werden, daß gerade die Freizeichen den charakterisierenden Hauptbestandteil der Marken bilden. Am klarsten tritt dies hervor bei Marke Nr. 8197, bei der auch die Firmabezeichnung auf den Seiten angebracht ist. Mehr Individualisierung zeigen die Marken Nr. 8196 und 10,056 insofern, als hier die Worte „Bergmann's" und „Bergmann" sich im Frontbild befinden, ersteres Wort in der Überschrift" zu lesen im Zusammenhang mit „Lilienmilchseife", letzteres als Unterschrift. Aber auch diese, an sich zweifellos markenfähigen Worte erscheinen nicht als Hauptbestandteile des Gesamtmarkenbildes. Ganz nebensächlich ist ferner die Anbringung der schutzfähigen Bergmännermarke infolge der Art und Weise, wie sie angebracht ist; und daß die Preisbezeichnung keinen wesentlichen Bestandteil des Markenbildes enthält, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Enthalten so die drei Marken allerdings einige schutzfähige Bestandteile, so sind sie gleichwohl in toto nichtig zu erklären, da sie als wesentliche Bestandteile Freizeichen enthalten; diese Nichtigerklärung in toto ist zu folgern aus Art. 14 Ziff. 2 MSchG, wonach das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum die Eintragung zu verweigern hat u. a., „wenn die Marke als wesentlichen Bestandteil . . . . irgend eine „als Gemeingut anzusehende Figur enthält." Hat das Amt eine Eintragung zu verweigern, wenn ein Freizeichen einen wesentlichen Bestandteil einer angemeldeten Marke bildet, ohne Rücksicht darauf, ob daneben noch schutzfähige Bestandteile in der Marke vorhanden sind oder nicht, so muß auch auf Klage hin die Nichtigkeit einer solchen Marke in toto ausgesprochen werden und die Löschung der ganzen Marke erfolgen. Dabei ist natürlich die Wirkung der Nichtigkeitserklärung sehr relativ, indem sie sich nur auf das bestimmte, konkrete Markenbild bezieht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 13. November 1903 in allen Teilen bestätigt.

VIII. Schuldbetreibung und Konkurs.
Poursuites pour dettes et faillite.

17. **Urteil vom 12. Februar 1904** in Sachen **Bianzano**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Leihkasse Enge**, Kl. u. Ber.-Bekl.

Klage gegen den Ersteigerer auf Schadenersatz wegen des Ausfalls bei der Steigerung, **Art. 143 Abs. 2 SchKG.** *Legitimation zur Klage;* **Ueberweisung** *der Ausfallsforderung an den klagenden Gläubiger nach* **Art. 131 Abs. 2 SchKG.** *Ausschliessliche Kompetenz der Aufsichtsbehörden, über die Gültigkeit der Ueberweisung zu entscheiden (Art. 17 SchKG.) — Passivlegitimation. Die Frage, ob jemand Ersteigerer sei, fällt in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden.*

A. Die Klägerin, Leihkasse Enge, war Inhaberin eines Schuldbriefes von 36,000 Fr., welcher auf der in ein Pfandverwertungsverfahren einbezogenen Liegenschaft zum Wehrlischloß in Altstetten haftete. Der Beklagte Bianzano und N. Spiehl waren im Besitze nachgehender Schuldbriefe. An der am 1. Juli 1901 abgehaltenen zweiten Steigerung des Grundpfandes fand (— nach zwei hier nicht in Betracht kommenden —) ein dritter Umgang statt, worüber das Gantprotokoll die Angabe enthält, daß die Zusage bei einem Kaufpreise von 44,000 Fr. an den Beklagten Bianzano erteilt worden sei. Der auf diesen dritten Umgang bezügliche Teil des Protokolles trägt denn auch neben der Unterschrift des Betreibungsbeamten Schmid diejenige Bianzanos. Darin figuriert aber noch, vor der Erwähnung, daß die Zusage an Bianzano erfolgt sei, der nachträglich durchstrichene Name Spiehls, welch' letzterer laut erstinstanzlicher Feststellung bei der zweiten Gant ein Angebot von 44,000 Fr. gemacht hatte. Ob tatsächlich der Zuschlag an Spiehl oder an Bianzano direkt erfolgt sei, erklärt die erste Instanz als nicht sicher. Sie stellt im übrigen fest, Spiehl und Bianzano seien vor dem Zuschlage (an letztern) oder unmittelbar nachher übereingekommen, daß Bianzano an Stelle Spiehls die Liegenschaft übernehmen solle, womit der bei der Gant anwesende Vertreter der Leihkasse Enge einverstanden gewesen sei.

