

eines Dritten, auch wenn die Bezeichnung eine Ware bezeichnet, zum Produzenten lebendig. Dagegen verschwindet diese Beziehung, wenn auch andere Produzenten das gleiche Produkt herzustellen in der Lage sind; und sie ist nie entstanden, wenn von Anfang an die Beziehung zum Produzenten losgelöst und die Bezeichnung als reine Sachbezeichnung verwendet war. Es mag nun dahingestellt sein, in welcher Weise die Bezeichnung „Wybert“ ursprünglich von den Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängern verwendet worden ist. Vieles in den Akten spricht dafür, daß sie von Anfang an als reine Sachbezeichnung dienen sollte; so die Bezeichnung „Wybert-Tabletten“, ferner die Aufschriften „hergestellt nach dem Recepte von Dr. Wybert“. Da ein Verfahrensschutz zur Zeit der ersten Herstellung des Mittels, wie auch noch zur Zeit der Eintragung der Marken, nicht bestand, konnte mit dem Hinweis auf die Herstellung nach dem Recepte Dr. Wyberts wohl kaum eine genügende Beziehung zum Produzenten geschaffen werden. Des weitern fällt in Betracht, daß die Beklagten selber nicht behauptet haben, Dr. Wybert habe ihnen das Recht an seinem Namen übertragen; eine solche Übertragung wäre übrigens nicht ohne weiteres zulässig, sondern nur in Verbindung mit einer Beteiligung am Geschäft; daß aber eine solche Beziehung zwischen den Rechtsvorgängern der Beklagten und Dr. Wybert — der nach Feststellung der Vorinstanz lange vor 1898 gestorben ist — je bestanden habe, ist eine tatsächliche Behauptung, die erst heute aufgestellt worden und daher gemäß Art. 80 OG nicht zu hören ist. Verhalte es sich indessen hiemit: mit der ursprünglichen Beziehung der Verwendung des Namens „Wybert“ zu dem Geschäfte der Beklagten, wie immer, so muß die Klage unter allen Umständen aus dem Grunde geschützt werden, weil die Bezeichnung „Wybert“ Sachbezeichnung und damit — markenunfähiges — Gemeingut geworden ist. Denn die Vorinstanz stellt, offenbar auf Grund ihrer Kenntnis der örtlichen Verhältnisse, fest, daß im Publikum jede Erinnerung an eine Beziehung zwischen der Bezeichnung „Wybert“ und dem Geschäfte der Beklagten erloschen ist und längst vor der Eintragung erloschen war. Das ist eine Feststellung eines tatsächlichen Verhältnisses, an welche das Bundesgericht gemäß Art. 81 OG gebunden ist. Es ist denn auch

festgestellt, daß speziell die Bezeichnung „Wibertli“ ursprünglich vom Publikum eingeführt worden ist; dieses aber hat damit offenbar eine Ware, losgelöst von jeder Beziehung zum Produzenten, bezeichnen wollen. Der Rechtschluß der Vorinstanz aus ihren tatsächlichen Feststellungen: daß „Wybert“ in Verbindung mit „Tabletten“ zc. und „Wibertli“ eine Sachbezeichnung geworden sei, ist danach durchaus zutreffend. Ebenso muß dies, der Natur des Markenrechtes nach, wie die Vorinstanz richtig ausführt, für das ganze Gebiet der Eintragung, also für die ganze Schweiz, Gültigkeit haben.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 19. März 1907 in allen Teilen bestätigt.

## VII. Schuldbetreibung und Konkurs.

### Poursuites pour dettes et faillite.

47. Urteil vom 4. Mai 1907 in Sachen  
Kanton Zürich und Gemeinde Seebach, Kl. u. Ver.-Kl.,  
gegen Bülsterli, Bekl. u. Ver.-Bekl.

*Anfechtung eines Liegenschaftskaufes wegen Simulation; Inkompetenz des Bundesgerichts, Art. 56 OG. — Anfechtung wegen Pfändungsbetruges, Art. 50 ff. OR; eidgenössisches und kantonales Recht. — Anfechtungsklage ausser Konkurs; Legitimation, Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG. Das Erfordernis des Verlustscheins kann nicht durch das Vorhandensein « besonderer Umstände » ersetzt werden. (Nichtvollstreckbarkeit ausserkantonaler Steuerforderungen.)*

A. Durch Urteil vom 15. September 1906 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Rechtsfrage:

Ist die Zufertigung der in Winterthur gelegenen Liegenschaften der Frau Schmid-Bühler, nämlich von ein Drittel von 4491,6 Quadratmeter Anlagen an der Pflanzschul- und Seidenstraße, und 1501,6 Quadratmeter Anlagen an der Palm- und Römerstraße an den Beklagten aufzuheben, sodas dieselben zu Gunsten der Kläger gepfändet werden können?

