

werden, sich mit ihm entgegen der Stellungnahme der Behörde in einen Streit darüber einzulassen, ob die Anrechnung von Vorempfängen gerechtfertigt sei. Das Gesetz will die Auseinandersetzung über die Erbschaft als eine Angelegenheit der Erben behandelt wissen, an der kein Aussenseiter, sondern nur allenfalls die Behörde teilnehmen darf. Dementsprechend hat auch, wer einen Erbanteil im Zwangsvollstreckungsverfahren erwirbt, nur das Recht, die Teilung der Erbschaft unter Mitwirkung der Behörde und die Zuweisung des Liquidationsergebnisses zu verlangen (Art. 11 Abs. 2 der Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen; vgl. auch BGE 61 III 99).

Dem in seinen Rechten derart eingeschränkten Anteilserwerber bleibt anheimgestellt, bei der zur Wahrung seiner Interessen (neben denen des vertretenen Erben) berufenen Behörde vorstellig zu werden, Aufschlüsse zu verlangen usw. und, falls dies möglich ist, bei einer Oberbehörde gegebenenfalls Beschwerde zu führen, um zu erreichen, dass das behördliche Ermessen pflichtgemäss ausgeübt werde. Die Behörde wird in der Regel in erster Linie darauf auszugehen haben, die Streitpunkte in einer der Billigkeit entsprechenden Weise beizulegen. Wo dies nicht möglich ist, wird sie dem Verlangen des Anteilserwerbers um Anrufung der Gerichte (natürlich auf seine Kosten und Gefahr) zu entsprechen haben, wenn nach vorläufiger Abklärung der Rechtslage so starke Zweifel an der Richtigkeit des Gegenstandpunktes übrigbleiben, dass es vor dem Rechte nicht verantwortet werden könnte, die für den vertretenen Erben zu verfolgenden Ansprüche kampfflos preiszugeben.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 22. Februar 1937 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

51. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. September 1937 i. S. « Die Schweiz » gegen « Die Dame » A.-G., Konkursmasse.

Steht die Erstreckung der Grundpfandhaft auf Miet- (Pacht-) zinsforderungen gemäss Art. 806 ZGB der Verrechnung mit Gegenforderungen des Mieters (Pächters) entgegen ?

A. — Jules Bollag vermietete am 31. März 1933 das ihm und seiner Ehefrau gehörende, in seiner gesetzlichen Verwaltung und Nutzung stehende Haus Freie Strasse Nr. 54 in Basel der Aktiengesellschaft « Die Dame » mit den Klauseln :

§ 1. ... Kündigung hat unter Einhaltung einer gegenseitigen Aufkündigungsfrist von 3 Monaten je auf Ende eines Kalenderquartals ... zu erfolgen.

§ 2. Der jährliche Mietzins beträgt Fr. 40,000.— und ist in monatlichen Raten mit Fr. 3330.— zahlbar je auf Monatsende.

Die Klägerin ist Gläubigerin eines im ersten Rang auf dem Haus Freie Strasse Nr. 54 in Basel lastenden Schuldbriefes von Fr. 700,000.— und hob am 16. August 1934 für rückständige Zinsen und Amortisationen im Betrage von Fr. 15,760.10 und am 9. Oktober 1934 für das Kapital und weiter aufgelaufene Zinsen im Betrage von zusammen Fr. 702,384.40 Grundpfandbetreibungen an, wobei sie die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Mietzinsforderungen verlangte, was der A.-G. « Die Dame » erstmals am 22. August angezeigt wurde.

Am 5. September 1934 wurde über die A.-G. « Die Dame » der Konkurs eröffnet. Im Kollokationsplan wies das Konkursamt die von Bollag angemeldete Mietzinsforderung,

unter Anzeige und Klagefristansetzung auch an die Klägerin (Grundpfandgläubigerin), ab, u. a. wegen Verrechnung mit Gegenforderungen. Darauf erhob die Klägerin die vorliegende Kollokationsklage mit den Anträgen (so weit noch streitig), es sei die von Bollag angemeldete retentionsberechtigte Mietzinsforderung für die Zeit vom 16. August bis Ende 1934 im Kollokationsplane der A.-G. « Die Dame » zuzulassen und festzustellen, dass diese Forderung für den (wegen anderweitiger Vermietung) auf Fr. 14,396.— herabgesetzten Betrag infolge Grundpfandbetreibung der Pfandhaft der Klägerin unterliege.

