

morale qui, comme telle, existe indépendamment de la personne de ceux qui la composent. Elle se confond au contraire avec l'ensemble des associés actuels. Dès lors, l'associé qui fournit son travail à la société est dans une situation analogue à celle du titulaire d'une raison individuelle. Or il va sans dire que si celui-ci vient à perdre une occasion de gain par suite de la violation d'un contrat, il est d'emblée fondé à faire valoir ce chef de dommage. La situation est différente pour une société anonyme en ce qui concerne le traitement de son directeur, même si celui-ci est le principal actionnaire. D'autre part, bien qu'il ne s'agisse pas d'une règle impérative, le Code des obligations dispose expressément (art. 537 al. 3 combiné avec l'art. 557) que l'associé n'a droit à aucune indemnité pour son travail personnel. Il est vrai que, d'après l'art. 558 al. 3 CO, les honoraires convenus pour le travail d'un associé sont assimilés à une dette de la société lors du calcul des bénéfices et des pertes. Mais cela ne fait que confirmer qu'en principe, c'est-à-dire sauf stipulation contraire, le travail d'un associé n'est précisément rémunéré que par une participation aux bénéfices. D'ailleurs, l'art. 558 al. 3 CO ne vise que les rapports des associés entre eux. Quant à l'art. 570 al. 2 CO, il ne s'oppose pas à ce que le manque à gagner d'un associé soit considéré comme un dommage éprouvé par la société. Il prévoit certes que les associés peuvent faire valoir dans la faillite de la société leurs créances d'honoraires. Mais il faut voir là une disposition spéciale, destinée à protéger l'associé qui a consacré ses forces à la société et auquel la loi, pour ce motif, n'a pas voulu *de plano* préférer les créanciers sociaux. Il reste donc que le travail fourni par un associé dans la société en nom collectif est en principe un simple apport fait à la communauté et que, cela étant, sa rétribution normale consiste en une part aux bénéfices.

C'est par conséquent à tort que le Tribunal cantonal a déduit du bénéfice net de 30 000 fr. par an la somme de 15 000 francs.

31. Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Mai 1946 i. S. Napro A.-G. gegen Nago Nahrungsmittelwerke A.-G.

Firmenrecht, Markenschutz, unlauterer Wettbewerb.

Erfordernis der deutlichen Unterscheidbarkeit von Firmabezeichnungen, Art. 951 Abs. 2 OR (Erw. 1-4).
Verwechselbarkeit zweier Marken, Art. 6 Abs. 1 MSchG (Erw. 5).
Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung eines die Marke eines andern verletzenden Zeichens auf Geschäftsdrucksachen, Art. 1 lit. d, 2 Abs. 1 lit. b-d UWG (Erw. 6).

Raisons de commerce. Protection des marques. Concurrence déloyale.
Il faut que la raison de commerce se distingue nettement de toute autre raison déjà inscrite, art. 951 al. 2 CO (consid. 1 à 4).

Danger de confusion de deux marques, art. 6 al. 1 de la loi concernant la protection des marques de fabrique et de commerce (consid. 5).

Concurrence déloyale résultant de l'utilisation sur les papiers d'affaires d'un signe incompatible avec la marque d'autrui, art. 1 lettre d, 2 al. 1 lettre b de la loi sur la concurrence déloyale (consid. 6).

Ditte commerciali; protezione delle marche, concorrenza sleale.

È necessario che la ditta commerciale si distingua chiaramente da ogni ditta già iscritta, art. 951 cp. 2 CO (consid. 1-4).

Pericolo di confusione di due marche, art. 6 cp. 1 della legge federale sulla protezione delle marche di fabbrica e di commercio.

Concorrenza sleale mediante l'uso, su stampati commerciali, d'un segno incompatibile con la marca altrui, art. 1 lett. d, 2 cp. 1 lett. b-d della legge sulla concorrenza sleale (consid. 6).

A. — Im Handelsregister des Kantons Solothurn ist seit dem Jahre 1927 die Firma « Nago Nahrungsmittel-Werke A.-G. » mit Sitz in Olten eingetragen für das Unternehmen der Klägerin, das unter anderer Firma schon seit dem Jahre 1911 bestanden hatte.

Im Jahre 1918 hatte das Unternehmen die Wortmarke « Nago » für Nahrungs- und Genussmittel und dergl. hinterlegt; die Eintragung wurde im Jahre 1938 mit etwelchen Abänderungen der Warenliste erneuert.

