

## **BGer 5A\_397/2013 vom 3. Dezember 2013**

Bundesgericht, 2013-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_397\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_397_2013)

FR: TF 5A\_397/2013 du 3 décembre 2013

IT: TF 5A\_397/2013 del 3 dicembre 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

In den beiden Beschwerdeverfahren 5A\_397/2013 und 5A\_398/2013 fechten die Beschwerdeführer mit weitgehend gleichlautenden Eingaben praktisch identische Urteile an. In beiden Verfahren stellen sich im Wesentlichen dieselben Rechts- und Tatfragen. Es rechtfertigt sich, die beiden Verfahren zu vereinigen ( Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 Abs. 3 BZP [SR 273] e contrario).

#### **E. 2**

Beide Beschwerden haben eine Zivilsache zum Gegenstand, da sie die Kollokation von Ansprüchen aus Bundeszivilrecht betreffen ( Art. 72 Abs. 1 BGG ; Urteil 5A\_802/2008 vom 6. März 2009 E. 1.1, in: Pra 2010 Nr. 19 S. 129). Die legitimierten Beschwerdeführer haben fristgerecht kantonal letztinstanzliche Endentscheide des als Rechtsmittelinstanz urteilenden Obergerichts angefochten (Art. 75, Art. 76, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 BGG ). Der Streitwert bei der Kollokationsklage bemisst sich nach der Dividende, die auf den bestrittenen Betrag entfallen würde, also nach dem möglichen Prozessgewinn ( BGE 138 III 675 E. 3.1 S. 676 mit Hinweisen). Gemäss Eingabe des a.o. Konkursverwalters vom 7. September 2010 an das Kantonsgericht Nidwalden ist die Forderung von Fr. 322'395.95 (5A\_397/2013) bei Durchdringen der Kollokationsklage voraussichtlich vollumfänglich gedeckt. Gemäss derselben Eingabe ist die Forderung der Y. \_\_\_\_\_ AG (5A\_398/2013) bei Durchdringen der Kollokationsklage voraussichtlich im Umfang von Fr. 76'799.30 gedeckt, selbst wenn zugleich diejenige von X. \_\_\_\_\_ durchdringen sollte. Der für die Beschwerde in Zivilsachen erforderliche Streitwert von Fr. 30'000.-- ist somit in beiden Beschwerdeverfahren erreicht ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ).

#### **E. 3**

Das Obergericht hat die Kollokationsklagen abgewiesen mit der Begründung, von der paulianischen Anfechtung sei nicht nur die Grundstücksübertragung, sondern der Grundstückkaufvertrag vom 24. Juli 2003 als Ganzes betroffen gewesen. Die fünf Namensschuldbriefe von nominell total Fr. 900'000.--, die im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses eine Forderung von insgesamt Fr. 220'000.-- sicherten, seien der Anfechtungsbeklagten (W. \_\_\_\_\_ AG) damals unbelastet zu Eigentum übergeben worden. Die Schuldbriefe würden ungeachtet ihrer eigentumsrechtlichen Zuordnung an den beiden Grundstücken haften, so dass für die Rückführung in die Konkursmasse deren Belastung bzw. Belehnung im Zeitpunkt der Insolvenz der Z. \_\_\_\_\_ AG in Liq. (24. Mai 2004) massgeblich sei. Die W. \_\_\_\_\_ AG habe die beiden Namensschuldbriefe im ersten und dritten Rang bzw. denjenigen im vierten Rang als Grundpfand zur Sicherung der im Konkurs der Z. \_\_\_\_\_ AG in Liq. geltend gemachten Forderungen erst am 13. Juli 2007 an den Beschwerdeführer bzw. an die Beschwerdeführerin übertragen. Die entsprechenden

Forderungen seien deshalb im Konkurs der Z.\_\_\_\_\_ AG in Liq. unbeachtlich. Auch der Eventualstandpunkt, die Forderung als faustpfandgesichert zu berücksichtigen, sei unbegründet.

