

Produkt der Kassationsbeklagten handeln könne, sondern daß damit angedeutet werden wolle, es handle sich um ein Ersatzprodukt, Surrogat, oder um ein seiner Zusammensetzung nach mit dem durch die Wortmarke « Validol » identisches Produkt eines andern Fabrikanten. Wenn die Vorinstanz die Feststellung hierüber abgelehnt hat mit der Begründung, es komme doch immer in letzter Linie auf das kaufende Publikum, den eigentlichen Konsumenten, an, so kann diese Ausführung in dieser Allgemeinheit nicht gebilligt werden. Erst wenn die Möglichkeit gegeben ist, daß die von der Kassationsbeklagten beanstandete Etikettierung in die Hände der Konsumenten gelangt, ist die Möglichkeit der Täuschung und damit auch der widerrechtliche Gebrauch der Marke gegeben. Daß das, was von den Kassationsklägern ausdrücklich bestritten worden ist, der Fall sei, ist nun aber von der Vorinstanz nicht festgestellt, und es kann auch nicht aus den Erwägungen ihres Urteils herausgelesen werden; insbesondere ist nicht erwiesen, wie es sich mit den nach Jassa gelieferten Fläschchen verhalte. Das Urteil der Vorinstanz enthält danach einmal eine unrichtige — nämlich zu absolute — Auslegung des Gesetzes; es leidet aber ferner an einem Mangel im Tatbestande, nämlich an der Unterlassung der Feststellung, an wen die Ware mit der fraglichen Etikettierung gelangt; der Mangel dieser Feststellung macht die Prüfung der Gesetzesanwendung unmöglich. Die Sache ist daher zu dieser Feststellung und zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.

Demnach hat der Kassationshof
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Argau, Abteilung für Strafsachen, vom 25. Oktober 1906 in Anwendung des Art. 173 OG aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

C. Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.

Arrêts de la Chambre des poursuites et des faillites.

27. **Entscheid** vom 22. Januar 1907 in Sachen
Locher-Held.

Pfandverwertung; Kollokation und Verteilung; Rangordnung von (Grund)pfandgläubigern. Einfluss des Lastenverzeichnisses und eines Widerspruchsverfahrens gegen dasselbe. Art. 140, spez. Abs. 2; 146, 157 Abs. 2 SchKG. Die Rangstreitigkeiten sind erst bei der Kollokation und Verteilung, nicht schon beim Lastenverzeichnis zum Austrag zu bringen. Das ist zwingendes Recht. — Zuständigkeitsphäre des Kollokationsrichters und der Aufsichtsbehörden.

I. Der Rekurrent Gottlieb Locher-Held ist aus einer Pfandobligation für eine Summe von 6000 Fr. nebst Zins und Kosten Gläubiger des Gottfried Dubach. Als Unterpfand haftet eine Besitzung in Rüeggsauwachen, auf der noch andere Kapitalien lasten, darunter ein solches von 2000 Fr. zu Gunsten des J. Schwab, Bahnbeamten in Biel, als Ehemann der Rosa Dieboldswyler, und ein weiteres von 2000 Fr. zu Gunsten des Friedrich Moser, Lokomotivführer in Burgdorf, als Ehemann der Rosette Dieboldswyler. Diese beiden Forderungen von zusammen 4000 Fr. standen früher als einheitliche Forderung der Witwe Anna Barbara Dieboldswyler geb. Kähr zu, die am 10. April 1899 für sie den

Nachgang in Rang und Recht gegenüber dem Pfandkapital des Rekurrenten Locher erklärte. Nachher ging die Forderung der Witwe Dieboldswyler durch Erbgang je zur Hälfte auf die heutigen Ehefrauen Schwab und Moser über. Am 19. August 1899 erklärte Moser für den ihm zukommenden Betrag von 2000 Fr. den Rangnachtritt gegenüber den 2000 Fr. des J. Schwab.

In der Folge wurde über die fragliche Liegenschaft ein Pfandverwertungsverfahren eröffnet, in dem das Betreibungsamt Trachselwald am 8. Januar 1906 das Lastenverzeichnis aufstellte und mitteilte. Darin wurde unter Berufung auf Art. 140 SchRG „den Gläubigern und dem Schuldner eine Frist von zehn Tagen angesetzt, innerhalb welcher sie beim Betreibungsamt Trachselwald die Ansprüche der übrigen Pfandgläubiger bestreiten können“ und beigefügt: „Erfolgt keine Bestreitung, so werden die Ansprüche der Gläubiger nach aufgeführtem Range als anerkannt betrachtet.“ Die einzelnen Lasten sind in das Verzeichnis mit folgender Rangordnung aufgenommen:

