

dass die Marke Astra von Gesetzes wegen auf den Erwerber der verpfändeten Liegenschaften als deren Zugehör übergegangen sei. Ein solcher Übergang einer Marke könnte nicht schon an den Erwerb der Liegenschaften, in welchen die betreffende Ware hergestellt wird, mit der dazu gehörenden Fabrikationseinrichtung, sondern höchstens an den Erwerb des fonds de commerce geknüpft werden (vgl. KOHLER, Warenzeichenrecht, S. 151, sowie dort zitiertes Urteil des Appellationshofes von Neapel). Hier handelt es sich aber nicht um eine Verpfändung und daherige Verwertung des fonds de commerce der betriebenen Schuldnerin; vielmehr ergibt die Vergleichung der Grundpfandverschreibung und des vom Betreibungsamt erstellten Liegenschaftsbeschriebes mit der Umschreibung des Pachtgegenstandes in dem Pachtvertrag vom 2. Dezember 1922, dass der fonds de commerce der Schuldnerin noch bedeutsame Bestandteile aufweist, welche weder bei der Pfandbestellung noch bei der Anhebung oder im weiteren Verlaufe der Betreibung als der Pfandverwertung unterworfen aufgeführt wurden (vgl. hiezu auch WIELAND, Handelsrecht I S. 239 ff., bes. 246/9). Übrigens hätte die Marke unter keinen Umständen mit den Liegenschaften als deren Zugehör versteigert werden dürfen, ohne in der Beschreibung der Steigerungsobjekte aufgeführt zu werden (Art. 34 litt. a, 38, 102 der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken).

Nachdem das Betreibungsamt die Verwertung des Liegenschaftskomplexes nebst körperlicher Zugehör und der Marke Astra zu einem einzigen Zwangsverwertungsgeschäft zusammengefasst hat, kann die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit nicht ernstlich in Zweifel gezogen werden, und da die Erwerberin erklärt, sie hätte die Liegenschaften ohne die Marke nicht, mindestens nicht zu dem gebotenen Preis, erworben, so erweist sich die Aufhebung des Zuschlages bloss der Marke als un-

möglich und muss dem Hauptrekursantrag Folge gegeben werden. Allfällige ausserhalb des Verwertungsverfahrens getroffene Abmachungen, sei es betreffend die Pflicht zum Erwerb an der Steigerung, sei es betreffend den Gebrauch der Marke, in den Kreis ihrer Betrachtung zu ziehen, steht den Aufsichtsbehörden nicht zu.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer :

Der Rekurs wird begründet erklärt und die Steigerung in ihrer Gesamtheit aufgehoben.

II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

24. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Juni 1926

i. S. Hanhart gegen Leih- und Sparkasse Diessenhofen in Liq.

Verrechnung einer Mannesschuld mit aus dem Frauenvermögen stammenden Inhaberpapieren (Erw. 1).

— im Konkurs: Sie ist, entgegen Art. 213 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG, nicht ausgeschlossen, wenn die Forderung des Konkursgläubigers auf einem Inhaberpapier beruht, welches er dem Schuldner des Inhaberpapieres (Gemeinschuldner) verpfändet hatte (Erw. 2).

— bei Nachlassvertrag mit Abtretung aller Aktiven an die Gläubiger (Erw. 1).

A. — Im Jahre 1920 schloss die Leih- und Sparkasse Diessenhofen mit ihren Gläubigern einen von der Nachlassbehörde bestätigten Nachlassvertrag mit Abtretung aller Aktiven an die Gläubiger ab, welchem folgende Bestimmungen zu entnehmen sind:

2. Die nicht pfandversicherten Gläubiger der Leihkasse gewähren dieser für ihre sämtlichen Ansprüche an Kapital und Zinsen, Wert 15. Oktober 1919, ebenfalls Stundung bis zum 15. Oktober 1924.

Von der Stundung werden auch die kompensablen Forderungsverhältnisse betroffen.

Verrechnung von Schuld und Forderung ist gläubigerseits in denjenigen Fällen auch nach Ablauf der Stundung ausgeschlossen, wo das Verhältnis von Forderung und Gegenforderung durch irgendwelche Schiebung oder mit der Absicht eines die andern Gläubiger schädigenden Vorteils hergestellt wurde.

3. Die sämtlichen auf 15. Oktober 1919 ermittelten Gläubigerguthaben aus Kontokorrent, Sparkasse und Obligationen werden für die Zeit vom 15. Oktober 1919 bis 15. Oktober 1924 zu 2% verzinst. Der am 15. Oktober 1920 verfallene erste Jahreszins wird nach rechtskräftiger Genehmigung des Nachlassvertrages im Domizil der Leihkasse ausbezahlt, die folgenden Jahreszinsen ebendasselbst jeweils nach Verfall.

8. Auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Stundungsdauer wird die Liquidation der Leihkasse in Aussicht genommen.....

9. Um den Gläubigern deren Ansprüche aus dem Nachlassvertrag sicherzustellen und ihnen die Kontrolle über Erfüllung der Verpflichtungen, welche der Leihkasse gemäss dieses Nachlassvertrages obliegen, zu ermöglichen, räumt die Leihkasse ihren Gläubigern bis zur vollständigen Befriedigung auf Grund der nachfolgenden Bestimmungen ein Mitspracherecht ein.....

10. Die Gläubigerschaft übt das ihr nach Art. 9 hievorgewährleistete Recht der Aufsicht und Mitwirkung aus durch eine Gläubigerkommission von drei Mitgliedern....

11. Die Kommission..... ist aktiv und passiv im Namen der Gläubigergemeinschaft klageberechtigt und zur Prozessführung legitimiert.....

19. Soweit die Gläubiger aus dem Liquidationsergebnis nicht vollständig befriedigt werden können, gelten die restlichen Guthaben als hinfällig und aufgehoben.

20. Die Aktionäre der Leihkasse haben keinen Anspruch auf irgendwelche Berücksichtigung, solange die Kantonalbank für ihre Kapitalforderung und die sämt-

lichen nicht pfandgesicherten Gläubiger für ihre nachlassvertragsgemässen Guthaben nicht vollständig befriedigt sind.

B. — Im Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung durch die Nachlassbehörde war der Beklagte aus Kontokorrentkredit Schuldner der Leih- und Sparkasse Diessenhofen im Betrage von mehreren Tausend Franken. Für diese Schuld hatte er ihr am 24. Juli oder, wie die Klägerin behauptet, schon am 27. Mai 1919 u. a. zwei Inhaber-Obligationen der Leih- und Sparkasse Diessenhofen Nr. 8483 von 2000 Fr. und Nr. 8484 von 2500 Fr. mit Halbjahrescoupons auf 30. November 1919 u. s. w. verpfändet. Vor diesem Datum hatte die Pfandsicherung aus zwei gleichwertigen, jedoch auf den Namen der Ehefrau des Beklagten lautenden Obligationen der Leih- und Sparkasse Diessenhofen bestanden; jedoch wünschte die Leih- und Sparkasse selbst, dass die Pfänder aus Inhaberobligationen gebildet werden, und stellte daher mit Zustimmung des Beklagten an deren Stelle die erwähnten Inhaberobligationen aus.....

C. — Mit der vorliegenden Klage verlangt die Leih- und Sparkasse Diessenhofen in Liquidation, der Beklagte habe unter Vorbehalt des Erlöses aus gestellten Faustpfändern die Summe von 6,567 Fr. 20 Cts. nebst Zins zu 5% seit 31. Oktober 1924 an sie zu bezahlen; es ist dies der Kontokorrentsaldo zu ihren Gunsten per 31. Oktober 1924.

Der Beklagte trägt auf Abweisung der Klage an, indem er mit seinen Inhaberobligationen der Leih- und Sparkasse Diessenhofen (und einer weiteren Gegenforderung) verrechnen will.