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt. Sie beantragen, die Klage sei gutzuheissen und es sei zunächst noch der Beweis über die Frage, ob eine Zahlung bezw. Hingabe von Aktien an Zahlungsstatt erfolgt sei, abzunehmen.

C. Überdies haben die Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich ergriffen. Dieses Gericht hat mit Entscheid vom 28. Januar 1907 die Beschwerde, soweit es auf sie eingetreten ist, abgewiesen.

D. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Kläger seinen Berufungsantrag erneuert.

Der Vertreter des Beklagten hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In tatsächlicher Beziehung ist aus den Akten hervorzuheben: Die Finanzdirektion des Kantons Zürich legte der Schwiegermutter des heutigen Beklagten, der damals bei diesem in Seebach, Kanton Zürich, wohnenden Witwe Schmid-Bühler mit Verfügung vom 8. Oktober 1904 wegen zu wenig versteuerten Vermögens eine Nachsteuer für die Jahre 1902 und 1903 von je 3700 Fr., zusammen 7400 Fr., auf, wozu die Steuer 1904 mit 1678 Fr. 50 Cts. kam, sodas sich der Steueranspruch des Kantons Zürich auf 9078 Fr. 50 Cts. belief. Auch der Gemeinderat Seebach legte der Genannten, mit Beschluß vom 29. Oktober 1904, eine Nachsteuer von zusammen 20,000 Fr. auf, und der Steueranspruch der Gemeinde betrug mit der Steuer pro 1904 Fr. 22,000. Witwe Schmid-Bühler stellte hierauf nach Stein a/Rh., Kanton Schaffhausen, über. Infolgedessen erwirkte die Finanzdirektion für ihre Forderung von 9078 Fr. 50 Cts. am 7. Dezember

1904 beim Gerichtspräsidentium Winterthur einen Arrest auf den der Schuldnerin zustehenden ideellen Drittelteil der Liegenschaft „zum Traubengut“ in Winterthur. Der Arrest wurde aufgehoben, nachdem der Beklagte am 9. Dezember vorläufig Werttitel und Barschaft im Betrage von 9100 Fr. und dann Barschaft von 9200 Fr. deponiert hatte. Am gleichen Tage fertigte Witwe Schmid ihren ideellen Drittelteil am „Traubengut“ dem Beklagten zu für den Kaufpreis von 15,000 Fr., der laut Erklärung der Parteien verrechnet und bezahlt worden sei. Auch die Gemeinde Seebach erwirkte in der Folge für ihre Steuerforderung gegenüber Witwe Schmid an Mobilien und dem Depositum von 9200 Fr. Arrest; sie nahm an der Arrestbetreibung und Pfändung Anteil. Diese führte nur teilweise zur Befriedigung der Gläubiger, wobei ihnen jedoch keine Verluftscheine ausgestellt wurden. Ein Begehren der Gläubiger an das Betreibungsamt Stein a/Rh. um Ergänzungspfändung wurde von diesem abgelehnt, worin es durch Beschluß der kantonalen Aufsichtsbehörde vom 23. Oktober 1905 geschützt wurde. Innert (der ihnen wegen Herausnahme einer provisorischen Verfügung angeetzten) Frist haben dann die Steuergläubiger Klage mit dem aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren gegen den Beklagten angehoben.

2. Diese Klage ist auf drei Klagegründe gestützt: In erster Linie begründen die Kläger sie als Anfechtungsklage im Sinne des Art. 285 ff. SchRG, speziell Art. 288; in zweiter Linie machen sie geltend, es handle sich bei dem angefochtenen Kaufvertrag um ein simuliertes Rechtsgeschäft; in dritter Linie endlich belangen sie den Beklagten aus Delikt, wegen Beihilfe zu einem Pfändungsbetrag der Witwe Schmid. Während die I. Instanz die Klage als Anfechtungsklage gutgeheissen hatte, hat die II. Instanz in ihrem eingangs mitgeteilten Urteil sie als Anfechtungsklage wegen mangelnder Aktivlegitimation der Kläger — mangels Verluftscheines — abgewiesen; den Standpunkt der Simulation hat sie ebenfalls wegen mangelnder Aktivlegitimation, dann aber auch wegen materieller Unbegründetheit abgewiesen; den Deliktstandpunkt endlich hat sie als prozessualisch verspätet vorgebracht erklärt und auch materiell abgewiesen, weil die Klage nicht auf Schadenersatz gerichtet sei. Das Kassationsgericht sodann hat sich

in seinem Entscheide mit der Sache nur befaßt, soweit es den Standpunkt der Simulation und die Einrede der Verspätung des Deliktstandpunktes betrifft; es hat diesen letzten Standpunkt der Appellationskammer als unrichtig erklärt, und hinsichtlich der Simulation hat es die Kassationsbeschwerde abgewiesen, weil, trotzdem entgegen der Appellationskammer die Aktivlegitimation der Kläger anzunehmen sei, doch in der materiellen Abweisung dieses Standpunktes keine Verletzung klaren Rechtes liege.

