

ZH_OBERGERICHT NE180001 vom 14. Januar 2019

ZH Obergericht, 2019-01-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE180001

FR: ZH_OBERGERICHT NE180001 du 14 janvier 2019

IT: ZH_OBERGERICHT NE180001 del 14 gennaio 2019

Erwägungen

E. 1

Mit Schreiben vom 16. März 2016 meldete die Klägerin im Konkurs über den Nachlass von B._____, gestorben am tt.mm.2015, folgende Forderung an (Urk. 3/4): CHF 290'000.00 Schuldsaldo Wert 30.09.2015 CHF 1'464.95 Zinsen vom 01.10.2015 - 01.02.2016 CHF 1'325.00 Kündigungsentschädigung und Spesen CHF 292'789.95 Wert 1. Februar 2016, Schuldsaldo des Hypothekendarlehens Nr. 1, gemäss Rahmenkreditvertrag Nr. ..., Inhaberoobligation mit Grund- pfandverschreibung von CHF 100'000.00 vom 11.02.1991, Kreditver- trag von CHF 110'000.00 vom 24.03.1981, Kreditakt von CHF

- 4 - 250'000.00 vom 24.09.1988 und Kreditvertrag von CHF 50'000.00 vom 27.09.1983, unterzeichnet von B._____ als Schuldner und Grundpfandbesteller, zuzüglich Zins von 3.125% ab diesem Datum. Die Klägerin wies dabei auf die Sicherstellung ihrer Forderung durch folgen- de Hypotheken hin: Nr. 2 von CHF 100'000.00 im 1. Rang, Nr. 3 von CHF 121'000.00 im 1. Rang, Nr. 4 von CHF 55'000.00 im 2. Rang und Nr. 5 von CHF 300'000.00 im 3. Rang, "alle [lastend auf] dem STWE-Nr. 6, Plan Nr. 7, Ort 'C._____', Gemeinde D._____". Ein Guthaben B._____'s in Höhe von CHF 43.70 brachte die Klägerin mit ihrer Forderung von CHF 292'789.95 zur Verrechnung.

E. 1.1

Die Beklagte beantragt, es sei auf die Berufung nicht einzutreten. Ihrer Auffassung nach sind die gestellten Berufungsanträge nicht genügend bestimmt. Insbesondere bleibe aufgrund der Anträge unklar, welcher Betrag in welcher

- 11 - Klasse zu kollozieren wäre. Eine genaue Formulierung der Anträge mit Beziffere- rung des zu kollozierenden Betrages wäre umso wichtiger gewesen, als die Vor- instanz die Klage bezüglich der Kündigungsentschädigung (inkl. Spesen) und des Verzugszinses von 3.125% abgewiesen und die Klägerin die Klageabweisung in diesem Umfang nicht angefochten habe (Urk. 35 S. 2).

E. 1.2

Mit ihren Berufungsanträgen zielt die Klägerin klarerweise auf die Gut- heissung ihrer Klage vom 6. April 2017, mit der sie verlangte, dass die von ihr im Konkurs eingegebene Forderung vollumfänglich bei den grundpfandgesicherten Forderungen zu kollozieren sei (Urk. 1 S. 2, S. 11 Ziff. 24). Daran hält die Klägerin auch in der Berufungsschrift fest (Urk. 27 S. 8: "[...] und es ist festzuhalten, dass die Forderung der Berufungsklägerin bei den pfandgesicherten Forderungen zu kollozieren ist."). Vor Vorinstanz ging die Klägerin unter Verweis auf ihre (genau bezifferte) Forderungseingabe vom 16. März 2016 (Urk. 3/4) von einer grundpfandgesicher- ten Forderung von CHF 292'789.95 respektive – nach Abzug der zur Verrechnung gestellten CHF 43.70 – von CHF 292'746.25 aus (Urk. 1 S. 3). Die Beklagte macht nicht geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht auf die Klage mit dem ein-

gangs aufgeführten Rechtsbegehren eingetreten. Beantragt die Klägerin auch im Berufungsverfahren die vollumfängliche Zuweisung der angemeldeten Forderung zu den pfandgesicherten Forderungen, kann der Beklagten nicht gefolgt werden, wenn sie dafürhält, eine genauere Formulierung der Berufungsanträge bzw. eine genaue Bezifferung derselben wäre unabdingbar gewesen, weil die Klägerin die Klageabweisung bezüglich der Kündigungsentschädigung (inkl. Spesen) und den Verzugszins von 3.125% nicht angefochten habe. Aufgrund der Berufungsanträge Ziffer 1 und 2 muss die gesamte Klageabweisung als angefochten gelten. Auch wenn eine klarere Formulierung der Berufungsanträge möglich gewesen wäre, sind die Berufungsanträge hinreichend bestimmt. Die Berufung wurde im Übrigen form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Die erforderliche Streitwertgrenze wird erreicht. Auf die Berufung ist – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

- 12 -

E. 2

Mit Verfügung des Konkursamtes Bassersdorf vom 17. März 2017 wurde die angemeldete Forderung gestützt auf die Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung (1. Pfandstelle), dat. 25.02.1991, im Betrage von CHF 100'000.– zuzüglich laufender Zins von CHF 1'421.25 (unter Verrechnung von CHF 43.70) und Verzugszins von CHF 71.20 als grundpfandversicherte Forderung anerkannt und zugelassen. Eine weitergehende pfandgesicherte Forderung gestützt auf die Grundpfandverschreibungen (Maximalhypotheken) über CHF 121'000.– (1. Pfandstelle), dat. 25.02.1991, über CHF 55'000.– (2. Pfandstelle), dat. 28.09.1983, und über CHF 300'000.– (3. Pfandstelle), dat. 06.02.1991, wies die Beklagte ab. Die von der Pfandhaft nicht gedeckte Teilforderung im Umfang von CHF 190'000.– wurde in die dritte Klasse verwiesen. Die Kündigungsentschädigung inkl. Spesen in Höhe von CHF 1'325.– und der angemeldete Verzugszins zu 3.125% ab Konkurseröffnung (1. Februar 2016) wurden vollumfänglich abgewiesen (Urk. 3/5).

E. 2.1

Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Beklagte ist der Auffassung, es müsse in dieser Konstellation von der ordentlichen Kostenregelung gemäss Art. 106 ZPO zu ihren Gunsten abgewichen werden, zumal die Klägerin gegenüber der Konkursverwaltung im Kollokationsverfahren ihre Grundpfandsicherheiten nicht nachgewiesen und insbesondere die Belege bezüglich

- 30 - der Kündigung und der behaupteten Übernahme der Schuld der J._____ AG durch B._____ sel. nicht eingereicht habe (Urk. 35 S. 9 f. mit Verweis auf BGer 5A_823/2015 vom 23. März 2017; vgl. bereits Urk. 12 S. 25 mit Verweis auf Urk.

