

ZH_HANDELSGERICHT HG000018 vom 19. September 2002

Zh Handelsgericht, 2002-09-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG000018

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG000018 du 19 septembre 2002

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG000018 del 19 settembre 2002

Erwägungen

E. 1

Es sei die Beklagte zu verpflichten, die am 16. Dezember 1996 hinterlegte schweizerische Marke Nr. 440533 der Beklagten ("PULS- tip") für alle eingetragenen Waren- und Dienstleistungskategorien in- nert 30 Tagen seit Rechtskraft des Urteils auf die Klägerin zu übertra- gen und bei der registerrechtlichen Umschreibung der Marke auf die Klägerin mitzuwirken; eventuell: Es sei festzustellen, dass die am 16. Dezember 1996 hinter- legte schweizerische Marke Nr. 440533 der Beklagten ("PULStip") für alle eingetragenen Warenkategorien nichtig ist; (Unterlassungsbegehren)

E. 1.1

Zur Begründung beruft sie sich zunächst auf Art. 53 MSchG (act. 1 S. 19 f.; act. 11 S. 15). Die Beklagte erklärt die Voraussetzungen einer Übertragung ge- mäss Art. 53 MSchG für nicht erfüllt und das Klagerecht als nach Abs. 2 von Art. 53 MSchG verwirkt (act. 7 S. 14; act. 15 S. 17). Gemäss Art. 53 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 MSchG kann, wer ein rechtliches Interesse nachweist, anstatt auf Feststellung der Nichtigkeit der Markeneintragung auf Übertragung der Marke klagen, wenn der Beklagte sich diese angemasst hat. Damit wird im Gesetz die Möglichkeit verankert, die Übertragung von usurpierten Marken auf den "wirklichen Inhaber", den "materiell besser Berechtigten" bzw. den "wirklich Berechtigten" zu verlangen (MSchG-David, Art. 53 N 1; Pedrazzi- ni/von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, N 738 f.; BBI 1991 I 43). Nach Abs. 2 von Art. 53 MSchG erlischt der Anspruch auf Übertragung der Marke zwei Jahre nach Veröffentlichung der Eintragung oder nach Wegfall der Zustim- mung des Markeninhabers gemäss Art. 4 MSchG. Die Eintragung der Marke Puls-Tip ist am 29. Mai 1997 publiziert (act. 3/15; act. 15 S. 17), die vorliegend zu prüfende Klage am 17. Januar 2000 (act. 1) - und damit mehr als 2 Jahre nach der Publikation - eingeleitet worden. Die Klägerin hält nun unter Verweis auf Pedrazzini/von Büren/Marbach (a.a.O., N 740) dafür, bei bösem Glauben der Beklagten sei in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 2 PatG jede Verwirkung ausgeschlossen. Die Beklagte habe bei Hinterle- gung der Marke Puls-Tip Ende Oktober 1997 gewusst, dass ihre Titelrechte be- stritten seien, und sei damit bösgläubig gewesen. Der Übertragungsanspruch sei demgemäss nicht verwirkt (act. 11 S. 15). Dazu sind folgende Überlegungen anzustellen: Unter Anmassung einer Marke i.S.v. Art. 53 Abs. 1 MSchG ist sowohl die möglicherweise schuldlose Verletzung, die in guten Treuen oder gar mit Zustimmung des wirklichen Inhabers erfolgte

- 8 - Eintragung wie auch die absichtliche Aneignung eines fremden Rechts zu verste- hen. Der Gesetzgeber hat damit im Zusammenhang mit Abs. 1 von Art. 53 MSchG unter anderem auch die von allem Anfang an treuwidrig hinterlegten Mar- ken im Auge gehabt (MSchG-David, Art. 53 N 5), ohne jedoch für derartige Fälle von "bösgläubiger" Hinterlegung in Abs. 2 von Art. 53 MSchG eine gesonderte Regelung betreffend die

Verwirkung zu treffen. Es ist mithin mit David (MSchG- David, Art. 53 N 7) davon auszugehen, dass in allen Fällen der Hinterlegung ohne Zustimmung des wirklichen Inhabers die Verwirkungsfrist mit Veröffentlichung der Eintragung zu laufen beginnt. Es erübrigt sich mithin, der Frage nachzugehen, ob die Beklagte als bösgläubig zu betrachten wäre. Für den Fall, dass das Gericht eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 2 PatG ablehnen sollte, macht die Klägerin mit dem Verweis auf David (MSchG-David, Art. 53 N 7) geltend, die Zweijahresfrist von Art. 53 Abs. 1 MSchG beginne mit der Aufforderung zur Herausgabe der Marke zu laufen. Nachdem sich die Parteien nach Beendigung der Zusammenarbeit noch eine gewisse Zeit für eine gütliche Lösung der Auseinandersetzung gegeben hätten, habe sie (die Klägerin) mit Schreiben vom 21. April 1998 die Beklagte zur Herausgabe der Marke Puls-Tip aufgefordert. Mit Klageeinleitung im Januar 2000 sei die Frist somit gewahrt worden (act. 11 S. 15). Die eben angeführte klägerische Argumentation krankt daran, dass die Zweijahresfrist von Art. 53 Abs. 2 MSchG nur in denjenigen Fällen mit Wegfall der Zustimmung bzw. Aufforderung zur Herausgabe des Treuguts zu laufen beginnt, in welchen die Hinterlegung eben mit Zustimmung des wirklichen Markeninhabers erfolgt ist (MSchG-David, Art. 53 N 7). Dass sie (die Klägerin) ihre Zustimmung zur Hinterlegung der Marke Puls-Tip auf den Namen der Beklagten erteilt hätte, wird von der Klägerin nicht behauptet (sondern gegenteils in Abrede gestellt; act. 11 S. 15), womit für den Zeitpunkt des Beginns des Fristenlaufs gemäss Art. 53 Abs. 2 MSchG auch nicht der Wegfall der Zustimmung bzw. die Aufforderung zur Herausgabe massgebend sein kann. Fristauslösend ist nach dem Gesagten die Veröffentlichung der Eintragung der Marke Puls-Tip. Da diese - wie bereits ausgeführt - vom 29. Mai 1997 datiert (act.

- 9 - 3/15; act. 15 S. 17) und die Klage erst mehr als zwei Jahre später (14. Januar 2000; act. 1) eingereicht wurde, ist ein allfälliger Übertragungsanspruch der Klägerin aus Art. 53 MSchG verwirkt. Zuzufolge dessen steht der Klägerin - unbesehen der Frage, ob sie als "wirkliche" Inhaberin der Marke Puls-Tip zu betrachten wäre - kein Anspruch auf Übertragung der Marke Puls-Tip zu.

E. 1.2

Die Klägerin hält weiter dafür, sie habe gestützt auf die Vereinbarung vom 9./18. März 1994, welche in Bezug auf die Titelrechte als Lizenzvertrag zu qualifizieren und im Oktober 1997 abgelaufen sei, einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung der Marke Puls-Tip (act. 11 S. 15). Was gestützt auf die Vereinbarung vom 9./18. März 1994 bezüglich der Rechte am Titel Puls-Tip gelten soll bzw. ob von der Erteilung einer entsprechenden Lizenz an die Beklagte auszugehen ist, ist zwischen den Parteien strittig (act. 11 S 21 f.; act. 15 S 10 f.), kann hier aber letztlich offen bleiben: Lässt der Nehmer einer (echten oder unechten) Lizenz eines zunächst nicht markenrechtlich geschützten Zeichens dieses ohne Zustimmung des Lizenzgebers auf seinen (des Lizenznehmers) Namen als Marke eintragen, geniesst diese Marke gemäss Art. 4 MSchG keinen Schutz. Der Lizenzgeber kann in einem solchen Fall gestützt auf Art. 53 MSchG innert zwei Jahren nach Veröffentlichung der Markeneintragung die Übertragung der entsprechenden Marke verlangen. Ein anderer bzw. zusätzlicher Übertragungsanspruch aus Vertrag ist daneben - vorbehaltlich einer (hier fehlenden) dahingehenden vertraglichen Regelung (vgl. Hilty, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, § 9 B III 2 b Fn 334) - nicht gegeben.

E. 1.3

Das Begehren um Übertragung der Marke Puls-Tip auf die Klägerin ist ab- zuweisen. 2. Nichtigkeitsklage Die Klägerin beantragt weiter, es sei festzustellen, dass die Marke Puls-Tip für al- le eingetragenen Warenkategorien gemäss Art. 52 MSchG nichtig sei (act. 1 S. 20; act. 11 S. 15 f.). Zur Begründung beruft sie sich auf Art. 2 lit. c MSchG und hält dafür, das Publikum bringe die Marke Puls-Tip mit der Fernsehsendung PULS in Verbindung und ziehe als Folge davon unrichtige Rückschlüsse auf die

- 10 - geschäftlichen Verhältnisse der Beklagten (act. 1 S. 20 f.; act. 11 S. 16 f.). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrunds (act. 15 S. 19 ff.). Unter dem Titel "Absolute Ausschlussgründe" werden in Art. 2 MSchG zugunsten der Allgemeinheit Schranken für die Eintragungsmöglichkeit von Marken errichtet. So sind etwa Zeichen, die Abnehmer täuschen können, von der Eintragung aus- geschlossen (Art. 2 lit. c MSchG). Sind solche Zeichen dennoch als Marken im Register eingetragen worden, geniessen sie keinen Schutz und können auf Klage hin für ungültig erklärt werden. Erweckt die Marke bei Konsumenten Erwartungen über die Herkunft der Ware, über deren sachliche Qualität oder über die geschäftlichen Verhältnisse des An- bieters, so ist dieselbe gemäss Art. 2 MSchG nur für solche Produkte zulässig, welche dieser Erwartung auch genügen (Pedrazzini/von Büren/Marbach, a.a.O., N 489). Eine irreführende Angabe über die geschäftlichen Verhältnisse liegt dabei vor, wenn durch die Aufnahme eines Personennamens in die Marke bestimmte Vorstellungen erweckt werden, weil das Publikum einen nicht vorhandenen Zu- sammenhang zwischen dieser Person und der mit deren Namen gekennzeichne- ten Marke vermuten muss (vgl. dazu die Beispiele in MSchG-David, Art. 2 N 61). Eine Marke mit einem Wortbestandteil eines fremden Namens oder einer fremden Firma kann somit dann zur Täuschung des Publikums geeignet sein, wenn zwi- schen dem Namensträger (Person oder Unternehmen) und den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen keine sachliche Beziehung besteht. Auch der rechtmässig geführte Familienname kann zu Täuschungen Anlass geben, wenn dadurch ein falscher Schluss auf den Markeninhaber gefördert wird. Das trifft et- wa dort zu, wo der verwendete Namen den Abnehmern bekannt ist und eine Ein- flussnahme der betreffenden Person auf die Warenqualität möglich erscheint (vgl. etwa den Fall Kübler-Rad, BGE 77 I 77; Alois Troller, Immaterialgüterrecht, Band I, 3.A., 5. Kapitel § 16 III 317). Die Klägerin hält nun dafür, das Publikum vermute fälschlicherweise eine Verbin- dung zwischen der Fernsehsendung PULS und der Zeitschrift Puls-Tip und dadurch auch eine solche zwischen ihr (der Klägerin) und der genannten Zeit- schrift bzw. der Beklagten. Sie stellt sich mit anderen Worten auf den Standpunkt,

- 11 - die unter Verwendung ähnlicher Marken angebotenen Waren bzw. Dienstleistun- gen (Fernsehsendung und Zeitschrift zu Gesundheitsfragen) würden vom Publi- kum als aus ein und demselben Unternehmen stammend oder doch wenigstens unter der Kontrolle des gemeinsamen Markeninhabers von verbundenen Unter- nehmen hergestellt betrachtet. Damit leitet sie die geltend gemachte Irreführung nicht aus der Aufnahme eines Namens oder einer Firma in die Marke Puls-Tip, sondern aus der durch die Ähn- lichkeit zweier für gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmter Marken hervorgerufenen Verwechslungsgefahr ab. Dieser Sachverhalt ist nun aber nicht unter Art. 2 lit. c MSchG, sondern - gegebenenfalls - unter Art. 3 lit. c MSchG zu subsumieren. Ob die behauptete Verwechslungsgefahr tatsächlich vorliegt, wird in den nachste- henden Erwägungen zu prüfen sein. An dieser Stelle ist lediglich festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Klägerin kein Anlass dazu besteht, die Marke Puls-Tip zufolge Irreführung gemäss Art. 2 lit. c MSchG für nichtig zu erklären. Der entsprechende Antrag der Klägerin ist abzuweisen.

