

## 40. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Oktober 1939

i. S. Hoesli und Genossen gegen Honegger, Erben.

*Gläubigeranfechtung* nach Art. 285 ff. SchKG :

1. Gegenstand der Rückgewähr ist nur die aus dem Vermögen des Schuldners wirklich erbrachte Leistung, — auch wenn vertraglich eine höhere Leistung vorgesehen war, — — gleichgültig ob der Beklagte die mangelhafte Vertragserfüllung schon vor dem Anfechtungsprozess beanstandet hatte oder nicht (Erw. 4).
2. Eine gleichwertige Gegenleistung steht der Anfechtung nach Art. 288 entgegen, sofern der Beklagte nicht damit rechnen musste, dass sie ihrerseits vom Schuldner zum Nachteil der Gläubiger verwendet werde. — Unter der nämlichen Voraussetzung unterliegt der Anfechtung bei Ungleichheit der Leistungen nur der Wertunterschied bzw. eine unteilbare Leistung des Schuldners nur gegen volle Rückvergütung der Gegenleistung. Art. 291<sup>r</sup> ist solchenfalls nicht anwendbar. (Erw. 5).
3. Die Rückgewährspflicht entfällt für Vermögensstücke, die ohne Verschulden des Beklagten untergegangen sind, bevor der Anfechtungsanspruch geltend gemacht werden konnte (Erw. 6).

*Action révocatoire* (art. 285 et suiv. LP).

1. L'objet de la restitution ne peut être que ce qui a été effectivement presté par le débiteur, — même si le contrat prévoyait une prestation plus étendue ; — — peu importe à cet égard que le défendeur ait ou non excipé, avant l'ouverture de l'action, de l'exécution imparfaite du contrat (consid. 4).
2. L'équivalence de la prestation et de la contre-prestation fait obstacle à l'action révocatoire de l'art. 288, sauf le cas où le défendeur devait s'attendre que le débiteur utiliserait d'une manière préjudiciable aux créanciers la prestation qu'il a reçue. — Si, sous réserve du cas ci-dessus, les prestations réciproques sont de valeur inégale, l'action ne peut viser que la différence de valeur et, pour le cas où la prestation du débiteur serait indivisible, cette prestation elle-même, mais moyennant alors pleine et entière restitution de la contre-prestation. Dans cette hypothèse l'art. 291 al. 1 n'est pas applicable (consid. 5).
3. L'obligation de restitution ne s'étend pas aux objets qui ont péri sans la faute du débiteur avant que l'action ait pu être ouverte (consid. 6).

*Azione revocatoria* dei creditori a'sensi degli art. 285 LEF e seg. LEF.

1. Oggetto della restituzione è soltanto la prestazione patrimoniale che il debitore ha realmente effettuata, anche se per contratto egli era tenuto ad una prestazione più considerevole. Nulla importa se il convenuto aveva contestato o no, già prima che fosse promossa l'azione revocatoria, l'adempimento difettoso del contratto (consid. 4).

2. Non è data l'azione revocatoria a'sensi dell'art. 288 in caso di controprestazione equivalente da parte del convenuto, in quanto quest'ultimo non doveva ritenere che di essa il debitore si servirebbe a danno dei creditori.

Sotto questa condizione è rinvocabile, nel caso di disparità di prestazioni, soltanto la differenza di valore e, trattandosi di una prestazione indivisibile del debitore, essa è rinvocabile soltanto dietro piena restituzione della controprestazione. In tale caso l'art. 291 cp. 1 non è applicabile (consid. 5).

3. L'obbligo di restituzione non si estende ad oggetti patrimoniali periti, senza colpa del convenuto, prima che l'azione revocatoria potesse essere promossa (consid. 6).

A. — Der am 6. November 1933 in Konkurs geratene Markus Hoesli in Rüti, Kanton Zürich, hatte dort auf seiner Besitzung Sonnenhof eine Geflügelfarm betrieben. In den Jahren 1930 bis 1933 vermittelte ihm der Beklagte Gottfried Honegger mehrmals Darlehen zur Bestreitung der Kosten baulicher Erweiterungen. Im April 1933 erklärte sich der Beklagte bereit, selbst ein Darlehen zu gewähren. Als Sicherheit dafür nahm man die Verpfändung des Geflügelbestandes mit Vorräten in Aussicht. Da dies nicht anging, wurde in einem Vertrag vom 28. April 1933 vereinbart, der Beklagte habe diese Waren käuflich zu übernehmen und die Anlagen, Maschinen u. s. w. zu pachten. Auf Grund dieses Vertrages zahlte er dem Hoesli bis zum 26. Mai 1933 insgesamt Fr. 15,500.—. In einem neuen Vertrag vom 26. Mai 1933 wurde der Kaufpreis (unter Weglassung eines früher einbezogenen, von Arnold Weinmann geleisteten Darlehens) auf Fr. 18,000.— beziffert und als durch die « Vorschüsse » des Beklagten getilgt erklärt ; dabei war den tatsächlichen Zahlungen von Fr. 15,500.— eine Risikoprämie von Fr. 2,000.— und ein Zins von Fr. 500.— zugerechnet. Als Gegenstand des Kaufes bezeichnete der Vertrag den « ganzen heutigen Geflügelbestand von ca. 15,000 Stück mit sämtlichen vorhandenen Futtermitteln ». Am 1. Juni 1933 trat der Beklagte vertragsgemäss die auf eine Dauer von sechs Monaten vorgesehene Pacht an und stellte Hoesli als Geschäftsführer an. Doch entzweite er sich einige Wochen später mit ihm und entliess ihn.

