

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE220004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Urteil vom 29. März 2023

in Sachen

A._____ AG in Liquidation,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1._____ und / oder

Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____,

vertreten durch Rechtsanwalt Master of Law and Economics X3._____

gegen

B._____ SA,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Y._____

betreffend **Kollokation**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Bülach vom 4. Oktober 2022 (FO210004-C)**

Rechtsbegehren:

- "1. Der Klage ist stattzugeben.
Demzufolge, die im Kollokationsplan im Konkurs über die A._____ AG, C._____ (D._____), in der 3. Klasse aufgeführte Forderung der Klägerin von CHF 300'000.00 ist vollumfänglich unter den pfandversicherten, insbesondere den faustpfandversicherten Forderungen zu kollozieren.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens."

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 4. Oktober 2022:

(Urk. 37 = Urk. 40)

1. Die Kollokationsverfügung Nr. PU00731 vom 16. Juni 2021 im Konkurs der A._____ AG wird aufgehoben und die klägerische Forderung aus Rückabwicklung des Aktienkaufvertrages vom 30. August 2011 bzw. 23. September 2011 betreffend Aktien E._____ SA in Höhe von Fr. 300'000.– wird als vorzugsberechtigte faustpfandgesicherte Forderung kolloziert.
 2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 14'200.– festgesetzt.
 3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt. Sie werden aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen, wofür ihr das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt wird.
- 4./5. (Mitteilung/Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 39):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 4. Oktober 2022 (Geschäfts-Nr.: FO210004) sei aufzuheben und die Kollokationsklage sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 4. Oktober 2022 (Geschäfts-Nr.: FO210004) aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Subeventualiter sei Ziff. 3 des Urteilsdispositivs aufzuheben und die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (Geschäfts-Nr.: FO210004) der Klägerin / Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Klägerin), eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____ (TI), machte im Konkurs der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) eine angeblich retentionsgesicherte Forderung von Fr. 300'000.– geltend. Beklagte ist die Konkursmasse einer schweizerischen Aktiengesellschaft mit Sitz im C._____ (D._____), über welche am tt.mm.2018 der Konkurs eröffnet worden war und welche durch X1._____ sowie Dr. X2._____ als ausseramtliche Konkursverwalter vertreten wird. Mit Kaufvertrag vom 30. August 2011 bzw. 23. September 2011 hatte die Beklagte der Klägerin 132 im Aktienzertifikat Nr. 7 verbriefte vinkulierte Namenaktien der E._____ SA verkauft (act. 2/3). Der Kaufpreis wurde von der Klägerin am 27. September 2011 beglichen und das indossierte Aktienpaket an sie übergeben (Urk. 2/3 hinten). Der Verwaltungsrat der Beklagten verweigerte in der Folge die Eintragung im Aktienregister, was von der Klägerin gerichtlich angefochten, in der Folge aber durch das Appellationsgericht des Kantons Tessin mit Entscheid vom 3. Juni 2020 (rechtskräftig) bestätigt wurde (Urk. 2/4 und 2/5).

Die ausseramtliche Konkursverwaltung wies die Forderung der Klägerin mit Verfügung Nr. PU00731 vom 16. Juni 2021 als vorzugsberechtigter, pfandgesicherte Forderung ab und kollozierte diese in der dritten Klasse (Urk. 2/2).

1.2. Mit Eingabe vom 5. Juli 2021 machte die Klägerin vor Vorinstanz eine Kollokationsklage mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren hängig (Urk. 1 und 2/1-11). Nach zweimaligem Schriftenwechsel und Verzicht der Parteien auf Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung erging am 4. Oktober 2022 das vorinstanzliche Urteil. Bezüglich der detaillierten Prozessgeschichte des erst-

instanzlichen Verfahrens kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 40 S. 2 f.). Die Vorinstanz hob mit ihrem Urteil die Kollokationsverfügung der Beklagten vom 16. Juni 2021 (PU00731) auf und kollozierte die klägerische Forderung aus Rückabwicklung des Aktienkaufvertrages vom 30. August 2011 bzw. 23. September 2011 betreffend Aktien E. _____ SA in der Höhe von Fr. 300'000.– als vorzugsberechtigte faustpfandgesicherte Forderung.