E. 2.2

Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Nach Lehre und Rechtsprechung wird die Möglichkeit einer Verteilung nach Ermessen (d.h. nach Billigkeitserwägungen) bei Kollokationsprozessen bejaht, wenn eine eingegebene

Konkursforderung mangels hinreichender Belegung nicht im Kollokationsplan aufgenommen und sodann der Nachweis erst verspätet im Rahmen einer Kollokationsklage im Sinne von Art. 250 SchKG nachgeholt wird. Dabei führt ein verspäteter Nachweis der eingeleiteten Forderung alleine noch nicht zwingend zu einem Abweichen von der üblichen Kostenverteilung. Ausschlaggebend ist, ob die Verspätung des Forderungsnachweises einem Versäumnis des Gläubigers zuzuschreiben ist. Wenn dem im Kollokationsprozess obsiegenden Gläubiger der Beleg seiner Forderung bereits zuvor im Zeitpunkt des Entscheids der Konkursverwaltung möglich oder zumindest zumutbar gewesen ist, sind diesem die Kosten des Kollokationsprozesses aufzuerlegen (BGer 5A_823/2015 vom 23. März 2017 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 2.3

Die Klägerin unterliegt mit Bezug auf die Kündigungsentschädigung und die für eine Schuld der J. _____ AG begründete Maximalhypothek über CHF 300'000.– (3. Rang) und hat dafür ausgangsgemäss 10% der Kosten zu übernehmen. Die Beklagte hat den als pfandgesichert angemeldeten Betrag im 3. Rang zu Recht abgewiesen (Urk. 3/5 S. 4). Insofern rechtfertigt sich keine Abweichung vom Verteilungsgrundsatz nach Art. 106 ZPO.

E. 2.4

Die Beklagte begründete die Abweisung der durch die Maximalhypotheken über CHF 121'000.– (1. Rang) und CHF 55'000.– (2. Rang) pfandgesicherten Forderungen in ihrer Verfügung vom 17. März 2017 im Wesentlichen wie folgt (Urk. 3/5 S. 3):

- 31 - "Vorliegend ist mit dem Rahmenkreditvertrag sowie der Produktvereinbarung Festhypothek Nr. 1 vom 12.05.2009 mit der A. _____ ein neues Kreditverhältnis begründet worden. Aufgrund des Gläubigerwechsels und infolge der Vereinbarung des neuen Kreditverhältnisses hätte zwingend eine öffentlich beurkundete Pfandrechtserneuerung stattfinden müssen, da das neue Kreditverhältnis nicht mehr vom ursprünglichen Pfandvertrag gedeckt ist. Die Abtretung der E. _____ an die A. _____ fand dabei erst rund 6 Monate später, nämlich am 5.11.2009 statt. Schon zuvor wurde die ursprüngliche Forderung mehrmals zediert. Mangels Unterlagen bleibt jedoch fraglich, ob diese Forderungsabtretungen, ohne jeweilige Pfandrechtserneuerung, rechtmässig resp. korrekt erfolgten und die Grundpfandverschreibung für diese Forderung überhaupt noch Sicherheit bot. Ob die Abtretungserklärung vom 5.11.2009 der E. _____ den Anforderungen von Art. 165 ff. OR entspricht, bleibt dahingestellt."

E. 2.5

Diese Beurteilung erweist sich – wie vorstehend gezeigt – als nicht stichhaltig. Die Grundpfandverschreibungen lagen der Beklagten bei ihrer Beurteilung ebenso vor wie der Rahmenkreditvertrag und die Produktvereinbarung vom

E. 2.6

Die Gerichtskosten sind der Klägerin daher zu 10% und der Beklagten zu 90% aufzuerlegen und aus den geleisteten Vorschüssen der Klägerin (zweimal CHF 11'000.–) zu beziehen (Art. 106 Abs. 2, Art. 111 Abs. 1 ZPO). 3. Die Beklagte hat der Klägerin die geleisteten Vorschüsse anteilmässig zu ersetzen. Zudem ist sie zu verpflichten, der Klägerin für beide Instanzen eine auf 80% reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Nachdem die Parteien erstinstanzlich auf die Durchführung der Hauptverhandlung

verzichtet haben, ist die volle Parteientschädigung (1. Instanz) auf CHF 12'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 1 AnwGebV). Für das zweitinstanzliche Verfahren ist die volle Parteientschädigung auf CHF 5'000.– zu bemessen (§ 4 Abs. 1, § 13 AnwGebV). Ein Mehrwertsteuerzusatz wurde nicht verlangt. Es wird erkannt: 1. Im Konkurs des B._____ (gestorben tt.mm.2015) wird die Forderung der Klägerin (über den bereits durch Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung als pfandgesichert kollozierten Kapitalbetrag von CHF 100'000.– zuzüglich Zinsen hinaus) im Kapitalbetrag von weiteren CHF 176'000.– (insgesamt CHF 276'000.–) durch folgende Grundpfandrechte als pfandgesichert kolloziert: – Grundpfandverschreibung (Maximalhypothek) für CHF 121'000.–, Nr. 3, lastend im 1. Rang (Rangparität) auf den Grundstücken Nr. 8 und 9, Plan Nr. 12, Gemeinde D._____/VS (heute: Parzelle Nr. 6, Plan Nr. 7, StWE-Anteil Nr. 6 (...), Ort 'C._____', Gemeinde D._____/VS) – Grundpfandverschreibung (Maximalhypothek) für CHF 55'000.–, Nr. 4, lastend im 2. Rang auf den Grundstücken Nr. 8 und 9, Plan Nr. 12, Gemeinde D._____/VS (heute: Parzelle Nr. 6, Plan Nr. 7, StWE-Anteil Nr. 6 (...), Ort 'C._____', Gemeinde D._____/VS) 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 3. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziffer 2) wird bestätigt.

- 33 - 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 11'000.– festgesetzt. 5. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden zu einem Zehntel der Klägerin und zu neun Zehnteln der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Vorschuss im Umfang von CHF 5'850.– zu ersetzen. 6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu einem Zehntel der Klägerin und zu neun Zehnteln der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Vorschuss im Umfang von CHF 9'900.– zu ersetzen. 7. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 9'600.– und für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 4'000.– zu bezahlen. 8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 173'471.65. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 34 - Zürich, 14. Januar 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. R. Blesi Keller versandt am: sf

E. 3

Mit Klageschrift vom 6. April 2017 machte die Klägerin das Verfahren mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Den Kostenvorschuss von CHF 11'000.– leistete sie rechtzeitig (Urk. 6). Am 13. Juni 2017 erstattete die Beklagte die

Klageantwort (Urk. 12). Am 10. Juli 2017 wurden die Parteien auf den 17. August 2017 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 16). Mit Schreiben vom 4. August 2017 verzichteten beide Parteien auf die Durchführung der Hauptverhandlung (Urk. 17/1+2), worauf die Vorladung mit Verfügung vom 11. August 2017 abgenommen wurde (Urk. 19). Am 21. Dezember 2017 fällte die Vorinstanz das eingangs aufgeführte Urteil (Urk. 25).

- 5 -

E. 4

Gegen das ihr am 3. Januar 2018 zugestellte Urteil (Urk. 26) erhob die Klägerin mit Eingabe vom 2. Februar 2018, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 5. Februar 2018, Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 27). Der Kostenvorschuss von CHF 11'000.– wurde fristgerecht geleistet (Urk. 33). Die Berufungsantwort datiert vom 8. Mai 2018 (Urk. 35) und wurde der Klägerin am 28. Mai 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 36). II. 1. Die Klägerin begründete ihre Klage im Wesentlichen wie folgt: B. _____ habe bei der E. _____ (heute: E. _____ Genossenschaft; fortan: E. _____) über einen Kredit in Höhe von CHF 290'000.– verfügt. Dieser Kredit sei durch die folgenden vier – auf den Grundstücken Nr. 8 und 9 der Gemeinde D. _____ lastenden – Pfandrechte gesichert gewesen (Urk. 1 S. 3 ff.): – Maximalgrundpfandverschreibung in Höhe von CHF 121'000.– und Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung in Höhe von CHF 100'000.– im 1. Rang – Maximalgrundpfandverschreibung in Höhe von CHF 55'000.– im 2. Rang – Maximalgrundpfandverschreibung in Höhe von CHF 300'000.– im 3. Rang Am 12. Mai 2009 hätten die Klägerin und B. _____ einen Rahmenkreditvertrag und eine Produktevereinbarung abgeschlossen. Im Rahmenkreditvertrag sei eine Rahmenlimite von max. CHF 290'000.– gewährt und die drei obgenannten Maximalgrundpfandverschreibungen als Sicherheiten vereinbart worden. Mit der Produktevereinbarung sei der Rahmenkreditvertrag konkretisiert und die gesamte Rahmenlimite ausgeschöpft worden, indem B. _____ für drei Jahre ein Festdarlehen in Höhe von CHF 290'000.– gewährt worden sei (Urk. 1 S. 5). Mit diesen beiden Verträgen sei die Grundlage für die Ablösung des von der E. _____ gewährten Kredits geschaffen worden. Die Abwicklung der Kreditablösung sei im November 2009 erfolgt. Die Klägerin habe am 5. November 2009 dem Hypothekenkonto von B. _____ den Kreditbetrag von CHF 290'000.– belastet und gleichen-