#### **E. 4.1**

Das Obergericht ist zu Recht vom Grundsatz ausgegangen, dass die Anfechtungsbeklagte (W.\_\_\_\_\_ AG) die Konkursmasse so zu stellen hat, wie wenn die anfechtbare Handlung nicht vorgenommen worden wäre ( Art. 291 SchKG ; BGE 136 III 341 E. 3 S. 343; 130 III 235 E. 6.2 S. 239; 98 III 44 E. 3 S. 46; Thomas Bauer, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl. 2010, N. 2 zu Art. 291 SchKG ). In tatsächlicher Hinsicht hat das Obergericht dabei angenommen, die Schuldbriefe seien zum Zeitpunkt des Kaufvertrags vom 24. Juli 2003 unbelastete Eigentümerschuldbriefe gewesen. Es hat gefolgert, die zwischenzeitliche Verwendung der Schuldbriefe durch die W.\_\_\_\_\_ AG könne nicht beachtet werden, da sonst die Konkursmasse nicht so gestellt würde, wie wenn die anfechtbare Handlung nie vorgenommen worden wäre.

Die Beschwerdeführer bringen zunächst vor, die Schuldbriefe seien entgegen der vorinstanzlichen Feststellung zum Zeitpunkt des Kaufvertrags vom 24. Juli 2003 faustverpfändet gewesen und sie seien es über dieses Datum hinaus geblieben. Diese Rüge trifft zwar zu (im Einzelnen unten E. 4.3.3), doch spielt sie für die folgenden grundsätzlichen Erwägungen keine Rolle.

Die W.\_\_\_\_\_ AG hätte ohne die anfechtbare Handlung - den Kaufvertrag vom 24. Juli 2003 - die Schuldbriefe nicht erworben. Sie hätte damit später die Schuldbriefe nicht an die Beschwerdeführer begeben und die erworbenen Grundstücke nicht entsprechend belasten können. Daraus kann nun jedoch nicht geschlossen werden, die Schuldbriefbegebung dürfe unbeachtet bleiben, um das Ziel der vollständigen Rückgewähr gemäss Art. 291 SchKG zu erreichen. Die Verpflichtung zur Rückgewähr trifft in erster Linie die W.\_\_\_\_\_ AG als Anfechtungsbeklagte selber und nicht Drittpersonen, die mit der W.\_\_\_\_\_ AG Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben und die im Anfechtungsverfahren nicht Partei waren (vgl. Urteil 5C.176/2003 vom 5. Februar 2004 E. 3.3, nicht publ. in: BGE 130 III 235 ). Die Auffassung der Vorinstanz, die Schuldbriefe würden an den Grundstücken "haften", ist demnach nur in dem Sinne richtig, als sich der Umfang der Rückgabepflicht nach dem Zeitpunkt des angefochtenen Geschäftes richtet. Dies bedeutet aber nicht, dass die Rückgabepflicht Dritten ohne weiteres entgegengehalten werden kann. Soll einem Rechtsnachfolger eines Anfechtungsschuldners die Anfechtbarkeit entgegengehalten werden, so kann er vielmehr selber mit einer Anfechtungsklage ins Recht gefasst werden ( Art. 290 SchKG ; vgl. unten E. 4.3.1). Dass das Anfechtungsurteil die Rückgewähr der Schuldbriefe nicht anordnet, wie dies die Beschwerdeführer vorbringen, ist allerdings nicht entscheidend. Würde es sich nämlich tatsächlich um unbelastete Eigentümerschuldbriefe handeln, so wäre die W.\_\_\_\_\_ AG von Gesetzes wegen verpflichtet, sie dem Konkursamt abzugeben ( Art. 28 und 75 der Verordnung vom 13. Juli 1911 über die Geschäftsführung der Konkursämter [KOV; SR 281.32] ). Da nun aber die W.\_\_\_\_\_ AG nach Abschluss des angefochtenen Kaufvertrags und nach dem Erhalt der Schuldbriefe über diese verfügt hat, so haben sie ein eigenes rechtliches Schicksal, das auch im Kontext des Vollzugs des Anfechtungsurteils, d.h. im Rahmen des vorliegenden Konkursverfahrens, zu beachten ist. Für die Gültigkeit und die konkursrechtliche Beachtlichkeit der Verfügung über die Schuldbriefe ist im Übrigen der Zeitpunkt des Konkurses oder der Insolvenz der Z.\_\_\_\_\_ AG in Liq. nicht von Bedeutung: Nur die Z.\_\_\_\_\_ AG ist zum Zeitpunkt

