

- 5**
- **Absichtsanfechtung** (Art. 288 SchKG).
 - **Zum Streitwert bei der Absichtsanfechtung durch Abtretungsgläubiger (Erw. 1.b).**
 - **Eintritt der Konkursmasse oder von Abtretungsgläubigern in einen vor der Konkurseröffnung von Pfändungsgläubigern angehobenen Prozess (Erw. 2.a).**
 - **Eine Verwertung einer nach Art. 288 SchKG ungültig erklärten Abtretung kann nach Konkurseröffnung nur noch im Konkurs vorgenommen werden. Bei vorkonkurslich angehobenen Prozessen erfolgt eine Änderung des Streitgegenstandes. Eine Klageänderung muss von Bundesrechts wegen zulässig sein (Erw. 2.b).**
 - **Zur Beweislastverteilung in der Absichtsanfechtung (Erw. 3).**
 - **Zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Absichtsanfechtung. Beispiel der Übertragung eines Miteigentumsanteils von einem Schuldner auf seine Ehegattin (Anfechtungstatbestand bejaht; Erw. 4.a–e).**

Aus den Erwägungen:

1.b) Weiter ist festzustellen, dass es sich beim Anfechtungsanspruch materiellrechtlich wegen der nach dem erstinstanzlichen Urteil erfolgten Konkurseröffnung nunmehr um einen solchen der Konkursmasse handelt, bezüglich dessen den Abtretungsgläubigern nur die Prozessführung «abgetreten» wurde. Die Berufungskläger führen den Prozess zwar in eigenem Namen aber als Beauftragte oder Prozessstandschafter für die Masse, wobei ihnen für die Übernahme dieses Risikos die Vorzugsrechte gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG zustehen. Soweit ein allfälliger Prozesserfolg die Forderungen der Berufungskläger samt Prozesskosten übersteigt, fällt er hingegen in die Konkursmasse. Für den aktuellen Streitwert bedeutet dies nun, dass nicht das Partikulärinteresse der Abtretungsgläubiger (nunmehr Fr. 56 352.55 gemäss unangefochtener Kollokation und Abtretungsurkunde im Konkurs), welches demjenigen in ihrer früheren Eigenschaft als Pfändungsverlustscheinsgläubiger entspricht, massgeblich ist, sondern das Gesamtinteresse der Masse beziehungsweise jenes, das der Gegner der Abtretungsgläubiger am Prozess hat. Im Gegensatz zur Anfechtung ausserhalb des Konkurses wird bei der Anfechtung innerhalb des Konkurses der Streitwert nicht durch die Forderungen der anfechtenden Abtretungsgläubiger begrenzt, sondern nur durch die Gesamtheit der Forderungen aller Konkursgläubiger (BGE 57 III 105 e contrario; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Bd. II, Zürich 1997/1999, N. 14 zu Art. 260 SchKG; Daniel Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuld-

betreibung und Konkurs, SchKG III, Basel 1998, N. 19 zu Art. 289; Antoine Favre, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Fribourg 1956, S. 336). Durch den während hängiger Berufung eingetretenen Konkurs hat sich der Streitwert demnach theoretisch erhöht. Welcher finanzielle Wert das Verwertungsrecht tatsächlich zeitigen wird, kann nicht zum Voraus gesagt werden. Es darf aber davon ausgegangen werden, dass das gesamte Verwertungsrecht jedenfalls die Streitwertgrenze von 8000 Franken klar übersteigt (zum Umfang der Beeinträchtigung der Exekutionsrechte vgl. nachstehende Erwägung Ziffer 4.c. cc). Damit ist gleichzeitig der Feststellungspflicht von Art. 51 Abs. 1 lit. a OG Genüge getan. Ist die Sache berufungsfähig, ist auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingelegte Berufung einzutreten.

2. Die Kläger haben ihre Anfechtungslegitimation anfänglich auf Pfändungsverlustscheine gestützt. Nach ihrer Berufungserklärung ist der Schuldner in Konkurs gefallen und die Kläger haben sich im Konkursverfahren den Anfechtungsanspruch nach Art. 260 SchKG abtreten lassen. Obwohl sich die Beklagte dazu nicht äussert und in Übereinstimmung mit den Klägern ohne weiteres die materielle Beurteilung der Berufung verlangt, sind nachstehend die zivilprozessualen Auswirkungen der Konkurseröffnung und der Abtretung der Anfechtungsansprüche auf das Berufungsverfahren zu prüfen.

a) Bis zur Konkurseröffnung stand der Anfechtungsanspruch G.'s als betreibungsrechtlicher Anspruch zu. Mit der Konkurseröffnung ging er von Gesetzes wegen auf die Masse beziehungsweise die Gesamtheit der Konkursgläubiger über, da eine Spezialexécution eines einzelnen Vermögenswerts des Schuldners nicht mehr möglich ist. Insoweit hat demnach die Rechtszuständigkeit zumindest im Sinne von Verfügungsbefugnis sicher ein Mal geändert. Mit der Abtretung nach Art. 260 SchKG schliesslich ging wohl nicht der Anfechtungsanspruch im materiellrechtlichen Sinne, jedoch die Berechtigung, ihn vor Gericht geltend zu machen, wiederum auf G.'s über. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis*, das Ähnlichkeit mit der Abtretung gemäss Art. 164 ff. OR und dem Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR aufweist (BGE 121 III 488 E. 2b, 113 III 135 E. 3a; 109 III 27 E. 1a, 105 III 135 E. 3, 93 III 63). Die Abtretungsgläubiger handeln zwar im Prozess in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, werden durch die Abtretung indes nicht Träger des abgetretenen Anspruchs; abgetreten wird ihnen nur das Prozessführungsrecht der Masse (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 51 Rz 21; Pierre-Robert Gillièron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 3. A. Lausanne 1993, S. 348). Die Abtretungsgläubiger werden dennoch häufig als Partei bezeichnet (BGE 105 III 135 E. 3 S. 138, 86 III 154 E. 1, 79 III 174; Ralf C. Schlaepfer, Abtretung

streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Diss. Zürich 1990, S. 48 ff.; für Prozesstandschaft: ZR 95 1996 Nr. 56; Oskar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. A. Bern 1999, S. 143; a.M. ZBJV 45 1909 S. 501, wonach die Konkursverwaltung die wirkliche Partei bleibe). Das Besondere am vorliegenden Fall ist, dass vorher und nachher die gleichen Personen als Kläger auftreten. Insofern von einem Parteiwechsel auszugehen wäre, weil das Anfechtungsrecht nach wie vor der Konkursmasse zusteht, müsste man ihn als zulässig betrachten. Der erste Wechsel von den Verlustscheinsgläubigern zur Masse ist ein eo ipso, von Bundesrechts wegen durch die Konkurseröffnung eintretender Rechtsübergang und der weitere Wechsel durch die Abtretung der Anfechtungsansprüche im Konkurs nach Art. 260 SchKG ist ebenso ein bundesrechtlich geregeltes Rechtsinstitut; beides darf durch kantonales Zivilprozessrecht nicht vereitelt oder unnötig erschwert werden. Solches ist bei Art. 36 ZPO denn auch nicht auszumachen. Das Anfechtungsrecht in ihrer Eigenschaft als Verlustscheinsgläubiger haben die Kläger von Gesetzes wegen eingebüsst; das Anfechtungsrecht der Masse hat dieselbe von Gesetzes wegen erworben, und die Berufungskläger haben – nunmehr in ihrer neuen Eigenschaft als Konkursgläubiger – die Befugnis, das Anfechtungsrecht geltend zu machen, durch konkursamtliche Verfügung erworben. Die Rechtsnachfolge der Konkursmasse in einen ihren Bestand berührenden Prozess ist vorbehaltlich Art. 207 Abs. 4 SchKG bedingungslos zulässig (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A. Bern 2000, N. 4 zu Art. 41); nach zürcherischem Verfahrensrecht ist die Rechtsnachfolge in die Prozessführungsbefugnis nach Art. 260 SchKG in analoger Anwendung von § 49 ZPO ZH ebenso zuzulassen (ZR 95 1996 Nr. 56). Der Prozessgegner kann sich dem Eintritt der Abtretungsgläubiger in den Prozess nicht widersetzen (Hans Ulrich Walder, Zivilprozessrecht, 4. A. Zürich 1996, § 15 Rz 19 Anm. 18). Die von Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (a. a. O., N. 8 zu Art. 207 SchKG) geäußerte Ansicht, die spätere Konkursmasse sei nicht berechtigt, in einen von einem Pfändungsgläubiger angehobenen Anfechtungsprozess einzutreten, und es werde der Prozess (in jedem Fall) gegenstandslos, ist in zweifacher Hinsicht unzutreffend. Die Pfändungsgläubiger können ihren eigenen, vor Konkurseröffnung angehobenen Prozess unter bestimmten Umständen (Konkurswiderruf, Einstellung mangels Aktiven, gleichzeitiger Verzicht der Masse und aller Gläubiger, Zustandekommen eines Nachlassvertrages) in ihrer ursprünglichen Eigenschaft als Pfändungsgläubiger und gestützt auf Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG fortführen, was in der Sistierungsverfügung vom 4. Dezember 2000 einlässlich dargelegt wurde. Wie gesehen, müssen von Bundesrechts wegen aber auch die Masse als solche oder einzelne Abtretungsgläubiger in den von Pfändungsgläubigern vorkonkurslich angehobenen Prozess eintreten können. In Widerspruch zu ihrer vorgenannten Meinung äussern die selben Au-

toren andernorts denn auch zutreffend, dass der Abtretungsgläubiger in einen bereits hängigen Prozess in jedem Stadium des Verfahrens eintreten können muss und, wenn er den Prozess selbst anhebt, das in der gleichen Stellung tun kann wie die Masse (N. 10d zu Art. 260 SchKG), und ein von der Masse selbst nicht aufgenommener Prozess nach Massgabe von Art. 260 SchKG weitergeführt werden kann (N. 18 zu Art. 285 SchKG). Letzteres muss selbstredend auch für den seinerzeit aus einem Pfändungsverlustschein klagenden Gläubiger, welcher im nachfolgenden Konkurs kolloziert wurde und sich den Anfechtungsanspruch im Konkurs abtreten liess, gelten. Dies ist genau der Fall, der hier vorliegt. Die Vorschrift von Art. 63 KOV, wonach Forderungen gegen den Gemeinschuldner, welche im Zeitpunkte der Konkursöffnung bereits Gegenstand eines Prozesses bilden, im Kollokationsplan zunächst ohne Verfügung der Konkursverwaltung lediglich pro memoria vorzumerken sind – dies in der Meinung, dass die Verfügung davon abhängig zu machen ist, ob in der Folge der Prozess entweder von der Konkursmasse oder von einzelnen Konkursgläubigern nach Art. 260 SchKG fortgeführt wird oder nicht –, bezweckt, um des Gewinns an Zeit und Geld willen den Konkursgläubigern zu ersparen, im Anschluss an die Auflegung des Kollokationsplans einen bereits teilweise instruierten Prozess von neuem zu beginnen (BGE 54 III 162). Nutzlose, unnötige Prozesse sind zu vermeiden (Fritzsche/Walder, a. a. O., § 49 Rz 15). Analog ist auch der Eintritt der Abtretungsgläubiger in den vorkonkurslich angehobenen Anfechtungsprozess gegen einen Dritten aus denselben prozessökonomischen Überlegungen zuzulassen. Obwohl das Risiko der Beklagten nunmehr möglicherweise grösser ist, weil bei einer Klagegutheissung ein Überschuss über die Ansprüche der Abtretungskläger nicht an die Beklagte, sondern an die Masse fällt, ändert sich für die Beklagte dadurch, dass die Kläger den Anspruch als konkursrechtlichen anstatt als betreibungsrechtlichen geltend machen, in ihrer Verteidigung nichts Wesentliches. Seinem Gegenstand im engeren Sinne nach, namentlich hinsichtlich der Qualifikation der Schuldnerhandlung als paulianische, ist es der gleiche Prozess wie zuvor.

Die Masse beziehungsweise einzelne Abtretungsgläubiger können in den Prozess eintreten, ihn weiterführen, übernehmen, aufnehmen, fortführen. Sie fahren dabei in der Situation fort, wie sie den Prozess nach Aufhebung der Sistierung vorfinden (Art. 36 Abs. 3 ZPO).

Die Rechte des pfändenden Gläubigers gehen mit der Konkursöffnung von Gesetzes wegen auf die Konkursmasse über, eingeschlossen der Anfechtungsansprüche des einen Verlustschein besitzenden Pfändungsgläubigers (BGE 67 III 33). Über den Zeitpunkt des Eintritts der Masse beziehungsweise des Abtretungsgläubigers in den Prozess sagt das Bundesrecht nichts aus, namentlich sagt es nicht, dass bereits mit der Ausstellung der Abtretungsurkunde beziehungsweise mit der Mitteilung der erfolgten Ab-

tretung an das Gericht zivilprozessual der Eintritt des Abtretungsgläubigers in den Prozess als erfolgt zu gelten habe. Ob, wann und in welcher Form der Abtretungsgläubiger den Prozess aufnimmt, bleibt somit eine Frage des kantonalen Prozessrechts (BGE 105 III 135 E. 3), wobei Letzteres den Eintritt der Abtretungsgläubiger beziehungsweise der Masse nicht verwehren darf (Stephen V. Berti, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel 1998, N. 54 zu Art. 260 SchKG). Auch wenn der Rechtsvertreter der Berufungskläger das Problem nicht erkannt hat, und seine Ansicht, es herrschten hinsichtlich des Streitgegenstandes und der klagenden Parteien die identischen Verhältnisse wie vor der Konkurseröffnung über F., unzutreffend ist (vgl. nachstehende Erwägung 2.b.), muss mit dem Begehren der Abtretungsgläubiger vom 26. April 2001 um Fortsetzung des Verfahrens, welches sie unter Hinweis auf die Abtretung nach Art. 260 SchKG gestellt haben, ihr Prozesseintritt als erfolgt angesehen werden. Sie haben damit zumindest konkludent den Eintritt der Masse in den Prozess im Sinne von Art. 36 Abs. 1 ZPO erklärt und darüber hinaus die davon zu unterscheidende Übertragung der Prozessführungsbefugnis von der Masse auf sie selbst dargelegt (vgl. ZR 90 1991 Nr. 8 E. 8, 95 1996 Nr. 56 E. 2.3). Die Berufungsbeklagte stellt sich einem Eintritt der Kläger nicht entgegen, was sie im Übrigen auch nicht könnte (Walder, a.a.O., § 15 Rz 19 Anm. 18; Fritzsche/Walder, a. a. O., § 67 Rz 6). Würde man der Konstruktion folgen, dass die formelle «Abtretung» der Masseansprüche ausschliesslich einen Ausweis an die Kläger über ihre Prozessführungsbefugnis, eine Prozessvollmacht bildet (vgl. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979, S. 143), so bedeutete dies verfahrensrechtlich, dass es sich beim Umstand, dass die Berufungskläger anstelle der eingetretenen Masse handeln, nicht um einen weiteren Prozesseintritt handelt, sondern die Abtretungserklärung im Rahmen der von Amtes wegen vorzunehmenden Prüfung der Prozessvoraussetzungen entgegenzunehmen ist (PKG 1991 Nr. 11 E. 3c). Auch dieser Prozessführungsausweis ist unbestrittenermassen beigebracht worden.

