inhaber einer Ausstattung die Legitimation zur Löschungsklage zuzusprechen³⁵). Umgekehrt kann dem Inhaber einer eingetragenen Marke die Klagelegitimation nach Art. 24 a und b MSchG gegen nicht markenmässige Nachahmungen, also auch gegenüber verwechslungsfähigen Ausstattungen, nicht versagt werden³⁶).

Für die Beziehungen zwischen Firma und Ausstattung sind diese Erörterungen deshalb nicht von Bedeutung, weil Kollisionen kaum vorkommen und weil die Spezialnormen des Firmenrechts die Anwendung des allgemeinen Teils des Obligationenrechts von vornherein nicht ausschliessen, weder materiell noch prozessual.

Wo Firma und Ausstattung kombiniert verwendet werden, ist jedes Element rechtlich getrennt zu betrachten. Eine Kombination der Marke mit Ausstattungselementen kann dagegen dazu führen, dass die nicht markenfähige Ausstattung, zum Beispiel eine Farbe, zum unselbständi-

³⁵) Schoenberg, 349—350; BGE 53 II 510 ff. Über die analoge Popularklage im Muster- und Modellrecht vgl. unten sub b).

³⁶) Ebenso David zu Art. 24, Noten 8, 9, 21 und 26.

gen, schutzverstärkenden Bestandteil der Marke wird³⁷⁾. Im übrigen folgt aber jedes Element, Marke oder Firma einerseits und die Ausstattung andererseits, seinen eigenen Gesetzen. Das eine kann sich als schutzfähig, das andere als schutzunfähig erweisen, das eine kann seinen Schutz verlieren, z. B. mangels Verkehrsgeltung, das andere ihn beibehalten, z. B. wegen Fortbestehens des Registereintrags. Es liegen somit trotz der praktischen Verbindung zwei selbständige Rechte vor³⁸⁾.

Wer die Abbildung einer ganzen Warenausstattung, zum Beispiel alle Seiten einer farbigen, bebilderten und beschrifteten Umhüllung, als Marke hinterlegt, erzielt damit nur für deren markenfähige Bestandteile die Rechtswirkung einer Markenhinterlegung. Der Schutz der Ausstattung wird durch die Hinterlegung als Marke nicht gesichert, sondern höchstens insofern gefördert, als die Veröffentlichung des Registereintrags die Verkehrsgeltung zu beeinflussen vermag.

b) Die Spezialgesetze über die gewerblichen Muster und Modelle, die Erfindungspatente und das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst schützen keine Kennzeichnungsgüter, sondern Neuschöpfungen. Wo eine Ausstattung gleichzeitig Gegenstand eines solchen Urheberrechts ist, bestehen zwei offenkundig selbständige Rechtskreise. Nur soweit sich diese Kreise überdecken oder schneiden, geht die Regelung der Spezialgesetze dem gemeinrechtlichen Ausstattungsschutz vor.

Am nächsten beim Gebiet des Ausstattungsschutzes liegt von diesen Urheberrechten dasjenige des Muster- und Modellschutzes. Gegenstand des Spezialgesetzes (MMG) sind Warenausstattungen; aber geschützt gegen Nachahmungen wird nicht deren Verkehrsgeltung als Kennzeichen, sondern die Neuheit ihres ästhetischen Ef-

³⁷⁾ BGE 58 II 453, 61 II 385.

³⁸⁾ Ebenso Bolla, S. 85.