3. Unterlassungsklage Die Klägerin verlangt weiter unter Berufung auf den Vertrag vom 9./18. März 1994 (act. 3/6), gestützt auf Art. 13 und 15 i.V.m. Art. 55 Abs. 1 lit. a MSchG sowie auf Art. 2, Art. 3 lit. b und d UWG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG ein an die Beklagte gerichtetes Verbot des Gebrauchs des Zeichens PULS alleine oder in Wortverbindungen wie Puls-Tipp, Puls-Dossier, Puls-Tipp-Dossier und Puls-Tipp-Telefon als (1) Titel für Zeitschriften und Presseerzeugnisse, als (2) Bezeichnung von Dienstleistungen, als (3) Marke für Druckereierzeugnisse, als (4) Firma, als (5) Domain-Name für einen Auftritt im Internet, als (6) Bezeichnung eines links auf einer Website oder (7) auf irgendeine andere Weise im Geschäftsverkehr. Die Beklagte beruft sich demgegenüber auf das Fehlen einer Verwechslungsgefahr und ein ihr zustehendes Weiterbenützungsgemäss Art. 14 MSchG (act.

E. 2

Es sei der Beklagten unter Androhung von Straffolgen gegen ihre Organe gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, die Marke "Puls" allein oder in Wortverbindungen wie "PULStip", "Puls-Dossier" oder "Puls-Telefon" als Titel für Zeitschriften und Presserzeugnisse, als Bezeichnung von Dienstleistungen, als Marke für Druckereierzeugnisse, als Firma, als Domain-Name für einen Auftritt im Internet, als Bezeichnung eines "links" auf einer Website oder auf irgendeine andere Weise im Geschäftsverkehr zu gebrauchen; (Forderung)

E. 3

Dem zu beurteilenden Rechtsstreit liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin produziert die Sendung PULS, eine Sendung zu Gesundheitsfragen. Die Sendung PULS wird seit 1990 alle 14 Tage auf SF 1 ausgestrahlt (act. 1 S. 7; act. 7 S. 3). Den Namen PULS hat die Klägerin als Dienstleistungsmarke für die Warenklassen 16 (Druckereierzeugnisse), 35 (Werbung) und 38 (Telekommunikation) im schweizerischen Markenregister eintragen lassen (Hinterlegungsdatum: 31. März 1995; act. 1 S. 7; act. 3/4). Mit Vereinbarung vom 9./18. März 1994 verpflichtete sich die sich damals in Gründung befindende Beklagte gegenüber der Klägerin, als Verlagsunternehmen die Produktion, Redaktion, Administration und den Vertrieb einer die Fernsendung PULS begleitenden, Zusatzinformationen enthaltenden Zeitung Puls-Tip zu besorgen, unter Übernahme der redaktionellen Verantwortung und des finanziellen Risikos (act. 3/6). In genannter Vereinbarung wurde u.a. festgehalten, dass sämtliche Rechte am Puls-Tip bei der Beklagten verblieben und die Klägerin der Beklagten das Recht gewähre, auf dem Puls-Tip das Logo der Sendung PULS zu verwenden (act. 3/6 Ziff. 5 und 7). Weiter wurde vereinbart, dass die Beklagte der Klägerin ab 1. Januar 1995 pro Abonnement des Puls-Tip eine jährliche Abgabe von CHF 1.-- bezahle und jeweils bis spätestens 31. Dezember eines jeden Jahres eine sich nach

- 5 - einem vertraglich festgelegten Modus berechnende Lizenzabgabe überweise (act. 3/6 Ziff. 8). Mit Schreiben vom 26. Juni 1995 (act. 3/10) kündigte die Klägerin die Vereinbarung vom 9./18. März 1994 per 31. Dezember 1995. In ihrem Kündigungsschreiben wies sie darauf hin, es sei nicht ihre Absicht, die Zusammenarbeit grundsätzlich in Frage zu stellen, sie wolle vielmehr eine Möglichkeit suchen, diese für sie attraktiver zu gestalten. Da es bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht gelang, einen neuen Vertrag auszuhandeln, verlängerten die Parteien die Vereinbarung vom 9./18. März 1994 bis zum 30. Juni 1996 (act. 1 S. 10; act. 3/11). Bis zu diesem Tag wurde von der Beklagten dann auch die

vereinbarte Lizenzabgabe bezahlt (act. 1 S. 17). Danach stellte sie ihre Zahlungen ein (act. 1 S. 17). Mit Schreiben vom 25. Juni 1996 schlug die Beklagte der Klägerin unter Hinweis darauf, dass es bis zur Unterzeichnung des neuen Vertrags an einer vertraglichen Basis fehle, vor, dass sämtliche Leistungen der Redaktion der Beklagten von ihr (der Klägerin) zu Marktpreisen abgegolten würden (act. 8/7). Obschon die Parteien ihre Verhandlungen fortsetzten, kam es auch in der Folge nicht zum Abschluss eines neuen Vertrags (act. 1 S. 11; act. 3/12-14). Mit Hinterlegungsdatum vom 16. Dezember 1996 liess die Beklagte die Marke Puls-Tip als Wort-Bild-Marke für die Warenklassen 16 (Druckereierzeugnisse) und 41 (Herausgabe von Publikationen [Zeitschriften, Bücher] zu Gesundheitsthemen) im schweizerischen Markenregister eintragen (act. 3/15). Die Publikation erfolgte am 29. Mai 1997 (act. 3/15; act. 15 S. 17). In einem gemeinsamen Communiqué vom 23. Oktober 1997 gaben die Parteien bekannt, dass die Fernsehsendung PULS und die Zeitschrift Puls-Tip ihre Zusammenarbeit einvernehmlich ab sofort beendeten und die offenen Fragen - insbesondere nach den Titelrechten und den aufgelaufenen finanziellen Abgeltungen 1997 - auf dem Vertragsweg geregelt werden sollten (act. 3/24).

- 6 - Seit Mai 2000 verfügt die Sendung PULS über ein Fenster von drei Seiten in der seit Januar 1999 alle 14 Tage erscheinenden Zeitschrift saldo (act. 1 S. 18).

E. 3.1

Zur Begründung stellt sich die Klägerin zunächst auf den Standpunkt, es stehe ihr aus dem Vertrag vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) ein obligatorischer Unterlassungsanspruch zu; mit Beendigung der Zusammenarbeit zwischen den Parteien sei die Lizenz der Beklagten zur Benutzung des Titels Puls-Tip weggefallen, weshalb die Beklagte seit Ende Oktober 1997 nicht mehr befugt sei, diesen Titel zu gebrauchen (act. 11 S. 14). Vorauszuschicken ist, dass die Klägerin zwar das Zeichen PULS seit 1990 als Titel ihrer Fernsehsendung zu Gesundheitsfragen gebraucht, sie aber im Zeitpunkt des Abschlusses des Zusammenarbeitsvertrags mit der Beklagten vom 9./18. März 1994 weder am Zeichen PULS noch am Zeichen Puls-Tip absolute Schutzrechte inne hatte. Fehlt es an absoluten Schutzrechten an einem Zeichen, so kann dessen Verwendung unter gegebenen Umständen immerhin lauterkeitsrechtlich untersagt sein. Hier kann der Lizenzgeber im Rahmen eines unechten Lizenzverhältnisses darauf verzichten, dem Lizenznehmer gegenüber seine allfälligen Lauterkeitsansprüche geltend zu machen. Es ist damit grundsätzlich denkbar, dass zwischen den Parteien ein unechtes Lizenzverhältnis zustande gekommen ist. Ob nun allerdings tatsächlich vom Zustandekommen eines derartigen Lizenzverhältnisses auszugehen ist, kann auch hier wieder offen bleiben, denn: Mit Wegfall einer allfälligen Vertragsbasis würde die Befugnis der Beklagten, das Zeichen Puls-Tip ohne Behelligung durch allfällige Lauterkeitsansprüche der Klägerin zu benutzen bzw. die entsprechende Pflicht der Klägerin, sich derartiger Ansprüche zu enthalten, entfallen. Ein über den mit Beendigung des Vertrags wieder auflösenden lauterkeitsrechtlichen Schutz hinausgehender vertraglicher Enthaltungsanspruch stünde der Klägerin als Lizenzgeberin aber lediglich dann zu, wenn der Lizenzvertrag eine Klausel enthalten würde, derzufolge bei Aufhebung des Vertrags sich das bisherige (ungestörte) Nutzungsrecht in eine Enthaltungspflicht der bisherigen Lizenznehmerin umwandelt (vgl. dazu Hilty, a.a.O., § 1 B III). Da nun aber das Bestehen einer derartigen vertraglichen Abmachung weder von der Klä-

- 13 - gerin behauptet wird noch aus der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 hervorgeht, fehlt es schon unabhängig davon, ob vom Vorliegen eines Lizenzverhältnisses zwischen

den Parteien auszugehen ist, an einem vertraglicher Unterlassungsanspruch.

E. 3.2

Die Klägerin stützt ihren Unterlassungsanspruch weiter auf den ihr zufolge Eintragung der Marke PULS im Markenregister zukommenden Markenschutz (act. 1 S. 21 ff.; act. 11 S. 17).

E. 3.2.1

Das Markenrecht entsteht mit dem Eintrag ins Register und verleiht dem eingetragenen Markeninhaber grundsätzlich das ausschliessliche Recht, die Waren oder Dienstleistungen, für welche die Marke beansprucht worden ist, mit der Marke zu versehen (Art. 13 Abs. 1 MSchG). Eine Marke ist bzw. bleibt nun aber nur geschützt, soweit sie im Zusammenhang mit den Waren und Dienstleistungen gebraucht wird, für die sie beansprucht wird (Art. 11 MSchG). Das Gesetz knüpft damit den Schutz an den Markengebrauch und normiert einen Gebrauchszwang: Hat der Inhaber die Marke im Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nach unbenützlichem Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens nicht gebraucht, so kann er sein Markenrecht nicht mehr geltend machen (Art. 12 Abs. 1 MSchG). Anders ausgedrückt: Der mit der Eintragung ins Markenregister entstandene Schutz erlischt, falls die Marke nicht innert fünf Jahren nach unbenützlichem Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens in Gebrauch genommen wird. Vor diesem dogmatischen Hintergrund bildet im Verletzungsverfahren zunächst der Registereintrag die Beurteilungsgrundlage. Nach Ablauf der Karenzfrist sind hingegen nur noch diejenigen eingetragenen Waren und Dienstleistungen zu berücksichtigen, welche tatsächlich rechtserhaltend benützt worden sind (Joller, Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, Bern 2000, S. 207).

