

**35. Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. Oktober 1924**i. S. **Bross** gegen **Huber**.

Kann die nachträgliche Deckung durch Errichtung eines Schuldbriefes mittelst Abweisung des Grundpfandrechts im Kollokationsplan bezw. Kollokationsklage einzelner Konkursgläubiger gegen dessen Zulassung oder nur mittelst Klage der Konkursmasse oder ihrer Zessionare auf Rückgabe des Schuldbriefes, eventuell Wertersatz, angefochten werden? Das Fehlen der Abtretung des geltend gemachten Masserechtsanspruchs an den klagenden Konkursgläubiger ist von Amtes wegen zu berücksichtigen.

ZGB Art. 855, 866, 872; SchKG Art. 250, 260, 285 ff.

**A.** — Im Konkurs über Jakob Ruckstuhl in Buttikon-Schübelbach wurde der Beklagte in dem am 10. November 1923 aufgelegten Kollokationsplan wie folgt unter den grundpfandversicherten Forderungen mit vertraglichem Pfandrecht zugelassen:

« Kapital laut Inhaberschuldbrief d. d. 2. März 1923 30,000 Fr. mit Zins vom 1. März 1923 an laufend à 4½% Pfandobjekt: Wohnhaus.... N.B. Dieser Schuldbrief ist bei der Schweiz. Volksbank Wädenswil faustpfandrechtl. hinterlegt. »

**B.** — Am 17. November erhob Alois Huber, welcher in der fünften Klasse mit Forderungen von 6178 Fr. 56 Cts. und (zusammen mit Fritz Böner) 760 Fr. 80 Cts. zugelassen worden war, unter Anrufung der Art. 287 und 288 SchKG. Klage gegen den Beklagten mit folgenden Rechtsfragen:

« Ist nicht gerichtlich zu erkennen:

**A.** Der Kollokationsplan im Konkurse des Jakob Ruckstuhl, Schübelbach, sei mit Bezug auf die beklagte Grundpfandforderung per 30,000 Fr. (Schuldbrief vom 2. März 1923) aufzuheben und abzuändern nach Massgabe folgender Begehren:

1. Beklagter habe den Schuldbrief per 30,000 Fr. ... an die Konkursmasse Ruckstuhl herauszugeben, damit

aus diesem Titel in erster Linie der Reihe nach befriedigt werden:

a) der Kläger mit seinen Forderungen am Konkursiten Ruckstuhl per 6178 Fr. 56 Cts. + 760 Fr. 80 Cts., zusammen 6939 Fr. 36 Cts. samt den sämtlichen aus diesem Prozesse dem Kläger erwachsenden Kosten;

b) . . . . .

2. . . . .

B. . . . .

**C.** — Durch Urteil vom 23. Mai 1924 hat das Kantonsgericht von Schwyz erkannt:

1. . . . .

2. Der Kollokationsplan im Konkurse Jakob Ruckstuhl wird mit Bezug auf die beklagte Grundpfandforderung abgeändert wie folgt:

a) Beklagter hat den Schuldbrief von 30,000 Fr. vom 2. März 1923, haftend auf der Liegenschaft G. B. Nr. 612 des Konkursiten Ruckstuhl der Konkursmasse Ruckstuhl herauszugeben;

b) Aus dem Erlöse des Schuldbriefes ist vorab der Kläger mit seiner Forderung von 6939 Fr. 36 Cts. plus gerichtliche und aussergerichtliche Kosten zu befriedigen...

**D.** — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

Will ein von einem Konkursgläubiger beanspruchtes Pfandrecht angefochten werden, weil es nachträglich zur Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit begründet worden ist, so kann dies nur dadurch geschehen, dass die Konkursverwaltung im Kollokationsverfahren dessen Aufnahme unter die pfandversicherten Forderungen verweigert bezw. dass einzelne Konkursgläubiger die allfällig erfolgte Zulassung unter den pfandversicherten Forderungen (anstatt unter den unver-

sicherten fünfter Klasse) durch Kollokationsklage bestreiten. Dieser Fall liegt indessen nicht vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger einen Schuldbrief (oder eine Gült) ausgestellt hat, möge es sich nun um einen Namens- oder Inhaberpfandtitel handeln. Denn nach Art. 855 ZGB wird durch die Errichtung eines Schuldbriefes oder einer Gült das Schuldverhältnis, das der Errichtung zu Grunde liegt, durch Neuerung getilgt (es sei denn, dass die Parteien das Gegenteil vereinbaren, was jedoch gegenüber gutgläubigen Dritten nicht wirksam ist). Bestand aber die anfechtbare Rechtshandlung, in der Tilgung einer Forderung, so kann die Anfechtung nur dadurch geltend gemacht werden, dass die Rückerstattung des Empfangenen verlangt wird, wogegen die getilgte Forderung wiederauflebt und entsprechend ihrem Rang zu kollozieren ist (Art. 291 Abs. 2 SchKG; AS 41 III S. 240 ff.). Man könnte sich zwar fragen, ob nicht auch in einem solchen Fall die Anfechtung im Kollokationsverfahren durch Abweisung des Pfandrechts bzw. Bestreitung des allfällig zugelassenen Pfandrechts mittelst Kollokationsklage seitens einzelner Konkursgläubiger erfolgen könnte, sofern der Empfänger des Pfandtitels denselben gemäss Art. 232 Ziff. 4 SchKG an das Konkursamt abgeliefert hat. Allein wenn dies nicht zutrifft, so ist die Verweigerung der Aufnahme von Schuldbrief und Gült unter die grundpfandversicherten Forderungen bzw. die Bestreitung einer allfällig erfolgten Aufnahme durch Kollokationsklage seitens einzelner Konkursgläubiger zur Durchsetzung der paulianischen Anfechtung nicht geeignet. Da nämlich der formrichtig als Schuldbrief oder Gült erstellte Pfandtitel seinem Wortlaute gemäss für jedermann zu Recht besteht, der sich in gutem Glauben auf die Urkunde verlassen hat (Art. 866 ZGB), und der Schuldner nur solche Einreden geltend machen kann, die sich (entweder auf den Eintrag oder) auf die Urkunde beziehen oder ihm persönlich gegen den ihn belangenden Gläubiger zu-

