

en conformité de l'art. 583, al. 1^{er} CO., puisque en regard de ce capital existera le solde à régler de la prétention Frossard. Le recourant a bien soutenu que le montant de la demande dépasserait la somme nécessaire pour solder la créance de Frossard et que par conséquent l'excédent tout au moins deviendrait sans emploi. L'instance cantonale supérieure a repoussé avec raison cette manière de voir en faisant observer que le recourant omet de tenir compte des intérêts réclamés par Frossard dès le mois de juin 1893 sur la totalité de ses avances, ce qui porte le solde de sa prétention à un chiffre supérieur au montant de la demande.

De ce qui précède il résulte que les moyens dilatoire et de fond invoqués par le recourant à l'encontre des conclusions de la demanderesse doivent être écartés et le prononcé de l'instance cantonale maintenu quant à la demande principale.

4^o L'arrêt cantonal doit également être confirmé en ce qui concerne la demande reconventionnelle en dommages-intérêts à raison du séquestre du 29 janvier et de la saisie des 12 février et 1^{er} mars 1895. La cour d'appel de Berne constate que le recourant n'a pas fourni la preuve que le séquestre lui ait causé un dommage matériel et que, d'autre part, la nature et la valeur des biens séquestrés, le lieu où le séquestre a été pratiqué et son retrait peu de temps après son exécution ne permettent pas d'admettre qu'il ait porté une atteinte grave à la situation du recourant. Ces constatations n'impliquent ni contradiction avec les pièces du dossier ni erreur de droit. C'est à juste titre dès lors que la Cour a refusé toute indemnité au recourant soit en vertu de l'art. 273 LP., soit en vertu de l'art. 55 CO.

Relativement à la saisie, l'arrêt attaqué ne tranche pas le point de savoir si cette mesure a causé un tort matériel ou moral au recourant. Mais il repousse la demande d'indemnité par le motif que le liquidateur de la Société Villotti et C^{ie} n'aurait commis aucune faute en requérant la dite saisie à la suite du jugement du président du Tribunal de Porrentruy prononçant la main-levée provisoire de l'opposition de Villotti et nonobstant l'appel formé par ce dernier. Cette solution est

justifiée, bien qu'il soit erroné de prétendre, ainsi que le fait la Cour cantonale, que le liquidateur pouvait s'appuyer sur l'opinion de MM. Brüstlein et Rambert (*Commentaire*, ad. art. 36 LP., note 2) pour admettre que l'appel contre le prononcé de main-levée n'était pas suspensif et qu'en conséquence il pouvait être suivi immédiatement à la poursuite. Ces auteurs ne disent en effet rien de semblable dans le passage cité de leur commentaire. Néanmoins la manière de voir admise par le liquidateur, sur le bien ou mal fondé de laquelle il n'y a pas lieu de prononcer ici, a en sa faveur de sérieux motifs, et l'on ne saurait considérer comme une faute engageant la responsabilité du liquidateur, soit de la société, de l'avoir considérée, en l'absence d'une jurisprudence contraire, comme conforme au véritable sens de la loi. Cela étant, la demande de dommages-intérêts doit aussi être écartée en tant que basée sur le fait de la saisie, attendu qu'elle ne peut s'appuyer que sur les art. 50 et 55 CO., dont l'application suppose une faute chez l'auteur du dommage.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne, du 9 octobre 1896, confirmé quant au fond et quant aux dépens.

44. Urteil vom 27. März 1897 in Sachen
Guilbert-Martin gegen Ulmann & Cie.

A. Durch Urteil vom 30. Dezember 1896 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt :

1. Es wird Vormerk genommen vom Rückzuge der Klage, soweit dieselbe darauf gerichtet ist, daß den Beklagten untersagt werde, Wasserstandsgläser mit rothen Streifen auf weißem Grunde in den Verkehr zu bringen.

