Urteilskopf

95 III 47

10. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Juni 1969 i.S. Wirtschaftsbank Zürich gegen Konkursmasse W. Fuchs & Co.
Regeste (de):
Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG).

1. Begriff der unentgeltlichen Verfügung (Art. 286 Abs. 1 SchKG) und des Rechtsgeschäfts, bei dem zwischen Leistung und Gegenleistung ein Missverhältnis besteht (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Die innert der letzten 6 Monate vor der Konkurseröffnung vorgenommene Sicherstellung einer fremden Schuld ist nach Art. 286 SchKG anfechtbar, wenn der Gemeinschuldner dazu rechtlich nicht verpflichtet war und dafür keine Gegenleistung oder nur eine solche erhielt, die wirtschaftlich erheblich weniger wert war als seine eigene Leistung (Erw. 2).

2. Pflicht zur Sicherstellung? (Erw. 3).

3. Fremde oder eigene Schuld? Verletzt die Konkursmasse Treu und Glauben, indem sie sich auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaften beruft, deren Schulden der Gemeinschuldner sicherstellte? (Erw. 4).

4. Ist die Errichtung eines Grundpfandes für eine fremde Schuld eine entgeltliche Verfügung, weil im Falle, dass der Pfandgläubiger durch Ablösung oder Verwertung des Pfandes aus dem Vermögen des Pfandeigentümers befriedigt wird, die Forderung des Pfandgläubigers nach Art. 827 Abs. 2 ZGB auf den Pfandeigentümer übergeht? Kann der Pfandeigentümer diese Forderung im Konkurs des Pfandschuldners mit Forderungen desselben gegen ihn verrechnen? (Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Entsprechende Anwendung von Art. 215 Abs. 1 SchKG? (Erw. 5).

5. Kann eine Leistung an eine dem Pfandeigentümer nahestehende Person oder Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt von Art. 286 SchKG als Entgelt für die Pfandbestellung in Betracht kommen? (Frage offen gelassen). Missverhältnis zwischen der Leistung des Pfandeigentümers (Gemeinschuldners) und dem wirtschaftlichen Vorteil, den ihm ein Stillehalteversprechen der Pfandgläubigerin gegenüber ihm nahestehenden Gesellschaften möglicherweise mittelbar verschafft (Erw. 6).

Regeste (fr):
Action révocatoire (art. 285 ss LP).

1. Notion de la disposition à titre gratuit (art. 286 al. 1 LP) et de l'acte dans lequel le prix reçu par le débiteur est notablement inférieur à la valeur de sa prestation (art. 286 al. 2 ch. 1 LP). La garantie d'une dette d'autrui donnée par le débiteur dans les six mois qui ont précédé l'ouverture de la faillite est nulle en vertu de l'art. 286 LP, lorsque le débiteur n'était pas tenu de donner cette garantie et n'a reçu aucune contrepartie ou seulement une contrepartie d'une valeur notablement inférieure à celle de sa propre prestation (consid. 2).

2. Obligation de donner une garantie? (consid. 3).

3. Dette d'autrui ou dette du débiteur? La masse en faillite enfreintelle les règles de la bonne foi en se prévalant de l'indépendance juridique de la société dont le débiteur a garanti les dettes? (consid. 4).

4. La constitution d'un gage immobilier pour garantir la dette d'autrui est-elle une disposition à titre onéreux, parce que, si le tiers propriétaire du gage désintéresse le créancier gagiste en payant la dette ou par le jeu de la réalisation forcée du gage, ce tiers est subrogé aux droits du créancier en vertu de l'art. 827 al. 2 CC? Le tiers propriétaire du gage peut-il, dans la faillite du débiteur, compenser cette créance avec des créances que le failli

avait contre lui? (art. 213 al. 2 ch. 1 LP). Faut-il appliquer par analogie l'art. 215 al. 1 LP? (consid. 5).

5. Peut-on considérer, du point de vue de l'art. 286 LP, qu'une prestation faite à une personne ou à une société étroitement liée au propriétaire du gage est la contrepartie de la constitution du gage? (Question non résolue). Différence de valeur notable entrela prestation du propriétaire du gage (failli) et l'avantage économique que pourrait valoir indirectement à des sociétés étroitement liées au failli la promesse donnée par le créancier gagiste de ne pas agir juridiquement contre ces sociétés (consid. 6).

