

Betrag von Fr. 33.— eingesetzt, der nach den zürcherischen Richtlinien zur Berechnung des Notbedarfs bei einer 6köpfigen Familie für ein Kind dieses Alters zu den Lebenskosten der Eltern hinzuzuschlagen wäre. Der Notbedarf der Glieder der engern Familie wird ebenfalls nach den Ansätzen für 6köpfige Familien berechnet.)

II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES COURS CIVILES

15. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. März 1948 i. S. Imma-Gesellschaft gegen Baur, Konkursmasse.

Anfechtungsklage, Art. 285 ff. SchKG.

1. Art. 287 Z. 1 kann nicht angerufen werden bei einer zum vorderein, wenn auch nicht mit öffentlicher Beurkundung vereinbarten Grundpfandbestellung.
2. Die schon bei der Darlehensgewährung ausbedungene Ausstellung eines Schuldbriefs ist keine Tilgung im Sinne von Art. 287 Z. 2.
3. Nach Art. 288 anfechtbare Pfandbestellung für ein Darlehen zur Befriedigung einzelner Gläubiger, bei schwerer Überschuldung und erkennbar geringer Aussicht auf Sanierung. Die Anfechtung der Pfandbestellung oder der Zahlung an die begünstigten Gläubiger steht der Konkursmasse zur Wahl.

Action révocatoire, art. 285 et suiv. LP.

1. L'art. 287 ch. 1 ne peut être invoqué au sujet d'un droit de gage immobilier sur la constitution duquel les parties s'étaient précédemment mises d'accord, alors même que leur convention n'aurait pas été faite en la forme authentique.
2. La délivrance d'une cédula hypothécaire n'est pas un paiement dans le sens de l'art. 287 ch. 2 lorsqu'elle a déjà été stipulée lors du prêt.
3. Révocabilité (selon l'art. 288 CP) d'un droit de gage immobilier constitué en garantie d'un emprunt destiné à rembourser certains créanciers alors que le débiteur est surendetté et qu'il est reconnaissable qu'il y a peu de chance qu'il puisse assainir sa situation. La masse peut à son choix attaquer soit la constitution du droit de gage soit les paiements faits aux créanciers avantagés.

Azione revocatoria, art. 285 e seg. L. EF.

1. L'art. 287, cifra 1, non può essere invocato quando si tratta d'un diritto di pegno immobiliare, sulla cui costituzione le

parti si erano messe precedentemente d'accordo, anche se la loro convenzione non rivesta la forma di atto pubblico.

2. L'emissione d'una cedola ipotecaria non rappresenta un pagamento a' sensi dell'art. 287, cifra 2, quando sia già stata stipulata all'atto del mutuo.
3. Revocabilità, secondo l'art. 288 L. EF, d'un diritto di pegno immobiliare costituito a garanzia d'un prestito destinato al rimborso di certi creditori, quando il debitore è oberato e le probabilità d'un risanamento appaiono esigue. La massa può a sua scelta impugnare la costituzione del diritto di pegno o i pagamenti fatti ai creditori avvantaggiati.

4. — Die Klägerin gewährte dem überschuldeten, von mehreren Gläubigern betriebenen, von einem der Hauptgläubiger mit Strafklage wegen Betrug bedrohten Heinrich Baur, Landwirt und Viehhändler, im Februar 1946 Barmittel von Fr. 10,000.— gegen einen auf dessen Liegenschaft zu ihren Gunsten neu zu errichtenden Schuldbrief im gleichen Betrage. Sie leistete am 25. und 26. Februar 1946 gemäss dieser Vereinbarung im Auftrag und auf Rechnung des Schuldners folgende Zahlungen:

an den mit Strafklage drohenden Bürgisser	Fr. 4,000.—;
an Meier, Delsberg, der es auf das Viehhandelspatent abgesehen hatte	» 3,500.—;
an das Betreibungsamt für Aufschubsraten an mehrere Gläubiger	» 1,400.—;
an die Zürcher Kantonalbank zur Ablösung des soweit abbezahlten Schuldbriefes	» 950.20;
Rest « offenbar für Spesen etc. »	» 149.80;

zusammen Fr. 10,000.—,

wogegen ihr am 26. Februar vereinbarungsgemäss ein Schuldbrief (mit Fr. 43,000.— Kapitalvorgang) ausgestellt wurde.

