

bringung der Rosetten nur für die Anlage eines Tramgeleises gestattet; der neue Eingriff mache die Rekurrenten tatsächlich zu Expropriaten und lasse ihre — gegenüber den ursprünglichen Begehren übrigens bedeutend reduzierten — Entschädigungsforderungen als begründet erscheinen.

Dieser Auffassung kann nicht beigeppflichtet werden. Freilich bedeutet die Anbringung von Rosetten an Häuserfassaden zur Befestigung der Spann- (Quer-) drähte für den elektrischen Straßenbahnbetrieb einen Eingriff in das Grundeigentum, indem eine Gebäudeservitut errichtet wird (Eger, Enteignungsgesetz 3. Aufl. S. 464). Nun haben aber die Rekurrenten beim Bau der Straßenbahn im Jahre 1900 die Anbringung der streitigen Rosetten ohne Entgelt gestattet. Die Servituten bestehen also schon seit Jahren zu Recht, und es kann sich nur fragen, ob infolge der Erstellung der Doppelspur eine Mehrbelastung eintritt, die den Rekurrenten in analoger Anwendung von Art. 739 ZGB nicht zugemutet werden darf — es wäre denn, daß neue Servituten errichtet würden. Diese Frage ist eine Tatfrage; der Befund der Experten ist daher für das Bundesgericht verbindlich, wenn er sich nicht als offenbar unrichtig erweist. Nun stellen die Experten nicht nur fest, daß an den Rosetten als solchen nichts geändert, sondern ferner, daß durch die kleine Vermehrung der Spanndrähte, die sich aus der Legung der neuen Kontaktleitung über dem zweiten Geleise ergibt, ein Nachteil für die betreffenden Liegenschaften nicht entstehen werde. Diese Feststellung ist nicht anfechtbar. Folglich kann von einer fühlbaren Mehrbelastung der Liegenschaften der Rekurrenten durch das Tragwerk der Doppelspur nicht die Rede sein; eine geringfügige, für die Rekurrenten nicht fühlbare Mehrinanspruchnahme fiele nach der zutreffenden und übereinstimmenden Auffassung der Kommentare zum ZGB außer Betracht, Wieland, ad Art. 739 Anm. 2, Leemann, Anm. 3. Ein neuer oder vermehrter Eingriff in das Grundeigentum der Rekurrenten liegt also tatsächlich nicht vor und ist von der Instruktionskommission mit Recht verneint worden.

Für die Auffassung der Rekurrenten läßt sich auch aus dem heute von ihrem Vertreter angeführten Beispiel der Erstellung eines Rangierbahnhofes an Stelle einer Station für den durchgehenden Personenverkehr nichts herleiten. Während hier die aus-

geführte Anlage eine ganz andere ist als die im Expropriationsplan vorgesehene, handelt es sich in casu um die Erweiterung der ursprünglichen Anlage auf Grund eines neuen Expropriationsplanes. Der Vergleich stimmt also in keiner Weise.

Ebenso fehlt geht der Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 7. Mai 1907 i. S. Tschann, BGE 33 II Nr. 28. Tschann hatte für den Bau der Straßenbahn Land abzutreten und es wurde im Urteil ausgeführt, daß die bessere Stellung des Expropriaten gegenüber seinen Nachbarn, die keine Rechte abzutreten hätten und daher nicht entschädigungsberechtigt seien, sich aus dem besondern Nexus erkläre, in dem er vermöge der Expropriation zur Expropriantin stehe. Das Urteil Tschann spricht also gegen und nicht für die Rekurrenten. Liegt aber ein Fall der Expropriation in casu nicht vor, so ist auf die einzelnen Entschädigungsforderungen der Rekurrenten nicht einzutreten.

11. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

64. Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. Mai 1913

in Sachen **Eppstein**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Meier**,
Kl. u. Ber.-Bekl.

Anfechtungsklage. Der Beweis der Nichtkenntnis der Vermögenslage des Schuldners kann vom Anfechtungsklagten nicht geleistet werden, wenn zu seinen Lasten der Verdacht in die Solvenz des Schuldners verbleibt.