Regesto (it):
Azione rivocatoria (art. 285 e segg. LEF).

1. Nozione della disposizione a titolo gratuito (art. 286 cpv. 1 LEF) e dell'atto in cui c'è sproporzione tra prestazione e corrispettivo (art. 286 cpv. 2 num. 1 LEF). La garanzia d'un debito altrui data nei sei mesi che hanno preceduto la dichiarazione di fallimento è annullabile giusta l'art. 286 LEF se il debitore non era giuridicamente tenuto a prestare la garanzia e non ha ricevuto nessun corrispettivo oppure ne ha ricevuto uno d'un valore economico notevolmente inferiore a quello della sua prestazione (consid. 2).

2. Obbligo di prestare una garanzia? (consid. 3).

3. Debito altrui o debito proprio? Viola i principi della buona fede la massa fallimentare che si prevale dell'indipendenza giuridica della società i cui debiti sono stati garantiti dal debitore? (consid. 4).

4. La costituzione d'un pegno immobiliare per un debito altrui è una disposizione a titolo oneroso perchè, se il terzo proprietario del pegno soddisfa il creditore pignoratizio pagando il debito oppure nella procedura della realizzazione forzata, questo terzo è surrogato nei diritti del creditore giusta l'art. 827 cpv. 2 CC? Il terzo proprietario del pegno può, nel fallimento del debitore, compensare questo credito con crediti che il fallito aveva contro di lui? (art. 213 cpv. 2 num. 1 LEF). Applicazione analogica dell'art. 215 cpv. 1 LEF? (consid. 5).

5. Una prestazione fatta ad una persona o ad una società strettamente legata al proprietario del pegno può, dal profilo dell'art. 286 LEF, essere considerata come il corrispettivo per la costituzione del pegno? (Questione lasciata aperta). Sproporzione tra la prestazione del proprietario del pegno (fallito) e il vantaggio economico che potrebbe valere indirettamente, a società strettamente legate al fallito, la promessa data dal creditore pignoratizio di non agire giuridicamente contro queste società (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 49

BGE 95 III 47 S. 49

A.- Die Wirtschaftsbank Zürich gewährte der Ladenstadt in Köln AG mit Sitz in Zürich (Ladenstadt), deren Aktien grösstenteils der vom Bauunternehmer Werner Fuchs beherrschten IBZ Finanz AG in Zürich (IBZ) gehörten, am 1. September 1964 auf Gesuch ihres Verwaltungsratsmitglieds Willy Müller, der den Verwaltungsrat der Ladenstadt präsidierte, einen bis 10. November 1964 zurückzuzahlenden Kontokorrentkredit bis Fr. 300'000.–. Am 11. September 1964 räumte sie der Ladenstadt einen weitern kurzfristigen Kredit bis Fr. 200'000.– ein. Am 2. Oktober 1964 eröffnete sie der Ladenstadt und der IBZ gemeinsam gegen Verpfändung von

Inhaberschuldbriefen einen Kontokorrentkredit bis zu Fr. 1'000,000.–. Am 3. März 1965 betrieb sie die Ladenstadt für eine Kontokorrentschuld der Ladenstadt und der IBZ von rund Fr. 552'000.–. Am 4. Mai 1965 verlangte sie von den beiden Schuldnerinnen die Begleichung von Zinsen, Kommissionen und Spesen im Gesamtbetrag von rund Fr. 78'500.– und ersuchte dringend um zusätzliche Sicherheiten. Am 14. Mai 1965 ersetzte sie die frühere Betreibung durch eine Betreibung auf Faustpfandverwertung für rund Fr. 588'500.–. Am 2. Juni 1965 errichtete die Kommanditgesellschaft W. Fuchs & Co. zur Sicherstellung der Forderungen der Wirtschaftsbank gegen die Ladenstadt und die IBZ zulasten ihrer Liegenschaft Bernerstrasse 150 in Zürich-Altstetten eine im 5. Rang stehende Grundpfandverschreibung für Fr. 500'000.–. Am 25. Oktober 1965 wurde über die IBZ, am 5. November 1965 über die Kommanditgesellschaft W. Fuchs & Co. und am 13. Mai 1966 über die Ladenstadt der Konkurs eröffnet.