b) Entgegen den Berufungsklägern kann genau genommen nicht von «Identität des Anspruchs» gesprochen werden (vgl. BGE 34 II 85 E. 2). Eine Klageänderung betrifft den Streitgegenstand. Keine Klageänderung ist dann erfolgt, wenn Klageidentität besteht, das heisst, wenn das gleiche Rechtsbegehren gestellt wird. Das ist hier kaum der Fall. Eine inhaltliche Änderung des Streitgegenstandes kann erfolgen durch eine Änderung der begehrten Rechtsfolge, der Rechtsschutzform, des Klagegrundes und/oder durch die Einbringung eines weiteren Klagegegenstandes. Vorliegend muss nur, aber immerhin die Rechtsfolge geändert werden, und es ist daher ein anderes Rechtsbegehren. Bislang war der Anfechtungsanspruch ein Betreibungsrecht gestützt auf einen Pfändungsverlustschein (Art. 285 Abs. 2

Ziff. 1 SchKG); jetzt ist er ein Masserecht gestützt auf die Konkursöffnung (Art. 197, 200, 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). G.'s machen jetzt nicht mehr einen eigenen betriebsrechtlichen Anspruch geltend, sondern einen konkursrechtlichen an Stelle der Masse. Das im Leitschein niedergelegte und auch in der Berufungserklärung enthaltene Rechtsbegehren: «Die Abtretung ... sei im Sinne von Art. 288 SchKG betriebsrechtlich für ungültig zu erklären und der erwähnte Miteigentumsanteil sei bei den Betreibungen Nr. 972 249, 972 248, 972 247 und 972 246 der Zwangsvollstreckung zuzuführen», kann in dieser Form jedenfalls nicht (mehr) beurteilt werden. Dies ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die konkret genannten Betreibungen nicht mehr fortgesetzt werden können. Läuft ein Konkurs und bildet ein Anspruch Bestandteil der Masse, kann er nur im Konkurs verwertet werden. Die Abtretungsbedingungen sagen denn auch richtig, falls das erfolgreiche Prozessergebnis – wie vorliegend – nicht in barem Geld besteht, ist es der Konkursverwaltung zur Vornahme der Verwertung auszuhändigen. Die Kläger können somit jetzt als Rechtsfolge nur verlangen, dass der Miteigentumsanteil im *Konkurs* über F. der Verwertung zuzuführen ist. Das ist nicht bloss eine andere Formulierung des Rechtsbegehrens, sondern qualitativ etwas anderes, wenn man die Folge bedenkt, dass der Überschuss über die Forderungen der Kläger vorher der Beklagten verblieben wäre, nun aber in die Konkursmasse fällt. Demnach erfordert die Weiterführung des Prozesses eine Klageänderung. Diese muss aus den gleichen Überlegungen wie zum Parteiwechsel schon von Bundesrechts wegen stets zulässig sein (vgl. für die Widerspruchsklage nach Art. 109 SchKG: Thomas Ch. Soliva, Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1992, S. 27; zur Zulässigkeit der Klageänderung bei der konkursrechtlichen Folge von Art. 211 SchKG vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N. 10 zu § 61). Das Zivilprozessrecht darf die aus dem Konkursrecht sich zwangsläufig ergebenden Folgen nicht behindern. Der Zweck der Zulassung von Klageänderungen besteht darin, dass der Prozess einen Streit möglichst umfassend, kostengünstig, rasch und endgültig erledigen soll; unnötige Wiederholungen von Prozessen sind zu vermeiden. Die bündnerische Zivilprozessordnung beschäftigt sich nicht mit der Klageänderung. Nach zürcherischem Verfahrensrecht gelten folgende Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit: Rechtshängigkeit, gleiche gerichtliche Zuständigkeit, Erstinstanzlichkeit, Rechtzeitigkeit, gleiche Verfahrensart, Verfahrensökonomie, enger Sachzusammenhang (gleicher Klagegrund), keine Verfahrensverzögerung über Gebühr sowie keine wesentliche Beeinträchtigung der Stellung der Beklagten (Soliva, a. a. O., S. 68 ff.). Mit Ausnahme der Erstinstanzlichkeit bieten diese Erfordernisse hier keine Schwierigkeiten. Angesichts des Umstandes, dass die Konkursöffnung von Gesetzes wegen eine Änderung in der Rechtszuständigkeit bewirkt und

diese jederzeit – auch während hängiger Prozesse – eintreten kann, darf unter prozessökonomischen Gesichtspunkten an einem Erfordernis der Erstinstanzlichkeit für diesen Fall nicht festgehalten werden. Die Beklagte sträubt sich denn auch nicht gegen die Fortsetzung des Prozesses in zweiter Instanz. Die infolge der Konkursöffnung und ihrer Wirkungen veränderte Klagegrundlage kann auch als neue echte Tatsache angesehen werden, deren Vorbringen im Rechtsmittelverfahren von Bundesrechts wegen zulässig sein muss. Die Berufungskläger haben ursprünglich das Rechtsbegehren gestellt, es sei «... der erwähnte Miteigentumsanteil bei den Betreibungen Nr. 972249, 972248, 972247 und 972246 der Zwangsvollstreckung zuzuführen». Sie haben mit der Einreichung der konkursamtlichen Abtretungserklärung im Berufungsverfahren nicht ausdrücklich erwähnt, die Klage dahin ändern zu wollen, dass der Miteigentumsanteil nunmehr im Konkurs zu verwerten sei. Dies schadet indessen nicht, da das Gericht auf Grund der Abtretungserklärung nach Art. 260 SchKG über die Zulässigkeit der Klageänderung von Amtes wegen zu befinden hat (Soliva, a. a. O., S. 105). Im Übrigen ist die Nennung der Rechtsfolge zumindest insoweit entbehrlich, als die Kläger ausdrücklich die Verwertung «bei den Betreibungen Nr. 972249, 972248, 972247 und 972246» verlangt haben. Der besagte Passus ist im Grunde eine überflüssige Konkretisierung auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung. Es würde das – neutraler formulierte – Begehren genügen, es sei die paulianisch anfechtbare Rechtshandlung für vollstreckungsrechtlich unwirksam zu erklären und der betroffene Vermögenswert in die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner einzubeziehen. Die Rechtsschutzfolge ergibt sich dann eben aus der Vollstreckungslage, wie sie sich im Moment ihrer Durchführung präsentiert. War es bei Einleitung des Prozesses der Einbezug in die Pfändungsbetreibungen gegen F., ist es nunmehr der Einbezug in seinen Konkurs.

Die Zulassung der Klageänderung beeinträchtigt die Verteidigungsstellung der Beklagten nicht wesentlich, was sie selbst mit ihrer stillschweigenden Zustimmung zur Fortführung des Verfahrens auch anerkannt hat (Soliva, a. a. O., S. 110 f.). Sodann wird auch der Prozessstoff nicht aufgebläht, sind doch weitgehend die gleichen Fragen strittig wie im vorinstanzlichen Verfahren.