Im weiteren besitzt die Klägerin für ihre Produkte noch eine Anzahl von Marken, in denen die Bezeichnung « Nago » in verschiedenen Zusammensetzungen enthalten ist.

Am 11. Januar 1945 wurde die Napro A.-G. mit Sitz in Langnau i. E. gegründet, deren Zweck unter anderem

in der Fabrikation und im Vertrieb von diätetischen Präparaten und von Erzeugnissen der Lebens- und Genussmittelbranche besteht. So vertreibt die Napro A.-G. auch einen Kunsthonig « Fructovita » und ein Frühstücksgetränk « Isomalt », auf deren Packung als Warenzeichen das Wort « Napro » angebracht ist.

B. — Da die Nago Nahrungsmittelwerke A.-G. sich durch die Firmabezeichnung Napro A.-G. in ihren Firmen-, Marken- und Persönlichkeitsrechten verletzt fühlte, erhob sie gegen die Napro A.-G. Klage, mit der sie beantragte:

1. Es sei der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Straffolgen gerichtlich zu verbieten, das Wort « Napro » in ihrer Firmabezeichnung zu führen, und es sei die Eintragung im Handelsregister zu löschen;

2. Es sei der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Straffolgen gerichtlich zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr, insbesondere zur Kennzeichnung ihrer Produkte, das Wort « Napro » zu verwenden.

Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an, da die von der Klägerin behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorlägen.

C. — Das Handelsgericht Bern verfügte mit Urteil vom 14. Dezember 1945 die Löschung der Firma Napro A.-G. im Handelsregister und verbot der Beklagten unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter, das Wort « Napro » in ihrer Firmabezeichnung zu führen und es im geschäftlichen Verkehr, insbesondere zur Kennzeichnung ihrer Produkte, zu verwenden.

D. — Gegen dieses Urteil ergriff die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Die Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Gemäss Art. 951 Abs. 2 OR ist die Firma « Napro A.-G. » nur zulässig, wenn sie sich von der früher einge-

tragenen Firma « Nago Nahrungsmittel-Werke A.-G. » deutlich unterscheidet. Bei der Beurteilung der Frage nach der vom Gesetz geforderten deutlichen Unterscheidbarkeit ist der von der Bestimmung angestrebte Zweck im Auge zu behalten, die zuerst eingetragene Firma gegen Verwechslungen mit jeder später eingetragenen zu schützen und dem Firmenträger den ihm vom Gesetz eingeräumten Anspruch auf den ausschliesslichen Gebrauch der Firma (Art. 956 OR) zu gewährleisten. Dabei ist an die Firma von Aktiengesellschaften ein besonders strenger Massstab anzulegen, da sie im Gegensatz zu den Einzelunternehmen und den Firmen von Personengesellschaften dank der Möglichkeit, einen Phantasienamen zu wählen, grösseren Spielraum haben (BGE 63 II 24).

2. — Die Beklagte bestreitet, dass im vorliegenden Fall eine Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Firmen bestehe; zu vergleichen seien nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 52 II 397) die eingetragenen Firmenbezeichnungen als Ganzes, und nur sie. Während die Firma der Klägerin den auf die Geschäftsnatur hinweisenden Zusatz « Nahrungsmittel-Werke » enthalte, fehle bei ihrer Firma ein solcher Zusatz. Damit sei jede Verwechslungsgefahr ausgeschaltet. Dieser Einwand hält jedoch nicht Stich. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist massgebend der Eindruck, den eine Firma bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt im Gedächtnis des Betrachters haften lässt. Enthält eine Firma einen besonders auffälligen, in die Augen springenden Bestandteil, der von den beteiligten Verkehrskreisen als charakteristisch empfunden wird, so ist die genügende Unterscheidbarkeit unter Umständen selbst dort zu verneinen, wo die beiden Firmen nur in diesem hervorstechenden Bestandteil gleich oder ähnlich sind (BGE 61 II 123 und dort erwähnte Entscheide). Was an der Firma der Klägerin vor allem in die Augen springt, ist die Bezeichnung « Nago »; der Zusatz « Nahrungsmittel-Werke » tritt demgegenüber völlig zurück. Tatsächlich wird dieser Zu-

satz denn auch im Verkehr häufig ausser Acht gelassen, wie die von der Klägerin vorgelegten zahlreichen Briefumschläge zeigen, die ihr aus verschiedenen Landesteilen mit der blossen Adresse « Nago A.-G. Olten » zugegangen sind.

