

Abweisung der Aberkennungsklage hinsichtlich der ihr durch den Rechtsöffnungsentscheid vom 27. Oktober 1915 zugesprochenen *Kosten*. In dieser Beziehung ist zwar (vergl. BGE 36 II N° 65) davon auszugehen, dass der Zuspuch der Aberkennungsklage nicht die Bedeutung einer Aufhebung des ergangenen Rechtsöffnungsentscheides oder auch nur des bezüglichen Kostendispositivs hat; denn die im Rechtsöffnungsverfahren und die im Aberkennungsprozess zu entscheidenden Streitfragen decken sich nicht; der Rechtsöffnungsrichter hat lediglich zu prüfen, ob auf Grund der vorgelegten Urkunden die *Betreibung* fortgesetzt werden soll; der Aberkennungsrichter hingegen hat den *Bestand der Forderung* zu prüfen und die Aberkennungsklage selbst *dann* gutzuheissen, wenn keinem Zweifel unterliegt, dass die Rechtsöffnung bewilligt werden musste. Um eine « Aberkennung der Rechtsöffnungskosten » kann es sich somit, genau genommen, überhaupt nie handeln. Dies hindert jedoch nicht, dass die Rechtsöffnungskosten, nachdem sie einmal zu den *Betreibungskosten* geschlagen worden sind, dann auch deren weiteres Schicksal zu teilen haben und also im Falle der Gutheissung der Aberkennungsklage doch vom *Betreibenden* zu tragen sind, weil durch das Aberkennungsurteil dargetan ist, dass der Aberkennungsbeklagte den Aberkennungskläger für eine nicht existierende Forderung betrieben hat. Vergl. in diesem Sinne: JAEGER, Note 10 zu Art. 83 (3. Aufl. S. 220 und Konkurspraxis I S. 27), sowie, hinsichtlich der *Kosten* des Urkundenprozesses nach der deutschen ZPO: STEIN, II S. 206.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Januar 1917 bestätigt.

50. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Juni 1917
i. S. Konkursmasse Spiegel, Klägerin,
gegen Spiegel, Beklagte.

Deliktspauliana. Schenkung an Ehefrau bei starker Illiquidität der Aktiven und drohender Ueberschuldung. Bereits eingetretene Ueberschuldung bei Art. 288 SchKG nicht nötig.

A. — Die Beklagte ist die Ehefrau des am 7. Mai 1912 in Konkurs geratenen Emil Spiegel, Inhaber eines Abzahlungsgeschäftes in Zürich. Die Bilanz dieses Geschäftes, das Spiegel gemeinsam mit seinem Schwager S. Guttenberg betrieb, ergab auf Ende 1910 ein Aktivsaldo von 54,631 Fr. 80 Cts., wobei aber unter den Aktiven die « Guthaben an Kundschaft » mit ca. 37,000 Franken, sowie die « Wechselforderungen » mit ca. 8000 Franken voll eingesetzt waren. Die Bilanz pro 31. Dezember 1911, in welcher die « Guthaben an Kundschaft » mit zusammen über 40,000 Fr. wieder voll eingesetzt waren, ergab nur noch einen Aktivenüberschuss von 25,439 Fr. 25 Cts. Inzwischen hatte Spiegel am 20. Juli ein durch Bijouteriewaren (goldene Uhren, Uhrenketten, Fingerringe, Edelsteine) im Werte von ca. 9900 Fr. pfandversichertes Guthaben an die Firma Goldbaum & Bernheim im Betrage von 9000 Fr. schenkungsweise der Beklagten abgetreten und ihr die Bijouteriewaren übergeben, damit die Beklagte, wie diese sich selber ausdrückte, « etwas habe, das den Kindern zukommen soll. »

Am 10. November 1911 wurden jene Bijouteriewaren zur Sicherung einer dem Ehemann Spiegel gegenüber bestehenden Forderung des Rechtsanwaltes Dr. Thalberg in Zürich weiterverpfändet.