- 6 - tags den dem Hypothekenkonto belasteten Betrag dem ebenfalls auf B. _____ lautenden Konto Nr. 10 gutgeschrieben. Ab diesem Konto seien der E. _____ am 5. November 2009 CHF 283'088.– überwiesen worden. Als Zahlungsgrund sei in der Belastungsanzeige "Ablosung" (recte: "Ablösung") vermerkt worden. Ebenfalls am

E. 4.1

Die Klägerin beharrt mit der Berufung auf dem Standpunkt, dass zwischen ihr und B. _____ kein neues Schuldverhältnis begründet worden sei. Sie habe mit Abschluss des Kreditvertrags den auch in der Lehre beschriebenen Ablauf bei Abtretung von Grundpfandforderungen eingehalten (Urk. 27 S. 4). Die Klägerin rügt, die Vorinstanz übernehme unbesehen und ohne weitere Begründung den Standpunkt der Beklagten, wonach die Abtretungserklärungen lediglich die Nachführung des Grundbuchs bezweckt hätten. Sie habe bereits vor Vorinstanz ausgeführt, dass eine Hypothekareinschreibung aus dem Kreditvertrag und dem Pfandrecht bestehe, weshalb der Text in der Abtretungserklärung nichts anderes bedeute, als dass der mit dem Kreditvertrag ausbezahlte

Kredit bzw. der-jenige Teil dieses Kredits, der noch nicht zurückgeführt worden sei, auf den Zessionar mit der Grundpfandverschreibung als Akzessorium übergehe. Die Abtretungserklärungen würden neben der Abtretung der grundpfandgesicherten Forderung die Zustimmung der E. _____ zur Eintragung des Gläubigerwechsels im Grundbuch enthalten, damit sie diesen ohne weitere Zustimmung der Zedentin selbst habe vornehmen können (Urk. 27 S. 5). Die Vorinstanz habe es unterlas-

- 15 - sen, sich über die Abläufe zwischen zwei Banken bei der Abtretung einer durch eine Grundpfandverschreibung gesicherten Forderung im Allgemeinen und speziell im Kanton Wallis zu informieren, was zwingend nötig gewesen wäre, um die aufgelegten Akten und insbesondere die drei Abtretungserklärungen und deren Sinn und Wirkung verstehen zu können (Urk. 27 S. 6). Die Vorinstanz komme zu Unrecht zum Schluss, die abzutretende Forderung fehle auf den Abtretungserklärungen völlig und sei auch nicht bestimmbar, weshalb sie nicht hinreichend individualisiert werden könne. Es treffe zwar zu, dass auf den Abtretungserklärungen keine Forderung aufgeführt sei. Die abgetretene Forderung sei jedoch bestimmbar. Die Hypothekareinschreibung umfasse den ursprünglichen Kreditvertrag und die Grundpfandverschreibung, die den mit dem Kreditvertrag gewährten Kredit sichere. In der Klageschrift sei aufgezeigt worden, auf welchem Weg der ursprünglich gewährte Kredit von der ersten Kreditgeberin an die E. _____ und von dieser an die Klägerin abgetreten worden sei. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei damit der jeweils abgetretene Betrag und damit auch jener, welcher der Klägerin von der E. _____ abgetreten worden sei, ohne weiteres bestimmbar. Hypothekareinschreibungen seien im Grundbuch unter einer bestimmten Nummer registriert: Die Hypothekareinschreibung mit der Maximalhypothek über CHF 121'000.– im 1. Rang trage die Nummer 3, diejenige mit der Maximalhypothek über CHF 55'000.– im 2. Rang trage die Nummer 4 und diejenige mit der Maximalhypothek über CHF 300'000.– im 3. Rang die Nummer

E. 4.2

Die Beklagte hält daran fest, dass keine gültigen Zessionen nachgewiesen worden seien. Im Grundbuch seien lediglich die ursprünglichen Kreditverträge unter den erwähnten Register-Nummern zu finden. Die angerufenen Beweismittel würden somit allenfalls den ursprünglichen Kreditbetrag dokumentieren. Nicht ersichtlich werde, in welcher Höhe die Schuld im Zeitpunkt der Abtretungserklärungen bestanden habe bzw. welche Amortisationen getätigt worden seien. Die Forderung sei somit nicht genügend bestimmt und auch nicht genügend individualisiert worden. Die Forderung der E. _____ sei somit nicht auf die Klägerin übertragen worden. Die Klägerin habe mit B. _____ ein neues Kreditverhältnis begründet, ohne dass eine Pfandrechtserneuerung vorgenommen worden sei (Urk. 35 S. 6, S. 8 f.). Die Beklagte bestreitet weiterhin, "dass es sich bei der von der Berufungsklägerin im Konkurs eingegebenen Forderung um dieselben Forderungen handle, welche ursprünglich zu Gunsten der I. _____ bzw. zu Gunsten des G. _____-Vereins begründet und pfandgesichert" worden seien (Urk. 35 S. 4 f.). Dabei weist sie wie bereits vor Vorinstanz darauf hin, dass die Maximalhypothek über CHF 300'000.– ursprünglich für einen Kredit der J. _____ AG errichtet worden sei (Urk. 35 S. 7, Urk. 12 S. 21).

E. 5

Aufgrund des bei der Begründung des Pfandrechts unterzeichneten Kreditvertrags und der diversen im Grundbuch eingetragenen Gläubigerwechsel könne ohne weiteres bestimmt werden, ob und welche Rückzahlungen der Kredite vorgenommen worden seien und

welche Forderung am 5. November 2009 von der E._____ an die Klägerin abgetreten worden sei. Die Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen sei aus diesem Grund gegeben. Damit sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz auch eine hinreichende Individualisierung möglich. Es sei daher festzustellen, dass es sich bei der angemeldeten Forderung um diejenige Forderung handle, die ihr von der E._____ rechtsgültig abgetreten worden und pfandgesichert sei (Urk. 27 S. 7 f.).

- 16 -

E. 5.1

Die Klägerin hat vor Vorinstanz behauptet, sie habe den B._____ von der E._____ gewährten Kredit von CHF 290'000.– abgelöst (Urk. 1 S. 6). Die Beklagte hat die Ablösung als solche nicht bestritten, auch wenn sie aus dem Umstand, dass Rahmenkreditvertrag und Produktevereinbarung am 12. Mai 2009 abgeschlossen wurden, die Ablösung aber erst im November 2009 erfolgte, ableitet, dass von Mai bis November 2009 zwei Kredit- und Schuldverhältnisse bestanden hätten und damit keine Forderungsübernahme vorliegen könne (Urk. 12 S. 10, S. 12).