- | | |
|---|-----------|
| 1. (Kapital von) | Fr. 7430) |
| 2. (Kapital von) | „ 1000) |
| 3. Kapital des Rekurrenten Locher . . . | „ 6000 |
| 4. „ d. Frau Schwab-Dieboldswyler | „ 2000 |
| 5. „ des Fr. Moser-Dieboldswyler . | „ 2000 |
| 6. (Kapital von) | „ 1000) |

Innerhalb der gesetzten Frist bestritt Moser-Dieboldswyler — nicht aber Schwab-Dieboldswyler — das Lastenverzeichnis in Beziehung auf den Rang des Rekurrenten Locher, indem er verlangte, daß das Grundpfandrecht Lochers für 6000 Fr. dem seinen für 2000 Fr. nicht vor-, sondern nachgehe. Dieses Begehren gründete er darauf, daß die Nachgangserklärung, die seine Rechtsvorgängerin, Witwe Dieboldswyler, zu Gunsten der Forderung Lochers abgegeben hatte, ungültig sei. Sie habe nämlich für die Witwe Dieboldswyler eine wesentliche Kapitalveränderung bedeutet, für die gesetzlich die Zustimmung des Beschwerdeführers, als des Ehemanns der Rosette Dieboldswyler, hätte eingeholt werden sollen. Das Betreibungsamt setzte darauf dem Locher, gestützt auf Art. 140 Abs. 2 und 107 SchRG, Frist zur Klageeinreichung gegen Moser an, welche Frist Locher unbenützt verstreichen ließ.

Am 21. September 1906 legte das Betreibungsamt den Kollokationsplan und die Verteilungsliste auf. Darin wird die Kollokation und Zuteilung in folgender Ordnung vorgenommen:

1. Für Kapital von Fr. 7430 volle Deckung.
2. „ „ „ „ 1000 „ „
3. „ Fr. 2000 der Frau Schwab-Dieboldswyler volle Deckung.
4. „ Fr. 2000 des Fr. Moser-Dieboldswyler volle Deckung.
5. Von Fr. 6000 des G. Locher Deckung für 4766 Fr. 55 Cts. und „Anweisung auf Verlust“ für den Rest.
6. (Kapital von 1000 Fr. gänzlich zu Verlust gewiesen.)

Bei der Kollokation Lochers wird bemerkt: Dieser sei der Aufforderung zur Klage nach Art. 107 nicht nachgekommen und habe damit den Ranganspruch Mosers anerkannt. Moser habe den gleichen Titel wie Rosa Dieboldswyler (Frau Schwab) und habe zu Gunsten dieser den Nachgang erklärt. Die vorliegende Rangordnung „erscheine titels- und gesetzesgemäß begründet“.

II. Am 29. September stellte Locher auf dem Beschwerdewege die Begehren: 1. den Kollokations- und Verteilungsplan in dem Sinne abzuändern, daß der Beschwerdeführer mit seiner Forderung von 6000 Fr. im Pfandrechtsrange vorgängig der Forderung der Frau Schwab-Dieboldswyler von 2000 Fr. auf den Liegenschaftserlös angewiesen werde; 2. dementsprechend die der Frau Schwab erteilte fruchtbare Anweisung auf Liegenschaftserlös dem Beschwerdeführer bis zu seiner vollständigen Deckung zuzuweisen und das Betreibungsamt zu verhalten, „solche“ dem Beschwerdeführer auszuzahlen.

Zur Begründung wurde geltend gemacht: Nur Fr. Moser nicht aber Schwab bzw. seine Ehefrau habe den durch das Lastenverzeichnis vorgesehenen Rang der Forderung des Beschwerdeführers angefochten; auch nur Moser gegenüber sei dem Beschwerdeführer die Klagfrist angesetzt worden und also die Nichteinreichung der Klage als Verzicht auf den Vorrang im Pfandrecht aufzufassen. Gegenüber Schwab sei umgekehrt der vorgehende Rang des Beschwerdeführers durch das — insoweit nicht angefochtene — Lastenverzeichnis in rechtsverbindlicher Weise festgestellt. Nach dieser Feststellung habe der Beschwerdeführer sein Verhalten bei der Stei-

gerung — ob und wie hoch er bieten wolle — eingerichtet und einrichten dürfen. Sie sei nunmehr auch für das Kollokations- und Verteilungsverfahren maßgebend. Mit Bezug auf die Forderung Schwab sei übrigens die Nachgangserklärung der Witwe Dieboldswyler dem Beschwerdeführer gegenüber materiell gültig und rechtsverbindlich, da die Vormundschaftsbehörde von Rüegsau, als Vertreterin der Rosa Dieboldswyler und nachmaliger Frau Schwab, sie genehmigt habe.

Das Betreibungsamt führte in seiner Vernehmlassung auf die Beschwerde aus: Da die Nachgangserklärung der Witwe Dieboldswyler dem einen Titelbestitzer, Fr. Moser, gegenüber offenbar ungültig sei, so sei sie es auch gegenüber dem andern, also gegenüber J. Schwab. Der Titel, auf dem die Forderungen des Moser und des Schwab beruhen, sei derselbe. Müsse die eine Forderung vor derjenigen des Locher kolloziert werden, so gelte dies ohne weiteres auch für die andere. Locher hätte übrigens den Kollokationsplan nicht durch Beschwerde, sondern durch gerichtliche Klage anfechten sollen.

III. Mit Entscheid vom 15. November 1906 erkannte die kantonale Aufsichtsbehörde: Die Beschwerde werde für einen Betrag von 4000 Fr. begründet erklärt und es sei demnach die Rangordnung der Pfandgläubiger im Kollokations- und Verteilungsplan in dem Sinne abzuändern, daß der Beschwerdeführer Locher für einen Betrag von 4000 Fr. seiner Forderung nebst Zins und Folgen im Pfandrechtsrange vorgängig der Forderung des J. Schwab-Dieboldswyler auf den Liegenschaftserlös angewiesen werde. Im übrigen sei die Beschwerde abgewiesen.

In Bezug auf die Kompetenz der Aufsichtsbehörden führt der Entscheid aus: Sowohl Rang als Betrag der in Frage stehenden Pfandforderungen seien bereits vor der Steigerung des Grundstückes gemäß Art. 140 SchRG endgültig festgestellt worden, so daß es sich nur noch um einen im Beschwerdeverfahren zu erledigenden Streit über die Verteilung handle, welcher letztere nach der Behauptung des Beschwerdeführers im Kollokationsplan nun nicht entsprechend jener frühern Feststellung vorgenommen sei.

In der Sache selbst wird des näheren ausgeführt, daß die frühere Bestreitung Mosers die Rangstellung des Beschwerdeführers,

wie sie das Lastenverzeichnis vorgelesen hatte, was das Verhältnis zu der Forderung Schwab betrifft, weder zu Gunsten noch zu Ungunsten der letztern habe beeinflussen können.

IV. Diesen Entscheid hat Locher innert Frist an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Begehren, seine Beschwerde für seine ganze Forderung von 6000 Fr. „integral“ als begründet zu erklären.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat von Gegenbemerkungen zum Rekurse abgesehen. Der zur Vernehmlassung eingeladene Pfandgläubiger Schwab-Dieboldswyler beantragt, den Rekurs abzuweisen und den Vorentscheid zu bestätigen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. Die Beschwerde und der nunmehrige Rekurs richten sich gegen den Kollokations- und Verteilungsplan im Pfandverwertungsverfahren Dubach und zwar dagegen, daß in diesem Plane die Forderung des Beschwerdeführers Lochers den Forderungen Moser und Schwab im Range nachgehend angewiesen worden ist.

Das Betreibungsamt und die Vorinstanz messen bei der Lösung der Frage, in welchem gegenseitigen Range die erwähnten drei Forderungen zu kollozieren seien, dem Umstande Bedeutung zu, daß diese Frage bereits bei Aufstellung des Lastenverzeichnisses Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens zwischen Locher und Moser gebildet hatte, welches damit endigte, daß Locher die Einreichung seiner Klage auf Anerkennung des von ihm beanspruchten Ranges unterließ. Dieses Verfahren hätte nach ihnen in Beziehung auf den vorwürfigen Rangstreit und soweit es sich um die betreibungsweise Befriedigung aus dem Grundstücke handelt, also namentlich auch um die nunmehrige Anweisung der Forderungen auf den Erlös, zu Ungunsten des Rekurrenten rechtsfeststellend gewirkt. Es kommt deshalb die Vorinstanz zu der Annahme, daß man es jetzt nicht mehr mit einer gerichtlichen Kollokations-, sondern nur noch mit einer durch die Aufsichtsbehörden zu entscheidenden Verteilungsfrage zu tun haben könne, da der Rang der fraglichen Forderungen bereits feststehe.

Diese Auffassung ist indessen rechtsirrtümlich: Wie das Bundesgericht bereits in seinem Entscheide in Sachen Bonzanigo (Sepa-

ratausgabe 4 Nr. 50)* erkannt hat, bezweckt die Errichtung des Lastenverzeichnisses nur, den Bestand und den Umfang der einzelnen Lasten zu ermitteln, nicht aber auch ihre gegenseitige Rangstellung und damit ihre Reihenfolge bei der Anweisung auf den Erlös. Das ergibt sich schon deutlich aus dem Gesetzeswort, indem einerseits Art. 140 nur von der Ermittlung „der auf dem Grundstück ruhenden Lasten“ spricht, ohne ihres Ranges Erwähnung zu tun, andererseits dann aber die Art. 146 und 157 Abs. 3, die von der spätern Kollokation und Verteilung handeln, als wesentliche Vorkehr hierbei ausdrücklich die Feststellung der Rangordnung der Gläubiger nennen, unter Verweisung auf Art. 219, der dafür die näheren Vorschriften, namentlich auch was die Anwendung der zu Grunde zu legenden materiell-(hypothekar-)rechtlichen Bestimmungen anbetrifft, hergeben soll. Sodann läßt sich auch leicht einsehen, warum das Gesetz dazu gelangt ist, die Rangstreitigkeiten erst bei der Kollokation und Verteilung und nicht schon bei der Lastenermittlung zum Austrage bringen zu lassen. Zur Zeit der letztern steht nämlich die Höhe der verteilbaren Summe noch nicht fest, da noch kein Verkauf stattgefunden hat und kein Erlös vorliegt. Es kann deshalb einem beteiligten Grundpfandgläubiger nicht zugemutet werden, schon jetzt wegen des Ranges einen Prozeß einzuleiten und zu führen, der sich möglicherweise später als praktisch zwecklos erweist, dann nämlich, wenn die Forderung des Klägers und die des Beklagten unabhängig von ihrem gegenseitigen Rangverhältnis volle Deckung erhalten oder umgekehrt ganz ohne Deckung bleiben.

Das gesagte will immerhin die Frage unberührt lassen, ob und in welchem Sinne in besondern Fällen ein Beteiligter schon anläßlich der Errichtung des Lastenverzeichnisses eine (provisorische oder definitive) Rangfeststellung dann verlangen kann, wenn er damit seine rechtlichen Interessen für das Steigerungsverfahren (namentlich was die Bestimmung des Mindestgebotes anbetrifft) zu wahren bezweckt. Hier fällt aber die Steigerung als solche außer Betracht.

2. Demzufolge besitzt also jenes frühere Widerspruchsverfahren

* Ges.-Ausg. 27 I Nr. 109 S. 581 ff.

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

und im besondern die dabei vorgekommene Klagfristverjährung keine Bedeutung für die zu entscheidende Frage, ob der Kollokationsplan abzuändern sei oder nicht. Hieran ändert auch nichts, daß die Parteien seinerzeit unterlassen haben, gegen die Anordnung und Durchführung dieses Verfahrens sich zu beschweren, und daß namentlich der Rekurrent die Ansetzung der Klagfrist sich hat gefallen lassen. Will das Gesetz laut dem gesagten die Rangstreitigkeiten erst im Stadium der Kollokation gelöst und bis dahin also unentschieden gelassen wissen, so können die Maßnahmen des Betreibungsamtes, die dem zuwider auf eine vorzeitige Erledigung dieser Streitigkeiten gerichtet sind, keine Gültigkeit beanspruchen. Das Amt vermag den Gang und die Ordnung des Verfahrens nicht eigenmächtig abzuändern, auch dann nicht, wenn sich die Beteiligten dabei beruhigen; man hat es hier mit zwingendem Rechte zu tun.

3. Auf Grundlage des Gesagten fragt es sich nun, ob die Vorinstanz die Beschwerde, die sich gegen den Kollokationsplan und zwar speziell gegen das darin vorgesehene Rangverhältnis der Forderungen Vocher, Moser und Schwab richtet, mit Recht, als in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden fallend, angenommen und materiell beurteilt habe. Die Frage müßte dann und soweit bejaht werden, als die Kollokation in den angefochtenen Punkten auf ein betreibungsprozessualisch unrichtiges Vorgehen des Amtes zurückzuführen wäre. Einen solchen Mangel des Verfahrens hat aber der Beschwerdeführer nicht behauptet, sondern sich für den von ihm beanspruchten Rang stets nur auf Gründe des materiellen Rechts berufen. Namentlich hat er nicht etwa geltend gemacht, daß das Amt bei Bornahme der Kollokation unrichtigerweise auf die frühere Klagfristversäumnis und deren rechtsfeststellende Wirkung sich gestützt habe, statt den Ranganspruch eines jeden der drei Gläubiger materiell frei zu prüfen. Übrigens wäre in dieser Beziehung — unvorgreiflich der Frage, ob überhaupt hierbei von einem im Beschwerdeverfahren zu rügenden Mangel sich sprechen lasse — zu sagen, daß jedenfalls jene Klagversäumnis für das Amt bei der Kollokation, so wie sie erfolgte, nicht einzig bestimmend gewesen ist, sondern daß das Amt auch ohne diesen Umstand zu der nämlichen Rangsanweisung gekommen wäre. Dies