D. — Durch Urteil vom 29. Januar 1926 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen die Klage zugesprochen.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der von der Leih- und Sparkasse Diessenhofen abgeschlossene und von der Nachlassbehörde bestätigte Nachlassvertrag stellt eine Kombination von Stundungsvergleich und Vermögensabtretung an die Gläubiger dar, wonach zwar nicht sofort, wohl aber einige Jahre nach Abschluss des Nachlassvertrages eine Gesamtliquidation des Vermögens der Leih- und Sparkasse stattfinden soll und zu diesem Zwecke ihre sämtlichen Aktiven der Verfügung der Gesellschaftsorgane entzogen und zur ausschliesslichen Befriedigung ihrer Gläubiger in nicht etwa von vorneherein durch Bestimmung einer Nachlassdividende festgesetztem Betrage bestimmt wurden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts finden bei derartiger nicht von sämtlichen Gläubigern freiwillig zugestandener, sondern im Verfahren vor der Nachlassbehörde von der Mehrheit der Gläubiger einer Minderheit aufgedrängter Generalliquidation des Aktivvermögens des Schuldners ausser Konkurs die Vorschriften des Konkursrechtes über den Ausschluss und die Anfechtbarkeit der Verrechnung (SchKG Art. 213 und 214) analoge Anwendung (BGE 40 III S. 300 ff. ; 41 III S. 149 ff. Erw. 5 ; 51 II S. 250 f., 252 ff. Erw. 2), und zwar namentlich auch Art. 213 Ziff. 3 SchKG, wonach die Verrechnung ausgeschlossen ist, wenn die Forderung des Konkursgläubigers auf einem Inhaberpapier beruht (s. das erstangeführte Urteil). Von dieser Rechtsprechung abzugehen liegt keine Veranlassung vor. Insbesondere könnte vorliegend nicht etwa aus Ziff. 2 Al. 3 des Nachlassvertrages hergeleitet werden, für die analoge Anwendung der einschlägigen konkursrechtlichen Normen sei kein Raum, weil der Nachlassvertrag selbst, und zwar abschliessend, den Ausschluss der Verrechnung anordne ; denn gerade um des Schutzes der nicht zustimmenden Minderheit willen darf es nicht sein Bewenden bei einem allfällig weniger weitgehenden

vertraglichen Ausschluss der Verrechnung haben (vgl. BGE 51 II S. 255). Unbehelflich ist sodann der Hinweis des Beklagten darauf, dass die der Leih- und Sparkasse verpfändeten eigenen Obligationen erst verhältnismässig kurze Zeit vor der Nachlassstundung und zudem auf Veranlassung der Leih- und Sparkasse selbst aus Namenpapieren in Inhaberpapiere umgewandelt worden waren. Hätte nämlich diese Umwandlung nicht stattgefunden, so würde es von vorneherein an den zivilrechtlichen Voraussetzungen der Verrechnung gefehlt haben, weil die Forderung, mit welcher der Beklagte seine Kredit-schuld verrechnen will, ursprünglich gar nicht ihm, sondern seiner Ehefrau zustand (Art. 120 Abs. 1 OR) ; namentlich hat der Beklagte nicht etwa behauptet, geschweige denn dargetan, dass dem infolge Weitergeltung eines altrechtlichen Güterstandes auch im Verhältnis zu Dritten oder ehevertraglicher und güterrechtsregisterlicher Gütergemeinschaft nach ZGB nicht so gewesen sei. Erst durch die Umwandlung dieser Namenobligationen in Inhaberoobligationen der Leih- und Sparkasse ist diese ebenfalls Schuldnerin des Beklagten geworden ; denn mangels anderweitiger Vorbringen der Klägerin oder sonstiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, die Inhaberpapiere seien nur der Gattung nach bestimmt worden und daher in das Eigentum des Ehemannes übergegangen (Art. 201 Abs. 3 ZGB).

2. — Die Vorschrift des Art. 213 Ziff. 3 SchKG, wonach es dem Gläubiger einer auf einem Inhaberpapier beruhenden Forderung versagt ist, mit dieser Forderung noch seine Schuld an den Schuldner aus dem Inhaberpapier zu verrechnen, sobald letzterer in Konkurs geraten ist oder einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger abgeschlossen hat, findet ihre Rechtfertigung darin, dass nachträglich meist nicht mehr einwandfrei festgestellt werden kann, in welchem Zeitpunkt der Gläubiger die auf dem Inhaberpapier

beruhende Forderung erworben hat, weil hiefür die bloße Übergabe der Urkunde genügte, und dass daher die Konkursverwaltung oder sonstigen Liquidatoren, wenn sie die vom Inhaber eines solchen Forderungstitels, der zugleich Schuldner des Gemeinschuldners ist, erklärte Verrechnung nicht zulassen wollen, weil er erst nach der Konkurseröffnung Gläubiger aus dem Inhaberpapier geworden sei oder doch dasselbe erst in einem Zeitpunkt erworben habe, da ihm die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners bereits bekannt war (vgl. Art. 214 SchKG), Beweis über den Zeitpunkt des Erwerbes des Inhaberpapieres leisten müssten, den zu leisten meist gar nicht möglich ist. Nachdem das Gesetz davon ausgegangen ist, es könne diesem Bedenken nicht durch die bloße Umkehrung der Beweislast Rechnung getragen werden, sondern jede Verrechnung mit den auf Inhaberpapieren beruhenden Forderungen unzulässig erklärt und damit der Frage nach dem Zeitpunkt des Erwerbers des Inhaberpapieres jegliche Bedeutung abgesprochen hat, dürfte es kaum angehen, dass der Richter von der Anwendung jener Vorschrift absehen und die Verrechnung zulassen würde in allen Fällen, wo ihm der Gläubiger aus Inhaberpapier die volle Überzeugung zu verschaffen vermag, dass er diese Urkunde und damit die durch sie verkörperte Forderung schon vor der Konkurseröffnung, ja schon in einem ihr weit vorausgehenden Zeitpunkt erworben hat, als von der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners schlechterdings noch nicht die Rede sein konnte. Allein es darf nicht übersehen werden, dass der Verpfändung eines Inhaberpapieres zur Sicherung einer Forderung des Schuldners des Inhaberpapiers selbst nicht bloss Bedeutung für die Frage nach dem Beweis des Zeitpunktes zukommt, in welchem der Verpfänder das Inhaberpapier spätestens erworben hatte. Indem der Gläubiger des Inhaberpapiers dasselbe dem Schuldner des Inhaberpapiers verpfändet, gibt er vielmehr zu Gunsten des letzteren die Befugnis

auf, auch weiterhin durch bloße Übergabe des Papiers über die Forderung zu verfügen. Und zwar nicht etwa nur bis auf ihm jederzeit freistehenden Widerruf, wie es z. B. bei der Hinterlegung des Inhaberpapiers beim Schuldner desselben der Fall wäre (vgl. Art. 475 Abs. 1 OR), sondern bis zu dessen vollständiger Befriedigung für die Forderung, zu deren Sicherung das Pfand bestellt wurde. Wird der Schuldner des Inhaberpapiers derart in die Lage versetzt, zu verhindern, dass noch in der Art und Weise über die auf dem Inhaberpapier beruhende Forderung verfügt werden könnte, welche die Möglichkeit der Feststellung des Zeitpunktes einer Übertragung der Forderung beeinträchtigen würde, nämlich durch bloße Übergabe der Urkunde, so entfällt der Grund, welchem die gesetzliche Vorschrift über den Ausschluss der Verrechnung mit Forderungen aus Inhaberpapieren im Konkurs ihre Entstehung verdankt. Trifft sie ihrem Wortlaut nach zwar auch auf diesen Fall zu, so lässt sich dies doch nur daraus erklären, dass sie einzig im Hinblick auf den Normalfall, wo erst im Laufe des Konkursverfahrens ein Schuldner des Gemeinschuldners ein von diesem ausgestelltes Inhaberpapier vorweist und gestützt darauf verrechnen will, aufgestellt und daher zu allgemein gefasst worden ist. Angesichts dieser Erkenntnis muss der Richter sich herausnehmen dürfen, ja geradezu als geboten erachten, die Vorschrift des Art. 213 Ziff. 3 SchKG entgegen ihrem freilich unzweideutigen Wortlaut nicht zur Anwendung zu bringen, wo nicht in Zweifel gezogen wird, dass der Konkursgläubiger, welcher seine Schuld an den Gemeinschuldner mit einer Gegenforderung aus Inhaberpapier verrechnen will, dieses schon vor Konkursausbruch dem Gemeinschuldner verpfändet hat, und wo auch nicht etwa geltend gemacht wird, er habe es erst unmittelbar vorher in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners erworben, um durch die Verpfändung und die infolgedessen ermöglichte Verrechnung unter Beein-

trächtigung der Konkursmasse sich oder einem andern einen Vorteil zuzuwenden (Art. 214 SchKG): Etwas derartiges aber hat die Klägerin vorliegend nie behauptet; inwiefern aber ihre Auffassung, die Umschreibung der Namen- in Inhaberobligationen stelle eine anfechtbare Handlung der Leih- und Sparkasse dar, weil sie im Laufe der letzten sechs Monate vor Schliessung ihrer Schalter stattfand, selbst bei analoger Anwendung der Vorschriften über die paulianische Anfechtung auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger im Gesetz eine Stütze zu finden vermöchte, hat sie nicht näher ausgeführt und ist auch ganz unerfindlich. Ebenso haltlos ist die Einwendung der Klägerin, es fehle an der für die Verrechnung erforderlichen Gleichartigkeit der gegenseitigen Forderungen; denn den verpfändeten Inhaberobligationen wohnt doch nur gerade deshalb ein den Papierwert übersteigender Wert inne, weil sie Geldforderungen verkörpern. Für die Verrechnung fallen nur die Kapitalforderungen aus den Inhaberobligationen in Betracht, da gemäss Ziffern 2 und 8 des Nachlassvertrages zur Verrechnung geeignete Forderungen jedenfalls nicht vor dem Oktober 1924 einander gegenüberstanden und mangels anderweitiger Vorbringen des Beklagten anzunehmen ist, bis dahin habe er die durch Ziffer 3 des Nachlassvertrages auch für ihn verbindlich reduzierten Zinsen bezogen oder seien sie ihm, und zwar auch seit dem letzten Zinstermin (30. Mai 1924) *pro rata temporis*, gutgeschrieben worden.

3. —

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird teilweise dahin begründet erklärt, dass in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 29. Januar 1926 die Klage im Betrage von 2069 Fr. 20 Cts. nebst 5% Zins seit 31. Oktober 1924 zugesprochen, im übrigen abgewiesen wird.

**25. Arrêt de la II^e Section civile du 11 mars 1926
dans la cause Hayden, W. Wheeler & C^{ie}
contre Masse en liquidation de « The Rode Watch C^o ».**

Un concordat par abandon d'actif conclu à l'amiable, c'est-à-dire hors des formes légales et sans le concours de l'autorité, n'a pas pour effet de constituer les créanciers en une masse capable d'ester en justice.

A. — La « Rode Watch C^o » est une société anonyme dont le siège principal est à New-York et qui possède une succursale à La Chaux-de-Fonds. Elle exploite une fabrique d'horlogerie. Ses ateliers se trouvent à La Chaux-de-Fonds. Aux termes d'une attestation délivrée par le Consul de Suisse à New-York, la société ne possède aucune actif en cette ville, où elle n'a été inscrite qu'à seules fins de faciliter l'importation de ses produits en Amérique.

En date du 28 juin 1921, la société a demandé et obtenu un sursis concordataire, puis, le concordat proposé n'ayant pas été homologué — pour des motifs que l'on ignore —, elle a fait cession de son actif à ses créanciers. La seule pièce du dossier qui le constate porte ce qui suit: « La Chaux-de-Fonds, 22 décembre 1921 — The Rode Watch C^o à New-York déclare céder la totalité de son actif en Suisse à ses créanciers de ce pays et renonce à toute prétention de cet actif, ajoutant qu'il n'existe aucun actif en Amérique. — New-York le 1922 — The Rode Watch Company. — Le Directeur général Willard H. Wheeler. »

Le dossier ne fournit aucune indication sur le nombre ni la personne des créanciers et ne contient pas de déclarations d'adhésion. Mais les parties sont d'accord pour admettre qu'il est intervenu un concordat amiable par abandon d'actif. Elles déclarent que le sieur Willard H. Wheeler — qui est décédé en cours de procès — possédait toutes les actions de la Rode Watch C^o et que la cession