B. — In dem am 11. Juli 1946 infolge Insolvenzerklärung über Heinrich Baur eröffneten Konkurse wurde die Forderung der Klägerin von Fr. 10,000.— mit Zins seit 26. Februar 1946 bis zur Konkurseröffnung in fünfter Klasse kolloziert, unter Ablehnung des Grundpfandrechts, da dieses im Sinne von Art. 287 Ziff. 1 und Art. 288 SchKG

anfechtbar begründet worden sei. Die Klägerin erhob gegen die Masse Kollokationsklage mit dem Antrag auf Anerkennung des Grundpfandrechts. Der erstinstanzliche Richter wies die Klage ganz ab, das Obergericht des Standes Zürich hiess sie mit Urteil vom 5. Dezember 1947 hinsichtlich des Teilbetrages von Fr. 950.20, d.h. des Gegenwertes des mit dem Darlehen der Klägerin abgelösten Schuldbriefes der Kantonbank, gut.

C. — Mit der vorliegenden Berufung hält die Klägerin daran fest, dass die Klage im vollen Umfange gutzuheissen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Den Anfechtungsgrund des Art. 287 Ziff. 1 SchKG haben die kantonalen Gerichte mit Recht verneint. Daraus, dass die Klägerin die Zahlungen zuvorkommend schon vor der Schuldbrieferrichtung vornahm (wofür übrigens durch Ablösung des Schuldbriefes der Kantonbank erst Raum geschaffen werden musste), folgt nichts für die Anwendung von Art. 287 Ziff. 1 SchKG. Diese Vorschrift sieht nach ihrem Grund und Zweck die erleichterte Anfechtung derjenigen Pfandbestellungen vor, die für an und für sich ungesicherte Forderungen erst nachträglich vereinbart und vorgenommen werden. Hier aber war das Darlehen von vorneherein nur gegen die Errichtung eines Schuldbriefes zugunsten der Klägerin zugestanden worden. Lag auch bei der Vornahme der Zahlungen noch keine öffentlich beurkundete Verpflichtung zur Errichtung eines Grundpfandes vor (Art. 799 Abs. 2 ZGB), so war das Darlehen doch nur gegen das erwähnte Sicherstellungsversprechen gewährt worden. Das schliesst die Anfechtung nach Art. 287 Ziff. 1 aus gleichwie im Fall eines allgemeinen, nicht öffentlich beurkundeten Sicherstellungsversprechens, das dann durch Grundpfandbestellung vollzogen wurde (BGE 62 III 64).

2. — Das Obergericht hält dafür, wenn nicht Art. 287 Ziff. 1, so sei dagegen Ziff. 2 daselbst anwendbar ;

denn die Schuldbrieferrichtung bedeute Tilgung eines Darlehens durch ein ungewöhnliches Zahlungsmittel. Dem ist angesichts der Vereinbarung, wonach das Darlehen eben sogleich in einem Schuldbrief zu konsolidieren war, nicht beizustimmen. Die Schuldbrieferrichtung war hier keine (ungewöhnliche) Tilgungsmassnahme, sondern die schon im Darlehensvertrag vereinbarte, zu dessen wesentlichem Inhalt gehörende Umwandlung des gewöhnlichen Darlehens in ein Schuldbriefdarlehen. Der Schuldner hat also mit der Schuldbrieferrichtung nichts anderes vorgekehrt, als was ihm nach der Vereinbarung oblag ; er hat nicht eine gewöhnliche Geldschuld auf ungewöhnliche Art, eben durch Schuldbrieferrichtung, getilgt.

Eine Anfechtung nach Art. 287 Ziff. 2 wäre übrigens auch dann nicht begründet, wenn man eine Grundpfandverschreibung vereinbart und der Schuldner statt dessen der Klägerin mit deren Einwilligung einen Schuldbrief zur Tilgung des Darlehens ausgestellt hätte. Wenn der Schuldner zur Sicherstellung verpflichtet war, ist auch eine ungewöhnliche Art der Tilgung bis zum Wertbetrage der vereinbarten Sicherstellung der erleichterten Anfechtung nach Art. 287 entzogen (BGE 71 III 88 Erw. 3).

3. — Es fragt sich also nur, ob die Voraussetzungen zur Anfechtung der Schuldbrieferrichtung nach Art. 288 SchKG erfüllt seien. Zweifellos sind durch sie die Exekutionsrechte der Gläubigersamtheit beeinträchtigt worden. Der Schuldbrief begründet ein Vorzugsrecht der Klägerin am Vermögen des Schuldners ; der Gegenwert des Schuldbriefes aber kommt der Gläubigersamtheit nicht zugute, er war zur teilweisen Befriedigung einzelner Gläubiger bestimmt und wurde denn auch sogleich an diese überwiesen. Dies lag in der Absicht des Schuldners und war auch der Klägerin vollauf bekannt ; sie verfügte ja über die Darlehens-Valuta gemäss den Weisungen des Schuldners.

Bei dieser Sachlage steht der Anfechtung nach Art. 288 das Fehlen einer Begünstigung der Klägerin selbst

nichts entgegen. Sie kann nicht geltend machen, eine dem Schuldbrief gleichwertige Leistung sei in das Schuldnervermögen geflossen, und dadurch sei die zu ihren Gunsten erfolgte zusätzliche Belastung seiner Liegenschaft ausgeglichen. Vielmehr bestand der Zweck dieses Schuldbriefdarlehens gerade darin, Geld für einzelne besonders drängende Gläubiger flüssig zu machen. Indem die Klägerin dazu Hand bot, liess sie sich ein Vermögenstück, das dem Zugriff der Gläubigergesamtheit unterlag, verpfänden für eine Leistung, die, wie sie bestens wusste, nicht in das für die Gläubigergesamtheit verwertbare Aktivvermögen des Schuldners fiel (BGE 65 III 147 Erw. 5).

4. — Zuzugeben ist, dass die teilweise Befriedigung einiger drängender Gläubiger unter Belastung der Liegenschaft des Schuldners nur das Mittel zu dem andern Zwecke war, ihn wenn möglich vor dem finanziellen Zusammenbruch, d.h. dem Konkurse, zu bewahren. Die Klägerin war nicht nur von dem bedrängten Schuldner, sondern auch von Gläubigerseite um rasche Gewährung eines Darlehens angegangen worden. Einige Hauptgläubiger hatten sich an den Rechtsanwalt Dr. Indermaur gewendet, und man fasste den Abschluss eines sogenannten Stillhalteabkommens ins Auge, wonach der Schuldner in Zukunft unter Aufsicht eines Konsortiums weiterhin dem Viehhandel obliegen und die jährlichen Reingewinne zur Abzahlung seiner Schulden verwenden sollte. Der von Dr. Indermaur mit der Prüfung der finanziellen Situation des Schuldners beauftragte Bücherexperte Lippuner stellte nach Angaben des Schuldners über maximal erzielbare Umsätze eine « budgetierte Betriebsrechnung » auf. Darin errechnete er bei Annahme eines jährlichen Umsatzes von 400 Kühen und 70 Pferden einen jährlichen Reingewinn von Fr. 28,000.—, der zur Abzahlung der Schulden zur Verfügung stünde. Indessen war laut einer ungefähren Vermögensaufstellung per 10. Februar 1946 ein Passivenüberschuss von Fr. 422,311.— vorhanden,

und der Klägerin, deren Verwaltungsratspräsident Adolf Guggenbühl einer Besprechung auf dem Büro des Dr. Indermaur beiwohnte, war die Überschuldung und die bedrängte Lage des Schuldners bekannt. Mit einem Darlehen von Fr. 10,000.— konnte diese Lage keineswegs gemeistert werden, auch nicht mit gewissen weiteren Aufwendungen, die die Klägerin auf sich nahm. Ohne eine durchgreifende Sanierung musste der Konkurs als unvermeidlich erscheinen. Nun waren freilich die paar Hauptgläubiger, die unter Mitwirkung von Dr. Indermaur miteinander verhandelten, vorerst optimistisch gesinnt. Aber nach den Erklärungen dieses Rechtsanwaltes wären Schulden von etwa Fr. 150,000.— bis 200,000.— vom geplanten Stillhalteabkommen nicht erfasst worden. Zudem steckten die Verhandlungen zur Zeit der Darlehensgewährung durch die Klägerin noch in den Anfängen. Am Tage der Schuldbriefrichtung, dem 26. Februar 1946, richtete Dr. Indermaur ein Rundschreiben an etwa zehn Hauptgläubiger (mit Forderungen von mindestens Fr. 20,000.—), mit der Einladung zu einer Gläubigerversammlung auf den 4. März. Er bezeichnete die Lage des Schuldners als « so prekär, dass nur einschneidende und positive Massnahmen erlauben werden, den Viehhandel fortzusetzen und die Schulden langsam zu tilgen ». In der Tat hätte es selbst nach der auf besonders günstigen Annahmen beruhenden Betriebsrechnung von Lippuner zur Abzahlung der Schulden, und zwar ohne Verzinsung, 18 Jahre gebraucht. Die Unterlagen dieser Aufstellung waren übrigens unzuverlässig. Nach dem vom Richter eingeholten Bericht des kantonalen Veterinäramtes hatte Baur in keinem Jahr einen Umsatz von mehr als 195 Stück erzielt (Pferde, Grossvieh, Kälber und Schweine zusammengerechnet). « Übereilte Schritte eines oder einzelner Gläubiger », heisst es sodann in dem erwähnten Rundschreiben, « würden sofort zu einer unwiderrufflichen finanziellen Katastrophe, d.h. zum Konkurse führen. Die vorhandenen Aktiven würden nur