- 14 -

E. 3.2.2

Die Klägerin hat das Zeichen PULS als Marke für die Waren- bzw. Dienstleistungsklassen 16 (Druckereierzeugnisse), 35 (Werbung) und 38 (Telekommunikation) im Markenregister eintragen lassen (act. 3/4). Die Publikation der Eintragung ist am 3. Dezember 1996 erfolgt. Entsprechend ist die (in casu unbenützt verstrichene) Widerspruchsfrist am 3. März 1997, die Karenzfrist i.S.v. Art. 12 Abs. 1 MSchG am 3. März 2002 abgelaufen. Nachfolgend ist demgemäss in Anbetracht dessen, dass die Beklagte die Nichtbenutzungseinrede erhoben hat (act. 23 S. 2), im Zusammenhang mit der Frage, ob der Klägerin gegenüber der Beklagten ein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch zusteht, zu prüfen, ob und allenfalls welche der eingetragenen Waren und Dienstleistungen von der Klägerin rechtserhaltend in Gebrauch genommen worden sind. a) Die Klägerin beruft sich zunächst darauf, sie gebrauche ihre Marke PULS seit 1990 für die Ausstrahlung der Fernsehsendung PULS; die Ausstrahlung einer Fernsehsendung sei gemäss der Nizza-Klassifikation unter den Oberbegriff "Telekommunikation" zu subsumieren und falle damit in die Dienstleistungsklasse 38 (act. 19 S. 4 und 10). Bei der Eintragung einer Marke sind die Waren und Dienstleistungen, für welche die Marke beansprucht wird, vom Hinterleger präzise zu bezeichnen, wobei die Bezeichnungen des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 zu verwenden und nach der entsprechenden

Klasseneinteilung zu gliedern sind (Art. 11 Abs. 1 und 2 der Markenschutzverordnung [MSchV]). Die Nizza-Klassifikation ist in englischer und in französischer Sprache abgefasst; beide Texte sind gleichermaßen verbindlich (Art. 1 Abs. 4 Nizza-Abkommen). Die Klassifikation besteht aus einer Klasseneinteilung, gegebenenfalls mit erläuternden Anmerkungen (Explanatory Note), sowie einer alphabetischen Liste der Waren und Dienstleistungen mit Angabe der Klasse, in welche die einzelnen Waren oder Dienstleistungen eingeordnet sind (Art. 1 Abs. 2 Nizza-Abkommen).

- 15 - Während der Klassenoberbegriff, etwa "Telekommunikation", lediglich in groben Zügen die Natur der in eine bestimmte Klasse fallenden Waren oder Dienstleistungen definiert, sind den erläuternden Anmerkungen diesbezüglich zusätzliche Anhaltspunkte zu entnehmen. Was nun die hier interessierende Klasse 38, für welche die Klägerin bei Eintragung der Marke PULS um Schutz ersucht hat, betrifft, sieht dies wie folgt aus: Class 38 Telecommunications. Explanatory Note Class 38 includes mainly services allowing at least one person to communicate with another by a sensory means. Such services include those which: (1) allow one person to talk to another, (2) transmit messages from one person to another, and (3) place a person in oral or visual communication with another (radio and television). This Class includes, in particular: - services which consist essentially of the diffusion of radio or television programmes. This Class does not include, in particular: - radio advertising services (Cl. 35). In der alphabetischen Liste zur Klasse 38 sind sodann u.a. die Dienstleistungen "Cable television broadcasting" sowie "Television broadcasting" enthalten. Die Dienstleistungen "Production of radio and television programmes" sowie "Television entertainment" sind demgegenüber gemäss alphabetischer Liste der Dienstleistungsklasse 41 zugeteilt, welche im Übrigen wie folgt umschrieben wird: Class 41 Education; providing of training; sporting and cultural activities. Explanatory Note Class 41 covers mainly services rendered by persons or institutions in the development of the mental faculties of persons or animals, as well as services intended to entertain or to engage the attention. This Class includes, in particular: - services consisting of all forms of education of persons or training of animals; - services having the basic aim of the entertainment, amusement or recreation of people. Aus dem Dienstleistungsbeschrieb "Telekommunikation" und den oben zitierten erläuternden Anmerkungen erhellt, dass die in Klasse 38 aufgelistete Dienstleistung

- 16 - "Television Broadcasting" oder "Ausstrahlung von Fernsehprogrammen" technische Aspekte wie den Betrieb von Sendeanlagen und Kabelnetzen umfasst. Nicht in diese Klasse fallen demgegenüber die eigentlichen Sendefässer bzw. Fernsehsendungen: "Simply because a service is conducted using telecommunication contact does not mean that the service is classified in Class 38. Services in Class 38 provide the means to communicate, not the communication itself. (...) Perhaps the most important thing to keep in mind in considering whether a service is classified in Class 38 is whether the service is providing the means of communication or is merely using telecommunication as a tool in performing its function. The services in Class 38 usually involve the actual wires or satellite connections that effectuate the activity of telecommunications. The functioning of those wires or satellites in ways that are usable by businesses are also Class 38 activities. The services of the broadcasting industry are in Class 38 unless those services involve the content of the programs being broadcast on radio or television. (...) The common thread in these services is the transmission or diffusion of any kind of audio or visual content. The nature of the content or the production and control of that content are not activities that fall

into Class 38. (...) This note [gemeint sind die erläuternden Anmerkungen zu Klasse 38] clarifies the difference between services that diffuse radio or television programs, which fall within Class 38, and services that create or produce those programs, which fall within Class 41. It defines the line between the two classes; the diffusion or transmission of content is in Class 38, while the production of content itself is not. With this simple Explanatory Note, the Nice Agreement establishes the pattern to be followed in classifying services in Class 38. The diffusion of radio programs is included in Class 38, however, as indicated above, the content of those programs is not" (Marshall, Guide to the Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services, 2000, S. 185 f.). Dass es sich bei dem von der Klägerin mit der Marke bzw. dem Zeichen PULS bezeichneten Produkt nicht etwa um eine Sendeanstalt, sondern um ein Sendegerät handelt, ist gerichtsnotorisch. Nach dem Gesagten fallen nun aber Sendegeräte nicht in die Dienstleistungsklasse 38, sondern in die Dienstleistungsklasse 41 der Nizza Klassifikation. Indem nun die Klägerin unter dem Zeichen PULS

- 17 - ein Sendegerät anbietet, benutzt sie dieses Zeichen nicht für eine der im Markenregister eingetragenen Waren oder Dienstleistungen. Der Gebrauch des Zeichens PULS als Titel ihrer Fernsehsendung zu Gesundheitsfragen kann der Klägerin damit nicht als Markengebrauch angerechnet werden. b) Die Klägerin weist weiter darauf hin, sie benutze die Marke PULS seit Oktober 1998 im Internet auf der Website www.sfdrs.ch/sendungen/puls, welche Markenbenutzung ebenfalls in die Dienstleistungsklasse 38 falle (act. 19 S 4). Bei der genannten Website handelt es sich um eine solche zur Fernsehsendung PULS, der Informationen über den Inhalt der aktuellen sowie von früheren Sendungen zu entnehmen sind. Es handelt sich mithin um eine sogenannte Hilfsdienstleistung, welche einzig zur Promotion der Sendung PULS als Hauptleistung dient und der keine wirtschaftlich selbständige Funktion zukommt. Da der Gebrauch des Zeichens PULS als Titel der Fernsehsendung PULS nach dem bereits Gesagten kein Markengebrauch darstellt, kann die Klägerin nun aber auch aus der Verwendung des Zeichens PULS auf der Website zur Sendung nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. dazu etwa MSchG-Willi, Art. 11 N 26; Marbach, Markenrecht, in: SIWR III, S. 170; MSchG-David, Art. 11 N 8). c) Die Klägerin macht zudem geltend, sie habe die Marke PULS zunächst auf dem Merkblatt zur Sendung PULS und somit für ein Druckereierzeugnis (Warenklasse 16) benutzt (act. 19 S. 4 f.). Wie bereits aus der Bezeichnung des genannten Merkblatts ersichtlich, handelt es sich auch bei diesem um eine Hilfsware zur PULS titelnden Fernsehsendung. Es ist auf das bereits vorhin Ausgeführte zu verweisen. d) Die Klägerin beruft sich sodann darauf, die Marke PULS sei im Titel Puls-Tip verwendet worden, welche Benutzung ihr (der Klägerin) gemäss Art. 11 Abs. 3 MSchG zuzurechnen sei und in die Warenklasse 16 falle (act. 19 S 4 f.). Zwar muss der Gebrauch grundsätzlich durch den Markeninhaber erfolgen, doch ist ein stellvertretender Gebrauch durch Dritte genügend, wenn er mit Zustimmung des Markeninhabers erfolgt und dieser seine Verfügungsgewalt über die

- 18 - Marke beibehält (MSchG-David, Art. 11 N 22). Aus der Zustimmung muss dabei ersichtlich sein, dass der Dritte die Marke für den Markeninhaber benutzt; der Dritte muss mit einem entsprechenden Fremdbenutzungswille tätig sein (MSchG-Willi, Art. 11 N 60). In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Klägerin im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) nicht Markeninhaberin war. Das Erteilen einer Zustimmung zur Nutzung einer angemeldeten oder eingetragenen

Marke war im damaligen Zeitpunkt damit nicht möglich. Da die Klägerin auch weder behauptet noch dartut, dass und inwiefern sich die Ver- trags- bzw. Gebrauchssituation zwischen den Parteien nach erfolgter Eintragung der Marke PULS geändert hätte, ist nicht vom Vorliegen eines stellvertretenden Gebrauchs durch die Beklagte auszugehen. e) Die Klägerin hält dafür, sie verwende die Marke PULS seit Januar 1999 in einem Fenster der Zeitschrift saldo. Die Zeitschrift saldo habe auch das neue Logo der Sendung PULS übernommen. Damit werde die Marke für ein Printpro- dukt der Warenklasse 16 benutzt (act. 19 S. 5) Das MSchG definiert den rechtserhaltenden Gebrauch nicht. Was darunter zu verstehen ist, ist im Hinblick auf die Rechtsfolgen zu bestimmen, nämlich was notwendig und erforderlich ist, um das Recht an der Marke zu erhalten. Nicht jede tatsächliche Benutzung stellt deshalb ein Gebrauch im Rechtssinn dar. Erforder- lich ist vielmehr eine qualifizierte Benutzung, welche bestimmte Voraussetzungen erfüllen muss, die sich aus dem Zweck des Benutzungserfordernisses ergeben (MSchG-Willi, Art. 11 N 6). Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 1 MSchG). Damit eine Gebrauchshandlung als rechtserhaltend anerkannt werden kann, ist damit u.a. erforderlich, dass die Marke als Kennzeichen von Waren oder Dienstleistungen gebraucht wird. Entscheidend ist - entsprechend der rechtlichen Funktion der Marke - ob das Zeichen vom Abnehmer im konkreten Umfeld als Mit- tel zur Kennzeichnung der eingetragenen Waren oder Dienstleistungen verstan-

- 19 - den wird (Marbach, Markenrecht, in SIWR III S. 169 f.; MSchG- David, Art. 11 N 5). Die Marke muss mit anderen Worten als Identifizierungsmittel eingesetzt wer- den, d.h. für den Abnehmer muss ein funktioneller Zusammenhang zwischen Zei- chengebrauch und konkretem Angebot erkennbar sein (Pedrazzini/von Bü- ren/Marbach, a.a.O., N 594 ff.). Auf dem Titelblatt der von der Klägerin angesprochenen Zeitschrift ist unter dem grosslettrig aufgedruckten Zeichen "saldo" vermerkt: "MIT KASSENSTURZ UND PULS". In der von der Klägerin eingereichten Zeitschrift vom 7. November 2001 (act. 20/3) wird in der Spalte am rechten Rand des Titelblatts unter dem Logo der Fernsehsendung PULS auf das Thema Totgeburt und die Seite 26 der Zeitschrift verwiesen. Im konkreten Präsentationsumfeld wird das Zeichen PULS damit nicht als Mittel zur Kennzeichnung des Produkts Zeitschrift, sondern einzig als Über- schrift einer deren Rubriken eingesetzt. So wird denn etwa ein Käufer am Kiosk nicht die Zeitschrift PULS, sondern die Zeitschrift saldo verlangen. Da das Zeichen PULS mithin nicht als produktidentifizierendes Unterscheidungs- mittel eingesetzt wird, liegt auch hier kein markenmässiger Gebrauch vor. f) Weiter macht die Klägerin geltend, die Marke PULS werde für Briefköp- fe und Visitenkarten benutzt, welche Nutzung sie der Warenklasse 16 zuordnen will (act. 19 S. 5). Obschon es die Klägerin unterlassen hat, hiezu Näheres auszuführen, ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass es sich bei der angesprochenen Nutzung um eine solche im Zusammenhang mit der Fernsehsendung PULS handelt. Die Nut- zung des Zeichen PULS auf Briefköpfen und Visitenkarten stellt mithin einen Ge- brauch im Zusammenhang mit der Sendung PULS (vgl. MSchG-Willi, Art. 11 N 24) und damit in Anbetracht dessen, dass es sich bei der genannten Sendung nicht um eine von der Klägerin im Markenregister eingetragene Dienstleistung handelt, keinen Markengebrauch dar.