E. 5.2

Das Bundesgericht hat bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 2002 auf die in der Bankpraxis verbreitete Ablösung hingewiesen. Es erwog, die Übertragung einer durch Grundpfandverschreibung gesicherten Forderung und des akzessorischen Pfandrechts vollziehe sich ausserhalb des Grundbuches, wobei sich der Erwerber der Forderung ins Gläubigerregister einschreiben lassen könne, was aber rein deklaratorischen Charakter habe. Diesen Mechanismus mache sich

- 17 - die Bankpraxis zur Kostenersparnis bei der so genannten Ablösung zu Nutze: Beabsichtige ein Hypothekarschuldner, die Bank zu wechseln, würden in aller Regel keine neuen Grundpfänder errichtet, sondern die bestehenden Grundpfandsicherheiten von der ablösenden Bank übernommen. Die Forderung, für die eine Grundpfandverschreibung errichtet sei, werde dabei nach den Regeln von Art. 164 ff. OR zediert, wobei ihr die Grundpfandverschreibung gemäss Art. 170 Abs. 1 OR als akzessorisches Nebenrecht folge. Als Verpflichtungsgeschäft (*pactum de cedendo*) zwischen den beteiligten Banken liege dieser Abtretung regelmässig ein Forderungskauf zu Grunde. Der Kaufvertrag bedürfe keiner besonderen Form (Art. 165 Abs. 2 OR), und aus dem Wesen der Ablösung folge, dass der Kaufpreis nominell immer dem Betrag der abzulösenden Forderung entspreche. Die Zahlung der ablösenden Bank erfolge dabei nicht *solvendi causa* (zur Rückzahlung der Schuld), sondern *credendi bzw. aquirendi causa* (im Hinblick auf die Forderungsabtretung) in Erfüllung des *pactum de cedendo*. Beim Forderungskauf handle es sich zwar um ein Zug-um-Zug-Geschäft (Art. 184 Abs. 2 OR), aber es verstehe sich von selbst, dass die Zedentin ihre Forderung erst dann an die Zessionarin abtrete, wenn sie auch tatsächlich abgelöst sei, d.h. nach Überweisung des Kaufpreises (BGer 5C.13/2002 vom 19. März 2002 E. 2 mit Verweis auf Rubin, Grundpfandgesicherte Kredite in der Bankpraxis, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Berner Bankrechtstag 1996, S. 29; vgl. auch BSK ZGB II-Zogg, Art. 824 N 40 und Art. 835 N 2, sowie Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 5. Aufl., 2017, N 1640e).

E. 5.3

Die Klägerin hat mit B._____ am 12. Mai 2009 einen Rahmenkreditvertrag zur Regelung der Kreditverhältnisse abgeschlossen. Bereits darin waren die drei Maximalhypotheken und die Inhaberobligation als Sicherheiten vereinbart worden (Urk. 3/10). Am gleichen Tag traf sie mit ihm eine "Produktevereinbarung Festhypothek" über CHF 290'000.– für die Dauer vom 7. Mai 2009 bis 6. Mai 2012 (Urk. 3/11). Belastet wurden die CHF 290'000.– dem Hypothekarkonto B._____s am 5. November 2011. Zugleich schrieb die Klägerin dem auf B._____ lautenden Konto 10 CHF 290'000.– gut. Von diesem Konto wurden der E._____ am 5. November 2011 CHF 283'086.– zugunsten von B._____ mit dem Hinweis auf den Zahlungsgrund "Ablosung" überwiesen (Urk. 3/16-18). Ebenfalls am 5.

- 18 - November 2009 unterzeichnete die E._____ eine Abtretungserklärung (Urk. 3/13-15), worin sie erklärte, die zu ihren Gunsten eingetragene Hypothekareinschreibung Maximalhypothek über CHF 121'000.00, im 1. Rang in Rangparität, GB-Nr. 3 Maximalhypothek über CHF 55'000.00, im 2. Rang, GB-Nr. 4 Maximalhypothek über CHF 300'000.00, im 3. Rang, GB-Nr. 5 Inhaberobligation über CHF 100'000.00, im 1. Rang in Rangparität, GB-Nr. 2-... wider Herr B._____, des K._____, geb. tt.12.1944 - als Schuldner und Grundpfandsteller - lastend in der Gemeinde D._____: - Grundparzelle Nr. 6, Plan Nr. 7, Lokalname C._____, mit Sonderrecht am StWE-Anteil Nr. 6, ..., Treppenhaus Nr. ..., Holzschopf Nr. ..., Terrasse Nr. ..., Wohnung Nr. ..., Abstellraum Nr. ..., Zugang Nr. ..., Unterdach Nr. ..., Zimmer Nr. ... und Unterdach Nr. ... an die A._____, ... [Adresse] abzutreten. In der Abtretungserklärung wurde das Grundbuchamt in F._____ ermächtigt, den Gläubigerwechsel vorzunehmen. Am 12. Januar 2010 bescheinigte das Grundbuchamt F._____, dass die Klägerin als Gläubigerin der drei obgenannten Maximalhypotheken eingeschrieben wurde (Urk. 3/19-21).

E. 5.4

Mit dem vorstehend dokumentierten Vorgang haben die Klägerin und die E._____ eine Ablösung im in E. 5.2 beschriebenen Sinne vorgenommen, was auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt wird. Entgegen ihrer Meinung wurde dadurch kein neues Kreditverhältnis begründet, sondern ein bestehendes übernommen. Die zeitliche (mehrmonatige) Distanz zwischen dem Abschluss von Rahmenkreditvertrag/Produktevereinbarung und der Auszahlung der Darlehensvaluta ändert daran entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 12 S. 12) nichts. Der Anspruch des Darleihers auf Rückerstattung kann nicht vor Auszahlung der Darlehensvaluta (Valutierung) entstehen. Zwischen Mai und November 2009 mögen zwar zwei Kreditverhältnisse bestanden haben. Es war aber nie die Meinung der Parteien, dass B._____ sowohl von der Klägerin als auch von der

- 19 - E._____ (und damit doppelt) in Anspruch genommen werden kann. Vielmehr diente die Auszahlung der Darlehensvaluta durch die Klägerin dazu, den offenen Kredit bei der E._____ abzulösen und damit die Rückzahlungsverpflichtung zu tilgen. Die Beklagte kann auch nichts zu ihren Gunsten ableiten, dass der E._____ vom Konto B._____s lediglich CHF 283'086.– überwiesen wurden (vgl. Urk. 12 S. 20). Offenbar betrug die abzulösende Forderung lediglich CHF 283'086.–. Nach Abzug der Spesen verblieben damit CHF 6'912.– auf dem Konto B._____s bei der Klägerin. Der Beklagten ist einzig darin zu folgen, dass die abgetretene Forderung damit nicht mehr als CHF 283'086.– betragen kann (vgl. Urk. 12 S. 20). Ob B._____ gemäss Steuererklärung im Jahre 2007 "bei der E._____ Kredit in Höhe von CHF 290'000.–" hatte (Urk. 1 S. 5; Urk. 3/12), ist demnach nicht entscheidend. Nachdem sich die Klägerin zur Begründung ihrer Klage ausschliesslich auf die abgetretene

Forderung, nicht aber auf eine – durch das Kreditverhältnis zwischen ihr und B. _____ begründete – Erhöhung der abgetretenen Darlehensforderung berief (Urk. 1 S. 7 Ziff. 15: "Durch diese Verträge wurde keine neue Forderung der Klägerin begründet.", S. 10 f. Ziff. 22: "Die Forderung [...] ist jedoch nicht durch das Kreditverhältnis selbst entstanden, sondern wurde der Klägerin aufgrund einer Zession von der E. _____ abgetreten.", S. 11 Ziff. 24: "[...] für die der Klägerin abgetretene Forderung in Höhe von CHF 290'000.– Sicherheit boten"), kann die zu kollozierende Grundpfandgesicherte Forderung – trotz Maximalhypothek – höchstens CHF 283'086.– betragen.