B.- Im Konkurs der Firma W. Fuchs & Co. machte die Wirtschaftsbank für ihre Forderungen von rund Fr. 603'000.– und Fr. 629'000.– gegen die Ladenstadt bzw. gegen diese und die IBZ als Solidarschuldner das Pfandrecht aus der erwähnten Grundpfandverschreibung geltend. Die Konkursverwaltung wies diesen Anspruch unter Berufung auf Art. 286 und 287 Ziff. 1 SchKG ab. Die Wirtschaftsbank klagte hierauf gegen die Konkursmasse W. Fuchs & Co. beim Einzelrichter für das beschleunigte Verfahren des Bezirkes Zürich auf Zulassung der streitigen Grundpfandverschreibung im Lastenverzeichnis. Die Beklagte machte geltend, die Errichtung dieses Pfandrechts sei nach Art. 286, 287 und 288 SchKG anfechtbar. Der Einzelrichter wies die Klage am 5. März 1968 in Anwendung von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ab. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte diesen Entscheid am 18. Oktober 1968 mit der Begründung, die Pfandbestellung falle unter Art. 286 SchKG, weil die Gemeinschuldnerin damit innerhalb der letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung ihr Vermögen belastet habe, ohne eine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung zu erhalten.

C.- Gegen das Urteil des Obergerichts hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf



Zulassung der streitigen Grundpfandverschreibung, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. ... (Streitwert ca. Fr. 80'000.–).

2. Nach Art. 286 Abs. 1 SchKG sind mit Ausnahme gebräuchlicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen anfechtbar, die der Schuldner innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat. Den Schenkungen sind nach Art. 286 Abs. 2 Ziff.

1 SchKG gleichgestellt "Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnisse steht". Diese Bestimmungen wollen verhüten, dass die Gläubiger durch Freigebigkeiten oder unwirtschaftliche Geschäfte, die der Schuldner kurz vor dem Zusammenbruch vornimmt, geschädigt werden (BGE 31 II 352, BGE 49 III 30). Die Firma Fuchs hat die streitige Grundpfandverschreibung fünf Monate vor der Eröffnung des Konkurses über sie errichtet. Um eine eigentliche Schenkung handelt es sich dabei nicht. Der Gemeinschuldnerin fehlte nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die gemäss Art. 63 Abs. 2 OG für das Bundesgericht verbindlich sind, die Schenkungsabsicht, und es liegt nichts dafür vor, dass sie eine solche Absicht gleichwohl geäussert und die Klägerin ihrerseits den Willen bekundet habe, die Grundpfandverschreibung als Geschenk entgegenzunehmen. Art. 286 SchKG erfasst jedoch nicht bloss eigentliche Schenkungen, sondern unentgeltliche Verfügungen aller Art und darüber hinaus Rechtsgeschäfte, bei denen die beidseitigen Leistungen zu Ungunsten des Schuldners in einem Missverhältnis stehen. Eine Verfügung ist im Sinne von Art. 286 Abs. 1 SchKG unentgeltlich, wenn der Schuldner damit, ohne eine Gegenleistung zu erhalten, eine Leistung erbringt, zu der er rechtlich nicht verpflichtet ist (BGE 31 II 352; BLUMENSTEIN, Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechtes, 1911, S. 877; W. HANGARTNER, Die Gläubigeranfechtung im schweiz. Recht, Zürcher Diss. 1929, S. 56). Wenn in BGE 49 III 29 ff. nicht erwähnt



