

einträge und ihre Veröffentlichung über den durch das Urteil geschaffenen Rechtszustand hinreichend aufgeklärt. Hinsichtlich der übrigen Streitpunkte besteht nach der Sachlage kein Interesse, ihre Erledigung öffentlich bekannt zu machen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung und die Anschlußberufung werden teilweise gutgeheißen, und es wird in teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils des zürcherischen Handelsgerichts vom 8. Juni 1909 erkannt:

1. Das Klagebegehren 1 wird geschügt und die Marke Nr. 9481 „Haematogen“ der Beklagten als ungültig erklärt.

2. Das Klagebegehren 2 wird abgewiesen und demnach das Widerklagebegehren 1 gutgeheißen und es wird somit die Marke Nr. 22,124 „Haematogen“ der klägerischen Gesellschaft „Sicco“ als ungültig erklärt.

3. Die Klagebegehren 3 und 4 werden abgewiesen.

4. Das Widerklagebegehren 2 wird gutgeheißen und demnach die Kombinationsmarke Nr. 23,901 der klägerischen Gesellschaft als ungültig erklärt.

5. Das Widerklagebegehren 3 wird im Sinne von Erwägung 8 hievord gutgeheißen.

6. Das Widerklagebegehren 4 wird unter dem in Erwägung 10 am Ende gemachten Vorbehalte abgewiesen.

7. Das Widerklagebegehren 5 wird abgewiesen.

3. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuite pour dettes et faillite.

65. **Auszug aus dem Urteil vom 14. Juli 1910 in Sachen Steigmeier & Cie., Bekl. u. Ber.=Kl., gegen Sermann-Greiner, Kl. u. Ber.=Bekl.**

Art. 83 Abs. 2 SchKG: Die Aberkennungsklage kann nicht auf Abänderung der Kostendispositive des dem Aberkennungsprozesse zu Grunde liegenden Rechtsöffnungsentscheides gehen; der Aberkennungsrichter ist zur Beurteilung eines solchen Begehrens nicht kompetent.

Die beklagte Firma Steigmeier & Cie. in Basel hat als Indossatarin eines von der Klägerin Frau Sermann-Greiner baselstbft akzeptierten Wechsels im Betrage von 2000 Fr. gegen die Klägerin Betreibung angehoben und provisorische Rechtsöffnung erwirkt. Hierauf hat Frau Sermann-Greiner die Aberkennungsklage angestrengt, mit dem Rechtsbegehren, es sei die Wechselforderung der Beklagten nebst den ergangenen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsöffnungskosten abzuerkennen.

Durch Urteil vom 22. März 1910 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Aberkennungsklage im vollen Umfange gutgeheißen. Das Bundesgericht aber hat die gegen diesen Entscheid eingelegte Berufung der Beklagten durch Urteil vom 14. Juli 1910 insoweit für begründet erklärt, als sich das Aberkennungsbegehren der Klägerin auf die Kosten des Rechtsöffnungsentscheides bezieht, und zwar aus folgender

Erwägung:

(5. —) Der Entscheid über das Begehren um „Aberkennung der ordentlichen und außerordentlichen Rechtsöffnungskosten“ hängt davon ab, ob der Richter im Aberkennungsprozesse befugt sei, den Kostenentscheid des Rechtsöffnungsrichters abzuändern, und namentlich, ob er im Falle, wo dem im Rechtsöffnungsverfahren unterlegenen Betriebenen die Gerichts- und Parteikosten dieses Verfahrens auferlegt worden sind, nun umgekehrt dem im Aberken-