fekts³⁹⁾, wobei das Monopol dem Urheber oder dessen Rechtsnachfolger zufällt, der ein Muster oder Modell seiner Neuschöpfung beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum hinterlegt, bevor es in beteiligten Verkehrskreisen bekannt ist. Das formelle Monopol dauert auf Grund der Hinterlegung 15 Jahre, unbekümmert darum, ob es ausgeübt wird und ob die so monopolisierte Ausstattung damit Verkehrsgeltung als Kennzeichen erlangt. Der Muster- und Modellschutz ist somit ein qualifizierter Warenausstattungschutz; konstitutives Element des Schutzrechts ist die Hinterlegung des Musters oder Modells. Wer eine neue originelle Warenausstattung kreiert, wird mit Vorteil deren Muster oder Modell hinterlegen. Das Spezialgesetz gewährt ihm ähnlichen erhöhten Rechtsschutz, wie er im MSchG für die markenfähigen Zeichen geordnet ist, das heisst: Klagelegitimation ohne Beweislast für Neuheit, Urheberschaft usw., Verbots-, Schadenersatz- und Strafklagen, wobei Verbot, Beschlagnahme und Einziehung von Nachahmungen auch ohne Verschulden des Nachahmers erfolgen können. Das durch die Hinterlegung auf 15 Jahre gesicherte Monopol bietet die beste Gelegenheit, eine Warenausstattung als Kennzeichen in den beteiligten Verkehrskreisen einzuführen, so dass nach Ablauf der Schutzfrist des MMG die Ausstattung nach Art. 48 OR gegen Nachahmungen geschützt werden kann. Während der Schutzdauer ist der gemeinrechtliche Schutz durch den erhöhten Schutz des Spezialgesetzes konsumiert, denn jede Verletzung des Kennzeichnungswerts der Ausstattung durch Nachahmungen usw. verletzt auch das geschützte Musterrecht. Im Rechtsstreit zwischen hinterlegtem Muster und nicht hinterlegter Ausstattung entscheidet bei gegebener Verwechslungsfähigkeit ausschliesslich die Neuheit des Musters bei der Hinterlegung.

Die Voraussetzungen der Neuheit, Originalität und Urheberschaft werden nicht im Hinterlegungsverfahren,

³⁹⁾ Nur hierauf bezieht sich die erschöpfende Regelung des Spezialgesetzes.

sondern erst im Prozess geprüft. Die Klage auf Ungültigkeit einer Hinterlegung wegen Fehlens dieser Voraussetzungen kann von jedem Interessierten angehoben werden (MMG Art. 12 u. 13). Durch die Vorschrift einer besonderen Gerichtsinstanz und der Weiterziehbarkeit an das Bundesgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert (MMG Art. 33) ist, wie im Markenrecht, die Verbindung von Klageansprüchen aus Musterschutz und gemeinrechtlichem Ausstattungsschutz formell verunmöglicht, ausser für das Verfahren in erster Instanz, soweit nach kantonalen Bestimmungen diese Instanz für Klagen aus gemeinem Recht und als einzige Instanz für solche aus Musterschutz zuständig ist. Diese formelle Unmöglichkeit, die gemeinrechtlichen Ansprüche durch Eventualbegehren oder Widerklage mit dem Musterschutz-Prozess zu verbinden, ist dann von Nachteil, wenn eine Hinterlegung ungültig erklärt wird, der Hinterleger sich aber mit dem subsidiären gemeinrechtlichen Schutz für seine Ausstattung zur Wehr setzen will. Materiell kann seine Ausstattung ja sehr wohl Verkehrsgeltung als Kennzeichen erlangt haben, auch wenn ihr im Prozess der Musterschutz abgesprochen wird.

Mit dem Patentrecht hat das Gebiet des Ausstattungsschutzes nur die strukturelle Grundlage gemeinsam, das Prinzip des Schutzes immaterieller gewerblich verwertbarer Güter gegen Nachahmungen. Gegenstand des Erfindungsschutzes ist aber die Neuheit, technische Höhe und Verwertbarkeit der Erfindung, also wesentlich andere Funktionen eines Immaterialgutes, als bei der Ausstattung. Ausstattung und Erfindung können nicht miteinander kollidieren, sie sind begrifflich nicht verwechslungsfähig. Wer den Gegenstand der Patentanmeldung eines andern mit derselben Ausstattung schon früher gewerblich verwertet hat, kann sich gegenüber dem Patent auf patentrechtliche Einwendungen (z. B. Vorbenutzungsrecht, Nichtigkeit gemäss Art. 16 PatG) berufen, nicht aber auf die Priorität seiner Ausstattung. Für diese kann er, trotz der Erteilung des Patents an den andern, die Priorität in der