2. Im übrigen — soweit die Klage darauf gerichtet ist, daß die Beklagten im Verkehr den Gebrauch des Namens „Photophore“ zu unterlassen verpflichtet seien, — ist dieselbe abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, die Beklagte sei zu verpflichten, sich des Namens „Photophore“ für Wasserstandsgläser im Verkehr zu enthalten. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der klägerische Anwalt diesen Berufungsantrag. Der Anwalt der Beklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger stellte beim Handelsgericht Zürich das Rechtsbegehren, es sei der klagten Firma der Gebrauch des Namens „Photophore“ für Wasserstandsgläser zu untersagen; er stützte dieses Begehren darauf, daß die klagte Firma Wasserstandsgläser mit farbigen Emailstreifen fabriziere, und unter dem Namen „Photophore“ verkaufe, während dieser Name vom Kläger erfunden, und von ihm zuerst für seine Wasserstandsgläser verwendet worden sei. Die Beklagten wendeten unter anderm ein, daß man solche Wasserstandsgläser allgemein Photophore nenne, die fragliche Bezeichnung also keine Individualbezeichnung, sondern Gemeingut sei. Das Handelsgericht hat durch Urteil vom 4. Oktober 1895 die Klage abgewiesen; es gieng davon aus, daß der Name „Photophore“ allerdings vom Kläger erfunden, und als Individualbezeichnung für seine Fabrikate eingeführt worden sei, fand aber, daß diese Bezeichnung sich seither im Verkehr verallgemeinert habe, so daß sie nicht mehr als spezielle Benennung der klägerischen Fabrikate, sondern als Qualitätsbenennung für Gläser der genannten Art erscheine, also zum Gemeingut der Industrie geworden sei. Das Bundesgericht, an welches der Kläger das handelsgerichtliche Urteil weiterzog, erklärte die in diesem Urteil ausgesprochene Ansicht, daß die Umwandlung des Namens „Photophore“ in eine Gattungsbezeichnung genügend erwiesen sei, als rechtsirrtümlich, da die Annahme einer solchen Umwandlung voraussetze, daß unter der betreffenden Klasse von Gewerbetreibenden das Bewußtsein, daß es sich um eine Individualbezeichnung des Klägers handle, nicht mehr vorhanden sei,

ein Beweis hierfür aber weder von der Vorinstanz als erbracht bezeichnet worden sei, noch auch bei selbständiger Prüfung des (damals) vorliegenden Aktenmaterials als erbracht angenommen werden könne. Das Bundesgericht wies daher die Sache an das Handelsgericht zurück zur Abnahme der weiter von den Beklagten dafür beantragten Beweise, daß der fragliche Name seinen ursprünglichen Charakter einer Individualbezeichnung eingebüßt habe.

2. In Ausführung des genannten bundesgerichtlichen Urteils hat das Handelsgericht die von den Beklagten beantragten Beweise, sowie die Gegenbeweise des Klägers abgenommen. Die Ergebnisse der Beweisführung werden in dem Urteile vom 30. Dezember 1896, gegen welches die gegenwärtige Berufung sich richtet, folgendermaßen zusammengestellt:

a. Des Sprachgebrauchs „Photophore“ mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Guilbert-Martin und dessen französisches Patent für die fraglichen Wasserstandsgläser („Wasserstandsgläser Photophore, Patent Guilbert-Martin“) bedienen sich die Vertreter des Klägers für die Schweiz, Wanner & Cie. in Horgen. Wanner erkläre, unter „Photophoren“ verstehe man ausschließlich die klägerischen Wasserstandsgläser, die nachgeahmten deutschen nenne er nicht Photophore, wie auch 80 % seiner Bestellungen auf „Photophore“ lauten, worunter nur diejenigen von Guilbert-Martin verstanden seien. Den nämlichen Sprachgebrauch (niveaux-photophores, brevet Guilbert-Martin) haben in ihren Prospekten E. Cynard in Yvon und Albert Baltus in Brüssel. Der frühere Vertreter des Klägers für Deutschland, August C. Funke in Hagen, Westphalen, führe dagegen in einzelnen seiner Prospekte, offenbar den ältern, die Bezeichnung „Wasserstandsgläser Patent Guilbert-Martin“, unter Weglassung des Ausdruckes Photophore. G. Pichardt in Bonn, ebenfalls Inhaber eines Geschäftes für technische Artikel, erkläre, mit dem Namen „Photophore“ werden zwar auch die von August C. Funke, dem frühern Vertreter des Klägers, seither fabrizierten Nachahmungen der klägerischen Gläser bezeichnet, im Allgemeinen verstehe man darunter aber nur die letztern Gläser. Der gegenwärtige Vertreter des Klägers für Deutschland, W. Schumann, Inhaber der Firma Hecht & Köpcke in Leipzig, habe in seinen Prospekten und Inseraten die Bezeich-

nung „Guilbert-Martin-Photophore,“ und den nämlichen Ausdruck zeigen die Prospekte von Gustav Pichardt, Oskewicz und Kern in Warschau, H. A. Hedding in Wien und C. F. Wischeropp in Berlin.