- 20 - g) Die Klägerin weist schliesslich darauf hin, die Marke PULS werde auch in der Werbung und Programmpromotion für die Sendung PULS und damit für Dienstleistungen der Klasse 35 benutzt (act. 19 S. 5). Es ist in Anbetracht dessen, dass die Klägerin nicht

unter dem Zeichen PULS Werbeleistungen erbringt, sondern allenfalls Werbung für ihre Fernsehendung PULS betreibt, auf das eben ist Erw. III.3.2.2 f) Gesagte zu verweisen. Auch hier wieder liegt kein markenmässiger Gebrauch vor.

E. 3.2.3

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Klägerin nicht gelungen ist, darzutun, dass sie die Marke PULS im Zusammenhang mit den Waren und Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, benutzt bzw. je benutzt hat. Da die gesetzliche Gebrauchs-Schonfrist von fünf Jahren inzwischen abgelaufen ist, kann die Klägerin ihr Markenrecht nicht mehr geltend machen (Art. 12 Abs. 1 MSchG). Ein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch steht ihr gegenüber der Beklagten mithin nicht zu, weshalb es sich auch erübrigt, unter dem Titel Markenrecht das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr zu prüfen.

E. 3.2.4

Anzumerken ist noch, dass sich die Klägerin darauf beruft, bei der Marke PULS handle es sich um eine berühmte Marke i.S.v. Art. 15 MSchG (act. 1 S. 21). Die Frage, ob dem tatsächlich so ist, kann offen bleiben, denn: Auch eine berühmte Marke genießt nur Schutz, wenn sie rechtsgenügend bzw. markenmässig gebraucht wird. Da es hier an dieser Voraussetzung fehlt, würde sich auch bei Bejahung der Berühmtheit der Marke PULS nichts an der bereits gewonnenen Erkenntnis ändern. Nur am Rande sei erwähnt, dass einer (ausländischen) notorisch bekannten Marke i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. b MSchG i.V.m. Art. 6bis PVÜ in Abweichung vom Eintragungsprinzip Rechtsschutz gewährt werden kann. In casu fehlt es nun aber an einem internationalen Sachverhalt, weshalb der Klägerin der (im Übrigen ja auch gar nicht beanspruchten) Schutz nicht gewährt werden könnte (vgl. dazu ZR 97/1998 Nr. 12; MSchG-Willi, Art. 3 N 162 f.; a.A. MSchG-David, Art. 3 N 48).

- 21 -

E. 3.3

Schliesslich will die Klägerin der Beklagten den ihrer Meinung nach rechtsverletzenden Gebrauch gestützt auf das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb untersagen lassen.

E. 3.3.1

Allgemein ist zu betonen, dass das UWG den lautereren und unverfälschten Wettbewerb gewährleisten will und grundsätzlich andere Funktionen erfüllt als das Markenrecht. Es bietet daher auch keinen Kennzeichenschutz im eigentlichen Sinn. Die lauterkeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen können jedoch im Ergebnis (d.h. neben ihrer angestammten Funktion) den Schutz z.B. eines Kennzeichens bewirken, das nicht als Marke registriert ist (Hilti, Der Schutz nicht registrierter Kennzeichen, in SIWR III, S. 477; zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des UWG neben dem MSchG vgl. HGer ZH, sic! 1999, 581, 582 - rivella/apiella II).

E. 3.3.2

Nach der Generalklausel von Art. 2 UWG ist unlauter und widerrechtlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Der - gestützt auf die von der Klägerin vorgebrachten Rügen (act 1 S. 23) hier zu prüfende - Spezialtatbestand von Art. 3 lit. d UWG untersagt insbesondere Massnahmen, die geeignet sind, Verwechslungen mit den

Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Art. 3 lit. d UWG verbietet damit Bezeichnungen oder Aufmachungen, welche zur Verwechslung mit anderen, älteren Artikeln führen können (Kamen Troller, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, Basel 2001, S. 339). Dabei werden im Allgemeinen drei Kategorien der Verwechslungsgefahr unterschieden:

Verwechslungsgefahr im engeren Sinne liegt vor, wenn das nachgeahmte Kennzeichen wegen seines ähnlichen Erscheinungsbildes in der Erinnerung der beteiligten Verkehrskreise den Eindruck erweckt, es handle sich um das verletzte Zeichen (Zeichenverletzung). Ein Unterfall der Zeichenverletzung ist die mittelbare Verwechslungsgefahr. Sie ist gegeben, wenn das Publikum zwar die Verschiedenartigkeit der Zeichen erkennt, sie aber wegen ihrer Ähnlichkeit fälschlich für Serienzeichen hält und deswegen annimmt, die Zeichen wiesen auf dieselbe Herkunftsstätte hin. Von Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne ist dagegen die Rede, wenn der ange-

- 22 - sprochene Verkehrskreis zwar erkennt, dass keine Identität der Herkunftsstätten gegeben ist, jedoch aus der Ähnlichkeit der Zeichen zu Unrecht auf wirtschaftliche, organisatorische, geschäftliche oder sonstige Beziehungen zwischen ihnen schliesst (Unternehmensverwechslung). Alle drei Kategorien erfüllen den Tatbestand der Verwechslungsgefahr gemäss Art. 3 lit. d UWG (UWG-Baudenbacher, Art. 3 lit. d N 6 ff.; Joller, a.a.O., S. 298 f.), denn sobald ein solcher gedanklicher Zusammenhang hergestellt wird, werden die Erfahrungen mit den Leistungen des einen Unternehmens auf diejenigen mit dem anderen übertragen, womit sich die Verwechslungsgefahr verwirklicht.

E. 3.3.3

Der Gesetzestext spricht lediglich von "Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen" und enthält keine konkreteren Angaben über die zu berücksichtigenden Elemente. Dabei fällt ohne Zweifel die Ähnlichkeit der einzelnen Kennzeichen ins Gewicht. Darüber hinaus ist der Einfluss der Kennzeichenkraft sowie die Waren- oder Branchenähnlichkeit zu untersuchen (vgl. dazu Joller, a.a.O., S. 304). a) Was die Zeichenähnlichkeit betrifft, stehen sich in casu das (ältere) Zeichen PULS und die (jüngeren) Zeichen Puls-Tipp, PULS-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier und Puls-Tipp-Telefon zur Beurteilung gegenüber. Zunächst sticht ins Auge, dass das Zeichen der Klägerin ausmachende Wort Puls (auch) in den von der Beklagten verwendeten Zeichen das dominierende Hauptelement darstellt und einzig durch die Zusätze "Tipp", "Dossier" und "Telefon" ergänzt werden. Das Ausschmücken des prägnanten Hauptelements eines durch andere verwendeten Kennzeichens mit unwesentlichen Zutaten genügt nun aber i.d.R. nicht zur Schaffung eines unterschiedlichen Gesamteindrucks: Das Beifügen oder Weglassen von Bestandteilen ist dann ungenügend, wenn diese nicht geeignet sind, den Eindruck des Zeichens wesentlich zu bestimmen, wenn also die Zeichen nach wie vor in ihrem Hauptbestandteil übereinstimmen (MSchG-David, Art. 3 N 11). Die Zusätze "Tipp", "Dossier" und "Telefon" begründet denn auch in casu keine genügende Unterscheidbarkeit und schliessen insbesondere das Risiko von Fehlzurechnungen keineswegs aus. Was die graphische Darstellung betrifft, ist sodann auf die übereinstimmende Verwendung von

- 23 - Grossbuchstaben sowie die identische Schriftart hinzuweisen (Joller, a.a.O., S. 249). Gestützt auf die genannten Übereinstimmungen ist das Vorliegen von Zeichenähnlichkeit ohne Weiteres zu bejahen. b) Gegenstand des Schutzes aus Art. 3 lit. d UWG sind diejenigen Elemente, welche den Mitbewerber bzw. dessen Leistungen kennzeichnen und

die- sen bzw. diese somit von den anderen Mitbewerbern bzw. deren Leistungen unterscheiden (sog. lauterkeitsrechtlicher Kennzeichenschutz). Liegt - wie im vorlie- genden Fall - eine Übereinstimmung oder zumindest eine Ähnlichkeit der kenn- zeichnenden Elemente vor, so ist für die Anwendbarkeit von Art. 3 lit. d UWG na- türlich vorausgesetzt, dass die Nachahmung überhaupt zu einer Verwechslungs- gefahr führt. Eine solche Gefahr liegt aber nur dann vor, wenn die ursprüngliche - und insofern prioritäre - Leistung genügend einprägsam und somit aufgrund ihrer kennzeichnenden Elemente genügend individualisiert ist, um in der angefochte- nen Leistung im Sinne der Verwechslung überhaupt erkannt zu werden. Denn nur bei entsprechender Kennzeichnungskraft ist denkbar, dass beispielsweise eine Unternehmensleistung für diejenige eines anderen Unternehmens gehalten wer- den kann. Das setzt voraus, dass die ursprüngliche Leistung entweder selbst ori- ginell ist oder dass sie sich im Verkehr durchgesetzt hat. Die Kennzeichnungskraft ist damit Schutzvoraussetzung (Pedrazzini/Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, 2.A., Bern 2002, § 5 N 5.64; Joller, a.a.O., S. 308). Daneben ist dem Ausmass der Kennzeichnungskraft auch im Zusammenhang mit dem Schutzzumfang eines Kennzeichens Bedeutung zuzuerkennen: Zeichen mit hoher Kennzeichnungskraft (starke Zeichen) geniessen dabei einen umfassende- ren Schutz als solche mit geringerer Kennzeichnungskraft (schwache Zeichen; Joller, a.a.O., S. 308 ff.; Hilti, Der Schutz nicht registrierter Kennzeichen, in SIWR III, S. 478; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22.A., München 2001, Allg N 215; für das Markenrecht: Marbach, Markenrecht, in SIWR III, S. 113; Joller, a.a.O., S. 195 ff.; BGE 122 III 385). Herangezogen werden können die für das Markenrecht geltenden Grundsätze (BGE 116 II 470): Schwache Zeichen sind demnach solche, deren wesentliche Bestandteile sich eng an Sachbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs anleh-