E. 5.5

Für die Begründung einer neuen Schuld kann auch nicht angeführt werden, dass die von der Klägerin geltend gemachten Grundpfandrechte ursprünglich für vier voneinander unabhängige Kredite begründet worden seien, die Klägerin aber heute nur eine einzige Forderung geltend mache (Urk. 12 S. 20). Die Klägerin hat dargelegt, wie die von der I. _____ und dem G. _____-Verein begründeten Kreditverhältnisse bzw. Gläubigerrechte auf die E. _____ übergegangen sind (Urk. 1 S. 8 ff.). Damit entstand bereits in der Hand der E. _____ eine durch mehrere Grundpfandrechte (im entsprechenden Rang) gesicherte Gesamtforderung. Diese Gesamtforderung wurde von der Klägerin abgelöst und im Konkurs des B. _____ als Grundpfandgesichert angemeldet. Auf den mit der J. _____ AG begründeten

- 20 - Kreditakt und die damit bestellte Grundpfandverschreibung von maximal CHF 300'000.– (Urk. 3/9) wird indes noch zurückzukommen sein (E. 8).

E. 6

Damit ist zu prüfen, ob die von der E. _____ vorgenommene Abtretung rechtsgültig ist. Die Vorinstanz hat dies mangels Bestimmbarkeit bzw. Individualisierung der abzutretenden Forderung verneint. Zu Unrecht:

E. 6.1

Es ist zutreffend, dass das Grundpfandrecht als akzessorisches Recht ausgestaltet ist und als solches nicht abgetreten werden kann, sondern mit der abgetretenen Forderung als akzessorisches Nebenrecht auf den Zessionar übergeht. Einzuräumen ist auch, dass die Abtretungserklärung, womit "Hypothekareinschreibungen" abgetreten werden, missverständlich formuliert ist. In der Lehre wird denn auch darauf hingewiesen, dass die oft anzutreffende Formulierung, wonach ein Pfandrecht abgetreten werde, unpräzise sei, weil nicht das Pfandrecht, sondern die Forderung zediert werde (CR CC II-Eigenmann, Art. 835 N 19). Bei der Auslegung von Willenserklärungen bzw. Verträgen ist indes nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise, sondern das von den Parteien wirklich Gewollte zu beachten (Art. 18 Abs. 1 OR), was auch für Zessionserklärungen gilt (BGer 5C.13/2002 vom 19. März 2002 E. 2b). Dabei kann entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 18 S. 12) nicht unterstellt werden, die E. _____ habe die Abtretungserklärung auf die Pfandrechte beschränken und damit eine unmögliche bzw. nichtige Erklärung abgeben wollen. Verträge sind im Zweifelsfall gesetzeskonform auszulegen, was auch bedeutet, dass unter mehreren Auslegungen im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die nicht die Ungültigkeit des Vertrags zur Folge hat und die dem Vertrag einen vernünftigen Sinn gibt (ZK- Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N 487 f.). Eine Abtretungserklärung nur über die Hypothek ist daher in der Regel als Abtretung über die Forderung auszulegen (Palandt/Herrler, BGB, 78. Aufl., 2019, § 1153 Rz 2), weil

die Beteiligten in der Regel einen Übergang beider Rechte auch wollen (Erman-Wenzel, BGB, 15. Aufl., 2017, § 1153 Rz 2). Auch vorliegend muss davon ausgegangen werden, dass der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet war, beide Rechte (Forderung und Pfandrecht) zu übertragen und die Klägerin zur Gläubigerin der – durch die in der Abtretungserklärung aufgeführten Hypotheken gesicherten – Forderungen

- 21 - zu machen: Einerseits wird in der Abtretungserklärung B._____ als Schuldner und Grundpfandsteller bezeichnet. Andererseits wird die Klägerin als Zessionarin ausgewiesen und das Grundbuchamt F._____ ermächtigt, den Gläubigerwechsel vorzunehmen. Zu Recht rügt die Klägerin, die Vorinstanz begründe ihre Aussage, die Abtretungserklärungen würden ihrem Wortlaut zufolge (lediglich) die Nachführung des Grundbuchs bezwecken (Urk. 27 S. 5), nicht näher. Letztlich erscheint augenfällig, dass die E._____ die mit den Maximalhypotheken gesicherten Forderungen bzw. die daraus resultierende Gesamtforderung auf die Klägerin übertragen lassen und die Klägerin gleichzeitig ermächtigen wollte, sich im Gläubigerregister eintragen zu lassen.

E. 6.2

Die Gegenstand der Abtretung bildende Forderung der E._____ ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz hinreichend individualisiert und bestimmbar. Bei gegenwärtigen Forderungen stellen sich – auch bei Abtretung einer Vielzahl von Forderungen – regelmässig keine Probleme bei der Bestimmbarkeit (Reetz, Die Sicherungszession von Forderungen, Zürich 2006, N 530; BSK OR I- Girsberger/Hermann, Art. 164 N 41). So auch hier: Die Grundpfandverschreibung ist als Nebenrecht von der im Pfandvertrag bezeichneten und gesicherten Forderung (Hauptrecht) abhängig und teilt deren Schicksal (BSK ZGB II-Zogg, Art. 824 N 10). Das Pfandrecht und die im Pfandvertrag genannte und gesicherte Forderung sind miteinander verknüpft (Akzessorietät). Vorliegend wurden Kredit- und Pfandvertrag im gleichen Dokument abgeschlossen (Urk. 3/6, Urk. 3/8, Urk. 3/9). Die Hypotheken sind auf der Abtretungserklärung mit ihrer ursprünglichen Grundbuchbeleg-Nummer genau bezeichnet. Die abgetretenen Hypothekarforderungen sind nach ihrem Rechtsgrund und Schuldnerkreis klar individualisiert. Auch die gleichzeitige Abtretung mehrerer Forderungen ist zulässig (ZK-Spirig, Art. 164 OR N 34). Mittels Einzelzessionen abgetreten wurden demnach die bestehenden und durch die drei Maximalhypotheken gesicherten Kredite, die ursprünglich vom G._____ -Verein und der I._____ gewährt worden waren. Der Umstand, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten über die Höhe der Darlehensschuld von B._____ im Zeitpunkt der Ablösung Uneinigkeit besteht (die Klägerin ging von CHF 290'000.– aus, gemäss Beklagter kann die Forderung höchstens CHF 283'088.– betragen haben), hindert die Bestimmbarkeit nicht. Selbst eine strittige

- 22 - Forderung wäre abtretbar (ZK-Spirig, Art. 164 OR N 59). Vorliegend ist indes unbestritten, dass die Klägerin die Hypothekarforderung der E._____ gegenüber B._____ mit der in Urk. 3/18 dokumentierten Überweisung ablöste.