wurde, dass das Bestehen einer Rechtspflicht des Schuldners zu seiner Leistung die Anwendung von Art. 286 SchKG ausschliesst, so wohl deswegen, weil in jenem Fall eine solche Rechtspflicht nicht in Frage stand. Aus BGE 91 III 101 /102, wo über den Beginn der Klagefrist des Art. 292 SchKG zu befinden war, ergibt sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht, dass beim Entscheid darüber, ob eine Verfügung im Sinne von Art. 286 SchKG unentgeltlich sei, nichts darauf ankomme, ob der Schuldner zu seiner Leistung vertraglich verpflichtet war. Ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne von Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG liegt vor, wenn die Leistung, die der Schuldner erhält, erheblich geringer ist als seine eigene Leistung (vgl. den französischen Text: les actes par lesquels le débiteur a accepté un prix notablement inférieur à la valeur de sa prestation; BGE 49 III 30). Ob ein solches Missverhältnis bestehe, beurteilt sich nach dem wirtschaftlichen Wert der Leistungen (BGE 31 II 353, BGE 49 III 30). Ist die Leistung des Schuldners wirtschaftlich erheblich mehr wert als die Gegenleistung, so ist das Geschäft nach Art. 286 anfechtbar, wenn der Schuldner seine Mehrleistung ohne rechtliche Verpflichtung hiezu erbrachte. Ob das Missverhältnis der Leistungen und die Gefahr einer Schädigung der Gläubiger für den Empfänger der Leistung des Schuldners erkennbar waren, ist unerheblich (BGE 49 III 30). Ebenso kommt nach der herrschenden Lehre nichts darauf an, ob der Schuldner selbst das Missverhältnis kannte oder erkennen konnte (C. JAEGER, N. 8 zu Art. 286 SchKG, S. 372; HANGARTNER a.a.O. S. 57/58; E. BRAND, Anfechtungsklage I, SJK Nr. 742, 1942, S. 4 mit Fussnote 11; H. GAUGLER, Die paulianische Anfechtung, Bd. I 1944, S. 112; Frage offen gelassen in BGE 49 III 30). Die Sicherstellung einer fremden Schuld kann nach Art. 286 SchKG anfechtbar sein (BGE 31 II 352 Erw. 4, BGE 49 III 30 /31), wogegen die Sicherstellung einer eigenen Schuld nur beim Zutreffen der Voraussetzungen von Art. 287 (oder 288) SchKG angefochten werden kann (C. JAEGER, N. 3 zu Art. 286, S. 370). Die Errichtung der streitigen Grundpfandverschreibung war also nach Art. 286 SchKG anfechtbar, wenn die Firma Fuchs rechtlich nicht verpflichtet war, die Verbindlichkeiten der Ladenstadt und der IBZ sicherzustellen, und diese Verbindlichkeiten nicht etwa in Wirklichkeit eigene Schulden der Firma Fuchs waren, und wenn überdies die weitere Voraussetzung

erfüllt ist, dass die Firma Fuchs für die Verpfändung ihres Grundstücks keine Gegenleistung erhielt oder dass die Gegenleistung wirtschaftlich erheblich weniger wert war als ihre eigene Leistung. Das Bestehen einer Rechtspflicht zur Sicherstellung der fraglichen Schulden schliesst die Anfechtung der Grundpfandbestellung nach Art. 286 SchKG aus, auch wenn das Sicherstellungsversprechen nicht auf Bestellung eines Grundpfandes ging und dementsprechend nicht öffentlich beurkundet wurde (vgl. die zu Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ergangenen Entscheide BGE 62 III 64 Erw. 2, BGE 74 III 50).

3. Die Klägerin behauptete schon in der Klageschrift (S. 5) und in der Replik vor dem Einzelrichter (Prot. I S. 8), die Firma Fuchs habe sich ihr gegenüber verpflichtet, alle ihre Forderungen gegen die IBZ und die Ladenstadt sicherzustellen; diese Verpflichtung habe schon längst vor dem 2. Juni 1965, nämlich seit Beginn der geschäftlichen Beziehungen zwischen der IBZ, der Ladenstadt und der Klägerin bestanden. Sie anerbot hiefür den Beweis. Im Verfahren vor Obergericht wiederholte und verdeutlichte die Klägerin diese Darstellung. Sie berief sich auf Willy Müller als Zeugen. Im kantonalen Berufungsverfahren wurde jedoch über die Frage, ob sich die Firma Fuchs vertraglich zur Sicherstellung der Schulden der IBZ und der Ladenstadt gegenüber der Klägerin verpflichtet habe, so wenig wie im erstinstanzlichen Verfahren Beweis erhoben, weil das Obergericht annahm, Art. 286 SchKG könne auch angewendet werden, wenn eine solche Verpflichtung bestand. In Wirklichkeit ist in diesem Falle Art. 286 SchKG nicht anwendbar (Erw. 2 hievor) und kann sich nur noch fragen, ob die Grundpfandbestellung aus einem andern Grunde (Art. 287, 288 SchKG) anfechtbar sei. Die Sache ist daher zur Abklärung der Frage, ob die behauptete Sicherstellungspflicht bestand, an die Vorinstanz zurückzuweisen, sofern sich nicht etwa ergibt, dass Art. 286 SchKG schon deshalb nicht eingreift, weil die Firma Fuchs mit der streitigen Grundpfandverschreibung eine eigene Verbindlichkeit sicherstellte oder für die Errichtung dieses Grundpfandes eine gleichwertige Gegenleistung erhielt.