3.a) Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, setzt die erfolgreiche Deliktspauliana nach konstanter Rechtsprechung ihrem Zweck entsprechend in jedem Falle voraus, dass die angefochtene Schuldnerhandlung die Gläubiger oder einzelne von ihnen tatsächlich schädigt, indem sie das Vollstreckungsergebnis oder ihren Anteil daran vermindert oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren sonstwie verschlechtert (BGE 101 III 92 E. 4a, 99 III 27 E. 3, 89 III 20 E. 3 c). Diese objektive Anspruchsvoraussetzung als solche wird auch von den Klägern nicht bestritten. Hingegen wehren sich die Berufungskläger dagegen, dass sie die volle Beweislast für die

tatsächliche Schädigung der Vollstreckungsrechte der Gläubiger treffe. Das Bezirksgericht A. hat dazu ausgeführt, bei der Deliktspauliana obliege es dem Anfechtenden, sämtliche Tatbestandsmerkmale nachzuweisen, namentlich auch die vermögensschädigende Rechtshandlung des Schuldners. Nichts werde bei der Deliktspauliana zum Nachteil des Beklagten vermutet, so dass sich dieser nicht erst durch den Beweis des Gegenteils zu entlasten brauche. Dies bleibt zu prüfen.

b) Die Beklagte will unter Hinweis auf BGE 103 III 53 sowie Adrian Stähelin (Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel 1998, N. 23 zu Art. 288 SchKG) und die dort zitierten BGE 101 III 94, 99 III 89 eine «neuere Lehre und Praxis» zur Frage der Beweislastverteilung bei Art. 288 SchKG erblicken. Insoweit sie sich auf die Rechtsprechung beruft, täuscht sie sich jedenfalls. Keines der genannten höchstrichterlichen Erkenntnisse befasst sich mit der Beweislastverteilung hinsichtlich des objektiven Erfordernisses der Gläubigerschädigung bei Art. 288 SchKG. Stähelin (ebenda) führt für das Tatbestandselement der schädigenden Rechtshandlung kein Präjudiz an; die abweichende Meinung, der Anfechtungskläger trage die Beweislast für *alle* Erfordernisse, wird nicht weiter begründet. Nach feststehender bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird der Eintritt einer Schädigung zugunsten der Verlustscheinsgläubiger und der Konkursmasse vermutet, doch steht dem Anfechtungsgegner der Beweis offen, dass die angefochtene Handlung im konkreten Fall eine solche Schädigung nicht bewirkt habe (BGE 99 III 27 E. 3, 85 III 185 E. 2a, 39 II 374). Ist dieser Gegenbeweis geleistet, so ist die Anfechtungsklage ohne weiteres abzuweisen. Andernfalls ist im Falle der Anfechtung nach Art. 288 SchKG zu prüfen, ob der Schuldner die angefochtene Handlung im Sinne dieser Bestimmung in der Absicht vorgenommen habe, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, und ob diese Absicht für den andern Teil erkennbar gewesen sei, mit anderen Worten, ob die subjektiven Voraussetzungen der Anfechtung nach Art. 288 SchKG erfüllt sind.

c) In der Lehre sprechen sich weiter Amonn/Gasser (Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 52 N. 25) sowie Andreas Diem (Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1987) klar gegen die bundesgerichtliche Praxis aus. Nach Amonn/Gasser muss der Anfechtungskläger sämtliche Tatbestandselemente – die objektiven und die subjektiven – beweisen, einschliesslich der *vermögensschädigenden* Rechtshandlung des Schuldners. Nichts werde zum Nachteil des Gegners vermutet (a. a. O., § 52 N. 25). Sie begründen ihre von der bundesgerichtlichen Praxis abweichende Meinung indessen nicht. Eine einlässliche Auseinandersetzung findet nur bei Diem (a. a. O., S. 83–87) statt. Er begründet die Anwendung der norma-

len Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB im Wesentlichen damit, dass sich eine allfällige aus dem Verlustschein beziehungsweise der Konkursöffnung ergebende gesetzliche Vermutung nur auf die absolute Schädigung als Resultat aller schuldnerischen Rechtshandlungen beziehen könne, wohingegen die erforderliche relative Schädigung als Resultat einer einzelnen (der angefochtenen) Rechtshandlung nicht vermutet werden dürfe (ebenda, S. 86).

Gemäss Favre (a. a. O., S. 341) obliegt dem Anfechtungsgläubiger bloss der Beweis für die Rechtshandlung. Dieter Zobl kritisiert in seinem in SJZ 2000 S. 25 ff. publizierten Aufsatz die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Beweislast nicht beziehungsweise bleibt widersprüchlich. Er geht zum einen unter Hinweis auf Amonn/Gasser (a. a. O., § 52 N. 25) davon aus, dass im Gegensatz zu den beiden anderen Anfechtungsklagen die Absichtspauliana neben objektiven Elementen auch subjektive voraussetzt, die alle vom Kläger zu beweisen seien (Zobl, a. a. O., S. 29), wobei der weitere Hinweis auf Fritzsche/Walder unbehelflich ist, stellen diese doch auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ab, wonach die Schädigung der Verlustscheinsgläubiger und der Konkursmasse vermutet wird (a. a. O., § 66 Rz 22 Anm. 41). Andererseits wird ausgeführt, da zwischen der anfechtbaren Rechtshandlung und der Schädigung ein Kausalzusammenhang bestehen müsse, der hier nach der Rechtsprechung vermutet werde (ebenso Pauline Erard-Gillioz, SJK 742, S. 3/16), habe der Anfechtungsbeklagte die Möglichkeit, den Nachweis zu erbringen, dass seine Handlung keine Benachteiligung der Gläubiger zur Folge haben konnte (Zobl, a. a. O., S. 30, mit Hinweis auf die einschlägigen BGE 99 III 33, 85 III 189, 39 II 374). Letzteres ist denn auch nichts anderes als die von der bundesgerichtlichen Praxis geübte Beweislastverteilung. Hans Hinderling (Ausgewählte Schriften, Zürich 1982, S. 257 f.) will die Sache so erhellen, dass die summarische Formulierung von BGE 85 III 189 dahin zu verstehen sei, dass zwar grundsätzlich die Anfechtende die Handlung des Schuldners und eine dadurch bewirkte Benachteiligung nachzuweisen hat (Art. 8 ZGB), dass aber dieser Beweis als geleistet gilt, wenn als Folge der angefochtenen Handlung eine Vermögensverminderung resultiert, wogegen es dann Sache des Beklagten wird, nachzuweisen, dass die Vermögensverminderung zufolge besonderer Umstände auch ohne die angefochtene Handlung eingetreten wäre. Entgegen erstem Eindruck ist dies kein Zirkelschluss. Der Unterschied liegt in Schädigung und Vermögensverminderung. Letzteres ist leichter zu beweisen und muss noch nicht eine Schädigung zur Folge haben. Dieser Beweis geht praktisch einher mit dem Beweis, dass eine schuldnerische Rechtshandlung vorliegt, mit welcher dieser sich eines Aktivums entledigt hat. Dem Kläger bleibt dabei erspart, zu beweisen, dass die Handlung zu einer Verschlechterung der Gesamtbilanz des Schuldners geführt hat und kausal für seinen Forderungsausfall war.

Weit verbreitete und einlässlich begründete Meinungen für eine Abkehr von der bislang praktizierten Beweislastverteilung sind mithin auch in der Lehre nicht auszumachen.