- 24 - nen und deren Kennzeichnungskraft daher wegen des häufigen Gebrauchs ähnl- cher beschreibender Angaben oder ähnlicher Zeichen für gleiche oder gleicharti- ge Waren oder Dienstleistungen verwässert worden ist (MSchG-David, Art. 3 N 13). Als stark geltend demgegenüber diejenigen Zeichen, welche aufgrund ihrer originären Unterscheidungskraft bzw. ihres fantasiehaften Gehalts oder aufgrund ihrer Verkehrsdurchsetzung eine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft be- sitzen. Sie sind das Ergebnis einer schöpferischen Leistung oder langer Aufbau- arbeit und verdienen als solche einen weiteren Ähnlichkeitsbereich (Baum- bach/Hefermehl, a.a.O., Allg N 215; BGE 122 III 368). Die Ausstrahlung solcher Zeichen erhöht sodann die Wahrscheinlichkeit von Assoziationen, respektive die Gefahr, dass die Konsumenten ähnliche Drittzeichen als Serienzeichen missdeu- ten oder aber als Kennzeichen gleichwertiger, austauschbarer Ersatzprodukte auffassen (Pedrazzini/von Büren/Marbach, a.a.O., N 504; BGE 126 III 320 f.; BGE 122 III 385 mit Hinweisen). Die Qualifikation als starkes oder schwaches Zeichen ist dabei nicht endgültig: Einerseits können originär schwache Zeichen aufgrund langjährigen Gebrauchs und intensiver Bewerbung grosse Individualisierungskraft erlangen und so unge- achtet ihrer ursprünglichen Schwäche einen grösseren Ähnlichkeitsbereich bean- spruchen (Pedrazzini/von Büren/Marbach, a.a.O., N 505 S. 123; BGE 122 III 387). Andererseits kann ein Zeichen auch durch den häufigen Gebrauch ähnlicher Be- standteile durch Dritte geschwächt werden (Joller, a.a.O., S. 195). Beim Begriff Puls handelt es sich nun um einen Sachbegriff aus dem allgemeinen Sprachgebrauch. Der Fantasiegehalt des Zeichens PULS ist damit gering, dieses ist als solches wenig kennzeichnungskräftig. Infolge seiner offensichtlichen Ver- kehrsdurchsetzung als Titel der klägerischen Fernsehsendung zu Gesundheits- fragen ist es jedoch im Verlaufe der Jahre zu einem starken Zeichen

geworden, dem angesichts seiner Bekanntheit eine erhebliche Individualisierungskraft eignet. Damit ist nun aber einerseits die Schutzvoraussetzung des Kennzeichenkraft gegeben und andererseits von einem weiten Schutzbereich des Zeichens PULS aus- zugehen.

- 25 - c) Bei der Beurteilung der Frage des Vorliegens einer Verwechslungsge- fahr kommt auch im Lauterkeitsrecht der Waren- bzw. Branchennähe Bedeutung zu (Joller, a.a.O., S. 315). Anzuknüpfen ist dabei an den Gebrauch der entspre- chenden Kennzeichen. Beurteilungsgrundlage bilden damit die unter bestimmten Kennzeichen tatsächlich angebotenen Waren und Dienstleistungen und damit in casu einerseits die klägerische Fernsehsendung PULS und andererseits die von der Beklagten herausgegebene Zeitschrift Puls-Tipp, das PULS-Dossier bzw. Puls- Tipp-Dossier und das von ihr betriebenen Puls-Tipp-Telefon (vgl. dazu act. 15 S. 14). In der schweizerischen Doktrin werden in Bezug auf die Frage der Warenähnlich- keit verschiedene Akzente gesetzt (vgl. dazu Zusammenfassung bei Joller, a.a.O., S. 214 ff.). So wird etwa darauf abgestellt, ob die Abnehmer auf den Ge- danken kommen könnten, die unter Verwendung ähnlicher Zeichen angeprie- nen Waren würden aus demselben Unternehmen stammen. Als entsprechende Indizien werden ähnliche Abnehmerkreise, ähnliche Verwendungszwecke oder gleiche Verkaufsstellen bzw. Vertriebskanäle der betroffenen Waren genannt. Waren oder Dienstleistungen werden weiter dann für ähnlich befunden, wenn sie die massgeblichen Verkehrskreise als funktionell austauschbar betrachten. Dabei seien in erster Linie die Eigenschaften und der Verwendungszweck der Unter- nehmensleistungen zu vergleichen. Die Tatsache, dass Waren demselben Be- dürfnis dienen, könne ein Indiz für deren Ähnlichkeit darstellen (vgl. Hinweise bei Joller, a.a.O., S. 216 ff.). In der Regel dürfe sodann davon ausgegangen werden, dass Unternehmen bemüht seien, die im Betrieb gewonnenen Erfahrungen auf breitester Basis auszunützen und die Nachfrage nach bestimmten Leistungen möglichst vollständig abzudecken (MSchG-David, Art. 3 N 39). Waren und Dienst- leistungen sind - anders ausgedrückt - dann ähnlich, wenn sie den gleichen Zweck verfolgen, gleiche Bedürfnisse befriedigen oder sich auf dem Markt konkurrenzieren bzw. wenn der Konsument sie dem gleichen oder zumindest mitei- nander verbundenen Betriebenen zuordnet (sic! 1998, 481; Kamen Troller, a.a.O., S. 86).

- 26 - Was nun die in casu zu betrachtenden Waren bzw. Dienstleistungen anbelangt, ist festzuhalten, dass diese als jeweils an ein nichtfachkundiges Publikum gerich- tete, periodisch erscheinende Medien zu Gesundheitsfragen bzw. Ratgeber-Reihe und Beratungstelefon zu ebensolchen Fragen einen ähnlichen Abnehmerkreis ansprechen und auf die Befriedigung eines gleichgelagerten Informationsbedürf- nisses gerichtet sind. Die Warenähnlichkeit zwischen dem Produkt der Klägerin und denjenigen der Beklagten ist demgemäss entsprechend den oben dargeleg- ten Grundsätzen ohne Weiteres zu bejahen. d) Angesichts der Nähe der zu vergleichenden Kennzeichen, verbunden mit dem weiten Schutzzumfang, den das klägerische Zeichen PULS wegen seines hohen Bekanntheitsgrads beanspruchen kann, und der Tatsache, dass die beiden Zeichen ähnliche Waren bzw. Dienstleistungen kennzeichnen, kann im Lichte der dargestellten Richtlinien das Bestehen einer Verwechslungsgefahr in abstrakter Form zunächst bejaht werden.

E. 3.3.4

Entscheidend sind nun allerdings die konkreten Verhältnisse: Der im Hin- blick auf die Verwechslungsgefahr massgebliche Verkehrskreis bestimmt sich nach den mutmasslichen Abnehmern der in Frage stehenden Produkte und setzt sich damit in casu - wie bereits ausgeführt - aus einem nicht fachkundigen, an Gesundheitsfragen interessierten Publikum

zusammen. Ausgehend von einem "durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen" Durchschnitts- verbraucher bzw. einem "aufmerksamen Käufer" (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 1 N 1.78; Joller, a.a.O., S. 307 f.) ist zwar davon auszugehen, dass sowohl lang- jährige, regelmässigen Zuschauer der Fernsehsendung PULS wie auch langjähri- ge Abonnenten des beklaglichen Magazins sich dessen bewusst sind, dass es heutzutage an einer unternehmerischen Einheit bzw. vertraglichen Verbindung der beiden Herausgeberinnen fehlt: Im Abspann der Fernsehsendung wird jeweils erwähnt, dass das Partnermagazin saldo heisse, im Magazin Puls-Tipp fehlt seit Ende 1997 jeglicher Hinweis auf die klägerische Fernsehsendung bzw. jeglicher Anhaltspunkt dafür, dass mit dieser irgendein Zusammenhang bestehe (act. 7 S. 11). Es bleibt nun aber der im Verhältnis zum eben erwähnten wohl erheblich be- deutendere Kreis derjenigen Abnehmer, welche zwar nicht zum langjährigen treu-

- 27 - en Kundenstamm des einen und/oder anderen Produkts zu zählen sind, die klä- gerischen Fernsehsendung und/oder das beklaglichen Magazin aber dennoch mehr oder weniger regelmässig "konsumieren"; was diese betrifft, kann die Ge- fahr von irrigen Vorstellungen im Sinne einer Unternehmensverwechslung nicht von der Hand gewiesen werden. Dasselbe gilt für die Ratgeber-Reihe Puls- Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier sowie das Beratungstelefon Puls-Tipp-Telefon.

E. 3.3.5

Ein Anspruch auf Unterlassung besteht, wenn das Verhalten des Beklagten eine künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG). Damit ist das für die Unterlassungsklage erforderliche Rechtsschutzinte- resse umschrieben. Künftige Rechtsverletzungen drohen dann, wenn die beklagte Partei bereits Rechtsverletzungen begangen hat und Wiederholungen nicht aus- zuschliessen sind oder wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie in Zukunft solche Verletzungen begehen wird (BGE 116 II 359; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7.A., Bern 2001, S. 191 f.; vgl. auch UWG- Baudenbacher, Art. 9 N 7 ff.). Die Gerichte haben damit nur über konkrete Nach- ahmungs- oder Gefährdungsfälle zu urteilen; bloss hypothetische, vom angebli- chen Verletzer bislang gar nicht praktizierte Störungen können mit der Unterlas- sungsklage nicht verhindert werden (MSchG-David, Art. 55 N 12). Das Rechtsbegehren einer Unterlassungsklage muss sodann hinreichend be- stimmt sein, es hat konkret ganz bestimmte Verletzungshandlungen zu nennen bzw. die zu unterlassenden Handlungen genau zu bezeichnen. Die Unterlas- sungsklage hat sich gegen individualisierte, d.h. genau und bestimmt umschrie- bene Benutzungshandlungen zu richten. Mit anderen Worten: Das Rechtsbegeh- ren einer Unterlassungsklage muss genau angeben, welches Verhalten dem Be- klagten zu verbieten ist. Weder dem Beklagten noch dem Vollstreckungsrichter ist zuzumuten, eine Würdigung zur Bestimmung der Tragweite des gerichtlichen Verbots vorzunehmen (BGE 107 II 86; 97 II 93; MSchG-David, Art. 55 N 12; Zür- cher, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Diss., Zürich 1998, S. 120 und S. 131 f.; Diggelmann, SJZ 88 [1992] 26 ff.; Vogel/Spühler, a.a.O., S. 192; Frank et al., ZPO § 100 N 6 mit Verweisen; Kamen Troller, a.a.O., S. 363). Im Rechtsbegehren einer Unterlassungsklage ist die zu verbietende Verletzungs-

- 28 - handlung anzugeben, also das Verletzungszeichen, die konkrete Ware oder Dienstleistung sowie der Verwendungsbereich (Zürcher, a.a.O., S. 131 f.). Werden zu ausgedehnte oder zu unbestimmte Begehren gestellt, ist jedoch durch die Parteivorbringen genügend erklärt, um welche konkreten Verletzungshand- lungen es geht, kann es zu einer

teilweisen Gutheissung des Begehrens kommen: Ein zu weit gefasstes Klagebegehren wird in solchen Fällen auf jenes Verhalten des Beklagten beschränkt, das Gegenstand des Prozesses ist, und nur im Rahmen der sich aus der Klagebegründung ergebenden Konkretisierung gutgeheissen (Zürcher, a.a.O., S. 131; BGE 97 II 92; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, München 1998, Vor §§ 14-19 N 45). a) Die Klägerin verlangt in ihrem Unterlassungsbegehren nun zunächst, es sei der Beklagten zu verbieten, die Marke Puls alleine oder in Wortverbindungen wie Puls-Tipp, Puls-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier und Puls-Tipp-Telefon als Titel für Zeitschriften und Presseerzeugnisse zu gebrauchen. Die Beklagte gibt unter dem Titel Puls-Tipp "Das Schweizer Gesundheitsmagazin" heraus (act.3/19). Dass die Beklagte auch das Zeichen Puls alleine bzw. die Zeichen Puls-Dossier, Puls-Tipp-Dossier und Puls-Tipp-Telefon je als Titel für Zeitschriften und Presseerzeugnisse verwendet hätte, wird von der Klägerin weder behauptet noch dargetan. Vor dem Hintergrund des in Erw. III.3.3.5 Gesagten ist damit einzig zu prüfen, ob der Beklagten der Gebrauch des Zeichens Puls-Tipp als Titel des von ihr herausgegebenen Gesundheitsmagazins zu verbieten ist. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr i.S.v. Art. 3 lit. d UWG zwischen den Zeichen Puls als Titel einer Fernsehsendung zu Gesundheitsfragen und Puls-Tipp als Titel einer Zeitschrift zu ebensolchen Fragen wurde in den voranstehenden Erwägungen bereits festgestellt. Der Klägerin als Erstbenutzerin des Zeichens Puls stehen damit negative Verbotungsrechte i.S.v. Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG gegenüber dem Zeichen Puls-Tipp zu. Es ist der Beklagten mithin zu verbieten, das Zeichen Puls-Tipp als Titel für das von ihr herausgegebene Gesundheitsmagazin zu gebrauchen.