ihres Konkurses verfügungsunfähig geworden ( Art. 204 SchKG ), nicht aber die W.\_\_\_\_\_ AG, von der die Beschwerdeführer die Schuldbriefe erhalten haben. Nicht mehr umstritten und deshalb bloss am Rande zu bemerken ist schliesslich, dass die Vormerkung vom 11. Februar 2005 (oben lit. A.c) die Übertragung der Schuldbriefe nicht verhindern konnte (Jürg Schmid, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 4. Aufl. 2011, N. 4 zu Art. 960 ZGB ), soweit die Vormerkung überhaupt vor dem Erwerb der Schuldbriefe durch die Beschwerdeführer erfolgt sein sollte (vgl. zum Erwerbszeitpunkt unten E. 4.3.3). Dies alles bedeutet jedoch noch nicht, dass die Kollokationsklagen der Beschwerdeführer gutzuheissen sind. Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend zu prüfen.

#### **E. 4.2**

Dieser Prüfung vorzuschicken ist, dass die W.\_\_\_\_\_ AG am 21. Mai 2008 in Konkurs gefallen ist (oben lit. A.f). Auch nach ihrem Konkurs ist sie Eigentümerin der Grundstücke Nrn. 1520 und 3011, GB A.\_\_\_\_\_, die im Konkurs der Z.\_\_\_\_\_ AG in Liq. verwertet werden. Im Konkursverfahren welcher der beiden Gesellschaften die Grundstücke verwertet werden müssten bzw. ob der erfolgten Anfechtung dingliche oder bloss obligatorische Wirkung zukommt (vgl. BGE 106 III 40 E. 3 S. 43 f.; Bauer, a.a.O., N. 12 und 24 zu Art. 291 SchKG ), ist nicht zu erörtern. Das für die Abwicklung des Konkurses der W.\_\_\_\_\_ AG in Liq. zuständige Konkursamt scheint die Verwertung der Grundstücke im Konkurs der Z.\_\_\_\_\_ AG in Liq. zu dulden und die Parteien äussern sich dazu nicht.

#### **E. 4.3**

Gegenstand des Kollokationsprozesses ( Art. 250 Abs. 1 SchKG ) ist die Feststellung, inwieweit die streitigen Gläubigeransprüche bzw. die vorliegend geltend gemachten Grundpfandrechte im Konkurs zu berücksichtigen sind, wobei zur Prüfung der strittigen Rechtsverhältnisse vorfrageweise materielles Recht anzuwenden ist ( BGE 137 III 487 E. 3 S. 491 mit Hinweis). Darüber hinaus ist die Konkursverwaltung befugt, den geltend gemachten Ansprüchen die Einrede der Anfechtbarkeit i.S. von Art. 285 ff. SchKG (paulianische Einrede) entgegenzuhalten ( BGE 114 III 110 E. 2 S. 111).

