

also nicht etwa als bedingte, aber definitiv, angemeldet, sondern die Anmeldung ist an eine Bedingung geknüpft worden. Dementsprechend muss die betreffende Kollokation kassiert und die fragliche Forderung einstweilen, d. h. so lange ausgeschlossen werden, als sie nicht unbedingt angemeldet wird.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Der Rekurs wird im Sinne der Motive gutgeheissen.

**Entscheidungen der Zivilkammern. — Arrêts
des sections civiles.**

**15. Urteil der II. Zivilabteilung vom 31. Januar 1918
i. S. Konkursmasse der Leih- und Sparkasse Eschlikon
gegen Thalmann.**

Art. 866, 872 ZGB, 198, 232, Ziff. 4 SchKG.
Verpfändung eines durch das kantonale EG zum ZGB dem Schuldbriefe des neuen Rechtes gleichgestellten alten kantonalen Grundpfandtitels durch Indossament. Stellung der Konkursmasse bei Eintreibung der Titelforderung gegenüber dem Titelschuldner. Anschluss der Verrechnung seitens des letzteren mit nicht aus dem Titel ersichtlichen Gegenforderungen an den Gemeinschuldner. Auslegung einer Vereinbarung zwischen der Konkursverwaltung und dem Faustpfandgläubiger, wonach letzterer gegen — der Verteilungsliste vorangehende — Bezahlung der angemeldeten Faustpfandforderung die « dafür bestehenden pfandrechtlichen Ansprüche an die Konkursmasse abtritt ». — Streitwert.

A. — Der Kläger Thalmann war Gläubiger der Leih- und Sparkasse Eschlikon (im Folgenden Leihkasse genannt) aus einer Inhaberoobligation von 10,000 Fr., einer Namenobligation von 5000 Fr. und einem Sparheft für 2969 Fr. 35 Cts. Andererseits besass die Leihkasse einen Ueberbesserungsbrief Nr. 12,031 des Kreises Fischingen datiert 31. Dezember 1910 auf ihn über 10,000 Fr. den sie in der Folge zusammen mit anderen Titeln der Schweiz. Volksbank Winterthur für deren Forderungen an sie durch Indossament verpfändete. Nachdem am 5. August 1912 über die Leihkasse der Konkurs eröffnet, der der

Volksbank verpfändete Titel von ihr aber dem Konkursamt nicht abgeliefert worden war, traf die Konkursverwaltung am 20. Oktober/15. Dezember 1916 mit der Schweiz. Volksbank folgende Vereinbarung :

» 1. Die Konkursmasse bezahlt die noch restierende Schuld per 61,644 Fr. 95 Cts. an die Schweiz. Volksbank aus. Die Schweiz. Volksbank dagegen erklärt, die für diese Schuld bestehenden pfandrechtlichen Ansprüche an die Konkursmasse der Leih- und Sparkasse Eschlikon abzutreten, unter Wegbedingung jeder Gewährspflicht.

» 2. Durch diese Auslösung, die lediglich als Liquidationsmassnahme erfolgt, werden die Rechte Dritter in keiner Weise präjudiziert.

» 3. Sollten sich hinsichtlich einzelner Titel Anstände ergeben, speziell Verrechnungsansprüche seitens der Titelschuldner gestellt werden, so ist die Konkursmasse berechtigt, auf ihre Rechnung, aber auf den Namen der Schweiz. Volksbank derartige Streitigkeiten gerichtlich oder aussergerichtlich zu erledigen und es erklärt sich die Schweiz. Volksbank bereit, auf Verlangen der Konkursverwaltung die nötigen Prozessvollmachten zu erteilen.

» 4. Mit Unterzeichnung dieser Vereinbarung erklärt die Schweiz. Volksbank im weitern, einen allfälligen Regressanspruch gegenüber der Aktienstickerei Eschlikon definitiv fallen zu lassen, sowie mit der Versteigerung der Waldungen Turbenthal einverstanden zu sein. »