Die Verschiedenheit blosser Nebenbestandteile kann allenfalls dann ausreichen, wenn der verwechselbare Hauptbestandteil eine allgemein verkehrsübliche Sachbezeichnung darstellt, der dem freien sprachlichen Gemeingut angehört. Dann muss sich der erste Firmeninhaber entgegenhalten lassen, dass er die Folgen zu tragen hat, wenn er als Firma eine Sachbezeichnung wählt, der nur geringe Unterscheidungskraft innewohnt. Aus diesem Grunde erklärt es sich, dass Firmabezeichnungen wie « Seta A.-G. » und « Färberei Seta A.-G. » (Urteil des Appellationsgerichts Basel vom 27. Februar 1923, zitiert bei His, N. 32 zu Art. 951 OR) und « Basler Droschkenanstalt Gebr. Settelen » und « Allgemeine Droschkenanstalt Gebr. Keller » (BGE 23 II 1810) als nebeneinander zulässig erklärt wurden.

Diese Voraussetzung ist hier aber nicht erfüllt, da man es bei den Worten « Nago » und « Napro » mit Phantasiebezeichnungen zu tun hat. Die Beklagte führt zwar aus, « Napro » sei keine Phantasiebezeichnung, sondern die Zusammenziehung aus « Nahrungsmittel-Produkte », der Firma-bezeichnung einer Gesellschaft, mit der sie in enger Beziehung stehe und die zusammen mit einem weiteren Unternehmen ihre ganze Produktion absorbiere. Dieser Einwand ist jedoch unbegründet. Von einer Sachbezeichnung kann nur gesprochen werden, wenn das in Frage stehende Wort als solches einen Sinn hat, eben zur Bezeichnung einer bestimmten Sache dient. Bei Abkürzungen der hier in Frage stehenden Art trifft dies aber nicht zu. Es muss vielmehr bereits die Phantasie zu Hilfe gerufen werden, wenn man den Wortsinn ermitteln will, sobald es sich nicht um ganz allgemein gebräuchliche Abkürzungen handelt, die im Grunde genommen gar nicht mehr

als solche empfunden werden (TSF und dergl.). Überdies dürfte nur jemand, der mit den Verhältnissen bei der Beklagten vertraut ist, auf den Gedanken verfallen, dass « Napro » durch Zusammenziehung der Worte « Nahrungsmittel-Produktion » gebildet ist. Massgebend ist aber, ob die Abkürzung für einen Aussenstehenden einen Sinn hat. Das ist bei der in Frage stehenden Abkürzung zweifellos nicht der Fall.

3. — Unerheblich ist entgegen der Meinung der Beklagten auch der Umstand, dass sie auf ihrem Geschäftspapier stets die Sitzangabe Langnau anbringt. Wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, ist diese Angabe nicht Bestandteil der Firma und fällt daher als unterscheidendes Merkmal ausser Betracht. Würde mit Rücksicht auf die Sitzangabe die Firma der Beklagten als zulässig erklärt, so vermöchte niemand sie daran zu hindern, entweder in Zukunft die Sitzangabe wegzulassen, ihren Sitz nach Olten zu verlegen oder dort eine Filiale zu eröffnen. Selbst wenn übrigens die Sitzangabe in die Firma aufgenommen würde, vermöchte dies keine entscheidende Rolle zu spielen gegenüber dem im Vordergrund stehenden Phantasiebestandteil « Napro ».

4. — Die Frage spitzt sich also dahin zu, ob die Worte « Nago » und « Napro » sich genügend von einander unterscheiden. Dies ist mit der Vorinstanz zu verneinen. Die zu vergleichenden Worte stimmen sowohl in akustischer wie in optischer Hinsicht weitgehend überein. Die erste Silbe ist dieselbe; die Silbenzahl ist gleich; der Vokal der zweiten Silbe stimmt ebenfalls bei beiden überein. Der ganze Unterschied besteht in den Anfangskonsonanten der zweiten Silbe, « g » einerseits und « pr » andererseits, und diese weichen namentlich in optischer Hinsicht nicht stark von einander ab. Dazu kommt noch, dass die beiden Unternehmen auf dem gleichen Sachgebiete tätig sind. Die Gefahr von Verwechslungen ist daher nicht von der Hand zu weisen.