Im Berufungsverfahren urteilt die Zivilkammer nunmehr über einen konkursrechtlichen Anfechtungsanspruch. Gemäss Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (a. a. O., N. 28 zu Art. 285 SchKG) bedarf es diesfalls gar keines Nachweises der Schädigung der Masse durch die anfechtbare Handlung. Der Schädigungsnachweis ist bereits durch die Konkursöffnung geleistet, – dies auf Grund der erlaubten Fiktion, dass ein Konkurs nur bei Überschuldung eröffnet wird und in aller Regel ein ungenügendes Ergebnis zeitigen wird (in diesem Sinne auch Hans Peter Berz, Der paulianische Rückerstattungsanspruch, Diss. Zürich 1960, S. 52). Sofern im Konkurs vom Anfechtungskläger überhaupt eine Masseschädigung nachzuweisen wäre, müsste dieser Nachweis hier als geleistet gelten, ist doch unbestritten, dass der Stockwerkanteil aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden ist. Der Schuldner hat sich entsprechend verpflichtet und seine Verpflichtung erfüllt. Damit ist die Vermögensverminderung, verstanden als reine Aktiveneinbusse, bereits eingetreten. Dass sich damit allenfalls die Nettobilanz des Schuldners in Bezug auf den ausgeschiedenen Vermögensteil beziehungsweise seine Gesamtbilanz nicht zum Nachteil der Gläubiger verändert habe, obliegt hingegen der Beklagten zu beweisen. Sodann ist festzuhalten, dass in dem hier gegebenen Fall des Konkurses nicht zu fordern ist, dass die angefochtene Handlung im Resultat tatsächlich zu einer Schädigung der Exekutionsrechte der klagenden Abtretungsgläubiger führt. Es genügt eine Verminderung des Vollstreckungsergebnisses zum Nachteil der Masse (vgl. Hinderling, a. a. O., S. 257), also irgendeines Gläubigers. Das Vorabbefriedigungsrecht gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG führt ferner dazu, dass es ein in der III. Klasse kollektierter Gläubiger, der auch ohne die paulianisch anfechtbare Handlung eine absolute Schädigung erfahren hätte, in der Hand hat, sich zum relativ Geschädigten zu machen, indem er sich den Anfechtungsanspruch nach Art. 260 SchKG abtreten lässt. Insofern ist auch dem Einwand der Beklagten, den auf Arbeitsvertrag beruhenden Forderungen käme nur ein Konkursprivileg für die letzten 6 Monate vor der Konkursöffnung zu, der Boden entzogen.

Die Frage der Beweislastverteilung kann letztlich jedoch offen bleiben, denn wie zu zeigen sein wird, lässt das konkrete Beweisergebnis den Schluss einer effektiv eingetretenen Benachteiligung der Gläubiger durch die angefochtene Rechtshandlung zu.

4. Anfechtbar sind gemäss Art. 288 SchKG alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum

Nachteil anderer zu begünstigen. Nachfolgend sind die 5 Tatbestandselemente (3 objektive: schuldnerische Rechtshandlung (a), innerhalb fünf Jahre vor Pfändung oder Konkurseröffnung (b), tatsächliche Schädigung der Exekutionsrechte (c); 2 subjektive: schuldnerische Schädigungsabsicht (d), Erkennbarkeit der schuldnerischen Schädigungsabsicht für den Dritten (e)) zu prüfen:

a) Beim Abschluss des Kaufvertrages über den in seinem Eigentum stehenden Miteigentumsanteil an der Stockwerkeinheit handelt es sich unbestritten um eine Rechtshandlung des Schuldners F.

b) Der Kaufvertrag wurde am 30. Mai 1996 öffentlich beurkundet und später vollzogen. Die Pfändungen sind am 22. März 1998 und 3. November 1998 vollzogen worden; die Konkurseröffnung ist am 21. Juni 2000 erfolgt. Die Rechtshandlung des Kaufvertrages fällt somit in die gesetzliche Verdachtsfrist von fünf Jahren gemäss Art. 288 SchKG.

c) Eine Schädigung der Gläubiger tritt nicht ein, wenn die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners in der Beteiligung an einem Rechtsgeschäft besteht, das ihm für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung einbrachte, es sei denn, der Schuldner habe mit dem Geschäft den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können, und sein Geschäftspartner habe das erkannt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen (BGE 101 III 92 E. 4a, 99 III 27 E. 4, 79 III 174/75, 74 III 88, 74 III 51 f. E. 3, 65 III 147 E. 5, 63 III 155 E. 3, 53 III 79; BJM 1985 S. 202 E. 6). Wenn der Schuldner eine ihm gehörende Sache gegen Zahlung des vollen Gegenwerts veräussert, fehlt es an der Benachteiligung. Andernfalls spricht man von inkongruenter Deckung und es tritt eine Benachteiligung ein, indem die Verwertung des Schuldnervermögens ein schlechteres Resultat ergibt, als dies ohne die kritische Rechtshandlung der Fall wäre. Der Begriff des vollen Gegenwerts setzt voraus, dass der Wert der veräusserten Sache feststeht. Daraus ergeben sich vorliegend die drei Fragen nach dem massgeblichen Wert (aa), der Wertermittlung (bb) und welches die von der Beklagten tatsächlich erbrachte Gegenleistung ist (cc).

aa) Die Beklagte verneint bereits das Vorliegen eines genügenden Rechtsschutzinteresses an der Klage im Sinne von Art. 48 ZPO mit der Argumentation, es lasse sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung in der Zwangsvollstreckung, für die es keines Beweises bedürfe, für den hälftigen Miteigentumsanteil nicht annähernd die Hälfte des Verkehrswerts der Gesamtliegenschaft erzielen. Ein hälftiger Miteigentumsanteil stelle in einer Zwangsverwertung ferner deshalb einen Nonvaleur dar, weil dem anderen Miteigentümer daran ein gesetzliches Vorkaufsrecht zustehe.

Diese Überlegungen gehen an der Sache vorbei. Es ist müssig, darüber zu spekulieren, ob der paulianisch übertragene Vermögenswert zwangsvollstreckungsrechtlich verwertbar ist und welchen Erlös er dabei erzielen