4. Die Firma Fuchs, die IBZ und die Ladenstadt waren rechtlich selbständige Unternehmen. Jedes davon hatte sein eigenes Aktivvermögen und seine eigenen Schulden. Von der rechtlichen Selbständigkeit dieser drei Unternehmen wäre bei



Beurteilung der Frage, ob die Firma Fuchs mit der streitigen Grundpfandverschreibung eigene oder fremde Verbindlichkeiten sichergestellt habe, nur abzusehen, wenn die Berufung auf diese Selbständigkeit infolge besonderer Umstände gegen Treu und Glauben verstiesse (vgl. BGE 92 II 164 mit Hinweisen). Solche Umstände sind nicht dargetan. Die von der Klägerin hervorgehobene Tatsache, dass die drei Unternehmen persönlich und wirtschaftlich eng verflochten waren, genügt nicht, um gegenüber der Beklagten den Vorwurfzu rechtfertigen, die Berufung darauf, dass jedes Unternehmen seine eigenen Schulden hatte, verstosse gegen Treu und Glauben. Die Klägerin hat denn auch nicht versucht, im Konkurs der Firma Fuchs geltend zu machen, diese müsse sich für die Kredite, welche die Klägerin der IBZ und der Ladenstadt gewährt hatte, unmittelbar belangen lassen. Mit ihrer Konkurseingabe vom 24. Januar 1966 machte sie vielmehr nur geltend, die Firma Fuchs habe ihr für diese Kredite bestimmte Sicherheiten bestellt, insbesondere zu ihren Gunsten die streitige Grundpfandverschreibung errichtet. Die Firma Fuchs hat also mit dieser Grundpfandverschreibung nicht eigene, sondern fremde Schulden gesichert.

5. Die Klägerin macht nicht geltend, und es liegt nichts dafür vor, dass die Klägerin der Firma Fuchs für die Errichtung der Grundpfandverschreibung eine für sie bestimmte Gegenleistung versprochen und in Erfüllung eines solchen Versprechens eine derartige Leistung erbracht habe. Aus den Akten ergibt sich nur, dass sie sich mit Rücksicht auf diese Pfandbestellung und auf Zusicherungen betreffend die baldige Rückzahlung ihrer Kredite "unter dem üblichen Vorbehalt" gegenüber der Ladenstadt und der IBZ bereit erklärte, bis Ende August 1965 von weitern rechtlichen Massnahmen gegen diese Gesellschaften abzusehen (Schreiben der Klägerin an

diese Gesellschaften vom 2. Juni 1965). Die Klägerin behauptet jedoch, die Errichtung der Grundpfandverschreibung sei deshalb ein rein entgeltliches Geschäft, weil die Firma Fuchs im Falle der Inanspruchnahme des Pfandes eine Regressforderung gegen die IBZ erlange und diese - einstweilen bedingte - Regressforderung im Konkurs der IBZ schon vor der (die Entstehung der Forderung bewirkenden) Verwertung des Pfandes durch Verrechnung mit Gegenforderungen der IBZ geltend machen könne, wodurch sie volle Deckung erhalte.