Mangels der erforderlichen deutlichen Verschiedenheit

ist daher die Firmabezeichnung der Beklagten neben derjenigen der Klägerin unzulässig und muss gelöscht werden. Damit erübrigt sich eine Prüfung, ob sie selbst bei Annahme ausreichender Verschiedenheit in firmenrechtlicher Beziehung wegen Verletzung eines Individualrechts der Klägerin an der Kurzbezeichnung « Nago » im Sinne von Art. 28 ZGB gleichwohl als unstatthaft anzusehen wäre.

5. — Ist schon unter dem Gesichtspunkt des Firmenrechtes die Bezeichnung « Napro » neben « Nago » unzulässig, so muss um so eher auch eine Verletzung der klägerischen Wortmarke « Nago » durch die markenmässige Verwendung der Bezeichnung « Napro » angenommen werden. Denn in Bezug auf die markenrechtliche Verschiedenheit, die nach Art. 6 Abs. 1 MSchG gegeben sein muss, ist noch ein strengerer Massstab anzulegen als in firmenrechtlicher Hinsicht. Dies deshalb, weil die Marke ein besonders wertvolles Mittel der Individualisierung darstellt und vor allem bei Artikeln des täglichen Gebrauches, wie sie gerade hier in Frage stehen, die Gefahr der Verwechslung in hohem Masse besteht, weil nach der Erfahrung des Lebens beim Kauf solcher Artikel von der Käuferschaft nur ein geringes Mass von Aufmerksamkeit vorausgesetzt werden darf (BGE 63 II 284, 58 II 457).

Der Einwand der Beklagten, sie wende sich nicht an die Detailkundschaft, sondern ihre gesamte Produktion werde von zwei Firmen übernommen, ist von der Vorinstanz mit der zutreffenden Bemerkung zurückgewiesen worden, dass die Produkte der Beklagten letzten Endes eben doch in der unzulässigen, die Bezeichnung « Napro » tragenden Packung in die Hände der letzten Abnehmer gelangen. Darauf aber kommt es gerade an.

6. — Der Verwendung der Bezeichnung « Napro » durch die Beklagte auf Geschäftsdrucksachen, in der Reklame usw., die von der Klägerin ebenfalls beanstandet wird, ist zwar mit den Bestimmungen des Firmen- und Markenrechts nicht beizukommen, wie auch die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat. Hingegen liegt darin eine Ver-

letzung des Persönlichkeitsrechts, das der Klägerin gemäss Art. 28 ZGB an ihrer Firmabezeichnung und an ihrer Marke « Nago » zusteht, wie auch ein unlauterer Wettbewerb im Sinne von Art. 1 UWG. Denn ein Zeichen, das als Firma und Marke unzulässig ist, weil es die Gefahr der Verwechslung mit einer andern Firma und Marke schafft, auf Briefpapier oder in der Reklame zu verwenden, verstösst unzweifelhaft gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

Die Beklagte glaubt, das Vorliegen eines unlauteren Wettbewerbes bestreiten zu können mit der Begründung, Art. 1 lit. d UWG verlange ein aktives Verhalten des Wettbewerbers; an einem solchen fehle es aber bei ihr, da sie gemäss dem eigenen Zugeständnis der Vorinstanz sich nicht habe von der Absicht leiten lassen, Verwechslungen mit der Klägerin herbeizuführen. Allein auch dieser Einwand geht fehl. Die Beklagte lässt ausser Acht, dass nach dem klaren Wortlaut von Art. 1 lit. d UWG ein unlauterer Wettbewerb schon dann vorliegt, wenn die Handlungen des Wettbewerbers *geeignet* sind, Verwechslungen herbeizuführen. Einer dahinzielenden Absicht bedarf es nicht. Gegen einen unlauteren Wettbewerb dieser Art kann sich der Verletzte mit der Klage auf Unterlassung weiterer Störung und Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes zur Wehr setzen. Ein Verschulden des Verletzers ist, wie bei den entsprechenden Klagen aus Firmen- und Markenrecht, für diese beiden Klagen nicht notwendig, sondern nur für die Geltendmachung allfälliger Schadenersatzansprüche (Art. 2 Abs. 1 lit. b und c gegenüber lit. d).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 14. Dezember 1945 wird bestätigt.

Vgl. auch Nr. 25, 33, 34, 36. — Voir aussi nos 25, 33, 34, 36.