1.3. Die Beklagte erhob am 14. November 2022 beim Obergericht Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz (Urk. 39), worauf ihr am 22. November 2022 eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 16'750.– angesetzt wurde (Urk. 43). Dieser ging am 25. November 2022 bei der Gerichtskasse ein (Urk. 44). Das Verfahren ist spruchreif (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Prozessuales

2.1. Die Eintretensvoraussetzungen für die Berufung sind erfüllt. Die Berufung wurde beim Obergericht innert der 30-tägigen Rechtsmittelfrist erhoben (Urk. 38 und Urk. 39). Sie enthält schriftliche Anträge sowie eine Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die notwendige Streitwertgrenze ist erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Urk. 44).

2.2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben wer-

den (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz allerdings nicht an die mit den Rügen vorgebrachte Argumentation oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sondern kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 310 N 6). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.3. Strittig ist im vorliegenden Verfahren, ob die Forderung der Klägerin über Fr. 300'000.– aus Rückabwicklung des Aktienkaufvertrages im Konkurs der Beklagten als vorzugsberechtigte faustpfandgesicherte Forderung kolloziert wird, oder ob sie, wie in der Kollokationsverfügung Nr. PU00731 der ausseramtlichen Konkursverwaltung vom 16. Juni 2021 verfügt wurde, (lediglich) in der dritten Klasse anerkannt wird (Urk. 12/15).

Unstrittig ist der eigentliche Bestand der klägerischen Forderung. Im Berufungsverfahren (sinngemäss) nicht mehr beanstandet wird sodann im Gegensatz zum vorinstanzlichen Verfahren (Urk. 10 S. 10f.) die von der Vorinstanz ausführlich und zutreffend begründete Feststellung, wonach der Klägerin am Aktienzertifikat grundsätzlich ein Retentionsrecht gemäss Art. 895ff. ZGB zustand (vgl. Urk. 40 S. 4ff.; Urk. 39 S. 6f.).

3. Kollokation der in Frage stehenden Forderung

3.1. Zusammenfassung Standpunkte

Die Vorinstanz führt in ihrem Urteil aus, dass auch wenn der Klägerin am in Frage stehenden Aktienzertifikat Nr. 7 grundsätzlich ein Retentionsrecht gemäss Art. 895ff. ZGB zustand, sie dieses nicht von der Herausgabepflicht nach Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG entbunden habe (vgl. act. 40 S. 4ff.). Über die Beklagte wurde am tt.mm.2018 der Konkurs eröffnet und die Konkursverwaltung forderte in der Folge die Klägerin, welche ihr anlässlich der Forderungseingabe vom 16. November 2018 mitgeteilt hatte, dass sie im Besitz des Aktienzertifikates Nr. 7

war, mehrfach auf, ihr dieses auszuhändigen (Urk. 40 S. 4 und S. 18f.; Urk. 39 S. 6). Die Beklagte stimmt in ihrer Berufung der vorinstanzlichen Feststellung zu, wonach die Klägerin mit ihrer (anfänglichen) Weigerung, das Aktienzertifikat einzureichen, ihre Herausgabepflicht verletzt habe (Urk. 40 S. 12f.; Urk. 39 Rz. 22f.).

Während indessen die Vorinstanz in ihrem Urteil zum Schluss kommt, dass die Art der durch die Klägerin begangenen Verletzung der Herausgabepflicht kein Erlöschen des Vorzugsrechts nach Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG nach sich zieht, weshalb das Retentionsrecht nach wie vor Bestand habe und die Forderung als vorzugsberechtigte faustpfandgesicherte Forderung zu kollozieren sei (Urk. 40 S. 13ff.), vertritt die Beklagte die Auffassung, dass die Verweigerung der Herausgabe zum Erlöschen des Vorzugsrechts geführt habe und die klägerische Forderung daher (von ihr) zu Recht in die 3. Klasse kolloziert worden sei. Die vorinstanzliche Sachverhaltserstellung und die daraus resultierende rechtliche Würdigung seien unzutreffend (Urk. 39 Rz. 26f.).