##### **E. 4.3.1**

Eine paulianische Einrede wäre dann begründet, wenn die Beschwerdeführer bösgläubige Dritte wären ( Art. 290 SchKG ). Unter dem bösgläubigen Dritten wird der Rechtsnachfolger (Singularsukzessor) des Anfechtungsbeklagten verstanden, der um den Bestand der Anfechtungsschuld wusste ( BGE 130 III 235 E. 6.1.1 S. 239; 135 III 513 E. 7.1 S. 524 f.). Als Singularsukzession kommt auch eine bloss teilweise Rechtsnachfolge in Frage, so wie dies bei der Einräumung eines Pfandrechts der Fall ist (vgl. Urteil 5A\_210/2007 vom 7. Februar 2008 E. 5; Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 1997/99, N. 7 zu Art. 290 SchKG ). Als bösgläubiger Dritter ist anzusehen, wer die Umstände, die die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Rechtsvorgängers begründeten, kannte oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte kennen müssen. Massgebend ist der Zeitpunkt der Rechtsnachfolge (Singularsukzession) und nicht der Zeitpunkt der anfechtbaren Rechtshandlung ( BGE 135 III 513 E. 7.1 S. 525 mit Hinweisen).

Ob eine solche paulianische Einrede begründet wäre, kann das Bundesgericht derzeit mangels entsprechender Sachverhaltsfeststellungen nicht beurteilen. Weder lässt sich dem

angefochtenen Urteil entnehmen, ob und wann die Beschwerdegegnerin eine solche Einrede erhoben hätte, noch finden sich darin Feststellungen über die Umstände, die den Beschwerdeführern beim Abschluss ihrer Pfandverträge bekannt waren. Das Obergericht wird über diese Punkte soweit nötig zu befinden haben. Ob die Anfechtungseinrede zum Zeitpunkt ihrer allfälligen Erhebung überhaupt noch zulässig gewesen wäre, braucht im Moment vom Bundesgericht noch nicht beurteilt zu werden ( Art. 292 Ziff. 2 SchKG ; vgl. Bauer, a.a.O., N. 17 zu Art. 292 SchKG ; Franco Lorandi, Prozessuale Aspekte der paulianischen Anfechtung, ZZZ 2006 S. 166 ff.).

#### **E. 4.3.2**

Sollte keine paulianische Einrede erhoben worden sein oder erweist sie sich als unbegründet, so hat die Vorinstanz zu prüfen, ob die geltend gemachten Forderungen bzw. Pfandrechte materiellrechtlich Bestand haben oder nicht. Das angefochtene Urteil äussert sich diesbezüglich nicht, da es die Konkurseingaben der Beschwerdeführer aus betreibungsrechtlichen Gründen für unbeachtlich erachtet hat. Im Rahmen der rechtsgenügend ins kantonale Verfahren eingebrachten Vorbringen und Beweismittel wird die Vorinstanz demnach zu prüfen haben, ob und wann die vorliegend strittigen Pfandrechte den Beschwerdeführern eingeräumt wurden und welche Forderungen mit welchem Zinsfuss und Zinsbeginn mit ihnen gesichert wurden bzw. noch werden.

#### **E. 4.3.3**

Zur Beurteilung der offenen Fragen erweist sich folgende Sachverhaltsrüge der Beschwerdeführer als wesentlich ( Art. 97 Abs. 1 BGG ) : Sie verweisen zu Recht darauf, dass gemäss den Akten X.\_\_\_\_\_ der W.\_\_\_\_\_ AG bereits am 15. September 2004 ein Darlehen gewährt hat und er im Gegenzug die vier Schuldbriefe im ersten, dritten, vierten und fünften Rang erhalten hat (Klagebeilage 5 im Verfahren von X.\_\_\_\_\_ bzw. Klagebeilage 6 im Verfahren der Y.\_\_\_\_\_ AG). Aus den Akten folgt sodann, dass am 13. Juli 2007 vereinbart wurde, das Darlehen von X.\_\_\_\_\_ bloss noch mit den Schuldbriefen ersten und dritten Ranges zu sichern (Klagebeilage 6 im Verfahren von X.\_\_\_\_\_ ) und gleichentags vereinbart wurde, ein Darlehen der Y.\_\_\_\_\_ AG an die W.\_\_\_\_\_ AG mit dem Schuldbrief im vierten Rang zu sichern, der ihr von der W.\_\_\_\_\_ AG zu übergeben sei (Klagebeilage 7 im Verfahren der Y.\_\_\_\_\_ AG). Die Vorinstanz ist demgegenüber davon ausgegangen, bei den Pfandverträgen vom 13. Juli 2007 handle es sich um die erste Verwendung der Schuldbriefe durch die W.\_\_\_\_\_ AG. Auf den früheren, aktenkundigen Vertrag vom 15. September 2004 ist sie weder eingegangen noch hat sie erläutert, weshalb dieses Aktenstück allenfalls unbeachtlich sein könnte. Ebenso wenig hat sie das Verhältnis dieses früheren Vertrags zu den späteren vom 13. Juli 2007 behandelt. Auf all dies wird sie - soweit notwendig - im Rückweisungsverfahren einzugehen haben.

