

strifte zu interpretieren. Daß Freiburg i. Br. für Kaffeesurrogate einen Ruf genießt, ist wohl für das Bundesgericht verbindlich von der Vorinstanz festgestellt und übrigens notorisch.

6. Hiernach ergibt sich, daß die Klägerin nicht berechtigt ist, die Herkunftsbezeichnung „Freiburger“ zu verwenden und daß daher die Marke, die diese Bezeichnung enthält — Nr. 8296/13,086 — allerdings deceptiv ist. Und zwar macht dieser deceptive Bestandteil, wie die Vorinstanz, gestützt auf Kohler, richtig ausgeführt hat, diese ganze Marke nichtig. Dagegen geht nun die Vorinstanz rechtsirrtümlicher Weise zu weit, wenn sie ohne jede nähere Begründung auch Marke Nr. 13,088 als deceptiv erklärt. Diese Marke als solche enthält die Herkunftsbezeichnung „Freiburger“ gar nicht. Daß sie tatsächlich nur in Verbindung mit dieser Bezeichnung, auf der Verpackung, verwendet wird, tut ihrem selbständigen Bestand als Marke keinen Eintrag. Mit Bezug auf diese Marke ist also das von der Vorinstanz angenommene Motiv zur Abweisung der Klage nicht durchschlagend.

7. Das hat zur Folge, daß die Sache zu neuer Beurteilung der übrigen von der Beklagten erhobenen Einwendungen und eventuell der Folgen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Zwar ließe sich ein Entscheid über die Frage, ob die angegriffene Marke eine Nachahmung der klägerischen Marke Nr. 13,088 bilde, wohl heute schon treffen, da das ein reiner Rechtsentscheid ist, wozu es keiner tatsächlichen Feststellungen bedarf. Da indessen über die Frage des Gemeingutes und der Priorität jedenfalls Aktenvervollständigung stattzufinden hat, empfiehlt es sich, auch die Frage der Nachahmung der Vorinstanz zur Beurteilung zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne als begründet erklärt, daß das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern (I. Abteilung) vom 28. Mai 1907 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung, im Sinne der Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils, an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

IX. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

97. Urteil vom 28. September 1907 *

in Sachen Konkursmasse der **Osterreichisch-Schweiz. A.-G.**
für **Waldausbeutung und Holzimport**, Bess. u. Ber.-Kl., gegen
d'Eggis, Kl. u. Ber.-Bess.

Inwieweit kann ein schweizerischer Gläubiger, für dessen Forderung ausländische (in casu in Oesterreich gelegene), nicht zur Masse ziehbare Pfänder haften, im schweizerischen Konkurs teilnehmen?

A. Durch Urteil vom 29. Mai 1907 hat die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts erkannt:

Die vom Kläger im Konkurse der Beklagten angemeldete Forderung ist mit 512,609 Fr. 35 Cts. in die V. Klasse zu kollozieren, in der Meinung, daß der Kläger zum Bezuge der Konkursdividende nur berechtigt ist, wenn er nachweist, ob und in welchem Betrage er bei Realisierung seiner Unterpfände zu Verlust gekommen ist.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage: es sei in Wiederherstellung des erstinstanzlichen Erkenntnisses die Klage der Gegenpartei gänzlich abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Berufungsklägerin diesen Antrag erneuert, derjenige des Berufungsbeklagten auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte A. d'Eggis gewährte im Jahre 1902 dem Dr. Walder, Notar Angst und Jean Weber ein Darlehen von 500,000 Fr., das durch 25,000 Freiburgerlose von 20 Fr. Nominalwert, berechnet zum Kurse von 18 Fr., und einen Barbetrag von 50,000 Fr. entrichtet wurde und das

* Für die dritte Lieferung verspätet.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

die Darlehensschuldner durch Bestellung einer Hypothek auf ihnen gehörenden Waldungen in Steiermark sicherstellen. Im Jahre 1904 wurden die Darlehensschuld und die Unterpfänder von der Österreichisch-Schweizerischen A.-G. für Waldbausbeutung und Holzimport in Zürich I übernommen. Infolge Betreibung des Klägers kam diese Gesellschaft in Konkurs und es meldete nunmehr der Kläger seine Darlehensforderung, samt Zinsen und Kosten, zusammen 512,609 Fr. 35 Cts. an, mit dem Begehren um Kollokation in V. Klasse. Die Konkursverwaltung (Konkursamt Zürich I) wies dieses Begehren ab, weil der Ausweis nicht erbracht sei, daß die Liquidation der erwähnten Grundpfänder einen Pfandverlust ergeben habe, der Hypothekargläubiger aber unter allen Umständen nur für einen allfälligen Ausfall im Konkurs kolloziert werden könne. Dabei ist zu bemerken, daß es, wie die Parteien zugeben, der Konkursverwaltung unmöglich ist, die in Steiermark gelegenen Grundpfänder zur Masse zu ziehen, da Österreich die Wirkung des Schweizerischen Konkurserkennnisses auf das in seinem Gebiet gelegene Grundeigentum nicht anerkennt.