A. — Im Jahre 1909 übernahm Berta Kloter das Modegeschäft zur „Hutkönigin“ in Zürich, dessen bisherige Inhaberin in Konkurs geraten war. Der Beklagte, der, wie es scheint, der hauptsächlichste Lieferant des Geschäftes war, eröffnete der Kloter einen Konto-Korrentkredit von 7500 Fr., für den sich der spätere Ehemann der Kloter, Reinhard Meier, Sohn und dessen Vater Reinhard Meier, Landwirt und Straßewart in Rümlang, am 10. Februar 1909 solidarisch verbürgten. Am 9. Januar 1912

wurde über Frau Berta Meier-Kloter, deren Modegeschäft nicht gedeihen wollte, auf Begehren des Beklagten der Konkurs eröffnet. Gleichzeitig leitete der Beklagte, gestützt auf die Bürgschaftserklärung vom 10. Februar 1909 gegen Vater Meier Betreibung für eine Forderung von 7500 Fr. ein. Vater Meier erhob Rechtsvoranschlag und ließ dem Beklagten durch seinen Sohn mitteilen, daß er bereit sei, zur Sicherung der betriebenen Forderung bis spätestens zum 2. Februar 1912 eine Hypothek von 6000 Fr. auf seine Liegenschaften in Rümlang zu errichten, deren Assuranzwert 26,000 Fr. betrage, und welche mit ungefähr 20,000 Fr. hypothekarisch belastet seien. Da diese Sicherheit in der Folge nicht geleistet wurde, erwirkte der Beklagte für seine Forderung am 10. Februar 1912 gestützt auf Art. 271 Ziff. 2 SchRG einen Arrest auf sämtliche Liegenschaften des Vaters Meier in Rümlang. Der Schätzungswert dieser Liegenschaften betrug nach der Arresturkunde 32,860 Fr., das darauf Verschiedene 30,420 Fr. Um den Beklagten, der am 15. Februar 1912 provisorische Rechtsöffnung erhalten hatte, von der Fortsetzung der Betreibung abzuhalten, errichtete Vater Meier am 28. Februar 1912 zu dessen Gunsten eine Hypothek von 8000 Fr. auf seine verarrestierten Liegenschaften in Rümlang. Bald darauf, am 22. Mai 1912, wurde über ihn, nachdem er schon zur Zeit der Errichtung der Hypothek mehrfach betrieben worden war, der Konkurs ausgesprochen. Im Konkurs meldete der Beklagte eine Forderung von 8000 Fr. nebst Zins zu 5 % vom 1. April bis 1. November 1912 an, welche von der Konkursmasse als grundpfandversicherte Forderung kolloziert wurde. Hierauf erhob die Ehefrau des Reinhard Meier, Vater, die in diesem Konkurs als Gläubigerin für eine Frauengutsforderung von 10,620 Fr. in IV. Klasse teilnahm, die vorliegende Kollokationsanfechtungsklage, mit dem Antrag, es sei die vom Beklagten im Konkurse des Gemeinschuldners geltend gemachte Grundpfandforderung gemäß Art. 287 Ziff. 1, eventuell gemäß Art. 288 SchRG als nicht bestehend zu erklären. Zur Begründung führte die Klägerin aus, daß die Hypothek des Beklagten innerhalb der sechs letzten Monate vor der Konkursöffnung zur Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit errichtet worden sei, deren Erfüllung sicherzustellen der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war; daß der Schuldner im Zeitpunkte der Grundpfandbestellung bereits