b. Die Bezeichnung „Photophore Wasserstandsgläser“ oder kurzweg „Photophore,“ bezw. entsprechende französische und italienische Ausdrücke erscheinen zunächst in mehr oder weniger offener Bezugnahme auf das klägerische Fabrikat, so vor allem in den Prospekten des Klägers von 1888 und 1895 („niveaux-bezw. tubes photophores“), in den Prospekten und Zeitungsinserten von Hecht & Köppe in Leipzig („Photophores Wasserstandsgläser“), denjenigen von L. Daffonville in Brüssel und des Mailänder Hauses Wanner & Cie. („tubi fotografici“). Daffonville bestätige, daß er keinen andern Sprachgebrauch kenne, und erkläre, die Wasserstandsgläser anderer Fabrikanten habe er nicht Photophore nennen hören, indessen sei aus seinem Zeugnisse ersichtlich, daß er von der Existenz anderer solcher Gläser mit farbigen Streifen bisher überhaupt nichts gewußt habe. W. Schumann, Inhaber der Firma Hecht & Köppe bezeuge dagegen, der Name Photophore habe sich in Deutschland, und, wie er glaube, auch in der Schweiz ziemlich allgemein im Verkehr eingebürgert, und zwar nicht bloß für Wasserstandsgläser des Klägers, sondern für solche überhaupt, auch für Imitationen jener. Wenn der Zeuge in einer nachträglichen Zuschrift an den Kläger angebe, es müsse bei der gerichtlichen Einvernahme ein Mißverständniß obgewaltet haben, indem er unter Photophoren lediglich diejenigen des Klägers verstehe und verkaufe, und auch Niemandem das Recht zustehende, jenen Namen für andere Wasserstandsgläser zu gebrauchen, so vermöge diese etwas abweichende Darstellung die Beweisraft des gerichtlich, unter Eid, abgelegten Zeugnisses nicht zu beeinträchtigen. Der frühere Vertreter des Klägers für Deutschland, August C. Junke, brauche in einer Reihe, wahrscheinlich späterer, Prospekte, und in einem Inserat vom Herbst 1895 ebenfalls den Ausdruck „Photophore Wasserstandsgläser,“ und zwar, wie sich aus seinem gerichtlichen Zeugniß ergebe, für die von ihm eingeführten Nachahmungen des klägerischen Fabrikates die er nach der am 25. Oktober 1888 erfolgten Aufhebung der

Vertretung des Klägers habe anfertigen lassen, und erkläre, hiefür die Bezeichnung „Photophore“ weiter geführt zu haben; in spätern Prospekten empfehle er „Photophore aus Hartglas“, womit unmöglich das klägerische Fabrikat gemeint sein könne. Ob dies aber in gutem Glauben geschehen sei, müsse bei den angeführten Verhältnissen als zweifelhaft angesehen werden.

c. Daß sodann die Beklagten die Bezeichnung „Photophore“ im Verkehr für andere als die klägerischen Fabrikate, angeblich ihre eigenen, gebrauchen, bilde ja die Grundlage der Klage und komme auch in ihren Prospekten zum Ausdruck. Der nämliche Sprachgebrauch einer erheblichen Anzahl Kunden sei durch die von diesen vorgelegten, größtenteils aus dem Jahre 1895 datierten Briefe verschiedener Geschäfte technischer Artikel ersichtlich, nämlich Luigi Bononi & Cie., Gerlach & Cie. („tubi fotografici“ und Tenger & Zollinger („fotografici“), sämtliche in Mailand, sodann von der Schiff- und Bahngesellschaft des Euganersees, der Accumulatoren-Fabrik Orlikon („Wasserstandsgläser Photophore“) und der Verwaltung des Asyls St. Katharinenthal, Kt. Thurgau. Die nämliche Bezeichnung finde sich indessen auch bei Firmen, bei denen keine Geschäftsbeziehungen zu den Beklagten ersichtlich seien, so bei Herz & Cie. in Berlin („tubes photophores“), bei Pozzi und Varese in Turin („fotografici“), ferner bei J. Lambergier in Genf, welche letzteren nach dem Wissen von Mitgliedern des Gerichtes nicht bloß Händler, sondern auch Fabrikanten seien. Der Chef dieses Hauses bezeuge, daß das Wort „Photophore“ ein Gattungsname für derartige Wasserstandsgläser, gleichviel welcher Provenienz, sei, und als solcher auch in den Facturen erscheine. Der gleiche allgemeine Sprachgebrauch finde sich im Warenkatalog von E. Perrot in Genf, und dieser habe brieflich erklärt, der genannte Ausdruck sei zum Gemeingut der Industrie geworden. Böllig im Widerspruch hiemit stehe aber sein gerichtliches Zeugniß, wonach der Name „Photophore“ nur für die Fabrikate des Klägers anwendbar sei, und selbstverständlich bilde die gerichtliche Erklärung bezüglich der Beweisraft den Vorzug. Die Inhaber einer Mehrzahl von Geschäften für technische Artikel haben indessen durchweg jene Verallgemeinerung des Namens „Photophore“ bestätigt und erklärt, daß Wasserstands-