Der Kläger erneuerte sein Begehren um Kollokation durch rechtzeitige Kollokationsklage. Die erste Instanz wies ihn ab. Die zweite dagegen hat die Klage in der sub A der Fakta ersichtlichen Weise teilweise gutgeheißen, indem sie in den Erwägungen ihres Entscheides die Konkursverwaltung als berechtigt erklärte dem Kläger, sofern er mit der ihm vorerst obliegenden Liquidation der Grundpfänder zögern sollte, hierzu eine Frist anzusetzen.

2. Der Kläger hat den Vorentscheid nicht an das Bundesgericht weitergezogen. Es liegt daher nicht mehr im Streite, ob er vorbehaltlos Anspruch darauf habe, für die angemeldete Forderung von 512,609 Fr. 35 Cts. in der V. Klasse kolloziert zu werden und gemäß dieser Kollokation bei der Verteilung sein Betreffnis ausbezahlt zu erhalten. Vielmehr verbleibt es — die Gutheißung der gegnerischen Berufung vorbehalten — bei der vorinstanzlichen Regelung, wonach der Kläger nur in der Meinung zu kollozieren sei, daß damit sein Recht zum Bezuge der Dividende noch nicht feststehe, sondern davon abhänge, ob und für welchen Betrag er den Nachweis eines bei der Realisierung erlittenen Verlustes erbringe.

Dabei kann der Kläger nur für diesen möglichen Pfandausfall, nicht für den Forderungsbetrag von 512,609 Fr. 35 Cts. schlechthin Anspruch auf Kollokation in V. Klasse und auf eine dieser Kollokation entsprechende Dividende haben. Denn offenbar will der Vorentscheid die Klage in diesem Sinne erledigen. Das ergibt sich aus den Erwägungen des Entscheides, unzweifelhaft namentlich aus dem Schlusssatz der Erwägung 3, wo erklärt wird, daß bei unvollständiger Deckung durch die Unterpfänder dem Kläger das Recht verbleibe, „für den Ausfall mit den übrigen Gläubigern an der allgemeinen Masse zu partizipieren“. Dagegen läßt es freilich das Dispositiv des Vorentscheides an der nötigen Klarheit fehlen, indem der Passus, daß die „angemeldete Forderung mit 512,609 Fr. 35 Cts. in die V. Klasse zu kollozieren“ sei, dahin ausgelegt werden könnte, daß die Dividende auf Grund eines kollozierten Betrages von 512,609 Fr. 35 Cts. zu bestimmen sei und daß die so berechnete Dividende dem Kläger in dem Umfange zufalle, als die Deckung des Pfandausfalles es erfordert, während in Wirklichkeit, wie gesagt, nur der — noch nicht bestimmbare — Pfandausfall Gegenstand der Kollokation und damit Grundlage für die Berechnung des Verteilungsbetrages sein kann, der dem Kläger später gegebenen Falles — ganz oder teilweise — als Dividende in V. Klasse ausbezahlt sein wird. Der Wortlaut des Dispositives ist dementsprechend zu berichtigen, dadurch, daß beim Passus: die „angemeldete Forderung ist mit 512,609 Fr. 35 Cts. in die V. Klasse zu kollozieren“ nach „35 Cts.“ die Worte „für den Ausfall“ eingeschoben werden. Hiermit stellt man klar, daß zwar bei der Verteilung ein Betreffnis, das auf Grund des vollen Forderungsbetrages bestimmt wird, zurückzubehalten ist, weil die Pfandliquidation möglicherweise ganz ergebnislos bleibt, daß aber immerhin die Dividende des Klägers stets nur auf Grund des erlittenen Ausfalles berechnet werden darf. Übrigens scheint der Kläger selbst nach seinen heutigen Ausführungen mit dieser Auffassung einig zu gehen.

3. Es fragt sich nun, ob der so aufgefaßte Vorentscheid gemäß dem Berufungsantrage der beklagten Konkursmasse zu Ungunsten des Klägers abzuändern, also diesem ein Recht auf Kollokation in V. Klasse überhaupt abzuerkennen sei.