Nachdem in der Folge weder Bianzano noch Spiehl sich zur Fertigung der Liegenschaft hatte herbeilassen wollen, brachte das Amt diese auf eine dritte Gant, an welcher sie ein Gottfried Peterhans für 35,000 Fr. ersteigerte.

B. Hernach hob die Leihkasse Enge gegen Bianzano, Spiehl und den Betreibungsbeamten Schmid Klage an auf Bezahlung von 4500 Fr. als Ersatz des Schadens, der ihr an Kapital und Zinsausfall dadurch entstanden sei, daß wegen Nichthaltung der zweiten eine dritte Gant habe stattfinden müssen. Das Bezirksgericht verwarf diese Klage hinsichtlich aller drei Beklagten; das zürcherische Obergericht (I. Appellationskammer) aber änderte unterm 23. April 1902 den genannten Entscheid dahin ab, daß es erkannte: Bianzano sei verpflichtet, der Klägerin 4052 Fr. 25 Cts. gegen Abtretung ihrer Verlustscheinsforderung auf den Briefschuldner Widera zu bezahlen. In diesem Urteil wird ausgeführt: Bianzano habe im Einverständnis sämtlicher an der Gant interessierten Personen alle mit dem Zuschlage verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten übernommen, gleichviel, ob der Zuschlag direkt an ihn oder zuerst an Spiehl erfolgt sei. Sei er also als Ersteigerer der Liegenschaft anzusehen, so hafte er nach Maßgabe des Art. 143 SchKG für den Schaden, der durch seine Weigerung, sich die Liegenschaft zufertigen zu lassen und die dadurch notwendig gewordene Abhaltung einer dritten Gant mit ungünstigerem Ausgange, entstanden sei. Die Gutheißung der Klage gegen Bianzano, wird endlich bemerkt, müsse zur Folge haben, daß auf die Klagen gegen Spiehl und Schmid nicht einzutreten sei.

C. Gegen diesen Entscheid ergriff Bianzano die Berufung an das Bundesgericht mit dem Begehren, die Klage gänzlich abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil wieder herzustellen.

Das Bundesgericht hieß die Berufung unterm 2. April 1903 gut, indem es (— gemäß dem einem frühern Entscheide d. d. 19. November 1902 i. S. der Klägerin, Leihkasse Enge, gegen den obgenannten Spiehl * entwickelten Rechtsstandpunkt —) davon

* Amtl. Samml., XXVIII, 2, Nr. 69, S. 582 ff.; Sep.-Ausg. V, No 76, S. 298 ff.

ausging, daß der Klägerin kein selbständiges Klagrecht aus Art. 143 SchKG gegenüber Bianzano zustehe, sondern sie ein solches nur auf abgeleitetem Wege zu erwerben vermöge, dadurch nämlich, daß sie entweder die Ausfallsforderung bei ihrer steigerungsweisen Verwertung erstehe oder daß ihr dieselbe im Sinne von Art. 131 SchKG an Zahlungsstatt oder zur Eintreibung überwiesen werde.