3.2.1. Würdigung

a) Verletzung Meldepflicht / Herausgabepflicht

Die Vorinstanz stellt in ihrem Entscheid zunächst fest, dass das Erlöschen des Vorzugsrechts gemäss dem Wortlaut von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG lediglich bei unterbliebener Meldung des Pfandgegenstandes in Frage komme. Fälle, in welchen der Pfandgegenstand zwar angemeldet, aber später nicht herausgegeben werde, seien von dieser Bestimmung dagegen nicht erfasst (Urk. 40 S. 16). Die Beklagte rügt mit ihrer Berufung, die Vorinstanz stütze sich zu Unrecht lediglich auf den deutschen Gesetzestext von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG, gemäss welchem "das Vorzugsrecht erlischt, wenn die Meldung ungerechtfertigt unterbleibt". Entgegen der Ansicht der Vorinstanz führe aber auch die ungerechtfertigte Verweigerung der Herausgabe zur einer Verwirkung des Vorzugsrechtes (Urk. 39 Rz. 31).

Zutreffend ist, dass sich der deutsche Wortlaut der Bestimmung vom französischen und vom italienischen Wortlaut unterscheidet (Urk. 39 Rz. 37ff). Während

dem deutschen Text zu entnehmen ist "dass das Vorzugsrecht erlischt, wenn die Meldung ungerechtfertigt unterbleibt", wird in der französischen Fassung von "de les mettre à la disposition de l'office" und im italienischen von "di porli a disposizione" gesprochen. Auch in der Literatur und Rechtsprechung wird sowohl die Unterlassung der Meldepflicht als auch die Verletzung der Herausgabepflicht als Anwendungsfall von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG genannt (vgl. unter anderen BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, N 23a zu Art. 232; KUKO SchKG-SCHOBER, zu Art. 232; SK SchKG-SCHOBER/AVDYL-LUGINBÜHL, N 19ff zu Art. 232 SchKG). Auch BGE 71 III 80 unterscheidet in Bezug auf den Anwendungsfall des Verlustes des Sonderrechtes nicht zwischen Meldung und Herausgabe.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist aus dem Vergleich der Wortlaute des Gesetzestextes in den verschiedenen Landessprachen sowie mit Verweis auf Literatur und Rechtsprechung davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sowohl die unterbliebene Meldung als auch die unterbliebene Herausgabe als mögliche Anwendungsfälle für den Verlust des Sonderrechtes betrachtete. Es ist indessen bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass das Unterlassen der Meldung beziehungsweise der Herausgabe nicht per se, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen einen Entzug des Sonderrechtes nach sich zieht, worauf in der Folge näher einzugehen ist.

b) *Ungerechtfertigtes* Unterbleiben der Meldung/Herausgabe

Gemäss Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG ist das Erlöschen des Sonderrechtes an eine ungerechtfertigt unterbliebene Meldung (mithin, gemäss den obigen Ausführungen alternativ eine ungerechtfertigt unterbliebene Herausgabe) geknüpft. Die Vorinstanz legte diesen Begriff in ihrem Urteil in historischer, grammatikalischer und systematischer Weise aus und kommt zusammengefasst zum Schluss, dass die Benachteiligung in der Zwangsvollstreckung im Sinne eines Rechtsverlustes als zusätzliche Sanktion für Pflichtverletzungen im Zwangsvollstreckungsrecht nicht die Regel sei. Unter Verweis auf den Ausnahmecharakter der Norm sowie die in BGE 71 III 80 wiedergegebene Intention des Gesetzgebers bei deren Erlass erscheine es als gerechtfertigt, den Wortlaut des Gesetzestextes einschränkend

auszulegen und das Vorzugsrecht nur bei arglistiger oder missbräuchlicher Absicht erlöschen zu lassen (vgl. Urk. 40 S. 17f.).