wird. Dies wird sich herausstellen. Im Übrigen ist die Argumentation der Berufungsbeklagten auch in der Sache nicht zwingend. Sie gründet anscheinend auf der Überlegung, dass niemand den hälftigen Miteigentumsanteil an einer Stockwerkeinheit erwirbt, welche die Familienwohnung von in ungetrennter Ehe lebenden Ehegatten ist und an der einer der Ehegatten die zweite Hälfte sein Eigen nennt. In tatsächlicher Hinsicht ist festzustellen, dass die Beklagte und ihr Ehemann nicht mehr darin wohnen. Sodann ist nicht gesagt, dass ein Erwerber die Absicht haben muss, selbst darin zu wohnen. Von gerichtsnotorischer Wertlosigkeit eines hälftigen Stockwerkanteils kann auch deshalb nicht die Rede sein, weil potentielle Erwerber in der Zwangsverwertung sich vom Gedanken leiten lassen könnten, diesen zu ersteigern, mit dem Ziel, das Miteigentum anschliessend richterlich auflösen zu lassen, sofern der andere Miteigentümer (hier die Beklagte) dazu freiwillig keine Hand bietet. Diese Möglichkeit ist rechtlich voraussetzungslos gegeben (Art. 651 ff. ZGB) und lässt somit Raum für Wettbewerb unter Bietern. Für das Bietverhalten (Höhe der Angebote) dürfte relevant sein, dass bei einer allfälligen späteren Auflösung des Miteigentums der wahre (Markt-)Wert des hälftigen Anteils zum Tragen kommt, weil dannzumal die ganze Stockwerkeinheit versteigert würde. Nachdem die Beklagte vorliegend zudem ihr Desinteresse an der Stockwerkeinheit bekundet hat, ist nicht auszuschliessen, dass es hinsichtlich der Aufteilungsart des Miteigentums zu einer einvernehmlichen Lösung zwischen dem Erwerber und der Beklagten kommen könnte (Art. 651 Abs. 2 ZGB). Die weitere Begründung für den «Nonvaleur», die Ehefrau und Miteigentümerin habe ein gesetzliches Vorkaufsrecht am Miteigentumsanteil des Ehemannes im Sinne von Art. 682 ZGB, ist ebenso unbehelflich. Sofern es in der Zwangsvollstreckung zum Tragen kommt, ist es nicht limitiert. Es könnte allenfalls nur zu Preis und Bedingungen eines Dritten, das heisst zum höchsten Angebot und unter den Steigerungsbedingungen, ausgeübt werden (vgl. Art. 681 Abs. 1 ZGB, Art. 60a Abs. 1 VZG). Es beeinträchtigt somit weder den objektiven Wert noch die Verwertbarkeit der Sache. Die Beweisanträge der Berufungsbeklagten betreffend Schätzung des aktuellen Werts und Verwertbarkeit der Stockwerkeinheit durch einen Immobilienexperten sowie ihre Zulassung zur Beweisaussage über die von ihr unternommenen Verkaufsbemühungen sind daher abzulehnen. Soweit schliesslich geltend gemacht wird, die Stockwerkeinheit sei mit einer öffentlich-rechtlichen Erstwohnungsverpflichtung belastet und daher auch aus diesem Grund «wertlos», stützt sich die Beklagte auf eine aktenwidrige Tatsachenbehauptung. Denn die Erstwohnungsverpflichtung wurde – augenscheinlich auf ihr eigenes Betreiben hin – aufgehoben.

Nach Berz (a. a. O., S. 60) muss die Gleichwertigkeit subjektiv, den konkreten Umständen Rechnung tragend, aufgefasst werden. Demnach

könnte man argumentieren, dass es wohl objektiv sein mag, dass der hälftige Miteigentumsanteil an einer Stockwerkeinheit für einen Dritten von erheblich minderem Wert ist; für die ihn paulianisch anfechtbar erwerbende Ehefrau, die schon den anderen Teil besass, war beziehungsweise ist er hingegen wertvoll. Das Argument, für einen Dritten sei der hälftige Miteigentumsanteil an einer Stockwerkeinheit stets wertlos, ist lediglich pseudoobjektiv; ausserdem ist es in tatsächlicher Hinsicht ein Zustand, den der Schuldner und die Beklagte selbst geschaffen haben. Es wäre stossend, wenn durch bloss vorgängige Begründung von Miteigentum zwischen dem Schuldner und dem Anfechtungsbeklagten jegliche Anfechtung verhindert werden könnte. Angesichts des von der Beklagten und vom Schuldner übereinstimmend geäusserten und öffentlich beurkundeten Kaufpreises von Fr. 401 500.– liegt im Übrigen in ihrer heutigen Argumentation, der Wert liege weit tiefer, ein unbeachtliches *venire contra factum proprium*. Man darf nicht sagen, es sei auf Grund der Natur des Miteigentums nach objektiven Liquidationswerten keine Schädigung eingetreten oder der übertragene Gegenstand sei zwangsvollstreckungsrechtlich wertlos. Selbst eine Expertenschätzung bliebe Spekulation; auch der Sachverständige kann die Antinomie objektiver Wert – subjektiver Wert nicht aus der Welt schaffen beziehungsweise das Verwertungsergebnis mit hinreichender Zuverlässigkeit voraussagen. Mit derartigen Überlegungen gerät man in eine Situation, welche die Deliktspauliana zum toten Buchstaben macht. Nicht umsonst sah das frühere Recht in Art. 289 SchKG vor, dass der Richter bei der Pauliana unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen urteile. Motiv dürfte die naturgemäss besonders schwierige Beweislage des Klägers gewesen sein. Diese Vorschrift wurde bloss aus dem Gesetz gekippt, weil sie heute als selbstverständlich erscheint. Sie gilt noch und verdient angesichts der unverändert schwierigen Lage des Klägers das Augenmerk des Richters.

bb) Der hälftige Miteigentumsanteil wurde von F. am 3. September 1993 für Fr. 396 000.– erworben. Die angefochtene Abtretung fand am 30. Mai 1996 statt. Es liegt eine amtliche Verkehrswertschätzung vom 22. Juni 1994 vor, wonach der halbe Verkehrswert der ganzen Liegenschaft Fr. 401 500.– beträgt. Darauf ist abzustellen, wenn die Beklagte und der Schuldner der Sache im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag unter Bezugnahme auf die genannte Verkehrswertschätzung genau diesen Wert zugemessen haben. Am 11. Mai 2000 hat die Beklagte die ganze Stockwerkeinheit für Fr. 710 000.– verkauft. Selbst wenn man für den relevanten Zeitpunkt vom 30. Mai 1996 diesen weit tieferen Wert als den richtigen, objektiven Wert unterstellen wollte, wäre von einem hälftigen Wert von Fr. 355 000.– auszugehen, und es läge angesichts der Gegenleistung der Käuferin (vgl. nachstehende Erwägung Ziff. 4.c.cc) stets noch eine Gläubigerbenachteiligung vor.

cc) Wenn der Schuldner sich eines Aktivums begibt, ohne ein anderes gleichwertiges zu erhalten, kann dennoch eine paulianisch unbedenkliche Handlung vorliegen, wenn sich dadurch gleichzeitig die Passiven des Schuldners verringern. Wesentlich ist dabei, dass diese Verringerung in gleichem Masse erfolgen muss (Diem, a. a. O., S. 95 unten).

Insoweit die Vorinstanz diesbezüglich feststellt hat und die Beklagte auch in der Berufung darauf beharrt, die Kläger hätten nicht einmal behauptet, die Abtretung der hälftigen Stockwerkeinheit habe zu einer Gläubigerschädigung geführt, liegt ein überspitzter Formalismus vor. Wenn die Kläger behauptet haben, der Wert des paulianisch übertragenen Gegenstandes betrage Fr. 401 500.– und im Übrigen mit Nichtwissen bestreiten, dass dem Schuldner noch weitere Gegenleistungen als die von der Beklagten dargelegten Schuldübernahmen von Fr. 305 000.– beziehungsweise die von den Klägern anerkannten Fr. 345 000.– erbracht wurden, so haben die Kläger damit offenkundig eine Gläubigerschädigung behauptet. Damit wird im Sinne eines impliziten Sachvorbringens – unausgesprochen zwar, jedoch nicht minder offenkundig – behauptet, die Beklagte habe keine genügende Gegenleistung erbracht beziehungsweise der Schuldner habe ohne zureichenden Rechtsgrund auf eine Gegenleistung im Umfang von Fr. 56 500.– zu ihrem Nachteil verzichtet. Damit haben die Kläger in Bezug auf das Element der Gläubigerschädigung alles Notwendige genügend substantiiert dargelegt.