erlauben, eine ganz minime Dividende auszuschütten.» Das Schreiben richtete sich nur an einen Teil der Gläubiger, weil man die Angelegenheit nicht vorzeitig publik machen wollte. Mit den andern Gläubigern stand man also noch gar nicht in Verbindung (zur zweiten Gläubigerversammlung im Konkurse wurden deren 76 einberufen). Die am 4. März 1946 im Stroh Hof in Zürich abgehaltene Versammlung verlief ergebnislos, da niemand genügend Mittel zur Verwirklichung des entworfenen Hilfsplanes zur Verfügung stellen wollte. Hierauf distanzierten sich von diesem Plan selbst solche Gläubiger, die zuvor dafür eingetreten waren. Bürgisser beantragte am 20. März 1946 die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung, die in erster Instanz ausgesprochen, in oberer Instanz dann freilich zufolge Rückzuges des Konkursbegehrens aufgehoben wurde; doch sah sich der Schuldner im Juli 1946 veranlasst, selber durch Insolvenzerklärung den Konkurs herbeizuführen. Dass eine umfassende, die Konkursgefahr beseitigende Sanierung zur Zeit der Gewährung des Schuldbriefdarlehens der Klägerin in einigermaßen sicherer Aussicht stand, haben die Vorinstanzen demnach mit Recht verneint. Trotz der Hilfeleistung der Klägerin und der im Gange befindlichen Verhandlungen einiger Hauptgläubiger war damals die Konkursgefahr gross, wie dies ja auch aus den erwähnten Ausführungen des Rundschreibens vom 26. Februar 1946 hervorging. Bloss unsichere Hoffnungen, wie sie damals höchstens gehegt werden konnten, waren nicht geeignet, die Belastung von Vermögenswerten des Schuldners zwecks Begünstigung einzelner drängender Gläubiger der Anfechtung nach Art. 288 SchKG zu entziehen. Für den Fall des Konkurses, mit dem durchwegs zu rechnen war, stand der Pfanderwerb der Klägerin unter dem Vorbehalte der Anfechtung. Daran ändert auch die von der Klägerin vor dem Geschäftsabschluss beim Gläubigeranwalte Dr. Indermaur eingeholte Auskunft nichts, die dahin lautete, der Schuldner sei noch aufrechtstehend und zur Grundpfanderrich-

tung befugt, und diese sei bei entsprechender Gegenleistung nicht anfechtbar. Dem Verwaltungsratspräsidenten der Klägerin, der vom Obergericht als gewiegter Geschäftsmann bezeichnet wird, konnte die Gefahr der Benachteiligung der Gläubigergesamtheit nicht entgehen.

5. — Der erstinstanzliche Richter hätte die Anfechtung als rechtsmissbräuchlich abgelehnt, wenn sie nur gerade von denjenigen Gläubigern ausginge, die die Klägerin zur Darlehensgewährung gegen solche Sicherstellung veranlasst hatten. Er hat mit Recht eine derartige Einwendung gegenüber der Konkursmasse nicht zugelassen, die ja die Interessen der Gläubigergesamtheit vertritt.

Eine andere Frage ist, ob in erster Linie nicht die Grundpfandbestellung zugunsten der Klägerin, sondern die aus deren Darlehen erfolgten Zuwendungen an die begünstigten Gläubiger hätten angefochten werden sollen. Soweit dies mit dem Erfolg geschehen wäre, die betreffenden Beträge dem Konkursvermögen zuzuführen, könnte es bei der Grundpfandbestellung zugunsten der Klägerin bleiben. Diese hat indessen keinen Anspruch darauf, dass vorerst versucht werde, den Gegenwert des Schuldbriefes durch solche Anfechtung zur Masse zu ziehen, um den Schuldbrief in entsprechendem Umfange bestehen zu lassen. Der Masse stand frei, von den konkurrierenden Anfechtungsansprüchen zuerst und allfällig nur denjenigen gegen die Klägerin, durch Einrede gegen das zur Kollokation angemeldete Grundpfandrecht, geltend zu machen. Ob die Zuwendungen an die aus dem Darlehen der Klägerin teilweise befriedigten Gläubiger gleichfalls anfechtbar sind, steht im übrigen dahin, da diese Gläubiger nicht in die Lage gekommen sind, am Prozesse teilzunehmen und allfällige Einwendungen vorzubringen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteils des Obergerichtes des Standes Zürich vom 5. Dezember 1947 bestätigt.