Verkehrsgeltung erlangt haben oder noch erlangen, sofern ihm nur das fremde Patent nicht die Verwendung des mit der Ausstattung versehenen Gegenstandes an sich verbietet, was wiederum eine reine Frage des Patentrechts ist. Ein Erzeugnis kann sehr wohl gleichzeitig Gegenstand des Erfindungsschutzes und des Ausstattungsschutzes sein. Diese Rechtskreise schneiden sich nicht: der Ausstattungsschutz hört dort auf, wo der Erfindungsschutz beginnt, nämlich bei der notwendigen technischen Funktion. Hiezu ist auf das zu verweisen, was oben sub 2 über die Funktion der Ausstattung gesagt wurde.

Die Abgrenzung der erschöpfenden Regelung des Erfinderschutzes durch das Patentgesetz und der Bereich des erhöhten Rechtsschutzes, den dieses Gesetz analog zu den übrigen Spezialgesetzen regelt, ist daher für das Gebiet des Ausstattungsschutzes nicht von Interesse. Eine Verbindung von Klagen aus Erfindungsschutz und Ausstattungsschutz, die materiell in den seltensten Fällen Vorteile bieten dürfte, stösst formell auf dieselben Schwierigkeiten wie die Klagenverbindung bei den andern Spezialgesetzen: Die Zuständigkeit der Gerichte ist für patentrechtliche Klagen anders geordnet, als für gemeinrechtliche Klagen.

Zum Verhältnis zwischen Ausstattungsschutz und Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst ist endlich folgendes zu sagen: Stellt eine Ausstattung ein schutzfähiges Kunstwerk dar, so setzt ihre Verwertung als Ausstattung voraus, dass der Inhaber gleichzeitig Inhaber des Urheberrechtes oder zum mindesten des Wiedergabe- und Verwertungsrechtes für seinen gewerblichen Zweck sei. Als Inhaber des Urheberrechtes genießt er ein Monopol der Wiedergabe, Vorführung und Verwertung des Kunstwerkes in jeder Beziehung, nicht nur für den gewerblichen Kennzeichnungszweck der Ausstattung. Dieser erhöhte Rechtsschutz, den das URG erschöpfend regelt, konsumiert praktisch den Ausstattungsschutz. Die zivil- und strafrechtlichen Verbots-, Konfiskations- und Ent-

schadigungsansprüche, die das Spezialgesetz gegenüber jeder unerlaubten Nachahmung des Kunstwerkes gewährt, genügen meist auch für den Schutz desselben als Ausstattung. Eine Verbindung der urheberrechtlichen Klage, für die besondere Gerichte zuständig sind, mit der Klage aus gemeinem Recht erübrigt sich. Die Nachahmung einer Ausstattung kann aber unter Umständen auch ausschliesslich die Kennzeichnungswirkung berühren, ohne dass darin eine unveränderte oder veränderte Wiedergabe des geschützten Werkes zu sehen wäre. Hier hat der gemeinrechtliche Ausstattungsschutz einzugreifen. Wo das Urheberrecht zessiert, zeigt sich die Selbständigkeit des Rechts an der Ausstattung. Das Urheberrecht ist zeitlich begrenzt (Art. 36 ff. URG) und kann von der Verkehrsgeltung der Ausstattung überdauert werden. Es lässt ferner Ausnahmen zu, die dem Ausstattungsschutz zuwiderlaufen; so das jedermann zustehende Recht auf Benutzung fremder Melodien in selbständiger Bearbeitung (Art. 15 URG), wodurch für Hörzeichen der urheberrechtliche Schutz recht problematisch wird. Der gemeinrechtliche Schutzbereich der Ausstattung wird von demjenigen des Urheberrechts nur zu einem Teil überdeckt, während dieser anderseits weit über das Gebiet des Schutzes gewerblicher Kennzeichnungsmittel hinausreicht.