Die Beklagte ihrerseits hat nun den ihr obliegenden Gegenbeweis, dass sie eine gleichwertige Leistung (Kaufpreis) erbracht hat und damit keine Schädigung der Gläubiger eingetreten ist, nicht mit Erfolg angetreten. Aus welchen Gründen die Kläger von einer Gegenleistung der Beklagten für den Wohnkauf von Fr. 345 000.– ausgehen und eine solche anerkennen, ist nicht nachvollziehbar, spielt aber keine Rolle. Ein Exekutionsschaden ist in jedem Falle entstanden. Es steht fest, dass die gesamte Stockwerkeinheit im Zeitpunkt ihrer Übertragung einen Wert von Fr. 803 000.–, der hälftige Anteil von F. mithin einen solchen von Fr. 401 500.– hatte. Diesen Wert haben die Parteien des Kaufvertrages ihrem Geschäft übereinstimmend zu Grunde gelegt. Beim eingelegten Kaufvertrag handelt es sich um einen öffentlich beurkundeten Vertrag, der für die darin festgehaltenen Tatsachen vollen Beweis erbringt, solange nicht ihre Unrichtigkeit nachgewiesen ist (Art. 9 Abs. 1 ZGB). Die für ihre Gegenbehauptung der gleichwertigen Gegenleistung beweispflichtige Beklagte hat sich damit begnügt, die Seite 4 des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages einzulegen. Falls sie damit beabsichtigt hat, die ohnehin schwierige Beweislast der Anfechtungskläger noch zu strapazieren, fällt dieses Vorgehen auf sie zurück. Ihr in diesem Zusammenhang erhobener Einwand, die Kläger hätten nicht den (ganzen) Kaufvertrag zur Edition verlangt, ist nicht haltbar, angesichts der Tatsache, dass die Beklagte Teile des Vertrages selbst eingelegt hat. Im Übr-

gen sind es nicht die Kläger, die nach Entlastungsbeweisen für die Beklagte zu forschen haben und schon gar nicht gegen deren Widerstand. Nach der Aktenlage soll der Kaufpreis von Fr. 401 500.– durch Übernahme der hälftigen Kapitalgrundpfandverschreibungen im I. und II. Rang der X.-Bank von Fr. 280 000.– und Fr. 25 000.– beglichen worden sein. Weitere Gegenleistungen der Beklagten gehen aus den von ihr eingelegten Beweismitteln nicht hervor. Dies ist somit das feststehende Beweisergebnis. Der beklagtische Hinweis, die Grundpfandrechte hätten im Abtretungszeitpunkt Fr. 790 000.– betragen, ist irrelevant. Massgebend ist die tatsächliche Ausschöpfung der Grundpfänder durch Kredite (unter mindernder Berücksichtigung allfällig geleisteter Amortisationen) und rückständige Zinsen. Der restliche Wert des Aktivums ist als unverpfändet zu betrachten (Diem, a. a. O., S. 90). Will man nun zu Gunsten der Beklagten davon ausgehen, die Belastungsgrenzen seien im Zeitpunkt der Übertragung voll ausgeschöpft gewesen und es seien keine Amortisationen geleistet worden, so bleibt die Feststellung, dass die Beklagte einen Wohnungsanteil im Wert von Fr. 401 500.– für eine Gegenleistung von Fr. 305 000.– erworben hat. Durch das Rechtsgeschäft wurde die Konkursmasse von F. demzufolge im Umfang von Fr. 96 500.– geschädigt.

Will man mit den Klägern zusätzlich zu Gunsten der Beklagten und entgegen dem vorstehenden Beweisergebnis davon ausgehen, der weitere grundpfändlich gesicherte Kredit der C. AG von nominal Fr. 80 000.– sei voll ausgeschöpft gewesen - was angesichts der Tatsache, dass die effektive Belastung im Mai 2000 bloss Fr. 51 547.30 betrug (Kaufvertrag zwischen der Beklagten und den Eheleuten W.), kaum zutreffen dürfte - und die auf den Miteigentumsanteil von F. entfallende Hälfte der Schuld sei von der Beklagten ebenfalls übernommen worden, so bliebe noch ein Gläubigerschaden von Fr. 56 500.–.

Selbst wenn man auf die unbewiesenen Behauptungen der Beklagten abstellen wollte, die gesamten tatsächlichen Grundpfandschulden hätten im Zeitpunkt des Verkaufs der Gesamtheit aller Grundpfänder von Fr. 790 000.– entsprochen, und sie habe die auf den Miteigentumsanteil des Ehemannes entfallende Hälfte übernommen, resultierte auch diesfalls noch ein Gläubigerschaden von Fr. 6500.–. Unbewiesen wäre dazumal allerdings, dass die Schuldübernahme befreiend für den aufs Ganze obligatorisch und solidarisch weiter haftenden Ehemann erfolgt ist. Insoweit die Ehefrau Schulden nicht befreiend übernommen hat, F. also persönlich gegenüber der B. und der C. noch in der Schuldpflicht steht, kann wohl nicht von einer Gegenleistung durch Schuldentilgung gesprochen werden. Es ist bloss ein Schuldbeitritt. Das obligationenrechtliche Risiko des Schuldners ist immer noch vorhanden, und zwar nicht je auf die Hälfte der beiden Grundpfandverschreibungen, sondern bei beiden aufs Ganze, denn F. ist Solidarschuldner. Für dieses Risiko hätte die Käuferin den Verkäufer üblicherweise ent-

schädigen müssen. Dass eine solche Entschädigung nicht geleistet wurde, stellte wiederum eine Beeinträchtigung der Gläubigerrechte dar. Selbst wenn man die unbewiesene Tatsache, die beklagte Ehefrau habe sämtliche Schulden befreiend übernommen, als gegeben annähme, bliebe wie gesehen immer noch eine Verschlechterung der Gläubigerdeckung.

Ferner ist festzustellen, dass selbst ein Abstellen auf den Liegenschaftswert von Fr. 710 000.–, welcher dem von der Beklagten mit den Eheleuten W. am 11. Mai 2000 abgeschlossenen Kaufvertrag zu Grunde liegt, der Beklagten nicht helfen würde. Die von ihr im Jahre 1996 erbrachte Gegenleistung von Fr. 305 000.– stellt auch im Vergleich mit diesem weit tieferen Verkehrswert keine gleichwertige Gegenleistung dar.

In Bezug auf die Frage der effektiven Gläubigerschädigung ergibt sich auch mit der Bilanzmethode von Diem (a. a. O., S. 91 ff.) nichts anderes. Von der nicht ernsthaft bestrittenen Tatsache ausgehend, dass der Schuldner am 30. Mai 1996 in unbekannter Höhe überschuldet war (mehr Passiven als Aktiven), ergibt sich unter allen tatsächlichen Annahmen ein Rückgang des Deckungsgrades für die ungesicherten Gläubiger.