Bereits im ersten Monat der Pacht trat in der Farm die Seuche « Pullorum » auf, die in den Monaten Juni bis September 1933 etwa 3,000 Hühner dahinraffte. Der Beklagte warf dem Hoesli Täuschung über den Geflügelbestand vor; statt der im Vertrag angegebenen 15,000 seien nur 9,000 oder, wie später gesagt wurde, nur 8,000 Stück vorhanden gewesen. Davon war bereits in der Einvernahme des Beklagten vom 12. Juli 1933 zur Strafanzeige des Hoesli die Rede. Honegger erstattete am 11. August seinerseits gegen Hoesli Anzeige wegen Betruges und Unterschlagung, und am 4. Oktober 1933 folgte andererseits eine neue Anzeige Hoeslis. In diesen Strafuntersuchungen, die alle durch Einstellungsbeschluss erledigt wurden, kam es zu keiner Feststellung über den Umfang des vom Beklagten übernommenen Geflügelbestandes.

B. — Im Konkurs des Hoesli hat der Beklagte Forderungen eingegeben « für den Fall, dass der ... Kauf- und Pachtvertrag rechtsgültig ist », und andere Forderungen « für den Fall, dass der Kauf- und Pachtvertrag gerichtlich ungültig erklärt werden sollte ». Die Konkursverwaltung hat die Forderungen so, wie sie eingegeben wurden, anerkannt, und die Kollokation ist nicht angefochten worden. Dagegen haben eine Anzahl Konkursgläubiger, worunter die Kläger, sich die streitigen Ansprüche der Masse gegen den Beklagten, nach Verzicht der Masse, zur Geltendmachung gemäss Art. 260 SchKG abtreten lassen. Auf das Begehren der Kläger zu Nr. 1-3 auf Zahlung von Fr. 62,500.— und das Begehren der Kläger zu Nr. 4 und 5 auf Rückerstattung der ca. 15,000 Stück Geflügel mit sämtlichen Futtermitteln oder des wirklichen Gegenwertes hat das Obergericht des Kantons Zürich am 15. Juni 1938 den Beklagten zur Zahlung von Fr. 29,200.— an die Konkursmasse zu Handen der Kläger verurteilt. Das Obergericht bemisst den Wert der dem Beklagten übertragenen Kaufgegenstände auf Fr. 44,700.— und zieht davon die vom Beklagten geleiste-

ten Zahlungen von Fr. 15,500.— ab. Im erwähnten Differenzbetrage hält es die Anfechtungsklage sowohl nach Art. 287 Ziff. 2 wie auch nach Art. 286 Ziff. 1 SchKG für begründet.

C. — Die Berufung der Kläger geht auf Zusprechung der Klage im vollen Betrage des festgestellten Wertes von Fr. 44,700.—, diejenige des Beklagten auf gänzliche Abweisung der Klage. Dessen Erben, die in den Rechtsstreit eingetreten sind, halten an diesem Antrage fest.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Fassung der Klagebegehren lässt sich nicht beanstanden. Sie steht im Einklang mit den Bedingungen gemäss Ziff. 3 des Abtretungsformulars (Nr. 7, zu Art. 260 SchKG).

2. — Der Klageführung steht nicht entgegen, dass der Beklagte entsprechend seiner Konkurseingabe rechtskräftig kolloziert worden ist. Die Klage richtet sich nicht gegen diese Kollokation, sondern geht auf Rückgewähr von Aktivvermögen des Schuldners, worüber im Kollokationsverfahren nicht zu befinden war (BGE 33 II 686). Je nach dem Ausgang des Prozesses wird für die Verteilung des Erlöses die eine oder die andere der von vornherein die verschiedenen Möglichkeiten dieser Entscheidung berücksichtigenden Kollokationen massgebend sein.

3. — Art. 287 Ziff. 2 SchKG kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht Anwendung finden. Schon nach dem Vertrage vom 28. April 1933 sollte der Beklagte als Entgelt für seine Zahlungen den Geflügelbestand mit Vorräten übernehmen. Diese Übertragung von Sachen stellte somit die normale Art der Vertragserfüllung durch Hoesli dar. Es handelt sich keineswegs um den Ersatz für eine eigentlich zu erfüllende Geldschuld.

4. — Gemäss Art. 286 Ziff. 1 SchKG ist die Übertragung des Geflügelbestandes mit Vorräten an den Beklagten anfechtbar, wenn diese Leistung des Schuldners zu den

vom Beklagten geleisteten Fr. 15,500.— in einem Missverhältnis steht, d. h. einen beträchtlich höhern Wert aufweist. Die von der Vorinstanz mittels Expertise vorgenommene Bewertung fusst auf der Annahme, der Beklagte habe entgegen seiner Bestreitung ungefähr 15,000 Hühner erhalten. Die erste Instanz hatte die Akten dahin gewürdigt, es lasse sich nicht nachweisen, dass dem Beklagten mehr als die von ihm anerkannten 8,200 Stück übertragen worden seien. Das Obergericht stellte demgegenüber ohne Beweisführung auf die im Verträge angegebenen ca. 15,000 Stück ab, mit der Begründung, der Beklagte habe es im Juni 1933 unterlassen, inbezug auf die Stückzahl eine Mängelrüge anzubringen, daher könne er mit seiner Bestreitung nun im Anfechtungsprozesse nicht mehr gehört werden. Diese Auffassung geht fehl. Sollte auch der Beklagte einen Anspruch auf Nachleistung oder auf Rückgängigmachung des Vertrages verwirkt haben, so kann doch als Gegenstand einer Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG nur in Betracht fallen, was tatsächlich aus dem Vermögen des Schuldners auf ihn übergegangen war. Die Kläger haben das Mass der anfechtbaren Vermögensentäusserung zu beweisen, und der Beklagte ist zum Gegenbeweis zuzulassen. Die vertragliche Bezifferung des Geflügelbestandes und das Verhalten des Beklagten nach Pachtantritt kann hiebei nur als ein Beweiselement in Betracht kommen, im Rahmen der gesamten weitem Akten. Gerade wenn der Beklagte nach Vertrag wesentlich mehr erhalten sollte, als was er selbst zu leisten hatte, dürfte aus dem Unterbleiben einer Beanstandung kaum mehr als ein Indiz dafür hergeleitet werden, dass er den Geflügelbestand, wenn auch allenfalls nicht für vertragsgemäss, so doch als zu seiner Deckung vermutlich genügend erachtet habe. Es ist indessen nicht Sache des Bundesgerichtes, diese Beweisfrage zu entscheiden und zu den vom Bezirksgericht namentlich gewürdigten Aussagen des Geflügelwartes Hobi sowie zum übrigen Beweismittel

Stellung zu nehmen. Das obergerichtliche Urteil ist aufzuheben und die Angelegenheit zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.

5. — Je nach dem Ergebnis dieser Beweiswürdigung (und allfälligen Beweisergänzung) wird sich bei entsprechender Anwendung der vom Experten Kleb entwickelten Berechnungsart ein Missverhältnis zu den Zahlungen von Fr. 15,500.— herausstellen oder nicht. Liegt ein Missverhältnis nicht vor, so entfällt die Grundlage einer Anfechtung nach Art. 286 SchKG. Art. 288 trifft solchenfalls auch nicht zu. Gleichgültig ob die bedrängte Lage des Schuldners dem Vertragspartner bekannt ist, kennzeichnet sich der Austausch gleichwertiger Leistungen in der Regel nicht als anfechtbar, es wäre denn damit zu rechnen, dass die dem Schuldner zukommende Leistung ihrerseits in einer seinen Gläubigern nachteiligen Weise verwendet werde (BGE 53 III 78). Dafür lag jedoch hier beim Abschluss und Vollzug der in Frage stehenden Verträge nichts vor.

Ergibt sich jedoch ein Missverhältnis, so ist bei der soeben geschilderten Sachlage als anfechtbare Leistung des Schuldners nur der Mehrwert zu verstehen, um den diese Leistung den vom Beklagten bezahlten Preis von Fr. 15,500.— übersteigt. Es fragt sich, ob Art. 286 Ziff. 1 SchKG nicht von vornherein nur diesen Mehrwert in Betracht ziehen will. Das wurde in BGE 53 III 42/3 offen gelassen und ist auch hier nicht grundsätzlich zu entscheiden. Jedenfalls dann fällt nur der erwähnte Mehrwert als Gegenstand allfälliger Rückgewähr in Betracht, wenn der Beklagte, wie hier nach dem Ausgeführten, davon ausgehen durfte, dass seine eigene Leistung bis zu ihrem vollen Wertbetrag nicht nur dem Schuldner selbst, sondern auch dessen Gläubigern vollwertigen Ersatz biete, d. h. nicht in einer ihnen nachteiligen Art verwendet werde. In diesem Falle kann der Beklagte seine eigene Leistung zur Verrechnung bringen bzw., bei Rückgewähr einer unteilbaren Sachleistung,

volle Vergütung der von ihm erbrachten Leistung verlangen. Hier kommt nur Verrechnung in Frage, da die dem Beklagten verkauften und gelieferten Sachen nicht mehr vorhanden sind, so dass auch die allfällige Rückgewähr nur durch Geldleistung vollzogen werden kann.

Auch bei Anwendung von Art. 288, auf Grund der Feststellung des Obergerichts, die Überschuldung Hoeslis sei dem Beklagten bekannt gewesen, ist diesem bei einer Rückgewähr der Abzug seiner Zahlungen von Fr. 15,500.— zuzubilligen. Es handelt sich keineswegs um Darlehen, die nachträglich, durch ein anfechtbares Tilgungsgeschäft, in Preiszahlungen umgewandelt worden wären, so dass der Beklagte die ganze Tilgungsumvaluta zurückgewähren müsste und auf eine Konkursforderung aus dem ursprünglichen Darlehensgeschäft angewiesen bliebe (Art. 291 Abs. 2 SchKG). Vielmehr hat der Beklagte die Zahlungen von vornherein als Preisvorschüsse auf Grund eines Kaufvertrages geleistet, wogegen der Vertragsgegner ihm eben den Geflügelbestand mit Vorräten zu übereignen hatte. Dieses Geschäft kann nur als einheitliches Kaufgeschäft, so wie es abgeschlossen und vollzogen wurde, beurteilt werden. Freilich fragt sich noch, ob die Zahlungen des Beklagten nicht als Gegenleistungen unter Art. 291 Abs. 1 SchKG fallen, wobei deren Abzug nur im Umfang der in der Konkursmasse vorhandenen Bereicherung zulässig wäre. Allein auch dies ist zu verneinen. Eine gleichwertige Gegenleistung schliesst, wie dargetan, in der Regel die Anfechtbarkeit einer Entäusserung von Schuldnervermögen aus. Entsprechend dieser Ausnahme von den gesetzlichen Anfechtungstatbeständen ist eine Ausnahme von der Anwendung des Art. 291 Abs. 1 anzuerkennen, falls die Anfechtung, wie hier, eben nur bei Ungleichheit der Leistungen begründet ist. Trifft dies zu, so muss sich der Anstand durch blosser Nachleistung der Wertdifferenz beheben lassen, und bei Rückgewähr einer unteilbaren Sachleistung hat der Beklagte Anspruch auf volle Vergütung seiner eigenen Leistung.

6. — Da Anfechtungsansprüche erst nach Eröffnung des Konkurses geltend gemacht werden können, der Erwerber also bis dahin im unangefochtenen Besitz der erhaltenen Vermögenswerte ist, trägt er grundsätzlich nicht die Gefahr einer in dieser Zwischenzeit eingetretenen Wertverminderung (BGE 50 III 150). Entsprechendes gilt für die Tragung der Gefahr eines Unterganges. Hier sind nun vom Monat Juni 1933 an 3,000 Hühner in der dem Beklagten übergebenen Farm der Pullorum-Seuche zum Opfer gefallen. Deren vom Experten berücksichtigter Wert von Fr. 7,800.— ist von der allenfalls durch den Beklagten zurückzugewährenden Summe abzuziehen. Es ist nicht dargetan, dass dieser Untergang eines Teils der Kaufgegenstände einem fehlerhaften Verhalten des Beklagten zuzuschreiben wäre. Vielmehr blieb ja die Leitung der Farm im Juni 1933, als die Seuche am stärksten ausbrach, in Händen Hoeslis, und der Beklagte behielt auch den Geflügelwart Hobi in seinem Dienste, so dass anzunehmen ist, der Schaden wäre in gleicher Weise auch ohne den Verkauf an den Beklagten entstanden. Sollte sich ergeben, dass die erwähnten 3,000 Hühner schon bei der Übergabe an den Beklagten mit der Seuche behaftet, also non-valeurs waren, so wäre der für sie berechnete Wert schon bei der Vergleichung der gegenseitigen Leistungen auszuschalten.

.....

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufungen der Kläger werden abgewiesen, dagegen wird die Berufung der Beklagtschaft in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 15. Juni 1938 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurückgewiesen wird.