D. Die Leihkasse Enge ließ sich darauf am 17. April 1903 vom Betreibungsamte Altstetten folgende „Anweisung" ausstellen: „Der wegen Nichthaltens des am 1. Juli 1901 durch Heinrich „Bianzano gemachten Angebotes auf die Liegenschaft zum Wehrli„schloß entstandene Ausfall von 4052 Fr. 25 Cts. nebst Zinsen „und Kosten wird hiemit gemäß Art. 131 SchKG der Leih„kasse Enge zur Eintreibung überwiesen." Bianzano erhob gegen die Ausstellung der genannten Anweisung Beschwerde, indem er geltend machte, daß die fragliche Grundpfandbetreibung vollständig durchgeführt und deshalb die angefochtene betreibungsamtliche Maßnahme nicht mehr zulässig gewesen sei. Er wurde indessen von allen drei Instanzen, endgültig durch Bundesgerichtsentscheid vom 17. Oktober 1903, wegen mangelnder Legitimation zur Beschwerdeführung abgewiesen.

E. Am 23. April 1903 machte die Klägerin durch Einreichung der Weisung den Rechtsstreit neuerdings anhängig, indem sie die ihr durch den Obergerichtsentscheid vom 23. April 1902 zuerkannt gewesene Summe von 4052 Fr. 25 Cts. (für Kapitalausfall, ungedeckte Jahres- und Marchzinse und Verwertungskossen) nebst Zins à 5 % seit 1. Juli 1901 von neuem einforderte.

Der Beklagte Bianzano trug auf Abweisung der Klage an, mit folgender Begründung:

Die Klägerin sei auch jetzt nicht aktiv zur Klage legitimiert, da sie, statt persönlich, für die Pfandmasse Widera hätte klagen sollen. Sodann fehle dem Beklagten die Passivlegitimation, indem der Zuschlag nicht an ihn, sondern an Spiehl erfolgt, dieser allein also allfällig aus Art. 143 SchKG haftbar sei. Dieser Artikel finde überhaupt nicht Anwendung, weil er voraussetze, daß die Zufertigung der Liegenschaft an den Ersteigerer stattgefunden habe. Sodann sei die Betreibung gegen Widera bei Vornahme

der Forderungsüberweisung bereits abgeschlossen gewesen und habe also nicht mehr aufgenommen und fortgeführt werden können. In der nicht rechtzeitigen Geltendmachung der durch Art. 131 SchKG normierten Gläubigerrechte liege ein Verzicht auf diese Rechte. Auch beziehe sich Art. 131 SchKG nur auf das Pfändungs-, nicht auf das Pfandverwertungsverfahren. Der überwiesene Anspruch aus Art. 143 sei aber zur Zeit der Überweisung nicht gepfändet gewesen, und es werde auch bestritten, daß die Klägerin den Anspruch nachher habe pfänden lassen. Von der Anweisung habe der Betreibungsbeamte dem Beklagten keine Kenntnis gegeben, weshalb sie ungültig sei. Auf alle Fälle sei der Beklagte dadurch, daß das Amt den Spiehl als Käufer zu belangen gesucht habe, der Haft entlassen worden.

Aus den Akten ergibt sich, daß die Klägerin nach der Überweisung der fraglichen Ausfallsforderung, am 11. Juni 1903, vom Betreibungsamt Altstetten noch eine „Pfändung" derselben erwirkte. Die Pfändungsurkunde enthält den Vormerk: „Schuldner ist gestorben."

F. Die erste Instanz, Bezirksgericht Winterthur, wies die Klage mit Entscheid vom 25. September 1903 angebrachtermaßen ab, von der Erwägung ausgehend, daß die Klägerin, da es sich um eine Grundpfandverwertung handle und deshalb Art. 131 SchKG nicht anwendbar sei, sich einen Verlustschein ausstellen und in einer neuen Betreibung gemäß Art. 158 SchKG die Ausfallsforderung pfänden lassen müsse.

Das zürcherische Obergericht dagegen erklärte auf Appellation der Leihkasse Enge deren Klage mit Entscheid vom 14. November 1903 für begründet und sprach ihr die geltend gemachte Forderung von 4052 Fr. 25 Cts. nebst Zins à 5 % seit 1. Juli 1901 zu.