Schliesslich verdient Erwähnung, dass nach der Rechtsprechung die zur Tilgung einer Schuld erfolgte Hingabe von Geld oder anderen Vermögenswerten, die hernach ein mit Verlust betriebener oder in Konkurs gefallener Schuldner trotz seiner bereits angespannten finanziellen Lage vorgenommen hat, regelmässig als eine anfechtbare Schädigung der übrigen Gläubiger qualifiziert wird (BGE 99 III 27 E. 4; BJM 1985 S. 203). Der Miteigentumsanteil war der einzig grössere Vermögenswert von F. und die Übertragung auf seine Ehefrau unter Schuldbefreiung gegenüber Grundpfandgläubigern ist wirtschaftlich eine reine Schuldentilgung. Den Gläubigern wurde ein Vermögenswert entzogen, ohne dass auf der anderen Seite sich die Aktiven des Verkäufers gemehrt hätten. Lediglich dessen Passiven sind geringer geworden, wodurch sich nichts zu Gunsten der übrigen Gläubiger, das heisst abgesehen von den Grundpfandgläubigern, ergeben hat (BJM 1985 S. 203). Die Schädigung kann auch eine indirekte sein, indem der Schuldner eine an sich gleichwertige Gegenleistung zur Befriedigung eines einzelnen (anderen) Gläubigers verwendet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das angefochtene Rechtsgeschäft unter allen denkbaren Aspekten zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Vollstreckungsrechte der Konkursmasse von F. und – zufolge der Abtretung nach Art. 260 SchKG – auch der vorliegend klagenden Gläubiger G. geführt hat.

d) Der Schuldner muss absichtlich gehandelt haben. Das Vorliegen der Benachteiligungs- beziehungsweise Begünstigungsabsicht ist einerseits nicht leichthin anzunehmen (BGE 101 III 96), andererseits sind daran keine allzu strengen Massstäbe anzulegen. Diese Absicht ist nicht nur dann als ge-

geben zu betrachten, wenn die Schädigung geradezu den eigentlichen Zweck des Anfechtungsgeschäfts bildete, sondern bereits dann, wenn dieser Erfolg als die natürliche Konsequenz seiner Rechtshandlung vom Schuldner vorausgesehen werden muss. Fahrlässigkeit genügt nicht, Eventualvorsatz jedoch schon (Zobl, a. a. O., S. 33). Anders als bei der Überschuldungspauliana ist der Umstand der Überschuldung bei der Deliktspauliana kein unerlässliches Tatbestandselement. Bei ihr ist die Gesamtheit der Umstände zu würdigen. Waren sie derart, dass der Schuldner und der Begünstigte den finanziellen Zusammenbruch des Ersteren voraussahen oder doch als drohend betrachten mussten, so ist die Klage aus Art. 288 SchKG auch dann gutzuheissen, wenn vielleicht im kritischen Zeitpunkt die buchmässigen Aktiven des Schuldners dessen buchmässige Passiven noch überstiegen, dagegen eine baldige Umkehr dieser Verhältnisse zu befürchten war oder die Illiquidität der Aktiven auch ohne eine eigentliche Überschuldung eine für die Gläubiger verlustbringende Liquidation herbeizuführen drohte. War der Schuldner zur Zeit der Rechtshandlung zahlungsunfähig oder überschuldet, so bilden diese Umstände zweifellos starke Indizien für eine Benachteiligungsabsicht (BJM 1985 S. 208 f., mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

Der Schuldner F. ist innert eines Jahres vor dem angefochtenen Hausverkauf in 23 Beteiligungen gepfändet und in 7 Beteiligungen ist ihm der Konkurs angedroht worden. Seine Vermögenslage am 30. Mai 1996 war mindestens bedrohlich. Es liegt auf der Hand, dass er in Erwartung seines nahenden finanziellen Zusammenbruchs retten wollte, was zu retten war. Diese beliebte sogenannte «Überschreibung» von Vermögenswerten an den Ehegatten dürfte auch ausserhalb des Tatbestandes von Art. 193 ZGB meist mit Erfolg angefochten werden, wenn sie innerhalb der Verdachtsfrist von 5 Jahren erfolgte und die finanzielle Lage angespannt war (Daniel Stähelin in: BISchK 1997 S. 87). Eine Abtretung an Zahlungsstatt für bestehende Schulden gegenüber der Ehefrau war es nicht; auch ist ein sonstiger halbwegs nachvollziehbarer Anlass für den Hausverkauf, namentlich ein ehgüterrechtlicher nicht ersichtlich und wird auch nicht angedeutet. Dass die Beklagte und der Schuldner für ihr Rechtsgeschäft die scheinbar unverfänglicheren Titel und Begriffe Abtretung/Übernahmewert anstatt Kaufvertrag/Kaufpreis verwendet haben, vermag an seiner Bedenklichkeit nichts zu ändern.

e) Die unlautere Absicht des Schuldners muss für jenen, mit welchem er das strittige Rechtsgeschäft abschliesst, erkennbar gewesen sein. Erkennbarkeit ist nach der Rechtsprechung dann anzunehmen, wenn der Begünstigte bei Anwendung der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Benachteiligung der übrigen Gläubiger als natürliche Folge der betreffenden Rechtshandlung hätte voraussehen können. Liegen

Anzeichen für eine Benachteiligung vor, so hat der Begünstigte den Schuldner zu befragen und die notwendigen Erkundigungen einzuziehen (Urteil 5C.29/2000 des Bundesgerichts vom 19. September 2000 in Sachen B.W., F.B. gegen A. AG, BGE 99 III 89 E. 4b, 89 III 50 ff., 83 III 86 E. 3b). Erkennbar in diesem Sinne ist nicht nur das, was geradezu erkannt werden muss, sondern was bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit, das heisst ohne grobe Fahrlässigkeit erkannt werden kann (Zobl, a. a. O., S. 34) beziehungsweise die schuldhafte Unkenntnis (Diem, a. a. O., S. 145).

Dafür, dass die beklagte Ehefrau vom desolaten Vermögenszustand ihres Ehemannes wissen musste, spricht nicht nur die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgesegnete natürliche Vermutung unter Verwandten. Erst recht ist Kenntnis oder Erkennbarkeit zu vermuten, wenn – wie bei Ehegatten – Wohngemeinschaft zwischen Schuldner und Begünstigtem besteht (Hinderling, a. a. O., S. 260). Es ist vorliegend durch ihr Verhalten sattsam erwiesen, dass die Beklagte über die prekäre Finanzlage ihres Ehemannes bestens im Bilde war. Sie hat Geschäftsschulden ihres Ehemannes, worunter auch solche gegenüber den Klägern, aus ihrem eigenen Sack getilgt. Sie hatte als leitende Angestellte eine Position im Betrieb, in Folge derer ihr nichts entging. Ihr Eingeständnis in den Rechtsschriften schliesslich, sie habe geholfen, den Konkurs abzuwenden, lässt diesbezüglich an Klarheit nicht zu wünschen übrig. Sie musste daher bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit zwingend Verdacht hinsichtlich der Schädigungsabsicht durch ihren Ehemann schöpfen. Sie selber muss keine solche Schädigungsabsicht gehabt haben. Der Einwand der Beklagten, die Parteien des Abtretungsvertrages hätten «in weiser Voraussicht, dass ein Gläubiger später das Rechtsgeschäft unter die Lupe nehmen würde, der Abtretung den hälftigen Verkehrswert zu Grunde gelegt», womit bewiesen sei, dass es «für die Berufungsbeklagte erkennbar war, dass ihr Ehemann die Gläubiger eben nicht schädigen wollte», ist abwegig. Um einer Anfechtungsklage zu entgegen, kann es selbstredend nicht genügen, bloss den wahren Wert der übertragenen Sache pro forma zu deklarieren. Massgebend ist die tatsächlich erbrachte Gegenleistung.

5. ... Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sämtliche Voraussetzungen der Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG erfüllt sind. Das angefochtene Urteil ist daher in Gutheissung der Klagen aufzuheben und die Verwertung des hälftigen Miteigentumsanteils im Konkurs von F. zuzulassen.
ZF 00 41

Urteil vom 27. Juni 2001