Von den verschiedenen Gründen, auf die die Beklagte ihren hierauf gerichteten Rechtsantrag vor den kantonalen Instanzen gestützt hat, fallen derzeit nicht mehr in Betracht: die behauptete Anfechtbarkeit des Darlehensvertrages nach den Art. 287 und 288 SchRG, die behauptete wucherische Natur dieses Rechtsgeschäftes und die Bestreitung der feinerzeitigen Schulübernahme durch die Gemeinschuldnerin. Die letzte dieser Einwendungen hat nämlich die Beklagte schon vor erster Instanz, die beiden andern heute vor Bundesgericht fallen gelassen und sie könnten übrigens sachlich nicht geschützt werden.

Damit bleibt nur noch zu prüfen, ob die Beklagte zutreffend geltend mache, das Recht des Klägers, im hängigen Konkurse als Chirographargläubiger teilzunehmen, werde dadurch ausgeschlossen, daß die Darlehensschuld des Klägers durch in Oesterreich gelegene Grundpfänder gesichert sei, dieser Staat aber, mit dem kein Staatsvertrag hierüber bestehe, die Wirkungen des schweizerischen Konkurserkennnisses für sein Gebiet nicht anerkenne und daß es deshalb unmöglich sei, die Grundpfänder im jetzigen Konkursverfahren zu liquidieren. Hiermit wird die dem internationalen Konkursrechte angehörende Frage aufgeworfen, ob und in welcher Weise ein schweizerischer Gläubiger, für dessen Forderung ausländische, nicht zur Masse des schweizerischen Konkurses ziehbare Pfänder haften, in diesem Konkurse teilnehmen könne. Diese Frage, die das Gesetz nirgends geregelt hat, braucht im vorliegenden Falle nicht allseitig und eingehend untersucht zu werden. Denn streitig ist nur, ob von den verschiedenen möglichen Lösungen die von der Beklagten vertretene gutzuheißen sei, laut der der betreffende Pfandgläubiger zum schweizerischen Konkurse überhaupt nicht zugelassen würde. Das ist aber schon von folgenden Erwägungen aus zu verneinen:

Nimmt man an, der Richter habe hier und zwar deshalb, weil das Gesetz ihm für seine Aufgabe überhaupt keinen Anhaltspunkt zu bieten vermag, unabhängig von ihm die dem Falle angepaßte Norm zu finden, so könnte er jedenfalls nicht zu der von der Beklagten behaupteten kommen: denn die Billigkeit würde es nicht rechtfertigen, einem (schweizerischen) Gläubiger das Recht, für seine Forderung als Konkursgläubiger im schweizerischen Konkurse Be-

friedigung zu suchen, deshalb grundsätzlich zu versagen, weil neben der Personal- noch eine Pfandhaftung besteht und diese nur in einem gesonderten Verfahren im Auslande sich geltend machen läßt. Die entgegengesetzten Interessen der Mitgläubiger werden hier unter allen Umständen dadurch genügend geschützt, daß man dem Pfandgläubiger nicht vorbehaltlos für seine Forderung als Chirographargläubiger am Konkurse teilzunehmen gestattet, sondern, wie es der Vorentscheid will, nur unter bestimmten Kautelen, die verhindern, daß er mehr aus dem Konkurse bezieht, als er bedarf, um mit der Verwertung des Pfandes voll gedeckt zu sein. Dem Pfandgläubiger die Teilnahme am Konkurse schlechthin zu versagen, hieße auch die Bedeutung der Personalhaftung seines Schuldners und des damit gegebenen Rechtes auf Deckung aus dem pfandfreien Vermögen unterschätzen. Ob der den Mitgläubigern gebührende Schutz soweit, wie erwähnt, gehen solle, ist nicht zu prüfen.