G. Gegen dieses Urteil richtet sich die nunmehrige rechtzeitig und formrichtig eingereichte Berufung Bianzanos, laut welcher dieser auf Abweisung der Klage in vollem Umfange anträgt.

Dieses Begehren erneuert sein Vertreter in der heutigen Verhandlung. Derjenige der Klägerin schließt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz zur Beurteilung der eingeklagten Forderung ist zweifelsohne gegeben. Insbesondere steht durch die bisherige Praxis fest, daß über den Ersatzanspruch aus Art. 143 Abs. 2 SchKG nicht die Aufsichtsbehörden, sondern der Civilrichter zu entscheiden hat.

Zur Begründung ihrer Klagforderung stellt die Klägerin darauf ab: daß sie im Grundpfandverwertungsverfahren gegen Widera als Gläubigerin beteiligt sei, daß ihr aus der Nichthaltung des Gantkaufes von Seiten des Beklagten ein Ausfall in der Höhe der eingeklagten Summe entstanden sei, und daß sie endlich zwecks Deckung dieses Ausfalles sich die Ersatzforderung gegen den Beklagten aus Art. 143 Abs. 2 SchKG vom Betreibungsamte im Sinne von Art. 131 Abs. 2 SchKG zur Eintreibung habe überweisen lassen.

Der Berufungskläger bestreitet dieses Klagfundament nicht in allen Teilen. Namentlich erhebt er für den Fall, daß er als Ersteigerer der Berufungsbeklagten im Sinne von Art. 143 haftbar sei, gegen seine Haftpflicht in quantitativer Hinsicht keine Einwendung, wie übrigens eine dahingehende Bestreitung materiell unbegründet wäre. Hinsichtlich der einzelnen Gründe, mit welchen er den klägerischen Anspruch bekämpft, ist nunmehr zu bemerken:

2. Vorerst kann er nicht gehört werden, soweit er die Legitimation der Berufungsbeklagten zur Klage von dem Gesichtspunkte aus in Abrede stellt, daß das Betreibungsamt ihr die Forderung gesetzwidrig zur Eintreibung überwiesen habe. Die Überweisung einer Forderung im Sinne von Art. 131 Abs. 2 SchKG hat den Charakter einer bei Durchführung des Verwertungsverfahrens ergehenden betreibungsamtlichen Verfügung im Sinne des Art. 17 SchKG. Will deshalb eine Partei, die sich durch eine solche Verfügung in ihren rechtlichen Interessen verletzt glaubt, dieselbe mit der Behauptung anfechten, daß es an den gesetzlichen Voraussetzungen für die Überweisung der Forderung fehle, so hat sie hiefür den Beschwerdeweg einzuschlagen. Der Richter dagegen kann, anläßlich der klagweisen Geltendmachung der überwiesenen Forderung durch den betreffenden Gläubiger, die Rechtsgültigkeit des betreibungsamtlichen Überweisungsaktes grundsätzlich nicht prüfen, sondern muß denselben als eine von der Betreibungsbehörde in Ausübung der Vollstreckungsgewalt ge-

troffene Amtsvorkehr anerkennen und demnach den betreffenden Gläubiger als zur Klage nach Maßgabe von Art. 131 Abs. 2 SchKG legitimiert ansehen.

Demzufolge ist es zunächst ohne Behelf, wenn der Berufungskläger darauf abstellt, daß die Uebertragung der Forderung auf die Berufungsbeklagte unzulässig gewesen sei, weil Art. 131 auf das Pfandverwertungsverfahren nicht Anwendung finde. Der Berufungskläger hätte, um die betreibungsamtliche Überweisung aus dem genannten Grunde anzufechten, sich an die Aufsichtsbehörden wenden sollen. Daß übrigens seine Rechtsauffassung im vorwürfigen Punkte materiell unrichtig ist und in Wirklichkeit Art. 131 SchKG auf das Pfandverwertungsverfahren, speziell auch was die Liquidation der Ausfallsforderung aus Art. 143 SchKG anbelangt, ebenfalls zutrifft, ist vom Bundesgerichte bereits in seinem Entscheide i. S. Spiehl (Amtl. Samml., Bd. XXVIII, 2. Teil, Nr. 69, S. 588)* ausgeführt worden.