3. Fragt es sich nun zunächst, inwieweit das Bundesgericht das angefochtene Haupturteil — als welches das Urteil der Appellationskammer erscheint, da die Kassationsbeschwerde abgewiesen worden ist — wegen Verletzung eidgenössischen Rechtes überprüfen kann, so ist vorab seine Kompetenz hinsichtlich des Klagefundaments der Simulation, in Bezug worauf sie einzig zweifelhaft sein kann, nicht gegeben. Denn: Ungefochten als simuliert wird ein Liegenschaftskauf und der darauf beruhende Eigentumsübergang; und zwar handelt es sich dabei nicht um den Fall, wo sich unter dem nach außen erklärten Rechtsgeschäft (z. B. Kauf) ein anderes (z. B. Schenkung, Pfandbestellung) verbirgt, sondern um die Frage, ob ein Liegenschaftskauf gültig zustande gekommen sei und damit auch der Eigentumsübergang stattgefunden habe; zum Entscheide dieser Frage aber fehlt dem Bundesgericht offenbar die Kompetenz. Übrigens hat das Bundesgericht von je erklärt, daß die Einrede der Simulation dem Rechte des erklärten (vorgekauften) Rechtsgeschäftes unterstehe, und das ist bei dem Liegenschaftskauf das kantonale Recht. Auf den klägerischen Standpunkt der Simulation ist daher nicht einzutreten.

4. Was sodann die Klagebegründung aus Art. 50 ff. OR betrifft, so hat das Bundesgericht nach dem Entscheide des Kassationsgerichts davon auszugehen, daß dieser Klagestandpunkt in prozessualisch gehöriger Form rechtzeitig von den Klägern vorgebracht worden ist, und es ist daher auf ihn einzutreten. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob das Rechtsbegehren so, wie es gestellt ist, überhaupt als Deliktssklage im Sinne der Art. 50 ff. OR aufgefaßt werden kann, ob eine Deliktssklage ein derartiges Rechtsbegehren enthalten kann. Jedenfalls fehlt es zur Gutheilung der Deliktssklage sowohl an Erfordernisse des Schadens als an dem

der Widerrechtlichkeit. Von einem Schaden nämlich könnte nur dann gesprochen werden, wenn er definitiv wäre; nun ist aber in keiner Weise ersichtlich, daß die Steuerverforderung der Kläger definitiv verloren sei, sie ist lediglich vorläufig nicht exequierbar, allein das kommt einem endgültigen Verlust nicht gleich; es steht übrigens nicht einmal fest, ob die Schuldnerin nicht auch im Kanton Zürich noch weiteres Vermögen besitzt, auf das die Kläger greifen können. Hinsichtlich der Widerrechtlichkeit sodann kann jedenfalls von einem Verstoße gegen kantonale Normen keine Rede sein, nachdem die wegen Pfandbetrugs (§ 187 zürcherisches StrGB) gegen Witwe Schmid und den Beklagten erhobene Strafuntersuchung eingestellt worden ist. Eine Widerrechtlichkeit im Sinne des Verstoßes gegen eidgenössische Normen aber kann nur in der Anfechtbarkeit des Kaufgeschäftes nach Art. 285 ff. SchRG liegen, sodas diese Frage mit der nach der Begründetheit der Anfechtungsklage zusammenfällt.

5. Ist somit nur mehr die Anfechtungsklage (als welche die Klage vor den kantonalen Instanzen vornehmlich begründet wurde) zu prüfen, so erhebt sich in erster Linie die Frage der Legitimation der Kläger, die von den beiden ordentlichen kantonalen Instanzen in verschiedener Weise beurteilt worden ist. Art. 285 Abs. 2 Ziffer 1 SchRG begrenzt die Klagelegitimation bei der Anfechtungsklage außer Konkurs dahin, daß klageberechtigt ist „jeder Gläubiger, welcher einen provisorischen oder endgültigen Verlustschein erhalten hat“. Das dieses Erfordernis bei den Klägern nicht vorhanden ist, gibt auch die I. Instanz zu; sie glaubt aber, bei den besondern Verumständungen des Falles sei der ungedeckten Pfändungsurkunde in der Arrestbetreibung die Wirkung eines provisorischen Verlustscheines beizulegen, denn es sei den Klägern nicht möglich, außerhalb der Arrestbetreibung gelegenes Vermögen der Schuldnerin zu greifen. Nun gewährt nach der durchaus feststehenden Praxis der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts (s. namentlich US 31 I S. 373, und Sep.-Ausg. 8 S. 165) die Durchführung der Arrestbetreibung an dem vom ordentlichen Betreibungsforum verschiedenen Arrestorte (Art. 52 SchRG) dem Gläubiger kein Recht auf Anfechtung eines Verlustscheines, da sie nicht das gesamte pfändbare