BGE 95 III 47 S. 55

Soweit ein Grundeigentümer, dessen Grundstück für eine fremde Schuld verpfändet ist, den Pfandgläubiger befriedigt, geht dessen Forderung von Gesetzes wegen auf ihn über (Art. 827 Abs. 2 ZGB, Art. 110 Ziff. 1 OR). Das geschieht auch dann, wenn der Pfandgläubiger nicht durch freiwillige Zahlung, sondern durch Zwangsverwertung des Pfandes aus dem Vermögen des Pfandeigentümers befriedigt wird (WIELAND N. 2d, LEEMANN N. 16 und 19 zu Art. 827 ZGB; P. VIELI, Das Rechtsverhältnis bei der Grundpfandverschreibung im schweiz. ZGB, Berner Diss. 1916, S. 82; G. ROOS, Über die Subrogation nach schweiz. Recht, Berner Diss. 1928, S. 63 unter f). Die Forderung geht aber, wie aus dem Gesetz klar hervorgeht, in jedem Falle erst mit der Befriedigung des Gläubigers auf den Pfandeigentümer über. Bis dahin ist der Forderungsübergang nach Gesetz durch die Einlösung des Pfandes oder dessen Inanspruchnahme zur Befriedigung des Gläubigers bedingt (BGE 49 III 30 unten) und besitzt der Pfandeigentümer folglich nur eine Anwartschaft auf eine Regressforderung (vgl. ROOS S. 80/81). Die Rechtsbedingung, von der die Entstehung einer Regressforderung der Firma Fuchs gegen die IBZ demnach abhing, ist bis zur Eröffnung des Konkurses über die IBZ nicht eingetreten. In der Begründung einer blossen Anwartschaft auf eine Regressforderung gegen den Pfandschuldner eine Gegenleistung des Pfandgläubigers für die Pfandbestellung zu erblicken, welche diese Verfügung zu einer entgeltlichen machen würde, erweckt Bedenken, auch wenn man davon absieht, dass die Regressforderung ohne Zutun des Pfandgläubigers von Gesetzes wegen (durch Subrogation) entsteht. Was der Pfandeigentümer möglicherweise auf dem Regressweg einbringen wird, ist in Wirklichkeit nicht das Entgelt für die Pfandbestellung, sondern für die Befriedigung des Pfandgläubigers. Für den Pfandeigentümer kann die Errichtung eines Pfandrechts zur Sicherung der Schuld eines Dritten im übrigen selbst dann einen Nachteil bedeuten, wenn das Pfand schliesslich nicht in Anspruch genommen wird; denn sie hindert ihn daran, über die vom Pfandrecht erfasste Quote des Werts der Pfandsache für eigene Zwecke zu verfügen. Dieser Nachteil wird durch die Begründung einer Anwartschaft auf eine allfällige Regressforderung nicht ausgeglichen, selbst wenn Aussicht auf Deckung dieser Forderung besteht.

BGE 95 III 47 S. 56

Selbst wenn man aber annehmen wollte, die Begründung einer Anwartschaft auf die im Falle der Befriedigung des Pfandgläubigers von Gesetzes wegen entstehende Regressforderung des Pfandeigentümers könne, wenn auf ihre Deckung zu rechnen ist, als gleichwertige Gegenleistung für die Pfandbestellung gelten, so wäre der Vorinstanz darin beizustimmen, dass die Pfandbestellung auf jeden Fall dann unter Art. 286 SchKG (und zwar unter Abs. 2 Ziff. 1 dieser Bestimmung) fällt, wenn von vornherein ausgeschlossen ist, dass der Pfandeigentümer für die Regressforderung voll oder auch nur annähernd voll befriedigt wird (BGE 49 III 31; vgl. auch BGE 31 II 352 Erw. 4). So verhält es sich im vorliegenden Falle. Wie die Vorinstanz gestützt auf die Begründung des Konkurserkenntnisses gegen die IBZ vom 25. Oktober 1965 in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt hat (Art. 63 Abs. 2 OG), standen die IBZ und die Ladenstadt schon im Sommer 1965 so schlecht, dass die Firma Fuchs am 2. Juni 1965 (bei Errichtung der Grundpfandverschreibung) nicht damit rechnen konnte, "von der IBZ und/oder der Ladenstadt für eine allfällige Regressforderung je auch nur annähernd voll befriedigt zu werden." Die Auffassung der Klägerin, die Firma Fuchs bzw. ihre Konkursmasse könne sich für die zu erwartende Regressforderung gegen die IBZ durch Verrechnung mit den (höhern) Gegen-

forderungen der IBZ gegen die Firma Fuchs volle Deckung verschaffen, hält nicht stand. Die Firma Fuchs bzw. ihre Konkursmasse kann diese Regressforderung im Konkurs der IBZ nach Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nicht mit den Forderungen der IBZ gegen sie verrechnen, weil im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses über die IBZ die Klägerin noch nicht durch Ablösung oder Verwertung des Pfandes aus dem Vermögen der Firma Fuchs befriedigt worden und die Forderung der Klägerin gegen die IBZ folglich noch nicht auf die Firma Fuchs übergegangen war. Dass die Klägerin damals eine Forderung gegen die IBZ besass, hindert die Anwendung von Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nicht; denn diese Bestimmung verbietet nach Wortlaut und Sinn dem Schuldner des Gemeinschuldners auch die Verrechnung solcher Forderungen gegen den Gemeinschuldner, die im Zeitpunkte der Konkurseröffnung zwar schon bestanden, aber noch nicht dem Schuldner, der sie zur Verrechnung bringen möchte,