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe den im Gesetzestext verwendeten Begriff "ungerechtfertigt" im Sinne von "schuldhaft" gedeutet (Urk. 39 Rz. 55 mit Verweis auf Urk. 40 S. 16). Selbst wenn diese grammatikalische Auslegung zutreffen würde, sei der Schluss der Vorinstanz, in der Folge davon auszugehen, dass für den Verlust des Sonderrechtes gemäss der Gesetzesbestimmung ein qualifizierendes Element wie "Arglist" oder "missbräuchliche Absicht" notwendig sei, nicht zutreffend. Die Vorinstanz sei in der Folge zu Unrecht davon ausgegangen, dass sich die anwaltlich vertretene Klägerin in einem Irrtum bezüglich der richtigen Rechtslage befunden habe, weshalb ihre Weigerung weder als arglistiges noch als missbräuchliches Handeln bezeichnet werden und dieses daher auch keine Verwirkung des Vorzugsrechtes nach sich ziehen könne (Urk. 39 Rz. 27 ff.). Sie habe so das Recht unrichtig angewendet (Urk. 39 Rz. 58) und stütze ihre diesbezüglichen Erwägungen lediglich auf die singuläre Lehrmeinung von AMONN/WALTHER in: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 44 N 34, während die überwiegende Zahl der Lehrmeinungen davon ausgehe, dass das Erlöschen des Vorzugsrechtes (bereits) bei einem erheblichen Verschulden des Gläubigers zu bejahen sei (Urk. 39 Rz. 54).

In Frage steht damit, wie der in Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG verwendete Begriff "ungerechtfertigt" zu verstehen ist. In BGE 141 II 262 E. 4 bestätigte das Bundesgericht seine Auslegungsmethodik: Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an den Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Der Auslegungsvorgang soll zu einem vernünftigen, praktikablen und befriedigenden Ergebnis führen, das dem Problemlösungsbedarf Rechnung trägt, ohne die Wertungsentscheidungen des geschichtlichen

Normsetzers zu missachten. Das Bundesgericht folgt dem pragmatischen Methodenpluralismus. Es lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente hierarchisch zu ordnen. Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel dazu, den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut, soll nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. In objektiv-zeitgemässer Auslegung darf einer Gesetzesnorm ein Sinn beigelegt werden, der für den historischen Gesetzgeber infolge eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse nicht voraussehbar war und in der bisherigen Anwendung auch nicht zum Ausdruck gekommen ist, wenn er noch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar erscheint. Sind mehrere Interpretationen denkbar, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten berücksichtigt (BGE 141 II 262 E. 4 m.w.H.).

Aus dem deutschen, französischen und italienischen Gesetzestext ergibt sich einheitlich, dass der Verlust des Sonderrechts nur bei einer *ungerechtfertigten* Verweigerung zum Tragen kommen soll ("ungerechtfertigt unterbleibt", "sauf excuse suffisante", "questa non sia giustificata"). Das Bundesgericht beschäftigte sich in seinem Entscheid BGE 71 III 80 mit den Hintergründen, wie die Folge der Erlöschung des Sonderrechtes Eingang in die Bestimmung von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG fand. Gemäss dem Bundesgericht gehe die Norm auf einen Antrag in der nationalrätlichen Kommission zurück, welcher auf eine Pfandverheimlichung anspielte. Wer so handle, solle sein Pfandrecht verlieren. Dabei habe man also an ein schuldhaftes, ja arglistiges Verhalten gedacht (BGE 71 III 87). Das Bundesgericht lässt es in der Folge offen, ob die Rechtswirkung nur an eine geradezu vorsätzliche Missachtung knüpft. Es hält aber fest, dass es unangebracht wäre, die Verwirkung eintreten zu lassen, wo es an einem erheblichen Verschulden, mindestens im Sinne der Fahrlässigkeit, fehle (vgl. zum Ganzen BGE 71 III

88). Wohl ist der Beklagten insofern zuzustimmen, als das Bundesgericht in der genannten Entscheidung nicht eigentlich darüber entscheiden musste, ob ein erhebliches Verschulden vorlag (Urk. 39 Rz. 51). Dennoch kann für die Auslegung der in Frage stehenden Bestimmung auf seine Erwägungen abgestellt werden. Dabei ist auch nicht erheblich, dass es sich um einen verhältnismässig alten Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1945 handelt. Im Hinblick auf die historische Entstehung der Gesetzesbestimmung und den dieser zugrunde liegenden Gedanken des Gesetzgebers, hat sich offensichtlich nichts geändert, weshalb der Entscheid zu deren Klärung auch heute noch herbeigezogen werden kann.