stehen (Art. 872 ZGB), so könnte bei Veräusserung oder Verpfändung des Pfandtitels der gutgläubige Erwerber — und der gute Glaube wird durch die öffentliche Bekanntmachung der Konkursöffnung über den Schuldner nicht ohne weiteres ausgeschlossen — durch nachträgliche Konkurs eingabe den Schuldbrief gegenüber der Konkursmasse geltend machen, auch wenn das vom ersten Empfänger des Pfandtitels geltend gemachte Pfandrecht als anfechtbar im Kollokationsplan gar nicht zugelassen bzw. auf Kollokationsklage einzelner Konkursgläubiger hin durch gerichtliches Urteil aberkannt worden wäre. Umsoweniger vermögen die Rechtsbehelfe des Kollokationsverfahrens (Abweisung des Pfandrechts, Kollokationsklage einzelner Konkursgläubiger gegen dessen Zulassung) zum gewünschten Erfolg zu führen, wenn schon bei der Aufstellung des Kollokationsplans feststeht, dass der Empfänger des Pfandtitels denselben veräussert oder verpfändet hat. Dies trifft aber vorliegend nach dem Zusatz zur streitigen Kollokationsverfügung zu, wonach der Beklagte den Schuldbrief an die Schweiz. Volksbank in Wädenswil verpfändet hat, deren gutgläubigen Erwerb der Kläger nicht in Zweifel gezogen hat und im vorliegenden Prozess auch nicht hätte in Frage stellen können. Somit ist davon auszugehen, dass die Schweiz. Volksbank in Wädenswil unter allen Umständen Anspruch auf den auf den Schuldbrief entfallenden Erlös der belasteten Liegenschaft erheben kann, dieser also dem Ersteigerer der Liegenschaft überbunden oder doch mindestens in dem (nicht bekannten) Umfang der Pfandforderung der Bank zurückbezahlt werden müsste, selbst wenn einzelne Konkursgläubiger durch erfolgreiche Kollokationsklage den Beklagten aus der ihm durch den Kollokationsplan eingeräumten Rechtsstellung eines durch Schuldbrief grundpfandversicherten Gläubigers zu verdrängen vermöchten; dadurch würde auch verunmöglicht, den Klägern den Prozessgewinn zuzuteilen, welcher ihnen gebührt. Hie-

raus folgt, dass die Errichtung bezw. Übergabe des streitigen Schuldbriefes an den Beklagten nicht durch Kollokationsklage auf Wegweisung desselben als grundpfandversicherten Gläubigers im Kollokationsplan, sondern nur durch Klage auf Rückgabe des Schuldbriefes und für den Fall, dass der Beklagte infolge der Verpfändung desselben dazu nicht mehr imstande sein sollte, auf Wertersatz angefochten werden kann. Damit ist auch ausgesprochen, dass die Rechtskraft der Zulassung des Beklagten für den streitigen Schuldbrief unter den grundpfandversicherten Forderungen des Kollokationsplans, m. a. W. die Abweisung einer gegen jene Zulassung gerichteten Klage der nachfolgenden Anfechtungsklage auf Rückgabe des Schuldbriefes bezw. Wertersatz nicht entgegensteht. Die Gutheissung einer Klage letzterer Art würde ja auch nicht die Folge nach sich ziehen, auf welche die Kollokationsklage abzielt, nämlich die Verweisung des Beklagten mit seiner Schuldbriefforderung in die fünfte Klasse, sondern es wäre vielmehr alsdann die frühere, durch den Schuldbrief (anfechtbar) getilgte, nun wieder aufgelebte Forderung in der fünften Klasse zu kollozieren. Der Kläger scheint übrigens eingesehen zu haben, dass er mit einer Kollokationsklage nicht zum Ziele gelangen könne, wie daraus zu schliessen ist, dass er gar nicht Verweisung des Beklagten mit seiner Schuldbriefforderung unter die unversicherten Gläubiger fünfter Klasse verlangt, sondern auf Herausgabe des Schuldbriefes klagt. Eine derartige Klage ist aber ihrem Wesen nach nicht eine Kollokationsklage, auch wenn sie in der Form einer solchen ausgespielt wird, weshalb der Kläger seine Legitimation nicht aus Art. 250 Abs. 2 Satz 2 herzuweisen vermag, sondern einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bedürfte. Zwar hat der Beklagte diesen Mangel nicht gerügt; allein er ist von Amtes wegen zu berücksichtigen, da es nicht zugelassen werden kann, dass ein einzelner Konkursgläubiger das Anfechtungs-

recht für sich vorwegnimmt, welches bis zum Verzicht auf dessen Geltendmachung durch (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Beschluss der Gesamtgläubigerschaft der Konkursmasse als solcher zusteht und dessen Abtretung zu verlangen auch den übrigen Gläubigern ermöglicht werden muss, sofern die Masse es nicht selbst geltend machen will, was vorläufig noch dahinsteht (vgl. AS 37 II S. 503 f.; Sep.-Ausg. 14 S. 365).....

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Kantonsgerichts von Schwyz vom 23. Mai 1924 aufgehoben und die Klage angebrachtermassen abgewiesen.