Anfangs 1912 machte Spiegel seinen Gläubigern eine Nachlassofferte, wonach er ihnen 25% ihrer Forderungen bezahlt hätte. Bei diesem Anlass wurden die Guthaben

des Gemeinschuldners an ca. 3000 Kunden, deren Nominalwert etwa 55,000 Fr. betrug, vom Anwalt des Spiegel auf höchstens 15% des Bilanzwertes und vom Sachwalter auf höchstens 4000 bis 5000 Fr. geschätzt. Im Konkurse betragen die zugelassenen Forderungen ungefähr das Doppelte des Aktivenerlöses.

B. — Durch Urteil vom 17. Januar 1917 hat das Obergericht des Kantons Zürich über die Streitfrage:

« Ist nicht die vom Ehegatten der Beklagten, E. Spiegel, » an die Beklagte am 20. Juli 1911 erfolgte Abtretung » einer Forderung im Betrage von über 9000 Fr. faustpfandgesichert durch Bijouteriewaren im Fakturawerte » von ca. 9900 Fr. für ungültig zu erklären ? »

erkannt:

« Die Klage wird abgewiesen. »

Dieses Urteil, sowie ein Zwischenurteil desselben Gerichtshofes vom 24. Januar 1914 beruhen auf der Erwägung, dass die Abtretung vom 20. Juli 1911 entgegen der Behauptung der Klägerin weder simuliert noch anfechtbar sei; ersteres deshalb nicht, weil die Absicht der Kontrahenten in der Tat darauf gegangen sei, den durch das abgetretene Guthaben dargestellten Wert in das Vermögen der Beklagten übergehen zu lassen; letzteres deshalb nicht, weil nach einem von der ersten Instanz eingeholten Gutachten des Rechtsanwalts und Bücherexperten Elsener das Geschäft Spiegels im Sommer 1911 noch nicht überschuldet gewesen sei, und weil nach demselben Gutachten (im Gegensatz zu einem zuerst eingeholten Gutachten des Direktors Rehr von der Schweiz. Treuhandgesellschaft) damals « auch nicht mit der Gefahr einer Ueberschuldung gerechnet werden musste. »

C. — Gegen diese beiden Urteile hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Guttheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Dafür, dass die Abtretung vom 20. Juli 1911 simuliert, d. h. nur dazu bestimmt gewesen sei, die ein Vierteljahr später vorgenommene Verpfändung der Bijouteriewaren zu Gunsten einer Schuld des Spiegel gegenüber Dr. Thalberg zu verdecken, liegen keine Anhaltspunkte vor.

Dagegen erscheint jene Abtretung aus den nachfolgenden Gründen als im Sinne des Art. 288 SchKG anfechtbar.

2. — Die Vorinstanz hat das Hauptgewicht auf die Prüfung der Frage verlegt, ob Spiegel im Zeitpunkte der Vornahme des angefochtenen Rechtsgeschäfts « überschuldet » war. Weil der Beweis hiefür nicht erbracht, vielmehr nur eine starke Illiquidität seiner Bilanz nachgewiesen werden konnte, hat sie die Klage abgewiesen.

Demgegenüber ist davon auszugehen dass bei Art. 288, im Gegensatz zu Art. 287 SchKG, die Ueberschuldung im Momente der Vornahme des angefochtenen Rechtsgeschäfts keine absolute Voraussetzung des Zuspruchs der Aufhebungsklage bildet, vielmehr die Gesamtheit der Umstände zu würdigen ist. Waren die Umstände derart, dass der Schuldner und der Begünstigte den finanziellen Zusammenbruch des Erstern voraussehen oder doch als drohend betrachten mussten, so ist die Klage auch dann zuzusprechen, wenn vielleicht im kritischen Zeitpunkte die buchmässigen Aktiven des Schuldners dessen buchmässige Passiven noch überstiegen, dagegen eine baldige Umkehrung dieses Verhältnisses zu befürchten war oder die Illiquidität der Aktiven auch ohne eigentliche « Ueberschuldung » eine für die Gläubiger verlustbringende Liquidation herbeizuführen drohte.