zustanden (BLUMENSTEIN S. 646; JAEGER N. 9 zu Art. 213 SchKG, S. 106). Der Grundsatz, dass der Schuldner des Gemeinschuldners ihm zustehende Forderungen auch dann, wenn sie betagt oder bedingt sind, zur Verrechnung bringen kann (BLUMENSTEIN S. 644; JAEGER N. 3 zu Art. 213 SchKG; BGE 21 S. 879; vgl. auch BGE 39 II 394, wo es sich um die Verrechnung einer fälligen Forderung mit einer nicht fälligen Forderung des Gemeinschuldners handelte), hilft der Klägerin nicht; denn die Firma Fuchs besass als Eigentümerin des der Klägerin für eine Schuld der IBZ bestellten Grundpfandes bei Eröffnung des Konkurses über die IBZ gegen diese weder eine betagte noch eine bedingte Forderung im Sinne des erwähnten Grundsatzes, sondern nur eine Anwartschaft auf den Erwerb der grundpfandgesicherten Forderung der Klägerin gegen die IBZ. Nicht die Forderung als solche, sondern ihr Übergang auf die Firma Fuchs war bedingt. Da die Forderung im Zeitpunkte der Konkurseröffnung über die IBZ noch nicht der Firma Fuchs, sondern der Klägerin zustand, konnte sie nur mit allfälligen Forderungen der IBZ gegen die Klägerin verrechnet werden, nicht mit solchen gegen die Firma Fuchs. Die Verrechnung der bei Befriedigung der Klägerin auf die Firma Fuchs bzw. deren Masse übergehenden Forderung der Klägerin gegen die IBZ mit Forderungen der IBZ gegen die Firma Fuchs lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht auf eine entsprechende Anwendung von Art. 215 Abs. 1 SchKG stützen. Indem diese Vorschrift bestimmt, dass Forderungen aus Bürgschaften des Gemeinschuldners im Konkurs geltend gemacht werden können, auch wenn sie noch nicht fällig sind, regelt sie einen Sonderfall noch nicht fälliger Ansprüche gegen den Gemeinschuldner (BLUMENSTEIN S. 661). Die Frage, ob der Pfandeigentümer die ihm zur Zeit der Konkurseröffnung über den Pfandschuldner noch nicht zustehende, sondern erst später durch Subrogation auf ihn übergehende Forderung des Pfandgläubigers im Konkurs des Pfandschuldners mit Forderungen des Pfandschuldners gegen ihn verrechnen könne, hat mit der Frage, ob im Konkurs des Bürgen noch nicht fällige Bürgschaftsforderungen geltend gemacht werden können, nichts gemein. In der Forderung gegen die IBZ, welche die Firma Fuchs bzw. deren Konkursmasse bei Ablösung oder Verwertung des der Klägerin bestellten Grundpfandes erhält, liegt also keine



oder auf jeden Fall keine auch nur einigermassen gleichwertige Gegenleistung der Klägerin für die Errichtung der streitigen Grundpfandverschreibung, so dass dieses Geschäft nach Art. 286 SchKG anfechtbar ist, wenn die Firma Fuchs rechtlich nicht verpflichtet war, die Forderungen der Klägerin gegen die IBZ und die Ladenstadt sicherzustellen. Die Gesetzesauslegung, die zu diesem Ergebnis führt, hat entgegen der Ansicht der Klägerin nicht zur Folge, dass sogar jede Zahlung zur Tilgung eigener Schulden, die der Gemeinschuldner in den letzten

sechs Monaten vor der Konkurseröffnung geleistet hat, nach Art. 286 SchKG angefochten werden könnte. Die Zahlung fälliger eigener Schulden lässt sich schon deshalb nicht unter Art. 286 SchKG ziehen, weil sie in Erfüllung einer Rechtspflicht erfolgt und aus diesem Grunde keine ganz oder teilweise unentgeltliche Verfügung im Sinne von Art. 286 SchKG darstellt, und die Anfechtung der Zahlung nicht verfallener Schulden in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung setzt nach Art. 287 SchKG voraus, dass der Gemeinschuldner im Zeitpunkt ihrer Vornahme bereits überschuldet war.