Ebenso unerheblich ist es, wenn der Berufungskläger die Gesetzmäßigkeit der in Frage stehenden betreibungsamtlichen Forderungsüberweisung im weitern deshalb bestreitet, weil zur Zeit ihrer Vornahme die Betreibung bereits abgeschlossen gewesen sei. Allerdings hat er gestützt auf diesen Anfechtungsgrund tatsächlich Beschwerde geführt und dabei einen materiellen Entscheid der Aufsichtsbehörden in Sachen nicht erwirken können, indem diese Behörden ihm die Legitimation zur Beschwerde absprachen. Aus letzterem Umstande folgt aber keineswegs, daß nunmehr nachträglich der Richter befugt wäre, die vom Berufungskläger aufgeworfene Frage, ob die angefochtene Forderungsüberweisung nicht wegen Abschluß der Betreibung ungültig sei, materiell zu prüfen. Vielmehr hat dieser die zuständiger Weise erlassenen Beschwerdeerkenntnisse seinem Urteile zu Grunde zu legen und somit davon auszugehen, daß die fragliche Verfügung des Betreibungsamtes, weil von keiner hiezu berechtigten Partei angefochten, in Rechtskraft erwachsen sei. Übrigens scheint aus dieser Rechtslage dem Berufungskläger eine effektive Schädigung seiner Interessen nicht erwachsen zu sein. Denn nach dem Amtsberichte, welchen der

* Sep.-Ausg., V, S. 304.

Betreibungsbeamte im oberwähnten Beschwerdeverfahren erstattet hat (siehe Entscheid der untern kantonalen Aufsichtsbehörde sub C) muß, entgegen der Behauptung des Berufungsklägers, angenommen werden, daß die Betreibung bei Vornahme der Überweisung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG noch nicht abgeschlossen gewesen sei.

3. Die Behauptung sodann, die Berufungsbeklagte hätte nicht im eigenen Namen, sondern „Namens der Pfändungsmasse Widera" klagend auftreten sollen, ist heute als Grund für die Bestreitung der Aktivlegitimation mit Recht nicht mehr ernstlich aufrecht erhalten worden. In der Tat hat die bundesrechtliche Praxis sich bereits dahin ausgesprochen, daß der Gläubiger, dem die Forderung überwiesen ist, sich in der Stellung eines procurator in rem suam befindet und daß ihm in diesem Sinne ein selbstständiges Recht zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung zustehe. Daß die Berufungsbeklagte, darüber hinausgehend, die Forderung als persönlich forderungsberechtigt eingeklagt habe, läßt sich nach dem Inhalt ihrer Klage nicht sagen.

4. Wenn im weitern der Berufungskläger seine Passivlegitimation als Beklagter mit der Begründung bestreitet, daß der Zuschlag nicht an ihn, sondern an Spiehl erfolgt sei, so handelt es sich auch hier um einen der Prüfung des Civilrichters entzogenen Punkt. Der Zuschlag hat ebenfalls die Natur einer betreibungsamtlichen Verfügung. Die Entscheidung der Frage, ob Jemand, den das Betreibungsamt als Ersteigerer in Anspruch nimmt, wirklich solcher sei, d. h. ob ihm gegenüber ein gültiger Zuschlag stattgefunden habe oder nicht, fällt demnach in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden (vergl. Entscheid des Bundesgerichts i. S. Schweitzer gegen Moos und Guggenheim vom 23. Juli 1901, Erw. 3). Vorliegenden Falles nun weist unzweifelhaft das Gantprotokoll den Berufungskläger als Ersteigerer des Grundpfandes aus und hat ihn das Betreibungsamt in der Folge auch als solchen behandelt und speziell von dieser Auffassung ausgehend die Forderungsüberweisung an die Berufungsbeklagte gegenüber ihm als Schuldner vorgenommen. Sache des Berufungsklägers wäre es gewesen, sich gegen dieses Vorgehen zur Wehr zu setzen, d. h. auf dem Beschwerdewege feststellen zu lassen, daß ein gültiger Zuschlag an ihn in Wirklichkeit nicht