überschuldet, und daß seine Überschuldung dem Beklagten bekannt gewesen sei. So habe der Beklagte bei Anlaß einer Konferenz mit dem Gemeinschuldner, dessen Sohn und Keller-Angern erfahren, daß Keller eine größere Forderung gegen Vater Meier besitze. Ebenso habe er auf Grund seiner Erkundigungen bei dem Betreibungsamt gewußt, daß Vater Meier von zahlreichen Gläubigern betrieben wurde. Durch die Erwirkung des Arrests gegen den Gemeinschuldner habe der Beklagte übrigens selber zu erkennen gegeben, daß er über dessen Vermögensverhältnisse unterrichtet war. Demgegenüber hat der Beklagte auf Abweisung der Klage geschlossen. Er bestritt, daß der Gemeinschuldner im Zeitpunkte der Grundpfandbestellung überschuldet gewesen sei, eventuell auf jeden Fall, daß er davon Kenntnis gehabt habe. Vater Meier habe ihm bei Errichtung der Hypothek im Gegenteil die Versicherung gegeben, daß seine Liegenschaften 50,000 Fr. wert seien, und daß man ihm dafür 43,000 Fr. angeboten hätte. Überdies sei die Anregung zur Bestellung des Grundpfandrechts gar nicht von ihm, sondern vom Sohn des Gemeinschuldners ausgegangen.

B. — Durch Urteil vom 8. November 1912 hat der Einzelrichter des Bezirksgerichtes Dielsdorf die Klage abgewiesen. Er ging davon aus, daß zwar die Errichtung der Hypothek innerhalb der letzten sechs Monate vor der Konkursöffnung zur Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit stattgefunden habe, und daß der Gemeinschuldner zu jener Zeit bereits überschuldet gewesen sei, daß aber der Beklagte bewiesen habe, die Überschuldung des Gemeinschuldners nicht gekannt zu haben. Die Rekurskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erachtete dagegen den Beweis der Nichtkenntnis der Überschuldung für nicht erbracht und sprach durch Urteil vom 8. Januar 1913 die Klage zu.

C. — Gegen das Urteil der Rekurskammer des Obergerichtes hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, es sei unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zu erkennen, daß das vom Beklagten im Konkurse des Reinhard Meier, Vater, geltend gemachte Grundpfandrecht für eine Forderung von 8000 Fr. nebst Zins zu Recht bestehe; eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

I. — Nach den für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ist die streitige Hypothek innerhalb der letzten sechs Monate vor der Konkursöffnung über den Gemeinschuldner zur Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit errichtet worden, deren Erfüllung sicherzustellen der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war. Ebenso steht fest, daß im Zeitpunkt der Bestellung des Grundpfandrechts zu Gunsten des Beklagten der Gemeinschuldner überschuldet war, d. h. dessen Passiven die Aktiven überstiegen. Die Entscheidung des Rechtsstreites hängt daher ausschließlich davon ab, ob der Beklagte den Beweis erbracht habe, daß er zur Zeit, als die angefochtene Handlung vorgenommen wurde, die Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners nicht gekannt habe. In dieser Beziehung geht aus den Akten hervor, daß der Beklagte schon vor dem 28. Februar 1912, an welchem Tage die Hypothek errichtet wurde, von zahlreichen Umständen Kenntnis hatte, welche die Vermögenslage des Gemeinschuldners zweifelhaft erscheinen lassen mußten. So wußte der Beklagte, daß Reinhard Meier, Sohn, welcher sich solidarisch mit seinem Vater für die damalige Berta Kloter, seine spätere Ehefrau, verbürgt hatte, gänzlich zahlungsunfähig war; daß Frau Berta Meier-Kloter selber in Konkurs geraten war, und daß die Konkursamtliche Liquidation nur deshalb unterblieb, weil sich keine Aktiven vorfanden; daß der Gemeinschuldner, um sich so gut als möglich für seine Forderung gegen seine Schwiegertochter zu decken, deren Warenlager und Einrichtung zur „Hutkönigin“ übernehmen mußte, und daß in der Folge der Eigentümer des Magazins für eine Mietzinsforderung diese Gegenstände mit Retention belegen ließ, ohne daß Vater Meier den Mietzins bezahlen konnte; daß der Gemeinschuldner von verschiedenen Seiten betrieben wurde, und zwar teilweise für kleinere Beträge von 50—150 Fr. für Hypothekenzinse, daneben aber auch für größere Summen wie 6000 Fr., ohne einen einzigen der treibenden Gläubiger zu befriedigen. Alle diese Momente mußten dem Beklagten die Vermögenslage des Gemeinschuldners als besorgniserregend erkennen lassen. Insbesondere bildete der Umstand, daß Vater Meier die geschuldeten Hypothekenzinse, trotz ihrer geringen Höhe, nicht hatte bezahlen können, ein schweres Indiz für seine Überschuldung. Unter diesen Umständen kann der Beklagte