6. Schliesslich macht die Klägerin geltend, angesichts der engen persönlichen und wirtschaftlichen Verflechtung zwischen der Firma Fuchs, der IBZ und der Ladenstadt habe sich die durch die Errichtung der Grundpfandverschreibung geförderte Gewährung von Krediten an die IBZ und die Ladenstadt "zugunsten auch und insbesondere der Gemeinschuldnerin auswirken" müssen. Sie betrachtet es als einen Verstoss gegen Treu und Glauben, dass sich die Beklagte unter Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der drei Unternehmen diesen Vorteil nicht als Entgelt für die Bestellung des streitigen Grundpfandes anrechnen lassen will. Im deutschen Recht wird die Auffassung vertreten, die nichtgeschuldete Sicherung fremder Verbindlichkeiten könne sich nach der Willensmeinung der Beteiligten als unentgeltliche Verfügung darstellen; Verbürgung und Verpfändung seien aber entgeltlich, "wenn für die Haftübernahme als Gegenvorteil die Förderung eigener rechtlicher oder doch wirtschaftlicher Belange des Eintretenden angestrebt wird" (E. JAEGER, Die Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl. 1938, Anm. 53 zu § 3 des Anfechtungsgesetzes, S. 201; derselbe, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 8. Aufl., I. Band



1958, Anm. 8 zu § 32 der Konkursordnung, S. 514). Als Beispiel eines Entgelts nennt E. JAEGER an der zuerst genannten Stelle einen Kredit an einen Angehörigen des Bürgen. Es kann dahingestellt bleiben, ob nach schweizerischem Recht eine Leistung an eine dem Pfandeigentümer nahestehende Person oder Gesellschaft unter dem Gesichtspunkte von Art. 286 SchKG unter Umständen als Entgelt für die Pfandbestellung anerkannt werden und die Anwendung dieser Bestimmung ausschliessen könne. Auch wenn man diese Frage grundsätzlich bejahen wollte, würde das der Klägerin im vorliegenden Falle nicht helfen. Die IBZ und die Ladenstadt erhielten nämlich im Zusammenhang mit der Errichtung der streitigen Grundpfandverschreibung keine neuen Kredite, sondern es handelte sich um die Sicherstellung bereits bestehender Schulden. Die Klägerin erklärte sich im Hinblick auf diese zusätzliche Sicherung ihrer "überfälligen" Kredite an die IBZ und die Ladenstadt lediglich bereit, während dreier Monate (bis Ende August 1965) von weitern rechtlichen Massnahmen gegen diese beiden Gesellschaften abzusehen, und zwar gab sie diese Erklärung nicht einmal vorbehaltlos, sondern "unter dem üblichen Vorbehalt" ab (vgl. das bereits erwähnte Schreiben der Klägerin vom 2. Juni 1965). Der wirtschaftliche Vorteil, den diese - prekäre - Zusicherung an die IBZ und die Ladenstadt der Firma Fuchs mittelbar geboten haben mag, stand zu ihrer eigenen Leistung auf jeden Fall in einem starken Missverhältnis. Die Pfandbestellung wäre also, wenn ohne Rechtspflicht dazu erfolgt, selbst dann nach Art. 286 SchKG anfechtbar, wenn man annehmen wollte, ein mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil dieser Art könne an sich als Gegenleistung für die Pfandbestellung in Betracht fallen. Die Vorinstanz hat nach alledem zu prüfen, ob die Firma Fuchs rechtlich zur Sicherstellung der Schulden der IBZ und der Ladenstadt verpflichtet war. Trifft das nicht zu, so ist die Klage auf Zulassung der streitigen Grundpfandverschreibung im Lastenverzeichnis in Anwendung von Art. 286 SchKG abzuweisen. Wurde die Grundpfandverschreibung dagegen in Erfüllung einer Rechtspflicht zur Sicherstellung der genannten Schulden errichtet, so lässt sich die Pfandbestellung nicht auf Grund von Art. 286 SchKG anfechten und muss noch geprüft werden, ob diese Rechtshandlung aus einem andern Grunde, insbesondere nach Art. 288 SchKG, anfechtbar sei.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Oktober 1968 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.