gläser mit farbigen Streifen auf weißem Grunde ohne irgend eine Unterscheidung nach ihrer Provenienz, namentlich auch die deutschen Fabrikate, ganz allgemein Photophore genannt werden, so W. Kuster, D. Bünzli, E. Stabelmann, A. Möhle, A. Furrer, A. Diener und E. Näf in Zürich, Seiler in Basel und Francke in St. Gallen, die Optiker Kramer in Zürich und Büchi in Bern. Kuster erkläre, daß auch andere Fabrikanten diesen allgemeinen Sprachgebrauch haben. Daß diese allgemeine Benennung auch im Publikum, namentlich den regelmäßigen Bestellern dieser Wasserstandsrohren, herrsche, wie Eisenbahngesellschaften, Dampfmaschinenbesitzern, Fabrikanten, Bierbauern und Maschinisten, gehe aus den Zeugnissen von Möhle, Furrer, Diener, Kramer, Näf, Bünzli, Seiler und Francke hervor; Näf wisse nur einen Fall zu nennen, wo ihm ausdrücklich Photophoren von Guilbert-Martin bestellt worden seien, von einem Besteller, der zufällig den Unterschied näher gekannt habe; er erkläre aber, auch die Kenner brauchen den Ausdruck Photophore allgemein.

3. Fragt es sich nun, ob auf Grund dieses Beweisergebnisses die Annahme der Vorinstanz als gerechtfertigt erscheine, daß die Beklagten durch die Verwendung des Namens „Photophore“ für Wasserstandsgläser mit farbigen Streifen auf weißem Grunde ein Individualrecht des Klägers nicht verletze, so kann dahin gestellt bleiben, ob dieser Name im Ausland den Charakter einer Personal- oder Sachbezeichnung besitze. Denn die vom Kläger aufgestellte Streitfrage, ob die Beklagten verpflichtet seien, sich des Gebrauchs des Namens „Photophore“ für Wasserstandsgläser im Verkehr zu enthalten, kann nur dann gutgeheißen werden, wenn dieser Name im Inland, wo die Beklagten ihr Geschäftsdomizil haben, als Individualbezeichnung des Klägers anzusehen ist. Kommt hier dem Namen die Eigenschaft einer Individualbezeichnung nicht zu, sondern gilt er als Bezeichnung einer bestimmten Gattung von Waren, gleichviel welcher Herkunft, so steht derselbe hier auch den Beklagten zur Bezeichnung ihrer Fabrikate zu, und ist der Kläger nicht berechtigt, sie hieran zu hindern, auch wenn dieser Name im Ausland den Charakter einer Personalbezeichnung besitzt, und Kläger dort im Alleingebrauch desselben geschützt ist. Entscheidend ist also für die Beurteilung des vorliegenden Rechts-