ernstlich nicht behaupten, die Überschuldung des Gemeinschuldners nicht wenigstens vermutet zu haben. Diese bloße Vermutung, dieser bloße Verdacht reicht aber aus, um die Voraussetzung von Art. 287 letzter Absatz SchRG als nicht erfüllt zu erachten, indem der Beklagte, von dem Augenblicke an, wo er die Solvenz des Gemeinschuldners zu bezweifeln anfang, verpflichtet war, genauere Erkundigungen einzuziehen und der Errichtung der Hypothek nicht zustimmen durfte, bevor er seine Zweifel als unbegründet erkannte und, trotz des gegenteiligen Anscheins, von der Solvenz des Gemeinschuldners überzeugt war. In diesem Sinne hat das Bundesgericht denn auch wiederholt, insbesondere in seinem Urteil in Sachen Schlegel gegen Maggion (US 26 II S. 471*) erkannt, daß wenn sich der Aufsehtungsbeklagte von der Klage auf Ungiltigerklärung eines der in Art. 287 SchRG genannten Geschäfte befreien wolle, er glaubhaft machen müsse, daß er bei dessen Abschluß mit Bezug auf die Vermögenslage des Schuldners harmlos gewesen sei und daß, wenn zu seinen Lasten auch nur der Verdacht in die Solvenz des Schuldners verbleibe, der ihm obliegende Beweis der Sachkenntnis nicht geleistet werden könne. Denn ein solcher Verdacht müsse ihn veranlassen, sich näher nach den Verhältnissen des Schuldners zu erkundigen, bevor er ein der Aufsehtung nach Art. 287 SchRG ausgefertigtes Geschäft eingehe, andernfalls die Richtererkundigung zu seinem Nachteile ausschlage und ihm die Behauptung, daß er von der Sachlage keine genaue Kenntnis gehabt habe, nichts nütze. Zur Abweisung der Berufung genügt daher bereits die Feststellung, daß der Beklagte triftige Gründe hatte, an der Solvenz des Gemeinschuldners zu zweifeln, daß er aber trotzdem keine Schritte unternahm, um sich näher über die Sachlage zu vergewissern. Dabei sind im Gegensatz zum Beklagten weder seine angebliche Rücksprache mit dem Gemeinschuldner noch seine Informationen bei dem Betreibungsamt als hinreichende Erkundigungen aufzufassen, abgesehen davon, daß die Informationen beim Betreibungsamte seinen Verdacht nur bestärken konnten.

2. — Der Beklagte hat aber die Überschuldung des Gemeinschuldners nicht nur vermutet. Aus den Akten geht hervor, daß er sogar wußte oder doch wissen mußte, daß Vater Meier seinen Verbindlichkeiten nicht mehr gewachsen sei. Nach der Arresturkunde

* Sep.-Ausg. 3 S. 129 f.