In der am 10. Februar 1917 von der Konkursmasse der Leihkasse « namens der Faustpfandkreditoren Schweiz. Volksbank Winterthur » für das Kapital des Ueberbesserungsbriefes N^o 12,031 nebst Zinsen seit 31. Dezember 1911 gegen den Kläger Thalmann eingeleiteten Betreibung erhob dieser Rechtsvorschlag, der indessen durch provisorische Rechtsöffnung beseitigt wurde. Darauf machte Thalmann die vorliegende Klage anhängig, mit dem Begehren, es sei die in Betreibung gesetzte Forderung bis zur Höhe seiner Gegenforderungen aus der Namen-

obligation von 5000 Fr. und dem Sparheft von 2969 Fr. 35 Cts. nebst Zinsen als durch Verrechnung getilgt abzuwischen. Die beklagte Konkursmasse beantragte Abweisung der Klage, indem sie die Verrechenbarkeit der — an sich anerkannten — Gegenforderungen unter Berufung auf ihre Stellung als Liquidatorin der Faustpfandrechte der Volksbank, der als gutgläubiger Dritterwerberin nur die aus dem Ueberbesserungsbriefe selbst ersichtlichen Einreden entgegengehalten werden könnten, und auf Art. 213 Ziff. 2 SchKG bestritt.

B. — Durch Urteil vom 20. November 1917 hat das Obergericht des Kantons Thurgau die begehrte Verrechnung zugelassen und demgemäss die Aberkennungsklage im Betrag von 7969 Fr. 35 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 1911 geschützt.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage auf Aufhebung und Abweisung der Klage.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten das schriftliche Berufungsbegehren wiederholt. Der Vertreter des Klägers hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Zu entscheiden ist, ob die von der Beklagten in Betreibung gesetzte Forderung, deren Aberkennung verlangt wird, noch zu Recht bestehe oder im Umfange der vom Kläger geltend gemachten Gegenforderungen als durch Verrechnung erloschen anzusehen sei. Massgebend für die Bestimmung des Streitwertes ist danach der Betrag der zur Verrechnung verstellten Gegenforderungen und nicht etwa bloss, wie der Kläger meint, die Differenz zwischen diesen und der Dividende, die er bei Nichtzulassung der Verrechnung als Gläubiger V. Klasse im Konkurs erhalten würde, so dass die für die Zulässigkeit der Berufung und die Anwendbarkeit des mündlichen Berufungsverfahrens im besonderen erforderliche Streit-

summe auf alle Fälle erreicht ist und Erhebungen darüber, wie hoch jene Dividende sich vermutlich stellen würde, nicht angestellt zu werden brauchen.

2. — Nach § 127 des thurgauischen EG zum ZGB sind die Ueberbesserungsbriefe des bisherigen kantonalen Rechts den Schuldbriefen des neuen Rechtes gleichgestellt: sie unterstehen deshalb vom 1. Januar 1912 an gemäss Art. 33 Abs. 2 SchlT zum ZGB in allen Beziehungen, d. h. auch soweit sonst nach den allgemeinen intertemporalen Kollisionsnormen des SchlT noch kantonales Recht anwendbar wäre, den für den Schuldbrief geltenden Vorschriften des ZGB. Da sich danach auch die Wirkungen ihrer Uebertragung oder Verpfändung ausschliesslich nach neuem Rechte beurteilen und die Verpfändung hier durch Indossament bzw. Abtretungserklärung auf dem Titel selbst erfolgt ist, hat somit die Schweiz. Volksbank das Pfandrecht an der grundversicherten Forderung so erworben, wie sie sich aus dem Titel ergibt und braucht sich andere als die aus diesem selbst hervorgehenden oder ihr persönlich gegenüber bestehenden Einreden nicht entgegenhalten zu lassen. (Art. 866, 872 ZGB; AS 42 III S. 272 ff. insb. Erw. 5.) Es hätte deshalb der Kläger bei Eintreibung der verpfändeten Forderung ausserhalb des Konkurses, so lange die Verpfändung bestand, nicht mit seinen Gegenforderungen gegen die Leihkasse als Verpfänderin verrechnen können, gleichgiltig, ob die Volksbank, wozu sie durch das Vollindossament legitimiert gewesen wäre, die Eintreibung selbst besorgt oder ihr Faustpfandrecht im Wege der Pfandverwertungsbetreibung realisiert hätte und der Einzug alsdann durch den Ersteigerer des Titels geschehen wäre (AS 42 III S. 272 ff. insb. Erw. 6). An diesem durch die Faustpfandbestellung zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten begründeten Ausschluss der Verrechnung vermochte die Eröffnung des Konkurses über die Verpfänderin nichts zu ändern. Da die Uebertragung des Ueberbesserungsbriefes obwohl in der Form des Vollindossamen-

tes vollzogen, doch materiell unbestrittenermassen nur zum Zwecke der Verpfändung erfolgt war, war die Schweiz. Volksbank allerdings von jenem Zeitpunkte an nach Art. 198, 232 Ziff. 4, 256 und 262 SchKG nicht mehr berechtigt, den Titel selbst zu liquidieren, sondern verpflichtet, ihn zur Liquidation an die Konkursverwaltung abzuliefern und im Konkurse Befriedigung zu suchen (vergl. JAEGER zu Art. 198 Nr. 4. Art. 219 Nr. 2. Art. 38 Nr. 8). Die ihr zustehenden Vorzugsrechte selbst dagegen, d. h. die materiellrechtlichen Befugnisse, welche sie infolge der Verpfändung an der im Titel verkündeten Forderung erworben hatte, blieben nach der ausdrücklichen Vorschrift der zitierten Artikel durch den Konkurs unberührt. Die Konkursverwaltung, welche die Forderung aus einem vom Gemeinschuldner skripturmässig verpfändeten Wertpapiere eintreibt bzw. einklagt, verfolgt demnach damit nicht bloss die Rechte des Gemeinschuldners, sondern in erster Linie diejenigen des Faustpfandgläubigers, so dass der Schuldner der verpfändeten Forderung gegenüber einer solchen Betreibung oder Klage ebenso wenig mit nicht aus dem Papiere ersichtlichen Gegenforderungen an den Gemeinschuldner aufrechnen kann, wie ihm dies ohne den Konkurs des Verpfänders möglich gewesen wäre. Auch die Vorinstanz nimmt an, dass wenn die Konkursverwaltung, wie es der Regel entsprochen hätte, die verpfändete Forderung eingetrieben hätte, ohne vorher die Faustpfandgläubigerin zu befriedigen, die Verrechnung ausgeschlossen gewesen wäre. Wenn sie dieselbe gleichwohl zugelassen hat, so stützt sie sich dafür ausschliesslich auf die Vereinbarung vom Oktober/Dezember 1916 zwischen der Konkursverwaltung und der Schweiz. Volksbank, d. h. die aus dieser folgende Tatsache, dass die Volksbank für ihre Faustpfandforderung bereits bezahlt war, als der Grundpfandtitel, welcher Gegenstand der Verpfändung gebildet hatte, von der Konkursverwaltung in Betreibung gesetzt wurde. Damit, so argumentiert das angefochtene Urteil, sei das Faust-

pfandrecht erloschen und das aus ihm sich ergebende Hindernis für die Verrechnung dahingefallen. Dass Ziff. 3 der Vereinbarung zwecks Ausschluss von Verrechnungseinreden die Konkursverwaltung ermächtigte, die verpfändeten Titel auf den Namen der Volksbank einzukassieren, ändere daran nichts, da die Kontrahenten nicht in dieser Weise über die Rechte Dritter hätten verfügen können. Ebenso stehe Art. 213 Ziff. 2 SchKG der Verrechnung nicht entgegen, weil die Leihkasse trotz der Verpfändung Gläubigerin des Thalmann geblieben und es nicht erst durch die Einlösung der Pfänder wieder geworden sei. Auch diese Argumentation hält indessen nicht Stand: sie misst der streitigen Vereinbarung eine Tragweite bei, die ihr offenbar nicht zukommt. Hätte, wie es angesichts der Art. 198 und 232 Ziff. 4 SchKG zweifellos ist, die Volksbank gezwungen werden können, die verpfändeten Titel zur Liquidation abzuliefern, ohne die vorherige Tilgung ihrer Forderung verlangen zu dürfen, so bestand für die Konkursverwaltung kein Anlass, sich statt dessen in eine für sie bedeutend ungünstigere Stellung, diejenige des privatrechtlichen Faustpfandschuldners zu begeben, der durch Zahlung der Pfandschuld die Pfänder eingelöst hat. Es wäre ihr dies auch vom Standpunkte des Konkursrechtes gar nicht erlaubt gewesen, weil sie dadurch, wie der vorliegende Fall zeigt, infolge der den Schuldnern der verpfändeten Forderungen eröffneten Verrechnungsmöglichkeit die übrigen laufenden Gläubiger geschädigt hätte. Die mit der Volksbank getroffene Vereinbarung kann deshalb unmöglich in dem von der Vorinstanz angenommenen Sinne ausgelegt werden. Vielmehr charakterisiert sie sich als einfache Verständigung über die Ablieferung der Pfänder zur Liquidation, d. h. über eine Verpflichtung, welche der Volksbank ohnehin schon nach Gesetz oblag, deren Erfüllung sie sich aber bisher widersetzt hatte, verbunden mit einer antizipierten Ausrichtung des Liquidationserlöses, die offenbar

deshalb ohne Bedenken vorgenommen werden konnte, weil zum vorneherein feststand, dass jener Erlös auf alle Fälle zur Deckung der Faustpfandforderung ausreichen werde. Darauf dass nur dies die Meinung war, weist denn auch schon der Umstand hin, dass Ziff. 2 der Vereinbarung die « Ablösung » ausdrücklich als « blosse Liquidationsmassnahme » bezeichnet, ferner die Tatsache, dass der Titel nicht etwa wieder an die Konkursmasse rückindossiert wurde, wie es zu dessen Geltendmachung durch sie aus eigenem Rechte erforderlich gewesen wäre, sondern das zu Gunsten der Volksbank seinerzeit angebrachte Indossament bestehen gelassen wurde. Welches im übrigen die Gründe waren, welche die Konkursverwaltung zu der Vereinbarung bewogen, ob sie dadurch lediglich das Weiterlaufen der hohen Faustpfandzinsen vermeiden wollte oder ob auch noch andere Erwägungen mitspielten, ist unerheblich. Es genügt festzustellen, dass jedenfalls die vorgenommene Auszahlung nicht, wie dies die Vorinstanz will, als eine gewöhnliche privatrechtliche Einlösung der Pfänder aufgefasst werden kann, durch die diese wieder in den « unbeschwerten Besitz » der Masse gekommen wären, sondern sich als blosse antizipierte, der Aufstellung der Verteilungsliste vorangehende Anweisung auf den Pfänderlös darstellt, welche an der rechtlichen Stellung der Konkursmasse bei der nachherigen Eintreibung der verpfändeten Forderungen, d. h. an der Tatsache, dass sie dabei in erster Linie nicht als Vertreter der Gemeinschaftschuldnerin, sondern der Faustpfandgläubigerin handelt, nichts ändern konnte. Da letzterer gegenüber eine Verrechnung mit Gegenforderungen an den Gemeinschaftschuldner wegen der skripturmässigen Wirkung der Verpfändung nach dem oben Gesagten nicht zulässig ist, hätte es mithin für deren Ausschluss der Ziff. 3 der Vereinbarung nicht bedurft. Es ist deshalb nicht zutreffend, dass die Vorinstanz in dieser Vertragsbestimmung eine unstatthafte Verfügung über die Rechte eines Dritten,

nämlich des Klägers erblickt. Stand dem Kläger die Verrechnungsbefugnis ohnehin nicht zu, so konnte sie ihm auch durch den Vertrag mit der Volksbank nicht genommen werden.

Da andere Einreden gegen die in Betreuung gesetzte Schuldbriefforderung als diejenige der Verrechnung nicht geltend gemacht worden sind, ist deshalb die Aberkennungsklage gänzlich abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen und in Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 20. November 1917 die Klage gänzlich abgewiesen.

Kreisschreiben des Bundesgerichts an die kantonalen Aufsichtsbehörden über Schuldbetreibung u. Konkurs. — Circulaires du Tribunal fédéral aux autorités cantonales de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite.

16. Kreisschreiben Nr. 12 vom 19. Februar 1918.

Gegenstand:

Kostenvorschuss für Zahlungsbefehle u. Konkursandrohungen.

Aus einer Reihe an uns gelangter Anfragen geht hervor, dass über die Einwirkung der mit 1. Januar 1918 in Kraft getretenen Erhöhung der Posttaxen auf den für Zahlungsbefehle und Konkursandrohungen vom Gläubiger zu leistenden Kostenvorschuss vielfach Unklarheit besteht. Um den hiebei zu Tage getretenen unrichtigen Anschauungen entgegenzutreten, sehen wir uns deshalb veranlasst, neuerdings auf unser früheres Kreisschreiben vom 5. März 1912 hinzuweisen, in welchem im Anschluss an den Rekursentscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 27. Februar 1912 i. S. Erbschaftsamt Basel-Stadt (AS Sep. Ausg. 15 Nr. 9*) die in der Frage massgebenden Grundsätze einlässlich auseinandergesetzt worden sind.

Danach darf die der Post nach der Postordnung zu entrichtende Taxe für die Zustellung von Zahlungsbefehlen und Konkursandrohungen an den Schuldner, welche bisher 20 Cts. betrug, nicht zu der Zustellungsgebühr der Art. 9, 22 des Gebührentarifes hinzugerechnet werden, weil sie sich nicht als Frankatur i. S. von Art. 2 des Tarifes, sondern als Anteil der Post an jener Gebühr selber, d. h. als Aequivalent dafür darstellt, dass die Post

* Ges.-Ausg. 38 I Nr. 36.