

16. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Mai 1948 i. S. R. Holliger & Cie A.-G. gegen Kibag A.-G. und Mitbeteiligte.

1. Nach Art. 287 Z. 2 SchKG anfechtbar sind auch Zuwendungen Dritter, sofern sie mit Zustimmung des Schuldners und auf dessen Kosten erfolgen, dagegen nicht, wenn der Dritte zu eigenen Lasten interveniert, gleichgültig ob er einen künftigen Ersatz aus dem Vermögen des Schuldners anstrebt. Aber selbst im erstern Fall ist die Anfechtung ausgeschlossen, falls der Empfänger die Zuwendung in guten Treuen als zu Lasten des leistenden Dritten gehend betrachten durfte. Erw. 7-9.

Als übliches Zahlungsmittel eines Bauunternehmers für Materialbezüge hat keinesfalls ein samt der Liegenschaft übertragener Eigentümerschuldbrief (Inhaberschuldbrief auf eigener Liegenschaft) zu gelten. Erw. 6.

2. Wann ist die Sache an die kantonale Instanz zurückzuweisen Art. 64² OG abweichend von Art. 82² des alten OG) ? Erw. 10.

1. Les attributions des tiers sont révocables en vertu de l'art. 287 ch. 2 LP lorsqu'elles ont été opérées avec l'assentiment du débiteur et à ses frais ; elles ne le sont pas si l'attribuant a pris l'attribution à sa charge, alors même qu'il compterait obtenir ultérieurement une compensation de la part du débiteur. La révocation est toutefois exclue même dans le premier cas si le bénéficiaire de l'attribution pouvait admettre de bonne foi que l'attribution était faite aux frais de l'attribuant (consid. 7-9).

Une cédula hypothécaire créée au nom du propriétaire et transférée avec l'immeuble ne saurait en aucun cas constituer un mode usuel de paiement du matériel livré à l'entrepreneur (consid. 6).

2. Quand y a-t-il lieu de renvoyer la cause devant la juridiction cantonale (art. 64 al. 2 OJ par opposition à l'art. 82 al. 2 anc. OJ) ? Consid. 10.

1. Le prestazioni di terzi sono rinvocabili a norma dell'art. 287 cifra 2 LEP quando sono state fatte con il consenso del debitore e a sue spese ; esse non lo sono se il terzo ha assunto le prestazioni a suo carico, quand'anche faccia assegnamento su di una compensazione ulteriore da parte del debitore. La rinvocazione è tuttavia esclusa anche nel primo caso se il beneficiario poteva ammettere in buona fede che la prestazione era fatta a spese del terzo (consid. 7-9).

Una cartella ipotecaria creata al nome del proprietario e trasferita con l'immobile non costituisce in nessun caso un mezzo usuale di pagamento del materiale fornito all'imprenditore (consid. 6).

2. Quando occorre rimandare la causa all'autorità cantonale (art. 64 cp. 2 OG, dissimile dall'art. 82 cp. 2 OG abrog.) ? Consid. 10.

Aus dem Tatbestand :

Franz Kunz, der ein Baugeschäft betrieb, geriet immer mehr in finanzielle Schwierigkeiten und musste sich am

20. Juli 1945 als zahlungsunfähig erklären. Die Beklagte, R. Holliger & C^{ie} A.-G., eine seiner Baumateriallieferanten, hatte ihn seit etwa Mitte 1944 wiederholt zur Zahlung längst fälliger Rückstände gemahnt. Im Januar 1945 betrieb sie ihn bis zur Konkursandrohung für ungesicherte Forderungen von Fr. 14,257.10 (neben gleichfalls in Betreuung gesetzten faustpfandgesicherten Forderungen von Fr. 12,000.—). Kunz überliess die Führung seines Geschäftes seit anfangs 1945 weitgehend dem Schreinermeister Ott, der für ihn eingesprungen war, um die Lohnzahlungen zu ermöglichen. Ott hielt dafür, die finanziellen Verhältnisse des Kunz lassen sich durch Überbauung von dessen Parzelle in Herrliberg verbessern, für die wegen der Wohnungsnot eine Baubewilligung zu intensiver Ausnutzung in Aussicht stand. Auf dieser bereits mit zwei Schuldbriefen von insgesamt Fr. 18,400.— belasteten Parzelle wurde am 14. Februar 1945 ein dritter von Fr. 10,000.— zur Sicherstellung Otts für seine allfällige Intervention beim Materialkauf für den geplanten Neubau errichtet.