erfolgt sei, sondern Spiehl als Ersteigerer betrachtet werden müsse. Mangels dessen ist auch in diesem Punkte für den Richter die den betreibungsamtlichen Verfügungen zu Grunde liegende Auffassung maßgebend. Wäre er übrigens diesbezüglich zu einer selbständigen Entscheidung zuständig (wie dies die Vorinstanzen stillschweigend angenommen haben), so müßte sie jedenfalls zu Ungunsten des Berufungsklägers ausfallen. Denn nach der gegebenen Sachlage (s. oben sub A der Fakta) wäre wohl anzunehmen, daß zwar Spiehl das Höchstangebot gemacht, sich dagegen nachher, aber vor Abgabe eines bezüglichen Zuschlages, mit dem Berufungskläger und dem Amte im Sinne eines Eintrittes des Berufungsklägers in seine Rechtsstellung verständigt habe, und daß dann die Zuschlagserklärung gegenüber dem letztern erfolgt sei.

5. Ohne weiteres zurückzuweisen ist endlich die Behauptung, die Ersatzpflicht aus Art. 143 Abs. 2 SchKG greife im vorliegenden Falle nicht Platz, weil es nicht zu einer Fertigung des Gantobjektes gekommen sei. Es genügt, in dieser Beziehung auf die diese Frage präjudizierenden gegenteiligen Ausführungen des Bundesgerichtes in Sachen Spiehl (Erwägung 2) hinzuweisen.

6. Nach den vorstehenden Ausführungen ist somit die eingeklagte Forderung in allen Beziehungen als tatsächlich und rechtlich begründet anzusehen und deshalb die gegen ihre Gutheißung durch die Vorinstanz gerichtete Berufung abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das angefochtene Urteil der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts vom 14. November 1903 in allen Teilen bestätigt.

---

18. Urteil vom 13. Februar 1904

in Sachen **Gintzburger & fils**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen **Hirschi-Baumann**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Anfechtungsklage. Art. 285 ff. SchKG. Ueberschuldungspauliana, Art. 287 leg. cit., Berechnung der **sechsmonatlichen Frist** *der Art. 286 und 287 leg. cit., Bedeutung derselben. Art. 297. — Deliktspauliana, Art. 288 SchKG. Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht.*

A. Durch Urteil vom 21. November 1903 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern über die Rechtsbegehren:

1. Es sei die vom Einspruchsbeklagten Christian Hirschi-Baumann im Konkurse des Ulrich Christen, gewesener Baumeister in Oberburg, als grundversichert geltend gemachte und unter Nr. 12 des Kollokationsplanes auf Grundpfand bezw. dessen Erlös angewiesene Forderung von 3795 Fr. 48 Cts aus der Klasse der grundversicherten Forderungen auszuweisen und in dem erwähnten Kollokationsplan als Forderung fünfter Klasse in dieser Klasse anzuweisen;

2. Es sei der Kollokationsplan im Konkurse des Ulrich Christen gewesener Baumeister in Oberburg dementsprechend abzuändern und es sei die Einspruchsklägerin Firma Gintzburger & fils auf das dadurch freiwerdende Vermögen für ihre im erwähnten Konkurse des Ulrich Christen geltend gemachte und anerkannte Forderung von 6843 Fr. 30 Cts., soweit möglich und erforderlich, anzuweisen;

erkannt:

1. Die Klägerin ist mit ihrer Beweisbeschwerde abgewiesen.

2. Die Klägerin ist mit ihrem ersten Klagsbegehren abgewiesen.

3. Die Klägerin ist auch mit dem ersten Teil ihres zweiten Klagsbegehren, nämlich soweit es auf Abänderung des Kollokationsplanes gerichtet ist, abgewiesen; auf den übrigen Teil des zweiten Klagsbegehrens wird nicht eingetreten.