E. 7

Damit ist auch über die von der Vorinstanz offengelassenen Punkte (Erlöschens der Pfandrechte aufgrund allfälliger Amortisationen, fehlender Nachweis von Forderungsübergängen früherer Pfandgläubigerinnen; Urk. 28 S. 10) zu befinden. 7.1.1 Laut Klägerin hat sich die Forderung der E._____ auf CHF 290'000.– belaufen (Urk. 1 S. 5, S. 10). Die Beklagte macht zu Recht geltend, die Forderung könne höchstens CHF

283'088.– (gemeint wohl: CHF 283'086.–) betragen haben (Urk. 12 S. 10). "Aus Gründen der vorsichtigen Prozessführung" sah sich die Beklagte veranlasst, weitergehende Amortisationen gegenüber allen beteiligten Gläubigerinnen und Wiederauszahlungen zu behaupten (Urk. 12 S. 11). Sie will die Klägerin zudem darauf behaften, dass in dem von ihr eingegangenen Kreditverhältnis weder eine generelle Pfandklausel noch eine allfällige Wiederauszahlungsklausel Gültigkeit habe (Urk. 12 S. 8, S. 24). Mit Blick darauf, dass mit Amortisationen das Pfandrecht untergegangen sei und mit allfälligen Wiederauszahlungen nicht wieder auflebe, hätte die Klägerin den Verlauf des Kontosaldo nachweisen müssen, was sie unterlassen habe (Urk. 12 S. 23). 7.1.2 Vorliegend geht es um Maximalhypotheken, die zudem auch im Rahmenkreditvertrag als Sicherheiten aufgeführt wurden (Urk. 3/10). Die Klägerin führte vor Vorinstanz aus, im Falle einer Abtretung hätten weder die generelle Pfandklausel noch eine allfällige Wiederauszahlungsklausel Gültigkeit (Urk. 1 S. 5). Auch die Wiederauszahlungsklausel bestehe bei einer Kapitalgrundpfandverschreibung nicht, was dazu führe, dass bei einer teilweisen Rückzahlung und Wiederausnutzung des Kredites der wieder ausgenützte Teil nicht pfandgesichert sei (Urk. 1 S. 11). Mit der Berufung macht die Klägerin geltend, bei einer Maximalhypothek sei eine Wiederauszahlungsklausel unnötig (Urk. 27 S. 3). Dieses Vorbringen rechtlicher Natur ist zulässig und zutreffend. Bei der Maximalhypothek haben die Parteien einen Höchstbetrag anzugeben, der die Höchstgrenze des hypothekarischen Anspruchs des Gläubigers bildet (BSK ZGB II-Zogg, Art. 794 N

- 23 - 9). Bei der Maximalhypothek bleibt (im Gegensatz zur Kapitalhypothek) das Pfandrecht gültig, auch wenn die besicherte Forderung zwischenzeitlich reduziert und alsdann wieder erhöht bzw. wenn sie "geleert" und "wieder aufgefüllt" wird (ZK-Dürr, Art. 794 ZGB N 104; BSK ZGB II-Zogg, Art. 824 N 12 f.). Wie gesagt, handelt es sich dabei um eine Rechtsfrage, die nicht vom Novenverbot erfasst wird. Ohnehin hätte die Klägerin nicht darauf behaftet werden können, die Pfandrechte seien durch allfällige Abzahlungen untergegangen, bezogen sich ihre (allgemein gehaltenen) Ausführungen doch auf allfällige Wiederauszahlungsklauseln (Urk. 1 S. 5) und Kapitalgrundpfandverschreibungen (Urk. 1 S. 11). 7.1.3 Demnach sind die Pfandrechte durch allfällige weitere Amortisationen nicht untergegangen. Sie konnten im gleichen Rahmen durch Wiederauszahlung materiell weiterverwendet werden. Die von der Beklagten geforderte Dokumentierung des Kontoverlaufs erweist sich unter diesem Aspekt als überflüssig. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, weitergehende Amortisationen – sei es gegenüber der E._____, sei es gegenüber früheren Gläubigern – substantiiert zu behaupten und zu belegen. Dies hat sie indes nicht getan. Demnach ist von einem Forderungssaldo der E._____ von CHF 283'086.– auszugehen, der – vorbehaltlich der weiteren Einwände der Beklagten (fehlender Nachweis von Forderungsübergängen, fehlende Schuldnerschaft B.____s) – durch die Maximalhypotheken pfandgesichert war. 7.2.1 Die Beklagte führte vor Vorinstanz aus, die Grundpfandrechte könnten der Klägerin nur dann Sicherheit bieten, wenn nachgewiesen wäre, dass sie die Forderungen übernommen habe, für welche die Grundpfandverschreibungen ursprünglich errichtet worden seien (Urk. 12 S. 17). Die Abtretungserklärungen der E._____ (Urk. 3/13-15) und die Abtretungen der Rechtsvorgängerinnen (Urk. 3/25-27) könnten keine gültigen Abtretungen sein. Sie gäben keine Vereinbarungen zwischen der ursprünglichen und der neuen Gläubigerin wieder und seien auch nicht an letztere adressiert. Es fehlten darin zudem die für eine Zession essentiellen Angaben, insbesondere, welche aktuelle Forderung in welcher Höhe hätte übertragen werden sollen. Der Inhalt der Dokumente beschränke sich darauf, die

Nachführung des Gläubigerregisters zu ermöglichen (Urk. 12 S. 17). Sie

- 24 - bestreite, dass eine allfällige von der E._____ übernommene Forderung mit den ursprünglich pfandgesicherten Forderungen identisch sei und die Klägerin von der E._____ die ursprünglichen Forderungen abgetreten erhalten habe (Urk. 12 S. 23). Im Übrigen habe die E._____ ihre Firma bereits am 3. August 2007 auf E._____ Genossenschaft geändert; sie wäre verpflichtet gewesen, die neue Firma korrekt zu verwenden (Urk. 12 S. 18). 7.2.2 Es wurde bereits dargelegt, dass die Zessionserklärung der E._____ hinreichende Angaben enthält (E. 6). Nachzutragen bleibt, dass die Zession zwar kein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern ein Vertrag zwischen Zedent und Zessionar ist. Indes hat lediglich der Zedent die Zessionsurkunde zu unterschreiben; der Erwerber muss dies nicht tun (ZK-Spirig, Art. 165 OR N 41 und N 43). Dies ist hier erfolgt. Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin die Darlehensforderung der E._____ ablöste. Der Umstand, dass die E._____ am 5. November 2009 mit "E._____" statt – wie seit 9. August 2007 geboten (Urk. 13/17) – mit "E._____ Genossenschaft" firmierte, macht die Zession nicht ungültig. 7.2.3 Ursprüngliche Gläubigerinnen waren der G._____-Verein und die I._____ (Urk. 3/6, Urk. 3/8 und Urk. 3/9). Die mit der Maximalhypothek über CHF 121'000.– und über CHF 55'000.– gesicherten Forderungen wurden zunächst an die I._____ abgetreten (Urk. 3/25). Laut Abtretungserklärung vom 30. September 1988 werden die "Gläubigeransprüche" "wider Herrn B._____" abgetreten, "die aus den folgenden Kreditverträgen mit Grundpfandverschreibung hervorgehen", wobei die Hypotheken mit ihren Nummern (3 und 4), Maximalbetrag und Rang näher bezeichnet wurden. Die effektiv abgetretene Forderung bzw. die Ablösungssumme wurden zwar nicht beziffert. Inhalt bzw. Höhe der Forderung waren aber ohne weiteres bestimmbar, bestätigte doch der G._____-Verein, "den Schuldbetrag erhalten zu haben". Mit schriftlichen Erklärungen vom 10. März 1997 trat die H._____ (vormals I._____) ihre Gläubigeransprüche "wider Herrn B._____" aus den drei "Kreditak- ten" Hypothekareinschreibung Nr. 3 über CHF 121'000.–, Hypothekareinschreibung Nr. 4 über CHF 55'000.– und Hypothekareinschreibung Nr. 5 über CHF 300'000.– an die "E1._____, ... [Adresse]" ab (Urk. 3/22, Urk. 3/26 und Urk. 3/27).

