

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	62 (1943)
Heft:	3
Artikel:	Die Anfechtungsklage
Autor:	Brand, Ernst
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896491

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 23.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Anfechtungsklage

Von Dr. Ernst Brand, Lausanne.

INHALT	Seite
I. Begriff, Zweck und Natur	184
II. Allgemeine Voraussetzungen	187
III. Die einzelnen Anfechtungstatbestände	190
A. Schenkungspauliana	190
B. Überschuldungspauliana	193
C. Deliktspauliana	201
IV. Der Anfechtungsprozess	209
1. Die Prozessparteien	209
a) Aktivlegitimation	209
b) Passivlegitimation	218
2. Prozessrechtliche Normen	221
a) Gerichtsstand	221
b) Verfahren	222
c) Beweisvorschriften	223
d) Streitwert	228
e) Befristung	229
3. Inhalt und Wirkungen des Urteils	231

LITERATUR:

Baudat Maurice: *L'action révocatoire du droit suisse*, Diss., Lausanne 1911.

Birchler L.: Zur Frage der Anfechtbarkeit von Pfandbestellungen nach Art. 288 SchKG (Deliktspauliana), in SJZ 22, 1 ff., 1925.

Blumenstein Ernst: *Handbuch des Schweizerischen Schuld-betreibungsrechtes*, 1911.

- Anfechtungstatbestände der neuen Zivilgesetzgebung in ihrer betreibungsrechtlichen und prozessualen Bedeutung, in ZbJV 50, 233 ff., 289 ff., 1914.
- Die Zwangsvollstreckung für öffentlich-rechtliche Geldforderungen nach schweizerischem Recht, in Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Bern an das Schweizerische Bundesgericht zur Feier seines 50jährigen Bestehens, 1924.

- Bonzanigo Rodolfo: L'azione Pauliana nel diritto federale svizzero, in Repertorio di Giurisprudenza Patria, XIII 1 ff., 1893.
- Bosshardt O.: Der Gläubigerschutz bei Veränderung und Auflösung des Güterstandes, Diss., Zürich 1927.
- Brand Ernst: Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach dem Bundesgesetz über Schuld betreibung und Konkurs, Diss., Bern 1902, ebenfalls veröffentlicht im Archiv für Schuld betreibung und Konkurs Bd. 6. Vgl. auch Schweiz. Jurist. Kartothek, Karten Nr. 742/3.
- Brühlmann Walter: Die Stellung des Begünstigten beim Lebensversicherungsvertrage nach dem neuen schweizerischen Rechte, in ZSR, n. F. 29, 35 ff., 1910.
- Fenkart Jos.: Die Betrugspauliana, in ZbJV 61, 401 ff., 1925.
- Göschke R.: Die Anfechtungsklage bei güterrechtlicher Aus einandersetzung, in SJZ 34, 273 ff., 1938.
- Haab R.: Einige Fragen aus dem Grundbuchrechte, in ZbJV 61, 297 ff., 1925.
- Hangartner Walter: Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung ihrer Entwicklung in den letzten zwei Dezennien, Diss., Zürich 1929.
- Jaeger C.: Kommentar zum BG betreffend Schuld betreibung und Konkurs, III. Aufl., 2 Bände, 1911, mit 5 Ergänzungen, Praxis 1915, 1921, 1927, 1934, 1940, die letzte von Martha Daeniker-Schlumpf bearbeitet.
- König Hans: Die Anfechtungsklage und die Lebensversicherungsverträge zugunsten Dritter, in ZbJV 42, 113 ff., 233 ff., 1906.
- Meili F.: Lehrbuch des internationalen Konkursrechts, 1909.
- Miller Oscar: Lebensversicherung und Gläubiger nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss., Bern 1914.
- Reichel Alexander: Einige Fragen aus dem Gebiete der Anfechtungsklage, in ZbJV 30, 608 ff., 1894.
- Kommentar zum Bundesgesetz über Schuld betreibung und Konkurs, II. Auflage des Kommentars von Weber und Brüstlein, 1901.
- Rossel Virgile: A propos de l'action révocatoire, in JdT 43, 289 ff., 1895.
- Trott J.: Über die Sicherung der Erbschaftsgläubiger und der Erbengläubiger nach dem schweizerischen ZGB, in ZSR n. F. 32, 360 ff., 1913.
- Vischer Felix: Lebensversicherung und Gläubiger nach dem Tode des Versicherungsnehmers, in ZSR n. F. 35, 52 ff., 1916.

I. Begriff, Zweck und Natur.

Die „Anfechtung“ ist ein dem OR und dem ZGB wohlbekannter Rechtsbehelf. Sie dient vorwiegend der Verhütung oder der Aufhebung vermögensrechtlicher Nachteile, die als Folge eines Rechtsaktes eintreten können oder eingetreten sind. Zur Anfechtung berechtigt ist in erster Linie eine in ihren Rechten verletzte Partei, manchmal auch ein Dritter, der am Rechtsakt nicht teilgenommen hat, aber durch ihn berührt wird. Beispiele zivilrechtlicher Anfechtungen enthalten: Art. 230, 525, 706, 891 OR, Art. 75, 82, 479, 494, 578, 638 ZGB.

Ferner ist die Anfechtung von Rechtsakten mit familienrechtlicher Auswirkung vorgesehen, wenn sie der öffentlichen Ordnung widersprechen. Hierher gehören die Fälle der Art. 123/6, 128, 253, 256/7, 262, 306 ZGB.

Neben diesen Anfechtungen des Privatrechts gibt es die Anfechtungsklage des SchKG, die als ein Mittel des Gläubigerschutzes eingeführt und in den Art. 285—292 einheitlich für die ganze Schweiz geordnet worden ist. Sie geht nach ihrem Wesen und praktischen Ziel auf das römische Recht zurück und wird daher häufig als *actio Pauliana* (paulianische Klage) bezeichnet. Art. 285 bestimmt, dass die Anfechtungsklage im juristisch-technischen Sinn „zum Zwecke hat, die in den Art. 286—288 erwähnten Rechtshandlungen ungültig erklären zu lassen“. Dieser Zweck wird in Art. 291 dahin erläutert und zugleich eingeschränkt: „Wer durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erworben hat, ist zur Rückgabe desselben verpflichtet“.

Doktrin und Praxis stimmen heute darin überein, dass der Wortlaut des Gesetzes über dessen Sinn hinausgeht, da eine erfolgreiche Anfechtungsklage keine Ungültigkeit zur Folge hat, weder eine absolute noch eine relative. „Ziel der Anfechtungsklage ist nur, dem Anfechtungskläger den Zugriff auf das vom Schuldner in anfechtbarer Weise

veräusserte Vermögen zu verschaffen“¹⁾). Die Anfechtungsklage hat keine dingliche, sondern nur eine persönliche Wirkung. Sie richtet sich nicht gegen die Gültigkeit eines rechtsbegründenden oder -übertragenden Aktes, sondern lediglich gegen dessen Rechtswirksamkeit unter bestimmten Voraussetzungen. Das anfechtbar erworbene Recht tritt hinter den Anfechtungsanspruch bis zu dessen Befriedigung zurück; aber es besteht fort. „Die Folge des Anfechtungsurteils ist nur die Feststellung, dass die von der Ehefrau erworbenen Vermögensgegenstände mit Beschlagsrechten gegen den Ehemann belastet werden können, weil der Erwerb durch die Ehefrau paulianisch anfechtbar war, und dass demnach die Kaufsobjekte durch Realisierung dieser Beschlagsrechte zwangsweise verwertet werden können.“²⁾

Nach schweizerischem Recht hat der Anfechtungsanspruch sowohl ausserhalb des Konkurses als auch im Konkurse den gleichen rein persönlichen Inhalt. Eine Konsequenz davon ist, dass ein anfechtbar begründetes dingliches Recht an einem Grundstück (Eigentum, Dienstbarkeit — z. B. Nutzniesung oder Wohnrecht —) im Grundbuch nicht zu löschen ist. Ein obsiegliches Urteil gibt dem Anfechtungskläger einen „vollziehbaren Anspruch“ im Sinne des Art. 73 der GrdBV vom 22. Februar 1910, der zur Sicherung des Exekutionsrechtes als Verfügungsbeschränkung (Art. 960 ZGB) im Grundbuch vormerkt werden darf³⁾.

¹⁾ BGE 67 III 174; ähnlich schon BGE 24 II 925, 26 II 214 — hier allerdings noch unter gleichzeitiger Annahme einer relativen Ungültigkeit —, 27 II 293, sowie sehr bestimmt in mehreren späteren Urteilen, z. B. BGE 39 II 377 Erw. 6, 44 III 5 Erw. 2, 45 III 182 Erw. 1, 47 III 92 f. Erw. 1, 52 III 10/11, 53 III 215 f. Erw. 1; ebenso im wesentlichen in der Doktrin: Reichel Kommentar Art. 285 N. 7, Brand 254 ff., Blumenstein, Handbuch 856 und in ZbJV 236, Jaeger Art. 285 N. 1 A, Art. 291 N. 2 A, Baudat 159 ff., Hangartner 61 ff.

²⁾ BGE 44 III 5.

³⁾ Vgl. dazu Brand 262 ff., Baudat 211 ff., Jaeger, Komm.

Eine anfechtbar erworbene bewegliche Sache verbleibt im Eigentum des Besitzers, von dem vermutet wird, dass er ihr Eigentümer sei (Art. 930 ZGB).

Aus dem Wesen des Anfechtungsrechtes folgt ferner, dass es keine Vindikationsbefugnis in sich schliesst, und dass in einem Konkurse des Anfechtungsgegners der Anfechtungsanspruch nur als Konkursforderung, nicht als Aussonderungsanspruch geltend gemacht werden kann⁴⁾.

Die Anfechtungsklage ist akzessorischer und subsidiärer Natur: sie gehört dem Betreibungs- und Konkursverfahren an und setzt Zwangsvollstreckungsrechte voraus, die nicht befriedigt sind. „Wenn sich ergibt — was nicht unmöglich ist und sich schon oft ereignet hat —, dass der Schuldner trotz dem gültigen Verlustschein oder der Konkurseröffnung nicht mehr zahlungsunfähig ist oder es nie gewesen war, indem der Wert seines Vermögens oder der Konkursmasse zur Deckung seiner Verlustscheins- oder Konkursgläubiger vollauf genügt, so hat die Anhebung oder Weiterführung der Anfechtungsklage keinen Sinn; die Gläubiger, zu deren Deckung die Anfechtungsklage dient, sind keinerlei Nachteilen mehr ausgesetzt.“⁵⁾

Die Anfechtungsklage kann jederzeit dadurch abgewendet werden, dass der durch eine anfechtbare Handlung verursachte Nachteil im vollen Umfang ersetzt wird⁶⁾.

Kurz zusammengefasst kann die Anfechtungsklage dahin charakterisiert werden, dass sie den zu Verlust gekommenen Gläubigern unter bestimmten Voraussetzungen die Befugnis gibt, die Zwangsvollstreckung in ein aus dem Vermögen ihres Schuldners ausgeschiedenes verwertbares Objekt so zu betreiben, wie wenn es noch Eigentum ihres Schuldners wäre.

und Praxis IV Art. 291 N. 2 B a, Haab 306 ff., BGE 47 III 92, 55 III 169, 63 III 31 f.

⁴⁾ BGE 45 III 222 Erw. 4, Brand 265, Baudat 170, Jaeger Art. 197 N. 4 A, Art. 200 N. 2, Art. 211 N. 1 p. 84, Art. 291 N. 2 A, Hangartner 66/7; a. A. Blumenstein, Handbuch 870/1.

⁵⁾ BGE 53 III 216.

⁶⁾ BGE 26 II 214, Brand 264, Jaeger Art. 291 N. 2 B b.

II. Allgemeine Voraussetzungen.

1. Das Gesetz hat drei Gruppen von anfechtbaren Tatbeständen geschaffen, die herkömmlich nach einem jeder Gruppe eigenen Begriffsmerkmal als Schenkungspauliana (Art. 286), Überschuldungspauliana (287) und Deliktpauliana (288) bezeichnet werden.

Gemeinsame Voraussetzungen für die Entstehung eines Anfechtungsrechtes sind, dass ein Schuldner eine Rechtshandlung vorgenommen hat, die sein Vermögen nachteilig beeinflusst hat⁷⁾, und dass er nachher entweder fruchtlos ausgepfändet worden ist oder den Konkurs über sich ergehen lassen musste. Die fruchtlose Auspfändung eines Schuldners, die zur Ausstellung eines provisorischen oder endgültigen Verlustscheines geführt hat, gewährt eine Anfechtung ausserhalb des Konkurses, die Konkurseröffnung über den Schuldner eine Anfechtung im Konkurs.

Sind Gläubiger zu Schaden gekommen, ohne dass gegen ihren Schuldner Verlustscheine ausgestellt worden sind oder dass gegen ihn ein Konkurserkenntnis vorliegt, gibt es keine Anfechtungsklage, auch wenn der Schuldner offen erklärt hat, dass er seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann. Folgerichtig hat das Bundesgericht entschieden, dass der Abschluss eines gerichtlichen Nachlassvertrages mit Abtretung der Aktiven der Eröffnung des Konkurses nicht gleichzustellen ist und weder dem Liquidator noch einzelnen Gläubigern das Recht gibt, Handlungen des Nachlassschuldners aufzugreifen und nach Art. 285 ff. SchKG anzufechten⁸⁾.

Dieses Urteil ist zu Unrecht als „durchaus unbefriedigend, mag auch die Begründung logisch unanfechtbar

⁷⁾ Brand 116 ff., Blumenstein, Handbuch 875 zu und in N. 2; BGE 30 II 159, 35 II 112 ff. Erw. 4, 37 II 318 f. Erw. 3, 40 III 387 ff. Erw. 2.

⁸⁾ BGE 57 III 64 ff.

sein“, bezeichnet worden⁹⁾). Die formellen Voraussetzungen der Anfechtungsklage sind zwingenden Rechtes; das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass sie auf dem Wege analoger Anwendung erweitert werden dürfen. Doch ist seit dem erwähnten Urteil eine gesetzliche Ausnahme geschaffen worden durch die bundesgerichtliche Verordnung betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen, vom 11. April 1935¹⁰⁾). Sie stützt sich auf das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, sowie die bundesrätliche Vollziehungsverordnung vom 26. Februar 1935¹¹⁾), und bestimmt:

In Art. 31 Abs. 1: „Die von der Bank vor der Bestätigung des Nachlassvertrages vorgenommenen Rechtshandlungen unterliegen der Anfechtung nach den Grundsätzen der Art. 285 bis 292 des BG über Schuldbetreibung und Konkurs“ . . .

In Art. 31 Abs. 3: „Soweit Anfechtungsansprüche der Masse zur ganzen oder teilweisen Abweisung von Forderungen führen, sind die Liquidatoren zur einredeweisen Geltendmachung befugt und verpflichtet.“

In Art. 37: „Verzichten Liquidatoren und Gläubigerausschuss auf die Geltendmachung eines bestrittenen oder schwer einbringlichen Anspruches, der zum Massevermögen gehört, wie namentlich eines durch Klage geltend zu machenden Anfechtungsanspruches . . ., so haben sie davon die Gläubiger durch Zirkular oder öffentliche Bekanntmachung in Kenntnis zu setzen und ihnen deren Abtretung zur eigenen Geltendmachung gemäss Art. 260 des BG über Schuld betreibung und Konkurs und den Ausführungsbestimmungen dazu anzubieten.“

Diese speziellen Ausnahmebestimmungen gelten nur für Banken und Sparkassen, die einen Nachlassvertrag abschliessen. Ob es zulässig und gerechtfertigt wäre, sie auf andere Nachlassverträge mit Vermögensabtretung anzuwenden, erscheint äusserst fraglich.^{11a)} Wenn es ge-

⁹⁾ von Leemann in SJZ 31, 327 f.

¹⁰⁾ AS 51, 248 ff.

¹¹⁾ AS 51, 117 ff. und 138 ff.

^{11a)} Die I. Zivilabt. des BG hat die Frage in einem Urteil vom 12. November 1941 aufgeworfen, ohne dazu Stellung zu nehmen. Immerhin scheint in ihrer Mitte die Änderung der Recht-

schähe, würde man dem Gläubigerinteresse eine überwiegende Bedeutung zuerkennen.

2. Nicht alle Rechtshandlungen eines Schuldners unterliegen der paulianischen Anfechtung. Dieser sind entzogen:

a) Handlungen und Unterlassungen, die in den Bereich der Persönlichkeitssphäre gehören, auch wenn sie nachteilige Folgen für die Gläubiger haben. Als Beispiele können angeführt werden: die Eheschliessung, die Ehelicherklärung eines Kindes, die Kindesannahme¹²⁾, die Geheimhaltung und Nichtverwertung einer Erfindung, eines künstlerischen, literarischen oder musikalischen Werkes.

Ob die Anfechtungsklage auch zessiere gegenüber familiengüterrechtlichen Verträgen und erbrechtlichen Verfügungen, sowie der Ausschlagung einer Erbschaft, weil das Zivilrecht auf diesen Gebieten besondere Bestimmungen zum Schutze der Gläubiger enthält, ist streitig¹³⁾. Das Bundesgericht hat angenommen, dass „gegenüber einer auf Grund eines Güterstandswechsels erfolgten güterrechtlichen Auseinandersetzung im Hinblick auf die durch das ZGB getroffene Sonderregelung für eine Anfechtungsklage kein Raum ist“¹⁴⁾. Doch findet dieser Grundsatz nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann nicht

sprechung der II. Zivilabt. — die nach Art. 23 Abs. 2 OG nur auf Grund eines Plenarentscheides erfolgen dürfte — im Sinne der Ausdehnung der Spezialbestimmung für die Bankennachlassverträge auf alle Nachlassverträge mit Vermögensabtretung Befürworter gefunden zu haben (vgl. BGE 67 II 175).

¹²⁾ Brand 118; ebenso Jaeger Art. 288 N. 3 B c, p. 389.

¹³⁾ Für Ausschluss der Pauliana: Jaeger Art. 288 N. 3 B a b c, p. 388/90, Praxis I N. 3 B b und c, Praxis 4 N. 3 B 130, Trott 404 ff., Bosshardt 113 ff., Egger, Kommentar 2. Aufl., Art. 188 ZGB N. 17, sowie das Bundesgericht — vgl. die in den beiden folgenden Noten zitierten Urteile —; dagegen Blumenstein in ZbJV 50, 241 ff., Gmür, Komm. 2. Aufl., Art. 188 N. 23, Göschke 274 ff.

¹⁴⁾ BGE 54 III 254 ff.

Anwendung, wenn eine güterrechtliche Auseinandersetzung lediglich vorgetäuscht, in Wirklichkeit aber eine unentgeltliche Verfügung eines Ehegatten zu Gunsten des andern vorgenommen worden ist¹⁵⁾.

b) Öffentlich-rechtliche Leistungen, die unter einem amtlichen Zwange vorgenommen worden sind, wie die Bezahlung einer Busse zur Vermeidung ihrer Umwandlung in eine Gefängnisstrafe, einer Steuer zur Abwendung des Wirtshausverbotes oder der Entziehung des Stimmrechtes¹⁶⁾, des Zolles, der Bussen und Gebühren zur Befreiung einer Ware vom gesetzlichen Zollpfandrecht (Art. 120 Zollgesetz).

III. Die einzelnen Anfechtungstatbestände.

A. Die Schenkungspauliana.

Art. 286 lautet:

„Anfechtbar sind mit Ausnahme gebräuchlicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, welche vom Schuldner innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung oder Konkursöffnung vorgenommen worden sind.

Den Schenkungen sind gleichgestellt:

1. Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnisse steht.
2. Rechtsgeschäfte, durch welche der Schuldner sich oder einem Dritten eine Leibrente oder einen Niessbrauch erworben hat.“

Danach sind, abgesehen vom Nachweis der Legitimation (vgl. darüber IV. hienach) zwei objektive Voraussetzungen erforderlich und genügend:

- a) eine Schenkung oder ein ihr vom Gesetz gleichgestelltes Rechtsgeschäft,
- b) die Vornahme innerhalb sechs Monaten vor der Pfändung oder Konkursöffnung.

¹⁵⁾ BGE 45 III 151 ff., spez. 172 f., 63 III 27 ff., spez. 30 f.
Erw. 2.

¹⁶⁾ Blumenstein, Festgabe 274.

Irgend ein subjektives Tatbestandsmerkmal wird, wie nunmehr allgemein anerkannt ist, entgegen einer früher vertretenen Ansicht¹⁷⁾, weder verlangt noch präsumiert.

ad a). Eine Liberalität, beruhe sie auf einem Vertrag oder einer einseitigen Verfügung und sei sie in noch so guten Treuen vorgenommen worden, verletzt das Rechtsgefühl, wenn der Verfügende verhältnismässig kurze Zeit nachher Verlustscheine gegen sich ausstellen oder den Konkurs über sich erkennen lassen muss.

Ein Rechtsgeschäft mit einem Missverhältnis der beiden Leistungen liegt nur dann vor, wenn der Wert der Gegenleistung an den Schuldner erheblich („notablement“) unter dem seiner Leistung an den Vertragskontrahenten steht. Für die Wertbeurteilung ist auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes und auf rein objektive, für den Verkehrswert massgebende Faktoren abzustellen¹⁸⁾.

Kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung sind Leibrenten- und Nutzniessungsbestellungen (an Stelle des Ausdrucks „Niessbrauch“ des SchKG verwendet das ZGB ohne sachliche Änderung „Nutzniessung“) mit der Schenkungspauliana anfechtbar, auch wenn zwischen Leistung und Gegenleistung kein Missverhältnis besteht¹⁹⁾. Doch darf diese Ausnahmebestimmung nicht ausdehnend interpretiert und auf den seit Erlass des SchKG durch das neue Obligationenrecht (Art. 521 ff.) eingeführten Verpfändungsvertrag angewendet werden²⁰⁾.

¹⁷⁾ Von Bonzanigo §§ 6 und 42: „... le donazioni e le altre disposizioni a titolo gratuito compiute in tale periodo vengono annullate in base a una presunzione di frode da parte del debitore.“

¹⁸⁾ BGE 45 III 167 f., 178 ff., spez. 183 ff., Erw. 3 und 4.

¹⁹⁾ BGE 23 II 1276 Erw. 2, 45 III 165, 64 III 185 f. Erw. 1; Blumenstein, Handbuch 879, Jaeger Art. 286 N. 9; die gegenzeitige Auffassung des Verfassers in seinem Anfechtungsrecht 206 ff. lässt sich nicht aufrecht erhalten.

²⁰⁾ Ebenso Jaeger Art. 286 N. 9. Doch ist die Frage streitig und vom BG noch nicht entschieden; vgl. BGE 64 III 186 f. Erw. 2 und die dortigen Zitate.

Anderseits wird nach Art. 239 Abs. 3 OR die Erfüllung einer sittlichen Pflicht nicht als Schenkung behandelt. Darum unterliegt der Abschluss einer Lebensversicherung zu Gunsten der Ehefrau und der Kinder nicht der Schenkungspauliana²¹⁾, während sie zur Anwendung gelangen kann, wenn zwischen dem Versicherungsnehmer und den Begünstigten nicht nahe familiäre oder ethische Beziehungen bestanden haben. (Vgl. dazu bei und in N. 60/1 hienach.)

ad b). Die Frist von sechs Monaten ist in der Praxis und in der Doktrin anfänglich als eine absolute, nicht erstreckbare, als ein unveränderliches Tatbestandsmerkmal betrachtet worden²²⁾. Doch ist dieser Auffassung, die nicht unbestritten geblieben war²³⁾, durch spätere gesetzliche Erlasse die Grundlage entzogen worden, nämlich durch Art. 11 und 19 der bundesrätlichen Kriegsnovelle, vom 28. September 1914, sowie durch Art. 317 g SchKG, der durch die auf die ausserordentlichen Vollmachten gestützte bundesrätliche Verordnung, vom 4. April 1921, eingeführt und durch das Abänderungs- und Ergänzungsgesetz, vom 3. April 1924, bestätigt worden ist²⁴⁾. Die Rechtsprechung geht nun dahin, dass zur Sechsmonatefrist hinzukommen: die Nachlass- und Notstundungsfristen, die Tage des Rechtsstillstandes in Todesfällen (Art. 58 und 59 SchKG), die für die Aufnahme des Erbschaftsinventars benötigte Zeit, sowie die für die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft eingeräumte Überlegungsfrist (Art. 567 ff., 586 Abs. 1 ZGB). Diese Verlängerungen sind auch zu berücksichtigen, wenn über eine Erbschaft

²¹⁾ BGE 34 II 400, Jaeger Art. 286 N. 3 p. 369, idem, Komm. VVG III Art. 82 N. 20, Vischer 83.

²²⁾ Reichel Art. 287 N. 3, Brand 177 f., 193, Blumenstein, Handbuch 879/80, Baudat 66 ff., 86; BGE 25 II 667 f., 30 II 136 ff. Erw. 3.

²³⁾ Jaeger Art. 286 N. 5, Vischer 92/3.

²⁴⁾ AS 30, 495 ff., 37, 221 ff., 40, 391 ff. Der neue zwölfti. Titel über die „Notstundung“ ist auch abgedruckt in Jaeger, Praxis III 97 ff.

infolge Ausschlagung durch alle gesetzlichen Erben der Konkurs eröffnet werden muss (Art. 573 Abs. 1 ZGB).²⁵⁾ Konsequenterweise wird man dazu gelangen, die Halbjahresfrist auch um die Dauer des Rechtsstillstandes wegen Militärdienstes zu verlängern, der kraft Gesetzes eintritt (Art. 59 SchKG) und seit der Mobilisation in bedeutendem Umfang praktisch geworden ist.

B. Die Überschuldungspauliana.

Art. 287 bestimmt:

„Anfechtbar sind im weitern die folgenden Rechtshandlungen, sofern der Schuldner sie innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat und im Zeitpunkte der Vornahme bereits überschuldet war:

1. Begründung eines Pfandrechtes zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten, deren Erfüllung sicherzustellen der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war;
2. Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel;
3. Zahlung einer nicht verfallenen Schuld.

Die Anfechtbarkeit ist indessen ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat.“

a) Das hervorstechende Merkmal, das dieser Anfechtungsklage ihren Namen gegeben hat, ist der Zustand der Überschuldung des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme einer bestimmten Handlung.

Überschuldung ist nicht gleichbedeutend mit Zahlungsstockung — die nach Art. 190 Ziff. 2 SchKG allerdings zu einem Antrag auf Konkurseröffnung ohne vorangegangene Betreibung berechtigt —, Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit, sondern mit Vermögensinsuffizienz, Vermögensunzulänglichkeit. Der Schuldner, dessen Aktiven die Passiven übersteigen — beide nach ihrem objektiven Wert benessen —, steht nicht unter seinen Sachen, ist nicht überschuldet, auch wenn er seinen Verpflichtungen

²⁵⁾ BGE 48 III 232 ff., 51 III 48 ff., 62 III 62 ff.

auf Verfall nicht nachkommen kann²⁶⁾). Er kann daran durch die in den letzten Jahren immer häufiger gewordenen Verzögerungen in der Abwicklung internationaler Geschäfte oder durch die Deviseneinschränkungen verhindert worden sein. Gerade im Hinblick auf diese Verhältnisse darf an der vom Bundesgericht — nur nebenbei — gebilligten Auffassung²⁷⁾ nicht festgehalten werden, dass nur die in der Schweiz befindlichen Aktiven zu berücksichtigen seien. Sie steht zudem im Widerspruch mit dem Begriff der „Überschuldung“, auf den das Bundesgericht mit Recht abgestellt hat, unter Ablehnung des abweichenden Begriffs der Zahlungsunfähigkeit des französischen und italienischen Textes („débiteur insolvable“, „debitore in stato d'insolvenza“), der erst bei der redaktionellen Bereinigung an Stelle der treffenden Ausdrücke „débiteur au-dessous de ses affaires“, „debitore già oberato“ in den französischen und italienischen Gesetzestext gekommen ist und die Übereinstimmung, die in den Entwürfen bestanden hatte, aufgehoben hat, ohne dass eine sachliche Änderung beabsichtigt war²⁸⁾.

Mit dem Begriff der „Überschuldung“ steht auch die Ansicht nicht im Einklang, dass unter die Aktiven nur die pfändbaren und somit verwertbaren Gegenstände zu rechnen seien²⁹⁾). Nur wenn die Gesamtheit der Aktiven, gleichgültig wo sie sich befinden, mit Einschluss der unpfändbaren Vermögensobjekte die Passiven nach objek-

²⁶⁾ BGE 19, 558 f. Erw. 3, 22, 210, 23 II 1203, 25 II 938 ff. Erw. 4, 37 II 510; Reichel Art. 287 N. 4, Brand 68, 182, Blumenstein, Handbuch 884 zu und in N. 29, Jaeger, Komm. und Praxis I Art. 287 N. 5, Baudat 70, Hangartner 44.

²⁷⁾ BGE 39 II 383 Erw. 2; im gleichen Sinn, doch ohne Begründung auch Jaeger, Praxis I Art. 287 N. 5, Hangartner 45. Die Tatsache, dass in einem späteren Konkursfalle die in einem fremden Staat gelegenen Vermögensobjekte nicht in die schweizerische Konkursmasse abgeliefert werden, ist nicht schlüssig.

²⁸⁾ Vgl. BGE 25 II 939 f., Baudat 70.

²⁹⁾ So Jaeger Art. 287 N. 5 und Hangartner 45; dagegen Brand 182, Blumenstein, Handbuch 884 N. 29.

tiver Bewertung nicht decken, liegt eine Unterbilanz und damit eine Überschuldung vor. Es würde dem Begriff der Überschuldung widersprechen, wenn man z. B. unpfändbar bestellte Leibrenten, Invaliden- und Hinterbliebenenpensionen sowie Kapitalentschädigungen für Körperverletzung oder Gesundheitsstörung (Art. 92 Ziff. 7, 8, 10 SchKG), die manchmal einen recht ansehnlichen Wert haben, nicht zu den Aktiven eines Schuldners zählen würde.

Bei der Aufstellung des Vermögensstandes ist die Frauengutsforderung unter die Passiven aufzunehmen, da die Ehefrau, wenn es zur Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann kommt, befugt ist, ihren Anspruch durch Anschluss an die Pfändung oder Eingabe in den Konkurs geltend zu machen und in Konkurrenz mit den übrigen Gläubigern zu treten (Art. 174 ZGB)³⁰⁾.

Anderseits ist, wenn der Status einer Aktiengesellschaft aufzunehmen ist, das Aktienkapital nicht als Passivum mitzuzählen. Das Grundkapital und die verschiedenen Fonds einer Aktiengesellschaft (Art. 668 OR) sind im Verhältnis zu den Gläubigern Aktivposten, genau gleich wie das Eigenkapital eines Einzelkaufmanns, der Kollektivgesellschafter und der unbeschränkt haftenden Mitglieder einer Kommanditgesellschaft³¹⁾.

Die Überschuldung muss, um rechtlich relevant zu sein, im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung, die angefochten werden will, vorhanden gewesen sein. Eine Aussicht auf Besserung der Lage, die der Schuldner gehabt haben kann, fällt ebensowenig in Betracht wie eine nachträglich eingetretene Vermehrung der Aktiven³²⁾. Das ergibt sich einwandfrei aus dem deutschen und dem italienischen Text, während die Worte „im Zeitpunkt der

³⁰⁾ BGE 25 II 940 f., 40 III 392; Blumenstein, Handbuch 884 N. 29, Jaeger, Praxis I Art. 287 N. 5.

³¹⁾ BGE 47 III 101 f. Erw. 2; Jaeger, Praxis III Art. 287 N. 5.

³²⁾ BGE 25 II 939 f., Brand 184, Blumenstein, Handbuch 884, Jaeger Art. 287 N. 5 i. f., Baudat 71.

Vornahme“ (= au moment de l’accomplissement) im französischen Text fehlen.

b) Gleich wie die Schenkungspauliana richtet sich auch die Überschuldungspauliana nur gegen Rechtshandlungen, die ein Schuldner innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat. Was bei der Schenkungspauliana (ad b) über die Verlängerung der Sechsmonatefrist um die Dauer von Stundungen, der Überlegungsfrist der Erben, der Erbschafts inventaraufnahme usw. ausgeführt worden ist, gilt auch für die Überschuldungspauliana.

c) Unter der doppelten Voraussetzung, dass die Rechtshandlung in die gesetzliche Frist fällt und dass der Schuldner im Zeitpunkt ihrer Vornahme überschuldet war, sind anfechtbar:

1. Die pfandrechtliche Sicherung einer bestehenden Verbindlichkeit, ohne dass der Schuldner dazu schon früher verpflichtet war (Ziff. 1).

Unter „Pfandrecht“ sind nach Art. 37 SchKG alle Pfandbestellungen, nämlich Grundpfand, Faustpfand und Retentionsrecht zu verstehen³³⁾. In einem grundsätzlichen Entscheid hat das Bundesgericht ausgeführt, dass Art. 287 Ziff. 1 nicht nur dann anwendbar ist, „wenn juristisch gesprochen ein Pfandrecht bestellt wurde“, sondern auch dann, „wenn der gleiche wirtschaftliche Effekt auf andere Weise erreicht wurde“, z. B. durch eine Sicherheitsleistung³⁴⁾.

Zur Anfechtbarkeit ist die Begründung eines Pfandrechts erforderlich, die blosse Verpflichtung zu einer Pfandbestellung genügt nicht. Ist eine solche Verpflichtung innerhalb der Sechsmonatefrist eingegangen und

³³⁾ Brand 161 f., Blumenstein, Handbuch 881, Jaeger Art. 287 N. 6, Baudat 56; zweifelnd Reichel 287 N. 5.

³⁴⁾ BGE 38 II 728/9; zustimmend Jaeger, Praxis I Art. 287 N. 6, sowie Ostertag in seinem Aufsatz: Die Hinterlegung zu Gunsten Dritter in SJZ 19, 357.

vollzogen worden, so findet darauf Art. 287 Ziff. 1 nicht Anwendung, möglicherweise aber Art. 288³⁵).

Aus der Vergleichung des Gesetzestextes in den drei Landessprachen, seiner Entstehungsgeschichte und seinem Sinn geht hervor, dass dem Wort „verpflichtet“ („engagé“, „obbligato“) die Bedeutung einer rechtsgültigen Verpflichtung zukommt. Es besteht kein Unterschied zwischen Verpflichtungen, die auf einem Vertrag, und denen, die auf dem Gesetz beruhen (z. B. Art. 189, 205, 297, 321, 463 490, 585, 594, 760, 809 ZGB, Art. 43, 83, 175 Abs. 3, 506 OR). Wer seine vertragliche oder gesetzliche Pflicht erfüllt, ohne eine Benachteiligung oder eine Begünstigung von Gläubigern zu beabsichtigen, begeht nicht eine das Beschlagsrecht der Gesamtheit der Gläubiger schmälernde und deswegen anfechtbare Rechtshandlung. Die Pfandbestellung auf bloss allgemeine, unverbindliche Zusagen hin jedoch ist nicht Erfüllung einer bereits bestehenden Verpflichtung³⁶).

Ein mündlich oder in einfacher Schriftform abgegebenes Versprechen auf Bestellung eines Grundpfandes begründet keine Rechtspflicht: nach Art. 799 ZGB bedarf der Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandes zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung³⁷). Hingegen fehlen die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach Art. 287 Ziff. 1, wenn ein Schuldner, der sich in rechtsverbindlicher und erzwingbarer Form zur Begründung eines Fahrnispfandes verpflichtet hatte, an dessen Stelle ein Grundpfand errichtet hat³⁸).

³⁵) BGE 56 III 124 f., Brand 163 f., Blumenstein, Handbuch 881, Jaeger Art. 287 N. 8 i. f.

³⁶) BGE 33 II 187, 41 III 163, 42 III 300 ff. Erw. 6, 43 III 233; ZbJV 52, 399; Reichel Art. 287 N. 5, Brand 164 ff., Blumenstein, Handbuch 881/2, Jaeger Art. 287 N. 8, Baudat 58.

³⁷) Brand 166, Jaeger, Praxis II Art. 287 N. 8 (in Berichtigung eines Versehens im Komm. Art. 287 N. 8); ZbJV 52, 399 f.

³⁸) BGE 62 III 64 f. Erw. 2. Richtigerweise hat auch das aargauische Obergericht die Umwandlung eines Faustpfandes in ein Grundpfand nicht als anfechtbare Handlung beurteilt. (SJZ 22, 46.)

Diese Gesetzesbestimmung trifft auch dann nicht zu, wenn bei einem zweiseitigen Geschäft der zahlungsunfähig gewordene Schuldner dem Gläubiger Sicherheit gestellt hat, um dessen Leistung zu erhalten³⁹⁾.

Mit Recht hat das Zürcher Obergericht in gleichem Sinn entschieden, als die Telephonverwaltung von einer in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Bank gestützt auf Art. 23 des Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetzes, vom 14. Oktober 1922, und § 32 der Telephonordnung, vom 17. Dezember 1923, Sicherheit zur Deckung der Taxen und Gebühren verlangt und erhalten hatte⁴⁰⁾.

Dass Art. 287 Ziff. 1 der unanfechtbaren Begründung eines Pfandrechts für eine neue Schuld nicht im Wege steht, während die Klage nach Art. 288 gewahrt bleibt, ist *communis opinio*. Hingegen hat Meinungsverschiedenheit darüber geherrscht, ob die Pfandbestellung zur Erlangung einer Wechselprolongation als Sicherung einer bereits bestehenden — und darum nach Ziff. 1 anfechtbaren — oder einer neuen — und darum nach dieser Ziffer nicht anfechtbaren — Verbindlichkeit anzusehen sei. Nunmehr darf die Ansicht als feststehend gelten, dass eine durch Pfandgabe erwirkte Wechselerneuerung unter Ziff. 1 fällt⁴¹⁾. Ebenso ist eine Pfandrechtsbegründung zu beurteilen, wenn sie anlässlich der Umwandlung einer gewöhnlichen Forderung in eine Wechselforderung erfolgt; denn selbst wenn rechtlich eine Novation vorliegt, so handelt es sich wirtschaftlich um die Sicherung einer bestehenden Verbindlichkeit — und das ist der ausschlaggebende Gesichtspunkt.

2. Die Tilgung einer Geldschuld anders als durch Barschaft oder übliche Zahlungsmittel.

³⁹⁾ BGE 63 III 153 ff. Erw. 2.

⁴⁰⁾ Vgl. den Bericht von Buser über diesen Fall in ZbJV 67, 553 ff.

⁴¹⁾ Reichel Art. 287 N. 5, Brand 162, Blumenstein 881 N. 18, Jaeger, Komm., Praxis I und II Art. 287 N. 7; BGE 31 II 326 ff. Erw. 4, 42 III 300 ff. Erw. 6.

Die Tilgung einer Realschuld durch Leistung einer andern Sache als der geschuldeten oder durch Barzahlung fällt nicht unter diese Bestimmung.

Übliche Zahlungsmittel sind Banknoten, sofort einlösbare verfallene Zinscoupons, (gedeckte) Checks, einschliesslich Postchecks und Giroübertragungen, sowie Bankanweisungen. Ferner können Wertpapiere und Forderungsabtretungen — sei es an Zahlungsstatt (datio in solutum) oder zahlungshalber (datio solutionis causa) — darunter fallen. Doch kann diese Frage nicht abstrakt, sondern nur in Würdigung der konkreten Verhältnisse entschieden werden. Es ist in jedem Falle zu prüfen, „ob nach der in den betreffenden Geschäftskreisen üblichen Geschäftspraxis und nach den gegenseitigen Beziehungen der betreffenden Personen derartige Zahlungsmittel als übliche gegeben und angenommen zu werden pflegen“. Die Abtretung eines Teiles der Forderung, die einem Unternehmer gegen den Bauherrn zusteht, an Lieferanten und Unterakkordanten ist z. B. an einigen Orten durchaus üblich; während Warenabtretungen regelmässig und Dekkungsgeschäfte — zwecks Kompensierung einer bestehenden Forderung mit der durch ein solches Geschäft begründeten Schuld — immer als nicht übliche Zahlungsmittel anzusehen sind⁴²⁾.

3. Die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld.

Diese Bestimmung umfasst Geld- und Sachschulden ohne Unterschied. Der nicht verfallenen Schuld steht die suspensiv bedingte Schuld gleich. Es ist von keiner rechtlichen Bedeutung, ob die Schuld durch Pfand oder Bürgschaft gedeckt war. Doch liegt im Fall einer vorzeitigen Zahlung eine Benachteiligung der Gläubiger nicht vor, wenn das (vollwertige) Pfand im Vermögen des Schuldners

⁴²⁾ BGE 22, 212 ff., 26 II 201 f. Erw. 2, 30 II 361 ff. Erw. 2, 33 II 365 ff. Erw. 3, 38 II 726 f. Erw. 1, 41 III 449 ff. Erw. 2 und 3; Reichel Art. 287 N. 6, Brand 167 ff., Blumenstein, Handbuch 882, Jaeger, Komm. und Praxis I, II, III und V Art. 287 N. 9, Baudat 61 ff.

geblieben ist; folgerichtig ist die Anfechtung einer solchen Zahlung ausgeschlossen.

Jede vorzeitige Tilgung einer Schuld ist anfechtbar, erfolge sie durch Leistung der geschuldeten Sache, also durch Zahlung im juristisch-technischen Sinn, oder durch Hingabe einer andern Sache, z. B. durch nicht übliche Zahlungsmittel. Die Anfechtbarkeit wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Gläubiger einen Nachlass gewährt oder den Zwischenzins vergütet hat, oder dass der Schuldner vereinbarungsgemäss berechtigt war, vor dem Verfalltermin zu erfüllen. Einzahlungen auf eine nicht abgeschlossene Kontokorrentrechnung sind „blosse Rechnungsposten, d. h. blosse arithmetische Faktoren für das Schlussergebnis“; sie begründen keine Schuldtilgung und sind darum nicht nach Art. 287 Ziff. 3 anfechtbar⁴³⁾.

d) Unkenntnis der Vermögenslage des Schuldners beim Begünstigten.

Wenn die objektiven Voraussetzungen des Art. 287 vorliegen, so ist die Anfechtungsklage substanziert. Aus welchen Beweggründen und in welcher Absicht der Schuldner die Rechtshandlung vorgenommen hat, ist rechtlich irrelevant. Zum Tatbestand gehört keineswegs eine gesetzliche Dolus- oder Frauspräsumption, wie früher angenommen worden ist (u. a. von Bonzanigo, Rossel und in einigen Urteilen ebenfalls vom Bundesgericht). Auch darauf kommt nichts an, ob der Schuldner sich seiner Überschuldung bewusst war. Aber die Klage muss trotz Vorliegens der die Anfechtbarkeit begründenden rein objektiven Merkmale abgewiesen werden, wenn der Be-

⁴³⁾ Vgl. dazu, in Einzelheiten teilweise abweichend, BGE 23 II 1202 Erw. 2, 25 II 181 Erw. 3, 27 II 424 ff. Erw. 3; Reichel 287 N. 7, Brand 171 ff., Blumenstein, Handbuch 883, Jaeger, Komm. und Praxis II Art. 287 N. 10, Baudat 64 ff., ZbJV 54, 432 ff. (wo mit zutreffender Begründung die Ansicht abgelehnt wird, die der Verfasser in seinem Anfechtungsrecht 172 ff. aus dem Ausdruck „Zahlung“ und der Entstehungsgeschichte abgeleitet hatte: dass die Aufhebung einer nicht verfallenen Schuld durch ein Erfüllungssurrogat nicht unter Ziff. 3 von Art. 287 falle).

günstigte, d. h. derjenige, der durch die angefochtene Rechtshandlung ein pfändbares Vermögensobjekt des Schuldners erhalten hat, beweist, dass er die Vermögenslage seines Schuldners nicht gekannt hat. Unter der „Vermögenslage“ ist die Überschuldung zu verstehen; sie muss dem Begünstigten im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung nicht bekannt gewesen sein. Der Beweis dieser negativen Tatsache ist kein leichter. Der Anfechtungsgegner hat nicht eine *praesumptio juris* zu seinen Ungunsten zu entkräften — eine Auffassung, die irrigerweise auch vertreten worden ist (z. B. beiläufig vom Bundesgericht, sowie von Baudat und Hangartner) —, sondern er muss überzeugend dartun, nicht etwa bloss glaubhaft machen, dass er nach seinen geschäftlichen und persönlichen Beziehungen zum Schuldner keinen Anlass zu Misstrauen in dessen Vermögenslage hatte, oder dass er auf Grund eingezogener Erkundigungen zufriedenstellende Auskunft erhalten hatte, auf die er in guten Treuen abstellen durfte. Der Begünstigte darf nicht ignoriert haben, was unter den Geschäftsfreunden des Schuldners oder, wenn er zu dessen Familienkreis gehört, in der Familie bekannt war und besprochen wurde. Die Aussergewöhnlichkeit der Rechtshandlungen des Art. 287, die deren Anfechtbarkeit im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger rechtfertigt, verpflichtet denjenigen, der daraus Nutzen gezogen hat, zu besonderer Diligenz. Dass er sie beobachtet habe, ist von ihm nachzuweisen.

Hat der Begünstigte durch einen Vertreter gehandelt, so muss er dessen Kenntnis gegen sich gelten lassen⁴⁴⁾.

C. Die Deliktpauliana.

Art. 288 besagt:

„Anfechtbar sind endlich, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme, alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat,

⁴⁴⁾ BGE 25 II 669/70, 941 ff., 26 II 467 ff. Erw. 3 und 4, 28 II 593 ff. Erw. 5, 33 II 187 ff., 368 ff. Erw. 4, 34 II 77 Erw. 6,

seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.“

1. Benachteiligungsabsicht. Während die Schenkungs- und die Überschuldungspauliana bei Vorliegen der vom Gesetz aufgestellten rein objektiven Tatbestandsmerkmale gegeben sind und der subjektiven Einstellung des Schuldners keine rechtliche Bedeutung zukommt, ist die erste Hauptvoraussetzung der Klage aus Art. 288 die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne von ihnen zum Nachteil anderer zu begünstigen. Dieses subjektive Element rechtfertigt die Namen „Deliktspauliana“, „Betrugspauliana“, „Absichtsanfechtung“, die nebeneinander gebraucht werden.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt die Benachteiligungsabsicht nicht nur vor, „wenn die Schädigung bzw. die Begünstigung geradezu den Zweck des Rechtsgeschäftes bildete, sondern sie ist schon anzunehmen, wenn dieser Erfolg als die natürliche Konsequenz der Rechtshandlung vom Schuldner vorausgesehen werden musste“. In einigen Entscheiden wurde es sogar als genügend erachtet, dass dieser Erfolg vom Schuldner vorausgesehen werden konnte. Doch entspricht dem Absichtsbegriff die erste Formulierung, gleich wie eine spätere besonders glückliche Umschreibung, „dass die Benachteiligung bzw. Begünstigung als notwendige Folge eines den Beweggrund des Handelns bildenden anderen Zweckes vom Willen des Schuldners mitumfasst war“, und dass „namentlich schon das eventuelle Wollen der Benachteiligung bzw. Begünstigung, d. h. das Wollen für einen bestimmten vorausgesehenen Fall genügt“⁴⁵⁾.

37 II 513 f. Erw. 4, 39 II 364 f. Erw. 1, 42 III 302 ff. Erw. 7 und 8; Brand 184 ff., Blumenstein, Handbuch 885/6, Jaeger, Komm. und Praxis I und II Art. 287 N. 11, Baudat 72 ff., Hangartner 54.

⁴⁵⁾ BGE 21, 1277 f. Erw. 6, 55 III 87; vgl. ferner 21, 669, 23 I 737 f. Erw. 5, 25 II 183 Erw. 4, 26 II 213, 27 II 284 f., 32 II 173 f. Erw. 4, 33 II 661 Erw. 3, 37 II 305 f. Erw. 3, 40 III 391 ff. Erw. 3, 41 III 73 f. Erw. 1; Reichel Art. 288 N. 5, Brand 145 ff.,

Es ist nicht erforderlich, dass der Schuldner die Absicht hatte, bestimmte, gegenwärtige oder künftige Gläubiger zu benachteiligen, oder dass sich dessen Absicht gerade gegen die später zu Verlust gekommenen Gläubiger gerichtet hatte.

Wenn der Schuldner zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung zahlungsunfähig oder überschuldet war, oder wenn die Rechtshandlung zu seinem finanziellen Zusammenbruch geführt hat, oder wenn sie auf Drängen von Gläubigern zu deren Deckung vorgenommen worden ist, so bilden diese Tatsachen starke Indizien für eine Benachteiligungs- bzw. Begünstigungsabsicht. Doch setzt diese nicht Insolvenz oder Überschuldung oder deren Kenntnis auf Seiten des Schuldners voraus. Auch ein nicht insolventer und nicht überschuldeter Schuldner kann in Schädigungsabsicht Zahlungen leisten, Sicherheiten bestellen, unentgeltliche Verfügungen vornehmen usw.⁴⁶⁾; dolus eventualis genügt.

Ein Schuldner kann in Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht handeln, ohne sich irgendwem anzutrauen. Ein Beispiel dafür bietet etwa der Abschluss einer Lebensversicherung zu Gunsten einer Drittperson, die davon nicht in Kenntnis gesetzt wird.

Die französische Ausdrucksweise „avec leur connivence“, die auf eine fraudulöse Abrede des Schuldners mit Gläubigern hindeutet, beruht auf einem Versehen^{47).}

Blumenstein, Handbuch 886 f., Jaeger, Komm. und Praxis I, III, IV und V Art. 288 N. 6, Baudat 44 ff., Fenkart 418 ff.

⁴⁶⁾ Im gleichen Sinn BGE 43 III 249 f. Erw. 2; abweichend allerdings, vor- und nachher, 30 II 164 ff., 611, 47 III 103 Erw. 3, wo angenommen worden ist, eine Pfandbestellung sei nur dann nach Art. 288 anfechtbar, wenn im Zeitpunkt ihrer Vornahme der Schuldner überschuldet gewesen sei. Die gleiche Ansicht vertritt Birchler 22, 1 ff. Doch hat sie das BG ausdrücklich aufgegeben in BGE 62 III 65.

⁴⁷⁾ Das ergibt sich zwingend aus einer Vergleichung mit dem deutschen und italienischen Text, sowie aus der Entstehungsgeschichte; vgl. darüber Brand 150 ff., BGE 30 II 164/5, 32 II 173 Erw. 4, 33 II 661 f. Erw. 4, Baudat 37.

2. Erkennbarkeit. Als zweites subjektives Tatbestandsmerkmal verlangt Art. 288, dass die Benachteiligungsabsicht des Schuldners „dem andern Teile erkennbar“ war („riconoscibile dall’altra parte“). „Der andere Teil“ kann, muss aber nicht ein Gläubiger des Schuldners sein. Nach dem französischen Text wären freilich nur Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner doloserweise unter Mitwirkung eines begünstigten Gläubigers vorgenommen hat. Aber diese Fassung ist irrtümlich und darum nicht massgebend; es ist auf den deutschen und italienischen Text abzustellen, die völlig übereinstimmen und den Willen des Gesetzgebers richtig wiedergeben⁴⁸⁾.

„Als erkennbar hat nach feststehender bundesgerichtlicher Praxis zu gelten, was bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden konnte.“⁴⁹⁾ In einem früheren Urteil hat das Bundesgericht als „erkennbar“ bezeichnet, „was bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit, also ohne grobe Fahrlässigkeit, erkannt werden kann“.⁵⁰⁾ Doch genügt jede Fahrlässigkeit; wer merken kann, dass der Schuldner ihm ein pfändbares Vermögensobjekt zuwenden will, um es dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, handelt sorglos und trägt durch die Annahme des Objekts dazu bei, dass die Rechtshandlung ihm gegenüber angefochten werden kann.

Die Benachteiligungsabsicht des Schuldners muss dem andern Teil im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung erkennbar gewesen sein. Hat die Rechtshandlung im Abschluss einer Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten bestanden, ohne dass dieser zunächst davon Kenntnis erhielt, so ist für die Erkennbarkeit der Benach-

⁴⁸⁾ Brand 155 ff., BGE 30 II 164/5, Baudat 49 ff.

⁴⁹⁾ BGE 37 II 310. Vgl. dazu BGE 26 II 623 f., 30 II 138 f. Erw. 4, 164/5, 612 ff. Erw. 6, 33 II 661 f. Erw. 4, 670, Reichel Art. 288 N. 2, Brand 155 ff., Blumenstein, Handbuch 888/90, Jaeger Art. 288 N. 5, Baudat 49 ff., Fenkart 422 ff.

⁵⁰⁾ BGE 21, 286/7.

teiligungsabsicht der Zeitpunkt massgebend, in welchem der Begünstigte vom Vertrag erfuhr, spätestens der Zeitpunkt, in dem er Rechte daraus in Anspruch nahm⁵¹⁾.

Wie es zur Gutheissung einer Überschuldungspauliana genügt, wenn ein Vertreter des sichergestellten, durch ungewöhnliche Zahlungsmittel oder vorzeitig befriedigten Gläubigers von der Überschuldung des Schuldners Kenntnis hatte (vgl. hievor Schlussabs. von B d), so ist auch der Tatbestand der Deliktpauliana erfüllt, wenn einem Vertreter des „andern Teiles“ die Benachteiligungsabsicht des Schuldners erkennbar war⁵²⁾.

3. Rechtshandlung. Als einziges objektives Tatbestandsmoment verlangt Art. 288 eine Rechtshandlung des Schuldners. Darunter können „alle Rechtshandlungen“ fallen, die eine Verminderung der (pfändbaren) Aktiven oder eine Vermehrung der Passiven des Schuldners zur Folge gehabt haben, gleichgültig ob sie zweiseitiger oder einseitiger Natur seien und ob sie in einem *facere* oder in einem *omittere* bestanden haben. Von der Anfechtbarkeit ausgenommen sind die Rechtshandlungen höchstpersönlicher Natur (vgl. II 2 a). Kontrovers ist, ob die Pauliana auch da ausgeschlossen sei — wenngleich aus einem ganz andern Grunde —, wo das Zivilrecht unter bestimmten Voraussetzungen den geschädigten Gläubigern ein Klagerecht gewährt⁵³⁾.

Die sämtlichen in den Art. 286 und 287 aufgezählten Rechtshandlungen können auch nach Art. 288 anfechtbar sein. Das wird insbesondere dann von praktischer Bedeutung, wenn wegen Ablaufs der Sechsmonatefrist die Schenkungs- oder Überschuldungspauliana nicht zur Anwendung gelangen kann. Wird durch die Rechtshandlung

⁵¹⁾ BGE 64 III 90 f. Erw. 3; vgl. dazu Jaeger, Komm. VVG III Art. 82 N. 22.

⁵²⁾ BGE 26 II 624 Erw. 4 i. f., 30 II 163/4 Erw. 4, 34 II 382/3 Erw. 8, 40 III 402 Erw. 5, 64 III 90/1 Erw. 3 i. f.; Blumenstein, Handbuch 890, Jaeger Art. 288 N. 5 B.

⁵³⁾ Vgl. bei und in N. 13.

vom Schuldner in einer dem andern Teil erkennbaren Benachteiligungsabsicht eine unentgeltliche Verfügung getroffen (z. B. eine Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen), oder eine vertragliche oder gesetzliche Verbindlichkeit erfüllt (z. B. eine fällige Schuld bezahlt oder eine Sicherheit geleistet), so ist die Anfechtung nach Art. 288 zulässig, auch wenn die Voraussetzungen der Klagen nach Art. 286 und 287 nicht zu treffen⁵⁴⁾.

„Anfechtbar“ und „unerlaubt“ sind nicht Synonyma; die Bezeichnungen „Delikts“- und „Betrugspauliana“ sind denn auch nicht wörtlich zu verstehen. Allerdings kann eine nach Art. 288 anfechtbare Rechtshandlung zugleich den Tatbestand einer unerlaubten, ja selbst einer strafbaren Handlung erfüllen.

Besonderes rechtliches Interesse bieten folgende Rechtshandlungen:

Ein Spareinleger, dessen Guthaben die gemäss Art. 15 BkG in Klasse III privilegierte Summe von 5000 Fr. übersteigt, überträgt den Mehrbetrag einer Drittperson (Ehefrau, Kind), damit auch dafür im Falle eines Konkurses der Bank das Konkursvorrecht anerkannt werden muss. Wird die Übertragung in einem Zeitpunkt vorgenommen, wo der Spareinleger gerüchtweise erfahren hatte, dass seine Bank schlecht stehe und er, nach deren Vorschriften, die Möglichkeit nicht besass, den nicht privilegierten Betrag seiner Spareinlage ohne Kündigung zurückzuziehen, so steht der Anfechtbarkeit der Abtretung kein grundsätzliches Bedenken entgegen⁵⁵⁾. Denn wiewohl die Abtretung rechtlich zulässig ist, kann sie doch von einem Spareinleger, der sich selber in finanziellen Schwierigkeiten befunden hat, in der dem begünstigten Teil

⁵⁴⁾ BGE 23 I 340 ff. Erw. 4, 29 II 753 ff. Erw. 5, 34 II 789 Erw. 3, 36 II 143, 38 II 353 f. Erw. 3, 40 III 208, 43 III 346 Erw. 1; Brand 141 f., Jaeger Art. 288 N. 3 A p. 388, Baudat 44, Fenkart 415 ff.

⁵⁵⁾ Das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen in BGE 65 III 127 Erw. 3.

erkennbaren Absicht vorgenommen worden sein, seinen Gläubigern ein Exekutionsobjekt zu entziehen.

Ein Schuldner kann einen Vermögensgegenstand zum Verkehrswert veräussert oder gegen eine angemessene Gegenleistung (Darlehensgewährung) zu Pfand gegeben, aber den Kaufpreis oder die Pfandsumme zur Begünstigung einzelner Gläubiger verwendet haben. Das BG hat die Auffassung, dass für die Beurteilung der Frage der Anfechtbarkeit auch die indirekten Folgen des Veräusserungs- oder Belastungsgeschäftes in Betracht zu ziehen seien, anfänglich abgelehnt⁵⁶⁾, sich aber einige Jahre später ebenfalls zu eigen gemacht. „Nach feststehender Praxis genügt für die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung auch ein bloss mittelbarer Zusammenhang mit der tatsächlich eingetretenen Schädigung der Konkursmasse, sofern jene Rechtshandlung die Voraussetzung für diese Schädigung bildete und die beteiligten Personen sich des Zusammenhangs zwischen beiden bewusst waren oder bewusst sein mussten.“⁵⁷⁾

Wenn der Schuldner eine äquivalente Gegenleistung erhalten hat, die im Zeitpunkt der fruchtlosen Pfändung oder des Konkurses nicht mehr vorhanden war, so darf immerhin mit den letzten, die frühere Rechtsprechung etwas modifizierenden Urteilen des BG davon ausgegangen werden, dass der Austausch gleichwertiger Leistungen auch dann nicht anfechtbar ist, wenn der Gegenkontrahent die ungünstige finanzielle Lage des Schuldners gekannt hat, aber in guten Treuen zu deren Behebung beitragen wollte. „Die Anfechtungsklage, die den Schutz der Gläubiger bezweckt, will nicht verhindern, dass einem bedrängten Schuldner durch Gewährung von Zahlungsmitteln geholfen werde, sofern nur diese Hilfe

⁵⁶⁾ Für diese Auffassung Brand 121 f., dagegen BGE 29 II 390 ff. Erw. 4, 31 II 329 f. Erw. 7.

⁵⁷⁾ BGE 40 III 389; im gleichen Sinne schon 33 II 193 Erw. 4, 348, 34 II 789 f. Erw. 4, 39 II 375/6; ebenfalls Jaeger Art. 288 N. 3 A p. 387, Praxis I N. 3 A p. 105/6.

ernstlich als erfolgverheissend betrachtet werden kann“. Diese Regel trifft nur dann nicht zu, „wenn das angefochtene zweiseitige Rechtsgeschäft geradezu den Zweck verfolgte, dem Schuldner zu ermöglichen, über seine letzten Aktiven zum Schaden seiner Gläubiger verfügen zu können, und diese Absicht für die Gegenpartei erkennbar war“, „wenn damit zu rechnen war, dass die dem Schuldner zukommende Leistung ihrerseits in einer seinen Gläubigern nachteiligen Weise verwendet werde“.⁵⁸⁾ Fehlt es an diesen subjektiven Elementen, so bildet der Austausch gleichwertiger Leistungen keine anfechtbare Rechtshandlung, auch dann nicht, wenn die Gegenleistung (wie z. B. ein Geschäftskatalog) im Konkurs des Schuldners ihrer Natur nach an Wert bedeutend verloren hat.⁵⁹⁾

Der Abschluss einer Lebensversicherung zu Gunsten Dritter kann eine anfechtbare Handlung darstellen. Das VVG behält in Art. 82 die Vorschriften der Art. 285 ff. SchKG ausdrücklich vor⁶⁰⁾. Als anfechtbare Rechts handlungen fallen in Betracht: der Abschluss des Versicherungsvertrages (mit Klagerecht gegen den Versicherer), die Abtretung und Verpfändung des Versicherungsanspruchs (mit Klagerecht gegen den Zessionär und den Pfandnehmer), die Begünstigungserklärung (mit Klage recht gegen den Begünstigten). Der Umstand, dass eine (ihrem Betrage nach normale) Versicherung zu Gunsten der Ehefrau und der Nachkommen keine Schenkung darstellt, sondern eine auf ethischer Pflicht beruhende Fürsorgemassnahme, schliesst eine Anfechtung nach Art. 288 nicht aus, sofern die subjektiven Voraussetzungen bei dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten beweisbar sind — was freilich nur selten zutreffen dürfte⁶¹⁾.

⁵⁸⁾ BGE 53 III 78 ff., 63 III 155 f. Erw. 3, 65 III 147 Erw. 5.

⁵⁹⁾ BGE 63 III 155 Erw. 3.

⁶⁰⁾ Vgl. dazu namentlich Jaeger, Komm. VVG III Art. 82 222 ff.

⁶¹⁾ So auch das Bundesgericht in dem interessanten Fall BGE 64 III 85 ff. Doch ist die Frage bestritten; im gleichen

Neben den positiven Handlungen können auch Unterlassungen materiellrechtliche, für die Gläubiger nachteilige Wirkungen auslösen und zu einer Anfechtung Anlass geben. Dahin gehören namentlich absichtliche und bewusste Unterlassungen im Prozess- und Betreibungsverfahren: der Schuldner reicht keine Verteidigung ein, er bleibt im Termin aus, er erhebt gegen eine Betreibung, die für eine nicht oder nicht im geltend gemachten Umfang bestehende Forderung angehoben worden ist, nicht Rechtsvorschlag. War die Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht des Schuldners dem „andern Teil“ erkennbar, so steht den geschädigten Gläubigern die Anfechtungsklage gegen diesen zu Gebot⁶²⁾.

Gegenüber allen Rechtshandlungen, die mehr als fünf Jahre zurückliegen, ist die Anfechtungsklage ausgeschlossen. (Art. 292 und V. 2 e hienach.)

IV. Der Anfechtungsprozess.

1. Prozessparteien.

a) Aktivlegitimation.

Das Gesetz hat das Klagerecht, gemäss dessen akzessorischen und subsidiären Natur, wie folgt geordnet:

aa) Ausserhalb des Konkurses ist jeder Gläubiger aktiv legitimiert, der sich im Besitz eines provisorischen oder endgültigen Verlustscheins befindet. (Art. 285 Ziff. 1.) Der Verlustschein ist eine unerlässliche Voraussetzung zur Ausübung des Anfechtungsrechtes, eine Legitimationsurkunde; er kann nicht durch

Sinn Brühlmann 95 und 99, Vischer 86/7, Jaeger, Komm. VVG III Art. 82 N. 15, 21, 22; a. A. Ostertag-Hiestand, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2. Auflage 59.

⁶²⁾ BGE 23 I 738, 27 II 426, 65 III 136; Reichel Art. 288 Nr. 4, Brand 134 ff., Blumenstein, Handbuch 888, Baudat 38, Jaeger, Komm. und Praxis V Art. 288 N. 3 A.

einen auf andere Weise erbrachten Nachweis, dass der Schuldner zahlungsunfähig sei, ersetzt werden. Ein Pfandausfallschein, der in einer Betreibung auf Pfandverwertung ausgestellt worden ist (Art. 158), berechtigt nicht zur Anfechtungsklage, denn er dokumentiert nur, dass das Pfand zur Deckung der Forderung nicht hingereicht hat, besagt aber nicht, dass der Schuldner kein anderes pfändbares Vermögen hat⁶³⁾.

Der Verlustschein muss aus einer Betreibung auf Pfändung herrühren (Art. 115 Abs. 1 und Art. 149 SchKG) und im Zeitpunkt der Klageerhebung noch gültig sein. Der provisorische Verlustschein (die Pfändungsurkunde, wonach die gepfändeten Gegenstände mit ihren Schätzungs-werten dem Gläubiger nicht genügend Deckung bieten, Art. 115 Abs. 2 SchKG) verschafft nur ein resolutiv bedingtes Klagerecht: er fällt dahin und verliert jede Rechtswirkung, wenn die Betreibung, in der er ausgestellt worden ist, durch Zeitablauf erlischt infolge der Unterlassung des Gläubigers, die Verwertung der gepfändeten (ungenügenden) Vermögensobjekte zu verlangen und auf diese Weise gleichzeitig die Insuffizienz des Vermögens des Schuldners und die Höhe der ungedeckten Forderung durch einen endgültigen Verlustschein feststellen zu lassen⁶⁴⁾.

In einer Arrestbetreibung darf ein Verlustschein nicht ausgestellt werden und bildet auch die leere oder unge-nügende Pfändungsurkunde keinen Verlustschein gemäss Art. 115 SchKG, es wäre denn, dass Arrestort und Be-treibungs-ort zusammenfallen. Nur wenn dieser Ausnahmefall vorliegt und der Gläubiger aus den Arrestobjekten sowie den übrigen pfändbaren Gegenständen zusammen — sofern solche vorhanden sind — nicht befriedigt wird, darf ihm ein Verlustschein ausgehändigt werden, dem die

⁶³⁾ BGE 26 II 476 ff. Erw. 2, 33 II 710 f. Erw. 2, 57 III 65; Brand 69 ff., Blumenstein, Handbuch 860/1, Jaeger Art. 285 N. 3 A und 3 B b, Baudat 89 ff., 209 ff.

⁶⁴⁾ BGE 37 II 500 ff. Erw. 3, 39 II 385 f. Erw. 4, 47 III 93, 53 III 215/6; Jaeger Art. 285 N. 3 A p. 362.

Eigenschaft eines Legitimationstitels für die Anfechtungsklage zukommt⁶⁵⁾.

Das Anfechtungsrecht ist, wenn auch akzessorischer, so doch nicht höchstpersönlicher Natur. Folgerichtig geht es, wie das BG entschieden hat, bei einem Gläubigerwechsel mit der Forderung über⁶⁶⁾. Wer eine Verlustscheinsforderung erwirbt, sei es durch Vertrag oder gesetzliche Subrogation, ist in gleicher Weise zur Anfechtungsklage legitimiert wie der Gläubiger, auf dessen Namen der Verlustschein lautet.

Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der anfechtbaren Rechtshandlung und der Verlustscheinsforderung des Klägers ist nicht erforderlich; die Anfechtbarkeit hat nicht zur Voraussetzung, dass gerade die angefochtene Handlung das Zahlungsunvermögen des Schuldners herbeigeführt habe; ferner besitzt auch ein Verlustscheingläubiger die Aktivlegitimation, dessen Forderung erst nach der anfechtbaren Rechtshandlung entstanden ist⁶⁷⁾.

Hingegen ist unerlässlich, dass der Verlustschein — auch der endgültige — während der ganzen Dauer des Prozesses zu Recht besteht, m. a. W. dass die durch ihn beurkundete Forderung in der Zwischenzeit nicht befriedigt oder als unbegründet erklärt worden ist. Ferner ist die Klage nur für die Verlustscheinsforderung gegeben; der Verlustschein bildet nicht einen allgemeinen Legitimationstitel in dem Sinn, dass sein Inhaber darauf gestützt die Anfechtungsklage auch auf andere Forderungen, die ihm gegen den Schuldner zustehen mögen, ausdehnen darf⁶⁸⁾.

⁶⁵⁾ BGE 31 I 372/3, 39 II 384 Erw. 3; Jaeger Art. 285, Komm. N. 3 B d, Praxis I N. 3 B.

⁶⁶⁾ BGE 55 III 172; ebenso schon Reichel Art. 285 N. 9, Brand 228.

⁶⁷⁾ BGE 22, 225 Erw. 2; Brand 128, Blumenstein, Handbuch 861, Jaeger Art. 285 N. 2.

⁶⁸⁾ BGE 22, 225/6 Erw. 3, 26 II 476 ff. Erw. 2, 53 III 215 f. Erw. 1; Reichel Art. 285 N. 9, Brand 72 ff., 105 ff., 227 ff., Blumenstein, Handbuch 862, Jaeger Art. 285 N. 2, Baudat 90/1.

Wenn in einem und demselben Forderungsverhältnis mehrere Solidargläubiger oder mehrere Solidarschuldner vorhanden sind, und nur ein Gläubiger gegen einen Schuldner einen Verlustschein erhalten hat, so wirkt sich dieser nicht auch zu Gunsten der andern Gläubiger und zu Lasten der andern Schuldner aus. Der Verlustschein legitimiert nur den betreibenden Gläubiger zur Anfechtung von Rechtshandlungen, die der von ihm betriebene und ausgepfändete Schuldner vorgenommen hat (abgesehen von der Zulässigkeit der Abtretung der Verlustscheinsforderung).

Es entspricht durchaus der formellen Ordnung unseres Gesetzes, dass das BG die Legitimation zur Anfechtungsklage in folgendem Falle verneint hat:⁶⁹⁾ Der über eine Kollektivgesellschaft eröffnete Konkurs war mangels Aktiven und Sicherstellung der Kosten des Verfahrens eingestellt worden. Nach Ablauf der Frist von sechs Monaten, innerhalb welcher die Gesellschafter noch der Konkursbetreibung unterlagen, leitete ein Gläubiger der Gesellschaft gegen sie Betreibung auf Pfändung ein, erhielt gegen alle Verlustscheine und focht darauf gestützt eine Rechts-handlung der Kollektivgesellschaft an. Das Gericht musste sie als unzulässig abweisen, weil durch die angefochtene Handlung den Verlustscheinsgläubigern nicht Vermögen der Verlustscheinsschuldner entzogen worden war, sondern solches der Kollektivgesellschaft, gegen die ein Verlustschein nicht vorlag.

Die Aktivlegitimation des Klägers ist eine Prozessvoraussetzung und darum in jedem Stadium des Prozesses und in jeder Instanz von Amtes wegen zu prüfen. Überdies steht dem Beklagten die Einrede offen, dass der Verlustscheinsinhaber eine Forderung in Wirklichkeit nie gehabt habe — dass sie z. B. fingiert sei, dass der Schuldner absichtlich oder unabsichtlich den Rechts-vorschlag unterlassen habe —, oder jetzt nicht mehr be-

⁶⁹⁾ BGE 65 III 137 ff.

sitze — indem sie seit Ausstellung des Verlustscheins getilgt worden sei (wozu auch der Anfechtungsgegner jederzeit berechtigt ist) —. Gelingt der Nachweis für diese Einrede, so muss die Klage wegen fehlender Aktivlegitimation ohne materielle Prüfung abgewiesen werden. Wie sich schon Reichel in seinem Vortrag vom Jahre 1894 zutreffend ausgedrückt hat, enthält der Verlustschein nicht eine *praesumptio juris et de jure* für die Legitimation des Inhabers⁷⁰⁾.

Die Frage ist verschieden beantwortet worden, ob das Legitimationsprinzip auch für die einredeweise Anfechtung einer Rechtshandlung gelte. Angesichts der bestimmten Fassung des Gesetzes und der Natur des Anfechtungsanspruches musste die Auffassung sich durchsetzen, die auch von mehreren kantonalen Gerichten vertreten worden ist, dass der Besitz eines provisorischen oder endgültigen Verlustscheines auch dann eine unerlässliche Voraussetzung der Aktivlegitimation ist, wenn eine Rechtshandlung auf dem Wege der Einrede oder der Widerklage angefochten werden will⁷¹⁾.

Keine Legitimation zur Anfechtung ausserhalb des Konkurses begründet der Konkursverlustschein. Diesem kommt für das Anfechtungsrecht überhaupt keine Bedeutung zu; denn entweder ist die anfechtbare Rechts handlung vor der Konkurseröffnung begangen worden — dann kann deren Anfechtbarkeit nur von der Konkursmasse geltend gemacht werden oder von den einzelnen

⁷⁰⁾ Reichel in ZbJV 30, 619/20, zustimmend Rossel in JdT 43, 296/7; im gleichen Sinn die in N. 67 zit. Autoren, ferner die bundesgerichtliche Praxis: BGE 22, 225/6 Erw. 3, 26 II 214 Erw.5, 37 II 503/4, 39 II 385 f. Erw. 4, 53 III 215 f. Erw. 1.

⁷¹⁾ Bern in ZbJV 31, 61/2 und 78, Zürich in SJZ 3, 176 Nr. 585, Waadt im gleichen Band 303 Nr. 878; in der Doktrin im gleichen Sinn Brand 280 ff., Blumenstein, Handbuch 864, Jaeger Art. 285 N. 2, Baudat 92 f.; a. A. Reichel in ZbJV 30, 614 ff. — jedoch abgeschwächt im Kommentar Art. 285 N. 10 —, Rossel im JdT 43, 292 ff.

Konkursgläubigern, denen der Anfechtungsanspruch gemäss Art. 260 oder 269 abgetreten worden ist (vgl. unter bb hienach) —, oder sie fällt in die Zeit nach dem Schluss des Konkursverfahrens — dann kann sie in keiner Weise auf den vom Gläubiger im Konkurs erlittenen Verlust Einfluss gehabt haben —. Erst durch eine fruchtlose Pfändung kann in einem solchen Fall nachgewiesen werden, dass der Schuldner keine oder nicht genügende pfändbare Aktiven besitzt, und erst damit erwirbt der Gläubiger die Legitimation, die Zwangsvollstreckung in Vermögensobjekte zu betreiben, deren sich sein (angeblich zu neuem Vermögen gelanchter) Schuldner auf anfechtbare Weise entäussert haben soll⁷²⁾.

bb) Im Konkurse sind zur Anstellung der Anfechtungsklage berechtigt: „die Konkursverwaltung oder, nach Massgabe der Art. 260 und 269 Abs. 3, jeder einzelne Konkursgläubiger“ (Art. 285 Ziff. 2).

Nach Art. 200 SchKG gehört zur Konkursmasse „ferner alles, was nach Massgabe der Art. 214 und 285 bis 292 Gegenstand der Anfechtungsklage ist“. Diese Fassung könnte zu der Annahme verleiten, dass das Anfechtungsrecht ein Bestandteil des Vermögens des Schuldners sei. Allein damit würde die rein exekutionsrechtliche und akzessorische Natur des Anfechtungsrechtes verkannt. Wer eine anfechtbare Rechtshandlung im Sinne der Art. 285 ff. SchKG vorgenommen hat, besitzt gegen seinen Mitkontrahenten oder den von ihm Begünstigten keinen zivilrechtlichen Anspruch, wie z. B. derjenige, der durch Irrtum, absichtliche Täuschung oder Furchterregung zum Abschluss eines Vertrages veranlasst worden ist. Auf Aktiven, die ein Schuldner auf nur anfechtbare Weise aus seinem Vermögen weggegeben hat, verliert er alle irgendwie gearteten Ansprüche. Hingegen dienen sie den Gläubigern, die zu Verlust gekommen sind, als Exekutions-

⁷²⁾ BGE 23 II 1724 Erw. 3, 28 II 153 Erw. 3, waadtl. OG in SJZ 4, 23 Nr. 78; Brand 69 f., Jaeger Art. 285 N. 3 B a.

objekte, ausserhalb des Konkurses den Gläubigern, die nach durchgeföhrter Betreibung einen Verlustschein erhalten haben, im Konkurse den sämtlichen Gläubigern, den pfandgesicherten, privilegierten und nicht privilegierten, deren Rechte insgesamt durch die Konkursverwaltung wahrgenommen werden.

Das Anfechtungsrecht ist im Konkurs ein Aktivum der Masse, das nur von der Konkursverwaltung geltend gemacht werden kann oder, wenn die Gesamtheit der Gläubiger darauf verzichtet hat, an Stelle und im Auftrag der Konkursverwaltung von den Konkursgläubigern, die es sich gemäss Art. 260 oder 269 SchKG abtreten liessen. Die Abtretung ist eine notwendige, von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung.

Ein selbständiges, für sich verwertbares Anfechtungsrecht gibt es nicht. Da diese Rechtslage gelegentlich verkannt worden ist, hat das BG in Art. 79 KV, vom 13. Juli 1911, ausdrücklich vorgeschrieben, dass Anfechtungsansprüche nach Art. 285 ff. SchKG weder versteigert noch sonstwie veräussert werden dürfen.

Aktiv legitimiert zur Anfechtungsklage sind demnach im Konkurse nur die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger im Sinne der Art. 260 oder 269, nicht auch Konkursgläubiger, die in einem fröhern Betreibungsverfahren oder im Konkursverfahren Verlustscheine gegen ihren Schuldner erhalten haben und geltend machen wollen, der Schuldner habe — vor der Eröffnung oder nach Schluss des Konkurses — eine anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen⁷³⁾.

Auch im Konkurse ist neben der Anfechtungsklage die Anfechtungseinrede zulässig. Hat die Konkursverwaltung die Anfechtungseinrede erhoben — durch gänzliche oder teilweise Abweisung der Konkursforderung —,

⁷³⁾ BGE 23 II 1724 Erw. 3, 28 II 153 Erw. 3, 33 I 255 ff. Erw. 1, 45 III 142 ff., 50 III 158/9, 62 III 165 ff.; Reichel Art. 285 N. 9 b, Brand 109 ff., 236 ff., 317 ff., Blumenstein, Handbuch 858 ff., Jaeger Art. 285 N. 4, Baudat 94 ff.

so ist das Anfechtungsrecht konsumiert und kann nicht mehr Gegenstand der Abtretung bilden⁷⁴⁾.

Hat die Konkursverwaltung eine Konkursforderung im Kollokationsplan zugelassen, deren Abweisung einzelne Konkursgläubiger verlangen wollen, weil sie auf anfechtbare Weise begründet worden sei, so bedürfen sie dazu keiner Abtretung, sondern sie sind auf Grund von Art. 250 Abs. 2 SchKG ohne weiteres legitimiert. Wenngleich sie in diesem Fall formell als Kläger auftreten, indem sie die Kollokation angreifen, so machen sie in Wirklichkeit doch die Anfechtbarkeit des Bestandes oder des Ranges oder der Höhe der Forderung einredeweise geltend⁷⁵⁾.

Ähnlich wie ausserhalb des Konkurses die Aktivlegitimation eines Verlustscheininhabers wegfällt, dessen Forderung befriedigt worden ist oder nicht bestanden hat (vgl. bei N. 7 hievor), so geht auch im Konkurse die Aktivlegitimation der Konkursverwaltung oder der Abtretungsgläubiger unter, wenn feststeht, dass der Gemeinschuldner in Wirklichkeit nicht unter seinen Sachen steht, dass gegenteils das Massevermögen zur vollständigen Deckung aller Konkursgläubiger genügt hat oder genügen wird. Der Abschluss und Widerruf des Konkurses darf in einem solchen Fall nicht unterbleiben, um einen Anfechtungsprozess fortzuführen, der im Interesse der Gläubiger nicht nötig und im Interesse des Gemeinschuldners nicht zulässig ist⁷⁶⁾.

cc) Eine Sonderregelung ist für die Aktivlegitimation zur Geltendmachung der Anfechtbarkeit im Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen

⁷⁴⁾ BGE 62 III 163 ff.

⁷⁵⁾ Vgl. die in N. 73 zit. Urteile und Autoren, sowie BGE 21, 284 f. Erw. 5 — wo freilich unzutreffenderweise von einer Anerkennung der angemeldeten Konkursansprache im „Prüfungs-termin“ gesprochen wird —, 21, 668 Erw. 3 — wo noch die „nullité“ als Ziel der Klage bezeichnet worden ist —, 29 II 388 ff. Erw. 3, 33 II 683 ff.

⁷⁶⁾ Vgl. dazu den interessanten Fall in BGE 53 III 215 ff.

getroffen worden. Nach der bundesgerichtlichen Verordnung vom 11. April 1935 (Art. 31 und 37) sind die Liquidatoren und die einzelnen Gläubiger, denen die Rechte gemäss Art. 260 abgetreten worden sind, zur klage- und einredeweisen Geltendmachung eines Anfechtungsanspruchs befugt (vgl. hievor unter II. Ziff. 1).

Dem Bankengesetz unterstehen „die Banken, Privatbankiers (Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen sowie diejenigen bankähnlichen Finanzgesellschaften, die sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen“ (Art. 1). Für diese Institute enthält das Gesetz besondere Vorschriften über das Konkurs- und Nachlassverfahren (Art. 36 und 37), die bundesrätliche Vollziehungsverordnung die Ausführungsbestimmungen (Art. 44 bis 57). In ihrem Art. 54 Abs. 5 hat sie dem BG die Befugnis erteilt, „für das Nachlassverfahren weitere Vorschriften aufzustellen, die vom Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs abweichen dürfen“. Von dieser Ermächtigung hat das BG in seiner Verordnung Gebrauch gemacht. Wie sich aus ihrem Ingress klar ergibt, bezieht sie sich nur auf die dem Bankengesetz unterstehenden Institute. Zu einer weitergehenden Legiferierung hätte dem BG die Kompetenz gefehlt. Seine Verordnung dürfte daher ebenso wenig wie das Bankengesetz „auf alle Nachlassverträge mit Vermögensabtretung analog angewendet werden“.⁷⁷⁾ Für die Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung gelten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Nachlassvertrag, die für die Anfechtung einzelner Rechtshandlungen des Nachlassschuldners keinen Raum lassen. Ein Anfechtungsanspruch gehört, kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (Art. 200), wohl zur Konkursmasse, nicht aber zum Vermögen eines (Konkurs- oder Nachlass-) Schuldners. Schliesst ein Konkursverfahren mit einem Nachlassvertrag ab, so gibt es keine Konkursmasse mehr, logischerweise auch kein

⁷⁷⁾ So Daeniker-Schlumpf in Praxis V 285 N. 3, doch ohne Begründung.

(akzessorisches) Anfechtungsrecht der Masse mehr und keine Befugnis es abzutreten⁷⁸⁾.

Die Aktivlegitimation zur Anfechtungsklage oder Einrede besteht sonach nur im Bankennachlassverfahren ohne Konkursöffnung über den Schuldner. Betreibungsverlustscheine kommen nicht in Frage, weil die Banken und Sparkassen ihrer Natur nach nicht der Betreibung auf Pfändung unterliegen und der im Hinblick auf Art. 43 SchKG theoretisch denkbare Fall, dass eine Bank oder Sparkasse für Steuern oder öffentliche Abgaben ausgepfändet werden könnte, schon vor dem Inkrafttreten des Bankengesetzes nie praktisch geworden war und seither ganz ausgeschlossen ist.

b) Passivlegitimation.

Die Anfechtungsklage kann ausserhalb des Konkurses und im Konkurse gegen die gleichen drei Kategorien von Personen angestellt werden (Art. 290):

aa) „gegen diejenigen Personen, welche mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise befriedigt worden sind.“ Diese Ausdrucksweise ist zu eng; sie umfasst z. B. einseitige Begünstigungshandlungen des Schuldners nicht, wiewohl deren Anfechtbarkeit in Art. 286 und 287 besonders erwähnt ist. Der Sinn des Gesetzes geht dahin, dass alle Personen (physische, juristische, sowie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, dazu jetzt auch Gesellschaften m. b. H.), die durch eine anfechtbare Rechts-handlung des Schuldners direkt oder indirekt aus dessen Vermögen etwas erhalten haben, als Anfechtungsbeklagte in Betracht fallen. Der empfangene Vermögenswert kann in der Übertragung eines Gegenstandes oder in der Einräumung eines (dinglichen oder persönlichen) Rechtes oder in der Befreiung von einer Verbindlichkeit bestanden haben. Eine Solidarverpflichtung entsteht

⁷⁸⁾ Im gleichen Sinn der grundsätzliche Entscheid in BGE 57 III 66 ff., gleichfalls Jaeger Art. 285 N. 4 p. 367.

nicht, wenn durch eine und dieselbe Handlung mehreren Personen etwas zugewendet worden ist, sondern jede haftet für das, was ihr zugekommen ist⁷⁹⁾.

bb) gegen die Erben der unter aa bezeichneten Personen.

War der Anfechtungsanspruch bereits gegen den Erblasser vorhanden, so bildet er ein Passivum der Erbschaft und geht mit dieser von Gesetzes wegen auf die Erben über. Aber auch wenn ein Anfechtungsanspruch erst nach dem Tode des begünstigten Erblassers zur Entstehung gelangt (indem z. B. der Schuldner erst nachher ausgepfändet wird oder in Konkurs fällt), so richtet sich eine Anfechtungsklage aus einem vom Erblasser vorgenommenen Rechtsgeschäft gegen die Erben, gleichgültig ob sie von der Rechtshandlung Kenntnis hatten oder nicht. Diese Regeln gelten auch gegenüber dem Gemeinwesen, wenn ihm infolge Fehlens erb berechtigter Personen die Erbschaft anfällt.

Mehrere Erben haften solidarisch, auch nach Abschluss der Teilung (Art. 603 und 639 ZGB). Wird die Erbschaft ausgeschlagen oder amtlich liquidiert, so ist die Nachlass- (Liquidations-) masse passiv legitimiert⁸⁰⁾.

Ganz ausnahmsweise kann der Schuldner Anfechtungsbeklagter werden, nämlich dann, wenn er Erbe des durch die anfechtbare Rechtshandlung Begünstigten geworden ist und die Anfechtbarkeit des Erwerbes des letztern bestreitet. Dieser exzessionelle Fall kann eintreten nach Abschluss sowohl eines Betreibungs- als auch eines Konkursverfahrens.

Gleich wie die erb rechtliche ist auch jede andere Universalsukzession zu behandeln. Wer z. B. eine Firma, die durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft Vermögenswerte

⁷⁹⁾ BGE 30 II 159/60, 33 II 348, 659/60 Erw. 1, 34 II 383 Erw. 9, 791 Erw. 6; Reichel Art. 290 N. 3, Brand 241 f., Jaeger Art. 290 N. 1, Baudat 106 ff.

⁸⁰⁾ Reichel Art. 290 N. 3, Brand 242 ff., Jaeger Art. 290 N. 2, Baudat 110.

des Schuldners erhalten hat, mit Aktiven und Passiven übernimmt, ist zur Anfechtungsklage passiv legitimiert⁸¹⁾, selbst wenn er persönlich um die Anfechtbarkeit des Erwerbes nicht gewusst haben sollte.

cc) gegen bösgläubige Dritte.

Unter den „Dritten“ sind, wie sich aus der Entstehung der Bestimmung ergibt⁸²⁾, die Singulärsukzessoren des ersten Erwerbers („gli altri aventi causa“) zu verstehen, nicht z. B. auch dessen Gläubiger, die er mit einer auf anfechtbare Weise erhaltenen Zahlung befriedigt hat. Die Singulärsukzessoren sind aber, anders als die Universalsukzessoren, passiv nur dann legitimiert, wenn sie „bösgläubig“ erworben haben. Andere Dritte, wie Bürgen und Pfandbesteller, die durch eine Zahlung des Schuldners von ihren Verpflichtungen befreit worden sind, fallen in die erste Kategorie der belangbaren Personen, wenn sie den Schuldner zu der Zahlung veranlasst haben⁸³⁾). Sind sie aber ohne ihr Dazutun frei geworden, so gilt auch für sie der Schlussatz des Art. 290, dass die Rechte gutgläubiger Dritter durch die Anfechtungsklage nicht berührt werden; es fehlt ihnen die Passivlegitimation.

„Bösgläubig“ ist der Dritte, der wusste oder wissen konnte, dass der Rechtserwerb seines Vormannes anfechtbar war, gleichgültig ob auf Grund einer Schenkungs-, Überschuldungs- oder Deliktspauliana⁸⁴⁾.

⁸¹⁾ BGE 29 II 755/6 Erw. 7.

⁸²⁾ Vgl. Brand 244/5; übereinstimmend Reichel Art. 290 N. 3, Jaeger Art. 290 N. 3 B, Baudat 110 ff., BGE 25 II 185, 51 III 207; a. A. Blumenstein, Handbuch 863 bei und in N. 23.

⁸³⁾ BGE 33 II 348, 661 ff. Erw. 4, 34 II 789 f. Erw. 4, 51 III 206/7.

⁸⁴⁾ Brand 246 ff., Baudat 111 ff.; abweichend Reichel Art. 285 N. 4, der dem Dritten gegenüber nur eine Klage aus Art. 288 für gegeben erachtet, sowie Jaeger Art. 285 N. 3 B, der in Anlehnung an das deutsche Recht Kenntnis oder Erkennbarkeit „der Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes des Rechtsvorgängers begründeten“, verlangt.

Wer diese Kenntnis oder Erkennbarkeit nicht besass, ist gutgläubiger Dritter; er verbleibt unangefochten bei seinen Rechten und ist zur Anfechtungsklage passiv nicht legitimiert⁸⁵⁾.

2. Prozessrechtliche Normen.

a) Gerichtsstand.

Das SchKG enthält keine Bestimmung über den Gerichtsstand der Anfechtungsklage. Aus ihrer Natur als einer persönlichen Klage ergibt sich, dass sie in der Regel am Wohnort des Beklagten anzubringen ist, und dass der Anfechtungsgegner sich auf Art. 59 BV berufen kann, wenn er an einem andern Ort belangt wird⁸⁶⁾. Ob für die Klage aus Art. 288 auch das forum delicti commissi begründet ist, erscheint fraglich⁸⁷⁾. Das BG hat als Staatsgerichtshof im Jahre 1909 entschieden, dass es keine Willkür bedeutet, wenn eine solche Klage als eine Klage aus unerlaubter Handlung betrachtet und vom Bezirksgericht, „in dessen Bezirk der Schaden zugefügt worden ist“, entgegengenommen wird. Sei auch die Deliktsnatur der sog. Deliktpauliana bestritten, so könne doch die Ansicht, dass es sich wirklich um eine Deliktsklage handle, nicht als „durchaus haltlos“ bezeichnet werden. In einem Urteil aus dem Jahre 1918 hat sich das Bundesgericht als Zivilgerichtshof dahin ausgesprochen: „Die Haftung nach Art. 285 ff. SchKG ist nicht eine solche aus Delikt, sondern aus einem besonders gearteten, durch gesetzliche Ausnahmesatzung geschaffenen Tatbestand (obligatio ex

⁸⁵⁾ Brand 253, Jaeger Art. 290 N. 4.

⁸⁶⁾ BGE 24 II 926 Erw. 6; Brand 283, Jaeger Art. 285 N. 1 A p. 357, Art. 289 N. 1 D; a. A. Blumenstein, Handbuch 857/8, der die Anfechtungsklage zu den „betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse“ rechnet und darum als Gerichtsstand nur denjenigen des Betriebsortes bzw. der Konkurseröffnung als gegeben erachtet.

⁸⁷⁾ Dafür Brand 284, Meili 175, sowie das aarg. OG in dem in der folgenden N. an erster Stelle zitierten Fall.

lege).⁸⁸⁾ Danach dürfte es sich für die Praxis empfehlen, auch die Deliktpauliana nur am Wohnort des Beklagten einzureichen, es wäre denn, dass sie mit einer Klage aus unerlaubter Handlung, für die das kantonale Recht das *forum delicti commissi* anerkennt, verbunden werden könnte.

Wird die Anfechtbarkeit einer Forderung geltend gemacht, um deren Zulassung im Kollokationsplan abzulehnen (durch die Konkursverwaltung) oder anzufechten (durch einzelne Gläubiger), so bestimmt sich der Gerichtsstand nicht nach dem Wohnort des Beklagten, sondern nach dem Ort des Kollokationsprozesses, d. i. der Ort der Pfändung oder Konkurseröffnung, also in der Regel der Wohnort des Schuldners⁸⁹⁾, im Falle der Konkurseröffnung über eine Geschäftsniederlassung in der Schweiz eines im Ausland wohnenden Schuldners (Art. 50 Abs. 1) der Ort jener Geschäftsniederlassung.

b) Verfahren.

Für eine Anzahl von Streitigkeiten hat das SchKG die Kantone angewiesen (Art. 25 Ziff. 1), Bestimmungen für deren Durchführung im beschleunigten Verfahren aufzustellen. Zu diesen Streitigkeiten (aus Art. 111, 148, 157, 250, 265 Abs. 3, 279, 284) gehören die Anfechtungsprozesse nicht, sofern sie nicht als Kollokationsprozesse zum Austrag gelangen. Sie sind daher von Bundesrechts wegen im ordentlichen Verfahren durchzuführen. Doch stand es den Kantonen frei, auch für die Anfechtungsprozesse das beschleunigte Verfahren vorzuschreiben. Von dieser Befugnis haben einige Kantone Gebrauch gemacht⁹⁰⁾. Soweit dies geschehen ist, gelten die kantonalen Bestimmungen. Diese sind auch dafür massgebend, welche Rechts-

⁸⁸⁾ BGE 35 I 533 Erw. 3, 44 III 207 Erw. 1.

⁸⁹⁾ Brand 280, 282, Jaeger Art. 250 N. 4, Art. 289 N. 1 D.

⁹⁰⁾ Vgl. Sammlung der kantonalen Einführungsgesetze zum SchKG, herausgegeben von Brand und Wasem, 1904, dritter Titel, p. 91 bis 206.

mittel zulässig sind, wo, wie und innert welcher Frist sie eingereicht werden müssen.

Die Berufung ans BG hingegen richtet sich nach den Art. 59, 63, 65 und 67 OG, wonach sie bei einem Streitwert von wenigstens 4000 Fr. zu Gebote steht und binnen 20 — nicht bloss 5 — Tagen seit Zustellung des schriftlichen kantonalen Urteils zu erklären ist, mit Bezeichnung der tatsächlichen Feststellungen, die als aktenwidrig angefochten werden und unter Einreichung einer Rechtsschrift, wenn der Streitwert 8000 Fr. nicht erreicht⁹¹⁾.

c) Beweisvorschriften.

aa) Beweismittel. Das den Kantonen vorbehaltene Prozessrecht bestimmt auch für die Anfechtungsklage, welche Beweismittel den Parteien zur Verfügung stehen und in welcher Form und in welchem Stadium sie im Prozess anzurufen sind. Es gehört mit zur verfassungsmässigen Kompetenz der Kantone, das Prozessverfahren zu ordnen — die nicht eingeschränkt worden ist —, dass sie bestimmte Personen als Zeugen oder Sachverständige ausschliessen⁹²⁾, oder den Parteid abschaffen dürfen. Voraussetzung ist freilich, dass solche Prozessbestimmungen allgemeine Geltung haben und nicht eine Verletzung der Rechtsgleichheit oder eine Rechtsverweigerung involvieren.

bb) Freie Beweiswürdigung. Ganz anders verhält es sich mit den kantonalen Vorschriften über den Beweiswert der zulässigen Beweismittel. In dieser Richtung hat der eidgenössische Gesetzgeber einen Eingriff in das Hoheitsrecht der Kantone vorgenommen, indem er die Beurteilung der Anfechtungsklage „unter Würdi-

⁹¹⁾ Vgl. BGE 21, 413 Erw. 1 und 823, 22, 449 und 887 Erw. 1, 34 II 397 Erw. 2.

⁹²⁾ Reichel Art. 289 N. 1, Brand 291/2, Blumenstein, Handbuch 865 bei und in N. 28; a. A. mit Bezug auf die Ausschliessung von Zeugen Jaeger Art. 289 N. 1 A e, sowie neuenburg. OG in SJZ 10, 159 f.

gung der Umstände nach freiem Ermessen“ zum ausnahmslosen Prinzip erhoben hat (Art. 289). Damit sind formelle Beweisvorschriften des Inhaltes nicht vereinbar, dass eine bestimmte Tatsache nur durch zwei klassische Zeugen oder durch Urkunden (bestimmter Art), oder durch Sachverständige bewiesen werden könne⁹³⁾. Aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, die nicht nur ein Recht, sondern zugleich eine Pflicht des Richters ist, folgt weiter, dass der Richter sich dieser Pflicht nicht durch Auferlegung des Erfüllungseides an eine der Streitparteien entziehen darf. Das wird in der Doktrin einhellig angenommen⁹⁴⁾. Dagegen ist die Frage verschieden beantwortet worden, ob der (zugeschobene) Parteid, den einige kantonale Prozessordnungen noch kennen, für den Richter bindende Wirkung habe oder ob er nicht mit der freien Beweiswürdigung unvereinbar sei⁹⁵⁾. Das BG hat die Frage der Zulässigkeit des Erfüllungseides offen gelassen und bis jetzt nicht Veranlassung gehabt, zur Frage, ob der Parteid zuzulassen sei und wenn ja, welche Beweiskraft ihm im Anfechtungsprozesse zukomme, Stellung zu nehmen⁹⁶⁾.

Bei wörtlicher Auslegung des Art. 289 käme man zum Schluss, dass die freie Beweiswürdigung nur für die Anwendung der Art. 286—288 gelte. Doch geht der Sinn des Gesetzes dahin, dass der Richter nach freiem Ermessen nicht bloss zu beurteilen hat, ob ein anfechtbarer Tatbestand verwirklicht ist, sondern überdies ganz allgemein, ob und in welchem Umfang die Parteien aktiv und passiv legitimiert sind, wie hoch der Streitwert ist, welche Auswirkungen das Urteil für den Fall der Gutheissung der

⁹³⁾ BGE 26 II 466 Erw. 2; Reichel Art. 289 N. 1, Brand 289, Blumenstein, Handbuch 865/6, Jaeger Art. 289 N. 1 A b.

⁹⁴⁾ Brand 290 f., Blumenstein, Handbuch 866 N. 30, Jaeger Art. 289 N. 1 f., Hangartner 97.

⁹⁵⁾ Dazu haben sich in verschiedener Weise geäussert Reichel Art. 289 N. 1, Brand 289 f., Blumenstein, Handbuch 866 N. 29, Jaeger Art. 289 N. 1 f., Hangartner 97.

⁹⁶⁾ BGE 26 II 466/7 Erw. 2.

Klage gegenüber dem oder den Beklagten hat, m. e. W., dass der Richter den gesamten Prozesstoff nach freiem Ermessen zu würdigen hat⁹⁷⁾.

cc) Bedeutung für das Bundesgericht. Nach Art. 81 OG hat das BG die Feststellungen des kantonalen Gerichts, soweit sie tatsächliche Verhältnisse betreffen, als richtig anzunehmen, es wäre denn, dass eine Feststellung mit dem Inhalte der Akten im Widerspruch stände oder auf einer bundesgesetzlichen Bestimmungen verletzenden Würdigung des Beweisergebnisses beruhte; dagegen ist das BG in bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen frei.

Diese Ordnung besteht neben dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der schon für Streitigkeiten aus dem BG betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen, vom 1. Heumonat 1875, durch den Bundesgesetzgeber eingeführt worden ist (Art. 11)⁹⁸⁾. „Allein die Gebundenheit (des BG an den kantonalen Tatbestand) erstreckt sich nur auf die tatsächlichen Elemente, auf das, was an tatsächlichem Material die Parteivorbringen und die Beweisführung zu Tage gefördert haben, während die Schlussfolgerungen, die hieraus im Hinblick auf die Frage der Anfechtbarkeit gezogen wurden, weil dabei auch rechtliche Auffassungen und Fragen der Gesetzesinterpretation mitspielen, der Nachprüfung des BG unterstehen müssen.“⁹⁹⁾. Demgemäß hat das BG mit Recht die Befugnis für sich in Anspruch genommen, anhand der aktenkundigen Tatsachen selbständig zu entscheiden, ob eine unentgeltliche Verfügung getroffen worden sei, ein Miss-

⁹⁷⁾ Reichel Art. 289 N. 2, Brand 285 ff., Blumenstein, Handbuch 865, Jaeger Art. 289 N. 1 A.

⁹⁸⁾ Das BG von 1875 ist ersetzt worden durch das BG betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post, vom 28. März 1905, AS 21, 378 ff. (vgl. dessen Art. 20).

⁹⁹⁾ BGE 26 II 620; ebenso 27 II 278 f. Erw. 3, 28 II 160 f. Erw. 3; in gleichem Sinn Brand 293/4, Jaeger Art. 289 N. 1 C.

verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorgelegen habe, der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Sicherheitsleistung oder Zahlung überschuldet gewesen sei, ob er übliche Zahlungsmittel verwendet habe, ob der Begünstigte von der Überschuldung nicht Kenntnis gehabt habe, ob der Schuldner die angefochtene Rechts-handlung in Benachteiligungs- bzw. Begünstigungsabsicht vorgenommen habe, ob diese Absicht dem „andern Teil“ erkennbar gewesen sei¹⁰⁰⁾.

Es steht dem BG zu, alle äussern Vorgänge unabhängig von ihrer Beurteilung durch die kantonalen Gerichte zu würdigen und aus ihnen die rechtlichen Schlüsse zu ziehen.

dd) Beweislast. Es sind alte Streitfragen, ob die Vorschriften über die Beweislast dem Prozessrecht oder nicht vielmehr dem materiellen Recht zuzurechnen seien und ob man nicht richtiger von einem Beweisrecht statt von einer Beweislast spreche. Es erübrigt sich, darauf einzutreten, denn gleichgültig ob die kantonalen Zivil-prozessordnungen noch vollständig auf dem Boden der alten Verhandlungsmaxime stehen, oder ob sie mehr oder weniger der Offizialmaxime Eingang verschafft haben, ist es Sache der Parteien, dem Richter die Grundlagen für die Entscheidung des Rechtsstreites zu beschaffen. In den Anfechtungsprozessen gilt, wie überall, der Grundsatz, dass derjenige, der einen Rechtsanspruch geltend macht, behaupten und beweisen muss, dass und wie dieser in seiner Person zur Entstehung gelangt ist (vgl. Art. 8 ZGB). Der Ansprecher hat das Fundament seines Begehrens selber zu erstellen. Die freie richterliche Beweiswürdigung entbindet ihn nicht von dieser Verpflichtung. Aber es gehört

¹⁰⁰⁾ BGE 21, 1274 ff. Erw. 4, 26 II 210 f. Erw. 2, 31 II 351 ff. Erw. 3 bis 5; 25 II 938 ff. Erw. 4; 26 II 201 f. Erw. 2, 30 II 361 ff., 33 II 366, 39 II 383 f. Erw. 2; 25 II 941 ff. Erw. 4, 26 II 469 ff. Erw. 4, 34 II 77 ff. Erw. 6; 26 II 620 ff., 33 II 667 Erw. 3; 30 II 138 f. Erw. 4, 164/5, 612 ff. Erw. 6, 33 II 667 ff. Erw. 4 und 5, 37 II 310 f. Erw. 6.

zur richterlichen Tätigkeit, zu untersuchen, ob die Grundlage des Anspruches wirklich vorhanden und hinlänglich nachgewiesen ist. Diese Untersuchung erfordert eine Klärstellung der Behauptungs- und Beweispflicht der Parteien in jedem Prozess. Wer aus der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung Rechte herleiten will, hat darzutun, dass die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale vorhanden sind: seine Aktivlegitimation, die Auspfändung oder der Konkurs des Schuldners, die Vornahme einer Schenkung oder einer der Schenkung gleichgestellten Rechtshandlung innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung oder dem Konkurs (Art. 286), die Sicherstellung einer alten Verbindlichkeit ohne rechtliche Verpflichtung, die Tilgung einer fälligen Geldschuld durch aussergewöhnliche Zahlungsmittel, die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld, im Zustand der Überschuldung und ebenfalls innerhalb der kritischen sechs Monate (Art. 287), die Vornahme irgend einer Rechtshandlung in der dem andern Teile erkennbaren Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht (Art. 288), die Passivlegitimation des Beklagten (Art. 290), die Rechtzeitigkeit der Klage (Art. 292).

Wer die Anfechtbarkeit seines Erwerbes oder seiner Forderung bestreitet, ist zum Gegenbeweis zugelassen und hat die selbständigen Schutzbehauptungen aufzustellen und zu beweisen, die zur Abweisung der Klage führen können: den Mangel der Aktiv- oder Passivlegitimation, die Umstände, die den bösen Glauben ausschliessen (Art. 290), das Fehlen einer Schenkung oder schenkungsähnlichen Verfügung, das Bestehen einer rechtsgültigen Verpflichtung zur Sicherheitsbestellung, die Üblichkeit der Tilgungsmittel, die Unkenntnis der Überschuldung des Schuldners, die Nichterkennbarkeit seiner Benachteiligungs- bzw. Begünstigungsabsicht, die Befriedigung des Klägers oder die Anfechtbarkeit seiner Forderung und damit die Unbegründetheit der Klage trotz formeller Aktivlegitimation. Besteht eine Haftung — aus einer anfechtbaren Schenkung — grundsätzlich nur im Umfang

der Bereicherung, so gehört es ebenfalls zum Beweisthema des Beklagten, seinen Einwand zu begründen, dass er überhaupt nicht bereichert worden sei, oder dass er es jedenfalls nicht mehr gewesen sei, als ihm die Anfechtbarkeit seiner Erwerbung zur Kenntnis gelangt sei oder hätte gelangen können (vgl. hienach unter 3 e).

Ob der kantonale Richter im einzelnen Falle die Beweislast richtig verteilt habe, ist eine Interpretations- und Rechtsfrage; darum untersteht auch sie letztinstanzlich der Kognition des BG¹⁰¹).

d) Streitwert.

Der für die Zuständigkeit der kantonalen Gerichte und des BG massgebende Streitwert bestimmt sich:

im Konkurse in der Regel nach dem Wert des Vermögensobjektes, das durch die anfechtbare Rechtshandlung der Konkursmasse entzogen worden ist,

ausserhalb des Konkurses nach der Höhe der Verlustscheinsforderung des anfechtenden Gläubigers, oder nach dem Wert des anfechtbar weggegebenen Objektes, wenn dieser niedriger ist als die zu Verlust gekommene Forderung¹⁰²).

Das BG ist allerdings anfänglich unter dem damals noch vorherrschenden Einfluss der relativen Ungültigkeitstheorie auf Berufungen eingetreten, obwohl die Verlustscheinsforderung die Berufungsgrenze nicht erreichte. Allein nachdem es entschieden hatte, „dass der Anfechtungsanspruch nicht auf Ungültigerklärung des gesamten angefochtenen Rechtsgeschäftes jedem Dritten gegenüber geht, sondern auf Rückgewähr dessen, was dem Anfechtungskläger (dem einzelnen Gläubiger bzw. der Konkursmasse) durch die angefochtene Rechtshandlung entzogen ist“, kam es konsequenterweise zu einer Abänderung seiner Rechtsprechung in dem Sinne, dass nur bei der Anfechtung im Konkurse das Interesse der Gesamtgläubigerschaft an

¹⁰¹) BGE 28 II 592 Erw. 2, 29 II 742 ff. Erw. 5.

¹⁰²) Brand 284 f., Jaeger 289 N. 1 D.

der Rückgewähr für den Streitwert massgebend ist, während bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses der Anfechtungsanspruch nicht mehr wert sein kann, als das Vermögensobjekt, das dem anfechtenden Gläubiger zur Befriedigung dienen soll, oder, wenn der Betrag der Gläubigerforderung unter diesem Wert bleibt, der Forderungsbetrag¹⁰³⁾.

Wenn der Streitwert im Laufe des Prozesses vor den kantonalen Instanzen sich verändert, so beantwortet sich die Frage, welche Bedeutung dieser Tatsache für die Fortführung des Prozesses und insbesondere die Zulässigkeit der Appellation zukomme, nach kantonalem Recht. Für die Entscheidung der Zulässigkeit der Berufung hat das Bundesgericht in einem Falle, wo die Anfechtbarkeit einer Pfandbestellung geltend gemacht worden war, auf den Wert des Pfandes bei Einleitung des Prozesses abgestellt¹⁰⁴⁾. In einem andern Falle hat es sich an die — von den Parteien anerkannte — konkursamtliche Schätzung gehalten¹⁰⁵⁾.

Gelangt ein Anfechtungsanspruch im Wege des Kollokationsprozesses zur Entscheidung, so gilt auch für ihn die neue bundesgerichtliche Praxis, wonach jedenfalls für das bundesgerichtliche Verfahren der Streitwert nicht mehr dem Nominalbetrag der streitigen Forderung gleichzusetzen ist, wie früher für die Kollokationsstreitigkeiten stets angenommen worden ist, sondern sich nach der Dividende berechnet, die höchstens auf die Forderung entfallen wird¹⁰⁶⁾.

e) Befristung.

Nach Art. 292 „verjährt die Anfechtungsklage durch Ablauf von fünf Jahren seit der anfechtbaren Rechts-handlung“. Diese Bestimmung ist, wie allgemein ange-

¹⁰³⁾ BGE 27 II 293 f. Erw. 3 (die abweichenden früheren Urteile sind hier zitiert), 30 II 621/2, 32 II 560 f. Erw. 2.

¹⁰⁴⁾ BGE 48 II 412 ff.

¹⁰⁵⁾ BGE 29 II 762 f. Erw. 2.

¹⁰⁶⁾ BGE 65 III 28 ff., 65 II 42/3.

nommen wird¹⁰⁷⁾), dahin auszulegen, dass nicht nur das Klagerecht, sondern der Anfechtungsanspruch und somit jede Art seiner Geltendmachung nach fünf Jahren untergeht. Die Frist beginnt zu laufen und kann nicht unterbrochen werden, sobald die Rechtshandlung vorgenommen worden ist, also bevor überhaupt der Anfechtungsanspruch, der die Auspfändung oder den Konkurs des Schuldners zur unerlässlichen Voraussetzung hat, zur Entstehung gelangt sein kann. Bestritten ist, ob die Frist überhaupt eine Verjährungsfrist sei, oder nicht vielmehr eine Verwirkungsfrist, und ob die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung auf einen existent gewordenen Anfechtungsanspruch anwendbar seien¹⁰⁸⁾). Sicher ist, dass der dies a quo stets der Tag der Rechtshandlung ist, nicht nur gegenüber dem anfechtbar Begünstigten, sondern auch gegenüber seinen Erben oder einem bösgläubigen Dritten¹⁰⁹⁾). Der Zeitpunkt der Universal- oder Singularsukzession ist für den Beginn der Anfechtungsfrist rechtlich bedeutungslos.

f) Kosten.

Nach allgemeiner Prozessregel teilen die Kosten das Schicksal der Hauptsache. Die kantonalen Gerichte urteilen darüber nach Massgabe der kantonalen Gesetze. Das Bundesgericht entscheidet, wer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen hat und beauftragt im Falle der Abänderung des angefochtenen Urteils die kantonale Vorinstanz mit der dadurch notwendig gewordenen Neuverteilung der Kosten.

¹⁰⁷⁾ Brand 321 f., Blumenstein, Handbuch 874 f., Jaeger, Komm. und Praxis I Art. 292 N. 2, Fenkart 404, Hangartner 98 ff.; vgl. auch das in der folgenden Note zitierte bundesgerichtliche Urteil.

¹⁰⁸⁾ Dafür Reichel Art. 292, Brand und Jaeger a. a. O., sowie BGE 41 III 319 f. Erw. 2; dagegen Blumenstein und Hangartner a. a. O.

¹⁰⁹⁾ Jaeger Art. 290 N. 3 A p. 401.

3. Inhalt und Wirkungen des Urteils.

Die massgebende gesetzliche Bestimmung lautet (Art. 291):

„Wer durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erworben hat, ist zur Rückgabe desselben verpflichtet. Die Gegenleistung ist zu erstatten, soweit sie sich noch in den Händen des Schuldners befindet oder dieser durch sie bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Forderung gegen den Schuldner geltend gemacht werden.“

Bestand die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer Forderung, so tritt dieselbe mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft.

Der gutgläubige Empfänger einer Schenkung ist nur bis zum Betrag seiner Bereicherung zur Rückerstattung verpflichtet.

a) Die erfolgreiche Anfechtung einer Rechtshandlung des ausgepfändeten oder konkursiten Schuldners hat ausserhalb des Konkurses und im Konkurse grundsätzlich die gleiche Wirkung¹¹⁰⁾; sie begründet eine Rückgabepflicht des Anfechtungsbeklagten. Diese Rückgabepflicht besteht darin, dass der Beklagte die anfechtbar erworbenen Gegenstände den zu Verlust gekommenen Gläubigern bzw. der Konkursmasse zur Verfügung zu stellen hat, wie wenn sie noch zum Vermögen des Schuldners gehörten, und dass anfechtbare Pfandbestellungen, Forderungstilgungen, Rechtsübertragungen und -verzichte als nicht erfolgt gelten. Die dinglichen und persönlichen Rechte, die durch die anfechtbare Rechtshandlung begründet worden sind, werden nicht aufgehoben, auch nicht in ihrem Bestand berührt, sondern nur in ihrem Fortbestand (vgl. hievor unter I).

In der praktischen Durchführung des Grundsatzes ergeben sich ausserhalb des Konkurses und im Konkurse Unterschiede, die jedoch lediglich das Mass der Rückgabepflicht betreffen: ausserhalb des Konkurses ist die Ver-

¹¹⁰⁾ Im gleichen Sinn Baudat 212 ff.

bindlichkeit des Beklagten nach oben begrenzt durch die Verlustscheinsforderung des Klägers, sofern der Wert des durch die anfechtbare Handlung seinem Zugriff entzogenen Objektes nicht geringer ist; im Konkurse, wo der Anfechtungsanspruch in seinem ganzen Umfang zur Masse gehört, entspricht die Verpflichtung des Beklagten dem von ihm empfangenen Vermögenswert, der beim bösgläubigen Singulärerben meistens von demjenigen beim Ersterwerber verschieden sein dürfte (vgl. hievor unter 2 d). Abgesehen von diesen rein quantitativen Unterschieden, die sich aus der Natur der Sache ergeben, sind Inhalt und Wirkungen des Anfechtungsurteils ausserhalb des Konkurses und im Konkurse die nämlichen.

Unerlässliche Grundvoraussetzungen beider Exekutionsverfahren sind: dass die Kläger noch geschädigt sind und dass der Schuldner einen pfändbaren Vermögenswert weggegeben hat (vgl. hievor unter I bei und in N. 5 und 6). Fehlt es an der einen oder andern dieser Voraussetzungen, so ist die Klage materiell unbegründet und deswegen unbekümmert um die formelle Legitimation, die der Kläger besitzt, abzuweisen.

b) Die Rückgabepflicht im umschriebenen Sinn besteht nicht nur dann, wenn der Beklagte den anfechtbar erworbenen Vermögenswert noch besitzt, sondern auch dann, wenn er ihn aus irgend einem Grunde aufgegeben hat. Sie verwandelt sich in diesem Falle in eine Ersatzleistungspflicht entsprechend den allgemeinen Vorschriften des OR (Art. 97 ff.). Der Anfechtungsbeklagte hat den Gegenwert in bar zu erstatten, „sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle“ (Art. 97 Abs. 1). Er wird von seiner Verpflichtung befreit, wenn er beweist, dass seine Leistung durch Umstände unmöglich geworden ist, die er nicht zu verantworten hat (Art. 119 Abs. 1). Die Beweislast trägt in jedem Falle der Beklagte. Gerät er in Verzug, so hat er Schadenersatz (Verzugszinsen) zu leisten und haftet auch für den Zufall (Art. 103 und 104).

Über diese allgemeinen Grundsätze sind Doktrin und Praxis einig¹¹¹⁾). Dagegen gehen die Ansichten über einige Nebenpunkte teilweise auseinander. Zur Auffindung der richtigen Lösungen ist davon auszugehen, dass die Rechts-handlung, die Gegenstand des Anfechtungsstreites bildet, im Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten gültig ist und bleibt, und dass dem Dritten die Stellung eines redlichen Besitzers oder Berechtigten zukommt, dass ein Anfechtungsanspruch nicht vor der Ausstellung eines Verlustscheins oder der Konkurseröffnung zur Entstehung gelangen kann, dass der Dritte gegenüber dem Gläubiger erst in dem Zeitpunkt in ein Rechtsverhältnis (als Schuldner) tritt, da er als Anfechtungsbeklagter in Anspruch genommen wird, und dass die Anfechtung *ex nunc*, nicht *ex tunc* wirkt¹¹²⁾. Danach verbleiben Wertvermehrungen und Nutzungen (zivile und natürliche) bis zur Geltend-machung der Anfechtung dem Anfechtungsgegner und haftet er für die Wertverminderungen nicht¹¹³⁾.

In einem Falle, wo der Pfandgläubiger die ihm in anfechtbarer Weise bestellten Pfänder entgegen der Vor-schrift des Art. 232 Ziff. 4 SchKG der Konkursverwaltung nicht zur Verfügung gestellt hatte und nicht mehr besass, hat das BG entschieden, dass die Höhe des Ersatzanspruchs sich nach dem Wert der Pfänder am Ende der Ablieferungs-frist bestimme, und dass ein seit der Verpfändung bis zu jenem Zeitpunkt eingetretener Preissturz nicht zu Lasten des Pfandgläubigers gehe, diesen somit nicht zu Schaden-ersatz im Umfang des Minderwertes verpflichte, weil er sich bis dorthin „in unanfechtbarem Besitz der Pfänder

¹¹¹⁾ Reichel Art. 291 N. 2, Brand 274, Blumenstein, Handbuch 870, Jaeger Art. 291 N. 2 B a p. 406, Baudat 189, Hangartner 68/9; BGE 30 II 566 Erw. 6.

¹¹²⁾ So schon BGE 24 II 925, bern.App.hof in ZbJV 35, 629 f. Erw. 4, Reichel Art. 291 N. 2, Brand 259, Jaeger Art. 291 N. 2 A p. 404.

¹¹³⁾ Brand 272 ff., Blumenstein, Handbuch 869; *a. A.* (nur für Werterhöhungen) Jaeger Art. 291 N. 2 B a p. 407, Hangartner 69 (für Werterhöhungen und Früchte), Baudat 190 ff.

befand“¹¹⁴⁾. Aus dem gleichen Grund trägt der Erwerber einer Sache (zu Eigentum) nicht die Gefahr ihres Unterganges bis zu seiner Inanspruchnahme als Anfechtungsschuldner¹¹⁵⁾.

c) Der Anfechtungsbeklagte hat Anspruch auf seine Gegenleistung, soweit der Schuldner sie noch besitzt oder durch sie bereichert ist.

Diese Bestimmung ist, wie sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, der deutschen Konkursordnung nachgebildet, die nur für die Anfechtung im Konkurs gilt¹¹⁶⁾.

Nach dem schweizerischen Rechtssystem kann eine Anfechtungsklage ausserhalb des Konkursverfahrens erst erhoben werden, nachdem der Gläubiger einen provisorischen oder endgültigen Verlustschein gegen seinen Schuldner, der die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen hat, ausgewirkt hat. Die Gegenleistung des Beklagten wird daher, sofern sie sich noch im Vermögen des Schuldners befunden hatte, regelmässig verwertet worden sein, allerdings nicht notwendigerweise zu Gunsten des Anfechtungsklägers. Abgesehen hievon steht ihm ein Verfügungsrecht über die Vermögenswerte seines Schuldners nicht zu; er könnte daraus dem Beklagten nichts „erstattet“. Das Recht des Anfechtungsbeklagten auf seine Gegenleistung beschränkt sich daher auf eine Ersatzforderung gegen den Schuldner, die solange wertlos ist und bleiben wird, als dieser nicht zu neuem Vermögen gekommen ist.

Im Konkurse hingegen verfügt die Konkursverwaltung über das Vermögen des Gemeinschuldners. Erhebt

¹¹⁴⁾ BGE 50 III 149 ff. Erw. 5 und 6.

¹¹⁵⁾ Vgl. BGE 65 III 149 Erw. 6, wo es allerdings etwas ungenau heisst: „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.“ Demgegenüber richtig: Daeniker-Schlumpf, Praxis V Art. 291 N. 2 B.

¹¹⁶⁾ Vgl. den Nachweis bei Brand 297 ff.

sie eine Anfechtungsklage, oder überlässt sie deren Durchführung einzelnen Abtretungsgläubigern, so hat der Anfechtungsbeklagte Anspruch darauf, dass ihm die noch vorhandene Gegenleistung herausgegeben („ausgesondert“) oder zum vollen Wert (als Masseschuld) vergütet werde. In gleicher Weise ist die Bereicherung der Masse zu behandeln. Der Gegenanspruch entsteht mit der Geltdemachung des Anfechtungsanspruches. Für die Gegenleistung, die weder in natura noch dem Werte nach erstattet werden kann, erwirbt der Anfechtungsbeklagte eine Konkursforderung.

Die Grundsätze über Wertvermehrung und -verminderung, Nutzungen und Haftung für Zufall sind für die Gegenleistung des Anfechtungsbeklagten die nämlichen wie für die Leistung des Schuldners an ihn¹¹⁷⁾.

d) Wenn die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer Forderung bestanden hat, „so tritt dieselbe mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft“.

Gestützt auf diese Bestimmung und im Anschluss an einen grundsätzlichen Entscheid vom 27. Januar 1915 i. S. Reber c. Schürch¹¹⁸⁾ hat das Bundesgericht am 9. Juli 1915 das Kreisschreiben Nr. 10 erlassen¹¹⁹⁾, mit der Einladung an die kantonalen Aufsichtsbehörden, „die Konkursämter dahin zu instruieren, dass sie in allen Fällen, wo in einem Konkurs die Tilgung einer Forderung an den Kridaren nach den Grundsätzen der Art. 287—288 angefochten wird, ohne besonderes Begehren des Anfechtungsbeklagten im Kollokationsplan auch über die Anerkennung oder die Bestreitung der im Falle der Gutheissung der Anfechtungsklage wieder auflebenden Forderung eine für diesen Fall bedingte Verfügung zu erlassen und dem

¹¹⁷⁾ Vgl. zu diesen Fragen, nicht in allen Punkten übereinstimmend, Reichel Art. 291 N. 4, idem in ZbJV 30, 627 ff., Brand 296 ff., Blumenstein, Handbuch 872 f., Hangartner 73 ff.

¹¹⁸⁾ BGE 41 III 70 ff.

¹¹⁹⁾ Abgedruckt in BGE 41 III 240 ff. und Jaeger, Praxis I 147 ff.

Anfechtungsbeklagten im Falle der Gutheissung der Anfechtungsklage für die im Kollokationsplan festgestellte, wieder auflebende Forderung die konkursmässige Dividende aus dem Ergebnis des Anfechtungsprozesses vorweg zuzuwenden haben“.

Für die Anfechtung ausserhalb des Konkurses hielt das BG bis ins Jahr 1941 an der mit dieser Weisung nicht im Einklang stehenden Auffassung fest, „die weitere Vollstreckung auf Grund des Anfechtungsurteils gehe nur auf Verwertung der durch das Urteil als beschlagsfähig erklärten Gegenstände, und nur für den Anfechtungskläger, unter Ausschluss aller andern Gläubiger und insbesondere auch des Anfechtungsbeklagten, selbst wenn dieser in der gleichen Pfändungsgruppe zu Verlust gekommen war“. Durch den grundlegenden Entscheid i. S. Käsereigenossenschaft Rufswil c. Bernet, vom 13. November 1941, gab es jedoch diese Rechtsprechung auf. Unter zutreffender Würdigung des Ziels der Anfechtungsklage traf es folgende Regelung: „Unterliegt das anfechtbar vom Schuldner veräusserte Vermögensstück der Pfändung für den Anfechtungskläger, als ob es noch dem Schuldner gehörte, so muss anderseits dem Anfechtungsbeklagten die Teilnahme an der Pfändung gestattet werden, so wie er eben an einer dem Schuldner gegenüber vollzogenen Pfändung ordentlicherweise teilnehmen kann. Nur so wird vermieden, dass der Anfechtungsbeklagte mehr preisgeben muss, als was ihm ohne den anfechtbaren Vermögenserwerb entgangen wäre, und dass der Anfechtungskläger aus dem Vermögen des Anfechtungsbeklagten mehr erhält, als was er im Verhältnis zum letztern erhalten hätte, wenn es gar nicht zur Veräußerung an diesen gekommen wäre“.¹²⁰⁾ Mit der Anerkennung der Teilnahmeberechtigung des Anfechtungsbeklagten an der Pfändung für seine wieder in Kraft getretene Forderung schuf das BG, wie es berechtigterweise hervorgehoben hat, Übereinstimmung mit seiner übrigen neuern Rechtsprechung:

¹²⁰⁾ BGE 67 III 174 ff. Erw. 4.

über die Rechtsstellung des Anfechtungsbeklagten im Konkurse, des mit einer Eigentums- oder Pfandsansprache unterlegenen Gruppengläubigers, sowie der nach Art. 188 Abs. 2 ZGB belangten Ehefrau; dieser kommt nach einem ebenfalls die Praxis ändernden Entscheid i. S. Strelbel c. Nietlispach, vom 25. Januar 1940, das Recht zu, ihre Forderung entsprechend deren Rang geltend zu machen neben den Gläubigern des Mannes, die auf das ihr über-eignete Vermögen greifen¹²¹⁾.

Die so herbeigeführte Abklärung einer praktisch bedeutsamen Gesetzesbestimmung wurde noch durch eine Stellungnahme des BG zu der Streitfrage ergänzt, ob mit der anfechtbar getilgten Forderung auch deren Nebenrechte, speziell die Bürgschaften, wieder aufleben. In einem ersten Urteil hatte es die grundsätzliche Frage noch offen gelassen und sich darauf beschränkt, das Wiederaufleben der Forderung für den Fall zu bejahen, dass der Bürge um die in fraudem creditorum geleistete Zahlung gewusst und sie gefördert oder gar veranlasst hatte. In einem zweiten Urteil sprach es sich dann aber mit einlässlicher Begründung dafür aus, dass für die Nebenrechte, insbesondere die Bürgschaften, nichts anderes gelten könne als für die Forderung selbst, und dass sie folglich mit der Forderung auch wieder in Kraft treten.¹²²⁾

In diesem Urteil wurde die Frage nicht erörtert, nicht einmal gestreift, wie es mit den durch die anfechtbare Forderungstilgung hinfällig gewordenen Pfandrechten zu halten sei. Konsequenterweise müsste auch deren Aufleben angenommen werden. Indessen bestehen dagegen nicht unerhebliche Bedenken zivilrechtlicher Natur: Der Gewahrsam am Faustpfand ist aufgegeben, das Grundpfand im Grundbuch gelöscht, der dritte Pfandgeber hat in der Zwischenzeit gutgläubig über das Pfand verfügt. Zudem würde die Bestimmung des Art. 290 Schlussatz,

¹²¹⁾ BGE 66 II 4 ff.

¹²²⁾ BGE 61 III 49 ff. — wo die Autoren pro und contra aufgeführt sind —, 64 III 149 ff. Erw. 2 und 3.

dass die Rechte gutgläubiger Dritter durch die Anfechtungsklage nicht berührt werden, illusorisch¹²³⁾.

e) Die Rückerstattungspflicht des gutgläubigen Empfängers einer Schenkung ist auf den Betrag seiner Bereicherung beschränkt.

Die Bedeutung dieser Bestimmung ist in der Doktrin verschieden ausgelegt worden. Das BG ist mit durchschlagender Begründung der Ansicht beigetreten, dass der Ausdruck „Empfänger einer Schenkung“ zu eng ist, und dass jeder Empfänger einer (anfechtbaren) unentgeltlichen Verfügung und einer gemäss Art. 286 Ziff. 1 der Schenkung gleichgestellten Leistung des Schuldners nur im Umfang seiner Bereicherung haftet¹²⁴⁾). Falls die Gegenleistung des Empfängers sich nicht mehr oder nur teilweise im Vermögen des Schuldners befindet, so kann er seine Rückerstattungspflicht dadurch erfüllen, dass er die Wertdifferenz zwischen den beiden Leistungen dem Anfechtungskläger vergütet.

Als Bereicherung gilt, was von der Leistung des Schuldners als solcher, also unter Ausserachtlassung von Aufwendungen des Empfängers, im Zeitpunkt der Geltendmachung der Anfechtung noch vorhanden ist. Ihren Umfang hat der Beklagte zu beweisen. Er ist auch für seinen guten Glauben beweispflichtig — worunter man die Nichterkennbarkeit der Anfechtbarkeit seines Erwerbes zu verstehen hat —, sowie die Fortdauer des guten Glaubens. Ist der Leistungsempfänger sich schon vor der Erhebung des Anfechtungsanspruches der Anfechtbarkeit seines Erwerbes bewusst geworden, oder hätte er sich ihrer bei der ihm zumutbaren Diligenz bewusst werden können, so

¹²³⁾ Das App.gericht Basel-Stadt hat einige Jahre vor dem zuletzt zitierten Urteil des BG entschieden, dass ein einmal untergegangenes Forderungspfandrecht (an einem Versicherungsanspruch) nicht wieder auflebe, vgl. SJZ 32, 139 ff.

¹²⁴⁾ BGE 53 III 39 ff. Erw. 1; im gleichen Sinn Brand 204 ff., Jaeger Art. 291 N. 6, Baudat 86 und 198, Hangartner 71 f.; a. A. Reichel Art. 286 N. 5, Blumenstein, Handbuch 871 N. 42.

verliert er seine Gutgläubigkeit und wird von da hinweg schadenersatzpflichtig (Art. 97 OR)¹²⁵⁾.

f) Das Mass der Rückleistung der durch eine Lebensversicherung nach Art. 288 anfechtbar begünstigten Ehefrau (und Nachkommen) hat das BG entsprechend Art. 86 VVG auf den Rückkaufswert der Lebensversicherung im Zeitpunkt des Todes des Erblassers oder die ihn übersteigenden Prämienzahlungen des Versicherungsnehmers festgesetzt. Durch diese Leistung können sich die Begünstigten trotz der Ausschlagung der Erbschaft den Anspruch auf die Versicherungssumme erhalten. Ihre Auszahlung an den Anfechtungskläger ist ausgeschlossen¹²⁶⁾.

g) Geht die Verpflichtung des Anfechtungsbeklagten auf eine Barleistung — sei es, dass er eine anfechtbare Zahlung erhalten hat oder sei es, dass er sich nicht mehr im Besitz der anfechtbar erworbenen Sache befindet und dafür den Gegenwert erstatten muss —, so wird sie durch direkte Überweisung des geschuldeten Geldbetrages an den Anfechtungskläger erfüllt; im Konkurs an die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger — die, falls der Konkurs noch nicht abgeschlossen ist, der Konkursverwaltung Rechenschaft abzulegen haben —, ausserhalb des Konkurses an den oder die Anfechtungskläger. Eine Pfändung des Geldbetrages ist weder angezeigt noch nötig, eine Mitwirkung des Betreibungsamtes bei dessen Verteilung nach durchgeföhrter Anfechtung ausserhalb des Konkurses nur dann, wenn mehrere Gläubiger darauf Anspruch haben¹²⁷⁾.

¹²⁵⁾ Brand 275 ff., Jaeger 291 N. 6 und 7; übereinstimmend, soweit es die Frage des guten Glaubens behandelt, das in der vorhergehenden N. zitierte Urteil 43 f. Erw. 2; teilweise abweichend Reichel Art. 286 N. 4, Blumenstein, Handbuch 871 N. 43 und 872, Baudat 194 ff., Hangartner 70 ff.

¹²⁶⁾ BGE 64 III 91 ff. Erw. 4, vgl. dazu BGE 67 III 188 Erw. 6, sowie die eingehenden Erörterungen der vielfach umstrittenen Rechtsfragen bei Jaeger, Komm. VVG III Art. 82 N. 13 ff.

¹²⁷⁾ BGE 47 III 92 f. Erw. 1, 57 III 111 Erw. 3, in Bestätigung der in der Doktrin vorherrschenden Ansicht: Brand 274/5,

Haben nicht alle Gruppengläubiger den Anfechtungsanspruch geltend gemacht, so wirkt ein Urteil nur für und gegen die Prozessparteien: *judicium jus facit inter partes tantum*. Der unterlegene Anfechtungsbeklagte befreit sich endgültig von jeder weiteren Verpflichtung, wenn er das Urteil gegenüber dem Kläger erfüllt, vorausgesetzt, dass es den ganzen anfechtbaren Erwerb erfasst. Später Ansprechern gegenüber steht ihm die Einrede der bereits durchgeführten Rückleistung zu.

Kommt nach erfolgreicher Durchführung eines Anfechtungsprozesses ausserhalb des Konkurses der Schuldner in Konkurs, bevor das Urteil vollstreckt ist, so fällt der Anfechtungsanspruch in die Konkursmasse, auch wenn er auf eine Geldzahlung lautet. Der Anfechtungsbeklagte kann daher rechtsgültig nur an die Konkursverwaltung zahlen¹²⁸⁾.

h) Der Anfechtungsanspruch braucht nicht auf dem Prozesswege erhoben und ausgetragen zu werden. Nach seiner Natur gilt auch für das schweizerische Recht, was das österreichische Anfechtungsgesetz ausdrücklich sagt, dass der Anfechtungsgegner sich jederzeit durch Befriedigung des Gläubigers seiner Verpflichtung entledigen kann¹²⁹⁾.

Sowie ein aktiv legitimierter Ansprecher die Anfechtbarkeit eines Erwerbes aussergerichtlich geltend macht und dessen Rückgabe vom passiv legitimierten Erwerber fordert, entsteht die Anfechtungsschuld im umschriebenen Umfang. Sie kann, wie irgend eine Verbindlichkeit, zur Vermeidung von Verzugsfolgen und unnötigen Prozesskosten auf jede aussergerichtliche Aufforderung hin getilgt werden.

Jaeger, Komm. Art. 291 N. 2 B b p. 408, Praxis IV Art. 291 N. 2 A, Baudat 227. Dieser Ansicht hat sich in der Folge auch Hangartner 87 angeschlossen; a. A. Blumenstein, Handbuch 870.

¹²⁸⁾ BGE 47 III 94 ff. Erw. 2 und 3.

¹²⁹⁾ So schon BGE 26 II 214 Erw. 5, Brand 264 f., 277 ff. Jaeger Art. 291 N. 2 B b p. 407; a. A. Blumenstein, Handbuch 864.