- 29 - b) Weiter beantragt die Klägerin, es sei der Beklagten zu verbieten, das Zeichen Puls alleine oder in Wortverbindungen wie Puls-Tipp, Puls-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier und Puls-Tipp-Telefon als Bezeichnung für Dienstleistungen zu gebrauchen. Die Beklagte betreibt seit 1997 unter der Bezeichnung Puls-Telefon, seit Neuerem der Bezeichnung Puls-Tipp-Telefon ein Beratungstelefon, das gegen Entgelt Ratschläge erteilt bzw. die Fragen der Leserschaft beantwortet (act. 1 S. 8; act. 7 S. 5). Damit bietet die Beklagte unter dem Zeichen Puls-Tipp-Telefon eine Dienstleistung an. Dass die Beklagte daneben auch unter den Zeichen Puls, Puls-Tipp, Puls-Dossier oder Puls-Tipp-Dossier Dienstleistungen anbieten würde, hat die Klägerin weder behauptet noch dargetan. Zu prüfen ist damit gestützt auf das oben Dargelegte lediglich, ob der Beklagten zu verbieten ist, ihr Beratungstelefon zu Gesundheitsfragen unter der Bezeichnung Puls-Tipp-Telefon anzubieten. Festzuhalten ist, dass das zur Verwechslungsgefahr zwischen den Zeichen Puls und Puls-Tipp Gesagte auch im Verhältnis der Zeichen Puls als Titel einer Fernsehsendung zu Gesundheitsfragen und Puls-Tipp-Telefon als Bezeichnung eines Beratungstelefons zu ebensolchen Fragen seine Gültigkeit hat. Der Klägerin stehen damit auch gegenüber dem Zeichen Puls-Tipp-Telefon die negativen Verbotungsrechte gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG zu. Unter dem Stichwort Dienstleistungen ist der Beklagten damit zu verbieten, ihr Beratungstelefon zu Gesundheitsfragen unter der Bezeichnung Puls-Tipp-Telefon zu betreiben. c) Sodann beantragt die Klägerin den Erlass eines an die Beklagte gerichteten Verbots des Inhalts, die Zeichen Puls alleine oder in Wortverbindungen wie Puls-Tipp, Puls-Dossier, Puls-Tipp-Dossier und Puls-Tipp-Telefon "als Marke für Druckereierzeugnisse" zu gebrauchen. Da die Unterlassungsklage nicht der geeignete Rechtsbehelf ist, um jemandem den Gebrauch eines Zeichens "als Marke" zu verbieten (hierfür steht die markenrechtliche Nichtigkeitsklage zur Verfügung), ist in Berücksichtigung der klägerischen Parteivorbringen davon auszugehen, dass die Klägerin der Beklagten mit diesem Antrag verbieten lassen will, das Zeichen Puls allein oder in

Wortverbin-

- 30 - dungen als Produktbezeichnung für Druckereierzeugnisse zu gebrauchen (vgl. zu diesem Vorgehen ZR 86 Nr. 127 = SJZ 1988 S. 199 Nr. 32; Frank et al., ZPO § 54 N 16). Die Beklagte gibt unter der Bezeichnung Puls-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier eine Ratgeber-Reihe zu ausgewählten Themen im Zusammenhang mit der Gesundheit heraus (act. 1 S. 8; act. 7 S. 5; act. 8/5). Dass die Beklagte auch das Zeichen Puls alleine bzw. die Zeichen Puls-Tipp oder Puls-Tipp-Telefon als Produktbezeichnung für Druckereierzeugnisse verwendet hätte, wird von der Klägerin wiederum nicht behauptet. Nach dem oben Gesagten ist mithin einzig zu prüfen, ob der Beklagten die Verwendung der Zeichens Puls-Dossier und Puls-Tipp-Dossier für die von ihr herausgegebene Ratgeber-Reihe zu Gesundheitsfragen zu untersagen ist. Vom Vorliegen einer Verwechslungsgefahr i.S.v. Art. 3 lit. d UWG zwischen den Zeichen Puls als Titel einer Fernsehsendung zu Gesundheitsfragen und Puls-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier als Ratgeber-Reihe zu ebensolchen Fragen ist gestützt auf die Ausführungen in den Erw. III.3.3.3 und 3.3.4 ohne Weiteres auszugehen. Der Klägerin als Erstbenutzerin des Zeichens Puls stehen damit auch hier die negativen Verbotensrechte i.S.v. Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG zur Verfügung. Der Beklagten ist demgemäss zu verbieten, die Bezeichnungen Puls-Dossier und Puls-Tipp-Dossier als Titel ihrer Ratgeber-Reihe zu ausgewählten Themen im Zusammenhang mit der Gesundheit zu verwenden. d) Die Klägerin verlangt des Weiteren, es sei der Beklagten der Gebrauch der Marke Puls (alleine oder in Wortverbindungen) als Firma zu verbieten. Da in casu betreffend die beklagte Firma gestützt auf den Vertrag vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) und insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin hier mit der "PULS Media AG (in Gründung)" kontrahierte, vom Vorliegen einer entsprechenden rechtfertigenden Ermächtigung durch die Klägerin auszugehen ist, ist die Unterlassungsklage insofern abzuweisen.

- 31 - e) Die Klägerin beantragt sodann, es sei der Beklagten der Gebrauch des Zeichens Puls alleine oder in Wortverbindungen wie Puls-Tipp, Puls-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier und Puls-Tipp-Telefon als Domain-Name für einen Auftritt im Internet sowie als Bezeichnung eines links auf einer Website zu verbieten. Festzuhalten ist, dass es die Klägerin versäumt hat, zu diesen Themen des Rechtsbegehrens einen entsprechenden Sachverhalt vorzutragen. So hat sie etwa nicht behauptet und dargetan, dass und welchen Domain-Name die Beklagte verwenden sollte und hat damit keinen konkreten Verletzungstatbestand genannt. Das Gleiche gilt für eine allfällige Bezeichnung von links. Ein Rechtsbegehren kann nun aber von vornherein nur bezüglich Verhaltensweisen, welche im Parteivorbringen erwähnt wurden, gutgeheissen werden. Es fehlt hier nach dem Gesagten schon an einer (auch nur behaupteten) Verletzungsgefahr und folglich am Rechtsschutzinteresse (Zürcher, a.a.O., S. 129 f. mit Verweis auf BGE 97 II 108), weshalb das klägerische Unterlassungsbegehren insofern abzuweisen und kein entsprechendes Verbot auszusprechen ist. f) Schliesslich verlangt die Klägerin, dass der Beklagten zu verbieten sei, das Zeichen Puls alleine oder in Wortverbindungen wie Puls-Tipp, Puls-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier oder Puls-Tipp-Telefon "auf irgendeine andere Weise" im Geschäftsverkehr zu gebrauchen. Diese generalklauselartige Umschreibung genügt den in Erw. III.3.3.5 erwähnten Anforderungen an eine konkrete Formulierung des Rechtsbegehrens nicht. Das klägerische Begehren bleibt mithin insoweit unbeachtlich.

E. 3.4

Die Beklagte hält nun dafür, gemäss Art. 14 MSchG zur Weiterbenützung der Zeichen Puls-Tip und Puls-Dossier berechtigt zu sein, habe sie diese doch nachweisbar schon vor Eintragung der klägerischen Marke am 31. Dezember 1995 benutzt (act. 7 S. 16; act. 15 S. 21). Auf sein aus der Vorbenützung fliessendes Weiterbenützungsrecht kann sich nur berufen, wer zum Zeitpunkt der Hinterlegung der Marke eines anderen bereits ein verwechselbares Zeichen gebraucht, aber dieses noch nicht eingetragen hat. Die

- 32 - Frage, wem das bessere Recht zusteht, wenn der Inhaber der hinterlegten Marke sein Kennzeichen ebenfalls schon vor der Hinterlegung in Gebrauch genommen hat, beurteilt sich allein nach Lauterkeitsrecht. Hat derjenige, der seine Marke später eintragen liess, diese bereits vor dem anderen (der eine Vorbenützung geltend macht) gebraucht, so verfügt jener über das ältere Recht, weshalb er damals dem andern, der den Gebrauch seines Zeichens später aufgenommen hat, dessen Verwendung gestützt auf das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb hätte untersagen können; es liegt somit gar kein Vorbenützungsfall vor (MSchG-David, Art. 14 N 2). Die Klägerin lässt ihre Sendung PULS seit 1990 ausstrahlen (act. 1 S. 7; act. 7 S. 3). Als die Beklagte 1994 damit begann, eine Zeitschrift unter dem Titel Puls-Tip herauszugeben, hatte die Klägerin das Zeichen Puls mithin bereits mehr als drei Jahre in Gebrauch. Ihre Ratgeber-Reihe mit der Bezeichnung Puls-Dossier gibt die Beklagte sodann erst seit 1995 heraus (act. 7 S. 4 f.). Mangels Vorliegen einer Vorbenützung durch die Beklagte steht dieser damit nach dem Gesagten kein Anspruch auf Weiterbenützung der Zeichen Puls-Tip und Puls-Dossier aus Art. 14 MSchG zu.