- 25 - Damit gingen die pfandgesicherten Forderungen auf die E1._____ über, die – unfirmiert in "E1._____" – per tt. Dezember 1999 mit der E2._____ fusionierte (Urk. 3/23). Diese wiederum firmierte ab tt. August 2000 unter "E._____ ...", ab tt. Juli 2002 unter "E._____" und ab tt. August 2007 unter "E._____ Genossenschaft"; seit tt. April 2016 lautet die Firma auf "E._____ ... Genossenschaft" (Urk. 3/24 [SHAB-Dat.]). Die in den Zessionen aufgeführten Grundbuchbeleg-Nummern (Urk. 3/22 und 3/25-27) stimmen mit der in der Abtretungserklärung der E._____ (Urk. 3/13) erwähnten Nummern überein. Welche Gläubigeransprüche die Zedenten jeweils abtreten wollten, wird hinreichend klar, nämlich die mit den genannten Grundpfandverschreibungen gesicherten Hypothekarkredite in dem im Zeitpunkt der jeweiligen Abtretung bestehenden Umfang. Die Abtretungen erweisen sich als gültig. Mit den Abtretungen gingen die Grundpfandrechte als Nebenrecht auf den jeweiligen Zessionar über (Art. 170 Abs. 1 OR). Bei den von der E._____ übernommenen Hypothekarforderungen, die freilich variabel ausgestaltet waren, handelt es sich um die mit den ursprünglichen Kreditverträgen begründeten Forderungen, wobei aufgrund der Ausgestaltung als Maximalhypotheken offenbleiben kann, ob und inwieweit die Kredite teilweise amortisiert und wiederaufgestockt wurden. Es ist unbestritten, dass der Kreditausstand bei der E._____ zuletzt jedenfalls CHF 283'086.– betrug. Selbst wenn die E._____ den Kredit tiefer übernommen und ihn hernach wieder aufgestockt hätte, würden

die Grundpfandver- schreibungen dafür Sicherheit bieten (E. 7.1.2). 8.1 Zu Recht wies die Beklagte allerdings darauf hin, dass die Maximalhypo- thek über CHF 300'000.– zur Sicherung einer Schuld der J._____ AG errichtet worden sei und die Klägerin weder behauptet noch belegt habe, dass zwischen der ursprünglichen Schuldnerin und B._____ eine Schuldübernahme vereinbart worden sei, bei welcher die ursprüngliche Schuld und damit auch das Grund- pfandrecht nicht untergegangen, sondern übertragen worden sei. Eine Forderung gegenüber der J._____ AG sei im Konkurs von B._____ nie geltend gemacht worden; zudem habe die Klägerin bestätigt, dass sie gegenüber der im Jahre 2016 im Handelsregister gelöschten J._____ AG keine Forderung halte (Urk. 12

- 26 - S. 21; Urk. 13/9). In der Berufungsantwort erneuerte die Beklagte ihren Einwand (Urk. 35 S. 7). 8.2 Mit Kreditakt vom 24. September 1988 eröffnete die I._____ der J._____ AG, vertreten durch "B._____", einen Kredit in laufender Rechnung von CHF 250'000.–. B._____ leistete dafür eine Solidarbürgschaft bis zum Betrag CHF 300'000.– und bestellte zur Sicherstellung des jeweiligen Guthabens aus dem gewährten Kredit sowie allfälliger Überschreitungen, Zinsen und Nebenleistungen bis zum Betrag von total CHF 300'000.– eine Grundpfandverschreibung (Maxi- malhypothek) im 3. Rang (Urk. 3/9). Mit anderen Worten wurde das Grundpfand zur Sicherstellung des der J._____ AG gewährten Darlehens bestellt. 8.3 Die Hauptschuld der J._____ AG und die Bürgenschuld B._____s müs- sen voneinander unterschieden werden, auch wenn der Bürgschaftsvertrag ak- zessorischer Natur ist und die Bürgschaftsverpflichtung in Bestand und Inhalt von der Hauptschuld abhängt (BGE 120 II 35 E. 3 S. 37). Beide Forderungen können durch die Errichtung eines Pfandrechts separat oder zusammen sichergestellt werden (für das Faustpfandrecht: BK-Zobl/Thurnherr, Art. 884 ZGB N 261). Daran ändert nichts, dass B._____ auch noch als Drittpfandsteller auftrat und so für den der J._____ AG gewährten Kredit eine weitere Sicherheit stellte. Bestellt ein Bür- ge ein Pfand, so ist durch Auslegung des Pfandvertrags zu ermitteln, ob dieses für die Bürge- oder für die Hauptschuld errichtet worden ist (BK-Zobl/Thurnherr, a.a.O., mit Verweis auf ZR 17 [1918] Nr. 177 und ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 ZGB N 142). 8.4 Nach ihrem Wortlaut ist die Bestellung der Grundpfandverschreibung für den der J._____ AG gewährten Kredit und damit für die Hauptschuld erfolgt: So wurde vereinbart, dass durch B._____ "[z]ur Sicherstellung des jeweiligen Gutha- bens aus dem gewährten Kredit und allfälliger Ueberschreitungen desselben, so- wie der Zinsen und allen andern gesetzlichen oder vertraglichen Nebenleistungen bis zum Betrag von total Fr. 300'000.--" "die unter dem Verzeichnis der Grund- pfänder angeführten Liegenschaften samt und sonders im 3. Rang verpfändet [werden], indem hiermit eine Maximalhypothek bestellt wird [...]" (Urk. 3/9 S. 3 Ziff. 21; Hervorhebung durch das Gericht). Das Bundesgericht führte bereits im

- 27 - Jahre 1918 aus, es sei keineswegs so unwahrscheinlich, dass es als ausge- schlossen betrachtet werden müsste, dass ein Bürge für die Forderung gegen den Hauptschuldner ein Pfand bestelle. In einem solchen Falle wolle der Bürge dem Hauptschuldner in erster Linie mit dem Pfand zur Hilfe komme, indem er es als erste Sicherheit für den Gläubiger bestimme, und die Bürgschaft stelle sich dann nur noch als persönliche Haftung für die Differenz zwischen dem Pfanderlös und der verbürgten Forderung dar (ZR 17 [1918] Nr. 177). In einem Entscheid aus dem Jahre 1924 hat sich das Bundesgericht in einer Art obiter dictum freilich da- hingehend geäußert, die Pfandbestellung eines Solidarbürgen zur Sicherung der Hauptschuld sichere auch die Bürgenschuld (BGE 50 III 83, 86; vgl. auch BSK SchKG I-Acocella, Art. 41 N 8). Die Lehre leitet daraus ab, dass eine Pfandbestel-

lung des Bürgen zur Sicherung der Hauptschuld im Zweifel auch die Bürgenschuld deckt (ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N 261; BK-Zobl/Thurnherr, a.a.O.). In der Tat lagen die Dinge im zitierten Bundesgerichtsentscheid so, dass die Pfandgeberin und Solidarbürgin das Faustpfand klarerweise für ihre eigene Schuld bestellt hatte. 8.5 Wie es sich damit genau verhält, kann vorliegend offengelassen werden. Die Klägerin – die auf die Durchführung einer Hauptverhandlung und damit auf eine Replik verzichtete – hat sich zum Einwand der Kreditgewährung an die J._____ AG und zur Solidarbürgschaft B._____s überhaupt nicht geäußert. Die Klägerin hat insbesondere nicht vorgebracht, das im Kreditakt bestellte Grundpfandrecht hafte für eine Bürgenschuld B._____s oder B._____ habe die Hauptschuld der J._____ AG übernommen. Sie hat nicht einmal behauptet, B._____ habe sich als Solidarbürge verpflichtet. So führte die Klägerin aus, die Grundpfandverschreibung in Höhe von CHF 300'000.– sei zu Gunsten der damaligen I._____ und die beiden anderen Grundpfandverschreibungen zu Gunsten des G._____ -Vereins errichtet worden (Urk. 1 S. 4), wobei im Kanton Wallis die Grundpfänder Teil des Kreditvertrags bilden würden (Urk. 1 S. 7). "Die der Grundpfandverschreibung von CHF 300'000.– zugrunde liegende Forderung" sei der E1._____, ..., abgetreten worden und habe – nach Fusion und Umfirmierung – der E._____ zugestanden (Urk. 1 S. 8, S. 10 f.). Auch in der Berufungsschrift ist vom "ursprünglich gewährten Kredit" bzw. vom "ursprünglichen Kreditvertrag"

