

klagten doch unter allen Umständen nur dann Folge gegeben werden, wenn die Waren, für welche der Beklagte die Marke allein oder zuerst verwendet hat, eine ganz andere Warengattung im Sinne von Art. 6 Abs. 3 des Markenschutzgesetzes darstellen würden. Dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr handelt es sich bei Werkzeugen für „Schmiede, Schlosser, Installateure, Schreiner und Holzarbeiter“, einerseits, und Haus- und Küchengeräten, landwirtschaftlichen Werkzeugen usw., anderseits, um nah verwandte Kategorien, welche erfahrungsgemäß ineinander übergreifen und dem Publikum auch meist in den gleichen Verkaufslökalen dargeboten werden.

Es kann daher aus materiellen Gründen weder dem eventuellen Begehren des Beklagten auf Beschränkung des gegen ihn zu erlassenden Verbotes, noch dessen eventueller Widerklage, noch endlich obigem Subeventualbegehren, Folge gegeben werden. Damit entfällt auch die Frage nach der formellen Zulässigkeit einer eventuellen Widerklage, sowie diejenige nach der Legitimation des Beklagten zur Erhebung einer solchen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Hauptberufung wird dahin gutgeheißen, daß unter Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts Zug vom 6. Dezember 1907 die unter Nr. 14,121 im eidg. Markenregister eingetragene Marke gestrichen und dem Beklagten der Gebrauch derselben verboten wird. Die weitergehenden Begehren der Klägerin und die Anschlußberufung des Beklagten werden abgewiesen.

VII. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

41. Urteil vom 3. April 1908

in Sachen **Benziger**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Steger-Abholz**, Kl. u. Ber.-Bekl.

Anfechtungsklage im Konkurse. — Deliktspauliana, Art. 288 SchKG. — Umfang der Rückerstattung, Art. 291 SchKG. Keine Solidarhaft mehrerer Anfechtungsbeklagter.

A. Durch Urteil vom 16. Dezember 1907 hat das Kantonsgericht des Kantons Schwyz über die Rechtsfrage:

„Ist nicht der Beklagte solidarisch mit Herrn M. Spörri, Apotheker in Einsiedeln verpflichtet, dem Kläger und den übrigen Gläubigern des Emanuel Kottusch, wohnhaft gewesen in Wezikon und Zürich, an welche das Konkursamt Enge in Zürich am 4. September 1905 die bezüglichlichen Rechte gegenüber den Herren Franz Benziger und M. Spörri abgetreten hat, den Betrag von 14,000 Fr. nebst 5 % Zins seit 26. April 1905 zu bezahlen, soweit diese Gläubiger speziell Klage gegen die Herren Benziger und Spörri erhoben haben?“

erkannt:

Die klägerische Rechtsfrage ist bejaht.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

C. In der bundesgerichtlichen Verhandlung vom 14. März 1908 hat der Vertreter des Beklagten Gutheißung, der Vertreter des Klägers Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Sowohl der Kläger als der Beklagte waren Gläubiger des im Jahre 1905 in Konkurs geratenen Ingenieurs Emanuel Kottusch. Am 10. Dezember 1903 hatte dieser eine Anzahl von

ihm erworbene Erfindungspatente an Georg Fischer in Schaffhausen für den Betrag von 150,000 Fr. verkauft. Von dieser Forderung trat er nun verschiedenen Gläubigern Beträge ab, welche den Forderungen dieser Gläubiger entsprachen. So zederte er dem Kläger einen Betrag von 100,000 Fr., dem Beklagten zusammen mit M. Spörri in Einsiedeln einen Betrag von 18,000 Fr. Die Zession an den Kläger ging derjenigen an Benziger und Spörri zeitlich vor. In der Folge entstanden wegen der Zahlung der 150,000 Fr. Differenzen mit Fischer, welcher u. a. auch die Legitimation der Zessionare zur Geltendmachung der Forderung nicht anerkennen wollte. Behufs Eintreibung der Forderung gegen Fischer wurde deshalb im November 1904 zwischen den Zessionaren und Kottusch ein Vertrag abgeschlossen, gemäß welchem die verschiedenen von Kottusch s. Z. zedierten Forderungen an diesen zurückzediert wurden und in welchem ferner bestimmt wurde, daß Kottusch seinerseits von dem Betrage, welcher ihm in Sachen gegen Fischer „durch schiedsgerichtliches Urteil zugesprochen wird oder infolge eines Vergleichsabschlusses zukommt“, „mit Rechtswirksamkeit auf den Tag der Urteilsfällung oder des Vergleichsabschlusses gleich hohe Beträge, wie sie ihm heute retrozediert worden sind“, wieder an die betreffenden Gläubiger abtrete. Dabei wurde vereinbart, daß bei dieser abermaligen Abtretung die Zessionare den gleichen Rang erhalten sollten, den sie infolge der erstinstanzlichen Abrechnungen inne gehabt hatten, nämlich:

den I. Rang:	Steger-Nabholz mit	Fr. 100,000	—
den II. Rang:	Alfred Schuppisser & Cie. mit	„ 15,000	—
den III. Rang:	Spörri & Benziger mit	„ 18,000	—
den IV. Rang:	A.-G. vorm. Bülsterli & Cie. mit	„ 2,380	85