streites, ob der Name „Photophore“ in der Schweiz unter der beteiligten Gewerbeklasse als Bezeichnung von Fabrikaten der in Frage stehenden Gattung, Wasserstandsgläsern mit farbigen Streifen auf weißem Grunde überhaupt, betrachtet werde, oder ob unter diesem Namen speziell nur die klägerischen Fabrikate verstanden werden. Nach dem Ergebnis der Beweisführung ist mit der Vorinstanz das erstere anzunehmen. Aus verschiedenen Orten der Schweiz, insbesondere auch aus Zürich, liegen eine ganze Reihe von Zeugnissen von Optikern und Inhabern von Geschäften für technische Artikel, also aus der in Frage kommenden Klasse von Gewerbetreibenden vor, welche mit Ausnahme von zweien, übereinstimmend dahin gehen, daß gegenwärtig im Verkehr der Name Photophore allgemein als Bezeichnung für Wasserstandsgläser mit farbigen Streifen auf weißem Grunde gebraucht wird, ohne Unterschied, ob die betreffenden Gläser vom Kläger oder andern Fabrikanten herrühren. Die beiden abweichenden Zeugnisse rühren von Samuel Wanner in Horgen, dem langjährigen Vertreter des Klägers, und von Emil Perrot in Genèver. S. Wanner erklärte, unter „Photophoren“ verstehe man ausschließlich die Wasserstandsgläser von Guilbert-Martin; 80 % aller ihm eingehenden Bestellungen auf Wasserstandsgläser lauten ausdrücklich auf „Photophore“, und nach seiner Ansicht seien darunter nur die Gläser von Guilbert-Martin gemeint. Perrot deponierte, der Name „Photophore“ bezeichne nach seiner Ansicht gegenwärtig im Handel durchwegs eine gewisse Sorte von Wasserstandsgläsern mit roten Streifen auf weißem Grunde, und zwar sei die genannte Benennung nur für die bezüglichen Fabrikate von Guilbert-Martin anwendbar. Diese beiden Zeugnisse sind jedoch, wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, nicht geeignet, den durch die übrigen Zeugendepositionen geleisteten Beweis, daß der Name „Photophore“ in der Schweiz allgemein als Sachbezeichnung aufgefaßt werde, zu entkräften. Denn was den Zeugen Wanner anbetrifft, so fällt von vornherein in Betracht, daß derselbe der Vertreter des Klägers ist; zudem stellt der Zeuge die von ihm angegebene Auffassung des Sprachgebrauchs hinsichtlich der fraglichen Bezeichnung ausdrücklich als seine persönliche Ansicht hin, und wenn er angibt, daß bei dem

größten Teile der ihm eingehenden Bestellungen auf Photophore nach seiner Meinung nur diejenigen des Klägers verstanden seien, so erklärt sich das ohne weiteres dadurch, daß Wanner & Cie. laut ihren Ankündigungen ausschließlich diese Ware verkaufen. Bezüglich des Zeugen Perrot ist zu bemerken, daß derselbe im Widerspruch zu seinem gerichtlichen Zeugnis brieflich erklärt hat, der Ausdruck Photophore sei zum Gemeingut der Industrie geworden. Mit Rücksicht auf diese altengemäße Thatsache kann es jedenfalls nicht als rechtsirrtümlich bezeichnet werden, wenn die Vorinstanz seine gerichtliche Aussage nicht als konfludent dafür betrachtet hat, daß unter den beteiligten Gewerbetlassen in der Schweiz das Bewußtsein sich wirklich aufrecht erhalten habe, daß „Photophore“ nicht Wasserstandsgläser mit roten Streifen auf weißem Grunde überhaupt, sondern nur solche aus der klägerischen Fabrik bedeuten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 30. Dezember 1896 in allen Teilen bestätigt.

Siehe auch Nr. 53, Entscheid vom 16. Januar 1897
in Sachen Rößlißberger & Cie.

VI. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb.

Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

45. Arrêt du 11 février 1897 dans la cause
Berner contre Spack.

A. Pierre Spack, maître charpentier, à Buchillon (Fribourg) a exécuté en 1895 les travaux de charpente d'un bâtiment construit pour le sieur Samuel Rentsch, syndic au dit lieu. Le 15 juin eut lieu la levée de la charpente. L'ouvrier charpentier, Frédéric Berner, d'Agrimoine, demeurant à Oberried, avait travaillé tout le jour avec les autres ouvriers. Au moment où le surveillant Gottfried Spack, fils de Pierre Spack, venait d'annoncer la cessation du travail, sur l'avis exprimé par un ouvrier nommé Blunier, qu'il fallait encore, pour la bonne façon, clouer une pièce dans la partie supérieure de la façade, Berner et cet ouvrier se mirent en devoir de faire ce travail. Dans ce but, deux planches furent placées au travers de deux baies de fenêtre du second étage de manière à faire saillie à l'extérieur. Blunier et Berner s'avancèrent chacun sur l'extrémité extérieure de l'une de ces planches, afin de clouer la pièce de bois qu'il s'agissait de fixer. Berner était muni pour ce travail d'une hache; il avait déjà planté un clou et était en train d'en enfoncer un second lorsqu'il perdit l'équilibre et tomba sur le sol. Il fut transporté dans la maison de Spack et reçut le soir encore les soins du docteur Demisch, à Chiètres, lequel constata une paralysie générale des membres inférieurs, de la vessie et du gros intestin, une luxation et une fracture de la seconde ou troisième côte et une compression de la moëlle épinière. Le lendemain le blessé fut conduit à l'hôpital de l'Isle, à Berne, où il mourut six jours après, soit le 22 juin. Un rapport du médecin-assistant, Dr Dopfer, constate qu'une opé-