beliebte sich das Immobilienvermögen des Gemeinschuldners auf 32,800 Fr., nach dem Konkursinventar auf 34,650 Fr. Diesen beiden Schätzungen gegenüber berechnete den Beklagten die — bestrittene — Angabe des Vaters Meier, der wahre Wert seiner Liegenschaften betrage 50,000 Fr., zu keiner abweichenden Annahme. Wie sich aus den Feststellungen der ersten Instanz ergibt, wusste der Beklagte weiter, daß der Gemeinschuldner, außer den Liegenschaften, nur noch Mobiliargegenstände im Werte von 4000 Fr. zu Eigentum besaß. Unter Zugrundelegung sogar einer höheren, als der im Konkursinventar enthaltenen günstigeren Schätzung des Immobilienvermögens betrugen daher die Aktiven des Gemeinschuldners besten Falls bloß 40,000 Fr. Andererseits war für den Beklagten aus der Arresturkunde ersichtlich, daß die Liegenschaften des Gemeinschuldners mit Hypotheken bis zu 30,420 Fr. belastet waren. Mit Wissen des Beklagten wurde der Gemeinschuldner auch für den zirkla 1000 Fr. betragenden Zins dieser Hypotheken betrieben. Rechnet man zu dieser Schuld von zusammen 31,420 Fr. die zu Gunsten des Beklagten errichtete Hypothek von 8000 Fr., so ergibt sich ein Überschuss der Aktiven des Gemeinschuldners über seine Passiven von nur 580 Fr. Der Beklagte konnte daher den Gemeinschuldner nur für solvent halten, wenn er annehmen durfte, daß er neben den genannten Hypothekenschulden keine anderen Verbindlichkeiten habe. Abgesehen davon, daß alles, was der Beklagte von den Vermögensverhältnissen des Gemeinschuldners wusste, diese Annahme nicht als wahrscheinlich erscheinen lassen konnte, geht nun aus den Feststellungen der Vorinstanz hervor, daß er wenigstens noch das Bestehen einer Forderung von 1891 Fr. 50 Cts. kannte, für welche die Schweiz. Genossenschaftsbank in Zürich, namens Keller-Angern, den Gemeinschuldner am 29. Januar 1912 zu betreiben angefangen hatte. Der Beklagte mußte sich daher bewusst sein, daß die Passiven seines Schuldners seine Aktiven um zirkla 1300 Fr. überstiegen, daß der Gemeinschuldner also überschuldet war. Für sein Wissen um die Insolvenz des Gemeinschuldners spricht denn auch der am 10. Februar 1912 gegen Vater Meier auf Grund von Art. 271 Abs. 2 SchRG erwirkte Arrest. Der Beklagte hat zwar behauptet, dieser Arrest sei nur nachgesucht worden, weil Reinhard Meier, Sohn, wiederholt erklärt habe, daß wenn der Beklagte seinen Vater dränge, er dafür sorgen werde, daß für seine allfällige Befriedigung

nichts mehr übrig bleibe. Demgegenüber ist jedoch zu bemerken, daß gerade diese Erklärung, wenn sie wirklich abgegeben wurde, dem Beklagten die Augen über die Vermögenslage des Gemeinschuldners hätte öffnen müssen. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern der Arrest die vom Beklagten befürchtete Hinterziehung von Vermögensgegenständen hätte verhindern sollen, nachdem er auf Immobilien gelegt wurde, die sich ihrer Natur nach nicht bei Seite schaffen lassen. Tatsächlich hatte der Arrest denn auch einen andern Zweck. Der Beklagte hatte den Gemeinschuldner betrieben, und dieser hatte durch Erhebung des Rechtsvorschlages die Einstellung der Betreibung bewirkt. Andererseits wusste der Beklagte, daß gegen den Gemeinschuldner noch weitere Betreibungen anhängig waren und daß im Falle einer Pfändung seitens der übrigen Gläubiger die Frist zur Teilnahme ablaufen konnte, bevor er im Stande war, die Fortsetzung der Betreibung zu verlangen. Um dieser Gefahr zu begegnen, ließ er die Liegenschaften des Gemeinschuldners mit Arrest belegen. Nach Art. 281 SchRG nahm er jetzt, wenn die Arrestgegenstände von einem andern Gläubiger gepfändet wurden, bevor er selber das Pfändungsbegehren stellen konnte, von Rechtes wegen provisorisch an der Pfändung teil. Alsdann setzt aber der Arrest voraus, daß der Beklagte von der Überschuldung des Gemeinschuldners Kenntnis gehabt habe; denn wenn er ihn für zahlungsfähig gehalten, wenn er geglaubt hätte, daß sein Vermögen zur Deckung aller Gläubiger hinreichen würde, hätte er keinen Grund gehabt, sich näher um die aus der Pfändung erwachsenden Rechte anderer zu kümmern. Die Berufung ist daher ohne weitere Prüfung der Indizien, die der Beklagte zum Beweis seiner Unkenntnis der Sachlage angerufen hat, abzuweisen. Ebenso ist auch dem Rückweisungsantrag des Beklagten keine Folge zu geben.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Januar 1913 bestätigt.