nungsprozeß unterliegenden angeblichen Gläubiger mit diesen Kosten ganz oder teilweise belasten könnte. Die Frage, die mit der Auffassung über die Natur der Aberkennungsklage zusammenhängt, ist kontrovers und teils verneint (vergl. Jaeger, Komm., Art. 83 Note 10), teils bejaht worden (vergl. Reichel, Komm., Art. 83 S. 89/90, Emil Huber, in der Ztsch. f. Schweiz. R., 1908 S. 45 ff., Brand, Archiv, 13 (1909) S. 33 ff.). Die erstere Lösung erscheint als die richtige. Denn die Aberkennungsklage hat nur die Feststellung der Nichtexistenz der Forderung, nicht aber auch die Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung zum Zwecke, sie ist nicht etwa ein Rechtsmittel gegenüber dem Rechtsöffnungsentscheid. Dieser bleibt, auch wenn die Aberkennungsklage geschützt wird, für die Kosten dennoch vollziehbar, die eben deshalb bezahlt werden müssen, weil der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren unterlegen ist, woran auch der Umstand, daß er im Aberkennungsprozeß obsiegt, nichts zu ändern vermag. Die Vorinstanz hat somit unzuständigerweise auf Aberkennung der ordentlichen und außerordentlichen Rechtsöffnungskosten erkannt, und es muß daher in diesem Punkte die Berufung gutgeheißen und insoweit kantonale Urteil aufgehoben werden.

66. Extrait de l'arrêt du 15 juillet 1910 dans la cause
« La Bâloise », déf. et rec.,
contre Masse en faillite Aebischer, dem. et int.

Art. 136 al. 2 et 259 LP: Le moment ainsi que la forme du transfert de propriété des immeubles, par nature ou par destination, vendus aux enchères ensuite de saisie ou de faillite est réglé par le droit cantonal. Application du droit fribourgeois (art. 41 et suiv. loi exéc. LP.). — Cas de faillite du preneur d'une assurance mobilière contre l'incendie; succession de la masse dans le contrat (art. 55 LCA).

Joseph Aebischer, propriétaire de l'hôtel « Alpenklub » à Planfayon, a conclu le 19 janvier 1906 avec la C^{ie} d'assurance « La Bâloise » une assurance mobilière contre l'in-

condie dont la police contenait parmi les « conditions générales » du contrat entre autres la disposition suivante :

Art. 5. « S'il survient pendant le cours de l'assurance une augmentation quelconque des chances d'incendie, si les objets assurés passent à un nouveau propriétaire autrement que par héritage (texte allemand : « wenn ein Wechsel des Eigentümers oder Besitzers der versicherten Gegenstände in andern als Erbschaftsfällen stattfindet »), les engagements pris par celle-ci (la C^{ie}) cessent de plein droit et les primes payées lui sont acquises. Mais ces engagements reprennent leur effet si la Compagnie, après avoir reçu communication des changements survenus, a donné par une déclaration écrite son consentement à la continuation de l'assurance. »

Le 2 mars 1906 J. Aebischer a été déclaré en faillite.

Le 3 mai 1906 l'administration de la masse Aebischer a procédé à la vente aux enchères de l'hôtel « Alpenklub » et de son mobilier, envisagé comme immeuble par destination. Les conditions de la vente portaient que le prix d'achat était payable dans un délai de cinq mois, que l'acquéreur ne pourrait aliéner ou hypothéquer l'immeuble avant paiement total de ce prix et que le transfert de la propriété et de la possession n'aurait lieu qu'une fois que toutes les conditions de la vente auraient été remplies.

L'immeuble a été adjugé à un consortium de 9 personnes pour la somme globale de fr. 100 000. La révélation de l'adjudication provisoire a été faite au contrôle des hypothèques le 2 juin 1906.

Le 31 mai 1906 un incendie a détruit le village de Planfayon ; l'hôtel « Alpenklub » a été détruit avec tout ce qu'il contenait, à part quelques meubles et du vin pour une valeur de 385 fr. A la suite de ce sinistre l'adjudication provisoire de l'hôtel prononcée en faveur du consortium a été annulée et la masse de la faillite Aebischer a demandé à la C^{ie} « La Bâloise » de l'indemniser conformément au contrat conclu avec le failli pour le mobilier détruit par l'incendie.

Sur le refus de la C^{ie} la masse lui a ouvert action, en con-