- 28 - bzw. von der "Grundpfandverschreibung, welche den mit dem Kreditvertrag gewährten Kredit sichert", die Rede (Urk. 27 S. 7 mit Verweis auf Urk. 3/6, Urk. 3/8 und Urk. 3/9). Da es Sache der Parteien ist, dem Gericht die Tatsachen anzugeben, auf die sie ihre Behauptungen stützen, kann vorliegend nicht von einer durch Maximalhypothek gesicherten Bürgenschuld ausgegangen werden (Art. 55 Abs. 1 ZPO). 8.6 Hinzu kommt, dass gemäss Konkurs-Protokoll L._____ von der Klägerin gegenüber der Beklagten bestätigt wurde, dass "die Forderung gegenüber der J._____ AG nicht besteht" (Urk. 13/9 [03.01.2017]). Auch dies blieb seitens der Klägerin unbestritten. Da die Bürgenschaft vom Bestand der Hauptschuld abhängt (Art. 492 Abs. 2 Satz 1 OR), ist eine Bürgenschuld B._____s bzw. der Beklagten nicht dargetan. 8.7 Die Maximalhypothek über CHF 300'000.– (Urk. 3/9) kommt daher als Sicherheit für die Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten nicht in Frage. Insoweit erweist sich die Berufung als unbegründet. 9.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Forderung der Klägerin von CHF 290'000.– (über den bereits durch Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung als pfandgesichert kollozierten Kapitalbetrag von CHF 100'000.– zuzüglich Zinsen hinaus) im Kapitalbetrag von weiteren CHF 176'000.– (CHF 121'000.– gemäss Urk. 3/6 und CHF 55'000.– gemäss Urk. 3/8) pfandrechtlich sichergestellt ist. Die Forderung der Klägerin ist entsprechend als pfandgesichert zu kollozieren. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen. Damit verbleibt in der dritten Klasse eine von der Pfandhaft nicht gedeckte Teilforderung von CHF 14'000.–. 9.2 Im Zusammenhang mit der Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung (Urk. 3/7) haben die Beklagte und die Vorinstanz die angemeldete Verzugszinsforderung (3.125% ab Konkurseröffnung bzw. 1. Februar 2016) vollumfänglich abgewiesen (Urk. 3/5 S. 3, Urk. 28 S. 5; vgl. auch E. 3). Stattdessen hat die Beklagte unter Verweis auf Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 ZGB einen laufenden Zins von 1.49% sowie einen Verzugszins von 5% auf dem Zins bis Konkurseröffnung als auch auf dem laufenden Zins bis Pfandverwertung im 1. Rang anerkannt und

- 29 - zugelassen (Urk. 3/5 S. 2 f.). Zu einem allfälligen Zins äusserte sich die Klägerin im Zusammenhang mit den Maximalhypotheken nicht, weshalb über die Kapitalforderung hinaus keine Zinsbetreffnisse zu kollozieren sind. 9.3 Im Urteilsdispositiv ist das Pfandrecht und der Pfandgegenstand genau anzugeben, bei Grundpfand mit Rang, Katasternummer und Ort des Grundstückes. Dabei ist folgendes zu beachten: Als haftende Grundstücke dienten ursprünglich die Parzellen Nr. 8 (Anteil 1/9) und Nr. 9 (Anteil 1/3), Plan Nr. 12 (Wohnhaus, Holzschopf mit Umschwung) in der Gemeinde D.____/VS (Urk. 3/6 [Katasterauszug], Urk. 3/7 [Verzeichnis der Grundpfänder], Urk. 3/8 [Verzeichnis der Grundpfänder], Urk. 3/9 [Verzeichnis der Grundpfänder]). Gemäss Forderungsanmeldung (Urk. 3/4), Abtretungserklärung (Urk. 3/13) und Konkursprotokoll (Urk. 13/9) handelt es sich beim Pfandgegenstand heute um folgendes Grundstück: Parzelle Nr. 6, Plan Nr. 7, StWE-Anteil Nr. 6 (...), Ort 'C.____', Gemeinde D.____/VS IV. 1. Der Streitwert beträgt in beiden Instanzen CHF 173'471.65 (Urk. 1 S. 3). Die Klägerin obsiegt in beiden Instanzen mit CHF 156'725.35 (CHF 176'000.– abzüglich CHF 19'274.65 [10% von CHF 192'746.25]) oder rund 90%. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 6'500.– ist zu bestätigen und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 11'000.– festzusetzen.

E. 12

Mai 2009 (Urk. 12 S. 3 f.). In ihrer Stellungnahme vom 22. Dezember 2016 taxierte die Beklagte die Zessionen des G.____-Vereins (vom 30. September 1988) und der I.____ (vom 10. März 1997) als gültig; der am 5. November 2009 an die Klägerin erfolgten Abtretung von "Hypothekareinschreibungen" sprach sie zu Unrecht den Charakter einer Forderungsabtretung ab (Urk. 13/8 S. 3 f.). In ihrer E-Mail vom 16. Januar 2017 wies die Klägerin darauf hin, es habe sich um eine "Ablösung von der E.____" bzw. um eine "einfache Kreditablösung" gehandelt; die Abtretungserklärung der E.____ datiere konsequenterweise vom 5. November 2009 und im Anhang würden der Beklagten die seinerzeitigen Bankauszüge vom 5. November 2009 überlassen (Urk. 13/12). Im Schreiben vom 31. Januar 2017 hielt die Klägerin daran fest, dass "im vorliegenden Fall lediglich eine sogenannte Ablösung stattfand", "wie sie im Bankenalltag regelmässig vorkommt". Sie machte Ausführungen "[z]u diesem Vorgehen", wies auf Lehre und Rechtsprechung (BGer 5C.13/2002 vom 19. März 2002) zur sog. Ablösung hin und überliess der Beklagten das seinerzeitige Kreditprotokoll, aus dem die Ablösung klar hervorgehe, und den Zahlungsauftrag B.____s mit dem Vermerk "Ablösung" (Urk. 13/14). Es ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern erst im Kollisionsprozess eingereichte Belege zum Forderungs- bzw. Pfandrechtsnachweis führen resp. welcher verspätete Forderungs- bzw. Pfandrechtsnachweis einem Versäumnis der Klägerin zuzuschreiben wäre. Die (teilweise) Klagegutheissung beruht auf einer abweichenden Würdigung der Beweis- und Rechtslage.

- 32 - Demzufolge besteht kein Anlass, vom Verteilungsgrundsatz gemäss Art. 106 ZPO abzuweichen und die Kosten nach Ermessen zu verteilen.

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