Auch in der aktuellen Literatur wird betont, dass:

- der Entzug des Sonderrechts einen erheblichen Eingriff ins Privatrecht darstellt (BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, a.a.O., Art. 232 N 25).
- der Entzug des Sonderrechts auf den Fall einzuschränken ist, in welchem der (Pfand-)gläubiger der Konkursmasse die zu Pfand erhaltenen Gegenstände zu entziehen sucht (SK SchKG-SCHOBER/AVDYLLUGINBÜHL, a.a.O., N 25 zu Art. 232 SchKG).
- die erst im Nationalrat eingefügte Androhung des Rechtsverlustes bei unterlassener Anmeldung über das Ziel hinaus schieesse (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibungs- und Konkurs nach schweizerischem Recht Band II, Zürich 1993, §46 N 8).

Sowohl der Literatur als auch dem einschlägigen Bundesgerichtsentscheid BGE 71 III 87f. mit Verweis auf die in diesem behandelte Entstehungsgeschichte der Bestimmung ist damit als Grundaussage zu entnehmen, dass es sich beim Verlust des Sonderrechtes um einen schweren Eingriff in das Privatrecht handelt, welcher nicht ohne ein massgebliches Verschulden eintreten soll.

Für eine allgemeingültige Auslegung unergiebig erweisen sich dabei die Formulierungen des Bundesgerichtsentscheides, welcher zunächst von der Voraussetzung des "schuldhaften, arglistigen Verhaltens" (vgl. BGE 71 III 87) und etwas später

von "einem erheblichen Verschulden, mindestens im Sinne der Fahrlässigkeit" (vgl. BGE 71 III 88), spricht. Die Vermischung von strafrechtlichen und zivilrechtlichen Begriffen erscheint dabei der Auslegung wenig zuträglich. Es gilt zu bedenken, dass das Verschweigen eines Vermögensgegenstandes im heutigen strafrechtlichen Verständnis nur im Sinne einer Arglist gewertet werden könnte, wenn zusätzlich Täuschungshandlungen, eine Irreführung im Sinne eines Lügengebäudes oder täuschende Machenschaften vorgelegen hätten (vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes in Bezug auf die Arglist im Rahmen des Betruges z.B. BGE 147 IV 78f. oder BGE 137 IV 79f.). Die Annahme einer Arglist erfolgt in der strafrechtlichen Praxis nur unter verhältnismässig strengen Voraussetzungen. Es erscheint zumindest fraglich, ob das Bundesgericht im Jahre 1945 bereits vom gleich strengen Arglist-Begriff ausgegangen ist, wie er heute im Strafrecht verstanden wird, beziehungsweise ob es den Begriff der Arglist überhaupt im strafrechtlichen Sinne verstand. Ebenso wenig ist jedoch der Beklagten zuzustimmen, welche mit Verweis auf den in Frage stehenden Bundesgerichtsentscheid bereits die fahrlässige Missachtung der Herausgabepflicht als für den Verlust des Sonderrechts genügend bezeichnet (Urk. 39 Rz. 83). Auch bei der Verwendung des Begriffs der Fahrlässigkeit ist kaum davon auszugehen, dass das Bundesgericht in seinem damaligen Entscheid von der heute geltenden strafrechtlichen Bedeutung der Fahrlässigkeit ausgegangen ist. Der in der in Frage stehenden Gesetzesbestimmung verwendete Begriff des "erheblichen Verschuldens" scheint daher gestützt auf BGE 71 III 87ff. zusammenfassend weder mit demjenigen der Arglist noch mit dem der Fahrlässigkeit im heutigen strafrechtlichen Sinn gleichgesetzt werden zu können.

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt und mit Verweis auf die oben zitierten Literaturstellen sowie den einschlägigen BGE 71 III 87f., ist der Verlust des Sonderrechts aufgrund der systematischen Auslegung der Gesetzesbestimmung eine aussergewöhnlich starke Sanktion (Urk. 40 S. 17). Unter zusätzlicher grammatikalischer Auslegung erscheint es sodann nachvollziehbar und mit der Literatur und Rechtsprechung in Einklang, den Verlust des Sonderrechtes im Sinne von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG nur in Fällen eintreten zu lassen, welchen ein *erhebliches* Verschulden des Gläubigers zugrunde liegt. "Erheblich" bedeutet dabei ein

über ein einfaches Verschulden hinausgehendes Verhalten, womit eine lediglich fahrlässige Begehung nicht genügen kann. Zu denken ist dabei insbesondere an ein Verhalten, mit dem der Gläubiger die Vermögenswerte der Konkursmasse zu entziehen versucht. Nur ein solch massgebliches Verschulden erscheint als genügend, um den schweren Eingriff ins Privatrecht, den der Entzug des Sonderrechts bedeutet, zu rechtfertigen.

3.2.2. Würdigung

Vorliegend hatte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 16. November 2018 gemeldet, dass sich das Aktienzertifikat Nr. 7 in ihrem Besitz befindet (Urk. 12/3). Von einer Verletzung der Meldepflicht kann daher keine Rede sein. Wie bereits ausgeführt, herrschte zwischen den Parteien in der Folge Uneinigkeit darüber, ob das Eigentum am Aktienzertifikat überhaupt auf die Klägerin übergegangen war. Mit Entscheid des Appellationsgerichtes des Kantons Tessin vom 3. Juni 2020 wurde in der Folge rechtskräftig entschieden, dass der Verwaltungsrat der E. _____ SA die Zustimmung zur Übertragung der in Frage stehenden 132 Namensaktien zu Recht verweigert hatte (Urk. 2/5). Die Beklagte vertrat gegenüber der Klägerin mit Schreiben vom 4. Februar 2020 den Standpunkt, dass diese aufgrund ihrer Forderung aus der Rückabwicklung des Kaufvertrages betreffend das Aktienzertifikat Nr. 7 zwar grundsätzlich den geleisteten Kaufpreis zurück erhalte, im Sinne der Gleichbehandlung der Gläubiger allerdings lediglich in Form der Konkursdividende (Urk. 12/12). Als Antwort auf das Schreiben der Beklagten übte die Klägerin ihr Retentionsrecht aus (Urk. 12/4) und vertrat in der Folge die (unzutreffende) Ansicht, das in Frage stehende Aktienzertifikat erst nach dem Entscheid betreffend den Kollokationsplan einreichen zu dürfen (vgl. Urk. 12/14). Die Beklagte nahm von der Ausübung des Retentionsrechts mit Schreiben vom 18. Februar 2021 Vormerk (Urk. 12/13), entschied in der Folge jedoch mit Verfügung vom 16. Juni 2021, dass die angemeldete Forderung der Klägerin als vorzugsberechtigte (retentionsgesicherte) Forderung abgewiesen und im Betrag von Fr. 300'000.– in die dritte Klasse kolloziert wird. Dies, da die Klägerin es unterlassen habe, der Beklagten das Aktienzertifikat auszuhändigen und daher ein allfälliges Sonderrecht gemäss Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG verloren gegangen sei.

Die Beklagte hält sodann weiter fest, dass es zweifelhaft sei, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für ein Retentionsrecht überhaupt gegeben seien (vgl. zum Ganzen Urk. 12/15).