E. 3.5

Zu prüfen bleibt, ob der Beklagten gestützt auf die Vereinbarung vom 8./19. März 1994 (act. 3/6) das Recht zur Benutzung des Titels Puls-Tip zusteht: Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Rechte am Titel Puls-Tip stünden ihr gestützt auf den Zusammenarbeitsvertrags vom 8./19. März 1994 (act. 3/6) auch noch nach dessen Auflösung zu, und verweist dazu auf dessen Ziff. 5 Abs. 2 und Ziff. 7, wonach "sämtliche Rechte am PULS-Tip" bei ihr, der Beklagten, verblieben, und ihr das Recht eingeräumt werde, "auf dem PULS-Tip das Logo der Sendung PULS zu verwenden" (act. 7 S. 5). Gestützt auf diese Formulierungen stehe fest, dass es sich bei Titel und Logo nicht um dasselbe, sondern um zwei verschiedene Dinge handle (act. 7 S. 6; act. 15 S. 7 f., 15 f.). Dass die Klägerin ihr das Recht zur Verwendung des Logos auf dem Puls-Tip einräume, bedeute, dass die Klägerin am Titel Puls-Tip keine Rechte habe, sondern dass diese ihr (der Beklagten) als Vertragspartnerin zustünden (act. 15 S. 8). Zu den Rechten, die gemäss Abs. 2 von Ziff. 5 bei ihr verblieben, gehörten auch die Titelrechte am Puls-

- 33 - Tip (act. 15 S. 15). Im Vertrag werde nirgends gesagt, dass die Lizenzgebühr eine Abgeltung für die Benutzung des Titels sei (act. 15 S. 11). Die jährliche Abgabe von CHF 1.-- pro Abonnement sei denn auch vielmehr eine Entschädigung für die Zusammenarbeit, für das Zurverfügungstellen von Informationen und für das Konkurrenzverbot sowie für das Recht zur Verwendung des Logos der Fernsehensendung gewesen (act. 7 S. 7; act. 15 S. 14 f.). Es könne doch nicht im Ernst angenommen werden, dass sie (die Beklagte) sämtliche unternehmerischen und verlegerischen Risiken in Kauf genommen und erhebliche Summen in die Abonnementgewinnung (Mailings) und damit auch in die Marke Puls-Tip investiert hätte, wenn die Klägerin die Möglichkeit gehabt hätte, ihr den Titel Puls-Tip durch Kündigung der Vereinbarung vom 8./19. März 1994 bereits per Ende 1995 oder dann beliebig auf jedes folgende Jahresende hin wieder wegzunehmen (act. 15 S. 9). Die Klägerin spricht demgegenüber davon, sie habe der Beklagten vertraglich die Lizenz

zur Benutzung des Titels Puls-Tip eingeräumt und diese habe ihr dafür bzw. u.a. dafür eine Lizenzabgabe entrichtet (act. 11 S. 12, 14, 19, 22 f., 27, 29). Die Rechte am Titel der Zeitschrift seien in Ziff. 7 und 8 der Vereinbarung geregelt. Das Logo umfasse auch den Titel und sei davon gar nicht zu trennen (act. 11 S. 21 f., 28). Mit Beendigung der Zusammenarbeit sei das Recht der Beklagten zur Benutzung des Titels Puls-Tip weggefallen (act. 11 S. 14). Ziff. 5 der Vereinbarung vom 8./19. März 1994 (act. 3/6) regle presserechtliche Fragen; gestützt auf Ziff. 5 Abs. 2 verbleibe der Beklagten nur, aber immerhin, das Verlagsrecht und der Abonnentenstamm (act. 11 S. 14, 20, 21). Auf die Titelrechte beziehe sich diese Regelung nicht (act. 11 S. 20). Die Rechte am Titel Puls-Tip stünden ihr, der Klägerin, zu (act. 11 S. 14). Die Parteien streiten sich somit über die Auslegung von Ziff. 5 Abs. 2 sowie von Ziff. 7 der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6): Ist der Inhalt eines Vertrags zwischen den Prozessparteien strittig, ermittelt der Richter diesen durch Vertragsauslegung. Ziel der Auslegung ist es dabei zunächst, das von den Parteien übereinstimmend wirklich Gewollte zu ermitteln (subjektive Auslegung). Grundlage und Ausgangspunkt jeder Vertragsauslegung bildet die Prüfung, ob nachgewiesener übereinstimmender wirklicher Parteiwille

- 34 - vorliegt (Gauch et al., a.a.O., N 1196 ff.; Schwenger, OR AT, Bern 1998, N 33.01 ff.; OR-Zeller, Art. 18 N 10). Übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille liegt vor, wenn jede Partei beim Austausch der Erklärungen die andere richtig verstanden hat. In einem solchen Fall ist das tatsächliche Verständnis (der wirkliche Wille) Vertragsinhalt geworden (BK-Kramer/Schmidlin, Art. 1 OR N 122). Soweit eine Partei den wirklichen Willen der andern nicht erkannt hat, ist die Erklärung so auszulegen, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Der Richter hat dann als Vertragswillen anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung des fraglichen Vertragstextes ausgedrückt und folglich gewollt hätten. Wird ein gemeinsames tatsächliches Verständnis nicht oder nicht substantiiert behauptet, ist der objektive Sinn des Erklärten massgebend. Dem Erklärenden ist die Erklärung so zuzurechnen, wie der Empfänger sie vernünftigerweise verstehen darf. Ein tatsächliches übereinstimmendes Verständnis setzt Folgendes voraus: Eine natürliche Person muss bei Unterzeichnung eines Vertrags an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit einen bestimmten Geschäftswillen erklären wollen. Weiter muss eine andere natürliche Person mit der zweiten Unterschrift auf dem Vertrag an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit den gleichen Willen erklären wollen. Haben beide natürlichen Personen beim Austausch der Willenserklärungen den gleichen Geschäftswillen gehabt und erklären wollen, so kommt der Vertrag mit diesem Willen zustande, und zwar unabhängig davon, ob vernünftige Parteien das Erklärte auch so hätten verstehen müssen und dürfen. Handelt es sich bei den Vertragsparteien um juristische Personen, ist zu prüfen, ob der Wille deren (handelnden) Vertreter bzw. deren (handelnden) Organe zur Zeit des Vertragsschlusses mit demjenigen des Empfängers übereinstimmt (Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7.A., München 1989, S. 608; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 4. unveränd. A., Berlin 1992, S. 795; in diesem Sinne wohl auch: ZK-Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 27). Massgebend sind in casu damit die Erklä-

- 35 - rungswillen derjenigen Personen, welche die Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) unterzeichnet haben. Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt des subjektiven Vertragswillens der Parteien trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu

ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (ZK-Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 33 und 42; BGE 121 III 123), in casu also die Beklagte. Zu behaupten und zu beweisen ist an sich alles, was zum Tatbestand der Willenserklärungen gehört: Sowohl der Erklärungsvorgang mit seinen einzelnen Elementen (Person der Beteiligten, Zeit, Ort und Form) als auch der gesamte innere Tatbestand, insbesondere der Geschäftswille mit seinem vollständigen Inhalt (ZK-Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N 218). Die Beklagte macht nun aber nicht geltend, dass eine (und welche) natürliche Person für die Klägerin wann und wie welcher natürlichen Person von der Beklagten gegenüber erklärt hätte, das Recht zur Benützung des Titels Puls-Tip stehe ihr (der Beklagten) auch noch nach Auflösung der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 zu. Sie beruft sich vielmehr lediglich darauf, dass sich die Klägerin die Rechte am Titel Puls-Tip im hier interessierenden Vertrag nicht vorbehalten habe, keine Titelrechte für sich beansprucht habe bzw. erstmals im Vertragsentwurf vom 17. Juli 1996 (act. 8/8) von Titelrechten spreche (act. 7 S. 4 f. und 8) und hält an anderer Stelle dafür, der Titel Puls-Tip sei nicht vom Vertrag erfasst, er bilde nicht Vertragsgegenstand (act. 15 S. 10, 13). In ihren übrigen Ausführungen zum Thema Titelrechte legt sie sodann dar, wie sie das Verhalten der Klägerin nach Treu und Glauben habe auslegen dürfen (act. 15 S. 9, 16). Da eine der Klägerin zuzurechnende Willenserklärung, wonach die Beklagte ihre Zeitschrift zu Gesundheitsfragen auch nach Auflösung des Vertrags vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) noch Puls-Tip betiteln dürfe, nicht ausreichend behauptet wird, ist nicht von einem dahingehenden übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen auszugehen. Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind demzufolge die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem

- 36 - Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (normative Auslegung; BGE 125 III 266). Von Bedeutung sind insbesondere auch die Vorverhandlungen zwischen den Parteien, ihr Verhalten nach Vertragsschluss, die Interessenlage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der jeweilige Vertragszweck (Schwenzer, a.a.O., N 33.05). Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der fraglichen Vertragsbestimmungen. Ziff. 5 und Ziff. 7 der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) lauten wie folgt: "5. Die presserechtliche Verantwortlichkeit für den Inhalt und die Herausgabe der PULS-Tip liegt allein bei der P-AG [gemeint: Beklagte]. Die P-AG stellt das Schweizer Fernsehen DRS von jeglichen Drittforderungen, insbesondere von Forderungen aus Presserecht, Persönlichkeitsrecht, UWG und aus dem Gebiet des Immaterialgüterrechts, frei. Die P-AG und das Fernsehen DRS koordinieren ihr Vorgehen bei Ansprüchen, die gegenüber beiden Rechtspersonlichkeiten erhoben werden. Sämtliche Rechte am PULS-Tip verbleiben bei der P-AG. Die P-AG stellt durch geeignete ärztliche Fachaufsicht die Unbedenklichkeit medizinischer Beiträge sicher. Die P-AG ist gegen aussen zur Wahrung des Redaktionsgeheimnisses verpflichtet." "7. Das Schweizer Fernsehen DRS gewährt der P-AG das Recht, auf dem PULS-Tip das Logo der Sendung PULS zu verwenden." Zu erinnern ist an dieser Stelle, dass Vertragszweck der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) die Herausgabe einer sendebegleitenden, abonniebaren Zeitung zur Fernsehsendung PULS war. Die Klägerin wollte dadurch weder personell noch finanziell zusätzlich belastet und von jeder Haftung und jedem Risiko des Printprodukts befreit werden, während sich die Klägerin bereit erklärte, Verlag, Produktion, Redaktion, Vertrieb und Administration der Zeitung zu übernehmen (act. 3/6).

- 37 - Festzuhalten ist sodann, dass die Parteien, wenn sie in der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) den Begriff Puls-Tip verwenden, damit die "sendebegleitende Zeitung" (vgl. act. 3/6 S. 1) und mithin das Produkt als solches, und nicht etwa deren Bezeichnung, deren Titel, meinen. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Vertragstext. Der Beklagten wird also in Ziff. 7 der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) das Recht gewährt, auf der sendebegleitenden Zeitschrift das Logo der Sendung PULS (vgl. act. 7 S. 6) zu verwenden. Eine Regelung darüber, was in Bezug auf den Titel der sendebegleitenden Zeitschrift, nämlich deren Bezeichnung als Puls-Tip, gelten sollte, ist Ziff. 7 demgegenüber nicht zu entnehmen. Was die Bedeutung von Abs. 2 von Ziff. 5 der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) anbelangt, ist dessen Einbettung innerhalb der genannten Ziffer zu berücksichtigen, sind doch einzelne Ausdrücke oder Sätze (umfangreicher) Vertragsurkunden in ihrem systematischen Zusammenhang (Satzbau, Aufbau der Vertragsurkunde) zu interpretieren und ist eine isolierte Interpretation einzelnen Vertragselemente unstatthaft (BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18 OR N 26). Es fällt hier auf, dass sich Ziff. 5 mit Themen auseinandersetzt, die damit zusammenhängen, dass es sich beim Produkt Puls-Tip um ein Printmedium handelt: Abs. 1 von Ziff. 5 befasst sich mit der presserechtlichen Verantwortlichkeit, Abs. 3 ordnet die fachärztliche Aufsicht über den Inhalt der medizinischen Beiträge an und Abs. 4 weist auf das Redaktionsgeheimnis hin. Damit liegt nun aber der Schluss nahe, dass auch die im streitigen Abs. 2 von Ziff. 5 erwähnten Rechte in diesem "presserechtlichen" Zusammenhang anzusiedeln sind. Eine vernünftige und korrekte Vertragspartnerin dürfte somit davon ausgehen, dass es sich bei den genannten um die Rechte am Printprodukt als solchen handle, welches zu unterscheiden ist von und ein aliud ist zu seiner Bezeichnung. Die Klägerin, welche die Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) als Zweite unterschrieb und damit die Offerte der erstunterzeichnenden Beklagten annahm (Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 4. A., Heidelberg 1993, N 363a), hatte demgemäss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr keinen Anlass zur Annahme, dass in Abs. 2 von Ziff. 5 nun plötzlich (auch) Titelrechte thematisiert würden.