Noch bevor der neue Schuldbrief gemäss Art. 857 Abs. 2 ZGB mitunterzeichnet war, wurde dann aber mit der Beklagten abgemacht, sie werde die Baumaterialien für den Neubau auf Kredit liefern gegen Ueberlassung der Bauparzelle samt dem neuen Schuldbriefe zu Eigentum. Am 20. Februar 1945 trat die Beklagte dem als Eigentümer dieses Schuldbriefes auftretenden Ott einen Teilbetrag von Fr. 10,000.— ihrer verfallenen Forderungen an Kunz ab. In dem zwei Tage später öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über die Liegenschaft zum Preise von Fr. 30,400.— wurde dementsprechend erklärt, der bisherige Eigentümer des Schuldbriefs im 3. Range, Ott, habe diesen der Beklagten zu Eigentum abgetreten, und das Grundbuchamt werde zur Aushändigung des Titels an sie ermächtigt. Die Kaufpreisrestanz von Fr. 2,000.— wurde mit Forderungen der Beklagten an Kunz verrechnet.

Mit dem Neubau konnte aber gar nicht begonnen werden. Kunz musste um eine Notstundung einkommen und geriet im Juli 1945 in Konkurs. Die Beklagte verkaufte die Parzelle ein Jahr später für Fr. 32,000.—.

Auf Grund einer Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG belangten einige Konkursgläubiger die Beklagte unter Anfechtung der im Februar 1945 an diese erfolgten Veräusserungen auf Zahlung von Fr. 11,371.90 mit Zins seit 22. Februar 1945. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab, das Obergericht des Standes Zürich hiess sie am 4. Februar 1948 in Anwendung von Art. 287 Z. 2 SchKG gut. Mit der vorliegenden Berufung hält die Beklagte am Antrag auf Klagabweisung fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

(1. bis 5: Prozessuale Bemerkungen. Sodann wird dem Obergericht darin beigestimmt, dass die Veräusserung der Liegenschaft, soweit der Kaufpreis mit alten Forderungen der Beklagten zu verrechnen war, eine verschleierte Hingabe an Zahlungsstatt darstellt: BGE 36 II 623 = Sep.-Ausg. 8 S. 309; 43 III 77, 57 III 144. Die Anfechtung nach Art. 287 Z. 2 SchKG ist begründet, da der Schuldner im Februar 1945 bereits stark überschuldet war und die Beklagte nach den mit ihm gemachten Erfahrungen eine solche Zuwendung auf Rechnung ihrer Forderungen nicht arglos annehmen konnte, also den Entlastungsbeweis nach Art. 287 Abs. 2 nicht zu erbringen vermog. Von dem ihr übereigneten Schuldbrief von Fr. 10,000.— abgesehen, geht auf Rechnung alter Forderungen ein Betrag von Fr. 1,371.90.)

6. — Für die Schuldbriefübertragung gilt dasselbe, sofern die Beklagte diesen Vermögenswert gleichfalls als ihr aus dem Vermögen des Schuldners zugewendet gelten lassen muss. Solchenfalls lässt sich nicht etwa einwenden, ein Schuldbrief stelle ein nicht unter die erwähnte Vorschrift fallendes übliches Zahlungsmittel eines Bauunternehmers für Schulden aus Materialbezügen dar (was als

Tatfrage gemäss den am betreffenden Ort in den betreffenden Gewerbekreisen herrschenden Gepflogenheiten von den kantonalen Gerichten zu beurteilen wäre). Vielmehr hätte man es mit einem Eigentümerschuldbrief (Inhaberschuldbrief auf eigener Liegenschaft) zu tun, der, wenn mit der Liegenschaft veräussert, einfach einen Teilwert derselben darstellen würde. Bei diesem Sachverhalt wäre wirtschaftlich als der Beklagten zugewendetes Gut des Schuldners lediglich die Liegenschaft (einschliesslich des im Schuldbrief verkörperten Teilwertes) zu betrachten, auch wenn man, der Kreationstheorie folgend, den Schuldbrief in der Hand des Liegenschaftseigentümers bereits als reales Vermögensstück gelten lassen wollte. Denn für den Erwerber käme es auf dasselbe hinaus, wenn der Schuldbrief nicht existierte und er seine alten Forderungen mit einem dementsprechend höhern Betrag der Kaufpreisrestanz für die Liegenschaft verrechnen könnte. Auch bliebe ihm ja in diesem Falle unbenommen, nach Erwerb der Liegenschaft selber einen solchen Schuldbrief darauf zu errichten, wenn er es wünschte.

7. — Das Obergericht stellt rechtlich einwandfrei fest, dass der in Frage stehende Schuldbrief in Wirklichkeit Eigentum des Schuldners war. Ott hatte sich daran nur ein Faustpfandrecht für künftige Kreditgewährung einräumen lassen und darauf verzichtet, eben weil die Beklagte sich bereit fand, für den Bau in Herrliberg Material auf Kredit zu liefern, sofern ihr die Bauliegenschaft samt diesem erst gerade errichteten Schuldbrief übereignet werde. Ott trat freilich der Beklagten gegenüber als Eigentümer des Schuldbriefes auf, und damit stimmen die bezüglichen Angaben des Kaufvertrages überein. Trotzdem lag aber «objektiv» eine Zuwendung von Schuldnervermögen vor. Unter Art. 287 SchKG fallen auch mittelbare Zuwendungen, d.h. solche, die ein Dritter in eigenem Namen, aber mit dem Willen des Schuldners (zufolge Ermächtigung oder Auftrages) und eben auf dessen Kosten vornimmt. Dabei ist nicht einmal notwendig,

dass über *Eigentum* des Schuldners verfügt werde. Auch wenn der Schuldner dem Anfechtungsgegner auf Grund bloss *obligatorischer Ansprüche* (Guthaben) eine Leistung verschafft, die eigentlich ihm selbst zukäme und durch deren Preisgabe die Exekutivrechte seiner Gläubiger beeinträchtigt werden, hat man es mit einer (beim Vorliegen der nähern Voraussetzungen) nach Art. 287 SchKG anfechtbaren Zuwendung zu tun. Die in BGE 53 III 177 offen gelassene Frage, ob auch eine mittelbar durch Ermächtigung oder Auftrag des Schuldners erfolgte Zuwendung auf seine Kosten unter Art. 287 SchKG falle, ist somit grundsätzlich zu bejahen. Von einer solchen den Aktivbestand des Schuldnervermögens berührenden Zuwendung unterscheidet sich die Intervention eines Dritten auf eigene Kosten, und wäre es auch unter Eintritt in die Rechte des von ihm befriedigten Gläubigers; denn dieser Eintritt bewirkt nur einen Wechsel in der Person des Gläubigers, während das Aktivvermögen des Schuldners weder vermindert noch belastet wird. Hier indessen liegt nach den Feststellungen eine Zuwendung von Schuldnervermögen an die Beklagte vor, indem mit Willen des Schuldners mindestens ein persönlicher Anspruch desselben auf Rückgabe des Schuldbriefes (bei Annahme fiduziarischen Eigentums des Ott) zugunsten der Beklagten preisgegeben wurde.

8. — Dem Obergericht ist dagegen nicht zu folgen in der Annahme, der « objektive » Anfechtungstatbestand rechtfertige die Anfechtung ohne Rücksicht darauf, ob die Beklagte den Schuldbrief als eine auf Kosten Otts gehende Zuwendung betrachtete. Freilich sieht Art. 287 SchKG objektive Anfechtungstatbestände vor, bei denen nichts darauf ankommt, ob der Schuldner in der Absicht handle, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne derselben zum Nachteil der andern zu begünstigen. Diese Anfechtung greift Platz, sofern nur der Schuldner tatsächlich (bereits) überschuldet war (sei es auch, ohne es zu wissen). Den subjektiven Verhältnissen auf Seite des