Ferner verpflichtete sich Kottusch, den Prozeß gegen Fischer durch Advokat H. in Zürich durchführen zu lassen und den Retrozedenten von der Urteilsfällung oder einem Vergleichsabschlusse sofort Kenntnis zu geben. Endlich wurde bestimmt: „Herr Kottusch bevollmächtigt Herrn Dr. H. unwiderruflich, den Herren (folgten die Namen der Gläubiger) über den Gang des Prozesses gegen Georg Fischer jederzeit jede gewünschte Auskunft zu erteilen.“

Kottusch kehrte sich nun aber nicht an diesen Vertrag, sondern schloß am 25. April 1904 hinter dem Rücken seiner Gläubiger und seines Anwalts mit Fischer einen Vergleich ab, worin ihm

Fischer eine Abfindungssumme von 50,000 Fr. zu zahlen versprach und ihm außerdem die Patente zur freien Verfügung überließ. Von obigen 50,000 Fr. erhielt Kottusch sofort einen Betrag von 35,000 Fr. in Form eines Checks auf die Kreditanstalt Zürich.

Hievon machte der Anwalt Fischers dem damaligen Anwalt Benzigers und Spörri, Fürsprech S. in Zürich, noch am gleichen Tage Mitteilung, indem er zugleich die Vermutung aussprach, Kottusch könnte mit der zu beziehenden Summe flüchtig werden. Dr. S. erwirkte darauf noch am Abend desselben Tages einen Arrest auf den Check. Mit diesem Arrest wurde Kottusch am andern Morgen überrascht, als er den Check zur Zahlung präsentierte. Er begab sich darauf zunächst auf das Betreibungsamt und dann, mit dem Stellvertreter des Betreibungsbeamten, auf das Bureau des Dr. S., um sich bei diesem über die Arrestnahme zu beschweren. Dr. S. bewilligte nun die Aufhebung des Arrestes gegen Zahlung von 14,000 Fr. zu Händen seiner Klienten (deren Forderung zirka 15,000 Fr. betrug). Diese 14,000 Fr. wurden ihm ausbezahlt, wogegen Kottusch mit den übrigen 21,000 Fr. flüchtig wurde.

Bald darauf brach über Kottusch der Konkurs aus. Da die Konkursmasse als solche auf die Rückforderung obiger 14,000 Fr. verzichtete, wurden die bezüglichlichen Ansprüche an verschiedene Konkursgläubiger, worunter auch der Kläger, im Sinne von Art. 260 SchKG abgetreten.

Der Kläger stützt seine Klage auf Art. 288 SchKG, sowie auf den Retrozessionsvertrag vom November 1904.

2. Der Beklagte hat zunächst in einer „verzögerlichen Vorfrage“ den Standpunkt vertreten, er brauche sich auf die Klage deshalb nicht einzulassen, weil der Kläger in seinem Rechtsbegehren den Betrag von 14,000 Fr. nicht nur für sich verlange, sondern auch für andere Gläubiger, welchen die Rechte der Masse im Sinne von Art. 260 SchKG zediert worden seien; hiezu sei er nicht legitimiert.

Demgegenüber hat die Vorinstanz mit Recht bemerkt, daß es sich hier lediglich um einen Vorbehalt der jenen andern Gläubigern schon von Gesetzes wegen zustehenden Rechte handle, und daß dieser Vorbehalt einer Beurteilung der Klage nicht entgegenstehe. Auch ist richtig, daß durch jenen Vorbehalt das Rechtsverhältnis

keineswegs unklar gestaltet wird. Eine unklare Situation würde im Gegenteil höchstens dann vorliegen, wenn der Kläger einen solchen Vorbehalt nicht gemacht hätte und daher nicht feststünde, ob er die Klagesumme für sich allein oder nur gemeinsam mit den andern Abtretungsgläubigern beanspruche.

3. Der Beklagte hat sodann seine nicht einläßliche Vorfrage auch damit begründet, daß der Kläger vom Beklagten 14,000 Fr. verlange, während dieser doch nur 8000 Fr. erhalten habe; und endlich beruft sich der Beklagte, ebenfalls behufs Begründung seiner Vorfrage, darauf, daß zwischen ihm und Spörri jedenfalls keine Solidarität bestehe, das Rechtsbegehren des Klägers aber darauf ziele, es sei der Beklagte solidarisch mit Spörri zur Zahlung obiger 14,000 Fr. zu verurteilen.

Dieser Argumentation gegenüber genügt es, darauf hinzuweisen, daß es sich hier um materielle Einreden betreffend den Umfang des Klageanspruches handelt und daß diese Einreden daher bei der Beurteilung der Hauptsache zu berücksichtigen sein werden.

4. Endlich hat der Beklagte vor den kantonalen Instanzen verschiedene, das Beweisverfahren betreffende formelle Einreden erhoben und in der bundesgerichtlichen Verhandlung erklärt, er halte an allen formellen Einreden fest. Allein es handelt sich hier lediglich um Fragen des kantonalen Prozeßrechtes, welche als solche der Überprüfung durch das Bundesgericht nicht unterstehen.

5. In der Sache selbst ist der Vorinstanz zunächst darin beizupflichten, daß der Klageanspruch, so wie er in diesem Prozesse geltend gemacht wurde, nicht auf den Retrozessionsvertrag vom 29. November 1904 gestützt werden kann. Denn der Kläger tritt im gegenwärtigen Prozesse ausdrücklich als Zessionar der Konkursmasse des Kottusch auf, was voraussetzt, daß die Gesamtheit der Konkursgläubiger ein Recht auf die streitigen 14,000 Fr. besitzen habe. Zur Geltendmachung dieses Rechtes ist aber die Berufung auf den Retrozessionsvertrag, laut welchem bloß fünf einzelnen Gläubigern Rechte zustanden, gänzlich ungeeignet.

Unzutreffend ist freilich das weitere von der Vorinstanz angeführte Argument, daß der Kläger sich auf den Retrozessionsvertrag auch deshalb nicht berufen könne, weil er seine Rechte aus diesem Vertrage im Konkurse des Kottusch nicht geltend gemacht,

also auf dieselben verzichtet habe. Aus dem Retrozessionsvertrage leitet ja der Kläger im gegenwärtigen Prozesse keine Rechte gegenüber Kottusch oder gegenüber dessen Masse ab, also keine Rechte, welche er im Konkurse geltend machen konnte, sondern lediglich ein Recht (nämlich ein Vorzugsrecht im Sinne von Art. 186 OR) gegenüber dem Beklagten. Ein Verzicht auf die dem Kläger eventuell aus dem Retrozessionsvertrage zustehenden Rechte infolge Nichtanmeldung derselben im Konkurse des Kottusch liegt somit nicht vor. Dagegen können jene Rechte allerdings aus dem bereits angeführten Grunde, daß der Kläger als Zessionar der Masse auftritt, im gegenwärtigen Prozesse nicht geltend gemacht werden.

6. Ist somit auf die Begründung der Klage als konkursrechtlicher Anfechtungsklage im Sinne von Art. 288 SchKG einzutreten, so fragt es sich zunächst, ob durch die angefochtene Rechts-handlung, d. h. durch die Zahlung der 14,000 Fr. an den Vertreter Benzigers und Spörri, die Konkursmasse geschädigt worden sei. Diese Frage ist zu bejahen. Denn hätte sich Kottusch am 26. April 1905 nicht zur Zahlung jener 14,000 Fr. an Benziger und Spörri verstanden, so hätten sich diese ihrerseits nicht zur Aufhebung des Arrestes verstanden, und es wären dann die gesamten 35,000 Fr. gemäß Art. 199 SchKG in die Konkursmasse gefallen. Daß ein Aussonderungsrecht im Sinne von Art. 399 OR oder 202 SchKG zu Gunsten derjenigen Gläubiger bestanden hätte, welche mit Kottusch den Retrozessionsvertrag vom November 1904 abgeschlossen hatten, kann nicht angenommen werden. Denn, was zunächst Art. 399 OR betrifft, so ist klar, daß Kottusch seine Forderung aus dem Vergleich mit Fischer nicht für Rechnung der Retrozedenten, sondern für eigene Rechnung, unter absichtlicher Mißachtung des Retrozessionsvertrages, erworben hatte. Übrigens wäre es zum mindestens fraglich, ob das Rechtsverhältnis zwischen Kottusch und seinen Zessionaren dasjenige des Auftrages war, wie Art. 399 OR voraussetzt. Was aber Art. 202 SchKG betrifft, so war die Forderung Kottuschs an Fischer keine Kaufpreisforderung, sondern im Gegenteil eine Abfindungssumme wegen Nichthaltung eines Kaufes oder kauf-ähnlichen Vertrages; auch hatte Kottusch keine fremde und insbesondere keine den Retrozedenten gehörige Sache veräußert.

Kann somit nicht gesagt werden, daß es sich im vorliegenden Falle um ein Aussonderungsobjekt handle, so bleibt dagegen die Tatsache bestehen, daß durch die Zahlung der 14,000 Fr. an Benziger und Spörri, beziehungsweise durch die dadurch bedingte Aufhebung des Arrestes, die übrigen Gläubiger des Kottusch um mindestens 14,000 Fr. verkürzt wurden. Wenn der Beklagte demgegenüber geltend macht, daß ohne das Eingreifen seines Vertreters die gesamten 35,000 Fr. für die Gläubiger verloren gewesen wären, so bezieht sich dies auf eine frühere, nicht angefochtene Rechts-handlung, deren Wirkungen bei der Beurteilung der angefochtenen Rechts-handlung nicht berücksichtigt werden können.

7. Im weitern ist klar, daß der Benachteiligung der übrigen Gläubiger eine Begünstigung Benzigers und Spörri entsprach. Denn diese beiden Gläubiger erhielten an ihre Forderungen von insgesamt zirka 15,000 Fr. volle 14,000 Fr., also einen Betrag, den sie im Konkurse niemals erhalten hätten. Diese Begünstigung lag ferner in der Absicht des Schuldners. Allerdings war sie bei ihm nicht Selbstzweck, sondern lediglich ein Mittel, um von den mit Arrest belegten 35,000 Fr. wenigstens 21,000 Fr. zu behändigen und seinen Gläubigern entziehen zu können. Allein Art. 288 SchRG setzt keineswegs voraus, daß die Benachteiligung aller Gläubiger oder die Begünstigung einzelner von ihnen beim Schuldner Selbstzweck sei; es genügt vielmehr, daß der Schuldner, einerlei zu welchem Zwecke, den unmittelbaren Erfolg einer Benachteiligung oder Begünstigung habe herbeiführen wollen. Diese Voraussetzung aber trifft im vorliegenden Falle zu, da ja Kottusch wußte, daß er die Arrestaufhebung nur durch Begünstigung der Arrestgläubiger bewirken könne.

8. Daß endlich die Begünstigungsabsicht für den Vertreter Benzigers und Spörri erkennbar war, ist selbstverständlich. Derselbe war vom Anwalte Fischers auf die Gefahr einer Flucht Kottuschs aufmerksam gemacht worden und mußte sich auch sonst sagen, daß Kottusch nicht in der Lage sei und wohl auch nicht beabsichtige, mit den ihm verbleibenden 21,000 Fr. seinen sämtlichen übrigen Verpflichtungen nachzukommen, und daß daher der Ausbruch des Konkurses höchst wahrscheinlich sei. Dies ergab sich namentlich aus der Tatsache, daß Kottusch den Vergleich mit Fischer hinter

dem Rücken seines Anwaltes und seiner Zessionare abgeschlossen hatte, also offenbar nicht gewillt gewesen war, irgend einen der Zessionare zu befriedigen, in Verbindung mit der Tatsache, daß er anderseits doch zur sofortigen Bezahlung von 14,000 Fr. bereit war, sofern ihm gestattet wurde, die übrigen 21,000 Fr. persönlich zu behändigen. Endlich mußte es dem Vertreter Benzigers und Spörri auch klar sein, daß im Konkurse auf einer Forderung von 15,000 Fr. höchstwahrscheinlich keine vollen 14,000 Fr. erhältlich sein würden.

9. Ist demnach die vorliegende Anfechtungs-klage grundsätzlich gutzuheißen, so kann dagegen nach Art. 291 SchRG der Beklagte nur zur Rückgabe dessen verurteilt werden, was er infolge der anfechtbaren Rechts-handlung erhalten hat. Eine solidarische Haftung mehrerer Anfechtungs-beklagter ist im Gesetze nicht vorgesehen, insbesondere auch nicht in Form eines Hinweises auf Art. 60 OR oder allgemein auf die Art. 50 ff. OR.

Kann somit von einer Verurteilung des Beklagten „solidarisch mit M. Spörri“, wie im Rechtsbegehren des Klägers beantragt, keine Rede sein, sondern ist der Beklagte lediglich zur Rückerstattung dessen zu verurteilen, was er erhalten hat, so wäre bezüglich der Höhe des vom Beklagten erhaltenen Betrages der Kläger beweispflichtig gewesen. Da aber in dieser Richtung vom Kläger kein Beweis geleistet worden ist, sondern bloß die Anerkennung des Beklagten, 8000 Fr. erhalten zu haben, vorliegt, so kann derselbe auch nur zur Rückzahlung dieses Betrages verurteilt werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In teilweiser Gutheißung der Berufung wird das Urteil des Kantonsgerichtes Schwyz vom 16. Dezember 1907 dahin abgeändert, daß der Beklagte zur Bezahlung von 8000 Fr. nebst 5% Zins seit 26. April 1905 verurteilt, die Mehrforderung dagegen abgewiesen wird.