Vermögen des Schuldners erfasst, sondern nur die am Arrestorte befindlichen verarrestierten Objekte. Diese Praxis der Betreibungsbehörden kann nur auf dem Wege der betreibungsrechtlichen Beschwerde, nicht der gerichtlichen Klage, angefochten werden; und ob speziell die Praxis der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer richtig ist, hat nicht das Bundesgericht als Berufungsinstanz zu prüfen, da es sich dabei um eine Frage der Exekution handelt, welche in die ausschließliche Kompetenz der Betreibungsbehörden, in letzter, eidgenössischer Instanz also der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts, fällt. Mit jener Praxis ist also davon auszugehen, daß die Arrestbetreibung kein Recht auf Ausstellung eines Verlustscheines begründet. Damit ist aber dem für den Arrestbetrag ungedeckt bleibenden Gläubiger die Möglichkeit der Erhebung einer Anfechtungsklage entzogen. Denn indem das Gesetz als formelle Voraussetzung der Legitimation zur Anfechtungsklage außer Konkurs das Vorhandensein eines Verlustscheines aufstellt, stellt es ein absolutes Erfordernis für den Nachweis der Unzulänglichkeit des schuldnereischen Vermögens auf, ein Erfordernis, das nicht durch andere Beweismittel ergänzt oder ersetzt werden kann (NS 26 II S. 476 ff. Erw. 2, und Jäger, Kommentar, Anm. 3 zu Art. 285, S. 112 f.). Dieses Erfordernis kann daher auch nicht ersetzt werden durch das Vorliegen „besonderer Umstände“, und eine analoge Anwendung der Wirkungen des Verlustscheines auf die ungedeckte Pfändungsurkunde in der Arrestbetreibung ist ausgeschlossen. Richtig betrachtet, ist denn auch im vorliegenden Falle mit der Ausstellung der ungedeckten Pfändungsurkunde in der Arrestbetreibung in keiner Weise die Unzulänglichkeit des Vermögens der Schuldnerin festgestellt; im Gegenteil gehen ja die Kläger selbst davon aus, daß die Schuldnerin ein beträchtliches Vermögen besitzt. Der Grund, weshalb die Kläger ihre Forderungen nicht erequieren können, liegt gar nicht in der Unzulänglichkeit des schuldnereischen Vermögens, sondern in dessen Unzugänglichkeit für die Kläger infolge der besondern Natur ihrer Forderungen als Steuerforderungen, in Verbindung mit der Tatsache des außerkantonalen Wohnsitzes der Schuldnerin und dem derzeitigen Rechtszustande hinsichtlich der Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Forderungen. Das ist aber ein ganz anderer Tatbestand als der, den die Anfechtungsklage zur

Voraussetzung hat. Es steht übrigens, wie oben in Erwägung 4 gesagt (wenn nicht etwa die Ausführungen der I. Instanz in diesem Sinne zu verstehen sind), gar nicht einmal fest, ob die Schuldnerin auch nur im Kanton Zürich nicht noch pfändbares Vermögen besitzt, auf das die Kläger greifen könnten: ein Grund mehr, um der vorliegenden Pfändungsurkunde die Wirkungen eines Verlustscheines zu versagen. Mit der II. Instanz ist daher die Anfechtungsklage mangels Klagelegitimation abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. September 1906 in allen Teilen bestätigt.

#### 48. Urteil vom 10. Mai 1907 in Sachen

**Würgler-Wächter**, Bekl. u. Ber.-Kl.,

gegen **Spar- und Leihkasse Frutigen**, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Natur und Wirkungen der Abtretung nach Art. 260 SchKG; speziell: Wirkung des Rücktrittes einzelner Anfechtungsgläubiger von der Klage (oder des Verzichtes auf die Abtretung). — Wirkungen des Verzuges des Ersteigerers bei der Steigerung beweglicher Sachen. Art. 143, 129 SchKG; 119 OR. Das SchKG regelt die Verzugsfolgen erschöpfend.*

A. Durch Urteil vom 26. Januar 1907 hat das Obergericht des Kantons Argau erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zofingen vom 19. September 1906 ist aufgehoben.

2. Der Beklagte ist im Sinne des Art. 260 SchKG schuldig erklärt, der Klägerin 3268 Fr. samt Zins zu 5% seit 5. Juli 1905 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit den Anträgen: