

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE180008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 4. Dezember 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Konkursmasse der B.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Aussonderungsklage**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Uster vom 17. Juli 2018; Proz. FO170001**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

"Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei dem Antrag auf Aussonderung der Markenrechte aus der Konkursmasse nach Art. 242 Abs. 2 SchKG für die folgenden Marken:

Marke:	No:	Inv.-Nr.	Konkurs
C. _____	P-1		7
D. _____	P-2		6
E. _____	P-3		8
F. _____	P-4		9
G. _____	P-5		10
H. _____	P-6		11
I. _____	P-7		12

zu Gunsten der Klägerin stattzugeben;

zugleich sei der vorliegenden Klage aufschiebende Wirkung zu erteilen und das Konkursamt Dübendorf, handelnd für die Beklagte, sei anzuweisen, bis zum Eintritt der Rechtskraft des Klageverfahrens, keinerlei Vollzugshandlungen mit Bezug auf den Verkauf der streitgegenständlichen Markenrechte zu veranlassen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Uster vom 17. Juli 2018:**

(act. 47 S. 14/15)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf Fr. 21'200.–.
3. Die Entscheidungsbüher wird der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 33'404.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an
  - die Klägerin,
  - die Beklagte im Doppel für sich und das Konkursamt Dübendorf,
  - das Eidgenössische Institut für geistiges Eigentum, ... [Adresse], zuhanden des Verfahrens Nr. 2P-40769/aeg,je gegen Empfangsschein.
6. Rechtsmittel

**Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 45 S. 2):

"Das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 17. Juli 2018 sei aufzuheben und der klageweise geltend gemachte Antrag der Berufungsklägerin und Klägerin sei vollumfänglich gutzuheissen;

zugleich sei der vorliegenden Klage aufschiebende Wirkung zu erteilen und das Konkursamt Dübendorf, handelnd für die Beklagte und Berufungsbeklagte, sei anzuweisen, bis zum Eintritt der Rechtskraft des Klageverfahrens, keinerlei Vollzugshandlungen mit Bezug auf den Verkauf der streitgegenständlichen Markenrechte zu veranlassen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Am 7. Mai 2015 wurde über die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) der Konkurs eröffnet. In der Konkursmasse befinden sich die folgenden Markenrechte:

Marke:	No:	Inv.-Nr.	Konkurs
C. _____	P-1		7
D. _____	P-2		6
E. _____	P-3		8
F. _____	P-4		9
G. _____	P-5		10
H. _____	P-6		11
I. _____	P-7		12

Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) erhebt Anspruch auf diese Markenrechte. Sie stellte am 30. November 2016 beim Konkursamt Dübendorf einen formellen Antrag auf Aussonderung. Dieses Begehren wies das Konkursamt Dübendorf am 13. Dezember 2016 ab (act. 3/1). Mit Eingabe vom 23. Januar 2017 beantragte die Klägerin beim zuständigen Einzelgericht des Bezirksgerichts Uster gestützt auf Art. 242 SchKG die Aussonderung der Markenrechte aus der Konkursmasse. Nach Durchführung des Verfahrens wies dieses die Klage unter

Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin ab (act. 47). Das Urteil wurde den Parteien am 19. Juli 2018 zugestellt (act. 43).

2. Am 14. September 2018 erhob die Klägerin Berufung. Sie stellt die eingangs erwähnten Anträge (act. 45). Mit Schreiben vom 19. September 2018 teilte der Kammervorsitzende nach Rücksprache mit dem Rechtsvertreter der Klägerin zuhanden der Konkursmasse der B.\_\_\_\_\_ AG mit, dass die Abweisung der Klage zufolge der Berufungserhebung noch nicht rechtskräftig sei (act. 48 und 49). Mit Verfügung vom 25. September 2018 wurde der Klägerin Frist angesetzt zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses (act. 50). Dieser wurde fristgerecht geleistet (act. 52). Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Beklagten ist mit dem Endentscheid ein Doppel der Berufungsbegründung zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1. Die Berufung richtet sich gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Uster, mit welchem die Aussonderungsklage der Klägerin abgewiesen wurde. Die Berufung wurde – unter Berücksichtigung der Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) – rechtzeitig erhoben und begründet sowie mit Anträgen versehen beim zuständigen Obergericht eingereicht. Die Klägerin, deren Begehren erstinstanzlich abgewiesen wurde, ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert. Dem Eintreten steht grundsätzlich nichts entgegen.

2. Die Klägerin verlangt, es sei der Klage die aufschiebende Wirkung zu erteilen und das Konkursamt anzuweisen, keine Vollzugshandlungen mit Bezug auf den Verkauf der fraglichen Markenrechte zu veranlassen (act. 45 S. 2).

Der Berufung kommt von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 315 Abs. 1 ZPO), weshalb es an einem rechtlich schützenswerten Interesse für dieses Begehren fehlt; die Anordnung vorsorglicher Massnahme wurde nicht verlangt. Nachdem das Konkursamt nach Rücksprache mit der klägerischen Rechtsvertre-

tung von der Berufungserhebung mit Schreiben vom 19. September 2018 in Kenntnis gesetzt worden ist (act. 49), erübrigen sich Weiterungen zum Antrag.

3. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, d.h. dass die Berufungsinstanz sämtliche gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen kann (statt vieler: REETZ/THEILER, in: ZK ZPO, 3.A., Art. 310 5 ff.). Die Berufungsbegründung hat sich dabei sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen; es ist konkret aufzuzeigen, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid falsch sein soll und welche Dokumente diese Argumentation stützen (u.a.: REETZ/THEILER, a.a.O., Art. 311 N 34 ff.). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 ZPO vorgebracht werden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1, BGE 141 III 576 E. 2.3.3).

4. Die Klägerin macht in der Berufung geltend, die Vorinstanz habe einzelne von ihr vor Vorinstanz vorgebrachte Argumente zu Unrecht nicht berücksichtigt und auf bestrittene Tatsachenbehauptungen der Beklagten abgestellt. Es ist nachstehend, soweit dies für die Urteilsfindung erforderlich ist, darauf einzugehen. Dabei ist vorab festzuhalten, dass die Frage, ob die Aussonderungsklage der Klägerin rechtzeitig erhoben worden ist, im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt ist. Darauf ist nicht mehr einzugehen.

5. Gewahrsam

5.1 Das Aussondungsverfahren setzt voraus, dass die Konkursmasse Gewahrsam über die Vermögenswerte hat, welche Gegenstand des Aussonderungsanspruches sind (BGE 110 III 90). Art. 45 der Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) vom 13. Juli 1991 spricht von "Verfügungsgewalt" der Masse. Der Begriff deckt sich häufig mit dem Besitz, soweit dieser eine tatsächliche Herrschaft umfasst. Bei Grundstücken bestimmt der Grundbucheintrag über den Gewahrsam (BOMMER, in: Milani/Wohlgemuth, Kommentar zur Verordnung über die Geschäftsführung der Kon-

kursämter [KOV], Art. 45 N 24). Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass analog bei Immaterialgüterrechten der Registereintrag massgeblich sein soll. In zeitlicher Hinsicht ist der Zeitpunkt der Konkureröffnung massgebend (BGE 110 III 93; RUSSENBERGER, in BSK SchKG II, 2.A., Art. 242 N 33)

5.2 Die Klägerin bestreitet nicht, dass die im Streit liegenden Markenrechte im Zeitpunkt der Konkureröffnung, am 7. Mai 2015, auf die J.\_\_\_\_\_ AG im Markenregister eingetragen waren. Sie wendet ein, da dem Markenregister im Gegensatz zum Grundbuch die positive Rechtskraft fehle, ihm keine formelle Öffentlichkeit zukomme, was bedeute, dass sein Inhalt nicht als bekannt fingiert werde, sei der Analogieschluss der Vorinstanz, den Gewahrsam an den Registereintrag zu knüpfen, unrichtig. Da es die Beklagte unterlassen habe, dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum IGE die Firmennamenänderung von J.\_\_\_\_\_ AG zu B.\_\_\_\_\_ AG bekanntzugeben, sei der Rechtsschein nicht gewahrt und der Eintrag entfalte gegenüber Dritten keine Wirkung. Auf diese bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Argumente sei die Vorinstanz nicht eingegangen. Statt dessen habe sie zu Unrecht angenommen, dass der Gewahrsam mit dem Handelsregisterauszug bewiesen sei (act. 45 Rz 8 ff.).

Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid davon ausgegangen, die von der Beklagten dargelegte Umfirmierung zur B.\_\_\_\_\_ AG ergebe sich ohne weiteres aus dem Handelsregisterauszug (act. 18/1), weshalb vom Gewahrsam der Beklagten im massgebenden Zeitpunkt auszugehen sei. Der nachträgliche Wechsel der Eintragung sei nicht von Bedeutung (act. 47 S. 7 E. 3.2).

5.3 Vor Vorinstanz ging auch die Klägerin davon aus, dass für eingetragene Marken der Gewahrsam vermutlich am Besten durch Eintrag im Markenregister ausgewiesen werde (act. 1 Rz 7). Des weiteren hielt sie dafür, dass die fraglichen Marken wohl im Zeitpunkt der Konkureröffnung, nicht aber im heutigen bzw. im Zeitpunkt der Verfügung des Konkursamtes im Markenregister auf den Namen J.\_\_\_\_\_ (Rechtsnachfolgerin: B.\_\_\_\_\_ AG) eingetragen gewesen seien (act. 1 Rz 20.1). Erst in der Replik machte sie geltend, die Beklagte habe es versäumt, dem IGE die Firmennamenänderung von J.\_\_\_\_\_ AG zu B.\_\_\_\_\_ AG bekanntzugeben, was gemäss Auskunft des IGE indes erforderlich wäre, andernfalls der

Rechtsschein nicht gewahrt sei und der Eintrag gegenüber Dritten keine Wirkung entfalte. Die Marke könne infolge jenes Versäumnisses wegen Nichtgebrauchs gelöscht werden. Dass nun die Beklagte ein besseres Recht an den strittigen Marken geltend machen wolle, obwohl sie es selbst unterlassen habe den Eintrag anzupassen, sei ihrer eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben (act. 28 Rz 21). Die Beklagte hielt dem in der Duplik entgegen, die Klägerin könne aus dem behaupteten Versäumnis nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Umfirmierung der Beklagten sei im März 2015 erfolgt, die Konkursöffnung bereits im Mai. Daraus, dass in dieser kurzen Zeit keine Anpassung der Einträge im Markenregister vorgenommen sei, könne die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 34 Rz 22).

5.4 Die Eintragung im Markenregister enthält eine Vielzahl von Angaben, darunter den Namen und Vornamen bzw. die Firma und die Adresse des Markeninhabers, sowie auch Änderungen, die die eingetragenen Angaben betreffen (Art. 40 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 lit. h der Verordnung über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (MSchV) vom 23. Dezember 1992). Gemäss Art. 30 lit. c MSchV werden Änderungen, die eingetragene Angaben betreffen, aufgrund einer entsprechenden Erklärung des Markeninhabers eingetragen. Die Namens- bzw. Firmenänderung kann mittels des vom zuständigen IGE zur Verfügung gestellten Formulars mitgeteilt werden (vgl.: <https://www.ige.ch/de/etwas-schuetzen/marken/nach-der-eintragung/registereintrag-aktualisieren.html>, besucht: 26.11.2018).

Dies ist im zu beurteilenden Fall im Zeitraum zwischen der am 20. März 2015 beschlossenen und am tt.mm.2015 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publizierte Firmenänderung und der Konkursöffnung am 7. Mai 2015 (publiziert im SHAB am 15. Mai 2015) durch die Beklagte nicht erfolgt. Auch wenn die Nicht-Mitteilung – wie die Klägerin gestützt auf eine entsprechende telefonische Auskunft aus dem IGE (act. 29/9) behauptet – grundsätzlich dazu führen kann, dass der Eintrag keine Wirkung mehr entfalten und die Marke wegen Nicht-Gebrauchs gelöscht werden kann, darf dies vorliegend nicht ohne weiteres angenommen werden. So hat die Klägerin nicht behauptet, ab wann diese Wirkung eingetreten sein soll. Für die Mitteilung der Firmenänderung wäre jedenfalls eine gewisse

Frist einzuräumen. Die Konkursöffnung erfolgte sodann nur gerade rund einen Monat nach der Publikation der Umfirmierung. Dass sich die Frage des Nicht-Gebrauchs stellte und dies allenfalls geltend gemacht worden wäre, wird ebenfalls nicht behauptet. Die Klägerin rechnete, wie gesehen, den Eintrag im Markenregister für den Zeitpunkt der Konkursöffnung in der Klagebegründung selbst noch der Beklagten zu. Das Vorgehen der Vorinstanz, welche unter Hinweis auf den Handelsregisterauszug, welcher die Firmenänderung dokumentiert, den massgeblichen Gewahrsam bei der Beklagten verortete, ist daher nicht zu beanstanden. Dabei geht es entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 45 S. 6) auch nicht darum, ob das Handelsregister das Markenregister derogiert, sondern vielmehr darum, dass aufgrund des ersteren sofort festgestellt werden konnte, dass per 20. März 2015 (SHAB 7. April 2015) einzig die Firmenbezeichnung änderte. Anderes wird denn auch von keiner Seite behauptet.

## 6. Verwirkung

6.1 Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass von einer verspäteten Anmeldung des Aussonderungsanspruchs zufolge missbräuchlicher Verzögerung auszugehen sei, weshalb der Anspruch verwirkt sei. Sie hielt dafür, dass das Schreiben von Rechtsanwalt Dr. iur. K. \_\_\_\_\_ vom 27. Mai 2015 (act. 3/2) sich nicht als Aussonderungsbegehren verstehen lasse. Die Klägerin sei denn auch nicht gegen diese Beurteilung des Konkursamtes vorgegangen. Beim Verweis auf Herrn L. \_\_\_\_\_ handle es sich um eine unsubstantiierte Behauptung, auf welche nicht näher einzugehen sei. Schliesslich seien auch im weiteren Verfahren seitens der Klägerin keine Ansprüche des besseren Rechts gestellt worden. Vielmehr sei das Aussonderungsbegehren vom 30. November 2016 erst gestellt worden als die Verteilung des Erlöses kurz bevorstanden habe. Mit dem Zuwarten sei das Vollstreckungsverfahren verzögert und beeinträchtigt worden, was gegen Treu und Glauben verstosse. Auch das späte Auffinden des Beweisdokumentes helfe der Klägerin nicht weiter, zumal mit der Suche früher hätte begonnen werden können, weil sie ab der Zustellung des ersten Gläubigerzirkulars mit der Verwertung bzw. einem Verlust ihrer Rechte hätte rechnen müssen (act. 47 E. 4. S. 8ff.).



6.2 Auch im Berufungsverfahren macht die Klägerin geltend, es habe sich bei dem Schreiben von Rechtsanwalt Dr. K. \_\_\_\_\_ vom 27. Mai 2015 materiell um eine Eigentumsansprache gehandelt (act. 45 Rz 28 unter Hinweis auf act. 28 Rz 39). Dem kann mit der Vorinstanz nicht zugestimmt werden. Es trifft zwar zu, dass im Schreiben im Sinne der Rechtsprechung die auszusondernden Gegenstände bezeichnet wurden; sie sind in der Beilage des Schreibens aufgelistet (act. 3/2). Im Schreiben wird alsdann dargelegt, dass die Gemeinschuldnerin seinerzeit gestützt auf eine Ermächtigung der Klägerin stellvertretend für diese die Marken hinterlegt und aufrechterhalten habe. Warum diese Marken nicht auf die Klägerin eingetragen oder an sie übertragen worden seien, sei noch Gegenstand der vertieften Prüfung; damit einhergehende Ansprüche blieben ausdrücklich "vorbehalten". Weiter wird im Schreiben Bezug genommen auf das Erwerbsangebot seitens eines Dritten und es wird in diesem Zusammenhang einerseits um Information über alle Schritte des Konkursamtes gebeten und andererseits ein eigenes Angebot zum Erwerb unterbreitet (act. 3/2). Ein Eigentumsanspruch wird damit nach dem Wortlaut zwar ausdrücklich vorbehalten, indes nicht schon erhoben, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat.

6.3 Unter Hinweis auf ihre erstinstanzlichen Vorbringen in der Klagebegründung (act. 1 Ziff. 21.1) macht die Klägerin sodann geltend, dass das Aussonderungsbegehren zumindest implizit fristgerecht eingereicht worden sei. Die Vorinstanz hätte den angebotenen Zeugen einvernehmen können und müssen, um die Aussage bestätigt zu erhalten, was diese zu Unrecht unter Hinweis auf eine fehlende Substantiierung nicht gemacht habe (act. 45 Rz 30).

An besagter Stelle in der Klagebegründung machte die Klägerin zunächst geltend, Rechtsanwalt Dr. K. \_\_\_\_\_ habe mit dem vorerwähnten Schreiben vom 27. Mai 2015 dem Konkursamt mitgeteilt, dass die streitgegenständlichen Marken der Klägerin zustünden. Sie fährt dann fort mit der Schilderung darüber, dass sich die Klägerin in einer Phase des Umbruchs befunden habe und zufolge diverser Wechsel im Generalsekretariat das Dokument, das die Übertragung rechtsgenüchlich ausweise zu dieser Zeit verschollen gewesen sei. Dass die Marken dem Rechtskreis der Klägerin zuzurechnen seien, sei dem Konkursamt im Übrigen

auch von Herrn L.\_\_\_\_\_ im Rahmen von geführten Gesprächen mitgeteilt worden. Somit sei im Ergebnis von einer fristgerechten Eigentumsansprache auszugehen (act. 1 Ziff. 21.1). Dabei berief sich die Klägerin auf L.\_\_\_\_\_ als Zeugen.

Der zutreffenden Erwägung der Vorinstanz, aus der Darstellung ergebe sich nicht, wann und mit wem L.\_\_\_\_\_ gesprochen haben solle, setzt der Klägerin nichts entgegen. Auch wenn Herr L.\_\_\_\_\_ beim Konkursamt erwähnte, die Marken seien dem Rechtskreis der Klägerin zuzurechnen, wie die Klägerin behauptet, liegt hierin nicht auch die Behauptung, sie erhebe eine Eigentumsansprache. Es bleibt im Ergebnis jedenfalls unklar, was wann genau L.\_\_\_\_\_ wem vom Konkursamt gesagt haben soll. Es fehlte mithin an hinreichenden, konkreten Tatsachenbehauptungen, die auf eine Eigentumsansprache schliessen liessen und über welche im Bestreitungsfall hätte Beweis geführt werden können. Solche können nicht durch die Zeugenbefragung ersetzt werden, vielmehr sind die Grundlagen des Beweisverfahrens im Hauptverfahren vorzubringen.

6.4.1 Die Vorinstanz geht im angefochtenen Entscheid davon aus, die Klägerin hätte früher in die Gesellschaftsakten der Beklagten Einsicht nehmen müssen, zumal sie bereits ab Zustellung des Gläubigerzirkulars mit der Verwertung bzw. einem allfälligen Verlust ihrer Rechte habe rechnen müssen (act. 47 S. 11-12).

6.4.2 Die Klägerin hält diese Begründung für unvollständig und lückenhaft. Sie verweist auf ihre Vorbringen vor Vorinstanz und legt im Einzelnen noch einmal ihre intensiven Suchbemühungen dar, die sie von Juni 2015 bis Frühjahr 2016 zunächst in England beim früheren Rechtsanwalt, alsdann in den diversen Vereinssekretariaten in Toronto und später Mailand und schliesslich anlässlich der Akteneinsicht im Zusammenhang mit dem SchKG-Beschwerdeverfahren in den Kellerräumlichkeiten des Konkursamtes getätigt habe. Wie von der Vorinstanz verlangt, seien damit "alle erdenklichen Suchbemühungen" erfolgt und die von der Klägerin vor Vorinstanz vorgebrachten triftigen Gründe für das späte Auffinden des Beweisstückes hätten als solche anerkannt und gewürdigt werden müssen. Die Vorinstanz verkenne zudem, dass die Klägerin gegen das Gläubigerzirkular nicht habe vorgehen können, weil ihr zu jenem Zeitpunkt eben der Eigentumsnachweis gefehlt habe. Trotz intensiven Suchbemühungen habe sie im Zeitpunkt

des Steigerungsverfahrens kein Beweisstück zur Hand gehabt, das ihr Eigentumsrechte an den fraglichen Marken eingeräumt habe. Es sei überdies nie die Absicht der Klägerin gewesen, das Verfahren zu verzögern, im Gegenteil. So sei sie gar bereit gewesen, einen erheblichen Geldbetrag zu bezahlen um den Zuschlag für die Marken zu erhalten und so die Sache so schnell als möglich zu erledigen. Insgesamt lägen beachtliche Gründe für das Zuwarten vor, weshalb nicht von einer missbräuchlichen Verzögerung gesprochen werden könne. Die Vorinstanz habe es versäumt, sich mit all diesen Vorbringen auseinanderzusetzen, und habe die Suchbemühungen der Klägerin auf allen Kontinenten, die erzwungene Teilnahme am Bieterverfahren und das anschliessende Auffinden des Beweisstückes als beachtliche Gründe in ihrem Urteil nicht gewürdigt. Auch gehe die Vorinstanz nicht auf die Argumentation ein, dass sich die Klägerin mit einem förmlichen Aussonderungsbegehren im Zeitpunkt des Erlasses des Gläubigerzirkulars ohne Beweise wohl erst recht den Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit eingehandelt hätte. Sie macht auch geltend, dass sie nicht im Entferntesten gehnt habe, dass sich das Beweisstück in den Gesellschaftsakten befunden habe und sie weist schliesslich darauf hin, dass es ihr, als nicht gewinnorientierter Verein organisiert, über alle Massen wichtig sei, die ihr zustehenden Markenrechte wieder uneingeschränkt zugesprochen zu erhalten. Dem obiter dictum im obergerichtlichen Beschwerdeentscheid vom 9. Januar 2017 sei nicht zu folgen, vielmehr sei diese rechtlich unzulässige Würdigung aufgrund des nunmehr vollständig eingebrachten Sachverhalts zu korrigieren (act. 45 Rz 33 - 42). Die Klägerin übernimmt damit in der Berufung die bereits vor Vorinstanz dargelegte Argumentation (vgl. insbesondere act. 28 Rz 38 ff.), der die Beklagte in der Duplik im Einzelnen widersprochen hat (act. 34 S. 10 ff.).

6.4.3 Im Beschwerdeverfahren betreffend die Anfechtung des Freihandverkaufs der fraglichen Markenrechte, an welchem die Parteien beteiligt waren, hat die Kammer festgehalten, dass das Recht zur Aussonderung analog zur Rechtsprechung zum Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG verwirken kann (vgl. act. 3/7: OGer PS160183, Urteil vom 9. Januar 2017, E. 1.4.1 unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis, insbes. BGE 109 III 18 E. 1 = Pra 72 (1983) Nr. 126 u.w.). Dies ist im Verfahren unbestritten, wie die Vorinstanz zu Recht er-

kannt hat (act. 47 E. 4.2.4 unter Hinweis auf act. 1 Rz 22.2 und act. 17 Rz 26 ff.). Diese Praxis fand auch in weiteren Entscheiden des Bundesgerichts eine Bestätigung. So gilt das Zuwarten des Drittsprechers mit der Anmeldung des Drittanspruchs als rechtsmissbräuchlich, wenn dies ohne beachtlichen Grund und im Bewusstsein geschieht, dass damit der Gang des Betreibungsverfahrens gehemmt wird (BGE 120 III 123 E. 2a mit Verweis auf BGE 114 III 92 E. 1a; BGE 113 III 104 E. 2.a). Ein Zuwarten mit der Anmeldung des Drittanspruchs verstösst allerdings dann nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Arrestgläubiger weiss, dass eine bestimmte Drittperson an den mit Beschlag belegten Vermögenswerten einen Anspruch geltend machen könnte (BGE 112 III 63 E. 3; 111 III 25 E. 4).

6.4.4 Mit dem Schreiben von Rechtsanwalt Dr. K. \_\_\_\_\_ vom 27. Mai 2015 teilte dieser dem Konkursamt Dübendorf mit, es sei noch Gegenstand einer vertieften Prüfung, weshalb die streitgegenständlichen Markenrechte nicht auf die Klägerin eingetragen oder übertragen worden seien. Eine Eigentumsansprache der Klägerin erfolgte damit nicht, sie wurde aber vorbehalten (vgl. vorstehend E. 6.2); dies obwohl die Klägerin gleichzeitig erwähnte, dass "diese Marken eigentlich der A. \_\_\_\_\_ zustehen". Das Konkursamt erfuhr damit zumindest, dass das Eigentumsrecht der Klägerin an den fraglichen Markenrechten im Raum stand. Mit der im gleichen Schreiben deklarierten Beteiligung am Bieterverfahren machte die Klägerin aber auch deutlich, dass sie auf anderem Weg Eigentum an den fraglichen Markenrechten erwerben wollte; dabei behielt sie sich Ansprüche auf die Immaterialgüterrechte wiederum vor (act. 3/2 S. 2). Es folgten die von der Klägerin dargelegten, weitreichenden Suchbemühungen und es blieb bei diesen auch nachdem das Konkursamt Dübendorf am 19. Mai 2016 das Gläubigerzirkular verschickte (act. 3/3), mit welchem der Freihandverkauf der Marken eingeleitet wurde. Die Vorinstanz hielt zu Recht fest, dass ab diesem Zeitpunkt die Klägerin mit der Verwertung und einem Verlust ihrer Rechte rechnen musste. Dennoch verzichtete sie weiterhin und bis zum Auffinden des Abtretungsvertrages auf die förmliche Eigentumsansprache - dies mit der Begründung, dass ihr das von ihr gesuchte Beweisstück noch immer fehlte. Streitfrage ist, ob dies als beachtlicher Grund für eine weitere Verzögerung gelten kann. Mit der Vorinstanz ist dies zu

verneinen: Es trifft zwar zu, dass das Zuwarten nicht grundlos war und nachvollzogen werden kann, wenn die Klägerin die Eigentumsansprache erst dann förmlich anheben wollte, wenn sie einen entsprechenden Beweis in der Hand hatte (der allerdings wie sich aus dem vorinstanzlichen Verfahren ergibt, von der Beklagten bestritten wird). Nach der erwähnten Rechtsprechung rechtfertigte sich indes eine weitere Verzögerung nur dann, wenn Unsicherheit darüber bestand, ob das Eigentumsrecht besteht und der Fortgang des Verfahrens nicht im Raume stand. Beides lag im zu beurteilenden Fall nicht vor: Mit dem Gläubigerzirkular wurde das Verwertungsverfahren eingeleitet und die Gläubiger wurden aufgerufen ihre Angebote einzureichen. Aus dem Schreiben vom 27. Mai 2015 ergibt sich, dass die Klägerin bereits damals davon ausging, dass ihr die fraglichen Markenrechte zustehen, ohne dass sie dies indes förmlich oder auch nur sinngemäss geltend machte. Damit bestand spätestens mit dem Versand des Gläubigerzirkulars kein Grund mehr für ein weiteres Zuwarten. Aufgrund der erwähnten bundesgerichtlichen Praxis kann insbesondere nicht davon ausgegangen werden, dass Beweisschwierigkeiten allein genügten, um die *Anmeldung* eines Anspruchs weiter hinauszuzögern. Es kann deshalb offen bleiben, ob die von der Klägerin unternommenen Suchbemühungen anders und/oder effizienter hätten gestaltet werden können und ob sie gehnt hat, dass sich das Beweisstück in den Gesellschaftsakten befunden habe. Ebenso offen bleiben kann, ob die Klägerin den Abtretungsvertrag bereits im August 2016 gefunden hat, wie die Beklagte behauptete (act. 17 Rz 46) oder erst im Oktober 2016, wie die Klägerin geltend machte (act. 28 Rz 36). Bei der Eigentumsansprache und in einem anschliessenden Aussonderungsverfahren wäre es der Klägerin sodann offen gestanden, ihre Beweismittel (z.B. Urkunden, Zeugenbefragung, Edition) zu benennen. Nicht ersichtlich ist, weshalb sich die Klägerin bei einer Eigentumsansprache innerhalb der ihr mit dem Gläubigerzirkular angesetzten Frist dem Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit ausgesetzt hätte, zumal es dort wie gesehen einzig um die *Anmeldung* des Anspruchs ging. Wenn sie die Eigentumsansprache sinngemäss bereits mit Schreiben vom 27. Mai 2015 deponiert haben will, wie die Klägerin ja weiterhin auch geltend macht, dann hätte dies für jenen Zeitpunkt im Übrigen umso mehr Geltung haben müssen, was indes nicht zur Diskussion steht. Schliesslich kann

es auch nicht darauf ankommen, dass die Klägerin als nicht gewinnorientierter Verein die Markenrechte zurückhaben wollte.

Die Vorinstanz hat sich mit der Argumentation der Klägerin im Zusammenhang mit der Verwirkung des Anspruchs nicht im Detail auseinandergesetzt. Im Ergebnis ist ihr nach dem Gesagten zu folgen. Es ist von einer verspäteten Anmeldung des Aussonderungsanspruchs auszugehen, weshalb dieser Anspruch verwirkt ist. Die Berufung ist abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen.

#### 7. Abtretungsvertrag

Die Klägerin rügt weiter, die Vorinstanz habe sich zu Unrecht mit dem Hauptargument für die Aussonderungsklage nicht auseinandergesetzt, nämlich mit dem Abtretungsvertrag aus dem Jahre 2009. Damit habe sie das Recht unrichtig angewandt und den Sachverhalt unrichtig und unvollständig festgestellt (act. 45 S. 7 ff. Ziff. 9). Dem wäre dann zuzustimmen, wenn die Vorinstanz die Verwirkung des Aussonderungsanspruchs zu Unrecht angenommen hätte, was wie gesehen nicht der Fall ist. Hat die Klägerin den Aussonderungsanspruch indes verwirkt, dann konnte die Vorinstanz darauf verzichten, zu prüfen, ob dieser materiell begründet ist. Da es an einer materiellen Beurteilung des Aussonderungsanspruchs durch die Vorinstanz gänzlich fehlt, ist der Berufungsinstanz eine Überprüfung verwehrt. Hätte der Anspruch nicht als verwirkt betrachtet werden müssen, wäre die Sache – nach Einholung der Berufungsantwort – in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die Vorinstanz zur Beurteilung zurück zu weisen. Die Rückweisung wäre auch möglich, wenn es an einem entsprechenden Antrag einer der Parteien fehlt (Urteil des Bundesgerichts 5C.121/2005 vom 6. Februar 2006, E.1; OGer ZH vom 17. April 2014, LB120088 E. II/3). Dies kann beim vorgenannten Ergebnis unterbleiben.

### III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und

2 der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf CHF 15'000.-- festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Klägerin nicht weil sie unterliegt und der Beklagten nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtige Aufwendungen entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Uster vom 17. Juli 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 15'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 45 samt Beilagenverzeichnis (act. 46), separat an das Konkursamt Dübendorf, an das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum, ... [Adresse], zuhanden des Verfahrens Nr. 2P-40769/aeg, sowie an das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt

Fr. 523'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Seebacher

versandt am: