

Sicherstellung des Kredites die Forderungen hätte abtreten lassen. Der Beklagte erscheint in diesem Rechtsverhältnisse hier lediglich als Zahlungsbevollmächtigter des Eigenmann, nicht aber als Kontrahent, dem etwas aus dem Vermögen des letztern definitiv zugeschieden wird; er hat aus den Zahlungen, die ihm infolge der Abtretung gemacht wurden, nichts erhalten und war gemäß seiner Rechtsstellung zu Eigenmann verpflichtet, die Zahlungen an Dritte zu leisten. Begünstigt sind die dritten Zahlungsempfänger (Arbeiter, Lieferanten u. s. w., betreibende Gläubiger); diese wären die richtigen Anfechtungsbeklagten, vorausgesetzt, daß alle Erfordernisse der Anfechtbarkeit nach Art. 287 oder 288 SchKG vorhanden wären. Der Beklagte dagegen hat, wie gesagt, aus dem Vermögen des nachmaligen Gemeinschuldners über den heute nicht mehr streitigen Betrag hinaus nichts erhalten und kann daher auch nicht verpflichtet werden, die Abtretungen in das Vollstreckungsrecht der Gläubigergemeinschaft bezw. der an deren Stelle handelnden Konkursmasse zurückzugewähren. Aus diesem Grunde müssen die Klagen, soweit sie auf mehr als den von den Vorinstanzen zugesprochenen Betrag gehen, abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufungen der Kläger werden abgewiesen und es wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 22. Juli 1903 in allen Teilen bestätigt.

22. Urteil vom 26. März 1904

in Sachen **Böschard und Keller**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen
Konkursmasse Kägi, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Anfechtungsklage, Art. 285 ff. SchKG. — *Deliktspauliana*, Art. 288 eod. *Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht*. Pfandbestellung für eine schon bestehende Forderung.

A. Durch Urteil („Beschluss“) vom 19. Dezember 1903 hat die I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich den von den Klägern ergriffenen Rekurs gegen das die Klage abweisende erstinstanzliche Urteil abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage: In Aufhebung des angefochtenen Urteils sei die Klage gutzuheißen und somit das von den Klägern beanspruchte Faustpfandrecht zu schützen.

C. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Kläger auf Gutheißung der Berufungen im Sinne der schriftlich gestellten Anträge angetragen.

Der Vertreter der Beklagten und der Nebeninterventientin hat Abweisung der Berufungen beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. (Formelles.)

2. In tatsächlicher Beziehung ist zunächst aus den Akten hervorzuheben: Die Kläger, Rudolf Böschard, Müller in Töß, und Gottfried Keller, Wirt in Niederglatt, leisteten am 30. April/15. Mai 1894 solidarisch Amtsbürgschaft für Notar Heinrich Kägi, in Niederglatt, bis auf den Betrag von 22,000 Fr. für allen während der Amtsdauer von 6 Jahren, d. h. bis 1. April 1900 entstehenden Schaden aus der Amtsführung und zwar „nicht nur bis zu der Zeit, wo im Falle der Wiedererwählung für eine weitere Amtsdauer der Kautionspflichtige eine neue Bürgschaft geleistet . . . hat, sondern bis der Kautionspflichtige oder dessen Erben aller ihm wegen jenes Amtes obgelegenen Verantwortlichkeit gänzlich entlassen sein wird.“ Bei der Wiederwahl Kägi's nach Ablauf der gesetzlichen Amtsdauer, für welche diese Amtsbürgschaft geleistet war — 1. April 1900 — leisteten die beiden Kläger nicht mehr Bürgschaft, sondern nur noch der Amtsbürgschaftsverein für den Betrag von 15,000 Fr. Unter dem Datum vom 19. November 1900 verfaßte Kägi einen Faustpfandvertrag zu Gunsten der Kläger und der zürcherischen Amtsbürgschaftsgenossenschaft. Nach Aufzählung der für Kägi geleisteten Amtsbürgschaften (in Art. I) bestimmt dieser Vertrag in Art. II: „Zur Sicherheit der genannten Amtsbürgen oder Interessenten irgend welchen Namens und der zürcherischen Amtsbürgschaftsgenossenschaft bestellt Heinrich Kägi, Notar, den beteiligten Amtsbürgen ein Faustpfandrecht an den unten folgenden Pfandbriefen . . .“ Art. III lautet: „Dieser Faustpfandver-

„trag wird für Gottfried Keller und Rudolf Bosphard beendet, sobald der Staat den Bürgschein per 22,000 Franken herausgegeben haben wird. Die verpfändeten Titel haften in erster Hypothek zu Gunsten Gottfried Keller und Rudolf Bosphard, in zweiter Hypothek, so lange diese Beiden nicht entlassen sind, zu Gunsten der zürcherischen Amtsbürgerschaftsgenossenschaft. Keller und Bosphard verpflichten sich demnach, auch für die Amtsbürgerschaftsgenossenschaft an den verpfändeten Titeln den Faustpfandbesitz auszuüben und die Faustpfandtitel nach Entlastung der Bürgen Keller und Bosphard direkte der zürcherischen Amtsbürgerschaftsgenossenschaft (Aktuar Notar H. Rutschmann in Höngg) zu übergeben, welche dann ein Faustpfandrecht erster Hypothek für 15,000 Fr. erwirbt.“ Nach der Aufzählung der verpfändeten 16 Titel in Art. IV folgen unter dem Datum des 19. November 1900 die Unterschriften des Faustpfandbestellers einerseits, der Kläger, „für sich und namens und zu Händen der zürcherischen Amtsbürgerschaftsgenossenschaft,“ andererseits. Kägi ließ den Vertrag zuerst vom Kläger Keller unterzeichnen, dann überbrachte er die Urkunde nebst 13 von den 16 Schuldbriefen dem Kläger Bosphard und übergab sie in dessen Abwesenheit der Frau desselben. Der Kläger Bosphard sandte dann den Vertrag unterzeichnet an Kägi samt einem Empfangschein, in dem er den Empfang von 13 Briefen bescheinigte in der Meinung, daß „bezüglich aller 16 Titel der Unterzeichnete und Gottfried Keller in gleichen Rechten stehen.“ Hierauf übergab Kägi dem Kläger Keller die übrigen 3 Schuldbriefe, worauf dieser einen entsprechenden Empfangschein ausstellte. Am 10. Juni 1901 ergriff Kägi die Flucht. Die angehobene Strafuntersuchung stellte Unterschlagungen in großem Umfange fest. Am 3. August 1901 wurde über ihn der Konkurs eröffnet. In diesem machten die Kläger an den 16 Schuldbriefen, die ihnen Kägi verpfändet hatte, ein Faustpfandrecht geltend für den Verlust, der sie aus der für Kägi geleisteten Amtsbürgerschaft treffen sollte, und erhoben, nachdem sie im Kollokationsplan mit dieser Faustpfandsansprache abgewiesen worden waren, die vorliegende Klage, die auf Anerkennung des Faustpfandrechtes geht. Die beklagte Konkursmasse und die Finanzdirektion des Kantons Zürich — letztere als Neben-

intervenientin in ihrer Eigenschaft als Hauptgläubigerin des Kägi — haben diesen Anspruch gestützt auf die Art. 287 Ziff. 2 und 288 SchRG, also mit der Überschuldungs- und Deliktspauliana, angefochten und aus diesen Gründen Abweisung der Klage beantragt. Bezüglich der Voraussetzungen der Überschuldungspauliana treten sie den Beweis an, daß die Pfandbestellung frühestens im März oder April, wahrscheinlich im Mai 1901 statt im November 1900 stattgefunden habe, also innert 6 Monaten vor Konkursausbruch, und daß somit der Pfandvertrag und die Empfangscheine antedatiert seien. Auf die Beweiserhebung hierüber sind die kantonalen Instanzen nicht eingetreten, die erste Instanz, weil sie die Beweisangebote nicht als genügend schlüssig ansah, die zweite Instanz, weil sie — in Übereinstimmung mit der ersten Instanz — die Voraussetzungen der Deliktspauliana als vorhanden annahm und aus diesem Grunde zur Abweisung der Klage gelangte, mit einer Begründung, die, soweit notwendig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich ist.

3. Dem Entscheide des Bundesgerichtes können nur die Voraussetzungen der Deliktspauliana unterstehen, da nur diese nach ihrer tatsächlichen Grundlage hin von der zweiten Instanz festgestellt worden sind, während die tatsächlichen Voraussetzungen der Überschuldungspauliana, insbesondere die Frage der Antedatierung des Faustpfandvertrages, von ihr, als unerheblich, unerörtert gelassen wurden. Sollte sich die Deliktspauliana als unbegründet erweisen, so könnte die Folge nicht, wie die Kläger beantragen, die Gutheiligung der Klage sein, sondern die Sache wäre alsdann an die Vorinstanz zur Prüfung der tatsächlichen Grundlagen der Überschuldungspauliana zurückzuweisen, da nicht aus den vorliegenden Akten auf Abweisung der Überschuldungspauliana erkannt werden kann.

4. Hinsichtlich der Deliktspauliana nun waren schon vor zweiter Instanz zwei Voraussetzungen: die Schädigung der Gläubiger und die Absicht der Schädigung auf Seiten des Schuldners, zugegeben, und streitig ist daher nur noch die dritte Voraussetzung: die Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht für die begünstigten Kläger. In dieser Hinsicht ist zwischen beiden Klägern zu unterscheiden, bezw. die Frage der Erkennbarkeit ist für jeden von ihnen

gesondert zu behandeln. Die Auffassung der Beklagten, daß die Anfechtbarkeit gegenüber dem einen der Kläger auch diejenige gegenüber dem andern zur Folge habe, ist unrichtig. Aus der Solidarität, die zwischen den Bürgen besteht, kann hiefür jedenfalls nichts gefolgert werden; diese besteht im Verhältnis zum Gläubiger; sichergestellt ist aber die Regressforderung der Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner, und in Bezug hierauf sind die Bürgen nicht Solidargläubiger, sondern jeder ist Regressgläubiger für den Betrag, den er bezahlt hat. Auch aus dem Stellvertretungsverhältnis, in dem der eine der Kläger zum andern steht, folgt der von der Beklagten vertretene Satz nicht. Wenn auch jeder der Kläger den Besitz an den von ihm verwahrten Briefen auch für den andern ausübt und anzuerkennen ist, daß nach den Grundsätzen der Stellvertretung der böse Glaube des Vertreters zur Anfechtung gegenüber dem Vertretenen führt, so ist das doch eben nur soweit der Fall, als Stellvertretung im Besitze wirklich vorliegt, also z. B. beim Kläger Keller für die drei Briefe, die er für den Beklagten Bosphard verwahrt, beim letztern wiederum für die 13, die er im Besitze, zugleich als Besitzesstellvertreter des Klägers Keller, hat. Die Mängel im Wissen und Willen des Vertreters wirken allerdings auch für den Vertretenen, aber nur insoweit, als Vertretungsbesitz vorliegt, nicht darüber hinaus.

5. Der Begriff der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht des Schuldners nun, die nach dem Gesagten für jeden der Kläger gesondert zu prüfen ist, ist nach der bundesgerichtlichen Praxis dahin auszulegen, daß als erkennbar zu gelten hat alles, was bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden konnte. (Bundesgerichtl. Entsch. vom 1. März 1895 i. S. Dürsteler gegen Schweizerische Volksbank, Amtl. Samml., Bd. XXI, S. 286; vom 14. September 1900 i. S. Moser und Konsorten gegen Buntweberei Wallenstadt, Amtl. Samml., Bd. XXVI, 2. Teil, S. 623, = Sep.-Ausg., Bd. III, S. 211.) Es ist bei dieser Begriffsbestimmung auszugehen vom deutschen (und italienischen), und nicht vom französischen Texte des Art. 288, welcher letzterer allerdings eine engere Auslegung bedingen würde (« avec leur

connivence »); das ergibt sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der betreffenden Gesetzesbestimmung, woraus erhellt, daß das Stehenbleiben der Worte « avec leur connivence » im französischen Texte auf einem Versehen beruht. (Vergl. hierüber: Brand, Das Anfechtungsrecht, S. 155 ff.) Wenn nun aber vom Begünstigten eine Diligenz im Abschlusse von Rechtsgeschäften mit dem Schuldner in der Richtung verlangt wird, daß er auf die Erkennung der fraudulösen Absicht des Schuldners achte, so will damit nicht eine unbeschränkte Erfundigungspflicht aufgestellt werden. Vielmehr kann vom Begünstigten nur Sorgfalt verlangt werden, wenn und soweit er Anlaß dazu hat. Im allgemeinen braucht sich niemand darum zu kümmern, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht; nur wenn deutliche Anzeichen dafür sprechen, daß eine solche Schädigung beabsichtigt ist, darf vom Begünstigten eine sorgfältige Prüfung verlangt werden, ob jene Absicht wirklich bestehe oder nicht. Was speziell die Bestellung eines Pfandrechtes seitens des Schuldners betrifft, so liegt darin nicht ohne weiteres eine die Gläubiger absichtlich schädigende oder einzelne im Sinne von Art. 288 SchRG begünstigende Handlung. Zwar wird das Pfand immer gerade zur Sicherung dagegen bestellt, daß das übrige Vermögen des Schuldners etwa einmal nicht ausreichen möchte zur Deckung seiner Schulden; es soll dem Pfandgläubiger ein Vorrecht gewähren, ihn begünstigen vor den andern Gläubigern. Es ist denn auch schon die Ansicht vertreten worden, daß die Pfandbestellung überhaupt niemals zu denjenigen Handlungen, die paulianischer Anfechtung unterworfen sind, gehören (so Cosack, Anfechtung, S. 115; Korn, Anfechtung, S. 141). Allein dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Das Pfandrecht soll allerdings den Pfandgläubiger immer und normalerweise begünstigen für den Fall zukünftiger Insuffizienz des schuldnerischen Gesamtvermögens, allein dies ist eben verstanden für den Fall zukünftiger Vermögensverschlechterung, um den Gläubiger gegen das schwankende Risiko des Personalkredites zu sichern. Ganz anders liegt die Sache, wenn die Vermögenslage schon bei der Bestellung des Pfandes eine Gesamtbefriedigung der Gläubiger ausschließt, der Schuldner

überschuldet ist. Hier erfüllt die Pfandbestellung nicht ihre normale Funktion im Verkehr, die Sicherung gegen das Risiko zukünftiger Vermögensveränderungen; sondern sie entzieht der Gesamtheit der Gläubiger, was ihr beim Zustande tatsächlicher Insolvenz des Schuldners gehört. Allerdings ist zuzugeben, daß die Überschuldung des Schuldners keine Voraussetzung von Art. 288 SchRG ist, wie auch allgemein anerkannt wird, daß Rechtshandlungen vor eingetretener Überschuldung möglicherweise als Schädigung der Gläubiger beabsichtigt waren. Allein bei der Bestellung eines Pfandes muß, damit dieses Rechtsgeschäft unter die absichtlichen Schädigungen fallen kann, die schon vorhandene Überschuldung dem Schuldner bekannt und dem Begünstigten erkennbar sein, weil eben sonst eine normale Pfandbestellung und keine Schädigung im Sinne von Art. 288 SchRG vorliegt.

6. In Anwendung dieser Grundsätze auf die beiden Kläger ergibt sich nun an Hand der von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen folgendes:

a) Mit Bezug auf den Kläger Bosphard: Die Vorinstanz hat festgestellt, daß Kläger Bosphard mit Kägi seit mehreren Jahren vor der Pfandbestellung keine Beziehungen mehr unterhielt, obschon die Frau des Bosphard verwandt mit der Frau des Kägi (Geschwisterkind) und Patin des Kägi war. Bosphard gibt zu: Kägi hatte ihn schon im Jahre 1895 oder 1896 ersucht, ihm durch seine Wechselunterschrift zur Aufnahme von 10—20,000 Fr. zu verhelfen; ein Jude habe ihm 10,000 Fr. vorzustrecken versprochen, wenn Bosphard für den Rest einstehen wolle; er brauche das Geld, weil er bei einer Hypothekenbereinigung ungeschickt manipuliert habe; er habe alle Briefe zusammen gekündigt und bringe nun nicht alles Geld auf, um sie alle abzuführen. Der Kläger Bosphard habe das Begehren abgeschlagen und den Wunsch ausgesprochen, aus der Amtsbürgschaft entlassen zu werden, da er alt sei. Von da an habe Kägi allen Verkehr mit ihm gemieden. Aus diesem Zugeständnis des Klägers Bosphard geht mindestens das hervor, daß er wußte, Kägi besitze kein erhebliches freies Vermögen, denn sonst hätte er nicht nötig gehabt, ihn bei der gegebenen Sachlage um Geld anzusprechen und den Verkehr bei Verweigerung desselben abzubrechen. Die Vorinstanz hat denn

auch festgestellt, daß der Kläger Bosphard wußte, Kägi habe jedenfalls kein viel größeres Vermögen erworben, als der Nominalbetrag der Schuldbriefe ausmachte, daß vielmehr dieser Betrag wahrscheinlich das ganze Vermögen Kägis ausmache. Diese Feststellung ist nicht aktenwidrig angesichts des vorstehend ausgeführten und angesichts der Tatsache, daß der Kläger Bosphard wußte, Kägi sei bei Antritt seines Amtes vermögenslos gewesen und habe eine vermögenslose Frau geheiratet. Hatte so der Kläger Bosphard im angeführten Maße Kenntnis von den Aktiven des Kägi, so liegt die Sache außergewöhnlich mit Bezug auf seine Kenntnis, bezw. Erkennbarkeit der die Aktiven übersteigenden Passiven des Kägi. Während sonst das gesamte Geschäftsgebahren des Schuldners zur Beurteilung dieser Erkennbarkeit dient, liegt hier nichts vor als die Erkennbarkeit einer Amtspflichtverletzung und deren Folgen für den Vermögensstand des Schuldners. Es fragt sich, ob dem Kläger Bosphard bei der Pfandbestellung erkennbar war, daß Kägi aus solcher Amtspflichtverletzung so viel schuldig geworden war, als er durch seine Aktiven nicht zu decken vermochte. Diese Frage kann nur aus Indizien beantwortet werden, wobei das gewichtigste Indiz, die behauptete Antedatierung der Pfandbestellung, nicht festgestellt ist. Allein die schon festgestellten Tatsachen rechtfertigen auch ohne dies den Schluß der Vorinstanz. Kägis Amtsdauer war schon im April abgelaufen, während die Pfänder, wenn sie nicht antedatiert sind, frühestens im November, also nach Ablauf der Amtsdauer, bestellt wurden. Der Kläger Bosphard haftete bei der Pfandbestellung nur noch für die schon vor April 1900 begangenen Amtspflichtverletzungen des Kägi. Wenn daher Kägi in diesem Zeitpunkte die Pfänder bestellte mit der ausdrücklichen Begründung, „weil er den Bosphard nicht in Schaden bringen wolle,“ so lag darin der stärkste Verdachtsgrund, wenn nicht geradezu das Geständnis, daß Bosphard ohne das Pfand in Schaden geraten würde, daß also schon eine Forderung der durch Amtspflichtverletzung Geschädigten in der Höhe des Wertes der Pfänder bestehe; denn erst später entstehen konnte sie ja nach Ablauf der Amtsdauer nicht. Der Kläger Bosphard mußte sich darüber klar sein, daß eine Pfandbestellung damals gar keinen Sinn gehabt hätte, wenn nicht schon in der

Vergangenheit ein Schaden aus Amtspflichtverletzung entstanden gewesen wäre. Er gesteht denn auch zu, daß für ihn diese unerwartete Überbringung von Pfändern „die größte Überraschung war“, also einen normalen Grund dafür vermisse er; er konnte sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß eben nur anormale Verhältnisse den Schuldner dazu führten. Wenn heute von den Vertretern der Kläger betont wurde, daß ja der Staat selbst nichts gewußt habe von einer Forderung, so ist dies ganz richtig; allein dem ist entgegenzuhalten, daß eben die Bürgen allein diese Forderung erkennen konnten, und bei sorgfältiger Behandlung auch der Staat davon erfahren hätte. Ist nun aber auch bei der besonderen Natur dieser Amtsbürgschaft als unzweifelhaft anzunehmen, daß dem Kläger Bosphard das Bestehen einer Forderung aus Amtspflichtverletzung und damit seine Pflicht zur Haftung als Bürge hiefür, wie auch das Wirksamwerden seiner Regressforderung gegenüber Kägi erkennbar war, so würde dies allein zur Anfechtung der Pfandbestellung für diese Regressforderung nicht genügen. Vielmehr gehört hiezu weiter, daß dem Kläger Bosphard ebenso erkennbar war, Kägi sei überschuldet. Für diese Annahme bestehen wiederum keine anderen Anhaltspunkte, als die schon genannten: die Schuld aus Amtspflichtverletzung und der Mangel an anderem, erheblichem Vermögen als dem zu Pfand gegebenen. Weder aus den geschäftlichen Beziehungen noch der privaten Lebensführung des Kägi konnte Bosphard, wie die Vorinstanz festgestellt hat, irgend etwas für seine Vermögenslage Nachteiliges erfahren. So gering an Zahl die genannten positiven Anhaltspunkte auch sind, so sind sie doch so gewichtig, daß sie zur Erkennbarkeit der Überschuldung genügen. Wenn davon ausgegangen wird, daß die Amtspflichtverletzung in einem dem Pfandwerte ungefähr entsprechenden Betrage erkennbar war, so war damit dem Kläger Bosphard ohne weiteres ersichtlich, daß eine solche Amtspflichtverletzung mindestens den Verlust des Amtes, wahrscheinlich strafrechtliche Verfolgung und damit jedenfalls den gänzlichen Ruin des Notars zur Folge haben müsse. Es war bei dieser Sachlage auch ausgeschlossen, daß Kägi anderes Vermögen zur Verfügung habe, das den voraussehbaren Schaden aus Amtspflichtverletzung zu ersetzen vermöchte, so daß im Gesamten doch keine Überschuldung daraus resultiert hätte. Diese Annahme wäre

bei jeder andern Schuld als gerade bei einer solchen wohl zulässig; hier aber hätte Kägi selbstverständlich jedes verfügbare Vermögen zuerst zur Deckung dieses Schadens verwendet, der für ihn auch strafrechtliche Folgen haben mußte. Man kann nicht argumentieren, die durch die Amtspflichtverletzung Geschädigten seien durch die Bürgschaft gedeckt, und daß andere Geschädigte vorhanden, sei nicht erkennbar gewesen; denn wenn keine größere Schuld als die verbürgte vorhanden gewesen wäre, so wäre eben die Bürgschaftsdeckung direkt zur Deckung dieser Schuld verwendet worden: dieses Raisonnement mußte sich auch den Klägern aufdrängen. Wenn daher, wie schon ausgeführt, dem Kläger Bosphard das Amtsverbrechen erkennbar war, so war ihm auch erkennbar, daß, wenn Kägi einen Schaden der Bürgen ausdrücklich voraussetzte, alle andern Mittel zur Abwendung dieses Schadens schon erschöpft waren. Hieraus ergab sich ohne weiteres die Überschuldung und der bevorstehende finanzielle Zusammenbruch. Hiezu kommt, daß, wie festgestellt ist, Bosphard wußte, Kägi besitze kein weiteres Vermögen, als das zu Pfand gegebene. Wenn sich Kägi alles verfügbaren Vermögens entäußerte, um die Bürgen vor Schaden zu bewahren, so mußte dies die Letztern im Verdachte bestärken, daß andere Gläubiger dann nichts erhalten würden. Wenn heute behauptet wird, Bosphard hätte sich nirgends besser informieren können, so ist darauf zu erwidern, daß als solche Stelle nur der Gläubiger, demgegenüber Schädigungsverdacht bestand, in Betracht fällt. Wenn diesem die Verpfändungsabsicht bekannt gewesen wäre, so wäre die Hinausschiebung des Konkurses bis nach Ablauf der sechsmonatlichen Anfechtungsfrist verhindert worden, da sofort aus der Verpfändung das Amtsvergehen ersichtlich war. Wenn ferner darauf hingewiesen wird, daß Bosphard „ein Narr“ gewesen wäre, den Vorteil nicht anzunehmen, so widerlegt sich dieses Argument mit dem Hinweis darauf, daß jede paulianische Zuwendung so vorteilhaft ist für den Gläubiger, daß er immer, wenn er nur egoistisch an diesen Vorteil denkt, sie annehmen dürfte. Die Bestimmungen der Pauliana verlangen eben altruistische Rücksichtnahme auf die Kreditoren, wenn Verdacht besteht, daß solche bestehen und geschädigt werden. Die Annahme der Erkennbarkeit des Dolus kann auch nicht mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Klägers Bosphard als zu

weitgehend bezeichnet werden. Gemiß ist bei Prüfung dessen, was für ihn erkennbar war, Rücksicht zu nehmen auf sein Erkenntnisvermögen, und es ist ein älterer Müller, wie es Bopphard ist, anders zu behandeln wie ein routinierter Geschäftsmann. Allein hier handelt es sich gerade nicht um Verhältnisse, die nur dem Geschäftskundigen erkenntlich waren, sondern im wesentlichen um den Verdacht eines verbrecherischen Verhaltens des Kägi, der sich dem vorsichtigen Bauerstmann mindestens ebenso aufdrängt, wie irgend einem andern. Bopphard führte zur Rechtfertigung in seiner persönlichen Befragung nur an, er habe bei der Empfangnahme der Briefe geglaubt, Kägi wolle damit „blaguiieren“; das widerspricht aber sehr der Aussage seiner Frau, nach welcher Kägi die Übergabe mit den Worten begründete, Bopphard solle nicht zu Schaden kommen. Ebenso wertlos ist der Hinweis darauf, daß Kläger Bopphard geglaubt habe, die Amtsbürgschaftsgenossenschaft habe ein solches Pfandrecht verlangt und darum habe Kägi auch den frühern Bürgen ein vorgehendes Pfandrecht bestellen wollen. Abgesehen davon, daß auch dieses Motiv bei der Übergabe der Pfänder nicht zum Ausdruck kam, könnte es auch den guten Glauben des Bopphard keineswegs begründen, denn wenn er auch glaubte, die Bürgschaftsgenossenschaft verlange die Pfänder, so konnte das vorgehende Pfandrecht der Kläger trotzdem nur einen Sinn haben, wenn eine Amtspflichtverletzung in diesem Betrage schon vorhanden war. Ob das im Faustpfandvertrag vorgesehene nachgehende Pfandrecht der Amtsbürgschaftsgenossenschaft zu stande kam, ist in einem besonderen Prozesse zwischen dieser Genossenschaft und der Beklagten streitig. Eine Anzeige an die Genossenschaft vom Pfandbesitz erfolgte jedenfalls seitens der Kläger nicht. Daß diese Unterlassung der Anzeige ein weiteres Verdachtsmoment zu Lasten der Kläger ergebe, wie die Beklagte vor erster Instanz ausführte, ist dagegen nicht zu ersehen.

b) Mit Bezug auf den Kläger Keller gelten alle aus der Natur der Pfandbestellung und der Amtsbürgschaft sich ergebenden oben entwickelten Verdachtsgründe in gleicher Weise. Dazu fällt für ihn in Betracht, daß er die Sicherstellung nach der Wiederwahl Kägis im Frühjahr 1900 — bei der sich eine heftige Opposition geltend gemacht hatte, wobei dem Kägi namentlich auch seine Spekulation und eine ihm im Jahre 1899 vom Ober-

gericht des Kantons Zürich erteilte Ordnungsbuße vorgehalten wurden — verlangte, weil seine Schwiegermutter, die Kägis ökonomische Verhältnisse kannte, darauf drängte, und weil er seit der angeedeuteten Wahlagitacion gegen Kägi unruhig geworden war; ferner, daß er als Nachbar des Kägi von dessen persönlichen und ökonomischen Verhältnissen, — Spekulationen, Ordnungsbuße, Aufwand, zc. — Kenntnis hatte, wie er denn selbst zugestanden hat, daß in seiner Wirtschaft hie und da verhandelt wurde, „es nehme einem nur Wunder, wie es der Notar so treiben könne bei seiner Besoldung.“ Mit Bezug auf diesen Kläger unterliegt daher die Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht keinen Bedenken. Ob Bopphard vertraglich oder gesetzlich (auf Grund von Art. 511 OR) verpflichtet war, dem Keller Pfand zu bestellen, ist gleichgültig, da auch, wenn dies der Fall war, eine Anfechtung des Pfandrechts gemäß Art. 288 SchKG zulässig ist (vergl. Urteil des Bundesgerichts i. S. Herzog gegen Buholzer, Amtl. Samml., Bd. XXIII, S. 341).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung beider Kläger wird abgewiesen, und es ist somit das Urteil („Beschluss“) der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Dezember 1903 in allen Teilen bestätigt.

**23. Urteil vom 26. März 1904 in Sachen
Allgemeine Gewerbekasseloten, Kl. u. Ver.-Kl.,
gegen Erb, Bekl. u. Ver.-Bekl.**

Zulässigkeit der Berufung: Letztinstanzliches kantonales Haupturteil Art. 58 OG. — Schadenersatzpflicht des Liegenschaftenersteigerers nach Art. 143 Abs. 2 SchKG. Zahlungsverzug des Ersteigerers; eidgenössisches und kantonales Recht.

A. Durch Urteil vom 12. Oktober 1903 hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich erkannt:

Das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts vom 31. März 1903 wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.