Auch wenn anwaltlich vertretene Parteien sich grundsätzlich kaum je auf einen Rechtsirrtum berufen können, so ist die Frage, ob die Verweigerung der Herausgabe des Aktienzertifikates Nr. 7 bei den vorliegenden Umständen ein erhebliches Verschulden darstellt, zu verneinen. Wie bereits ausgeführt, befanden sich die Parteien in einem Disput über die Art der Kollokation der klägerischen Forderung beziehungsweise des allfälligen Bestehens eines Retentionsrechts. Die anwaltlich vertretene Klägerin hätte wohl erkennen müssen, dass sie das Aktienzertifikat trotz Retentionsrecht hätte herausgeben müssen. Ihr diesbezüglicher (unberechtigter) Widerstand erfolgte damit zwar schuldhaft, die Schuld kann aber nicht als erheblich im Sinne von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG qualifiziert werden. Mit ihrer Weigerung, das Aktienzertifikat Nr. 7 vor dem Entscheid über das Bestehen ihres Retentionsrechts im Rahmen des Kollokationsverfahrens herauszugeben, versuchte sie weder, dieses der Konkursverwaltung zu entziehen, noch sich ungerechtfertigt zu bereichern. Wohl ist davon auszugehen, dass sie ihrer Ansicht betreffend den Bestand eines Retentionsrechts mit der Zurückbehaltung des Zertifikates mehr Gewicht verleihen wollte. Von einem unrechtmässigen "Erzwingen", wie dies von der Beklagten bezeichnet wird (Urk. 39 Rz. 61), kann aber nicht gesprochen werden.

Das Verhalten der Klägerin war mit anderen Worten zwar rechtlich nicht korrekt und stellt einen schuldhaften Verstoss gegen die gesetzlichen Vorschriften dar, als *erhebliches* Verschulden, welches gemäss Lehre und Rechtsprechung für den Verlust des Sonderrechtes im Sinne von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG erforderlich ist, kann dieses aber nicht gewertet werden. Weder ist der Konkursmasse durch die Weigerung der Klägerin, das Aktienzertifikat Nr. 7 bis zum Vorliegen des Kollokationsplans herauszugeben, ein Schaden entstanden, noch wurde ihr dieses in einem Zeitpunkt entzogen, in welchem sie es effektiv benötigt hätte. Zu jedem Zeitpunkt war der Beklagten auch klar, wo sich das Aktienzertifikat befindet. Die verweigerte Herausgabe desselbigen durch die Klägerin stellt damit aufgrund der

Umstände kein *erhebliches* Verschulden dar, welches den massiven Eingriff des Erlöschens des Sonderrechtes gemäss Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG rechtfertigen würde.

4. Eventualbegehren btr. Verteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Beklagte macht mit ihrer Berufung geltend, dass die Vorinstanz die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ohne Begründung gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO vorgenommen und lediglich festgehalten habe, eine Abweichung rechtfertige sich nicht. Auf die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten in ihrer Klageantwort und Replik sei der Vorderrichter dagegen nicht eingegangen. Damit habe die Vorinstanz ihre Begründungspflicht verletzt (vgl. Urk. 39 Rz. 69f.).

Die Beklagte hatte bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, dass die Klägerin die Kosten- und Entschädigungsfolgen auch dann zu tragen habe, wenn die Vorinstanz zum Entscheid gelangen sollte, dass deren Verhalten kein erhebliches Verschulden dargestellt habe. Da die Klägerin die Einreichung des Aktienzertifikates trotz mehrfacher Aufforderung seitens der Beklagten verweigert habe, habe sich die ausseramtliche Konkursverwaltung in guten Treuen zur Eröffnung der Kollokationsverfügung veranlasst gesehen, mit welcher die vorzugsberechtigte Forderung abgewiesen worden sei (vgl. Urk. 10 Rz. 45f. und Urk. 30 Rz. 36 f.). Zum vorliegenden Verfahren sei es nur gekommen, weil die Klägerin sich – wie von der Vorinstanz selbst festgestellt worden sei – rechtlich falsch verhalten habe (Urk. 39 Rz. 72).