Eine weitere Sachverhaltsrüge ist zwar ebenfalls zutreffend (vgl. bereits oben E. 4.1), doch ziehen die Beschwerdeführer daraus unzutreffende rechtliche Folgerungen: Das Obergericht ist davon ausgegangen, die Schuldbriefe seien im Rahmen des Kaufvertrags vom 24. Juli 2003 unbelastet von der Z.\_\_\_\_\_ AG auf die W.\_\_\_\_\_ AG übertragen worden. Die Beschwerdeführer weisen zu Recht auf den in den Akten liegenden Kaufvertrag hin (Replikbeilage 1), aus dem sich ergibt, dass die fünf Schuldbriefe bereits vor Kaufvertragsabschluss an S.\_\_\_\_\_ faustverpfändet waren und weiterhin bleiben sollten. Die Faustverpfändung diente offenbar zur Sicherung eines Darlehens von

S. \_\_\_\_\_ an die Z. \_\_\_\_\_ AG in der Höhe von Fr. 220'000.--. Der Kaufpreis in derselben Höhe sollte durch Übernahme dieser Schuld durch die W. \_\_\_\_\_ AG getilgt werden. S. \_\_\_\_\_ wurde in den Kaufvertrag einbezogen und stimmte der Schuldübernahme zu. Nach Darstellung der Beschwerdeführer gelangten die Schuldbriefe physisch erst am 12. September 2004 in die Hände der W. \_\_\_\_\_ AG, also kurz vor Begebung an X. \_\_\_\_\_ am 15. September 2004. X. \_\_\_\_\_ leitet aus der früheren Faustverpfändung ab, dass seine Forderung und sein Pfandrecht in jedem Fall wenigstens im Umfang von Fr. 220'000.-- zuzulassen seien, da diese Belastung der Grundstücke dem Zustand zum Zeitpunkt des angefochtenen Kaufs entspreche. X. \_\_\_\_\_ behauptet aber nicht, in die Position von S. \_\_\_\_\_ nachgerückt zu sein, vielmehr habe er (X. \_\_\_\_\_) der W. \_\_\_\_\_ AG ein Darlehen gewährt, das teilweise zur Begleichung der Darlehensschuld gegenüber S. \_\_\_\_\_ dienen sollte. Aus der früheren Faustverpfändung kann X. \_\_\_\_\_ somit nichts zu seinen Gunsten ableiten. Allfällige Ersatzansprüche für die Ablösung der Belastung stehen der W. \_\_\_\_\_ AG zu (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2003, N. 18 zu Art. 291 SchKG ; BGE 26 II 204 E. 8 S. 216). Für die Kollokation der Beschwerdeführer ist die frühere Faustverpfändung der Schuldbriefe somit ohne Belang.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerden sind somit gutzuheissen und die Verfahren an das Obergericht zur erneuten Behandlung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

#### **E. 5**

Bei diesem Ergebnis sind die Kosten beider Verfahren der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Zudem hat sie die Beschwerdeführer angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.