- 38 - Aus den bei den Akten liegenden, in der vorvertraglichen Phase verfassten Schreiben (act. 8/1; 8/3; 8/4) ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien in den Vertragsgesprächen je darüber diskutiert hätten, ob die als sendebegleitend geplante Zeitschrift auch nach Auflösung der Zusammenarbeit noch Puls-Tip genannt werden dürfe. Von den Titelrechten ist - soweit sich aus den Akten ergibt - erstmals im Vertragsentwurf vom 16. Juli 1996 (act. 8/8) die Rede. Es lässt sich somit auch aus dem Verhalten der Parteien vor Vertragsschluss nichts zur Stützung des Standpunkts der Beklagten ableiten. Die Beklagte hält sodann selber dafür, sie habe der Klägerin u.a. für die Benutzung des Logos der Sendung PULS eine Lizenzgebühr bezahlen müssen (act. 15 S. 14 f.). Dass sich nun aber die Parteien vertraglich darauf geeinigt hätten, die Beklagte habe zwar einerseits für die Benutzung des Logos der Sendung etwas zu bezahlen, den Titel der Sendung PULS könne sie jedoch unentgeltlich und auch noch nach Beendigung der Zusammenarbeit der Parteien benutzen, erscheint alles andere als plausibel. Kurzum, die Bezeichnung Puls-Tip war als Titel für die sendebegleitende Zeitschrift zur Sendung PULS gedacht. Es ist nicht einzusehen, weshalb sich die Klägerin damit einverstanden hätte erklären sollen, dass die Beklagte auch noch nach Auflösung der Zusammenarbeit zwischen den Parteien unter diesem Namen, welcher eine - nicht (mehr) bestehende - Verbindung zur Sendung der Klägerin suggeriert, eine Zeitschrift zu Gesundheitsfragen herausgeben dürfe. Wäre dies tatsächlich die Meinung der Parteien gewesen, hätte dies im Vertrag klar und deutlich

festgehalten werden müssen. Das ist nun aber - wie die vorstehenden Erwägungen deutlich machen - nicht geschehen. Ein Anspruch der Beklagten darauf, den Titel Puls-Tip auch nach Beendigung der Zusammenarbeit mit der Klägerin noch benutzen zu dürfen, lässt sich demnach aus der Vereinbarung vom 9./18. März 1994 (act. 3/6) nicht ableiten. Zu fragen ist damit, ob die Verwendung des Titels Puls-Tip im heutigen Zeitpunkt im Rahmen der Rechtsordnung zulässig ist oder aber der Klägerin gegenüber der Beklagten ein entsprechender Unterlassungsanspruch zusteht. Letzteres ist vorstehend bereits bejaht worden.

- 39 - Lediglich am Rande sei bemerkt: Dass der Beklagten, welche ihr Gesundheitsmagazin unter dem Titel Puls-Tip lancierte und bedeutende Geldmittel wie Aufbauarbeit in dessen Bekanntwerden investierte, die Möglichkeit zur Benutzung dieses Titels mit den vertraglich eingeräumten Kündigungsmöglichkeiten per Ende März 1995 sowie anschliessend per jedes Jahresende entzogen werden konnte, erscheint tatsächlich als unbefriedigend. Mit der Verabredung einer Mindestvertragsdauer von mehreren Jahren wäre den Interessen der Beklagten sicher besser Rechnung getragen worden. Nun ist es aber nicht Sache des Gerichts, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aus jedem Vertrag einen gerechten und vernünftigen Vertrag zu machen. Die Parteien haben mit den von ihnen getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zu leben, auch wenn sie bei Vertragsabschluss nicht alle Eventualitäten bedacht bzw. geregelt haben (vgl. BGE 93 II 275 f.).

E. 3.6

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagten (unter Strafandrohung; vgl. Pedrazzini/von Büren/Marbach, a.a.O., N 749; Kamen Troller, a.a.O., S. 363) zu verbieten ist, ihr Gesundheitsmagazin unter dem Titel Puls-Tipp und ihre Ratgeber-Reihe zu Gesundheitsfragen unter dem Titel Puls-Dossier bzw. Puls-Tipp-Dossier herauszugeben. Des Weiteren ist ihr zu verbieten, ihr Beratungstelefon zu Gesundheitsfragen unter dem Namen Puls-Tipp-Telefon zu betreiben. Im Übrigen wird Rechtsbegehren Ziff. 2 abgewiesen. 4. Forderungsklage Schliesslich verlangt die Klägerin von der Beklagten für die Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. Oktober 1997 die Bezahlung einer Lizenzgebühr von (mindestens) CHF 106'221.35. Zur Begründung macht sie geltend, die Parteien seien in diesem Zeitraum in einem stillschweigend verlängerten bzw. allenfalls einem faktischen Vertragsverhältnis gestanden, weshalb ihr die Beklagte eine sich nach den Bestimmungen des Vertrags aus dem Jahre 1994 zu berechnende Lizenzgebühr zu bezahlen habe (act. 1 S. 17 f.; act. 11 S. 23 f.). Die Beklagte verweist demgegenüber auf ihr Schreiben vom 25. Juni 1996 (act. 8/7) und hält dafür, es habe kein Vertrag mehr

- 40 - zwischen den Parteien bestanden, weshalb es an jeder Grundlage für eine Lizenzgebühr fehle (act. 7 S. 8, 11; act. 15 S. 12 f., 18). Zu erinnern ist, dass der zunächst per 31. Dezember 1995 gekündigte Zusammenarbeitsvertrag von den Parteien einvernehmlich bis 30. Juni 1996 verlängert wurde und die Parteien auch nach dem 1. Juli 1996 bis zu der am 23. Oktober 1997 erfolgten Bekanntgabe deren definitiven Scheiterns (act. 3/24) in Vertragsverhandlungen standen. Weiter ist in Erinnerung zu rufen, dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 25. Juni 1996 (act. 8/7) der Klägerin gegenüber u.a. festhielt, der Zusammenarbeitsvertrag laufe am 30. Juni 1996 aus, dass sie auf die sich wohl in die nächsten Monate hineinziehenden Vertragsverhandlungen verwies und unter Hinweis auf das Fehlen einer vertraglichen Basis bis zur Unterzeichnung der neuen Verträge vorschlug, sämtliche Leistungen der Klägerin zu Marktpreisen abzugelten. Abschliessend wies sie darauf hin, sie gehe bei Ausbleiben eines Gegenberichts durch die Klägerin davon

aus, dass diese mit der vorge- schlagenen Zwischenlösung einverstanden sei. Vor dem Hintergrund dieses Schreibens konnte die Klägerin nun nicht davon aus- zugehen, dass die Beklagte in jenem Zeitpunkt den Willen hatte, allfällige von ihr (der Klägerin) nach dem 1. Juli 1996 erbrachte Leistungen nach bisherigen Be- dingungen zu entgelten. Die Klägerin hat es sodann versäumt, in substantzierter Weise darzutun, wann in der Folge wer von der Beklagten wie und wem von ihr (der Klägerin) gegenüber zu verstehen gegeben hätte, dass die Beklagte entge- gen dem im genannten Schreiben erklärten Willen damit einverstanden sei, für all- fällige nach dem 1. Juli 1996 erbrachte klägerischen Leistungen ein Entgelt ge- mäss der früher geltenden Regelung zu erbringen (vgl. dazu das in Erw. III.3.5 Ausgeführte). Vom Vorliegen eines entsprechenden Konsenses bzw. einer "still- schweigenden Vertragsverlängerung" kann demnach nicht ausgegangen werden. Die Klägerin behauptet weiter nicht, auf das Schreiben der Beklagten vom 25. Ju- ni 1996 (act. 8/7) reagiert zu haben. Wenn sie nun aber die beklagtische Erklä- rung, wonach zukünftige Leistungen nicht mehr wie bisher, sondern nach markt- üblichen Preisen abgegolten würden, unwidersprochen gelassen hat, kann sie sich nun im Nachhinein nicht erfolgreich darauf berufen, die Beklagte habe sie im

- 41 - Rahmen eines faktischen Vertragsverhältnisses nach der bisher geltenden Ver- einbarung zu entschädigen. Was die Abgeltung von Leistungen zu Marktpreisen betrifft, hätte die Klägerin sub- stanziert dartun müssen, welche Leistungen sie in der fraglichen Zeit konkret er- bracht und zu welchem Ansatz sie diese der Beklagten in Rechnung stellen will. Mangels entsprechender Behauptungen ist die Forderungsklage abzuweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Klägerin hat der Klage gesamthaft einen Streitwert von CHF 350'000.-- bei- gemessen (act. 1 S. 5). Das blieb unbestritten, weshalb davon auszugehen ist (§ 22 Abs. 1 ZPO). Während Rechtsbegehren Ziffer 2 zumindest teilweise gutge- heissen werden kann, unterliegt die Klägerin mit Rechtsbegehren Ziffer 1 und 3. Da auf Rechtsbegehren Ziff. 3 rund ein Drittel des gesamten Streitwerts fällt scheint es als gerechtfertigt, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzu- erlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (§§ 64 ff. ZPO). Da das Verfahren sehr komplex und damit aufwändig war, ist die Gerichtsgebühr in An- wendung der §§ 3 und 5 der Gerichtsgebührenverordnung auf 150% der einfa- chen Grundgebühr festzusetzen.

E. 4

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin unter Berufung auf die vertragliche Vereinbarung vom 9./18. März 1994, das MSchG und das UWG die Übertragung der Marke Puls-Tip von der Beklagten auf sie, eventualiter deren Nichtigerklärung, die Unterlassung des Gebrauchs der Titel Puls-Tipp, Puls- Dossier, Puls-Tipp-Dossier und Puls-Tipp-Telefon sowie die Bezahlung einer Li- zenzgebühr für die Zeit vom 1. Juli 1996 bis zur Beendigung der Zusammenarbeit im Oktober 1997. Die Beklagte hält die klägerischen Forderungen für unbegrün- det. II. Zuständigkeit Das Handelsgericht entscheidet gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 1 GVG die im MSchG vorgesehenen Zivilklagen. Nicht zuständig ist es demgegenüber grundsätzlich für lauterkeitsrechtliche Begehren. Diese sind allerdings gemäss ausdrücklicher bun- desrechtlicher Anordnung auch zu prüfen, wenn sie mit einem Antrag zusammen- hängen, welcher sich auf eines der die Zuständigkeit begründenden Gesetze ab- stützen lässt (Art. 12 Abs. 2 UWG). Dass die Klägerin in casu ihre Begehren u.a. auf das MSchG stützt, hat somit besagte Kompetenzattraktion zur Folge. Das Handelsgericht ist demgemäss sachlich zur Beurteilung auch der lauterkeitsrecht- lichen Begehren zuständig. Auch die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts zur

Behandlung der vorliegenden Klage ist gegeben. III. Rechtliche Erwägungen 1.
Übertragungsklage Als Erstes verlangt die Klägerin, die Beklagte sei zu verpflichten, die
am 16. De-

- 7 - zember 1996 hinterlegte Marke Puls-Tip für alle eingetragenen Waren- und
Dienstleistungskategorien auf sie (die Klägerin) zu übertragen.

E. 7

S. 16; act. 15 S. 21). Weiter macht sie (sinngemäss) geltend, aufgrund der Ver-

- 12 - einbarung vom 9./18. März 1994 zum Gebrauch des Titels Puls-Tip ermächtigt zu
sein (act. 7 S. 5 ff.).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.