4.2. Festzuhalten ist zunächst, dass die Beklagte sowohl im erst- wie auch im zweitinstanzlichen Verfahren in Bezug auf die Kollokation der klägerischen Forderung vollumfänglich unterliegt. Grundsätzlich wird sie bei diesem Verfahrensausgang kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann indessen gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO von diesem Grundsatz abweichen, wenn besondere Umstände vorliegen, welche die Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen. Mit dieser Bestimmung wurde eine Generalklausel als Auffangtatbestand geschaffen. Indessen wird sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung betont, dass eine sehr restriktive Handhabung dieser Be-

stimmung als angezeigt erscheine, da staatliches Handeln kalkulierbar sein solle, was auch in Bezug auf das finanzielle Prozessrisiko zu gelten habe (BGer 4A_626/2018 E. 6; BGer 5A_482/2014 E. 6; RB200035 vom 20.2.2022 Erw. 4.2.1. und 4.2.2.; BK ZPO-STERCHI, Art. 107 N 21; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 107 N 9f.; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 9).

Vorliegend ist der Beklagten insofern zuzustimmen, als mit dem vorliegenden Entscheid (wie bereits vor Vorinstanz) festgestellt wird, dass die Klägerin die Herausgabe des Aktienzertifikates an die Konkursverwaltung schuldhaft verweigert hat. Das Verschulden wird indessen nicht als erheblich gewertet, weshalb die Kollokationsverfügung der Beklagten aufgehoben und die klägerische Forderung als pfandgesichert privilegiert kolloziert wird. Die Beklagte stützte sich bei ihrer Kollokationsverfügung, in welcher sie die Forderung der Klägerin in die dritte Klasse kollozierte, zum einen darauf, dass die Klägerin aufgrund ihres schuldhaften Verhaltens im Sinne von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG ihres Vorzugsrechtes verlustig gegangen sei. Zum anderen sei fraglich, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzung für ein Retentionsrecht überhaupt gegeben seien (Urk. 2/2).

Auch wenn die Klägerin vorliegend schuldhaft die Herausgabe des Aktienzertifikates verweigert hatte, können darin keine besonderen Umstände gesehen werden, welche eine Abweichung vom Grundsatz, wonach die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen sind, nach sich ziehen. Vielmehr handelt es sich bei der Frage, ob das Verhalten der Klägerin ein *erhebliches* Verschulden oder "lediglich" eine (einfaches) Verschulden darstellt, um eine Ermessensfrage, welche durch das Gericht zu beurteilen war, womit bei beiden Parteien ein Prozessrisiko bestand. Dabei ist nicht ersichtlich, weshalb ein Fall vorliegen sollte, in welchem über die Norm von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO das richterliche Ermessen bei der Kostenverteilung herbeigezogen werden müsste, um so eine ausgleichende Gerechtigkeit zu schaffen. Die Beklagte hatte bereits vor Erlass der Kollokationsverfügung vom 16. Juni 2021 vom klägerischen Besitz des Aktienzertifikates und von der Ausübung des Retentionsrechts Kenntnis (Urk. 12/4, Urk. 12/14); sie wurde davon nicht erst im Rahmen der Kollokationsklage überrascht (vgl. BGer 5A_823/2015 vom 23. März 2017, E. 6.1). Weder ist eine

markante wirtschaftliche Ungleichheit bei den Parteien auszumachen, welche sich auf die Prozesskostenrisikosituation ausgewirkt hätte, noch liegt ein Fall einer singulären gesetzlichen Einzelregelung vor (BK ZPO-STERCHI, Art. 107 N 22; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 10).

Insgesamt erscheint es daher als angezeigt, die Kosten- und Entschädigungsfolgen gestützt auf Art. 106 ZPO gemäss dem Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen. Eine Rückweisung an die Vorinstanz, wie von der Beklagten beantragt wurde, ist bei diesem Ausgang nicht angezeigt.

5. Fazit

Die Berufung ist abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz, einschliesslich des Entscheides betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen, vom 4. Oktober 2022 vollumfänglich zu bestätigen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 300'000.– beträgt die Grundgebühr Fr. 16'750.– (§§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. 4 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend rechtfertigt sich aufgrund des überschaubaren Zeitaufwands eine Ermässigung auf Fr. 8'500.– (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

6.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 4. Oktober 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 39 sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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).

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 300'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 29. März 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
jo