Dieser Fall lag hier vor. Nach dem Gutachten Rehr war die finanzielle Lage des Spiegel im Juli 1911 « so, dass sie die Entnahme der Werte von über 9000 Fr. nicht ge-

stattete »; das « Hauptaktivum des Geschäftes, die Debitoren », « war von höchst zweifelhaftem Werte » und « auf jeden Fall nicht vollwertig »; sollte das Geschäft « ohne Gefahr, in Ueberschuldung zu geraten, weiter bestehen bleiben, » so « durften demselben keine Betriebsmittel entzogen werden ». Nach diesem Gutachten musste also im Sommer 1911 mit der Gefahr einer baldigen Ueberschuldung gerechnet werden. Demgegenüber gelangt zwar das Gutachten Elsener zu dem Schlusse, dass « um die Mitte des Jahres 1911 nicht mit der Gefahr einer Ueberschuldung gerechnet werden musste ». Allein dieser Schluss beruht auf der Erwägung, dass die Bilanzen pro 1910 und 1911 noch ein Aktivsaldo von 54,631 Fr. 80 Cts., bzw. 25,439 Fr. 72 Cts. aufweisen. Nun anerkennt aber der Experte selber, dass, « rund 98,000 Fr. in nicht liquiden Aktiven investiert » waren, und dass deshalb die Situation « eine angespannte im Sinne der mangelnden Liquidität der Bilanz » war. Das Endresultat des Gutachtens Elsener ist somit kein anderes als dasjenige des Gutachtens Rehr; nur legt der Experte Elsener mehr Gewicht auf den Aktivenüberschuss, der sich bei Einsetzung der Aktiven zu ihrem Nominalwert ergab, während der Experte Rehr mehr darauf abstellt, dass die Aktiven schlecht realisierbar und auch im Falle einer möglichen Realisierung nicht vollwertig waren. Wie sehr diese Annahme des Experten Rehr begründet ist, geht daraus hervor, dass anlässlich der Nachlassverhandlungen vom Januar 1912 der Sachwalter die Kundenguthaben im Nominalwert von ca. 55,000 Fr. auf bloss 400 bis 5000 Fr., d. i. nicht einmal 8 bis 10% schätzte.

3. — Nach dem Gesagten gab im Sommer 1911 schon die Bilanz zu ernsthaften Befürchtungen in Bezug auf die Zahlungsfähigkeit Spiegels Anlass. Ist also auch nicht erwiesen, dass bereits damals die Gläubiger zu Zahlungen drängten, so konnte doch dem Schuldner selbst die Gefährlichkeit seiner Situation nicht entgehen. Tat-

sächlich war er denn auch gerade damals zur Aufnahme grösserer Darlehen genötigt. Wenn er unter solchen Umständen ein durch verhältnissmässig leicht realisierbare Werte sichergestelltes Guthaben — das einzige grössere, einigermassen liquide Aktivum, über das er noch verfügte, — an seine Ehefrau abtrat, damit diese doch auf alle Fälle « etwas habe, das den Kindern zukommen soll », so musste er sich darüber Rechenschaft geben, dass er hiedurch, für den Fall, dass Frau und Kinder die Schenkung wirklich nötig haben sollten, seine Gläubiger in ihren Rechten verkürze. Dasselbe Bewusstsein musste aber auch die Beklagte haben, zumal da sie nach dem Ergebnis der Zeugenaussagen und der Parteibefragung « die Geriebenere von beiden » war.

4. — Bestünden übrigens noch irgendwelche Zweifel über die Erkennbarkeit der möglichen Rückwirkung des angefochtenen Geschäfts auf die Interessen der Gläubiger, so müsste doch unter den vorliegenden Umständen zu Ungunsten der Beklagten entschieden werden. Denn, obwohl das SchKG im Gegensatz zu andern Rechten eine Erleichterung für die Anfechtung von Rechtsgeschäften unter nahen Verwandten oder gar unter Ehegatten nicht ausdrücklich vorsieht, und obwohl sich auch die in Art. 286 enthaltene Umkehrung der Beweislast bei unentgeltlichen Verfügungen nur auf die letzten sechs Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung bezieht, so begründen die Unentgeltlichkeit der Verfügung und das nahe Verhältnis der Kontrahenten im Falle drohender Ueberschuldung des Verfügenden doch zum mindesten ein Verdachtsmoment, dessen freie Würdigung nach Art. 289 SchKG dazu führt, dass in einem solchen Falle an den Nachweis der Begünstigungsabsicht kein strenger Massstab angelegt werden darf.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage in dem

Sinne zugesprochen, dass die am 20. Juni 1911 an die Beklagte erfolgte Abtretung der Forderung von 9000 Fr., faustpfandgesichert durch Bijouteriewaren im Werte von ca. 9900 Fr., gegenüber der Klägerin ungültig erklärt wird.