B. — Zivil- und Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt haben die Klage für den Betrag von Fr. 8800.— zugesprochen.

C. — Gegen das Urteil des Appellationsgerichts vom 14. Mai 1937 hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Die beklagte Konkursmasse hat sich der Berufung angeschlossen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Aus der Erstreckung der Grundpfandhaft auf die Mietzinsforderung infolge Anhebung der Betreibung auf Verwertung des Grundpfandes durch die Klägerin ergibt sich nichts dagegen, dass die A.-G. « Die Dame » ihre Mietzinsschuld mit ihrer Gegenforderung verrechnen kann. Diese Erstreckung der Grundpfandhaft läuft auf die Begründung eines Pfandrechts an (Mietzins-) Forderungen hinaus, die freilich mindestens von der Stellung des Verwertungsbegehrens an (jedoch nicht vorher, vgl. Art. 91 der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken = VZG) eine gesetzliche Wirkung des Grundpfandrechts ist, jedoch gegebenenfalls nicht weniger auf vertraglicher Grundlage beruht als das Grundpfandrecht selbst, dessen Nebenrecht es ist. Für dieses Forderungspfandrecht kann grundsätzlich nichts anderes gelten als für jedes andere.

Also trifft zunächst Art. 906 Abs. 1 ZGB zu : Erfordert die sorgfältige Verwaltung die Einziehung der verpfändeten Forderung, so darf deren Gläubiger sie vornehmen und der Pfandgläubiger verlangen, dass sie vorgenommen werde, freilich mit der Massgabe, dass gemäss Art. 94 VZG das Betreibungsamt alle zur Sicherung und zum Einzug der Mietzinse erforderlichen Massnahmen anstelle des Grundpfandschuldners oder -eigentümers zu treffen hat, jedoch diese Massnahmen auf seine Verantwortung auch einem Dritten übertragen kann. Letzteres ist hier dadurch geschehen, dass das mit dem Betreibungsamt in Personalunion verbundene Konkursamt dem Grundpfandgläubiger Frist zur Erhebung der Kollokationsklage angesetzt hat, ganz abgesehen davon, dass der Gläubiger einer verpfändeten Forderung (bezw. statt dessen gegebenenfalls das Betreibungsamt) und der Pfandgläubiger natürlich auch (ausdrücklich oder konkludent) vereinbaren können, dass der Pfandgläubiger selbst die Einziehung vornehme, was auf eine fiduziarische Zession hinausläuft, und weiter abgesehen davon, dass die Stellung des Forderungspfandgläubigers eine allzu prekäre wäre, wenn er auch in solchen Fällen bloss darauf angewiesen wäre, zu verlangen, dass die Einziehung der verpfändeten Forderung vorgenommen werde, wo eine Klageerhebung binnen kurzer Frist unerlässlich ist, die der Gläubiger selbst mangels genügenden Interesses nicht mehr vornehmen will oder wegen Zahlungsunfähigkeit nicht mehr vornehmen kann. Aus dem einen oder andern Gesichtspunkt ist daher der Klägerin die Legitimation zur gerichtlichen Geltendmachung der ihr verpfändeten Mietzinsforderung durch die vorliegende Kollokationsklage unbedenklich zuzugestehen.

Indessen sind die vom ZGB aufgestellten Vorschriften über das Forderungs-Pfandrecht nicht erschöpfend ; sie bedürfen der Ergänzung durch entsprechende Anwendung derjenigen über die Forderungsabtretung, die sich aufdrängt, weil ja auch der Verpfänder mindestens einen Teil der in der Forderung enthaltenen Befugnisse überträgt.

So rechtfertigt sich insbesondere die Anwendung von Art. 169 ZGB: « Einreden, die der Forderung des Abtretenden (Verpfänders) entgegenstanden, kann der Schuldner auch gegen den Erwerber (Pfandgläubiger) geltend machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung (Verpfändung) Kenntnis erhielt. Ist eine Gegenforderung des Schuldners in diesem Zeitpunkt noch nicht fällig gewesen, so kann er sie dennoch zur Verrechnung bringen, wenn sie nicht später als die abgetretene (verpfändete) Forderung fällig geworden ist ». Von der Entstehung des Pfandrechts des Grundpfandgläubigers an Mietzinsforderungen erhält aber der Mieter erst durch die betriebsamtliche Mietzinssperre Kenntnis. Muss zwar jeder Mieter damit rechnen, dass auf dem vermieteten Grundstück Grundpfandrechte lasten, und somit auch damit, dass sich jederzeit die Voraussetzungen erfüllen können, unter denen sich ein Grundpfandgläubiger das Pfandrecht an den Mietzinsforderungen verschaffen kann, so ist doch eine Mietzinssperre nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht zu erwarten, und vor allem nicht in jedem beliebigen Zeitpunkt, weshalb sich nichts Grundsätzliches gegen die entsprechende Anwendung des Art. 169 OR beim Pfandrecht an Mietzinsforderungen, das durch die Erstreckung der Grundpfandhaft gemäss Art. 806 ZGB entsteht, einwenden lässt. Insbesondere fehlt es an einer entgegenstehenden Sondervorschrift: Art. 806 Abs. 3 ZGB verunmöglicht nur dem Grundeigentümer, durch Rechtsgeschäfte über noch nicht verfallene Mietzinsforderungen einer allfälligen Erstreckung der Grundpfandhaft auf sie auszuweichen, ersichtlicherweise aus Gründen, die gegenüber der Verrechnung, einem einseitigen Rechtsgeschäft des Mieters, nicht zutreffen. Somit versagt das Institut der Erstreckung der Grundpfandhaft freilich im Falle, dass der Mieter eine Gegenforderung hat, die nicht später als die Mietzinsforderung fällig wird. Dem ist das deutsche BGB durch die Vorschrift (§§ 1124/5) begegnet, dass der Mieter nicht eine ihm gegen den Ver-

mieter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen kann, soweit sich dies auf den Mietzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende (und das folgende) Kalender-Vierteljahr bezieht (was eingeklammert ist, gilt seit 1915 nicht mehr). Nachdem man im ZGB keine ähnlich in Einzelheiten gehende Ordnung hat aufstellen wollen, könnte es sich fragen, ob genügende Gründe dafür vorhanden sind, durch die Rechtsprechung eine Einschränkung des unbeschränkten Verrechnungsrechtes einzuführen, etwa im Sinne der ursprünglichen Vorschrift des deutschen Rechtes. Diese Frage kann jedoch offen gelassen werden, da auch mit ihrer Bejahung der Klägerin im vorliegenden Falle nicht geholfen wäre.

Englich lässt sich das konkursrechtliche Verrechnungsverbot für den Gläubiger des Gemeinschuldners, der erst nach der Konkurseröffnung Schuldner der Konkursmasse wird, schlechterdings nicht ausserhalb des Konkurses anwenden, zumal nicht in der Pfandverwertungsbetreibung, weshalb sich auch aus der in BGE 41 III 230 ff. Erw. 2 dargelegten Besonderheit der Mietzinsforderung nichts zugunsten der Klägerin ergibt.

Um den betreibenden Grundpfandgläubiger auch in Fällen, wo mit einer paulianischen Anfechtung nichts auszurichten ist (vgl. BGE 57 III 142), vor allzu starker Verkümmern seines Rechts auf die Mietzinsen zu schützen, ohne die Rechtsstellung des Mieters allzu empfindlich zu verschlechtern, könnte allfällig auch daran gedacht werden, dem Vermieter die Verrechnung höchstens noch bis zu dem Termin zu gestatten, auf den nach erfolgter betriebsamtlicher Mietzinssperre nach den gesetzlichen Vorschriften des Art. 267 OR gekündet werden könnte, dagegen nicht mehr für später auflaufenden Mietzins, sondern statt dessen ihn auf die vorzeitige Kündigung zu verweisen. Indessen braucht dieser Frage nicht näher getreten zu werden, weil auch diese Lösung im vorliegenden Falle der Klägerin nichts hülfe.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Hauptberufung wird abgewiesen, dagegen die Anschlussberufung begründet erklärt, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 14. Mai 1937 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

**52. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 16 septembre 1937
dans la cause de Fligue et Dame Roehr
contre Le Syndicat Financier S.A.**

Etendue de la gestion usuelle des *dépôts en banque ouverts*. Appréciation de l'inactivité d'une banque dans un cas extraordinaire, imprévu et subit (délai de quatre jours fixé pour l'estampillage de titres hors du pays). Art. 99, 394 et sv., 472 et sv. CO.

A. — Le 11 janvier 1932, les parties au procès ont conclu un « contrat de compte-joint solidaire » dont l'article premier est ainsi conçu :

« Le Syndicat Financier S. A., à Genève, dépositaire, établit aux noms de Monsieur Nicolas de Fligue et Madame Ljubov Roehr, déposants et créanciers solidaires, un dépôt de titres et leur ouvre un ou plusieurs comptes désignés par M. de Fligue et Madame L. Roehr ».

Le contrat ne règle pas les droits et obligations des parties, sauf qu'il statue le droit de disposition des cotitulaires, fixe le for judiciaire à Genève et déclare applicable la législation en vigueur dans ce canton.

N. de Fligue et Dame Roehr ont déposé auprès du Syndicat entre autres sept titres de l'emprunt belge de 7 % remboursables en 1955 par 7000 dollars or.

Les Etats-Unis d'Amérique ont dévalué le dollar en avril 1933. Le 1^{er} mai de cette année-là le gouvernement belge décida de payer les coupons desdits titres à raison de 7,12 belgas ou 35,60 fr. belges par dollar, à condition que les obligations soient présentées jusqu'au jeudi 4 mai, aux fins d'estampillage, à la Banque nationale de Belgique. Les sept titres déposés à Genève n'ont pas été envoyés à temps à Bruxelles. Les déposants en imputent la responsabilité au Syndicat Financier. Le 13 juillet 1934 celui-ci a transféré son siège à Lausanne ; le 28 février 1935 il est entré en liquidation.

B. — Par commandement de payer n° 95046 du 23 juillet 1935, Nicolas de Fligue et Dame Roehr, agissant conjointement et solidairement, ont poursuivi le Syndicat Financier S. A. en paiement de 14 000 fr. de dommages-intérêts en raison du non-stampillage de 7000 \$ titres emprunt belge 7 % 1955.

La débitrice ayant fait opposition, les poursuivants l'ont actionnée devant le Tribunal de première instance de Genève en portant au cours du procès leur réclamation à 30 000 fr. Ils invoquent les art. 97 et suiv., 328 et 398 CO, et font valoir qu'au lieu de 364 francs suisses par coupon ils n'en ont reçu que 210, en sorte que leur perte est de 154 fr. par coupon et au total (sept titres pendant 73 années) 24 794 francs. Quant aux titres eux-mêmes, la perte atteint 15 400 fr. Calculée « en valeur actuelle » leur perte totale est de 20 000 francs suisses.

La société défenderesse en liquidation a conclu au déboulement des demandeurs ; elle décline toute responsabilité.

C. — Le Tribunal de 1^{re} instance de Genève a rejeté la demande par jugement du 28 avril 1936. La Cour de Justice civile du canton de Genève a confirmé ce prononcé par arrêt du 4 mai 1937.

Les demandeurs ont recouru contre cet arrêt au Tribunal fédéral. Ils reprennent leurs conclusions en paiement de 30 000 fr. de dommages-intérêts avec intérêt à 5 % dès le 20 juillet 1935, en mainlevée de l'opposition faite à la