Empfängers der Zuwendung trägt Art. 287 nur in Abs. 2 Rechnung, indem er ihm den Entlastungsbeweis der Unkenntnis der Überschuldung einräumt (der nach dem Gesagten hier gescheitert ist). Allein Art. 287 geht ausdrücklich von Rechtshandlungen des Schuldners aus. Den Fall, dass eine mittelbare Zuwendung dem Empfänger gar nicht als aus dem Schuldnervermögen kommend in Erscheinung tritt, scheint die Vorschrift nicht ins Auge zu fassen. Sie enthält somit in dieser Hinsicht eine Lücke. Diese ist sachentsprechend dahin auszufüllen, dass die Rückgewährspflicht zu verneinen ist, wenn der Empfänger einer solchen zur Tilgung oder Sicherstellung seiner Forderungen dienenden Leistung keine Veranlassung hatte, damit zu rechnen, dass über Eigentum oder Guthaben des Schuldners zu seinen Gunsten verfügt werde. Die Gläubigeranfechtung läuft, ohne den zivilrechtlichen Erwerb als solchen in Frage zu stellen, auf den Entzug eines an sich gültig erworbenen Rechtes hinaus, indem die betreffenden Güter oder deren Wertbeträge zurückzugewähren sind und dem Anfechtungsgegner demzufolge in der Zwangsverwertung gegen den Schuldner verloren gehen (weshalb die Anfechtungsklage etwa als vollstreckungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse bezeichnet wird; vergl. *Blumenstein*, Handbuch, 857). Nun lässt das schweizerische Recht Verwirkungsfolgen gewöhnlich nur dann eintreten, wenn den betreffenden Rechtsträger eine Verantwortung für den Tatbestand des Verwirkungsgrundes trifft (vergl. besonders Art. 571 Abs. 2 ZGB, wonach ein Erbe bei Einmischung die Ausschlagungsbefugnis von Rechts wegen verwirkt, jedoch, wie neulich entschieden wurde, nur, wenn ihm die Zugehörigkeit der betreffenden Sache zur Erbschaft bekannt war: BGE 70 II 206). Auch der im Sinne von Art. 287 SchKG von einem Dritten befriedigte oder sichergestellte Gläubiger verdient nicht, dem Verlust des so erworbenen Rechtes ausgesetzt zu werden, wenn er die Zuwendung als auf

Kosten des zuwendenden Dritten gehend entgegennahm und in guten Treuen so entgegennehmen durfte. Es kann dahingestellt bleiben, ob solche Rücksichtnahme auch bei unentgeltlichen Zuwendungen im Sinne von Art. 286 SchKG am Platze sei. Bei Zuwendungen an einen Gläubiger im Sinne von Art. 287 ist sie ein Gebot der Billigkeit, dem füglich Geltung zu verschaffen ist. Die strengere Auslegung von § 30 der deutschen Konkursordnung laut dem Kommentar von *Ernst Jaeger* (Anmerkung 32: «... Ob C beim Empfange wusste oder wissen musste, dass ihm die Werte auf Kosten des nachmaligen Gemeinschuldners zugeführt wurden, davon hängt die Anfechtbarkeit des § 30 nicht ab») ist hier nicht zu erörtern. Es mag nur bemerkt werden, dass die Anfechtungsvoraussetzungen nach der erwähnten deutschen Vorschrift in verschiedener Hinsicht von denen nach Art. 287 SchKG abweichen. Namentlich geht § 30 der deutschen Konkursordnung von einer bereits erfolgten Zahlungseinstellung oder einem bereits gestellten Antrag auf Konkursöffnung aus (ähnlich Art. 446 und 447 des französischen Code de commerce).

9. — Das Obergericht befasst sich mit der subjektiven Seite des Anfechtungstatbestandes in eventuellem Sinne wie folgt: «Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte auch bei der Annahme, dass Ott tatsächlich Eigentümer des Schuldbriefes sei, sich doch sagen musste, dass Ott nicht ein derart bedeutendes persönliches Opfer für Kunz erbringen werde, dass er vielmehr auf Grund seiner praktisch unbeschränkten Befugnisse in der Firma Kunz sich anderweitig schadlos halten werde, dass die Transaktion letzten Endes doch zu Lasten des Schuldners und nicht des Ott sich auswirken werde. Sie durfte nicht einfach das Bestehen altruistischer Motive auf Seiten des Geschäftsmannes Ott voraussetzen. M. a. W. die Beklagte konnte ernstlich gar nicht in gutem Glauben sein — angesichts aller Verumständungen —, dass die Übertragung des Schuldbriefes das Schuldnervermögen nicht

tangieren werde.» Diese Ausführungen gehen jedoch am wesentlichen vorbei. Es kommt nur darauf an, ob die Beklagte damit rechnen musste, dass Ott ihr den Schuldbrief aus Ermächtigung oder Auftrag des Schuldners und auf dessen Kosten übertrage, d.h. auf Grund eines (durch diese Uebertragung zu ihren Gunsten preisgegebenen) Eigentumsrechtes oder persönlichen Anspruchs des Schuldners. Ging sie aber von einer Intervention Otts auf dessen eigene Kosten aus, und nahm sie den Schuldbrief in guten Treuen in diesem Sinne entgegen, so brauchte sie sich keine Gedanken darüber zu machen, ob Ott in der Folgezeit lediglich Rückgriff auf den Schuldner nehmen werde (wozu er sich auf die ihm von der Beklagten ausgestellte Forderungsabtretung stützen konnte) oder irgendwie für Realersatz besorgt sein werde. Dass er sich solchen kurzerhand auf Grund der ihm in der Firma Kunz eingeräumten Befugnisse selber beschaffen könne, war übrigens angesichts des Verbotes des Kontrahierens mit sich selbst nicht ohne weiteres anzunehmen (BGE 39 II 566, 50 II 183, 57 II 560, 63 II 174). Aber auch wenn die Beklagte sich vorgestellt haben sollte, Ott werde Kunz leicht zu entsprechenden Verfügungen zu bewegen wissen, wären damit neue Rechtshandlungen des Schuldners erwogen worden, die dem Rechtserwerbe der Beklagten nachgefolgt, nicht ihm bereits zugrunde gelegen wären.

10. — Indessen hat das Obergericht nicht etwa verneint, sondern ungeprüft gelassen, ob die Beklagte den Schuldbrief in dem nach dem Gesagten wesentlichen Sinne in guten Treuen als unanfechtbare Zuwendung des Ott entgegengenommen habe. Zur Feststellung dieses wesentlichen subjektiven Tatbestandes muss die Sache an das Obergericht zurückgewiesen werden. Es geht nicht um nebensächliche Punkte, wobei das Bundesgericht unter Umständen die ergänzende Feststellung selber vornehmen könnte, sofern dies auf Grund der bereits vorhandenen Akten möglich wäre (Art. 64 Abs. 2 OG, wonach diese Tätigkeit dem Bundesgerichte nicht mehr in dem den

früheren Vorschriften entsprechenden Umfang obliegt, Art. 82 Abs. 2 aOG). Übrigens wird das Obergericht nach seinem Ermessen ergänzende Beweismassnahmen treffen können.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird hinsichtlich eines Teilbetrages von Fr. 1371.90 (nebst Zins) der vom Obergericht zugesprochenen Summe abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Standes Zürich vom 4. Februar 1948 insoweit bestätigt. Im übrigen wird die Berufung in dem Sinne gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückgewiesen wird.

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Poursuite et Faillite.

I. ENTSCHEIDUNGEN DER SCHULD- BETREIBUNGS- UND KONKURSKAMMER

ARRÊTS DE LA CHAMBRE DES POURSUITES ET DES FAILLITES

17. Entscheid vom 7. September 1948 i. S. Azota Gesellschaft.

Faustpfandverwertung.

Der Erlös fällt, mit Ausnahme eines Überschusses, nicht in das Schuldnervermögen und kann daher nicht für gewöhnliche Gläubiger dieses Schuldners arrestiert oder gepfändet werden, noch sind solche Gläubiger befugt, dem betreibenden Pfandgläubiger das Recht auf den Erlös in einem Widerspruchsverfahren streitig zu machen. Vorbehalten bleibt Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG. Erw. 3.

Wie verhält es sich bei einer vor der Pfandverwertung erfolgten Arrestierung oder Pfändung der Sache selbst? Erw. 1 und 2. Art. 96¹ SchKG ist in der Betreibung für Mietzinse hinsichtlich der retinierten Gegenstände sinngemäss anwendbar. Erw. 4.

Réalisation d'un gage mobilier.

Exception faite de l'excédent, le produit de la vente ne fait pas partie de la fortune du débiteur et ne peut donc pas être séquestré ou saisi en faveur des créanciers chirographaires; ceux-ci ne sont pas autorisés à contester dans une procédure de revendication le droit du créancier gagiste sur le produit de la vente. Demeure réservée l'action révocatoire des art. 285 et suiv. LP (consid. 3).

Qu'en est-il dans le cas où la chose a été séquestrée ou saisie avant sa réalisation? (consid. 1 et 2).

L'art. 96 al. 1 LP est applicable par analogie dans la poursuite pour loyers et fermages aux objets soumis au droit de rétention (consid. 4).

Realizzazione di un pegno manuale.

A prescindere dall'eccedenza, il ricavo della vendita non fa parte della sostanza del debitore e non può quindi essere sequestrato o pignorato in favore di creditori chirografari; essi non hanno la facoltà di contestare, in una procedura di rivendicazione,