Nimmt man aber in zweiter Linie an, bei der Lösung der Frage könnten irgend welche gesetzliche Bestimmungen, namentlich im Sinne analoger Rechtsanwendung, beigezogen werden, so ließen sich doch keine finden, die für die Lösung der Beklagten sprechen würden: im besondern sind die heute von der Beklagten angerufenen nicht verwendbar. Art. 41 SchRG zunächst betrifft die Spezial- und nicht die Generalexécution; der Eintritt dieser aber bewirkt für den Pfandgläubiger eine Änderung gerade seiner bisherigen, durch Art. 41 geordneten Stellung, indem er nun nicht mehr zunächst als Pfand- und dann als Chirographargläubiger vollstrecken muß, sondern als Konkursgläubiger in beiden Eigenschaften handelt. Wenn ferner Art. 232 Ziff. 4 an die „ungerechtfertigte“ Unterlassung, das Pfand dem Konkursamte zur Verfügung zu stellen, als Verwirklichungsfolge das Erlöschen des Vorzugsrechtes knüpft, so trifft diese Folge nicht die Geltendmachung des Forderungsrechtes — worum es sich hier handelt — und kann auch von einer ungerechtfertigten Unterlassung im erwähnten Sinne in den vorliegenden Fällen unmöglich die Rede sein. Endlich ist auch nicht zu ersehen, wie aus Art. 219 etwas gegen das Recht des Klägers auf Anerkennung als Gläubiger in der V. Klasse hergeleitet werden könnte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Das Dispositiv des Vorentscheides wird gemäß Erwägung 2 hievor durch Beifügung der Worte „für den Ausfall“ berichtigt.
2. Im übrigen wird der Vorentscheid bestätigt und damit die Berufung abgewiesen.

98. Arrêt du 26 octobre 1907, dans la cause Henneberg
et Allemand, dem. et rec., contre
Masse en faillite de la Société anonyme du Village suisse.
def. et int.

Inadmissibilité d'exceptions nouvelles devant le Tribunal fédéral, **art. 80 OJF.** — Portée du recours en réforme dirigé contre le jugement au fond: les jugements qui précèdent le jugement au fond, ne sont soumis à la connaissance du Tribunal fédéral que pour autant que les conditions de la compétence du Tribunal fédéral sont réalisées. **Art. 58 al. 2 OJF.** — **Art. 58, al. 1 eod.:** **jugement au fond.** Un jugement par lequel un tribunal se déclare incompetent en vertu d'un compromis arbitral, pour statuer sur une action en opposition à un état de collocation, est un jugement au fond. — **Art. 250 LP.** Distinction entre le failli et la masse en faillite. Le for du juge de la faillite, pour les actions en opposition à l'état de collocation, est d'ordre public, et il ne peut pas y être dérogé par un compromis arbitral.

A. — Par contrat du 10 avril 1898, Henneberg et Allemand, entrepreneurs à Genève, se sont chargés de la construction du Village suisse, qui a figuré à la dernière exposition universelle de Paris, pour le compte de la société anonyme constituée sous le même nom. Toutes les contestations qui pouvaient surgir entre la société et les entrepreneurs devaient, d'après l'article 14 du contrat, être tranchées souverainement et sans appel par trois arbitres nommés d'un commun accord et, à défaut d'entente, par le Tribunal fédéral.

B. — Un litige important surgit. Il fut soumis à un tribunal arbitral dont les pouvoirs expirèrent avant que le jugement fût rendu.

Quelque temps après la Société du Village suisse fut mise en faillite. Henneberg et Allemand intervinrent dans la liquidation, demandant à être colloqués pour une somme de 471 334 fr., prétendu solde du prix des travaux. Cette prétention fut écartée par l'administration de la faillite le 29 mars 1906, avec la mention: « attendu qu'elle n'est pas justifiée ».

C. — Par exploit du 7 avril 1906, Henneberg et Allemand ouvrirent action à la masse devant le Tribunal de première instance de Genève et attaquèrent l'état de collocation, concluant à ce qu'il soit prononcé:

- « qu'ils sont créanciers de 471 334 fr.;
- » qu'ils seront admis comme créanciers gagistes sur les
- » droits et les biens par eux revendiqués, et pour le surplus
- » parmi les créanciers de cinquième classe. »

La masse en faillite déclina la compétence du tribunal pour fixer le chiffre de la créance contestée, en se fondant sur la clause compromissaire de l'art. 14 du contrat.

D. — Par jugement du 28 novembre 1906, le tribunal de première instance admit l'exception d'incompétence en se fondant sur les motifs suivants: il faut distinguer entre l'admission d'une créance dans l'état de collocation, qui est une question de forme, et les décisions concernant son existence ou son montant, qui touchent le fond même du droit. La question de l'admission d'une créance est de la compétence exclusive du juge de la faillite, en vertu de la disposition de l'art. 250 LP; en revanche, aucune disposition de cette loi ne modifie les règles habituelles de la compétence en ce qui concerne les engagements du failli. La masse ne peut avoir ni plus ni moins de droits que lui. En l'espèce, la convention qui contient le pacte arbitral est un contrat bilatéral, et il n'appartient pas à l'une des parties contractantes de le rendre inapplicable par sa seule renonciation. La demande, telle qu'elle est formulée, ne conclut pas seulement à l'admis-