ergibt sich sowohl aus dem Inhalte der den Rekurrenten betreffenden Kollozierungsverfügung (vergl. namentlich den Ausdruck „titels- und gesetzesgemäß begründet“) als aus der Vernehmlassung des Amtes an die Vorinstanz, die sich hauptsächlich auf die materiellrechtlichen Verhältnisse des Falles einläßt und die Zulässigkeit des Beschwerbeweges bestreitet. Nach all dem sind also die Aufsichtsbehörden zu einer Abänderung des Kollokationsplanes in dem vom Rekurrenten verlangten Sinne nicht befugt, sondern könnte eine solche Abänderung nur durch den Kollokationsrichter im Prozeßverfahren des Art. 148 ausgesprochen werden. Somit ist der Vorentscheid wegen Kompetenzüberschreitung aufzuheben und der Rekurs an das Bundesgericht im Sinne der Unzuständigkeit der Aufsichtsbehörden zur Gutheißung der gestellten Beschwerdeanträge abzuweisen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Inkompetenz der Aufsichtsbehörden unter Aufhebung des Vorentscheides abgewiesen.

28. Arrêt du 29 janvier 1907, dans la cause Vielle-Koechlin.

Saisie provisoire. L'art. 98, 3° al. LP, est applicable. Art. 118, 119 al. 2, 144 al. 5, 98 al. 1 LP.

A. — L'opposante au recours, la Société Ch. Schmidhauser & C^{ie}, à Lausanne, est au bénéfice d'une saisie provisoire, opérée sur les biens du recourant (mobilier d'appartement taxé 13 265 fr.), en vertu d'une mainlevée provisoire d'opposition. Le recourant a ouvert, dans le délai utile, le procès en libération de dette prévu à l'art. 83 3° al. LP.

Le 9 octobre 1906, l'opposante au recours a requis de l'office le déplacement des objets saisis, alléguant que Vielle userait de tous les moyens possibles pour retarder l'issue du susdit procès.

Le 16 octobre, la créancière ayant mis à la disposition de

l'office les locaux nécessaires pour loger les biens saisis, le préposé informa le débiteur que le déplacement aurait lieu le 22 octobre.

B. — C'est contre cette décision, dont l'exécution fut d'ailleurs suspendue, que le débiteur recourut aux autorités cantonales de surveillance, puis, sa plainte ayant été écartée par celles-ci, à la Chambre des Poursuites et des Faillites du Tribunal fédéral.

Le recourant conclut en ce sens :

- « 1° que la décision de l'office des poursuites du X^e arrondissement, en date du 16 octobre 1906, soit annulée ;
- » 2° subsidiairement : qu'il soit prononcé que la garde des objets saisis s'exercera par les soins de telle personne
- » que le préposé commettra, avec mission de vérifier périodiquement l'état et la consistance des dits objets dans les locaux qu'ils garnissent actuellement. »

Les principaux arguments invoqués à l'appui du recours sont résumés au considérant 2 ci-après.

La Société Schmidhauser & C^{ie} conclut au rejet du recours.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — La conclusion principale du recours soulève la question de savoir si l'art. 98 3° al. LP est applicable à la saisie provisoire ou s'il ne l'est qu'à la saisie définitive. Cette question doit être résolue dans le sens de la première alternative, et cela pour les raisons suivantes :

Tout d'abord le *texte* de l'article susmentionné ne fait aucune distinction entre les deux espèces de saisie. Il faudrait donc pour que cet article pût être considéré comme non applicable à la saisie provisoire, que son contenu fût en opposition avec le caractère de celle-ci tel qu'il résulte de l'ensemble de la loi. Or, de l'examen des dispositions relatives aux effets de la saisie provisoire (art. 118, 119 al. 2 et 144 al. 5), il ne ressort que cette seule différence de principe entre la saisie provisoire et la saisie définitive : c'est que la saisie définitive donne au créancier le droit de *réaliser* les objets saisis et de prendre part à la distribution des deniers,