51. Sentenza 27 giugno 1917 della II sezione civile nella causa Borrini, attore, contro Massa Angelo Crivelli figlio, convenuta.

In causa di contestazione della graduatoria a sensi dell'art. 250 LEF, il giudice non può decidere di una pretesa tendente a far qualificare un credito verso il fallito come spesa di liquidazione giusta l'art. 262 al. 1 LEF. Il credito di un commissario di proroga per le sue prestazioni non è da considerarsi come spesa di liquidazione del susseguente allimento, nè come credito privilegiato giusta l'art. 219 prima classe b. L. E. F.

A. — Il 13 marzo 1915 l'attore Prof. Francesco Borrini in Lugano fu nominato commissario della proroga delle esecuzioni che la Pretura di Lugano, come autorità di concordato, aveva concessa alla ditta Angelo Crivelli figlio in Lugano in base al decreto federale 28 settembre 1914. La proroga non essendo stata rinnovata per una seconda volta (cioè oltre un semestre) la ditta Crivelli cadde nel 1916 in fallimento, nel quale Francesco Borrini notificò un credito di 3700 fr. per le sue prestazioni come commissario (vigilanza dell'azienda, controllo dei libri, riordinamento della registrazione ecc.) per il periodo dal 13 marzo al 31 dicembre 1915, domandando che fosse collocato in sede privilegiata. Avendo l'amministrazione del fallimento comunicato il 1° luglio 1916 al creditore che non riconosceva il credito da lui vantato, questi promosse entro il termine di 10 giorni di cui all'art. 250 LEF causa a procedura accelerata contro la massa Crivelli, colla quale domandava :

1° Che il credito di 3700 fr. fosse iscritto in sede privilegiata quale spesa di liquidazione della massa Crivelli.

2° Subordinatamente : Che fosse iscritto per un semestre (1800 fr.) in sede privilegiata e per il resto in V^a classe o « nella sua totalità nella classe competente ». A suffragio di queste domande l'attore faceva capo all'art. 361 CO e sosteneva che il credito dovesse venir iscritto in anticlasse perchè concernente operazioni inerenti alla liquidazione del fallimento o per lo meno in classe privilegiata per il semestre precedente alla dichiarazione del fallimento (art. 219 prima classe lett. b). Nel corso della causa le parti convennero che, riservata la questione del privilegio, il credito fosse tassato dal giudice di primo grado (Pretore di Lugano, in pari tempo autorità di proroga e di concordato), il quale, statuendo in seguito sul merito della causa, lo fissò a 1500 fr. e l'ammise per la metà in sede privilegiata (prima classe), considerando l'attore come impiegato della ditta a sensi dell'art. 219 1^a classe lett. b LEF.

B. — Colla denunziata sentenza del 17 marzo 1917 il Tribunale di Appello, al quale le parti hanno deferito il giudizio di primo grado, ebbe a giudicare :

« All'attore è riconosciuto un compenso di 1500 fr. quale » commissario della proroga generale delle esecuzioni » accordata alla ditta debitrice. § detto compenso deve » prelevarsi sulle attività fallimentari giusta l'art. 262 lemma primo LEF. »

C. — Da questa sentenza la convenuta si appella al Tribunale federale nei termini e modi di legge chiedendo che il credito, riconosciuto per l'importo fissato dal Pretore (1500 fr.), sia iscritto solo in V^a classe.

D. — L'attore conchiude domandando la conferma della sentenza querelata ;

C o n s i d e r a n d o i n d i r i t t o :

1° — L'attuale azione, diretta contro il rifiuto dell'amministrazione del fallimento Crivelli di iscrivere in gra-